



Studentische Zeitschrift  
für Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online

**AUFSÄTZE**

*Clara Labus*

Seenotrettung und Zugang zu fremden Häfen im Völkerrecht

*Mareike Korte*

Ein Sondertribunal für die Ukraine?

*Simon Heinrich*

Die anfechtbare Aufrechnung – zugleich Besprechung  
von *BGH*, Urt. v. 8.12.2022, IX ZR 175/21

*Tim Buchholz*

Die Besteuerung von Optionsgeschäften –  
Anforderungen des Leistungsfähigkeitsprinzips?

*Helena Hölschermann*

Untersuchung zu *Robert Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter,  
in: *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*

## Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

### Redaktion

Chefredaktion: Andreas Warchal, Julia Bierlein, Patrick Seyfried  
Ressortleitung StudZR-WissOn: Elias Sieger, Ruben Zimmermann

Lara Achenza	Faustyna Gonka	Carolin Reh
Alice Ballach	Julia Göbes	Viola Sauter
Alina Beckmann	Deren Göral	Monika Schröder
Emma Bury	Philipp Heye	Winnie Schubert
Tim Buchholz	Anna Huber	Fabian Schulz
Franziska Burkhard	Johanna Kerscher	Josefine Schütz
Bozheng Chen	Rose Knöchlein	Emma Sendler
Andra Cristea	Henrik-Hugo Kohlhas	Silas Stegert
Rafaela Da Cunha	Sarah Löffler	Adrian Trinter
Alec Daudert	Oskar Luong	Johanna Wiegand
Jonas Fischer	Khaled-Ismail Madi	Anna Zitt
Maximilian Funk	Melina Meding	

### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
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. Dr. h.c. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Volker Erb	Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cambridge)
Prof. Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Sebastian Unger
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)
Prof. Dr. Christian Laue	

### Ehemalige Chefredaktionsmitglieder:

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, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal, Benedikt Bien, Johannes Tegel, Lina Rees, Amelie Berz, Leo Krause-Wichmann, Fabienne Schlachter, Patricia Sugg, Huy Lan Tran, Stella Elmentaler, Moritz Barth

### Vorstand des StudZR e. V.:

Johannes Tegel, Fabienne Schlachter, Leo Krause-Wichmann



# **StudZR-WissOn 2/2023**

**Studentische Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online**

2. Ausgabe des Jahres 2023  
Erschienen im Januar 2024  
Seiten 228 bis 375

**eISSN**

2629-7132

**DOI**

10.11588/srzwo.2023.2

**Herausgeber**

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

[www.studzr.de](http://www.studzr.de)

E-Mail: [vereinsvorstand@studzr.de](mailto:vereinsvorstand@studzr.de)

**Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2023, S.**

# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

### **Clara Labus**

Seenotrettung und Zugang zu fremden Häfen im Völkerrecht 228

### **Mareike Korte**

Ein Sondertribunal für die Ukraine? 270

### **Simon Heinrich**

Die anfechtbare Aufrechnung – zugleich Besprechung von  
*BGH*, Urt. v. 8.12.2022, IX ZR 175/21 293

### **Tim Buchholz**

Die Besteuerung von Optionsgeschäften – Anforderungen des  
Leistungsfähigkeitsprinzips? 326

### **Helena Hölschermann**

Untersuchung zu *Robert Alexy*, Individuelle Rechte und  
kollektive Güter, in: *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur  
Rechtsphilosophie* 348

WissOn.studzr.de

Clara Labus\*

## Seenotrettung und Zugang zu fremden Häfen im Völkerrecht

### Abstract

Der Beitrag untersucht aus völkerrechtlicher Sicht, ob *Carola Rackete* am 29.6.2019 mit der *Sea-Watch 3* in den Hafen von Lampedusa einlaufen durfte, obwohl die italienische Hafenbehörde ihr zuvor die Einfahrt verweigert hatte. In Betracht kommt eine Anwendung des allgemeinen Hafenzugangsrechts, des Zugangsrechts aus den Regeln zum *Place of Safety* oder des völkergewohnheitsrechtlichen Nothafenrechts. Ein allgemeines Hafenzugangsrecht wird abgelehnt. Auch aus den Regeln zum *Place of Safety* kann sich kein Hafenzugangsrecht ergeben. Aber: *Rackete* berief sich zu Recht auf das völkergewohnheitsrechtliche Nothafenrecht.

On 29.6.2019, *Carola Rackete*, captain of the *Sea-Watch 3*, decided to enter the port of Lampedusa without the permission of the Italian coast guard. This paper examines her decision under international law. The paper discusses the following approaches to a possible right to enter foreign ports: firstly, a general right to access all ports; secondly, the rules concerning the *Place of Safety* and, thirdly, customary international law. There is no general right to access all ports. Furthermore, the rules concerning the *Place of Safety* do not grant access to foreign ports. However, according to the author, *Rackete* rightfully invoked the right to enter the port of Lampedusa due to distress aboard the vessel in compliance with customary international law.

---

\* Die Verfasserin absolviert derzeit einen LL.M. in *European Law and Policies* sowie einen PhD in *Law and Business* an der LUISS Guido Carli in Rom. Bis zu ihrer Ersten Prüfung 2022 studierte sie mit dem Schwerpunkt „Internationalisierung und Europäisierung des Rechts“ Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag basiert auf einer Seminararbeit im Seminar „Der Staat im Völker- und Europarecht“ bei Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M. im Wintersemester 2021/22. Die Verfasserin widmet diesen Beitrag ihrer geliebten Mutter, der Staatsanwältin *Monika Hucke-Labus* (1965-2023), die sie stets mit Rat und Tat auf ihrem Weg unterstützt und auch diesen Beitrag Korrektur gelesen hat.



## A. Einleitung

„... *when a responsibility falls on everyone's shoulders, no one ends up carrying its burden.*“<sup>1</sup>

Dass Menschen über das Meer fliehen, ist nichts Neues.<sup>2</sup> Heute ist das Mittelmeer die am stärksten betroffene Region.<sup>3</sup> Diese Fluchtroute ist lebensgefährlich: Allein 2022 wurden ca. 2.400 Geflüchtete im Mittelmeer als tot oder vermisst gemeldet.<sup>4</sup> Das erste Quartal 2023 wurde von den Vereinten Nationen (UN) als das tödlichste seit 2017 beschrieben.<sup>5</sup> Es ist darüber hinaus von einer hohen Dunkelziffer auszugehen.<sup>6</sup>

Derzeit gibt es im Mittelmeer keine systematische eigene Seenotrettung der EU, sondern lediglich Missionen mit dem Hauptziel der Bekämpfung der Migrantenschleusung. Dennoch retten Schiffe dieser Missionen bei ihren Einsätzen gelegentlich Migrant:innen aus Seenot.<sup>7</sup> Der italienische Staat hatte mit

---

<sup>1</sup> *Mann*, *Humanity at Sea: Maritime Migration and the Foundations of International Law*, 2016, S. 225; zitiert nach *Pitea/Zirulia*, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, *Diritti umani e diritto internazionale* 14 (2020), 659 (678).

<sup>2</sup> *Rab*, *Asylsuchende und Migranten auf See – Staatliche Rechte und Pflichten aus völkerrechtlicher Sicht*, 2009, S. 6, 13.

<sup>3</sup> *Attard*, *The Duty of the Shipmaster to Render Assistance at Sea under International Law*, 2020, S. 9; *Rab* (Fn. 2), S. 13.

<sup>4</sup> Internationale Organisation für Migration (IOM, *International Organization for Migration*), *Missing Migrants Project, Migration within the Mediterranean*, abrufbar unter: <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), Daten für 2022 abrufbar unter: [https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean?region\\_incident=All&route=All&year%5B%5D=10121&month=All&incident\\_date%5Bmin%5D=&incident\\_date%5Bmax%5D=](https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean?region_incident=All&route=All&year%5B%5D=10121&month=All&incident_date%5Bmin%5D=&incident_date%5Bmax%5D=) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); UN-Flüchtlingskommissariat UNHCR, *Flüchtlingskrise Mittelmeer*, abrufbar unter: <https://www.uno-fluechtlingshilfe.de/hilfe-weltweit/mittelmeer> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>5</sup> Euronews, *First quarter of 2023 deadliest in Mediterranean since 2017, says UN*, 12.4.2023, abrufbar unter: <https://www.euronews.com/2023/04/12/first-quarter-of-2023-deadliest-in-mediterranean-since-2017-says-un> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>6</sup> IOM, *Missing Migrants Project, Migration within the Mediterranean* (Fn. 4), *Data Collection and Challenges*; UN-Flüchtlingshilfe, *Flüchtlingskrise Mittelmeer* (Fn. 4); vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 6.

<sup>7</sup> Europäischer Rat/Rat der EU, *Rettung von Menschenleben auf See und Bekämpfung von Migrantenschleusung*, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eu-migration-policy/saving-lives-sea/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); siehe auch Entschließung des Europäischen Parlaments v. 13.7.2023 zum Handlungsbedarf auf EU-Ebene bei Such- und Rettungseinsätzen im Mittelmeer (2023/2787(RSP)), P9\_TA(2023)0293, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/>

der Operation *Mare Nostrum* zumindest zeitweise ein staatliches Rettungssystem etabliert, das aber bereits 2014 endete.<sup>8</sup> Heute wird von europäischer (und italienischer) Seite in erster Linie auf Kooperation mit der sog. libyschen Küstenwache<sup>9</sup> gesetzt.<sup>10</sup> Angesichts des Sterbens auf dem Meer und der

---

TA-9-2023-0293\_DE.html (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates v. 18.5.2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. Nr. L 122 v. 19.5.2015, S. 31, zuletzt geändert durch Beschluss (GASP) 2020/471 des Rates v. 31.3.2020, ABl. Nr. L 101 v. 1.4.2020, S. 3; vgl. *Bevilacqua*, Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities, in: Andreone, *The Future of the Law of the Sea: Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*, 2017, S. 165 (168 f., 178, 186); *Blanke/Jobr*, Rechtliche Vorkehrungen für die zivile Seenotrettung im Mittelmeer – „Sichere Häfen“ und „verlässliche Ausschiffungsregelungen“ in der EU zur Überwindung völkerrechtlicher Ungewissheit, DÖV 2019, 929 (933); *Vassallo Paleologo*, Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno, *Questione Giustizia* 2018, abrufbar unter: [https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/24/qg\\_2018-2.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/24/qg_2018-2.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), 215 (215).

<sup>8</sup> Italienisches Innenministerium (*Ministero dell'Interno*), *Si conclude 'Mare Nostrum', al via 'Triton'* („Mare Nostrum‘ endet, ‚Triton‘ beginnt“), Pressemitteilung v. 31.10.2014, abrufbar unter: <https://www.interno.gov.it/it/notizie/conclude-mare-nostrum-triton> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Bevilacqua* (Fn. 7), S. 169; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 929.

<sup>9</sup> Viele sprechen zurecht nur von der „sogenannten“ libyschen Küstenwache, da deren Mitarbeiter:innen u.U. mit lokalen Milizen zusammenarbeiten, vgl. BT-Drucks. 19/4164, S. 2; Amnesty International, Italy: Submission to the United Nations Committee against Torture, 62nd Session, 6 November - 6 December 2017, EUR 30/7241/2017, abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/7241/2017/en/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 17; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 931; *Pitea/Zirulia* (Fn. 1), S. 661; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Die völkerrechtliche Pflicht zur Seenotrettung: Verpflichtungen eines Küstenstaats nach dem Übereinkommen über Seenotrettung, das Refoulement-Verbot und die Strafverfolgung am Beispiel jüngster Vorfälle im Mittelmeer – Sachstand v. 19.6.2017, WD 2-3000-053/17, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/525940/35ab2277c0fa202a591822c202c6fa72/wd-2-053-17-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 4, Fn. 7; Entschließung des Europäischen Parlaments v. 13.7.2023 zum Handlungsbedarf auf EU-Ebene bei Such- und Rettungseinsätzen im Mittelmeer (Fn. 7), Erwägungsgrund M.  
<sup>10</sup> Beschluss (GASP) 2023/653 des Rates v. 20.3.2023 zur Änderung des Beschlusses (GASP) 2020/472 über eine Militäroperation der Europäischen Union im Mittelmeer (EUNAVFOR MED IRINI), ABl. L 81 v. 21.3.2023, S. 27-28; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.7.2023 zum Handlungsbedarf auf EU-Ebene bei Such- und Rettungseinsätzen im Mittelmeer (Fn. 7), Erwägungsgrund K; Beschluss (GASP) 2020/472 des Rates v. 31.3.2020 über eine Militäroperation der Europäischen Union im Mittelmeer (EUNAVFOR MED IRINI), ABl. L 101 v. 1.4.2020, S. 4-10; Europarat, Pressemitteilung v. 29.6.2018, European Council Conclusions, 28 June 2018, abrufbar

verheerenden menschenrechtlichen Situation in Libyen haben einige zivilgesellschaftliche Akteure die Seenotrettung selbst in die Hand genommen:<sup>11</sup> Es entstanden Nichtregierungsorganisationen (NGOs) wie *Sea-Watch*, *Sea Eye*, *Inventa* u. v. m. Diese Organisationen haben aber nicht die Kapazitäten, alle Menschen zu retten. Zudem wird ihre Arbeit immer wieder von staatlicher Seite, insbesondere in Italien, erschwert und zum Teil kriminalisiert.<sup>12</sup> Häufig gibt es sog. *Stand-Offs* zwischen NGOs und Küstenstaaten, bei denen der Küstenstaat den Zugang zu seinen Häfen verweigert. Dies zeigt auch der Fall der *Sea-Watch 3* im Juni 2019, der in diesem Beitrag analysiert werden soll.

Die rechtliche Einordnung der Seenotrettung ist durchaus komplex, weil das Thema nicht nur ein Rechtsgebiet betrifft, sondern sich an der Schnittstelle von Seevölkerrecht, internationalem Flüchtlingsrecht, europäischen und internationalen Menschenrechten, Europarecht sowie nationalem Verfassungs- und einfachem Recht befindet.<sup>13</sup> Insbesondere stehen seevölkerrechtliche und

---

unter: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), unter I. 2.; Menschenrechtskommissar:in des Europarats, „Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean“, Empfehlung, Juni 2019, S. 20 f.; Amnesty International, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Europe Fails Refugees and Migrants in the Central Mediterranean*, 2018, EUR 30/8906/2018, abrufbar unter: <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2018-08/Amnesty-Bericht-Abschottung-Mittelmeer-Seenot-Fl%C3%BChtlinge-2018.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023) S. 6, 19; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 274; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 931.

<sup>11</sup> Vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 932 m. w. N.

<sup>12</sup> Siehe *Attard* (Fn. 3), S. 178 ff.; *Berti*, Right-wing populism and the criminalization of sea-rescue NGOs: the “Sea-Watch 3” case in Italy, and Matteo Salvini’s communication on Facebook, *Media, Culture & Society*, 2021, Band 43(3), 532 (533 f.); *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 932; so auch *Gradoni/Pasquet*, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, *Quaderni di SIDIBlog* (Italian Society of International Law and European Union Law), 2019, abrufbar unter: <http://www.sidiblog.org/quaderni/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), 52 (54), die gar von einem Krieg der europäischen Staaten, allen voran Italien, gegen die NGOs sprechen.

<sup>13</sup> *Matz-Lück*, *Seenotrettung als völkerrechtliche Pflicht: Aktuelle Herausforderungen der Massenmigrationsbewegungen über das Mittelmeer*, *Verfassungsblog* v. 18.8.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/seenotrettung-als-voelkerrechtliche-pflicht-aktuelle-herausforderungen-der-massenmigrationsbewegungen-ueber-das-mittelmeer/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Rossi*, *Politica dei “porti chiusi” e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, *Osservatorio Costituzionale* (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), 2019, abrufbar unter: [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019\\_6\\_04\\_Rossi.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019_6_04_Rossi.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 4; Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags, *Seenotrettung durch nicht-staatliche Akteure im*

menschenrechtliche Pflichten der Souveränität der Küstenstaaten diametral gegenüber. Dies zeigt sich insbesondere bei der in diesem Beitrag zu behandelnden Frage, ob Schiffe ziviler Seenotrettungsorganisationen fremde Häfen ohne Erlaubnis des Küstenstaats anlaufen dürfen.

Es gilt, zunächst kurz die Grundzüge des Seevölkerrechts darzustellen (Abschnitt **B.**). Danach sollen die rechtlichen Grundlagen der Seenotrettung beleuchtet werden (Abschnitt **C.**). Schließlich soll ein Anwendungsfall zu den dargestellten Leitlinien diskutiert werden (Abschnitt **D.**): Durfte *Carola Rackete* – aus völkerrechtlicher Sicht – am 29.6.2019 mit der *Sea-Watch 3* in den Hafen von Lampedusa einlaufen, obwohl die italienische Hafenbehörde ihr zuvor die Einfahrt verweigert hatte? Abschnitt **E.** zieht ein kurzes Fazit zu diesen Überlegungen und wirft einen Blick in die Zukunft.

## B. Einführung in das Seevölkerrecht

Die wichtigste Rechtsquelle für das Seevölkerrecht ist das UN-Seerechtsübereinkommen von 1982 (SRÜ)<sup>14</sup>. Das SRÜ ist weitgehend eine Kodifizierung von Völkergewohnheitsrecht.<sup>15</sup> Es enthält jedoch darüber hinaus einige Neuerungen, wie etwa die Erweiterung des Küstenmeers auf 12 Seemeilen.<sup>16</sup> Man nennt es auch die „Verfassung der Meere“.<sup>17</sup> Es bildet den groben rechtlichen Rahmen für das Seevölkerrecht, der durch weitere Abkommen konkretisiert wird.<sup>18</sup>

---

rechtlichen Spannungsfeld zwischen „pull-back“-Operationen der libyschen Küstenwache und dem Refoulementverbot – Ausarbeitung v. 3.3.2020, WD 2-3000-014/20, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/686314/9402ed2d998ae23cf0ce2ccd55719d9a/WD-2-014-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 4; vgl. *Jaguttis*, Freier Hafenzugang für Flüchtlingsschiffe? Friedliche Durchfahrt und Nothafenrecht im Kontext von Fluchtbemühungen über See, AVR 43 (2005), 90 (91); *Trevisanut*, Search and Rescue Operations at Sea, in: Nollkaemper/Plakokefalos: The Practice of Shared Responsibility in International Law, 2017, S. 426 (434).

<sup>14</sup> Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, UNCLOS), Montego Bay, in Kraft seit 16.11.1994, UNTS 1833, 3, BGBl. 1995 II, 602.

<sup>15</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 15.

<sup>16</sup> *Herdegen*, Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 31, S. 448 f., Rn. 4.

<sup>17</sup> *Jenisch*, 10 Jahre neues Internationales Seerecht – Eine Bilanz des UN-Seerechtsübereinkommens 1994-2004, NuR 2006, 79 (79); vgl. *Böttcher*, Das Meer als Rechtsraum – Anwendbarkeit deutschen Sachenrechts auf Offshore-Windkraftanlagen und Möglichkeiten der Kreditsicherung, RNNotZ 2011, 589 (590); *Rab* (Fn. 2), S. 15.

<sup>18</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 15.

## I. Maritime Zonen

Im Seevölkerrecht gibt es verschiedene maritime Zonen. Man unterscheidet in erster Linie zwischen Küstenmeer, inneren Gewässern, der Anschlusszone, der Ausschließlichen Wirtschaftszone und der Hohen See.

### 1. Küstenmeer

Das Küstenmeer, auch Territorialgewässer (*Territorial Sea*) genannt, beginnt jenseits der sog. Basislinie (vom Festland aus betrachtet). Diese wird gemäß Art. 5 SRÜ grundsätzlich ab der Niedrigwasserlinie gemessen.<sup>19</sup> Die Breite des Küstenmeeres kann laut Art. 3 SRÜ bis zu 12 Seemeilen betragen. Die genaue Festlegung dieser Grenze obliegt gemäß Art. 3 SRÜ innerhalb der 12 Seemeilen dem jeweiligen Küstenstaat, wobei er den Spielraum nicht voll ausschöpfen muss.<sup>20</sup> Laut Art. 2 SRÜ sind die Territorialgewässer Teil des Staatsgebiets des Küstenstaates, weshalb dieser seine Gebietshoheit grundsätzlich vollumfänglich ausüben kann.<sup>21</sup> Allerdings kann die Souveränität gemäß Art. 2 Abs. 3 SRÜ durch das SRÜ selbst sowie durch andere völkerrechtliche Regelungen eingeschränkt werden. So haben etwa Schiffe aller Flaggen das Recht zur friedlichen Durchfahrt (*Innocent Passage*) gemäß Art. 17 ff. SRÜ.<sup>22</sup>

### 2. Innere Gewässer

Gemäß Art. 8 SRÜ versteht man unter den inneren Gewässern (*Internal Waters*) alle Gewässer, die landwärts der Basislinie der Küstengewässer liegen.<sup>23</sup> Die inneren Gewässer bilden gemeinsam mit dem Küstenmeer die Eigengewässer

<sup>19</sup> Vgl. *Beckert/Breuer*, Öffentliches Seerecht, 1991, S. 12, Rn. 27; *Rab* (Fn. 2), S. 16.

<sup>20</sup> *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 12, Rn. 26; *Ngantcha*, The Right of Innocent Passage and the Evolution of the International Law of the Sea: The Current Regime of 'Free' Navigation in Coastal Waters of Third States, 1990, S. 9 f.

<sup>21</sup> *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 12, Rn. 26; *Bevilacqua* (Fn. 7), S. 176; *Gornig*, Territoriale Souveränität und Gebietshoheit als Begriffe des Völkerrechts, in: *Gornig/Horn*, Territoriale Souveränität und Gebietshoheit, 2016, S. 35 (65); *Jaguttis* (Fn. 13), S. 95; *Ngantcha* (Fn. 20), S. 6 ff., 9 ff.; *Papanicolopulu*, Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare? Quaderni di SIDIBlog, 2019, 28 (29), abrufbar unter: <http://www.sidiblog.org/quaderni/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Rossi* (Fn. 13), S. 9; *Talmon*, Private Seenotrettung und das Völkerrecht, JZ 2019, 802 (805).

<sup>22</sup> Vgl. *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 12, Rn. 26; *Herdegen* (Fn. 16), § 31, Rn. 5; *Gornig* (Fn. 21), S. 65; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 95; *Ngantcha* (Fn. 20), S. 2 f., 38 ff.; *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 29; *Rab* (Fn. 2), S. 22; *Rossi* (Fn. 13), S. 9.

<sup>23</sup> *Herdegen* (Fn. 16), § 31, Rn. 4.

des Küstenstaats und unterliegen ebenfalls grundsätzlich der vollen Souveränität des Küstenstaats.<sup>24</sup>

### 3. Anschlusszone

An das Küstenmeer kann sich nach Art. 33 SRÜ die Anschlusszone (*Contiguous Zone*) anschließen, in der der Küstenstaat gewisse hoheitliche Befugnisse ausüben darf.<sup>25</sup> Sie kann ab der Basislinie gemessen bis zu 24 Seemeilen breit sein und darf ausschließlich für Kontrollen zur Beachtung von Zoll-, Finanz-, Migrations- und Gesundheitsvorschriften bzw. zur strafrechtlichen Ahndung von Verstößen gegen eben diese Regelungen genutzt werden.<sup>26</sup>

### 4. Ausschließliche Wirtschaftszone

Die gemäß Art. 57 SRÜ bis 200 Seemeilen breite Ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ, *Exclusive Economic Zone*) dient den wirtschaftlichen Interessen des Küstenstaats an den dortigen Ressourcen.<sup>27</sup> Es handelt sich gemäß Art. 55 i. V. m. Art. 56 und 58 SRÜ um eine Meereszone mit speziellem rechtlichem Status, die nicht mehr der Gebietshoheit des Küstenstaates unterfällt, diesem aber gleichwohl Sonderrechte für Wirtschaft und Forschung einräumt.<sup>28</sup> Die Befugnisse sind im Einzelnen in Art. 56 SRÜ aufgezählt.

---

<sup>24</sup> Herdegen (Fn. 16), § 31, Rn. 3; Hasselmann, Die Freiheit der Handelsschifffahrt <sic> – Eine Analyse der UN-Seerechtskonvention, 1987, S. 353; Horn, Der Staat und „sein“ Gebiet, in: Gornig/Horn (Fn. 21), S. 24 f.; Jaguttis (Fn. 13), S. 96; Kohen, Is the Internal Waters Regime Excluded from the United Nations Convention on the Law of the Sea?, in: del Castillo, Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, 2015, S. 110 (110), Ngantcha (Fn. 20), S. 7; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Aufl. 2010, S. 672, § 1057.

<sup>25</sup> Beckert/Breuer (Fn. 19), S. 17, Rn. 43.

<sup>26</sup> Attard (Fn. 3), S. 182; Beckert/Breuer (Fn. 19), S. 17, Rn. 43; Herdegen (Fn. 16), § 31, Rn. 6; Khan, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary, 2017, Art. 33, S. 266, Rn. 26; zur Bedeutung der Anschlusszone für Kontrollrechte des Küstenstaats in Bezug auf die Migration siehe Rab (Fn. 2), S. 60 ff.; zur historischen Entwicklung siehe Noyes, The Territorial Sea and Contiguous Zone, in: Rothwell/Oude Elferink/Scott/Stephens: The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 2015, S. 91 (107 ff.).

<sup>27</sup> Beckert/Breuer (Fn. 19), S. 18, Rn. 44; Herdegen (Fn. 16), § 31, Rn. 7, Rab (Fn. 2), S. 66.

<sup>28</sup> Beckert/Breuer (Fn. 19), S. 18, Rn. 44; siehe Verdross/Simma (Fn. 24), S. 704 ff., §§ 1100 ff.

## 5. Hohe See

Die Hohe See (*High Sea*) ist die „Wassermasse zwischen den Außengrenzen der Ausschließlichen Wirtschaftszonen<sup>29</sup>. Sie ist gemäß Art. 89 SRÜ ein der staatlichen Souveränität entzogener Raum.<sup>30</sup> Hier dürfen nach Art. 87 SRÜ alle Staaten – innerhalb der durch das SRÜ definierten Grenzen – u. a. zur See fahren, fischen, Kabel und Rohre verlegen sowie wissenschaftliche Forschung betreiben.

## II. Flaggenprinzip

Nach Art. 92 Abs. 1 S. 1 SRÜ muss grundsätzlich jedes Schiff unter einer bestimmten Flagge fahren.<sup>31</sup> Die Navigationsfreiheit aller Staaten aus Art. 87, 90 SRÜ besagt, dass jeder Staat Schiffe zur See lassen darf und damit das Recht hat, Schiffe zu beflaggen.<sup>32</sup> Der Flaggenstaat übt nach Art. 92 Abs. 1 S. 1 SRÜ die ausschließliche Hoheitsgewalt über das Schiff aus, solange es sich auf Hoher See befindet.<sup>33</sup> Diese Art der Hoheitsgewalt fällt nach heute h. M. weder unter die Gebiets- noch unter die Personalhoheit, sondern bildet eine eigene Kategorie.<sup>34</sup> In inneren Gewässern und im Küstenmeer ist das Schiff daneben auch der Souveränität des Küstenstaats unterworfen.<sup>35</sup>

## C. Rechtliche Grundlagen der Seenotrettung

Der Themenkomplex Seenotrettung befindet sich in einem rechtlich verflochtenen Bereich mit verschiedenen Rechtsquellen. Daher soll erläutert werden, welche Rechtsgrundlagen zum Tragen kommen (**I. 1.**). Ferner sollen die

---

<sup>29</sup> *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 29, Rn. 78.

<sup>30</sup> *Ebd.*; *Herdegen* (Fn. 16), § 31, Rn. 11; *Rab* (Fn. 2), S. 67; *Núñez-Müller*, Die Staatszugehörigkeit von Handelsschiffen im Völkerrecht, 2021, S. 88; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 10.

<sup>31</sup> Vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 129.

<sup>32</sup> *Ebd.*; *Núñez-Müller* (Fn. 30), S. 110 f.

<sup>33</sup> *Attard* (Fn. 3), S. 129; *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 168, Rn. 453; *Colombos*, The International Law of the Sea, 6. Aufl. 1967, S. 296 f.; *Núñez-Müller* (Fn. 30), S. 88; *Rab* (Fn. 2), S. 17, 68, 247.

<sup>34</sup> *Dörr*, Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz, 1988, S. 50 ff., insb. S. 55 f. m. w. N.; *Núñez-Müller* (Fn. 30), S. 81 ff. m. w. N.; *Rab* (Fn. 2), S. 17, 250; a.A. *StGH*, SS 'Lotus' (*France v Turkey*) – „*Lotus-Entscheidung*“, Urt. v. 7.9.1927, PCIJ, Series A, No. 10, S. 3 (25).

<sup>35</sup> Art. 2 Abs. 1 SRÜ; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 166; *Tanaka*, The International Law of the Sea, 4. Aufl. 2023, S. 95 f.; *Barnes*, The International Law of the Sea and Migration Control, in: Ryan/Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, 2010, S. 103 (117).

Definition der Seenot präzisiert (I. 2.) und Adressaten einer Rettungspflicht bei Seenot ermittelt werden (I. 3.).

## I. Pflicht zur Seenotrettung

### 1. Rechtsgrundlagen

Die völkerrechtliche Pflicht zur Seenotrettung gilt in der maritimen Tradition als „Ausdruck der Menschlichkeit auf See“.<sup>36</sup> Bis ins 20. Jahrhundert bestand sie nur als Völkergewohnheitsrecht.<sup>37</sup> Erstmals niedergeschrieben wurde sie in Art. 11 des Übereinkommens zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Hilfeleistung und Bergung in Seenot<sup>38</sup> von 1910 (Brüsseler Abkommen).<sup>39</sup> Das Brüsseler Abkommen war ein wichtiger Schritt in der Entwicklung der Seenotrettungspflicht.<sup>40</sup> Auch in Art. 8 des Übereinkommens zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen von 1910 spielte die Seenotrettung eine Rolle.<sup>41</sup> So mussten die in den Zusammenstoß verwickelten Kapitäne untersuchen, ob die Besatzung des anderen Schiffes Unterstützung benötigte.<sup>42</sup> Diese Verpflichtung findet sich heute in Art. 98 Abs. 1 lit. c SRÜ.<sup>43</sup> 1989 ersetzte das Internationale Übereinkommen über Bergung (Bergungsabkommen)<sup>44</sup> die beiden oben aufgeführten Abkommen von

<sup>36</sup> Attard (Fn. 3), S. 1, 18; Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 931; Button, International Law and Search and Rescue, Naval War College Review 70 (2017), 26 (26); Herdegen (Fn. 16), § 31, Rn. 12; Kološa, Rettungsschiffe: Gibt es ein Recht auf den sicheren Hafen? LTO v. 14.8.2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/aquarius-seenotrettung-fluechtlinge-ausschiffung-nothafenrecht-frontex-verordnung/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); Magi, L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio, Rivista di diritto internazionale 103 (2020), S. 691 (699 m. w. N.); Rab (Fn. 2), S. 100.

<sup>37</sup> Attard (Fn. 3), S. 1; Colombos (Fn. 33), S. 345; Guilfoyle in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 725 f., Rn. 1; Talmon (Fn. 21), S. 803.

<sup>38</sup> Brüsseler Abkommen (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage at Sea*) v. 23.9.1910, in Kraft getreten am 1.3.1913, UKTS 4 (1913); vgl. Attard (Fn. 3), S. 19 f.

<sup>39</sup> Attard (Fn. 3), S. 19 f.; Magi (Fn. 36), S. 699 f.; Pugash, The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge, HILJ 1977, 577 (578 f.); Rab (Fn. 2), S. 100 f.

<sup>40</sup> Attard (Fn. 3), S. 22; Magi (Fn. 36), S. 706 m. w. N.

<sup>41</sup> Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels*) v. 23.9.1910, in Kraft getreten am 1.3.1913, UKTS 4 (1913).

<sup>42</sup> Attard (Fn. 3), S. 23; Colombos (Fn. 33), 340 f.

<sup>43</sup> Vgl. Attard (Fn. 3), S. 47, S. 49.

<sup>44</sup> Internationales Übereinkommen über Bergung (*International Convention on Salvage*) v. 28.4.1989, in Kraft getreten am 14.7.1996, UNTS 1953, 165, BGBl. 2001 II, 510.



1910 für diejenigen Staaten, die Vertragsparteien beider Abkommen sind.<sup>45</sup> Art. 10 Abs. 1 legt fest, dass Kapitän:innen von privaten Schiffen zur Seenotrettung verpflichtet sind, außer wenn die Sicherheit des eigenen Schiffes oder der eigenen Besatzung dadurch gefährdet würde<sup>46</sup>. Wegen Art. 2 des Bergungsabkommens<sup>47</sup> ist das Abkommen im Fall der Rettung von Geflüchteten in Seenot höchstens in Ausnahmefällen anwendbar, da Staaten nur selten Rechte aus dieser Konvention vor Gericht bringen werden.<sup>48</sup> Daher soll es für diese Ausarbeitung nicht weiter beachtet werden.

Heute sind für die Pflicht zur Seenotrettung von Geflüchteten vor allem drei völkerrechtliche Verträge maßgeblich:<sup>49</sup> das SRÜ, das Internationale Übereinkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See von 1974 (SOLAS-Übereinkommen)<sup>50</sup> und das Internationale Übereinkommen zur Seenotrettung von 1979 (SAR-Übereinkommen)<sup>51</sup>.

Art. 98 SRÜ besagt in Absatz 1, dass alle Vertragsstaaten die Kapitän:innen der unter ihrer Flagge fahrenden Schiffe zur Seenotrettung verpflichten müssen. Art. 98 Abs. 2 SRÜ legt fest, dass die Küstenstaaten die notwendigen Vorkehrungen für Such- und Rettungsdienste treffen, wobei sie erforderlichenfalls mit den Nachbarstaaten kooperieren. Art. 98 SRÜ gilt nach seinem Wortlaut grundsätzlich für alle auf See befindlichen Schiffe und alle

---

<sup>45</sup> Magi (Fn. 36), S. 708.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 11 des Brüsseler Abkommens (siehe Fn. 38); Attard (Fn. 3), S. 85.

<sup>47</sup> Art. 2: „*This Convention shall apply whenever judicial or arbitral proceedings relating to matters dealt with in this Convention are brought in a State Party.*“

<sup>48</sup> Attard (Fn. 3), S. 86, S. 91 f.

<sup>49</sup> Europarechtlich ist die Pflicht zur Seenotrettung zudem in Art. 9 Abs. 1 der EU-Seeaußengrenzenverordnung niedergelegt, siehe Verordnung (EU) Nr. 656/2014 des europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaußengrenzen im Rahmen der von der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union koordinierten operativen Zusammenarbeit, ABl. L 189/93 v. 27.6.2014, S. 93-107; vgl. Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 931.

<sup>50</sup> Internationales Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (*International Convention for the Safety of Life at Sea*, SOLAS-Übereinkommen) v. 1.11.1974, London, in Kraft getreten am 1.5.1991, UNTS 1184, 3, BGBl II, 2003, 2020.

<sup>51</sup> Internationales Übereinkommen über den Such- und Rettungsdienst auf See (*International Convention on Maritime Search and Rescue*, SAR-Übereinkommen) v. 27.4.1979, Hamburg, in Kraft getreten am 22.6.1985, UNTS 1405, 97, BGBl. II, 1982, 486.

Meereszonen.<sup>52</sup> Auch für Staaten, die das SRÜ nicht ratifiziert haben, gilt die Pflicht zur Seenotrettung durch Gewohnheitsrecht.<sup>53</sup>

In Kapitel V des Anhangs zum SOLAS-Übereinkommen<sup>54</sup> geht es um die Sicherheit der Schifffahrt.<sup>55</sup> Die Pflicht der Kapitän:innen zur Seenotrettung ist in Regel 33 verankert.<sup>56</sup> Im Laufe der Zeit sind fast alle Seefahrernationen weltweit dem Abkommen beigetreten.<sup>57</sup> Es richtet sich in erster Linie an die Flaggenstaaten. Durch das SAR-Übereinkommen<sup>58</sup> wurden weltweit insgesamt 13 Such- und Rettungsregionen (*Search and Rescue Zones*) eingerichtet, die nicht mit den Meereszonen nach dem SRÜ zu verwechseln sind.<sup>59</sup> Das SAR-Übereinkommen richtet sich im Unterschied zum SOLAS-Übereinkommen in erster Linie an die Küstenstaaten.<sup>60</sup> Zur Koordination wird für jede SAR-Zone ein sog. *Maritime Rescue Coordination Centre* (MRCC) als lokal zuständige Rettungsleitstelle eingerichtet.<sup>61</sup> Diese MRCCs gelten als Rückgrat des SAR

---

<sup>52</sup> Attard (Fn. 3), S. 42; Bevilacqua (Fn. 7), S. 179; Kološša (Fn. 36); Matz-Lück (Fn. 13); Trevisanut (Fn. 13), S. 426; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Seenotrettung durch deutsche Kriegsschiffe – Sachstand v. 23.2.2016, WD 2-3000-034/16, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/416612/861e8ecbc9140325e4391df551edd167/WD-2-034-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 5; *dies.*, Rechtliche Konsequenzen einer Behinderung von Seenotrettern – Sachstand v. 11.11.2016, WD 2-3000-138/16, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/485804/fa7d773621d961efb70477f8f114c715/WD-2-138-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 6.

<sup>53</sup> Attard (Fn. 3), S. 95 ff.; Bevilacqua (Fn. 7), S. 179 f.; Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 931; Trevisanut (Fn. 13), S. 430; vgl. IGH, North Sea Continental Shelf Cases (*Bundesrepublik Deutschland v. Niederlande/Dänemark*), Urt. v. 20.2.1969, Rep. 1969, 3 (S. 41 f., Rn. 71-74).

<sup>54</sup> Siehe Fn. 50.

<sup>55</sup> Attard (Fn. 3), S. 27.

<sup>56</sup> Eingeführt durch *Amendments to the annex to the International Convention for the Safety of Life at Sea*, 1974, v. 29.11.1995, in Kraft getreten am 1.7.1997, UNTS 1991, 220, geändert durch IMO Resolution MSC.153(78), *Adoption of Amendments to the International Convention for the Safety of Life At Sea* v. 20.5.2004, in Kraft getreten am 1.7.2006.

<sup>57</sup> Rab (Fn. 2), S. 107; Wissenschaftliche Dienste, Völkerrechtliche Schutzpflichten gegenüber Migranten in Seenot – Sachstand v. 31.10.2013, WD 2-3000-078/13, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/479390/b5046e625b072a51148b0d2b455df896/wd-2-078-13-pdf-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 11.8.2023), S. 3.

<sup>58</sup> Siehe Fn. 51.

<sup>59</sup> Attard (Fn. 3), S. 59; Vassallo Paleologo (Fn. 7), S. 219.

<sup>60</sup> Rab (Fn. 2), S. 108.

<sup>61</sup> SAR-Übereinkommen, Regel 1.3.5 des Anhangs; Liste der bestehenden MRCCs findet sich im Global SAR Plan der IMO, abrufbar unter: <https://gisis.imo.org/Public/COMSAR/RCC.aspx> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. Attard (Fn. 3), S. 69; Schatz, Seenotrettung bei geschlossenen Häfen. Pflicht zu Helfen

Systems.<sup>62</sup> Um Seenotrettung geht es in den Regeln 3.1.9 und 1.3.2 des Anhangs zum SAR-Übereinkommen.

## 2. Definition der Seenot (sachlicher Anwendungsbereich)

Es gibt keine präzise Legaldefinition dafür, was Seenot (*distress*) ist; vielmehr bestehen begriffliche Schwierigkeiten.<sup>63</sup> Regel 3.14 des Anhangs zum SAR-Übereinkommen stellt nur fest, dass *distress* vorliegt bei einer Situation, „in der angenommen werden muss, dass ein Schiff oder eine Person durch eine ernste und unmittelbare Gefahr bedroht ist und sofortiger Hilfe bedarf“.<sup>64</sup> Diese Begriffsbestimmung ist recht unpräzise. Nach Gewohnheitsrecht liegt Seenot dann vor, „wenn die begründete Annahme besteht, dass das Schiff und die auf ihm befindlichen Personen ohne Hilfe von außen nicht in Sicherheit gelangen können und auf See verloren gehen“.<sup>65</sup> Beispiele dafür sind etwa Manövrierunfähigkeit des Schiffes, fehlende Bordrettungsmittel, eine die Gesundheit der Passagier:innen oder die Sicherheit des Schiffes gefährdende Überbelegung oder eine mangelnde Versorgung der Passagier:innen mit Lebensmitteln, Trinkwasser und notwendigen Medikamenten.<sup>66</sup> Eine Seenotlage ist jedenfalls dann gegeben, wenn menschliches Leben in Gefahr ist.<sup>67</sup> Das Diskriminierungsverbot besagt dabei, dass Herkunft und Vorverhalten der

---

<sic!> vs. Souveränität der Staaten, LTO v. 2.7.2019, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sea-watch-seenot-rettung-rackete-haftrichter/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>62</sup> *Button* (Fn. 36), S. 30; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 68.

<sup>63</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 115, zur historischen Entwicklung S. 117 ff.; *Lenk*, Das Nothafenrecht im Lichte der deutschen Notstandsdogmatik – ein Beitrag zu Salvinis ungeliebten Schiffen auf dem Mittelmeer, *ZaöRV* 79 (2019), S. 713 (719); *Mallia*, Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security Through the Creation of a Cooperative Framework, 2010, S. 98; *Guilfoyle*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 728, Rn. 9; *Rab* (Fn. 2), S. 92; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-078/13 (Fn. 57), S. 4.

<sup>64</sup> Vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 930.

<sup>65</sup> Zitiert nach Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-138/16 (Fn. 52), S. 7; vgl. *Koloßka* (Fn. 36); *Lenk* (Fn. 63), S. 719; *Guilfoyle*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 728, Rn. 9; *Rab* (Fn. 2), S. 102; *Schatz* (Fn. 61); Wissenschaftliche Dienste, Seenotrettung im Mittelmeer: Rechte und Pflichten von Schiffen nach der SAR-Konvention und Ausprägungen des Refoulement-Verbots auf Hoher See – Sachstand v. 13.2.2018, WD 2-3000-013/18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/544308/4fd454905b658f3d60a5a741dcc4f514/WD-2-013-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 11.

<sup>66</sup> Vgl. Schiedsspruch v. 2.4.1929, *Kate A. Hoff, Administratrix of the Estate of Samuel B. Allison, Deceased (U.S.A.)/United Mexican States („The Rebecca“)*, UNRIAA Bd. IV, 444 (447); *Attard* (Fn. 3), S. 63; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 120; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-034/16 (Fn. 52), S. 5 f.; WD 2-300-013/18 (Fn. 65), S. 11.

<sup>67</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 93.

Menschen in Seenot unbeachtlich sind.<sup>68</sup> Damit ist es rechtlich unbeachtlich, wenn sich Migrant:innen bewusst auf ein seeuntaugliches Boot begeben und somit im Ergebnis die Seenotlage selbst „verschuldet“ haben.<sup>69</sup> Bei der Feststellung der Seenotlage besteht eine Einschätzungsprärogative des Kapitäns/der Kapitinin des rettenden Schiffes, vgl. Kapitel V, Regel 34.1 des Anhangs zum SOLAS-Übereinkommen.<sup>70</sup> Ebenso hat er/sie einen Ermessensspielraum bezüglich der zu treffenden Maßnahmen.<sup>71</sup> Das UN-Flüchtlingskommissariat UNHCR [Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, auch The UN Refugee Agency] plädiert rechtlich unverbindlich bei seeuntauglichen Booten mit Geflüchteten an Bord für einen humanitären und vorsorglichen Ansatz („*humanitarian and precautionary approach*“).<sup>72</sup>

### 3. Adressat:innen der Rettungspflicht (persönlicher Anwendungsbereich)

Art. 98 Abs. 1 SRÜ verpflichtet alle Staaten dazu, die Kapitän:innen der unter ihrer Flagge fahrenden Schiffe ihrerseits zur Seenotrettung zu verpflichten. Die Norm richtet sich an die Vertragsstaaten als Völkerrechtssubjekte, nicht direkt an Kapitän:innen.<sup>73</sup> Art. 98 SRÜ legt – wie auch das SAR-Übereinkommen – also

---

<sup>68</sup> SOLAS-Übereinkommen, Kapitel V des Anhangs, Regel 33.1: „*The obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found.*“; SAR-Übereinkommen, Regel 2.1.10 des Anhangs: „*Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found.*“; vgl. Attard (Fn. 3), S. 60; von Gadow-Stephani, Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot, 2006, S. 329; Mallia (Fn. 63), S. 98; Guilfoyle, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 728, Rn. 8; Rab (Fn. 2), S. 103.

<sup>69</sup> Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 930; siehe auch Rab (Fn. 2), S. 197, zur Unerheblichkeit der Ursachen der Seenot für die Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 1 GFK.

<sup>70</sup> SAR-Übereinkommen, Regel 3.1.4 des Anhangs; Attard (Fn. 3), S. 62; Rab (Fn. 2), S. 102; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-013/18 (Fn. 65), S. 12.

<sup>71</sup> Rab (Fn. 2), S. 103.

<sup>72</sup> UNHCR, General Legal Considerations: Search-and-Rescue Operations Involving Refugees and Migrants at Sea, 2017, abrufbar unter: <http://www.refworld.org/pdfid/5a2e9efd4.pdf> (letzter Abruf: 11.8.2023), S. 4, Rn. 10; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-013/18 (Fn. 65), S. 12.

<sup>73</sup> Attard (Fn. 3), S. 44; Herdegen (Fn. 16), § 31, Rn. 12; Rab (Fn. 2), S. 101; Rossi (Fn. 13), S. 5; Talmon (Fn. 21), S. 803.

keine Verpflichtung zur Seenotrettung fest, sondern setzt diese vielmehr voraus.<sup>74</sup> Es handelt sich nicht um eine *self-executing norm*.<sup>75</sup>

Jedenfalls verpflichtet Art. 98 SRÜ zur Einführung nationaler Regelungen, was beinahe alle Vertragsstaaten befolgt haben.<sup>76</sup> Durch diese nationalen Regelungen oder zumindest durch das Gewohnheitsrecht ist der Kapitän/die Kapitänin persönlich gebunden, weshalb der Streit um die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 98 SRÜ aus praktischer Sicht letztlich dahinstehen kann.<sup>77</sup> Dennoch könnte man eine unmittelbare völkervertragsrechtliche Pflicht auf Kapitel V, Regel 33.1 des Anhangs zum SOLAS-Übereinkommen stützen, wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung gegeben sind.<sup>78</sup>

## II. Hafenzugangsrecht

Als die völkerrechtlichen Verträge zur Seenotrettung beschlossen wurden, war nicht abzusehen, dass die Seenotrettung einmal so politisch aufgeladen sein würde wie im 21. Jahrhundert.<sup>79</sup> Bei der Rettung von Havarierten ging es schließlich um jahrhundertealtes Gewohnheitsrecht und eine maritime Tradition. Zwangsläufig bedeutete dies, dass die Geretteten früher oder später wieder an Land gehen würden.<sup>80</sup>

Die Staaten sind sich auch heute noch grundsätzlich darüber einig, dass die Geretteten nicht dauerhaft auf dem rettenden Schiff ausharren können. Der aktuelle Konflikt in Europa besteht vielmehr darüber, wo das Schiff anlegen darf: Malta verweist auf Italien, Italien seinerseits auf Malta, Frankreich oder Spanien, die – wie die restlichen europäischen Staaten – auch nicht aufnahmewillig sind.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> *Pitea/Zirulia* (Fn. 1), S. 669; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 61; *Magi* (Fn. 36), S. 712 f.

<sup>75</sup> *O'Brien*, Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem, *GoJIL* 3 (2010), 715 (721 m. w. N.); vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 44.

<sup>76</sup> Vgl. die ausführliche Analyse der Staatenpraxis bei *Attard* (Fn. 3), S. 96 ff.

<sup>77</sup> Vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 714.

<sup>78</sup> *Attard* (Fn. 3), S. 53; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 931; *Magi* (Fn. 36), S. 709 ff.; *Mallia* (Fn. 63), S. 99 f.; vgl. *Kaiser*, Treaties, Direct Applicability, in: Peters/Wolfrum: Max Planck Encyclopedias of International Law [MPEIL], 2013, Rn. 9 ff.; *Herdegen* (Fn. 16), § 12, Rn. 2; kritisch *Epping*, in: Ipsen, Völkerrecht – Ein Studienbuch, 7. Aufl. 2018, S. 370 ff., Rn. 18 ff. Im Falle der Sea-Watch 3, die unter niederländischer Flagge fährt, wäre das SOLAS-Übereinkommen direkt anwendbar, da die Niederlande zu den monistischen Staaten gehören, vgl. *Kaiser* (Fn. 78), Rn. 9.

<sup>79</sup> Vgl. *Mallia* (Fn. 63), S. 96 f.

<sup>80</sup> Vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 193.

<sup>81</sup> Vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 276 ff.; *De Sena/Starita*, Navigare fra istanze “stato-centriche” e

Deswegen stellt sich die drängende Frage: Haben Schiffe ziviler Seenotrettungsorganisationen ein Recht auf das Anlaufen fremder Häfen?<sup>82</sup>

### 1. Allgemeines Hafenzugangsrecht?

Grundsätzlich können Staaten aufgrund ihrer Gebietshoheit nach Völkergewohnheitsrecht ihre Staatsgrenzen kontrollieren und Ausländer:innen ggf. die Einreise verweigern.<sup>83</sup> Häfen gehören nach Art. 11, 8, 3, 2 SRÜ zu den inneren Gewässern.<sup>84</sup> Dies bedeutet, dass sie der Gebietshoheit des Hafenstaates unterliegen.<sup>85</sup> Daraus folgt, dass der Staat dort seine staatliche Souveränität vollumfänglich ausüben kann.<sup>86</sup> Der Hafenstaat kann daher auch das

---

“cosmopolitiche”: il caso “Sea Watch” in una prospettiva conflittuale, Quaderni di SIDI-Blog, 2019, abrufbar unter: <http://www.sidiblog.org/quaderni/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), 61 (64 f.).

<sup>82</sup> Falls es ein solches Recht gäbe, stünde dieses im Falle der Rettung von Migrant:innen auf einem anderen Schiff dessen Flaggenstaat zu und würde durch die Kapitän:innen ausgeübt, siehe *Rab* (Fn. 2), S. 88.

<sup>83</sup> *EGMR, Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, Urte. v. 30.10.1991, Rs. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, Series A Nr. 215, S. 34, Tz. 102, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22Vilvarajah%22\],\[%22itemid%22:\[%222001-57713%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22Vilvarajah%22],[%22itemid%22:[%222001-57713%22]}) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *EGMR (GK), Mamatkulov und Askarov v. Turkey*, Urte. v. 4.2.2005, Rs. 46827/99 und 46951/99, Rep. 2005, 295 (320), Tz. 66, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%222002-4000%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%222002-4000%22]}) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Kluth*, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht – Allgemeines Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht nach deutschem und europäischem Recht, 3. Aufl. 2020, § 3 Einreise, Rn. 1; vgl. *Oellers-Frahm*, Italien und die Rettung von Migranten in Seenot: Zweiter Akt, AVR 58 (2020), 337 (346).

<sup>84</sup> Vgl. *Colombos* (Fn. 33), S. 175; *Rab* (Fn. 2), S. 89.

<sup>85</sup> *Kohen* (Fn. 24), S. 110; *Rab* (Fn. 2), S. 16; *De Sena/De Vittor*, La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi dei migranti e il diritto internazionale, Quaderni di SIDI-Blog, 2017-2018, abrufbar unter: <http://www.sidiblog.org/quaderni/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), 119 (120).

<sup>86</sup> *IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Vereinigte Staaten von Amerika)*, Urte. v. 27.6.1986, Merits, Judgment, ICJ-Reports 1986, 14 (111, Rn. 213); *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 936; *Graf Vitzthum*, Maritimes Aquitorium und Anschlusszone, in: ders., Handbuch des Seerechts, 2006, S. 63 (102), Rn. 78; *Triimpler*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 90, Rn. 14; *Rab* (Fn. 2), S. 16, 52, 89; siehe auch *Gornig* (Fn. 21), S. 36.

Zugangsrecht zu den Häfen regeln oder verbieten.<sup>87</sup> Es gibt im Gegensatz zum Küstenmeer kein Recht auf friedliche Durchfahrt in den inneren Gewässern.<sup>88</sup>

Speziell geregelt wird der Hafenzugang nicht im SRÜ, sondern lediglich im Genfer Übereinkommen über die internationale Rechtsordnung der Seehäfen von 1923.<sup>89</sup> Bisher haben nur ca. 40 Staaten dieses Abkommen ratifiziert.<sup>90</sup> Teilweise wird aus Art. 16 des Genfer Seehäfenübereinkommens *e contrario* ein allgemeines Recht auf freien Zugang zu allen Häfen für Handelsschiffe abgeleitet.<sup>91</sup> Jedoch wird heute ein solches mit Verweis auf Art. 25 Abs. 2 SRÜ ganz überwiegend nicht anerkannt, weder auf Basis des Art. 16 des Genfer Seehäfenübereinkommens noch aus Völkergewohnheitsrecht.<sup>92</sup> Dem ist hinzuzufügen, dass Schiffe der zivilen Seenotrettung keine Handelsschiffe sind, weshalb das Genfer Seehäfenübereinkommen und ein auf der Freiheit des Handelsverkehrs beruhendes gewohnheitsrechtliches Zugangsrecht ohnehin nicht auf sie anwendbar wären.<sup>93</sup>

Somit besteht jedenfalls für Schiffe der privaten Seenotrettung grundsätzlich kein allgemeines Recht auf Hafeneinfahrt oder Ausschiffung aus Vertrags- oder Gewohnheitsrecht.<sup>94</sup> Dem Hafenstaat kommt diesbezüglich vielmehr ein

---

<sup>87</sup> IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Vereinigte Staaten von Amerika)*, Urt. v. 27.6.1986, Merits, Judgment, ICJ-Reports 1986, 14 (111, § 213); *Triimpler*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 90, Rn. 15; *Attard* (Fn. 3), S. 186; *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 136, Rn. 364; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 936; *Lenk* (Fn. 63), S. 718; *Love*, *The Right of Entry into Maritime Ports in International Law*, San Diego Law Review (SDLR) 14 (1976-1977), 597 (608); *Magi* (Fn. 36), S. 696 m. w. N.; *Rah* (Fn. 2), S. 19; *Rossi* (Fn. 13), S. 14; *De Sena/De Vittor* (Fn. 85), S. 120; *Talmon* (Fn. 21), S. 805.

<sup>88</sup> *Hasselmann* (Fn. 24), S. 353; *Graf Vitzthum* (Fn. 86), S. 91, Rn. 52; *Koben* (Fn. 24), S. 113; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 55, 89.

<sup>89</sup> Übereinkommen über die internationale Rechtsordnung der Seehäfen (*Convention and Statute on the International Regime of Maritime Ports*) v. 9.12.1923, in Kraft getreten am 30.7.1928, LNTS 58, 285, RGBL. 1928 II, 22.

<sup>90</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 104; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 91.

<sup>91</sup> *Aramco*-Schiedsgerichtsspruch v. 23.8.1958, *Saudi-Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)*, ILR Vol. 27 (1963), S. 117-233 (212); *Beckert/Breuer* (Fn. 19), S. 136, Rn. 364 f.; *Colombos* (Fn. 33), S. 176 f.

<sup>92</sup> *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 936; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 106, S. 111 m. w. N.; *Triimpler*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 91, Rn. 91; *Rab* (Fn. 2), S. 90; *McDougal/Burke*, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, 1962, S. 116 f.; *Dörr* (Fn. 34), S. 137 f.; *Hasselmann* (Fn. 24), S. 354 ff.; *Love* (Fn. 87), S. 598, 604 f.; *Verdross/Simma* (Fn. 24), S. 652 f. (§ 1036).

<sup>93</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 107.

<sup>94</sup> *Herdegen* (Fn. 16), § 31, Rn. 12; *Guilfoyle*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 729, Rn. 10; *Talmon* (Fn. 21), S. 805; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-078/13 (Fn. 57), S. 6.

Ermessen zu, wobei er sich an das Verbot der Flaggendiskriminierung halten muss.<sup>95</sup>

## 2. Einfahrt ins Küstenmeer

Ebenso wenig existiert *a priori* ein Recht auf Einfahrt in die Territorialgewässer, die ebenso wie die inneren Gewässer der staatlichen Souveränität des Küstenstaats unterliegen.<sup>96</sup> Eine Ausnahme bildet die friedliche Durchfahrt nach Art. 17 SRÜ.<sup>97</sup> Fraglich ist, ob das Einfahren in die Territorialgewässer nach der Rettung von Geflüchteten aus Seenot einen Fall der friedlichen Durchfahrt darstellt, den der Küstenstaat dulden muss.

Die Definition für Durchfahrt findet sich heute in Art. 18 Abs. 1 SRÜ,<sup>98</sup> der Art. 3 der *Hague Codification Conference* (1930) aufgreift.<sup>99</sup> Danach unterscheidet man zwischen drei Arten von friedlicher Durchfahrt: „*passage latéral*“, „*passage d'entrée*“ und „*passage de sortie*“.<sup>100</sup> Die *passage d'entrée* bezeichnet dabei das Einlaufen in das Küstenmeer mit dem Ziel, Häfen oder andere innere Gewässer zu erreichen (vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. b SRÜ).<sup>101</sup> Im Falle eines Schiffes ziviler Seenotrettung, das den Hafen eines Küstenstaats ansteuert, handelt es sich demnach um eine solche *passage d'entrée*.<sup>102</sup>

Art. 19 Abs. 1 SRÜ definiert die Friedlichkeit der Durchfahrt. Dabei handelt es sich um eine wörtliche Übernahme von Art. 14 Abs. 4 des Küstenmeerübereinkommens.<sup>103</sup> Besonders relevant im Falle der Seenotrettung von Migrant:innen ist dabei Art. 19 Abs. 2 lit. g SRÜ.<sup>104</sup> Nach dem Wortlaut

---

<sup>95</sup> *Colombos* (Fn. 33), S. 177; *Graf Vitzthum* (Fn. 86), S. 88, Rn. 46; *Hasselmann* (Fn. 24), S. 360.

<sup>96</sup> Siehe unter **B. I. 1.**

<sup>97</sup> Vgl. *Talmon* (Fn. 21), S. 805.

<sup>98</sup> Vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 22.

<sup>99</sup> *Acts of the Conference for the Codification of International Law v. 13.3.-12.4.1930 in Den Haag, Vol. I – Plenary Meetings*, Genf, 19.8.1930, Dok. Nr. C.351.M.145.1930.V., Series of League of Nations Publications V.Legal, 1930.V.14., S. 123 (127): „*Passage means navigation through the territorial sea for the purpose either of traversing that sea without entering inland waters, or of proceeding to inland waters, or of making for the high sea from inland waters. [It] includes stopping and anchoring, but in so far only as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force majeure or by distress.*“; vgl. *Ngantcha* (Fn. 20), S. 52.

<sup>100</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 96 f.; *Ngantcha* (Fn. 20), S. 52 f. m. w. N.

<sup>101</sup> *Ngantcha* (Fn. 20), S. 53 m. w. N.

<sup>102</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 97.

<sup>103</sup> *Convention on The Territorial Sea and the Contiguous Zone* v. 29.4.1958, in Kraft getreten am 10.9.1964, UNTS 516, 205; vgl. *Ngantcha* (Fn. 20), S. 46 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 25 ff.



dieser Vorschrift liegt keine friedliche Durchfahrt vor, wenn Personen durch ihr Betreten oder Verlassen des Schiffes im Küstenmeer gegen das Migrationsrecht des Küstenstaats verstoßen.<sup>105</sup> Somit liegt in der Regel ein solcher Verstoß nicht schon dann vor, wenn sich gerettete Personen ohne gültige Einreisedokumente an Bord befinden.<sup>106</sup> Fraglich ist aber, ob es nur auf die Art und Weise der Durchfahrt oder auch auf deren Ziel ankommt.<sup>107</sup> Der *IGH* fokussierte sich im *Corfu Channel Case* auf den Modus der Durchfahrt, nicht auf die Absicht des Kapitäns/der Kapitänin.<sup>108</sup> Es müssen also als erhöhte Anforderung konkrete, objektive Anhaltspunkte vorliegen, die eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Verstoßes gegen die Einreiseregeln begründen.<sup>109</sup> Ein solcher Verstoß läge aber nicht vor, wenn die Geflüchteten lediglich an staatliche Behörden des Küstenstaates übergeben werden sollen, um dort ohne Umgehung der Einreisevorschriften einen Asylantrag zu stellen.<sup>110</sup> Bei Schiffen, die Geflüchtete aus Seenot retten, spricht daher aus systematischer Sicht viel dafür, die Einfahrt grundsätzlich als friedlich zu werten.<sup>111</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass das Einlaufen in fremde Küstengewässer durch ein Schiff der zivilen Seenotrettung grundsätzlich als friedliche Durchfahrt zählen kann. Das Recht zur friedlichen Durchfahrt beinhaltet aber kein Zugangsrecht zu den Häfen des Küstenstaats.<sup>112</sup>

### 3. Place of Safety

Kapitel V, Regel 33.1.1 des Anhangs zum SOLAS-Übereinkommen legt fest, dass Menschen in Seenot gerettet und zu einem sog. sicheren Ort (*Place of Safety*)

---

<sup>105</sup> *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 30.

<sup>106</sup> *Pallis*, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, *IJRL* 14 (2002), 329 (356); *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 30; *Rab* (Fn. 2), S. 28.

<sup>107</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 28 f.

<sup>108</sup> *IGH, Corfu Channel (U.K. v. Albania)*, Urt. v. 9.4.1949, Merits, I.C.J. Reports S. 4, 30 f.: „It remains, therefore, to consider whether the manner in which the passage was carried out was consistent with the principle of innocent passage.“; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 29.

<sup>109</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 29.

<sup>110</sup> *Pallis* (Fn. 106), S. 352: „Seeking asylum is not an act generally recognized as a crime.“; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 31.

<sup>111</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 103; *Rab* (Fn. 2), S. 33.

<sup>112</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 97 f.; *Rab* (Fn. 2), S. 57; *Rossi* (Fn. 13), S. 9; *IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Vereinigte Staaten von Amerika)*, Urt. v. 27.6.1986, Merits, Judgment, ICJ-Reports 1986, 14 (111, § 214). Da das Recht zur friedlichen Durchfahrt also kein Hafenzugangsrecht beinhaltet, wird es im Anwendungsfall nur am Rande diskutiert.

gebracht werden müssen.<sup>113</sup> Ähnlich formuliert sind Regel 3.1.9<sup>114</sup> und Regel 1.3.2<sup>115</sup> des Anhangs zum SAR-Übereinkommen. Die Festlegung des *Place of Safety* erfolgt durch das zuständige MRCC, vgl. Regel 3.1.6.4 des Anhangs zum SAR-Übereinkommen. Die Verträge enthalten jedoch keine Legaldefinition zum *Place of Safety*.<sup>116</sup> Es ist daher völkervertraglich nicht geregelt, wohin genau die Überlebenden gebracht werden sollen.<sup>117</sup>

Eine abstrakte Regelung wäre auch nur begrenzt sinnvoll, da situationsabhängige Entscheidungen für jeden Einzelfall möglich sein müssen, vgl. Regel 2.6 der Richtlinien der Internationalen Seeschiffahrts-Organisation (*International Maritime Organization*, IMO) für die Behandlung von auf See geretteten Personen von 2004.<sup>118</sup> In der Regel ist es sinnvoll, den nächstgelegenen, d. h. den am schnellsten zu erreichenden, sicheren Hafen als *Place of Safety* zu wählen.<sup>119</sup> Der *Place of Safety* muss aber nicht zwingend der Hafen sein, der räumlich am nächsten zum Ort der Rettungsaktion liegt.<sup>120</sup> Vielmehr kommt es laut Regel 3.1.9 der Anlage zum SAR-Übereinkommen auf die geringstmögliche weitere Abweichung vom Reiseplan des Schiffes an. Normalerweise ist deswegen bei Frachtschiffen der nächste planmäßig anzulaufende Hafen (*next port of call*) der

---

<sup>113</sup> „[...] [S]urvivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety“.

<sup>114</sup> „[...] The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety [...]“, eingeführt durch International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC.155(78), MSC 78/26/Add.1, *Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue* v. 20.5.2004, in Kraft getreten am 1.7.2006.

<sup>115</sup> „Rescue’. An operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety“.

<sup>116</sup> Vgl. Attard (Fn. 3), S. 122.

<sup>117</sup> Vgl. Danisi, La nozione di „place of safety“ e l’applicazione di garanzie procedurali a tutela dell’individuo soccorso in mare, *Rivista di diritto internazionale* 2021, 395 (397).

<sup>118</sup> International Maritime Organization (IMO), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, MSC 78/26/Add.2, 20.5.2004, dt. Fassung: BSH, Bekanntmachung der IMO-Entscheidung MSC.167(78) des Schiffssicherheitsausschusses über die Richtlinien für die Behandlung von auf See geretteten Personen, *VkBl.* 2/2009 Nr. 17, S. 64 v. 16.12.2008; vgl. Danisi (Fn. 117), S. 399; Rab (Fn. 2), S. 121 f.; Schatz (Fn. 61); Van Dyke, *Safe Harbour*, in: Peters/Wolfrum: *Max Planck Encyclopedias of International Law [MPEIL]*, 2010, Rn. 8.

<sup>119</sup> Attard (Fn. 3), S. 123; vgl. Pitea/Zirulia (Fn. 1), S. 677.

<sup>120</sup> Attard (Fn. 3), S. 123; Vassallo Paleologo (Fn. 7), S. 219; Rossi (Fn. 13), S. 17.

Referenzpunkt für das zuständige MRCC.<sup>121</sup> Bei Schiffen ziviler Seenotrettung ist ein solcher Reiseplan – naturgemäß – in der Regel nicht vorhanden.<sup>122</sup>

Eine Definition für den *Place of Safety* findet sich jedoch in den IMO-Richtlinien unter Regel 6.12: Danach ist der *Place of Safety* ein „Ort, an dem die Rettungsmaßnahmen als beendet angesehen werden. Er ist auch ein Ort, an dem das Leben der Überlebenden nicht mehr weiter in Gefahr ist und an dem ihre menschlichen Grundbedürfnisse (wie zum Beispiel Nahrung, Unterkunft und medizinische Betreuung) gedeckt werden können. Des Weiteren ist er ein Ort, von dem aus Vorkehrungen für den Transport der Überlebenden zu ihrem nächsten oder endgültigen Bestimmungsort getroffen werden können.“ Auch durch diese Definition wird jedoch kein genauer Ort festgelegt.<sup>123</sup> Weiter heißt es in den IMO-Richtlinien unter Regel 6.17: „Eine Überlegung im Fall von Asylsuchenden und Flüchtlingen, die auf See geborgen werden, ist die Notwendigkeit, eine Ausschiffung in Gebieten zu vermeiden, in denen das Leben und die Freiheit der Personen, die vorgeben, eine begründete Angst vor Verfolgung zu haben, in Gefahr wäre.“ Bei den IMO-Richtlinien handelt es sich nur um *soft law*, d. h. rechtlich nicht verbindliche Regelungen.<sup>124</sup> Allerdings verweisen sowohl Kapitel V, Regel 33 der Anlage zum SOLAS-Übereinkommen als auch Regel 3.1.9 des Anhangs zum SAR-Übereinkommen auf sie.<sup>125</sup> Die IMO-Richtlinien können daher als Auslegungshilfen für diese Abkommen gelten.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> UNHCR-ExCom, Beschluss Nr. 32 (XXXII) v. 21.10.1981, *Problems Related to the Rescue of Asylum-Seekers in Distress at Sea*, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c4344/problems-related-rescue-asylum-seekers-distress-sea.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), Abs. 3: „*In accordance with international practice, supported by the relevant international instruments, persons rescued at sea should normally be disembarked at the next port of call. This practice should also be applied to asylum-seekers rescued at sea. In cases of large-scale influx, asylum seekers rescued at sea should always be admitted, at least on a temporary basis. States should assist in facilitating their disembarkation by acting in accordance with the principles of international solidarity and burden-sharing in granting resettlement guarantees.*“; Mallia (Fn. 63), S. 107; Pitea/Zirulia (Fn. 1), S. 677; Rab (Fn. 2), S. 104, 185.

<sup>122</sup> Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 936.

<sup>123</sup> Attard (Fn. 3), S. 123; Rab (Fn. 2), S. 122.

<sup>124</sup> Rab (Fn. 2), S. 119, 123; Rossi (Fn. 13), S. 7; De Sena/De Vittor (Fn. 85), S. 121; Talmon (Fn. 21), S. 804.

<sup>125</sup> Vgl. Rab (Fn. 2), S. 120.

<sup>126</sup> Ebd., S. 123.

Ein *Place of Safety* muss nicht zwingend ein Hafen sein, auch ein anderer „Ort“ kommt grundsätzlich in Betracht.<sup>127</sup> Ein solcher anderer Ort kann nach Regel 6.14 der IMO-Richtlinien etwa ein anderes Schiff, die Küste, eine künstliche Insel oder eine Plattform im Meer sein.<sup>128</sup> Ein Schiff kann nach Regel 6.13 der IMO-Richtlinien aber nur als vorübergehender *Place of Safety* gelten.<sup>129</sup>

Teilweise wird aus der Definition in den IMO-Kriterien abgeleitet, dass ein *Place of Safety* „primär das Überleben der Geretteten gewährleisten können [muss] – durch Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse (*human needs*), nicht aber notwendigerweise durch eine Garantie der Menschenrechte (*human rights*)“<sup>130</sup>. Dieser Interpretation widersprechen aber u. a. Punkt 5.2 der Resolution Nr. 1821 (2011) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates<sup>131</sup> sowie Kapitel 1, Art. 2 Nr. 12 der EU-Seeaußengrenzenverordnung<sup>132</sup>. Auch das UNHCR erklärte, dass der Begriff des *Place of Safety* menschenrechtliche Implikationen habe.<sup>133</sup> Der *Place of Safety* wird also auch durch Flüchtlingsrecht und Menschenrechte bestimmt. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen Menschenrechten und territorialer Souveränität: Die Menschenrechte interferieren mit dem Seevölkerrecht.<sup>134</sup>

---

<sup>127</sup> Talmon (Fn. 21), S. 804; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 12.

<sup>128</sup> Vgl. Talmon (Fn. 21), S. 804.

<sup>129</sup> Vgl. Attard (Fn. 3), S. 66, 123.

<sup>130</sup> Talmon (Fn. 21), S. 804; ähnlich Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 935.

<sup>131</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarates (*Council of Europe, Parliamentary Assembly*), Resolution 1821 (2011), *The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*, debattiert und beschlossen am 21.6.2011, abrufbar unter: <https://pace.coe.int/en/files/18006/html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), Punkt 5.2: „Yet it is clear that the notion of ‘place of safety’ should not be restricted solely to the physical protection of people, but necessarily also entails respect for their fundamental rights.“; zur Rechtsnatur der Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung des Europarats siehe Wissenschaftliche Dienste, Rechtscharakter von Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung des Europarats – Kurzinformation v. 8.3.2018, WD 2-3000-027/18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/551644/6e1d81b9f7975c11c2719e00eda7104f/WD-2-027-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>132</sup> EU-Außengrenzenverordnung (Fn. 49); vgl. Danisi (Fn. 117), S. 403 f.

<sup>133</sup> UNHCR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea* v. 18.3.2002, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/media/background-note-protection-asylum-seekers-and-refugees-rescued-sea> (zuletzt abgerufen am: 11.8.2023), S. 5, unter II.B.18; vgl. Danisi (Fn. 117), S. 401.

<sup>134</sup> Klingst, Das sind die Gesetze des Meeres, ZEIT Online v. 20.8.2017, abrufbar unter:

Diese menschenrechtlichen Einflüsse sind insbesondere wichtig, wenn Schiffen mit aus Seenot geretteten Geflüchteten an Bord der Zugang zum Küstenmeer verwehrt werden soll, wie etwa in den Fällen *Tampa* und *Cap Anamur*.<sup>135</sup> Relevant sind dabei vor allem das Folterverbot aus Art. 3 EMRK<sup>136</sup> und Art. 7 des internationalen Zivilpakts (IPbPR)<sup>137</sup> sowie das *Refoulement*-Verbot aus Art. 33 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)<sup>138</sup>, Art. 3 UN-Antifolterkonvention (CAT)<sup>139</sup> und Art. 4 der EU-Seeaußengrenzenverordnung.<sup>140</sup> Das *Refoulement*-Verbot und das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung sind ferner nach h. M. Völkergewohnheitsrecht im Rang von *ius cogens* nach Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>141,142</sup> Es bedeutet, dass Staaten Menschen

---

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2017-08/seenotrettung-fluechtlinge-mittelmeer-libysche-kuestenwache-ngos/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Danisi* (Fn. 117), S. 400 f.; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 23.  
<sup>135</sup> *Jaguttis* (Fn. 13), S. 122 ff.; *Mallia* (Fn. 63), S. 80; *Rab* (Fn. 2), S. 8 ff., 127 ff.; *Rossi* (Fn. 13), S. 10 f.; *Talmon* (Fn. 21), S. 807 f.

<sup>136</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, EMRK) v. 4.11.1950, in Kraft getreten am 3.9.1953, ETS No. 005, BGBl. 1952 II, 685, 953.

<sup>137</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (*International Covenant on Civil and Political Rights*, IpbPR) v. 19.12.1966, in Kraft getreten am 23.3.1976, UNTS 999, 171, BGBl. 1973 II, 1534.

<sup>138</sup> Genfer Flüchtlingskonvention bzw. Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (*Geneva Convention/Refugee Convention* bzw. *Convention relating to the Status of Refugees*, GFK) v. 28.7.1951, in Kraft getreten am 22.4.1954, UNTS 189, 137, BGBl. 1953 II, 559.

<sup>139</sup> Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, CAT) v. 10.12.1984, in Kraft getreten am 26.6.1987, UNTS 1465, 85, BGBl. 1990 II, 246; siehe UN-Ausschuss gegen Folter (*UN Committee Against Torture*), Views, 28.4.1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez v Sweden*, CAT/C/18/D/39/1996, Annex, S. 9, Abschnitt 14.5, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDDecisionsCATVollen.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 229 f.

<sup>140</sup> EGMR (GK), *M.S.S v Belgium and Greece*, Urt. v. 21.1.2011, Rs. 30696/09, Rep. 2011-I, S. 255, Rn. 54 ff., 344 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-103050&filename=001-103050.pdf&TID=cwvzdogrzt> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 218 f., 230 f.; *Vassallo Paleologo* (Fn. 7), S. 218 f.

<sup>141</sup> Wiener Vertragsrechtskonvention bzw. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) v. 23.5.1969, in Kraft getreten am 27.1.1980, UNTS 1155, 331, BGBl. 1985 II, 926.

<sup>142</sup> *Tribunale di Trapani, Vos Thalassa*, Sentenza a seguito di giudizio abbreviato, N. 3310/2019, Entscheidung v. 23.5.2019, veröffentlicht am 3.6.2019, abrufbar unter:

nicht dahin zurückschicken dürfen, wo deren Leben oder Freiheit durch Verfolgung wegen Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen politischen Überzeugung bedroht wäre.<sup>143</sup> Die ständige Rechtsprechung des *EGMR* erweiterte dies auf Situationen, in denen die ernsthafte Gefahr bestünde, dass den Geflüchteten im Zielstaat Folter, unmenschliche Behandlung oder Tod drohte.<sup>144</sup> Damit wird in das Folterverbot aus Art. 3 EMRK ein implizites *Refoulement*-Verbot hineingelesen.<sup>145</sup> Das *Refoulement*-Verbot gilt nach überwiegender, aber nicht unumstrittener

---

[https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2019\\_tribunale\\_trapani\\_vos\\_thalassa.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2019_tribunale_trapani_vos_thalassa.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 37; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 934; *Vassallo Paleologo* (Fn. 7), S. 218; *Attard* (Fn. 3), S. 227; *Lauterpacht/Bethlehem*, The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in: Feller/Türk/Nicholson: Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, ursprünglich: Expert paper at a round table in the context of the Global Consultations on International Protection, UNHCR 2000-2002, S. 140, Rn. 193-253, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/419c75ce4.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Rab* (Fn. 2), S. 133, 199 ff., 224 m. w. N.; a.A. *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 4. Aufl. 2021, S. 305 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 227; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 142), S. 241 ff.; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 93; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-013/18 (Fn. 65), S. 8; WD 2-3000-053/17 (Fn. 9), S. 10.

<sup>144</sup> St. *EGMR*-Rspr. seit *Soering v United Kingdom*, Urt. v. 7. 7.1989, Rs. 14038/88, Series A, No 161, S. 4 (34), Tz. 88, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57619%22%7D> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Bader and Kanbor v Sweden*, Urt. v. 8.11.2005, Rs. 13284/04, Merits, Rep. 2005-XI, S. 75 (87), abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-70841&filename=CASE%20OF%20BADER%20AND%20KANBOR%20v.%20SWEDEN.pdf&logEvent=False> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Johann*, in: Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK - Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 1, Rn. 22 m. w. N.; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 227 ff.; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-040/16, Völkerrechtliche Aspekte der Rückführung von Flüchtlingen in die Türkei durch die Deutsche Marine im Rahmen der NATO-Seeraumüberwachungsoperation in der Ägäis – Sachstand v. 15.3.2016, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/418218/e95b6297b7528dd60087a6ac308ca8e7/wd-2-040-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-013/18 (Fn. 65), S. 8.

<sup>145</sup> *EGMR*, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urt. v. 23.2.2012, Rs. 27765/09, Rep. 2012-II, S. 97 (144), Rn. 136 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22002-102%22%7D> (zuletzt abgerufen: 11.8.2023); vgl. *Sinner*, in: Karpenstein/Mayer (Fn. 144), Art. 3, Rn. 24a; *Rab* (Fn. 2), S. 201, 214; für Art. 7 IPBPR siehe UNHRC, General Comment No. 20 (1992), HRI/GEN/1/REV.1, 29.7.1994, S. 30 ff.

Auffassung nicht nur auf dem Staatsgebiet, sondern auch an den Grenzen und auf Hoher See (Extraterritorialität).<sup>146</sup>

Das *Refoulement*-Verbot bindet unmittelbar nur Staaten als Völkerrechtssubjekte.<sup>147</sup> Nach den IMO-Richtlinien von 2004 sollten die Kapitän:innen die Menschenrechte, insbesondere das *Refoulement*-Verbot, beachten.<sup>148</sup> Jedoch sind Kapitän:innen der privaten Rettungsschiffe nicht unmittelbar durch SAR-Übereinkommen und SOLAS-Übereinkommen verpflichtet, die Geretteten an einen *Place of Safety* zu bringen. Überwiegend wird eine Drittwirkung der Verpflichtung zur Verbringung an einen *Place of Safety* für Kapitän:innen privater Schiffe abgelehnt.<sup>149</sup> Die IMO-Richtlinien halten unter Regel 5.1.6. zwar als *soft law* fest, dass auch private Kapitän:innen einen *Place of Safety* aufsuchen *sollten*.<sup>150</sup> Die Formulierung (*sollte/should*) lässt jedoch erkennen, dass es sich nicht um eine verbindliche Regelung handelt.<sup>151</sup>

Nach SAR-Übereinkommen und SOLAS-Übereinkommen darf der Kapitän/die Kapitänin eines Schiffes nicht eigenverantwortlich einen *Place of Safety* bestimmen. Vielmehr obliegt diese Entscheidung dem zuständigen MRCC nach

---

<sup>146</sup> UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26.1.2007, S. 3 f., Ziff. 28, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Blanke/Jobr*, S. 934; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S.15; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 142), S. 265 f.; *Attard* (Fn. 3), S. 236, 247; *Bevilacqua* (Fn. 7), S. 182 f.; *Mallia* (Fn. 63), S. 88 f.; *De Sena/Starita* (Fn. 81), S. 63 f.; a.A. etwa U.S. *Supreme Court, Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council, Inc. et al. (Sale)*, Urt. v. 21.6.1993, US Rep. 509, 155 (156 ff.); *High Court of Australia, CPCF v. Minister for Immigration and Border Protection*, Urt. v. 28.1.2015, S169/2014, 2015, HCA 1, Rn. 11; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 93, S. 127; *Talmon* (Fn. 21), S. 806; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 152 ff.

<sup>147</sup> *Blanke/Jobr*, S. 934; *Rab* (Fn. 2), S. 179 m. w. N.; *Talmon* (Fn. 21), S. 805; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 19.

<sup>148</sup> *Attard* (Fn. 3), S. 237.

<sup>149</sup> *Talmon* (Fn. 21), S. 804; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 13.

<sup>150</sup> Kapitän:innen „sollten versuchen sicherzustellen“ („*should seek to ensure*“), dass Überlebende nicht an einem Ort ausgeschifft werden, an dem ihre Sicherheit weiter in Gefahr wäre.

<sup>151</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 180; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 13; vgl. dazu SAR-Übereinkommen, Anlage 1.2: „*Should* is used in the Annex to indicate a provision, the uniform application of which by all Parties is recommended in the interest of safety of life at sea.“, Hervorhebung d. Verf.

Regeln 3.1.9 S. 2<sup>152</sup> und 4.8.5 S. 1<sup>153</sup> des Anhangs zum SAR-Übereinkommen. Darüber hinaus legt Art. 2 Abs. 1 des SAR-Übereinkommens fest, dass das Abkommen in keiner Weise die Rechte der Küstenstaaten aus dem SRÜ einschränken soll.<sup>154</sup> Zu den Rechten aus dem SRÜ gehört auch die territoriale Souveränität über das Küstenmeer und die inneren Gewässer. Daher kann der Kapitän/die Kapitänin eines Schiffes einer privaten Seenotrettungsorganisation nicht unter Berufung auf den *Place of Safety* Zugang zu einem fremden Hafen verlangen.<sup>155</sup>

Sinnvoll wäre es *de lege ferenda*, den inzwischen 20 Jahre alten Vorschlag Norwegens wiederaufzugreifen, die SAR-Übereinkommen und SOLAS-Übereinkommen dahingehend zu ändern, dass der Kapitän/die Kapitänin des rettenden Schiffes den *Place of Safety* bestimmen kann.<sup>156</sup> Ob diese Vertragsänderung in Zukunft politische Zustimmung finden würde, bleibt hingegen zweifelhaft.<sup>157</sup>

#### 4. Nothafenrecht

Ein Recht auf das Einlaufen in fremde Häfen könnte sich aber aus einer anderen Rechtsquelle ergeben: Völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist nach h. M. das

---

<sup>152</sup> „The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization.”

<sup>153</sup> „The rescue co-ordination centre [...] concerned shall initiate the process of identifying the most appropriate place(s) for disembarking persons found in distress at sea.”

<sup>154</sup> Vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 59.

<sup>155</sup> So auch *Magi* (Fn. 36), S. 726.

<sup>156</sup> MSC 75/2/2/Add.2 v. 12.3.2002, Review of safety measures and procedures for the treatment of persons rescued at sea, Submitted by Norway, S. 5, Rn. 22 f.: „(a) *The master of a ship having retrieved persons in distress at sea has the duty and the right to deliver these persons to a place of safety with no undue delay. In such circumstances the master of the ship having retrieved persons in distress is entitled to decide as follows: 1. to deliver these persons to a suitable port or in the territorial waters being closest to the position where the persons were retrieved, or 2. to deliver these persons to a suitable port or in the territorial waters being closest in case the ship continues its planned voyage towards its next port of call in accordance with the master’s decision. (...) (b) In cases as described in paragraph 22 (a), Parties shall allow such ships access to the territorial waters and to the ports decided by the ship in accordance with those provisions. [...]*”, Hervorhebungen d. Verf.; vgl. MSC 76/22/11 v. 27.9.2002, Outcome of informal meeting on “Safety measures and procedures for the treatment of persons rescued at sea”, Submitted by Sweden, Annex 1, S. 2, Regel 2.1.10bis; *Attard* (Fn. 3), S. 75; *Rab* (Fn. 2), S. 112 f., 125.

<sup>157</sup> Vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 735 f.; *Rab* (Fn. 2), S. 125.



sog. Nothafenrecht.<sup>158</sup> Dieses Recht bildet eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip.<sup>159</sup> Vereinzelt wird trotz der vorhandenen Staatenpraxis eine völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung abgelehnt, da den Küstenstaaten im Einzelnen keine entsprechende *opinio iuris* nachzuweisen sei.<sup>160</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, dass bereits 1853 im Fall *Creole v. Great Britain* ein Schiedsgericht das Nothafenrecht anerkannte.<sup>161</sup> Die Existenz dieses Rechts wurde im 20. Jahrhundert durch zahlreiche bilaterale Abkommen bestätigt und konkretisiert.<sup>162</sup> Auch im Genfer Seehäfenübereinkommen von 1923 wurde die Existenz des Nothafenrechts zumindest implizit anerkannt.<sup>163</sup> Ebenso berief sich Richter *Beaumont* im Fall *Ruddock v. Vadarlis (Tampa-Fall)* auf das Nothafenrecht.<sup>164</sup> Im Jahr 2007 bekräftigte ferner die chinesische Regierung in zwei Fällen das Nothafenrecht.<sup>165</sup> Aufgrund dieser historischen Entwicklungen lässt sich eine gefestigte globale *opinio iuris* erkennen. Trotz der teils

---

<sup>158</sup> Schiedsspruch v. 2.4.1929, *Kate A. Hoff, Administratrix of the Estate of Samuel B. Allison, Deceased (U.S.A.)/United Mexican States („The Rebecca“)*, UNRIAA Bd. IV, 444, 447; im Detail siehe von *Gadow-Stephani* (Fn. 68), S. 210 ff.; vgl. *Graf Vitzthum* (Fn. 86), S. 102 Rn. 79, S. 89, Rn. 49; *McDougal/Burke* (Fn. 92), S. 110; *Lowe* (Fn. 87), S. 610 ff.; *Hasselmann* (Fn. 24), S. 358; *Herdegen* (Fn. 16), § 31, Rn. 12; *Kološa* (Fn. 36); *Magi* (Fn. 36), S. 695; *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 33; *Guilfoyle*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 729, Rn. 11; *Triimpler*, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 95, Rn. 28; *Rab* (Fn. 2), S. 90; *Rossi* (Fn. 13), S. 18; *Schatz* (Fn. 61); *Tanaka* (Fn. 35), S. 81; *Van Dyke* (Fn. 118), Rn. 6; *Verdross/Simma* (Fn. 24), S. 653, § 1036, Wissenschaftliche Dienste, Das völkergewohnheitsrechtliche Nothafenrecht – Kurzinformaton v. 11.6.2018, WD 2-3000-082/18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/564236/67aef43b0ca051bfca57bcb4417d01dd/WD-2-082-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>159</sup> *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 938; *Graf Vitzthum* (Fn. 86), S. 89, Rn. 49; *Magi* (Fn. 36), S. 696; *Rab* (Fn. 2), S. 92; *Talmon* (Fn. 21), S. 806; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-082/18 (Fn. 158).

<sup>160</sup> *Talmon* (Fn. 21), S. 806.

<sup>161</sup> „*The Creole was on a voyage, sanctioned and protected by the laws of the United States, and by the law of nations. Her right to navigate the ocean could not be questioned, and as growing out of that right, the right to seek shelter or enter the ports of a friendly power in case of distress or any unavoidable necessity.*“, Schiedsspruch v. 23.12.1853, *The Creole v. Great Britain*, UNRIAA, vol. XXIX, S. 51 (53), Hervorhebung d. Verf.; vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 696.

<sup>162</sup> *Magi* (Fn. 36), S. 696 m. w. N.; *Tanaka* (Fn. 35), S. 80 m. w. N.

<sup>163</sup> Unterzeichnungsprotokoll zum Genfer Seehäfenübereinkommen (vgl. Fn. 89), Nr. 1: „Es besteht Einverständnis darüber, dass sich die Bestimmungen des Statuts auf die Zufluchthäfen beziehen, die eigens zu diesem Zweck angelegt sind.“; vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 696 f.

<sup>164</sup> *Federal Court of Australia, Minister for Immigration and Cultural Affairs and Others v. Eric Vadarlis*, Urt. v. 18.9.2001, FCA 1329, Rn. 126; vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 703.

<sup>165</sup> *Magi* (Fn. 36), S. 703 m. w. N.

widersprüchlichen Staatenpraxis der letzten Jahre besteht die entsprechende *consuetudo* fort.<sup>166</sup>

Es handelt sich um eine Ausnahmeregel, die eng auszulegen ist.<sup>167</sup> Ein Nothafenrecht erfordert eine humanitäre oder sicherheitstechnische Notlage. Dabei kann zwischen „Notstands-Seenot“ (*distress*), bei der Menschenleben in Gefahr sind, und „Notwendigkeits-Seenot“ (*necessity*), bei der keine Menschenleben in Gefahr sind, unterschieden werden.<sup>168</sup> „Notstands-Seenot“ liegt etwa vor bei Schwangeren und Verletzten an Bord, Knappheit an Lebensmitteln oder Medikamenten, Überladung des Schiffs wegen zu vieler Menschen an Bord oder Wasserknappheit.<sup>169</sup> Bei einer „Notwendigkeits-Seenot“ besteht lediglich eine Gefahr für das Schiff oder die Ladung, etwa wenn die Besatzung nicht mehr auf dem Schiff ist.<sup>170</sup> Im Falle der Rettung von Geflüchteten wird in der Regel nur die „Notstands-Seenot“ greifen.

Im Einzelfall kann das Nothafenrecht ausgeschlossen sein, wenn die Einfahrt die Sicherheit des Küstenstaats gefährden würde oder wenn der Küstenstaat die Gefahren für Leib und Leben bereits vorher beheben konnte.<sup>171</sup> Diese Ausnahmen sind ihrerseits restriktiv anzuwenden, da sie anders als Art. 19 Abs. 2 SRÜ nicht nur die Durchfahrt, sondern die Behebung einer akuten Notlage verhindern.<sup>172</sup>

Beim Nothafenrecht ist keine Erlaubnis der Hafenbehörde zum Einlaufen erforderlich.<sup>173</sup> Das Nothafenrecht umfasst grundsätzlich nur das Einlaufen in den Hafen, nicht die Ausschiffung der an Bord befindlichen Personen.<sup>174</sup> Allerdings soll diese in Ausnahmefällen nach Meinung mancher erlaubt sein, wenn sie zur Beseitigung der konkreten Notlage nötig ist.<sup>175</sup>

---

<sup>166</sup> Vgl. *ibd.*, S. 702 ff. m. w. N., insb. S. 704 f.

<sup>167</sup> Rossi (Fn. 13), S. 18; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-082/18 (Fn. 158).

<sup>168</sup> Blanke/Jobr (Fn. 7), S. 938; vgl. von Gadow-Stephani (Fn. 68), S. 294 ff., 330 f.

<sup>169</sup> Attard (Fn. 3), S. 186 f.; Kolofsa (Fn. 36); Schatz (Fn. 61); Jaguttis (Fn. 13), S. 123; Lenk (Fn. 63), 720; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-082/18 (Fn. 158).

<sup>170</sup> von Gadow-Stephani (Fn. 68), S. 6, 273.

<sup>171</sup> Matz-Lück (Fn. 13); Triimpler, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 95, Rn. 28.

<sup>172</sup> Triimpler, in: Proelß (Fn. 26), Art. 8, S. 95, Rn. 28; Rab (Fn. 2), S. 95.

<sup>173</sup> Papanicolopulu (Fn. 21), S. 33; Rossi (Fn. 13), S. 18.

<sup>174</sup> Kolofsa (Fn. 36); Lenk (Fn. 63), S. 717; Matz-Lück (Fn. 13); Guilfoyle, in: Proelß (Fn. 26), Art. 98, S. 729, Rn. 11; Rossi (Fn. 13), S. 14, 18; Van Dyke (Fn. 118), Rn. 6.

<sup>175</sup> Attard (Fn. 3), S. 190.

## 5. Zwischenergebnis

Das Recht auf friedliche Durchfahrt kann Schiffen ziviler Seenotrettung ein Recht auf Einlaufen in die Küstengewässer, nicht aber auf Einlaufen in den Hafen verschaffen. Ein Recht auf das Einlaufen in fremde Häfen kann sich nicht aus einem allgemeinen Zugangsrecht, sondern nur aus dem Nothafenrecht ergeben.

### D. Anwendungsfall: *Sea-Watch 3*, Juni 2019

#### I. Der Fall

Im Folgenden soll der Konflikt zwischen der *Sea-Watch 3* und dem italienischen Staat im Juni 2019 als Anwendungsbeispiel für die oben aufgezeigten Grundsätze dienen. *Sea-Watch e.V.* ist eine deutsche NGO, „die sich der zivilen Seenotrettung im zentralen Mittelmeer verschrieben hat“<sup>176</sup>. Die *Sea-Watch 3* ist ein Schiff dieser NGO, das seit 2017 unter niederländischer Flagge Rettungseinsätze auf dem Mittelmeer fährt.<sup>177</sup>

In Italien begann spätestens 2017 mit dem „Verhaltenskodex für NGOs“<sup>178</sup> unter Innenminister *Marco Minniti* die Konfrontation mit den Organisationen ziviler Seenotrettung.<sup>179</sup> Seit 2018 trieb dessen Nachfolger, *Matteo Salvini* von der rechtspopulistischen<sup>180</sup> Partei *Lega (Nord)*, die *politica dei porti chiusi* (Politik der geschlossenen Häfen) voran.<sup>181</sup> Er erließ etwa im März 2019 eine Verwaltungsrichtlinie, die Schiffe mit nicht in der italienischen SAR-Zone geretteten Migrant:innen den Zugang zu italienischen Küstengewässern

---

<sup>176</sup> Webseite des Sea-Watch e.V., abrufbar unter: <https://sea-watch.org/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>177</sup> Registriert unter Nr. IMO 7302225, vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), Fn. 39.

<sup>178</sup> *Codice di Condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare* („Verhaltenskodex für NGOs, die in Rettungsoperationen von Migrant:innen im Meer involviert sind“), abrufbar unter: [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice\\_condotta\\_ong.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>179</sup> *Chiara/Frisone*, Immigration in Italy between First and Second Republic: From the Reception Policies to the “Emergency” Management of Migrations (1980-2018), *Historia Contemporánea* 65 (2021), 233 (262 f.).

<sup>180</sup> *Rooduijn/Van Kessel/Froio/Pirro/De Lange/Halikiopoulou/Lewis/Mudde/Taggart*, The PopuList: An Overview of Populist, Far Right, Far Left and Eurosceptic Parties in Europe, 2019, abrufbar unter: <https://populistorg.files.wordpress.com/2020/02/01-thepopulist.pdf>, siehe auch [www.popu-list.org](http://www.popu-list.org) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Berti* (Fn. 12), S. 533.

<sup>181</sup> Vgl. etwa *Rossi* (Fn. 13), S. 2.

verwehren sollte.<sup>182</sup> Dabei berief sich *Salvini* insbesondere auf die angeblich von Migrant:innen drohenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.<sup>183</sup>

Noch im Juni 2018 schrieben die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags: „Den Anordnungen der Küstenwache hinsichtlich der Schließung von Häfen wird sich ein privates Seenotrettungsschiff in der Praxis nicht widersetzen.“<sup>184</sup> Ein Jahr später widerlegte *Carola Rackete* als Kapitänin der *Sea-Watch 3* diese Einschätzung: Sie fuhr ohne Erlaubnis der Hafenbehörde in den Hafen von Lampedusa ein.

Für die Rekonstruktion des Ablaufs der Geschehnisse im Juni 2019 wird der Beschluss über die Aufhebung des Haftbefehls gegen *Rackete*<sup>185</sup> durch Ermittlungsrichterin (*giudice per le indagini preliminari*, GIP) *Alessandra Vella* gegen *Rackete* herangezogen, der sich am Protokoll der *Guardia di Finanza*<sup>186</sup> orientiert:

Am Morgen des 12.6.2019 wurden 53 Geflüchtete von der *Sea-Watch 3* aus einem Schlauchboot 47 Seemeilen vor der libyschen Küste gerettet. Im Laufe des

---

<sup>182</sup> Italienisches Innenministerium, *Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione*, Nr. 14100/141 (8) v. 18.3.2019, abrufbar unter: [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva\\_ministro\\_su\\_controllo\\_frontiere\\_marittime\\_18.03.2019.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_ministro_su_controllo_frontiere_marittime_18.03.2019.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); so auch die Richtlinien v. 4.4., 15.4. und 15.5.2019 mit demselben Aktenzeichen, abrufbar unter: [https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/decreti-direttive-e-altri-documenti?F%5B0%5D=data\\_documenti\\_interesse%3A2019](https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/decreti-direttive-e-altri-documenti?F%5B0%5D=data_documenti_interesse%3A2019).

<sup>183</sup> Etwa *Direttiva* Nr. 14100/141 (8) v. 18.3.2019 (Fn. 182), S. 3.

<sup>184</sup> Wissenschaftliche Dienste, Rechtsfragen zur Seenotrettung – Kurzinformation v. 20.6.2018, WD 2-3000-089/18, S. 1, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/568268/91dd38dcafa7a03203e00991a04e221d/WD-2-089\\_18-pdf-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/568268/91dd38dcafa7a03203e00991a04e221d/WD-2-089_18-pdf-data.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>185</sup> *Ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare* (Beschluss über den Antrag auf Bestätigung der Festnahme und Anwendung der einstweiligen Maßnahme) v. 2.7.2019, N. 3169/19 R.G.N.R., N. 2592/19 R.G. GIP, S. 5-8, abrufbar unter: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9218-gip-agrigento-2-luglio-2019-sea-watch.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); so auch *Pitea/Zirulia* (Fn. 1), S. 661 ff. und *Gradoni/Pasquet* (Fn. 12), S. 56.

<sup>186</sup> *Guardia di Finanza*, Prot. n. 0369315/2019 v. 29.6.2019. Die *Guardia di Finanza* ist ein militärisch organisierter Teil des italienischen Polizeisystems, der auf die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität spezialisiert ist, vgl. *Guardia di Finanza*, Who we are: objectives and investigative activities, abrufbar unter: <https://www.gdf.gov.it/en/institutional-tasks/who-we-are-objectives-and-investigative-activities> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

Vormittags fragt die *Sea-Watch 3* einen *Place of Safety* von den MRCC in Italien, Malta, den Niederlanden und Libyen an. Gegen 12 Uhr erreicht die Crew eine Mail der sog. libyschen Küstenwache: Libyen wolle die Koordinierung der Rettung nach dem SAR-Übereinkommen übernehmen. Um ca. 23 Uhr weist das MRCC in Libyen den Hafen von Tripolis als *Place of Safety* zu.

Die Crew der *Sea-Watch 3* erklärt am 13.6.2019 um ca. 14 Uhr, in Libyen gebe es keine sicheren Häfen, und verlangt die Zuweisung eines anderen *Place of Safety*. Es ist ca. 19 Uhr, als das MRCC in Rom sich für nicht zuständig erklärt. Die *Sea-Watch 3* nimmt trotzdem Fahrt gen Norden auf. Etwa vier Stunden später verbietet Italien der *Sea-Watch 3* durch eine Mail des Innenministeriums die Einfahrt in italienische Territorialgewässer und Häfen. Ab dem 13. und 14.6.2019 befindet sich die *Sea-Watch 3* ca. 17 Seemeilen vor der Küste Lampedusas, d. h. noch außerhalb des italienischen Küstenmeers.

Am 14.6.2019 wiederholt die Besatzung der *Sea-Watch 3* erfolglos ihre Anfragen an Italien und Malta. Am selben Tag wird in Italien ein Dekret verabschiedet, das dem Innenminister die eigenmächtige Schließung der Territorialgewässer gestattet, das sog. *decreto sicurezza-bis*.<sup>187</sup> Es tritt tags darauf in Kraft. Am 14. und 15.6.2019 werden zehn Gerettete aus medizinischen Gründen von italienischen Ärzt:innen evakuiert; es verbleiben 43 Gerettete an Bord.

Am 18.6.2019 erfährt die *Sea-Watch* eine erste juristische Niederlage: Das *Tribunale Amministrativo Regionale* (TAR)<sup>188</sup> Lazio lehnt eine Nichtigkeitsklage des Vereins gegen das Dekret im Eilverfahren ab.<sup>189</sup> Am 22.6.2019 wird ein weiterer Geretteter als medizinischer Notfall von italienischen Ärzt:innen evakuiert; es verbleiben 42 Gerettete an Bord. Am 25.6.2019 wird ein Eilantrag vor dem EGMR auf Einfahrt in die italienischen Gewässer abgelehnt: Es bestehe nach der Evakuierung der medizinischen Notfälle keine akute Gefahr.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> Decreto-legge (d.l.) v. 14.6.2019, n. 53/2019, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019 n. 77, sog. *decreto sicurezza-bis*, abrufbar unter: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/06/14/19G00063/sg> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>188</sup> *Tribunale Amministrativo Regionale*, d. h. Verwaltungsgericht der Region.

<sup>189</sup> TAR Lazio, Entscheidung v. 18.6.2019, N. 04038/2019, Reg. Prov. Cau. Nr. 0070414/2019 Prot.Ag.ID, abrufbar unter: [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2019/06/19/201904038\\_06.pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2019/06/19/201904038_06.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>190</sup> EGMR, *Rackete and Others v. Italy*, Beschluss v. 25.6.2019, Rs. 32969/19, siehe

Am 26.6.2019 fährt die *Sea-Watch 3* trotzdem unter Berufung auf das Nothafenrecht in italienische Territorialgewässer ein.<sup>191</sup> Am Tag danach müssen erneut zwei weitere Gerettete, darunter eine minderjährige Person, aus medizinischen Gründen von italienischen Ärzt:innen evakuiert werden; es verbleiben 40 Gerettete an Bord. In der Nacht vom 28. auf den 29.6.2019 erreicht die *Sea-Watch 3* schließlich den Hafen von Lampedusa – fast 16 Tage nach der Rettung.

Kapitänin *Rackete* wird unverzüglich wegen Widerstand oder Gewalt gegen ein Kriegsschiff (*resistenza o violenza contro nave da guerra*, art. 1100 cod. nav.)<sup>192</sup> und Widerstand gegen eine Amtsperson (*resistenza a pubblico ufficiale*, art. 337 c. p.)<sup>193</sup> verhaftet. Ihr Haftbefehl wird jedoch bereits am 2.7.2019 aufgehoben, was Anfang 2020 von Italiens höchstem Strafgericht bestätigt wird.<sup>194</sup> In der Hauptsache wird das Ermittlungsverfahren wegen dieser Tatvorwürfe Anfang 2021 eingestellt.<sup>195</sup> Alle weiteren Ermittlungsverfahren (u.a. wegen Beihilfe zur illegalen Einreise) gegen *Rackete* wurden Ende 2021 ebenfalls eingestellt.<sup>196</sup>

---

Pressemitteilung v. 25.6.2019, ECHR 240, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6443361-8477507%22%5D%7D> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Schatz* (Fn. 61).

<sup>191</sup> *Rackete*. „state of necessity“, juristisch korrekt wäre „state of distress“ gewesen, s.o.

<sup>192</sup> *Codice della navigazione* (cod. nav., it. Schifffahrtsgesetz), beschlossen durch *Regio Decreto* (R.D.) v. 30.3.1942, n. 327.

<sup>193</sup> *Codice penale* (c.p., it. Strafgesetzbuch), beschlossen durch R.D. v. 19.10.1930, n. 1398. Art. 337 c.p. ist vergleichbar mit dem Tatbestand Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte im deutschen Strafrecht gemäß § 113 StGB.

<sup>194</sup> *Corte Suprema di Cassazione* (III. Sektion Strafrecht), *Rackete*, Urtr. v. 16.1.2020 (veröffentlicht am 20.2.2020), Nr. 6626/20, abrufbar unter: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=/20200220/snpn@s30@a2020@n06626@tS.clean.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Oellers-Frahm* (Fn. 83), S. 338 ff.

<sup>195</sup> *Tribunale di Agrigento*, Ufficio del GIP, *Decreto di Archiviazione* (Archivierungsdekret) v. 14.4.2021, N.R.G. 2592/19 NOTI GIP, N. 3169/19 R.G. Mod21, abrufbar unter: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2021/05/carola-decreto.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>196</sup> *Tribunale di Agrigento*, Ufficio del GIP, *Decreto di Archiviazione* v. 20.12.2021, N. 3150/2019 R.G.N.R., abrufbar unter: [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1642369860\\_20211220-gip-agrigento-archiviazione-rackete.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1642369860_20211220-gip-agrigento-archiviazione-rackete.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); siehe Anm. von *Zirulia*, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, *Sistema Penale* v. 17.1.2022, abrufbar unter: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/caso-sea-watch-carola-rackete-archivate-le-accuse-di-favoreggiamento-dellimmigrazione-irregolare-e-rifiuto-di-obbedienza-a-nave-da-guerra> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

## II. (Völker-)Rechtliche Einordnung

Zu klären ist folglich, ob *Rackete* in den Hafen von Lampedusa einfahren durfte.

### 1. Decreto „Sicurezza-bis“

Wie oben dargelegt, verfügte Italien 2019 mittels mehrerer Exekutivakte im Rahmen der *politica dei porti chiusi* die „Schließung“ der italienischen Häfen bzw. eine Zugangsbeschränkung für das italienische Küstenmeer. Fraglich ist, wie diese Vorgänge seevölkerrechtlich zu bewerten sind. Da die zuvor genannten Richtlinien (*direttive*) rechtlich unverbindlich sind,<sup>197</sup> soll nur das Dekret (d. l.) vom 14.6.2019 (*decreto sicurezza-bis*) betrachtet werden.

Das *decreto sicurezza-bis* verlieh dem Innenminister in Art. 1.1 das Recht, den Zugang, die Durchfahrt oder den Aufenthalt in den italienischen Territorialgewässern zu beschränken oder zu verbieten. Dem oben erläuterten Grundsatz der Souveränität über Häfen und Küstenmeer wird u. a. durch Art. 25 SRÜ Rechnung getragen. Art. 25 Abs. 3 SRÜ besagt, dass der Küstenstaat das Einfahren in Territorialgewässer aus Sicherheitsgründen etc. temporär und örtlich begrenzt beschränken oder verbieten kann.<sup>198</sup> Dieses Verbot darf aber nicht zeitlich und örtlich unbegrenzt und wegen des Diskriminierungsverbots nicht nur für Schiffe mit geretteten Migrant:innen an Bord gelten.<sup>199</sup> Im Falle des *decreto sicurezza-bis* war das Verbot weder zeitlich noch örtlich begrenzt. Zudem war es – zumindest nach einer teleologischen Auslegung in Zusammenschau mit der Richtlinie/*direttiva* 14100/141 (8) mit ihrem Framing der Verbringung auf See geretteter Migrant:innen nach Italien als Begünstigung „illegaler Einwanderung“ – nur an bestimmte Schiffe gerichtet, nämlich an diejenigen mit geretteten Geflüchteten an Bord. Daher widersprachen die Verordnungen insoweit den Anforderungen aus Art. 25 Abs. 3 SRÜ.<sup>200</sup> Man könnte dagegenhalten, dass das Dekret auf eine Ausübung der neuen Befugnisse „im Rahmen der internationalen Verpflichtungen Italiens“ hinweist. Diese

---

<sup>197</sup> *Catelani*, Nuove tendenze nell'uso delle direttive interorganiche, Osservatorio sulle Fonti, 1996, 247 (247 m. w. N.), abrufbar unter: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-volumi-osservatorio/osservatorio-1996/14-11-elisabetta-catelani/file> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>198</sup> Vgl. *Rossi* (Fn. 13), S. 11.

<sup>199</sup> *von Gadow-Stephani* (Fn. 68), S. 52; *Guilfoyle*, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, 2009, S. 200; *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 31; *Rossi* (Fn. 13), S. 11.

<sup>200</sup> *Papanicolopulu* (Fn. 21), S. 31.

Formulierung ist aber zu unbestimmt, um den Anforderungen von Art. 25 Abs. 3 SRÜ zu genügen.<sup>201</sup>

Selbst wenn man dies anders sehen würde, so muss Art. 25 SRÜ jedenfalls so angewendet werden, dass die Menschenrechte geachtet werden.<sup>202</sup> Die Möglichkeit zur absoluten Sperrung der Seeaußengrenzen für Schiffe mit Geflüchteten an Bord verstößt gegen Menschenrechte, insbesondere gegen das *Refoulement*-Verbot.<sup>203</sup> Die Regelung verletzt durch die Verweigerung des Rechts auf Stellung eines Asylantrags ebenso das Diskriminierungsverbot aus Art. 4 EMRK.<sup>204</sup>

Folglich war die Sperrung der italienischen Häfen jedenfalls wegen der Verstöße gegen die Menschenrechte völkerrechtswidrig. Unabhängig davon gibt es dennoch kein allgemeines Zugangsrecht zu fremden Häfen, solange keine Notsituation vorliegt.

---

<sup>201</sup> Vgl. *Ambroselli*, *Dai decreti sicurezza al decreto immigrazione: spunti di riflessione sul caso Sea Watch tra diritto costituzionale e diritto internazionale*, *DPERonline*, 15 (2021), 219 (232 f.), abrufbar unter: <http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline/article/view/7983/8748> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. f.; *Casu*, *Il decreto sicurezza bis e la violazione del diritto internazionale*, *Ius in Itinere* v. 24.8.2019, abrufbar unter: <https://www.iusinitinere.it/il-decreto-sicurezza-bis-e-la-violazione-del-diritto-internazionale-22978#:~:text=Tale%20norma%20concede%20infatti%20ai,di%20immigrazione%20vigenti%20nello%20Stato%E2%80%99D> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>202</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 57.

<sup>203</sup> *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 933; *Giglio*, *Il decreto sicurezza bis: contenuto e profili problematici*, *Filodiritto* v. 26.6.2019, abrufbar unter: <https://www.filodiritto.com/il-decreto-sicurezza-bis-contenuto-e-profilo-problematici> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), unter 3.1; *Zirulia*, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici. Diritto penale contemporaneo* v. 18.6.2019, abrufbar unter <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6738-decreto-sicurezza-bis-novita-e-profilo-critici> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), unter Abschnitt 4; *Rossi* (Fn. 13), S. 11; vgl. *Vassallo Paleologo* (Fn. 7), S. 222; vgl. *Rab* (Fn. 2), S. 205 ff. Italien hat die relevanten Verträge, insbesondere die GFK und die EMRK, ratifiziert, z.B. die GFK durch legge 24 luglio 1954, n. 722, EMRK durch legge 4 agosto 1955, n. 848.

<sup>204</sup> *De Sena/Starita* (Fn. 81), S. 62; *De Sena/De Vittor* (Fn. 85), S. 121 f., 124; vgl. Brief des UNHCR an den Ständigen Vertreter Italiens bei den Vereinten Nationen v. 15.5.2019, AL ITA 4/2019, abrufbar unter: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24568> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 6 f.



## 2. Place of Safety

Wie man am Fall der *Sea-Watch 3* sieht, handelt es sich bei der gegenwärtigen Regelungsweise um ein lückenhaftes System, das oft zu Verzögerungen bei der Zuweisung eines *Place of Safety* führt.<sup>205</sup> Es entsteht eine schwierige Situation für Kapitän:innen unwillkommener Schiffe, eine „rechtliche Sackgasse“<sup>206</sup>. Denn während Kapitän:innen die Pflicht zur Seenotrettung haben, hat kein Staat die Pflicht zur Aufnahme der Geretteten, auch nicht der Flaggenstaat des rettenden Schiffs oder der koordinierende SAR-Küstenstaat.<sup>207</sup>

Zwar hätte Italien grundsätzlich einen Hafen in einem anderen SAR-Staat als *Place of Safety* zuweisen können: „*Nothing prohibits the SAR State from proposing disembarkation in another State’s SRR [= Search and Rescue Region], unless the State proposed is not a place of safety.*“<sup>208</sup> Fraglich ist aber, ob Häfen in Libyen als *Place of Safety* gelten können. Dagegen spricht unter anderem die Feststellung von Verstößen gegen Art. 3 EMRK in *Hirsi v. Italien* von 2012. Zwar betraf *Hirsi v. Italien* streng genommen nur Staaten in ihrer Verpflichtung, keine Pushbacks nach Libyen durchzuführen. Es ist aber trotzdem ein wichtiger Orientierungspunkt für die Definition des *Place of Safety*.<sup>209</sup> In Libyen werden sowohl von staatlicher als auch von nicht-staatlicher Seite regelmäßig schwere Menschenrechtsverletzungen begangen.<sup>210</sup> Diese treffen insbesondere

---

<sup>205</sup> Rossi (Fn. 13), S. 15 f.; vgl. MSC 77/10/2 v. 25.3.2003, Review of safety measures and procedures for the treatment of persons rescued at sea, Submitted by Norway, S. 2, Rn. 5 ff.; Rab (Fn. 2), S. 116, 127.

<sup>206</sup> Lenk (Fn. 63), S. 716.

<sup>207</sup> MSC 79/22/6 v. 15.9.2004, Outcome of second meeting of UN Inter-agency group on the Treatment of persons rescued at sea, Note by the Secretariat, S. 3 f., Rn. 18; *Bevilacqua* (Fn. 7), S. 180; *Fink/Gombeer*, The Aquarius incident: navigating the turbulent waters of international law, EJIL: Talk! v. 14.6.2018, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-aquarius-incident-navigating-the-turbulent-waters-of-international-law/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Mallia* (Fn. 63), S. 105, 108; *Rab* (Fn. 2), S. 118; *Rossi* (Fn. 13), S. 22; Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-078/13 (Fn. 57), S. 6; a.A. *Attard* (Fn. 3), S. 81.

<sup>208</sup> *Attard* (Fn. 3), S. 79 f.

<sup>209</sup> *Danisi* (Fn. 117), S. 436.

<sup>210</sup> Siehe u.a. Empfehlung des Europäischen Parlaments v. 23.11.2022 an den Rat, die Kommission und den Vizepräsidenten der Kommission/Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik zur Lage in Libyen (2021/2064(INI)), C 167/116, Abl. v. 11.5. 2023, 116 (20), unter AH. ff.; UNHRC, Investigation by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Libya: detailed findings, 15.6.2016, A/HRC/31/CRP, S. 20 ff.; *Bevilacqua* (Fn. 7), S. 184 m. w. N.

Migrant:innen.<sup>211</sup> Ferner ist kein Asylrecht vorhanden.<sup>212</sup> Nach allgemeiner Ansicht ist Libyen daher (gegenwärtig) kein *Place of Safety*.<sup>213</sup> Dies erkannte selbst der damalige italienische Außenminister *Moavero Milanesi* an.<sup>214</sup> Auch in der italienischen Rechtsprechung wurde Libyen explizit als nicht den Anforderungen an einen *Place of Safety* nach dem SAR-Übereinkommen genügend bezeichnet.<sup>215</sup> Daher war es unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass die *Sea-Watch 3* die Aufforderung der libyschen Küstenwache ignorierte, den Hafen von Tripolis anzusteuern. Im Fall der *Sea-Watch 3* war Lampedusa der nächste sichere Hafen.<sup>216</sup> Seevölkerrechtlich war *Rackete* als Kapitänin nicht an die Anweisungen des MRCC gebunden, da Regel 5.1.7 der IMO-Richtlinien von 2004 keine Rechtspflicht begründet. Eine solche Rechtspflicht zur Befolgung der

---

<sup>211</sup> *Ex multis* UN Support Mission in Libya Office of the High Commissioner for Human Rights, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 20.12.2018, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/LY/LibyaMigrationReport.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 25 ff.; *EGMR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urt. v. 23.2.2012, Rs. 27765/09, Rep. 2012-II, S. 97 (144), Rn. 136 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-102%22> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 137 ff., Rn. 101 ff. m. w. N.

<sup>212</sup> UN Support Mission in Libya (Fn. 211), S. 21; *EGMR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urt. v. 23.2.2012, Rs. 27765/09, Rep. 2012-II, S. 97(144), Rn. 136 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-102%22> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 138, Rn. 107; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 240.

<sup>213</sup> Vgl. UNHCR und IOM (gemeinsame Erklärung), *International approach to refugees and migrants in Libya must change*, 11.7.2019, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/news/press/2019/7/5d2765d04/unhcr-iom-joint-statement-international-approach-refugees-migrants-libya.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); UNHCR, AL ITA 4/2019, S. 6; Entschließung des Europäischen Parlaments v. 13.7.2023 zum Handlungsbedarf auf EU-Ebene bei Such- und Rettungseinsätzen im Mittelmeer (Fn. 7), Erwägungsgrund N; Menschenrechtskommissar:in des Europarats: „Bridging the protection gap“ (Fn. 10), S. 16; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 935; *Chiara/Frisone* (Fn. 179), S. 263; *Danisi* (Fn. 117), S. 412; *De Sena/Starita* (Fn. 81), S. 65.

<sup>214</sup> ANSA, *Moavero, la Libia non è un porto sicuro*, 28.6.2019, abrufbar unter: [https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2019/06/28/moavero-la-libia-non-e-un-porto-sicuro\\_467fb605-f327-43d3-a3cd-1425980f2743.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2019/06/28/moavero-la-libia-non-e-un-porto-sicuro_467fb605-f327-43d3-a3cd-1425980f2743.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Gradoni/Pasquet* (Fn. 12), S. 56; *De Sena/Starita* (Fn. 81), S. 65.

<sup>215</sup> *Tribunale di Agrigento, Cap Anamur*, I Sezione Penale, I Collegio, Urt. v. 7.10.2009, Nr. 954/2009, S. 32; *Tribunale di Trapani, Vos Thalassa*, Sentenza a seguito di giudizio abbreviato, N. 3310/2019, Entscheidung v. 23.5.2019, veröffentlicht am 3.6.2019, abrufbar unter: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2019\\_tribunale\\_trapani\\_vos\\_thalassa.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2019_tribunale_trapani_vos_thalassa.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 65 f.; bestätigt durch *Corte di Cassazione* (VI. Sektion Strafrecht), Urteil v. 16.12.2021 (veröffentlicht am 26.4.2022), Nr. 15869.

<sup>216</sup> *Attard* (Fn. 3), S. 180.

Anweisungen des MRCC kann sich nur aus nationalem Recht ergeben.<sup>217</sup> Daher war es auch aus seevölkerrechtlicher Sicht nicht rechtswidrig, dass *Rackete* nicht nach Libyen fuhr.<sup>218</sup>

Die Ermittlungsrichterin entließ *Rackete* aus der Untersuchungshaft, da ihr Handeln nach Art. 98 SRÜ jedenfalls in Bezug auf Art. 337 c. p. gerechtfertigt war.<sup>219</sup> Somit erschuf die Richterin aus dem Normenkomplex zur Seenotrettung die „völkerrechtliche Pflicht, die ‚Schließung‘ der italienischen Häfen zu missachten und im konkreten Fall die Geretteten in den Hafen von Lampedusa zu bringen“<sup>220</sup>. Diese Ansicht teilte das Kassationsgericht (*Corte Suprema di Cassazione*), Italiens höchstes Strafgericht.<sup>221</sup>

Eine solche Pflicht aus den Vertragstexten zu erschließen, ginge jedoch zu weit: SOLAS-Übereinkommen und SAR-Übereinkommen legen fest, dass es für eine Bestimmung des *Place of Safety* auf die Kooperation zwischen den Staaten ankomme, bei der der zuständige Staat der Rettungszone den *Place of Safety* zuweise.<sup>222</sup> Dieses System ist zwar nicht ideal, spiegelt aber den Willen der Vertragsparteien wider, die Kontrolle über den Zugang zu den eigenen Häfen beizubehalten.<sup>223</sup> Dieser Ansicht ist auch wegen Regel 3.1.9 S. 2 des Anhangs

---

<sup>217</sup> Vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 935.

<sup>218</sup> Teilweise wird sogar eine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht des Kapitäns/der Kapitänin konstruiert, sich der Anweisung des MRCC, Gerettete an einen unsicheren Ort zu bringen, zu widersetzen, vgl. *Magi* (Fn. 36), S. 718.

<sup>219</sup> Beschluss v. 2.7.2019, *Ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare* (Beschluss über den Antrag auf Bestätigung der Festnahme und Anwendung der einstweiligen Maßnahme), N. 3169/19 R.G.N.R., N. 2592/19 R.G. GIP, S. 10 f., abrufbar unter: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/07/Rachete-Carola-Ordinanza-sulla-richiesta-di-convalida-di-arresto.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Rossi* (Fn. 13), S. 3, 15.

<sup>220</sup> Original: „un obbligo internazionale di violare la ‘chiusura’ dei porti italiani e specificamente di portare i migranti a Lampedusa“, *Rossi* (Fn. 13), S. 15, Übersetzung d. Verf.

<sup>221</sup> *Corte di Cassazione* (III. Sektion Strafrecht), *Rackete*, Urt. v. 16.1.2020 (veröffentlicht am 20.2.2020), Nr. 6626/20 S. 10 ff.; siehe dazu *Masera*, La Cassazione sul caso *Rackete*: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare, *Questione Giustizia* v. 26.2.2020, abrufbar unter: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-sul-caso-rackete-la-strategia-dei-porti-chiusi-e-contraria-alla-disciplina-dei-soccorsi-in-mare\\_26-02-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-sul-caso-rackete-la-strategia-dei-porti-chiusi-e-contraria-alla-disciplina-dei-soccorsi-in-mare_26-02-2020.php) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), Abschnitte 1 und 2.

<sup>222</sup> *Magi* (Fn. 36), S. 721; *Rossi* (Fn. 13), S. 15.

<sup>223</sup> Original: „queste norme semplicemente rispecchiano la volontà degli Stati parti delle convenzioni di mantenere il controllo sull’accesso ai propri porti“, *Rossi* (Fn. 13), S. 16, Übersetzung d. Verf.

zum SAR-Übereinkommen und Art. 2 Abs. 1 SAR-Übereinkommen zuzustimmen.<sup>224</sup>

Folglich war der Hafen von Tripolis zwar kein *Place of Safety*. Zum Zeitpunkt des Geschehens gab es zudem in Libyen trotz dessen Anmeldung im Jahr 2017<sup>225</sup> kein oder zumindest kein ordnungsgemäß funktionierendes MRCC.<sup>226</sup> Bis heute ist nicht ersichtlich, ob es ein (ordnungsgemäß funktionierendes) MRCC in Libyen gibt.<sup>227</sup> Deshalb hätte das MRCC in Rom, das zumindest damals die SAR-Region Libyens abdeckte bzw. abdecken sollte,<sup>228</sup> der *Sea-Watch 3* einen anderen Ort als *Place of Safety* zuteilen sollen. Nur weil dies unterblieb, entstand aber kein aus der Rettungspflicht folgendes Recht für *Rackete*, in Lampedusa einzulaufen.

---

<sup>224</sup> Siehe oben **C. II. 3.**

<sup>225</sup> EU-Kommission, Antwort auf die Frage P-003665/2018, 4.9.2018, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2018-003665-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2018-003665-ASW_EN.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. Menschenrechtskommissar:in des Europarats: „Bridging the protection gap”, Fn. 10, S. 51, Fn. 5.

<sup>226</sup> IMO, Global SAR Plan, s. Fn. 61, abrufbar unter: <https://gisis.imo.org/Public/COMSAR/RCC.aspx?CID=LBY> (zuletzt abgerufen am 13.5.2022), enthielt zumindest bis Mitte 2022 folgende Information: „Rescue Coordination Centre / Libya: No information available.”; BT-Drucks. 19/4164, S. 9; *Blanke/Johr* (Fn. 7), S. 931; *Fink/Gombeer* (Fn. 207); Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-089/1 (Fn. 188), S. 2; a.A. EU-Kommission als Antwort auf die parlamentarische Anfrage E-000027/2021: „*The Libyan authorities have a very basic Libyan Maritime Rescue Coordination Centre (MRCC), by means of which they carry out their activities in the field of search and rescue.*“, 30.3.2021, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000027-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000027-ASW_EN.html) (zuletzt abgerufen am 9.1.2022). Fraglich ist allerdings, auf welchen Zeitraum sich die Kommission in ihrer Antwort bezieht.

<sup>227</sup> Mittlerweile ist ein libysches MRCC im Global SAR Plan der IMO eingetragen, abrufbar unter: <https://gisis.imo.org/Public/COMSAR/RCC.aspx?CID=LBY&Action=View&ID=2032> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023). Doch auch nach der Eintragung scheint die Funktionalität des libyschen MRCC fraglich, wie die Antwort des Hohen Vertreters der EU für Außen- und Sicherheitspolitik *Borrell* auf die parlamentarische Frage E-003014/2022 zeigt: „*The European External Action Service (EEAS) is not in the position to provide information about the extent to which the GMDSS is used by the Maritime Rescue Coordination Centres as the MRCC is not operational yet.*“, 8.11.2022, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-003014-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-003014-ASW_EN.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023). Das libysche MRCC ist wohl derzeit in Containern untergebracht, die von der italienischen Regierung geliefert wurden, vgl. Antwort der Kommission auf die parlamentarische Anfrage E-002092/2022, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002092-ASW\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002092-ASW_EN.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023). Im Global SAR Plan findet sich die Bemerkung: „*Interim MRCC*“.

<sup>228</sup> Menschenrechtskommissar:in des Europarats: „Bridging the protection gap” (Fn. 10), S. 20; BT-Drucks. 19/8354, S. 2 ff.; vgl. *Blanke/Johr* (Fn. 7), S. 931 f.

### 3. Nothafenrecht

Wie oben gezeigt, ist das Nothafenrecht gewohnheitsrechtlich anerkannt. Insbesondere gibt es auch eine entsprechende *opinio iuris* in Italien.<sup>229</sup> Aus dem Ausnahmecharakter folgt, dass der Hafenstaat den Zugang zum Hafen verweigern darf, wenn die Notlage auf andere Weise gelöst werden kann.<sup>230</sup> Als milderer Mittel wird – insbesondere von Küstenstaaten wie Italien – teilweise die Weiterfahrt bis zum Flaggenstaat vorgeschlagen.<sup>231</sup> So sagte *Salvini* am 18.6.2019: „Man kommt nach Italien, wenn man die Erlaubnis dazu hat. Die NGOs verhalten sich gesetzeswidrig. Diese *Sea Watch* treibt sich seit Tagen im Mittelmeer herum, sie hätte schon in den Niederlanden sein können: Es ist ein niederländisches Schiff.“<sup>232</sup> Eine solche Weiterfahrt in ein Land, dessen Hauptstadt fast 3.000 km nördlich von Lampedusa liegt, würde aber zu einer unangemessenen „Verzögerung des Landgangs von Personen führen, die schon vor der Abreise und danach auf der Seefahrt auf Schlauchbooten oder baufälligen Wasserfahrzeugen ohne irgendwelchen Schutz, ohne irgendwelche Hygiene- oder Sicherheitsausrüstung, viel durchmachen mussten“<sup>233</sup>.

Es ist zwar richtig, dass sich allein aus der Tatsache, dass sich aus Seenot gerettete Personen an Bord befinden, noch keine Notlage ableiten lässt.<sup>234</sup> Daneben

<sup>229</sup> Vgl. *Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, Golfo Azzurro*, Richiesta di archiviazione v. 28.5.2018, Proc. n. 9039/17 R.G.N.R. mod. 44, abrufbar unter: [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/12/2018\\_palermo\\_procura\\_repubblica\\_richiesta\\_archiviazione.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/12/2018_palermo_procura_repubblica_richiesta_archiviazione.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 5; *Tribunale di Agrigento, I Sezione Penale, I Collegio, Cap Anamur*, Urte. v. 7.10.2009, Nr. 954/2009, abrufbar unter: [http://www.giureta.unipa.it/Tribunale\\_Agrigento.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Tribunale_Agrigento.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 39 ff.

<sup>230</sup> *Hasselmann* (Fn. 24), S. 358; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 120; *Rossi* (Fn. 13), S. 18.

<sup>231</sup> Siehe etwa *Osborne, Italy's Far-right Salvini Refused to Let 64 Rescued Refugees Dock in its Ports: 'Good, Go to Hamburg'*, *The Independent* v. 4.4.2019, abrufbar unter: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/italy-salvini-refugee-libya-ship-rescue-germany-malta-a8854101.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 243; *Jaguttis* (Fn. 13), S. 120 m. w. N.; *Lenk* (Fn. 63), S. 721.

<sup>232</sup> Original: „*Si arriva in Italia se si ha il permesso, le ong sono al di fuori della legge. Questa Sea Watch è da giorni a zonzò per il Mediterraneo, sarebbe già arrivata in Olanda: è una nave olandese. [...]*“, Übersetzung d. Verf., zitiert nach *Bulian*, *Vince il "Sicurezza bis": il Tar chiude a Sea Watch il porto di Lampedusa*, *ilGiornale.it* v. 19.6.2019, abrufbar unter: <https://www.ilgiornale.it/news/politica/vince-sicurezza-bis-tar-chiude-sea-watch-porto-lampedusa-1713178.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>233</sup> Original: „*[...] una ulteriore dilatazione dei tempi di sbarco di persone già duramente provate prima della partenza e poi dalla navigazione su gommoni o imbarcazioni fatiscenti privi di qualunque protezione e dotazione igienica o di sicurezza.*“, *Vassallo Paleologo* (Fn. 7), S. 217, Übersetzung d. Verf.; siehe auch *Attard* (Fn. 3), S. 244; *Magi* (Fn. 36), S. 728.

<sup>234</sup> *Lenk* (Fn. 63), S. 720; vgl. *Attard* (Fn. 3), S. 187.

sprach wohl „die generell gute Ausstattung [der *Sea-Watch 3*] [...] (mit medizinischer Erstversorgung, Nahrungsmitteln, Decken etc.) *prima facie* gegen einen Seenotfall.“<sup>235</sup> Daher gelangten manche zu der Einschätzung, die *Sea-Watch 3* habe sich zu Unrecht auf das Nothafenrecht berufen.<sup>236</sup>

Jedoch wird früher oder später jedes Schiff der zivilen Seenotrettung, das nicht in einen Hafen einlaufen darf, zum Notfall, da immer mehr Menschen an Bord krank werden und die Ressourcen zwangsläufig im Laufe der Zeit schwinden.<sup>237</sup> Auch im Falle der *Sea-Watch 3* mussten die Geflüchteten tagelang trotz Hitze, Seekrankheit und Dehydrierung auf dem Deck des Schiffes ausharren.<sup>238</sup> Wie oben berichtet, gab es im Laufe der 16 Tage nach der Rettung bereits drei Rettungseinsätze, bei denen schrittweise rund ein Viertel der Geretteten an Land gebracht wurde. Unter den bis zum Schluss an Bord verbliebenen Personen gab es weitere Personen, die medizinischer Behandlung bedurften.<sup>239</sup> Darüber hinaus waren nach Angaben der Crew mehrere Personen aufgrund der psychischen Ausnahmesituation auf See in Kombination mit den Traumata aus ihrer Zeit in Libyen akut suizidgefährdet.<sup>240</sup> Wegen dieser akuten Gefahr hätte Italien zumindest konkrete Maßnahmen zu deren Verhütung treffen müssen, solange das Anlegen oder die Ausschiffung verboten war.<sup>241</sup> Dies geschah allerdings

---

<sup>235</sup> Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-082/18 (Fn. 158).

<sup>236</sup> *Rossi* (Fn. 13), S. 18.

<sup>237</sup> Menschenrechtskommissar:in des Europarats: „Bridging the protection gap“ (Fn. 10), S. 31; *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 937; *Rab* (Fn. 2), S. 193 m. w. N.

<sup>238</sup> FOCUS, „Düsseldorfer Medizinstudentin erzählt von Erlebnissen an Bord“, 4.7.2019, abrufbar unter: [https://www.focus.de/politik/ausland/sea-watch-3-duesseldorfer-medizinstudentin-erzaehlt-von-erlebnissen-an-bord\\_id\\_10894401.html](https://www.focus.de/politik/ausland/sea-watch-3-duesseldorfer-medizinstudentin-erzaehlt-von-erlebnissen-an-bord_id_10894401.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>239</sup> *Hornig*, Interview mit *Carola Rackete*, „We Were All in a State of Total Despair“, Spiegel International v. 8.7.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/international/europe/interview-with-sea-watch-captain-carola-rackete-a-1276264.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>240</sup> ZEIT Online, „Manche haben gesagt, sie springen von Bord“, 2.7.2019, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2019-07/sea-watch-seenotrettung-fluechtlinge-carola-rackete> (letzter Aufruf am 11.8.2023), „Düsseldorfer Medizinstudentin erzählt von Erlebnissen an Bord“, FOCUS v. 4.7.2019 (Fn. 238).

<sup>241</sup> *Blanke/Jobr* (Fn. 7) schlagen mit Recht vor, analog die Grundsätze des *EGMR* anlässlich der Eilentscheidung v. 7.10.2004, *S.D. und andere v Deutschland*, Rs. 33743/03, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-67182%22%7D> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), anzuwenden: „Was die [...] die Suizidgefahr im Falle einer Rückführung <anbelangt>, so erinnert der Gerichtshof daran, dass die Tatsache, dass eine Person, deren Abschiebung angeordnet worden ist, mit Suizid droht, den Vertragsstaat nicht daran hindert, die beabsichtigte Maßnahme durchzuführen, wenn er

nicht. Somit lag nach zustimmungswürdiger Ansicht einiger Autor:innen eine humanitäre Notlage (*distress*) vor: *Rackete* berief sich somit zu Recht auf das Nothafenrecht.<sup>242</sup>

Die „Schließung“ der italienischen Häfen durch das Innenministerium steht dem nicht entgegen. Unabhängig von deren Völkerrechtswidrigkeit gilt: Das Nothafenrecht kann nicht durch Art. 19 Abs. 2 lit. g oder Art. 25 SRÜ eingeschränkt werden – diese sind zwar *leges posteriores*, das Nothafenrecht ist jedoch *lex specialis*.<sup>243</sup> Darüber hinaus hat der Schutz des Lebens auf See Priorität gegenüber der staatlichen Souveränität.<sup>244</sup>

#### 4. Ergebnis

*Rackete* durfte aufgrund des Nothafenrechts in den Hafen von Lampedusa einfahren.

#### E. Fazit und Ausblick

Die italienischen Behörden versuchten also zuletzt zu Unrecht, die *Sea-Watch 3* vom Einlaufen in den Hafen von Lampedusa abzuhalten. Dieser Vorgang stellt keinesfalls einen Einzelfall dar:<sup>245</sup> Bereits wenige Wochen nach der Odyssee der *Sea-Watch 3* wurde dem Schiff *Alan Kurdi* des deutschen Vereins *Sea-Eye* mit 65 Geretteten an Bord der Hafenzugang in Lampedusa verwehrt.<sup>246</sup> Um nur ein aktuelles Beispiel zu zitieren, lässt sich der Fall der *Ocean Viking* anführen, die im Herbst 2022 mit hunderten geretteten Geflüchteten an Bord wochenlang auf dem Mittelmeer ausharren musste. Italiens Ministerpräsidentin *Giorgia Meloni* hatte sich so lange geweigert, das Schiff in einen italienischen Hafen einlaufen zu lassen, bis das Schiff schließlich nach Frankreich ausweichen musste.<sup>247</sup> Der

---

konkrete Maßnahmen zwecks Verhütung dieser Durchführung trifft.“, vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 937; vgl. *TAR Lazio, Open Arms*, sez. I ter, decreto 14 agosto 2019, n. 5479, abrufbar unter: <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/08/Tar-Lazio-5479.2019.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 2.

<sup>242</sup> *Gradoni/Pasquet* (Fn. 12), S. 57 f.; *De Sena/Starita* (Fn. 81), S. 71 f.

<sup>243</sup> *Magi* (Fn. 36), S. 698 m. w. N.

<sup>244</sup> *Rab* (Fn. 2), S. 95.

<sup>245</sup> Vgl. *Oellers-Frahm* (Fn. 83), S. 344.

<sup>246</sup> *Anton/Rüb*, Auch die „Alan Kurdi“ nimmt Kurs auf Lampedusa, FAZ v. 5.7.2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/vor-ankunft-der-alan-kurdi-italien-bekraeftigt-sperrung-der-haefen-16270445.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023); *Talmon* (Fn. 21), S. 802.

<sup>247</sup> Siehe etwa *Reiche*, Europas Streit um die Seenotrettung, Tagesschau v. 11.11.2022, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/ocean-viking-185.html> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

Vorfall führte zu diplomatischen Spannungen zwischen Italien und Frankreich.<sup>248</sup> Zumindest durfte die *Ocean Viking* im Dezember 2022 nach einem weiteren Rettungseinsatz in Ravenna anlegen - wohl um weitere Verwerfungen mit Frankreich zu vermeiden.<sup>249</sup>

Zudem gilt seit Anfang 2023 ein neues Gesetz in Italien, das den NGOs u.a. vorschreibt, den zugeteilten *Place of Safety* unverzüglich („*senza ritardo*“) anzusteuern.<sup>250</sup> Damit soll verhindert werden, dass die Schiffe der NGOs mehrere Rettungseinsätze direkt nacheinander auf Hoher See absolvieren können. Es scheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese Regelung zumindest in einem Spannungsfeld zur seevölkerrechtlichen Rettungspflicht steht.<sup>251</sup>

Die gegenwärtige rechtliche und politische Situation führt zu unhaltbaren Zuständen.<sup>252</sup> Sowohl Italien als auch die anderen Küstenstaaten sollten in Zukunft dazu zurückkehren, die internationalen Kooperationspflichten nach dem SAR-Übereinkommen nach Treu und Glauben zu erfüllen.<sup>253</sup> Außerdem dürfen auch die anderen Mitgliedsstaaten der EU, die keine Küstenstaaten des Mittelmeers sind, sich nicht aus ihrer politischen und rechtlichen Verantwortung

---

<sup>248</sup> Reuters, Italy's rejection of Ocean Viking migrant ship 'unacceptable', France says, 9.11.2022, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/world/europe/italys-rejection-ocean-viking-migrant-ship-unacceptable-france-says-2022-11-09/> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>249</sup> Siehe Le Monde, Italy allows Ocean Viking to dock carrying 113 rescued migrants, 27.12.2022, abrufbar unter: [https://www.lemonde.fr/en/immigration/article/2022/12/27/italy-allows-ocean-viking-to-dock-carrying-113-rescued-migrants\\_6009336\\_144.html](https://www.lemonde.fr/en/immigration/article/2022/12/27/italy-allows-ocean-viking-to-dock-carrying-113-rescued-migrants_6009336_144.html) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>250</sup> Siehe Art. 1(d) des *decreto-legge* (d.l.) v. 2.1.2023, 1/2023, abrufbar unter: [https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.o.dataPubblicazioneGazzetta=2023-03-02&atto.codiceRedazionale=23A01357&elenco30giorni=false](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-03-02&atto.codiceRedazionale=23A01357&elenco30giorni=false) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>251</sup> Siehe *Masera*, Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione, *Sistema Penale* 2/2023, 83 (92-97), abrufbar unter: [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1683798228\\_sp-2023-2-masera.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1683798228_sp-2023-2-masera.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.8.2023).

<sup>252</sup> Vgl. *Blanke/Jobr* (Fn. 7), S. 939.

<sup>253</sup> UNHCR, „Expert Meeting on Interception and Rescue in the Mediterranean“, Madrid, 23.-24.5.2006, Background Discussion Paper, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/media/3-4-2-meeting-state-representatives-rescue-sea-and-maritime-interception-mediterranean-madrid> (zuletzt abgerufen am 11.8.2023), S. 5, 12; *Rab* (Fn. 2), S. 126; *Rossi* (Fn. 13), S. 22 f.



zurückziehen.<sup>254</sup> Denn die seevölkerrechtlichen Übereinkommen sind auf eine gütliche, solidarische Zusammenarbeit der Staaten angewiesen.<sup>255</sup> Zu Recht wurde in einer Abwandlung des Diktums von *Böckenförde* festgestellt: „Das SAR-System lebt [...] von Voraussetzungen, die es selbst rechtlich nicht garantieren kann.“<sup>256</sup> Wie bereits erwähnt, wäre es wünschenswert, wenn auch wenig realistisch, den Vorschlag Norwegens von 2002 wiederaufzugreifen, sodass das SAR-Übereinkommen und das SOLAS-Übereinkommen in Zukunft dem Kapitän/der Kapitänin des rettenden Schiffes das Recht zur Bestimmung des *Place of Safety* gewähren würden.

Der gegenwärtige rechtliche und politische Zustand hat weitreichende Implikationen: „Der Umgang mit dem Außen lässt das Innen nicht unberührt. Wer bereit ist, menschenrechtliche Standards für eine Gruppe aufzugeben, schwächt sie in ihrer Gesamtheit.“<sup>257</sup> Das Mittelmeer bleibt eine offene Wunde Europas, solange sich nichts ändert.

---

<sup>254</sup> Vgl. *Blanke/Pilz*, Wohin trägt uns der Stier? Sieben Thesen zu den Herausforderungen der Europäischen Union. EuR 2020, 270 (298 f.).

<sup>255</sup> Vgl. *Fink/Gombeer* (Fn. 207); *Magi* (Fn. 36), S. 724; *Pitea/Zirulia* (Fn. 1), S. 677; siehe auch IMO FAL.3/Circ.194 v. 22.1.2009.

<sup>256</sup> Wissenschaftliche Dienste, WD 2-3000-014/20 (Fn. 13), S. 22.

<sup>257</sup> *Markard*, Die Bedeutung der Menschenrechte für Migrant\*innen in Europa, ZAR 2019, 236 (239), grammatikalische Korrektur d. Verf. (Original: „Wer bereit ist, menschenrechtliche Standards für eine Gruppe aufzugeben [...]“).

Mareike Korte\*

## Ein Sondertribunal für die Ukraine?

### Abstract

„Wir erleben eine Zeitenwende. [...] Im Kern geht es um die Frage, ob Macht das Recht brechen darf, ob wir es Putin gestatten, die Uhren zurückzudrehen in die Zeit der Großmächte des 19. Jahrhunderts, oder ob wir die Kraft aufbringen, Kriegstreibern wie Putin Grenzen zu setzen.“<sup>1</sup> Bundeskanzler *Olaf Scholz* reagierte mit diesen Worten auf den Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine und stellte dabei die wichtige Frage, ob Macht das Recht brechen darf und vor allem welche Grenzen aufgezeigt werden müssen, falls Recht durch Machtausübung gebrochen wird.

Inhalt dieses Beitrags kann nicht die Darstellung der Gesamtheit der Verbrechen sein, die im Zuge des Angriffskrieges seit 2022 begangen wurden. Vielmehr soll ein Blick darauf geworfen werden, was nach Kriegsende in völkerstrafrechtlicher Sicht passieren und wie die Aufarbeitung des begangenen Unrechts aussehen kann.

Nach *Scholz* sollte dem russischen Aggressor Grenzen gesetzt werden. Dies ist aber selbst mit gebündelter internationaler Kraft, innerhalb des Internationalen Strafgerichtshofs, kaum zu bewältigen.

---

\* Die Verfasserin studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg. Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die innerhalb des Völkerstrafrechtsseminars, das Prof. Dr. Peter Kasiske im Sommersemester 2023 stellte, verfasst wurde.

<sup>1</sup> *Scholz*, Rede zur Zeitenwende, S. 8, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/992814/2131062/78d39dda6647d7f835bbe76713d30c31/bundeskanzler-olaf-scholz-reden-zur-zeitenwende-download-bpa-data.pdf> (dieser und alle folgenden Links zuletzt am 9.1.2024 abgerufen).

## A. Konflikt: Ukraine – Russland

Das slavische Wort „*Ukraina*“ bedeutet etymologisch übersetzt „das Grenzland“ und beschrieb anfangs die geographische Grenze zum Steppenland, bis sich besonders im 20. Jahrhundert dieses Grenzland geopolitisch definieren lässt – als Brücke zwischen Ost- und Westeuropa.<sup>2</sup> Diese Brücke stand vor allem nach Zerfall der Sowjetunion im 20. Jahrhundert unter Spannungen. Russland und die Ukraine stehen seitdem in einem asymmetrischen Verhältnis.

Dieses Spannungsfeld zwischen Anziehung und Ablehnung bündelte in der ersten Eskalation im März 2014, in der Annexion der Krim durch Russland.<sup>3</sup> Dass diese Eingliederung der autonomen Republik Krim durch Russland nicht nur bilaterale und multilaterale Abkommen wie das Budapester Memorandum<sup>4</sup>, sondern auch Völkerrecht bricht, ist von dem großen Teil der internationalen Gemeinschaft anerkannt.<sup>5</sup>

Nach der militärischen<sup>6</sup> Annexion der Krim endete der Konflikt nicht. Trotz verhandelter Waffenruhe eskalierten immer wieder die Konflikte in der ostukrainischen Region.<sup>7</sup> Acht Jahre später mündeten die Eskalationen der Konflikte in der Anerkennung der pro-russischen Separationsrepubliken als unabhängige Staaten durch Russland und dem Angriffskrieg gegen die Ukraine. Während Präsident *Selenskyj* am 24.2.2022 in der Ukraine den Kriegszustand ausrufen musste, hielt der russische Präsident *Putin* die folgende Ansprache, um seine „Spezialoperation“ zu rechtfertigen: „Russland kann sich nicht sicher fühlen, [...] wenn es ständig von der Ukraine bedroht wird. [...] Die Volksrepubliken im Donbass haben ein Hilfesuch an Russland gerichtet. Ich habe deshalb in Übereinstimmung mit Art. 51 Abs. 7 [der UN-Charta] [...] mit der Donezker Volksrepublik und der Lugansker Volksrepublik den Beschluss

---

<sup>2</sup> *Jobst*, Geschichte der Ukraine, 3. Aufl. 2022, S. 72; *Kappeler*, Kleine Geschichte der Ukraine, 7. Aufl. 2022, S. 17; *Schubmann*, Ukraine – Grenzland, abrufbar unter: <https://zeitgeschichte-online.de/kommentar/ukraine-grenzland>.

<sup>3</sup> *Kappeler* (Fn. 2), S. 199.

<sup>4</sup> *United Nations* – Volume 3007, I-52241, Memorandum on security assurances in connection with Ukraine’s accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.

<sup>5</sup> *United Nations* – A/RES/75/192; *Kappeler* (Fn. 2), S. 355; *Schneiders-Deters*, Ukrainische Schicksalsjahre 2013-2019 – Die Annexion der Krim und der Krieg im Donbass, Band 2, 2021, S. 215.

<sup>6</sup> *Schaller*, Völkerrechtliche Verbrechen im Krieg gegen die Ukraine – Option der Strafverfolgung auf nationaler und internationaler Ebene, in: SWP-Studie 5, April 2022, S. 1.

<sup>7</sup> *Kappeler* (Fn. 2), S. 232; *Jobst* (Fn. 2), S. 282 f.

gefasst, einen militärischen Spezialeinsatz durchzuführen.“<sup>8</sup> *Putin* schaffte sich ein fiktives Feindbild, gebildet aus jahrelang anhaltenden Spannungen zwischen Russland und der Ukraine, welches nun gebündelt in diesem Krieg zu realen Konsequenzen führte. Am 24.2.2022 griff Russland mit hunderttausenden Soldaten die Ukraine von mehreren Seiten an und nahm Kurs auf die Hauptstadt Kiew und große Städte wie Charkiw.<sup>9</sup> Diese Wucht an Aggression löste nicht nur eine Sanktionswelle der Weltgemeinschaft<sup>10</sup> aus, sondern muss nun auch strafrechtlich geahndet werden.

## B. Strafverfolgung

Seit dem 24.2.2022 stellt sich die Frage wie Russland und die handelnden Personen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Dies umfasst auch die Folgefragen, wem, auf nationaler oder internationaler Ebene, die Strafverfolgung zugeteilt werden soll und wie die konkrete Strafverfolgung mit anschließenden Gerichtsverhandlungen ausgestaltet wird.

### I. Nationale Strafverfolgung

Auf nationaler Ebene hat die Ukraine selbst großes Interesse daran, Gerechtigkeit für ihr Land zu erreichen und die russische Invasion umfänglich strafrechtlich zu verfolgen. Grundsätzlich sind Völkermord, Kriegsverbrechen und die Planung, Vorbereitung und Führung eines Angriffskrieges in der Ukraine unter Strafe gestellt<sup>11</sup> und erste Verfahren vor ukrainischen Gerichten gegen russische Soldaten haben bereits zu Verurteilungen geführt.<sup>12</sup> Jedoch ist zu

<sup>8</sup> *Osteuropa*, Kriegserklärung – Die Ansprache des russländischen Präsidenten am Morgen des 24.02.2022, abrufbar unter: <https://zeitschrift-osteuropa.de/blog/vladimir-putin-ansprache-am-fruehen-morgen-des-24.2.2022/>.

<sup>9</sup> *Kappeler* (Fn. 2), S. 242; *SWR*, Die Nacht, in der Russland die Ukraine angriff, abrufbar unter: <https://www.swr.de/swr2/wissen/archivradio/die-nacht-in-der-russland-die-ukraine-angriff-100.html>; *Aust/Heinemann-Grüder/Nußberger/Schmid*, Osteuropa zwischen Mauerfall und Ukrainekrieg – Besichtigung einer Epoche, 2022, S. 7.

<sup>10</sup> Internationale Sanktionen als Reaktion auf den Krieg in der Ukraine, abrufbar unter: <https://www.ihk.de/hannover/hauptnavigation/sonderseiten/uebersichtsseite-russland-ukraine-krieg/geltende-sanktionen/internationale-sanktionen-als-reaktion-auf-den-krieg-5444094>; Die EU-Sanktionen gegen Russland im Detail, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/#sanctions>.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 436 ff. des ukrainischen Strafgesetzbuchs; engl. Version des ukrainischen Strafgesetzbuchs, abrufbar unter: <https://legislationline.org/taxonomy/term/25710>.

<sup>12</sup> *LPB*, Kriegsverbrechen in der Ukraine, abrufbar unter: <https://www.lpb-bw.de/ukraine-kriegsverbrechen>; *Frankfurter Rundschau*, Kriegsverbrechen in der Ukraine: Erste Prozesse gegen russische Soldaten legen die Schwierigkeiten offen, abrufbar unter: <https://www.fr.de/politik/ukraine-kriegsverbrechen-prozesse-russland-soldaten-urteil-straefe-kiew-donezk-zr-91674357.html>; *Zeit*, Ukraine kündigt ersten Prozess wegen

bezweifeln, ob das ukrainische Justizsystem nach Kriegsende die Masse an Verfahren ohne internationale Hilfe bewältigen kann.

Auch andere Staaten könnten auf Grund des Weltrechtsprinzips selbst Völkerstrafrechtsverbrechen verfolgen. Die Strafbefugnis wird, unabhängig von innerstaatlichen Berührungspunkten, dadurch legitimiert, dass völkerrechtliche Interessen verletzt sind und die Weltgemeinschaft an sich ein Interesse hat, diese Verbrechen zu verfolgen.<sup>13</sup> So haben nach Kriegsbeginn Lettland, Litauen und Polen erste strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet.<sup>14</sup>

Gemäß § 1 S. 1 VStGB ist in Deutschland für die Straftaten des Völkermords, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und des Kriegsverbrechens (§§ 6 – 12 VStGB) der Strafanwendungsbereich auch dann eröffnet, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist. Der Generalbundesanwalt leitete bereits ein Strukturermittlungsverfahren mit einer breiten Beweiserhebung ein, um für mögliche Prozesse gut aufgestellt zu sein.<sup>15</sup> Deutschland als Strafverfolger würde wohl dennoch unter der Masse an Verfahren ersticken.<sup>16</sup> Dabei könnten nicht einmal alle Verbrechen verfolgt werden, denn § 1 S. 2 VStGB eröffnet für Verbrechen der Aggression, also der Planung oder Ausführung einer Angriffshandlung (Art. 8 bis IStGH-Statut; § 13 VStGB), die Strafanwendung nur, falls der Täter Deutscher ist oder sich die Tat gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet.

## 1. Generelle Probleme nationaler Strafverfolgung

Die fehlenden Ressourcen einzelner Staaten, das gesamte Unrecht des Ukraine Konflikts aufzuarbeiten, sprechen gegen eine Zuweisung der Strafverfolgung an einen einzelnen Staat. Auch die diplomatischen Beziehungen, die zum Teil noch zu Russland bestehen, könnten durch die gegen Russland durch Drittstaaten vollzogenen Verfahren leiden, jedoch schaffte Russland selbst

---

Kriegsverbrechen an, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-05/ukraine-kriegsverbrechen-prozess-russland-soldat>.

<sup>13</sup> Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 258 f., 432.

<sup>14</sup> Hartig, Domestic Criminal Courts as Gap-Fillers?, abrufbar unter: <https://voelkerrechtsblog.org/domestic-criminal-courts-as-gap-fillers/>.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 20/2855, S. 4; Generalbundesanwalt leitet Strukturermittlungsverfahren wegen des Verdachts russischer Kriegsverbrechen in der Ukraine ein, abrufbar unter: <https://www.uni-marburg.de/de/icwc/aktuelles/nachrichten/generalbundesanwalt-leitet-strukturermittlungsverfahren-wegen-des-verdachts-russischer-kriegsverbrechen-in-der-ukraine-ein>; *Deutscher Bundestag*, Sachstand WD 2 – 3000 – 072/22, S. 10.

<sup>16</sup> ZDF, 40.000 Kriegsverbrechen in Ukraine erfasst, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/kriegsverbrechen-justizminister-ukraine-krieg-russland-100.html>.

eine Zäsur in den bilateralen Beziehungen zu strafverfolgenden Staaten, so dass dieser Aspekt zu vernachlässigen wäre.<sup>17</sup>

Blendet man die genannten Punkte aus, wäre grundsätzlich völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass das Weltrechtsprinzip für die Tatbestände des Völkermords, Kriegsverbrechens und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gilt.<sup>18</sup> Verfahren in Drittstaaten, die die Strafanwendung bzgl. des Tatbestandes der Aggression nur auf dem Weltrechtsprinzip begründen, sind noch nicht anerkannt.<sup>19</sup> Entscheidendes Argument, den Tatbestand der Aggression nicht auf Grund des Weltrechtsprinzips strafrechtlich verfolgen zu können, ist die außenpolitische Relevanz dieses Delikts, die nicht von nationalen Gerichten verfolgt werden sollte.<sup>20</sup> Darüber hinaus wurde auf der Konferenz von Kampala zur Ergänzung des IStGH-Statuts um das Aggressionsverbrechen<sup>21</sup> ausdrücklich die Pflicht nationaler Strafverfolgung dieses Verbrechen ausgeschlossen. Durch den Ausschluss der Pflicht zur Strafverfolgung kann gefolgert werden, dass das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip<sup>22</sup> hier nicht außer Acht gelassen werden darf und gerade nur die Staaten tätig werden dürfen, die betroffen sind oder der eben Internationale Strafgerichtshof (*IStGH*) selbst.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Vgl. *Auswärtiges Amt*, Deutschland und die Russische Föderation: bilaterale Beziehungen, 22.2.2023; Bilaterale Beziehungen Schweiz-Russland, abrufbar unter: <https://www.eda.admin.ch/countries/russia/de/home/bilaterale-beziehungen/in-kuerze.html>; *LPB*, Außenpolitik Russlands, abrufbar unter: <https://osteuropa.lpb-bw.de/russland-aussenpolitik>.

<sup>18</sup> *BMJ*, Völkerstrafrecht, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/DE/themen/voelkerstrafrecht/voelkerstrafrecht\\_node.html](https://www.bmj.de/DE/themen/voelkerstrafrecht/voelkerstrafrecht_node.html); *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 260.

<sup>19</sup> Vgl. *Akande*, Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council, in: Legal Research Paper Series, Paper No 10/2011, Februar 2011, S. 1, 10 f.; *McDougall*, Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>; *BT-Drucks.* 18/8621, S. 12 f.

<sup>20</sup> *BT-Drucks.* 18/8621, S. 13

<sup>21</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 1595; Resolution RC/Res. 6, Annex III, vom 11.6.2010.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 2 UN-Charta.

<sup>23</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 1622.

## 2. Immunitätsfragen

Immunität hebt grundsätzlich nicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf, kann jedoch auf nationaler Ebene ein Verfahrenshindernis darstellen.<sup>24</sup> Das kann im Völkerstrafrecht zu einem Spannungsverhältnis führen, da die einschlägigen Straftaten für gewöhnlich auf staatlicher Beteiligung beruhen.<sup>25</sup> Bei den völkerrechtlichen Immunitäten ist zwischen der *persönlichen* und *funktionalen Immunität* zu unterscheiden.

Während die persönliche Immunität mit dem Ende der Amtszeit bestimmter hochrangiger Funktionsträger, wie Staatsoberhäupter und Regierungschefs, endet, besteht die funktionelle Immunität über die Amtszeit hinaus.<sup>26</sup> Die funktionelle Immunität umfasst die hoheitlichen Handlungen der Funktionsträger und rechnet dabei die Handlung dem Staat zu. Dadurch wird das Entstehen einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit zwar verhindert, jedoch bleibt die Strafbarkeit derjenigen, die funktionelle Immunität genießen, bezüglich völkerstrafrechtlicher Verbrechen möglich und kann Gegenstand vor nationalen Gerichten sein.<sup>27</sup> Schwierigkeiten bei der nationalen Strafverfolgung bietet die persönliche Immunität, die auch dann ein Verfahrenshindernis darstellt, wenn der Vorwurf der Begehung von Völkerrechtsverbrechen vorgetragen wird.<sup>28</sup> Somit könnten der amtierende Präsident Russlands, der russische Regierungschef und der russische Außenminister solange nicht durch nationale Strafverfolgung erfasst werden, wie sie noch im Amt sind. Sollte die Amtszeit enden, besteht ihre funktionelle Immunität zwar weiter, jedoch schützt diese nicht bei Begehung von Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, s.o.

## II. Internationale Strafverfolgung durch den *IStGH*

Blickt man auf die Möglichkeiten internationaler Strafverfolgung, ist der *IStGH* mit Sitz in Den Haag die erste Anlaufstelle.

---

<sup>24</sup> *Ebd.*, Rn. 806, 812; *Payer*, Immunität und Völkerrechtsverbrechen: Zugleich Besprechung von BGHSt 65, 286, in: *ex ante – Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher*, (1), 2022, S. 15.

<sup>25</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 800.

<sup>26</sup> *Ebd.*, Rn. 806, 812.

<sup>27</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19.

<sup>28</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 819; *Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 1387; Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, S. 3.

## 1. Gerichtsbarkeit des *IStGH*

Die nationale Strafverfolgung geht der des *IStGH* nach dem Grundsatz der Komplementarität so lange vor, wie der Staat willens und in der Lage ist, die völkerrechtlichen Verbrechen zu verfolgen und bestrafen.<sup>29</sup> Tritt die nationale Strafverfolgung zurück, erstreckt sich die Zuständigkeit des *IStGH* gemäß Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut auf die Taten des Art. 5 IStGH-Statut, die auf dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates stattgefunden haben oder durch einen Staatsangehörigen eines Vertragsstaates begangen wurden. Demnach agiert der *IStGH* nach dem aktiven Personalitäts- und Territorialitätsprinzip, nicht nach dem Weltrechtsprinzip.<sup>30</sup>

## 2. Gerichtsbarkeit des *IStGH* im Ukraine Konflikt

Problematisch ist die Eröffnung der Gerichtsbarkeit im Zuge des Ukraine Konflikts deswegen, weil weder die Ukraine noch Russland Vertragsstaaten des Rom-Statuts sind.

Jedoch ermöglicht Art. 12 Abs. 2 Alt. 3, Abs. 3 IStGH-Statut eine Ausnahme der Zuständigkeit des *IStGH* für Nicht-Vertragsstaaten, sofern der Staat, der nicht Vertragspartei ist, die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes anerkennt. Die Ukraine erkannte die Gerichtsbarkeit des *IStGH* erstmals am 9.4.2014 für den Zeitraum der Majdan-Revolution ab dem 21.11.2013 bis zum 22.2.2014 an, um die Straftaten, die auf ukrainischem Hoheitsgebiet begangen wurden, der Ermittlung und Zuständigkeit des *IStGH* zu überlassen.<sup>31</sup> Seit 2015 erkennt die Ukraine die Gerichtsbarkeit des *IStGH* bezüglich des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen nach Art. 12 Abs. 2 Alt. 3, Abs. 3 IStGH-Statut an.<sup>32</sup>

Erste Ermittlungen des *IStGH* wurden im März 2022 dadurch eingeleitet, dass insgesamt 43 Vertragsstaaten gem. Art. 14 IStGH-Statut den Chefankläger des *IStGH* aufforderten, sich der Situation in der Ukraine anzunehmen und Ermittlungen einzuleiten.<sup>33</sup> Diese Ermittlungen können sich jedoch nur auf Verbrechen des Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen erstrecken.<sup>34</sup> Nach Art. 15<sup>bis</sup> Abs. 5 IStGH-Statut ist die Gerichtsbarkeit des *IStGH* bezüglich des Verbrechens der Aggression gemäß

---

<sup>29</sup> Vgl. Art. 1, S. 2 IStGH-Statut; Art. 17 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut; *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 313.

<sup>30</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 319.

<sup>31</sup> *Embassy of Ukraine*, No. 61219/35-673-384, 9.4.2014.

<sup>32</sup> *Minister for Foreign Affairs of Ukraine*, Letter to the Registrar of the ICC, 8.9.2015.

<sup>33</sup> Situation in Ukraine, abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

<sup>34</sup> Situation in Ukraine, abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.



Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut für Staaten, die nicht Vertragspartei sind, nicht eröffnet und Ermittlungen können dahingehend so lange nicht eingeleitet werden, bis nicht der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen auf Grundlage des Kapitel VII der UN-Charta die Situation in der Ukraine dem Ankläger des *IStGH* unterbreitet, Art. 13 b, Art. 15<sup>ter</sup> IStGH-Statut. Dieser Mechanismus hat durch den ständigen Sitz Russlands im Sicherheitsrat und dem daraus resultierenden Vetorecht in Abstimmungen<sup>35</sup> keine Aussicht auf Erfolg. Würde die Strafverfolgung völlig dem *IStGH* überlassen, entstünde eine Zuständigkeitslücke bezüglich der Verfolgung und Bestrafung des Verbrechens der Aggression in Form des Angriffskrieges, Art. 15<sup>bis</sup> Abs. 5 IStGH-Statut. Auf Grund der internationalen Zuständigkeitslücke einerseits und der andererseits vorgetragenen Zweifel bei vollständiger nationaler Strafverfolgung<sup>36</sup> ist die Notwendigkeit eines Sondertribunals für die strafrechtliche Aufarbeitung des russischen Angriffskrieges in der Weltgemeinschaft immer deutlicher zu spüren.

### III. Notwendigkeit eines Sondertribunal – Verbrechen der Aggression

Der Besuch des ukrainischen Präsidenten am 4.5.2023 in Den Haag und seine vor dem *IStGH* gehaltene Rede stärkte erneut seine Forderung „Kein Frieden ohne Gerechtigkeit für die Ukraine“<sup>37</sup>. Erneut konnte in den einschlägigen Zeitungen über die Notwendigkeit eines Sondertribunals für die Ukraine und die Strafverfolgung Russlands bezüglich des Angriffskrieges gelesen werden.<sup>38</sup> Diese strafrechtliche Notwendigkeit eines Sondertribunals bestünde, wenn der Tatbestand der Aggression nach Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut erfüllt ist und dadurch die oben dargestellte Zuständigkeitslücke des *IStGH* entsteht.

#### 1. Tatbestand der Aggression, Art. 8<sup>bis</sup> IStGH-Statut

Es müsste eine Angriffshandlung, die nach ihrer Art, Schwere und Umfang eine offenkundige Verletzung der UN-Charta darstellt, geplant, vorbereitet, eingeleitet und ausgeführt werden, Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 1 IStGH-Statut. Das Aggressionsverbrechen besteht nach Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 2 IStGH-Statut aus einem völkerrechtswidrigen Akt der Aggression durch einen Staat gegen einen anderen.

---

<sup>35</sup> Art. 27 Abs. 3 UN-Charta.

<sup>36</sup> Siehe dazu oben **B. I. 1.**

<sup>37</sup> Titel der Rede des ukrainischen Präsidenten *Wolodymyr Selenskyj* vor dem *IStGH* in Den Haag am 4.5.2023.

<sup>38</sup> Vgl. *Tagesschau*, Besuch in Den Haag – Selenskyj fordert Tribunal gegen Russland, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/niederlande-selenskyj-100.html>; *Zeit*, Ukraine fordert Sondertribunal, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2023-05/ukraine-ueberblick-wolodymyr-selenskyj-sondertribunal-drohnenangriff>.

Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. a bis g IStGH-Statut zählt spezifische Tathandlungen auf, die unabhängig von einer Kriegserklärung eine Angriffshandlung darstellen. Diese Tathandlungen sind nur von einem bestimmten Personenkreis begehbar, der das politische und militärische Führungspersonal umfasst, Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 1 IStGH-Statut. Einschlägig ist der Tatbestand schon auf Grund der Invasion (Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. a IStGH-Statut) des Hoheitsgebietes der Ukraine durch russische Streitkräfte. Der Befehl zur Angriffshandlung kann dem russischen Staatspräsident *Putin* durch seine öffentlichen Reden, die diese „Spezialoperation“ ankündigen und für notwendig erklären, ohne Hindernisse zugerechnet werden.<sup>39</sup> Auch von der Weltgemeinschaft wird nicht bezweifelt, dass der Tatbestand der Aggression erfüllt ist.<sup>40</sup> Daher muss geklärt werden, wie das notwendige Aggressionstribunal ausgestaltet sein kann und auf welcher Grundlage diese Strafverfolgung aufbauen soll.

## 2. Wesentliche Formen eines Sondertribunals

Die Errichtung von Sondertribunalen ist der Weltgemeinschaft nicht fremd. Vor allem in den 1990er Jahren errichteten die Vereinten Nationen Sondertribunale um bestimmte völkerstrafrechtlich relevante Situationen gezielt aufzuarbeiten.<sup>41</sup> Je nach Ausgestaltung und Legitimation des Sondertribunals können sich Vor- und Nachteile für die strafrechtliche Aufarbeitung des Angriffskrieges in der Ukraine ergeben.

### a) Internationaler Sonderstrafgerichtshof

In Vergangenheit wurden internationale Sonderstrafgerichtshöfe durch völkerrechtlichen Vertrag oder, wie bei den Ad-hoc-Strafgerichtshöfen, auf Grundlage der Befugnisse des UN-Sicherheitsrates zur „Wahrung und

---

<sup>39</sup> *Osteuropa*, Kriegserklärung – Die Ansprache des russländischen Präsidenten am Morgen des 24.02.2022, abrufbar unter: <https://zeitschrift-osteuropa.de/blog/vladimir-putin-ansprache-am-fruehen-morgen-des-24.2.2022/>; *Geets*, Angeklagt: Wladimir Putin, abrufbar unter: <https://www.profil.at/ausland/angeklagt-des-verbrechens-der-aggression-wladimir-putin/402388262>.

<sup>40</sup> *Tomuschat*, Russlands Überfall auf die Ukraine, abrufbar unter: <https://zeitschrift-osteuropa.de/site/assets/files/43095/oe220103.pdf>; *Geets*, Angeklagt: Wladimir Putin, abrufbar unter: <https://www.profil.at/ausland/angeklagt-des-verbrechens-der-aggression-wladimir-putin/402388262>; *Corten/Koutroulis*, Tribunal for the crime of the aggression against Ukraine – a legal assessment, an in-depth analysis for the European Parliament requested by the DROI Subcommittee, S. 3.

<sup>41</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 45 ff.

Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit<sup>442</sup> errichtet.

aa) Ad-hoc-Strafgerichtshöfe, Internationaler Strafgerichtshof für Jugoslawien (ICTY) und Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR)

Vor der Errichtung des *IStGH* in Den Haag richtete der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen Ende der 1990er Jahre zwei Sondertribunale ein. Einerseits, um den Krieg, der zum Zerfall des ehemaligen Jugoslawiens führte<sup>43</sup>, aufzuarbeiten und andererseits, um den Völkermord in Ruanda<sup>44</sup> strafrechtlich zu verfolgen. Errichtet wurden diese Sondertribunale als verlängerter Arm des Sicherheitsrates<sup>45</sup> auf Grundlage völkerrechtlich bindender Resolutionen<sup>46</sup> und in Ausführung der Befugnisse aus Art. 39 und 41 des Kapitel VII der UN-Charta. Diese Möglichkeit hätte in Bezug auf den Ukraine Konflikt jedoch keine Aussicht auf Erfolg, da Russland erwartungsgemäß<sup>47</sup> mit seinem Vetorecht im Sicherheitsrat eine notwendige Resolution stoppen würde.

bb) Nürnberg 2.0

Kurz nach Beginn des Angriffskrieges forderten britische Juristen, namhafte Wissenschaftler, Politiker und andere wichtige Persönlichkeiten die Errichtung eines internationalen Militärgerichtshofes nach Vorbild der Nürnberger Prozesse, um die Zuständigkeitslücke auf internationaler Ebene zu überbrücken.<sup>48</sup> Unter ihnen war auch der im April 2023 verstorbene Chefankläger des neunten Nürnberger Nachfolgeprozesses – Benjamin Ferencz. Ein Sondertribunal im Stil des Militärgerichtshofes in Nürnberg könnte eine Option für ein ukrainisches Sondertribunal darstellen. Dieses könnte auf einem

---

<sup>42</sup> Vgl. Art. 39 UN-Charta.

<sup>43</sup> UN, S/RES/808 (1993) vom 22.2.1993; *SRF*, Der Zerfall Jugoslawiens – Balkan in Flammen, abrufbar unter: <https://www.srf.ch/sendungen/school/geschichte-geografie/der-zerfall-jugoslawiens-balkan-in-flammen>.

<sup>44</sup> *BPB*, Gedenken an den Völkermord in Ruanda, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/307318/gedenken-an-den-voelkermord-in-ruanda/>.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 29 UN-Charta.

<sup>46</sup> UN, S/RES/827 (1993) vom 25.5.1993; UN, S/RES/955 (1994) vom 8.11.1994.

<sup>47</sup> *Tagesschau*, Russland blockiert Resolution zu Annexion, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/russland-annexionen-resolution-un-ukraine-101.html>.

<sup>48</sup> Statement – Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine, abrufbar unter: <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>.

völkerrechtlichen Vertrag, ähnlich dem Londoner Abkommen<sup>49</sup>, von einer Vielzahl an Staaten aufbauen. Anders als bei den Nürnberger Prozessen würde das Sondertribunal nicht von einer Besatzungsmacht gegründet, da die Ukraine selbst Vertragspartei wäre. Dadurch würde die Unsicherheit umgangen, die bestünde, stützte sich das Tribunal nur auf das Weltrechtsprinzip. Denn wie bereits festgestellt ist es umstritten, ob Drittstaaten nach diesem Prinzip das Verbrechen der Aggression verfolgen dürfen.<sup>50</sup>

Auf den ersten Blick scheint dieses Modell auf Grund vorzuzugswürdig, im Vergleich zu aufwendigeren Verfahren zur Errichtung eines internationalen Tribunals mit Hilfe der Vereinten Nationen oder des Sicherheitsrates. Trotzdem könnten Nachteile und negativen Folgen, die solch ein Tribunal mit sich bringen würde, überwiegen. Zum einen umginge ein völkerrechtlicher Vertrag vieler Staaten außerhalb einer bestehenden Organisation die internationalen Strukturen.<sup>51</sup> Auf internationaler Ebene existieren bereits Organisationen, die den gemeinsamen politischen Willen bündeln, wie die Generalversammlung der Vereinten Nationen oder auf regionaler Ebene das europäische Parlament. Diese haben z. T. Befugnisse inne, Sondertribunale originär zu schaffen oder zu unterstützen. Auch könnte ein solches Tribunal die Arbeit des *ISGH* untergraben und die Notwendigkeit der Existenz dieses Strafgerichtshofes in Frage stellen.<sup>52</sup> Des Weiteren könnte ein Tribunal dieser Art ein Präzedenzfall für Russland und seine unterstützenden Staaten liefern, selbst ein Tribunal zu erschaffen, um vorgeworfene ukrainische Verbrechen strafrechtlich zu verfolgen.<sup>53</sup>

#### b) Hybrider Sonderstrafgerichtshof

Neben den Internationalen Sonderstrafgerichtshöfen besteht eine weitere Form der Ausgestaltung eines Sondertribunals – die hybriden Sonderstrafgerichtshöfe. Eine einheitliche Definition für hybride Sondertribunale konnte sich auf Grund

---

<sup>49</sup> *Abkommen über die Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der Europäischen Achse*; Londoner Viermächte-Abkommen, in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg – Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, 1947, Band I, S. 7 f.

<sup>50</sup> Siehe dazu oben **B. I.**

<sup>51</sup> *Hartig*, Ein internationales Aggressionstribunal für die Ukraine? – Ein Mittel gegen die materielle Selektivität in der strafrechtlichen Aufarbeitung des Ukraine Konflikts, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, Heft 12, 2022, S. 644.

<sup>52</sup> *Paech*, Thesenpapier für die Öffentliche Anhörung des Auswärtigen Ausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema „Strafverfolgung und Beendigung von Straflosigkeit angesichts des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine“ vom 06.02.2023, S. 4; *ORF*, Chefankläger des *ISGH* gegen Sondertribunal, abrufbar unter: <https://orf.at/stories/3299043/>.

<sup>53</sup> *Hartig* (Fn. 52), S. 644.

regionaler Besonderheiten und des flexiblen Aufbaus je nach Situation noch nicht bilden.<sup>54</sup> Jedoch lassen sich einige Gemeinsamkeiten der bis dato errichteten hybriden Tribunale im Unterschied zu internationalen Sonderstrafgerichtshöfen herausarbeiten. Grundsätzlich bauen sich hybride Sonderstrafgerichte auf gemischter Grundlage von nationalem und internationalem Recht auf. Dabei ist ihre Zusammenstellung meist auf eine bestimmte Zeitperiode angelegt. Auch die Richterbank zeigt sich dadurch in hybrider Form, dass nationale Richter durch internationale Richter unterstützt werden. So kann materiell sowohl Völkerstrafrecht als auch nationales Recht angewendet werden.<sup>55</sup> Hybride Tribunale erreichen in der Weltgemeinschaft internationalisierten Charakter, sofern der Aufbau des Gerichts in Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen erfolgt. Dies ist bspw. dadurch möglich, dass ein völkerrechtlicher Vertrag mit den Vereinten Nationen geschlossen wird.<sup>56</sup>

aa) Special Court for Sierra Leone als Vorbild

Ähnlich des ICTY und ICTR entstand der Sonderstrafgerichtshof für Sierra Leone (SCSL)<sup>57</sup>, der seiner Form nach als mögliches Vorbild für ein Sondertribunal für die Ukraine gelten könnte. Zum einen ist der *Ad-hoc*-Strafgerichtshof internationaler Natur, da er nicht in das nationale Gerichtssystem eingegliedert ist.<sup>58</sup> Andererseits kommt ihm durch die von dem Generalsekretär der Vereinten Nationen und der Regierung von Sierra Leone besetzten Richterbank eine hybride Ausgestaltung zu.<sup>59</sup> Das hybride

---

<sup>54</sup> *Pirmurat*, Legitimation der Errichtung des Obersten Irakischen Strafgerichtshofs (ursprünglich irakisches Sondertribunal), in: Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht, Band 17, 2012, S. 132; *Fuhrmann*, Der Beitrag des Libanontribunals zur Weiterentwicklung des Völkerrechts, in: Kölner Schriften zum Internationalen und Europäischen Recht, Band 23, 2011, S. 28 ff.

<sup>55</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 364 ff.; *Katzenstein*, Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor, in: Harvard Human Rights Journal, Heft 16, 2003, S. 245, 246, 253.

<sup>56</sup> Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 364 ff.

<sup>57</sup> Statute of the Special Court for Sierra Leone, abrufbar unter: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

<sup>58</sup> *Ambach*, Eine Rahmenkonvention für die Errichtung hybrider internationaler Strafgerichte – Als Mittel zur Garantie moderner Völkerrechtsstandards im Rahmen zukünftiger ad hoc-Strafgerichtsbarkeit für Völkerrechtsverbrechen, 2009, Band 67 aus Studien zum Völker- und Europarecht, S. 72.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 12 Statute of the Special Court for Sierra Leone; *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 366.

Sondertribunal für Sierra Leone baute auf einem Vertrag<sup>60</sup> mit den Vereinten Nationen auf, der einer völkerrechtlich bindenden Resolution<sup>61</sup> des Sicherheitsrates nachging. Ein Sondertribunal für die Ukraine könnte keine Legitimation auf gleichen Weg erreichen. Wieder blockiert das Vetorecht Russlands die Erfolgsaussicht der Nachahmung des SCSL.

bb) „*Uniting for Peace*“ und ECCC

In Fällen der dauerhaften Blockade und Verhinderung der Wahrung des Friedens durch ein ständiges Mitglied im Sicherheitsrat wurde in der Zeit des Kalten Krieges die Option des „*Uniting for Peace*“ durch die Resolution 377/A<sup>62</sup> geschaffen. Der Generalversammlung wurden bestimmte Zuständigkeiten und Handlungsmöglichkeiten zugeschrieben, sollten die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats sich nicht einig werden und dadurch ihrer primären Verantwortung der Wahrung des internationalen Friedens und Sicherheit nicht nachkommen können, wenn die Gefahr besteht, dass in der Weltgemeinschaft das Verbrechen der Aggression begangen wurde.<sup>63</sup> Die Generalversammlung kann dann weiterhin keine verbindlichen Beschlüsse verabschieden. Jedoch besteht die Möglichkeit, Empfehlungen, die auch den Einsatz von Waffengewalt enthalten können, an die Mitgliedstaaten zu geben.<sup>64</sup> Eine Empfehlung der Generalversammlung zur Errichtung eines Sondertribunals für die Ukraine würde innerhalb der Empfehlungsabgabe im Falle des „*Uniting for Peace*“ Mechanismus zwar die mildeste Variante darstellen, ist jedoch mit Stand vom 30.5.2023 noch nicht als Lösungsansatz von der Generalversammlung angesehen. Die Resolution vom 23.2.2023 zeigte jedoch, dass die Notwendigkeit einer internationalen Strafverfolgung erkannt wird.<sup>65</sup>

Sollte die Generalversammlung die Errichtung eines Sondertribunals empfehlen, könnte ein Abkommen zwischen den Vereinten Nationen und der Ukraine vereinbart werden. Dieses Abkommen müsste der Generalsekretär aushandeln und der Generalversammlung zum endgültigen Beschluss vorlegen.

---

<sup>60</sup> Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16.1.2002, abrufbar unter: <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf>.

<sup>61</sup> UN, S/RES/1315 (2000).

<sup>62</sup> UN, A/RES/377 (V) vom 3.11.1950.

<sup>63</sup> UN, A/RES/377 (V), Abschnitt A, vom 3.11.1950.

<sup>64</sup> *Arnauld* (Fn. 29), Rn. 150; UN, A/RES/377 (V) vom 3.11.1950.

<sup>65</sup> UN, A/RES/ES-11/6 vom 23.2.2023.

Schlussendlich müssten die Nationen das Abkommen dann jeweils durch ein nationales Gesetz festgehalten werden.<sup>66</sup>

Dass diese Möglichkeit Erfolg haben kann, zeigte sich bei den außerordentlichen Kammern in Kambodscha (ECCC).<sup>67</sup>

Dieser globale Weg der Legitimation bringe den Vorteil, die Blockade Russlands im Sicherheitsrat umgehen zu können. Abhängig wäre diese Möglichkeit jedoch von dem politischen Willen der Generalversammlung, da eine Zweidrittelmehrheit nach Art. 18 Abs. 2, Abs. 3 UN-Charta für das Errichten eines Sondertribunals erreicht werden müsste. Die Weltgemeinschaft zeigte sich in vergangenen Resolutionen bezüglich der Situation in der Ukraine willensstark.<sup>68</sup> Sofern es aber um konkrete Maßnahmen wie die Schaffung eines Schadensregisters ging, war eine überzeugende Mehrheit nicht mehr aufzufinden.<sup>69</sup> Dadurch kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer Resolution über das Errichten eines Sondertribunals nicht die notwendige Mehrheit erreicht werden würde.

#### cc) Europäische Lösung

Immer noch auf nationaler Ebene, jedoch im regionaleren Kreis, könnte ein hybrider Sonderstrafgerichtshof durch einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen der EU oder dem Europarat und der Ukraine entstehen.<sup>70</sup>

Am 19.1.2023 sprach sich das Europäische Parlament mit eindeutiger Mehrheit von 472 Stimmen<sup>71</sup> für die Errichtung eines Sonderstrafgerichtshof für die Ukraine aus, um das Verbrechen der Aggression zu verfolgen.<sup>72</sup> Der Umstand, dass die Ukraine kein Mitglied der EU ist, verwehrt diese Art der Legitimation

---

<sup>66</sup> *Hartig* (Fn. 52), S. 644; *Lufglass*, Crossroads in Cambodia: The United Nation's Responsibility to Withdraw Involvement from the Establishment of a Cambodian Tribunal to Prosecute the Khmer Rouge, in: *Virginia Law Review*, Band 90, No. 3, Mai 2004, S. 906 ff.

<sup>67</sup> UN, A/RES/56/169 vom 19.12.2001, VI.2; *Corell*, A Special Tribunal for the Ukraine on the Crime of Aggression, abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/85116/a-special-tribunal-for-ukraine-on-the-crime-of-aggression-the-role-of-the-u-n-general-assembly/>.

<sup>68</sup> Vgl. UN, A/RES/ES-11/1, A/RES/ES-11/2, A/RES/ES-11/6.

<sup>69</sup> Vgl. Voting Summary for A/RES/ES-11/5, abrufbar unter: <https://digitallibrary.un.org/record/3994052?ln=en>.

<sup>70</sup> *Corten/Koutroulis* (Fn. 41), S. 18, 19.

<sup>71</sup> Ukraine-Krieg: Ein Sondergerichtshof zur Ahndung von Russlands Verbrechen, Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 19.1.2023.

<sup>72</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19.1.2023, 2022/3017(RSP).

eines Sondertribunals nicht, wie bereits die Sonderkammern<sup>73</sup> für den Kosovo aufzeigten.<sup>74</sup> Diese wurden 2015 gemeinsam mit einer Sonder-Anklagebehörde in Kooperation mit der EU errichtet. Das Besondere an diesem Modell ist, neben der Eingliederung in das nationale Justizsystem, der bestehende Zweitsitz in Den Haag und die vollständige Besetzung der Richterbank mit internationalen Richtern.<sup>75</sup> Ähnlich könnte ein Sondertribunal für die Ukraine ausgestaltet werden. Jedoch gibt es derzeit noch keine konkrete Vorstellung über die genaue Zusammensetzung dieses Sondergerichtshofes.<sup>76</sup>

Dem Europarat könnte die Möglichkeit zukommen, außerordentliche Strafkammern in bestehenden Strafgerichten der Ukraine zu errichten, ähnlich die der ECCC. In der Theorie könnte die Ukraine als Mitgliedstaat des Europarats der Parlamentarischen Versammlung vorschlagen, ihrem Recht nach Art. 15 der Satzung des Europarates nachzugehen, mithin dem Ministerkomitee zu überlassen, über die Maßnahme der Errichtung außerordentlicher Strafkammern ein Abkommen zu beschließen.<sup>77</sup> Allerdings brachte der Europarat einen eigenen Vorschlag vor. Dabei stellt sich der Rat ein Tribunal mit Sitz in Straßburg vor, das die Verbrechen der Aggression durch die politische und militärische Führung Russlands verfolgen soll.<sup>78</sup> Legitimation soll dieser Sonderstrafgerichtshof durch einen völkerrechtlichen Vertrag vieler Staaten erlangen, der von der UN-Generalversammlung gebilligt werden soll. Bestrebungen, außerordentliche Strafkammern wie die ECCC zu errichten, sind

---

<sup>73</sup> In Kosovo wurde kein neuer Gerichtshof errichtet, sondern außerordentliche Strafkammern, die formal in die kosovarische Justiz integriert sind, siehe <https://www.scp-ks.org/en/specialist-chambers/chambers>.

<sup>74</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 381.

<sup>75</sup> Vgl. Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, Law No. 05/L-053; *Human Rights Watch*, Kosovo: Kriegsverbrecherprozess in Den Haag gestartet, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/de/news/2023/04/06/kosovo-kriegsverbrecherprozess-den-haag-gestartet>.

Die Richter der internationalen Richterbank werden von dem Hohen Vertreter der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GASP) ernannt. Durch die internationale Richterbank soll vor allem die Unabhängigkeit der Richter gestärkt und Korruption vermieden werden, vgl. <https://www.scp-ks.org/en/specialist-chambers/chambers>.

<sup>76</sup> Ukraine-Krieg: Ein Sondergerichtshof zur Ahndung von Russlands Verbrechen, Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 19.1.2023.

<sup>77</sup> *Heller*, The Best Option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2022/03/16/the-best-option-an-extraordinary-ukrainian-chamber-for-aggression/>; *Omiso*, An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>.

<sup>78</sup> *Europarat*, Resolution 2436 (2022), 11.6.



derzeit nicht ersichtlich.<sup>79</sup> Für ein Sondertribunal nach dem europäischen Weg spricht der nahezu einheitliche politische Wille sowohl auf der Seite der EU als auch der des Europarats.<sup>80</sup> Eine regionale Einbettung des Tribunals unter europäischer Unterstützung und fehlender Präsenz der USA könnte hilfreich sein, um das Feuer der russischen Propaganda zu schwächen. Dennoch wäre bei solch einem Tribunal, im Vergleich zu Optionen in Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen, eine schwächere Legitimation auf Grund der geringeren Anzahl an unterstützenden Staaten wahrnehmbar.<sup>81</sup>

### 3. Eigenständiger oder hybrider Gerichtshof

Trotz reduzierter Möglichkeiten wegen der anhaltenden Blockade Russlands im Sicherheitsrat bleiben Vorschläge bestehen, die entweder für ein Errichten eines eigenständigen Strafgerichtshofes außerhalb des ukrainischen Justizsystems oder eines hybriden, in das nationale Gerichtssystem eingegliederten Sondertribunals sprechen. Fraglich ist, welche Form der Errichtung eines Sondertribunals für die Ukraine am ehesten Aussicht auf Erfolg hat.

Die ukrainische Verfassung untersagt ausdrücklich die Errichtung hybrider, außerordentlicher Tribunale, die in das ukrainische Justizsystem eingegliedert wären.<sup>82</sup> Optionen der Errichtung von außerordentlichen Strafkammern in bereits existierenden ukrainischen Strafgerichten könnten diese Hürde umgehen.<sup>83</sup> Allerdings könnte die Besetzung der Richterbank mit internationalen Richtern auf Grund der ukrainischen Verfassung schwierig zu legitimieren sein, da nur ukrainische Staatsbürger das Richteramt bekleiden dürfen.<sup>84</sup> Beide Hindernisse könnten durch eine Änderung der ukrainischen Verfassung beseitigt werden. Dies ist im noch herrschenden Kriegszustand unmöglich.<sup>85</sup> Auch die Rechtsstaatlichkeit der Ukraine wird durch die eigene Gesellschaft und

---

<sup>79</sup> Präsident der Versammlung zu Verbrechen in der Ukraine: „Gerechtigkeit wird geübt und gewährleistet, koste es was es wolle“, Presseraum des Europarats vom 31.3.2023.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 20/4192, S. 6, 7, 45 f.

<sup>81</sup> Vgl. *Ambos*, Ein Sondertribunal zur Aggression gegen die Ukraine? Nein., in: Vereinte Nationen, Heft 2/2023, S. 75; *Corten/Koutoulis* (Fn. 41), S. 36, 37.

<sup>82</sup> Art. 125 der ukrainischen Verfassung, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>, frei aus dem Englischen übersetzt.

<sup>83</sup> *Owiso*, An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe, abrufbar unter: <http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>.

<sup>84</sup> Art. 126 Nr. 7 der ukrainischen Verfassung (Fn. 83).

<sup>85</sup> Art. 157 der ukrainischen Verfassung (Fn. 83); *FAZ*, Das bedeutet die Verhängung des Kriegsrechts in der Ukraine, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/zwischenfall-im-asowschen-meer-das-bedeutet-die-verhaengung-des-kriegsrechts-in-der-ukraine-15911743.html>.

Drittstaaten in Frage gestellt. Durch Vorwürfe der Korruption<sup>86</sup> – auch in der Justiz – könnte an der Neutralität einer hybriden Richterbank gezweifelt werden.

Ein weiteres Problem eines hybriden Sondertribunals könnte das Verfahrenshindernis der persönlichen Immunität bezüglich des Verbrechens der Aggression darstellen. Denn vor nationalen Gerichten, bspw. dem *BGH*, ist bislang nur eine Ausnahme der persönlichen Immunität für die weiteren drei Kernverbrechen anerkannt.<sup>87</sup> Das Hindernis der persönlichen Immunität bezüglich des Aggressionsverbrechens sollte bei nationaler Strafverfolgung bestehen bleiben, da gerade bei dieser Verbrechensart der Täterkreis persönlicher Immunität unterliegt und diese Straftat einen hoch politischen Kern hat. Diese Strafverfolgung kann nicht auf einer Augenhöhe zwischenstaatlich erfolgen, da ansonsten bilaterale Beziehungen beim Übergehen der persönlichen Immunität gefährdet werden können.<sup>88</sup> Um die persönliche Immunität als Verfahrenshindernis auszuschließen, müsste vor einem internationalen Gericht verhandelt werden, dass horizontal zu den betroffenen Staaten steht und – in der Theorie – losgelöst von politischen Beziehungen handeln kann. Zudem müsste der betroffene Personenkreis Teil eines Vertragsstaates des IStGH-Statuts sein.<sup>89</sup>

Fraglich ist, ob ein hybrides Sondertribunal als „internationaler Strafgerichtshof“ gelten kann, der horizontal zu den Staaten steht. Denn schon bei dem SCSL wurde in Frage gestellt, ob dieses Gericht ein internationales darstellt.<sup>90</sup> Selbst bei Annahme einer ausreichenden Internationalität bleibt die persönliche Immunität als Verfahrenshindernis bestehen, da Russland als Nichtvertragsstaat nicht auf Immunitäten vor internationalen Gerichtshöfen verzichten müsste. Die Auflösung dieser Blockade durch den Sicherheitsrat, der entweder selbständig ein Tribunal unabhängig jeglicher Immunitäten schafft oder die Situation der Ukraine direkt an ein internationales Gericht nach Kapitel VII der UN-Charta zuweist, bleibt weiterhin aussichtslos.<sup>91</sup> Der Europarat, der eine mögliche Grundlage für ein Sondertribunal bieten könnte, spricht sich zwar in seinem

---

<sup>86</sup> *Stewart*, Die heutige Ukraine und der Rechtsstaat – Weitgehendes Eliteversagen stellt die Reformen in Frage, in: SWP-Aktuell 3, Januar 2016, S. 1 f.; *Aust/Heinemann-Grüder/Nußberger/Schmid* (Fn. 9), S. 232; Vgl. Korruptionswahrnehmungsindex von 2021, abrufbar unter: <https://www.transparency.de/cpi/cpi-2021/cpi-2021-tabellarische-rangliste>.

<sup>87</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, Rn. 16, 18 ff.

<sup>88</sup> Vgl. UN, A/CN.4/701, S. 87-88.

<sup>89</sup> Vgl. Arrest Warrant vom 11.4.2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, S. 25, 26; *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 816.

<sup>90</sup> Decision on Immunity from Jurisdiction, Special Court for Sierra Leone vom 31.5.2004, S. 3014 f.

<sup>91</sup> *Schaller* (Fn. 6), S. 20; *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 817.

Beschluss zur Errichtung eines Sondertribunals für die Durchbrechung der funktionellen und persönlichen Immunität aus.<sup>92</sup> Fraglich bleibt dennoch, inwiefern diese Forderung umgesetzt und legitimiert werden kann.

Die vorgelegten Gründe, aber vor allem das Bestehen des Verfahrenshindernis auf nationaler Ebene bezüglich der persönlichen Immunität sprechen insgesamt gegen ein hybrides, in das nationale Justizsystem eingegliederte Sondertribunal und für einen internationalen, eigenständigen Sonderstrafgerichtshof, der die Hürde der persönlichen Immunität am ehesten umgehen könnte.<sup>93</sup>

#### 4. Erfolgsaussicht der Errichtung eines Sondertribunals

Die ungeklärte Frage bezüglich des Verhältnisses zwischen der persönlichen Immunität und dem Verbrechen der Aggression wirft einen Schatten über die generellen Erfolgsaussichten eines hybriden Sondertribunals für die Ukraine. Auch bezüglich eines internationalen Sonderstrafgerichtshofes könnten die Erfolgsaussichten seiner Errichtung hinterfragt werden. Dabei soll der Angriffskrieg Russlands nicht verharmlost werden oder in Vergessenheit geraten, aber es muss in Frage gestellt werden können, ob der Sonderweg über ein neu zu erschaffendes Tribunal den idealen Weg in Richtung Gerechtigkeit darstellen kann.

Denn durch das Errichten eines Sondertribunals für die Ukraine entsteht ein Spannungsfeld zwischen einerseits einer Schwächung der Stellung des *IStGH* und andererseits der Möglichkeit, die Zuständigkeitslücke bezüglich des Aggressionsverbrechens zu überbrücken.

Zum einen könnte sich eine mögliche Schwächung der Legitimität des *IStGH* durch die Wahrnehmung einer selektiven Justiz, vor allem aus Perspektive des globalen Südens, ergeben. Selektivität im Völkerstrafrecht scheint auf Grund der Menge an begangenen Verbrechen in einem gewissen Maß akzeptabel zu sein. Jedoch bildete sich in der Vergangenheit die Tendenz heraus, dass westliche Staaten zwar den Verstoß von Völkerstraftaten lautstark verachten, allerdings zurückhaltend sind, soweit es um die Verfolgung eigener Verbrechen geht.<sup>94</sup> Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die völkerrechtswidrige<sup>95</sup> Irak-Invasion im

<sup>92</sup> *Europarat*, Resolution 2436 (2022), 11.6.3.; *Ambos* (Fn. 82), S. 75.

<sup>93</sup> Vgl. UN, A/CN.4/701, S. 88.

<sup>94</sup> *Kaleck*, Mit zweierlei Maß – Der Westen und das Völkerstrafrecht, 2012, S. 116; *Ambos*, Ukraine-Sondertribunal mit Legitimationsproblemen?, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ukraine-sondertribunal-mit-legitimationsproblemen/>.

<sup>95</sup> *Bothe*, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, in: *Archiv des Völkerrechts*, Band 41, No. 3, September 2003, S. 255 ff.; *Dörr*, Gewalt und

Jahr 2003 durch die USA, das Vereinigte Königreich und weitere unterstützende Staaten. Es kam in den Folgejahren zu Ermittlungen durch die Anklagebehörde des *ISiGH* bezüglich möglicher begangener Kriegsverbrechen durch britische Gruppen. Diese Vorwürfe konnten dann auch begründete Hinweise aufzeigen – zu Anklagen kam es jedoch nicht.<sup>96</sup> Eine Bestrafung von Staatsoberhäuptern der Staaten, die nun im Ukraine Konflikt diese Bestrafung fordern, stand nicht auf der Agenda des *ISiGH*.<sup>97</sup> Diese nicht hinnehmbare Selektivität findet leider noch weitere Beispiele<sup>98</sup> und wird vor allem von afrikanischen Staaten in den letzten Jahren vorgebracht. Angesichts dessen, dass bis 2016 sämtliche Verfahren des *ISiGH* Straftaten afrikanischer Staaten im Blick hatten, stellt dies eine nachvollziehbare Kritik dar.<sup>99</sup> Dass die vor allem westliche Weltgemeinschaft dennoch einen Sonderweg für die Ukraine einschlagen will, wird mit der Besonderheit der „Situation Ukraine“ begründet. Die deutsche Bundesaußenministerin *Baerbock* begründet die Besonderheit der Situation und die Notwendigkeit eines Sonderweges dadurch, dass in bisherigen Sondertribunalen innerstaatliche Konflikte aufgearbeitet werden mussten und Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Vordergrund standen. Die Invasion eines Staates durch einen anderen war bislang noch nicht Teil eines Sondertribunals oder Verhandlungen des *ISiGH*. Das Verbrechen der Aggression muss laut *Baerbock* unbedingt durch eine internationale Strafgewalt geahndet.<sup>100</sup> Jedoch erkennt sie die Kritik einer selektiven Justiz an und bringt hervor, dass ein Großteil der Weltgemeinschaft an dem Sonderweg beteiligt sein müsste, um den Vorwurf der Selektivität zu beseitigen.<sup>101</sup>

Mit in die Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Sondertribunals müsste zudem der Umstand einbezogen werden, dass eine Kooperation Russlands unwahrscheinlich ist und Verfahren somit *in absentia* geführt werden müssten.

---

Gewaltverbot im modernen Völkerrecht, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Band 43/2004, Oktober 2004, S. 14 ff.; *Pirmurat* (Fn. 55), S. 69.

<sup>96</sup> Kriegsverbrechen britischer Truppen im Irak, abrufbar unter: <https://www.ecchr.eu/fall/kriegsverbrechen-britischer-truppen-im-irak/>; Preliminary examination, Iraq/UK – Closed, abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/iraq>.

<sup>97</sup> Vgl. Cases, Investigations, Preliminary examinations, abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/news/presidency-assembly-states-parties-reiterates-its-unwavering-support-international-criminal>.

<sup>98</sup> Vgl. *Kaleck* (Fn. 95), S. 120.

<sup>99</sup> *Werle/Jeßberger* (Fn. 13), Rn. 114.

<sup>100</sup> „Strengthening International Law in Times of Crisis“ – Rede von Außenministerin *Baerbock* in Den Haag, Auswärtiges Amt vom 16.1.2023.

<sup>101</sup> *Baerbock*, Rede in Den Haag (Fn. 100).

Sollte der eigenständige Sonderstrafgerichtshof dennoch auf Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags bspw. zwischen der Ukraine und den Vereinten Nationen oder einer europäischen Organisation erschaffen werden, wäre Russland als Drittstaat anzusehen.<sup>102</sup> Gegenüber solchen begründet nach Art. 34 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge ein Vertrag ohne ihre Zustimmung keine Rechte oder Pflichten.<sup>103</sup> Auf eine etwaige Zustimmung zu setzen, wäre verfehlt.

Deswegen könnte von vorneherein die Möglichkeit eines Abwesenheitsverfahren für das Sondertribunal festgelegt werden. Jedoch ist ein solches Verfahren *in absentia* nicht unumstritten.

Losgelöst von der konkreten Fallgestaltung wird kritisiert, dass der Angeklagten bei einem Abwesenheitsverfahren nicht ausreichend geschützt wird. So ist in Deutschland der Anwesenheit des Angeklagten große Bedeutung zugeschrieben. Dem Angeklagten obliegt sogar ein Anwesenheitsrecht aus § 230 Abs. 1 StPO.<sup>104</sup> In § 285 Abs 1 S. 1 StPO wird des Weiteren ein Verbot formuliert, gegen einen abwesenden Angeklagten eine Hauptverhandlung durchzuführen.

Diese Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten, ist auch international anerkannt und in menschenrechtlichen Vorgaben wiederzufinden, genauer in Art. 6 EMRK. Dieser Artikel soll nicht nur das Recht auf ein faires Verfahren garantieren, sondern festigt auch ein Anwesenheitsrecht für den Angeklagten.<sup>105</sup> Allerdings kann ein Abwesenheitsverfahren statthaft sein, sofern der Angeklagte auf sein Anwesenheitsrecht verzichtet.<sup>106</sup>

Bezogen auf die vorliegende Situation könnte der Verzicht von russischen Angeklagten auf das Anwesenheitsrecht aus der fehlenden Anerkennung der Gerichtsbarkeit des Sondertribunals resultieren und somit ein Abwesenheitsverfahren ermöglichen.<sup>107</sup> Jedoch komme einem Urteil bei Ablehnung des Sondertribunals durch Russland nur symbolische Kraft zu und bestärke erneut die Kritik der selektiven Justiz.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Corten/Koutroulis (Fn. 41), S. 32.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 34 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

<sup>104</sup> Eibach, Abwesenheitsverfahren vor völkerstrafrechtlichen Tribunalen, in: Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht, Band 42, 2020, S. 54 ff.

<sup>105</sup> Gaede, in: MüKo-StPO, 2018, EMRK Art. 6, Rn. 282-284; Eibach (Fn. 105), S. 241.

<sup>106</sup> Gaede, in: MüKo-StPO (Fn. 106), EMRK Art. 6, Rn. 283; Corten/Koutroulis (Fn. 41), S. 34.

<sup>107</sup> Corten/Koutroulis (Fn. 41), S. 34, 35.

<sup>108</sup> Ebd., S. 35.

Vieles spricht also gegen die Errichtung eines Sondertribunals. Dann wäre zwar die Strafverfolgungslücke hinsichtlich des Aggressionstatbestandes erneut spürbar, diese könnte jedoch auf materiellem Weg zu schließen sein. Zum einen wird eine Reformation des IStGH-Statuts gefordert.<sup>109</sup> Das Verbrechen der Aggression sollte der Zuständigkeit des IStGH ebenso unterliegen wie die anderen Kernverbrechen. Es muss ausreichen, dass der „Opferstaat“ das Statut ratifiziert oder anerkannt hat. Ansonsten könnten sich zukünftige Aggressoren dadurch aus der strafrechtlichen Verfolgung ziehen, dass sie das IStGH-Statut nicht ratifizieren.

Um wieder mehr Optionen zur Schaffung eines Sondertribunals für die Ukraine zu öffnen, wird der Ausschluss Russlands aus dem Sicherheitsrat gefordert. Zu diesem Schritt führen grundsätzlich drei Wege.<sup>110</sup> Eine Möglichkeit stellt die Ukraine in ihrem Antrag vor. Das Argument für einen Ausschluss lautet nach ukrainischem Antrag, dass die Russische Föderation nach Zerfall der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken (UdSSR) nie offiziell Mitglied der Vereinten Nationen wurde und somit unrechtmäßig ständiges Mitglied im Sicherheitsrat ist.<sup>111</sup> In Art. 23 UN-Charta ist nicht Russland als Mitglied aufgelistet, sondern die UdSSR. Russland hätte nach Zerfall der Sowjetunion den Vereinten Nationen neu beitreten müssen, wie es Belarus und die Ukraine bereits vor Auflösung der UdSSR getan hatten.<sup>112</sup> Dennoch ist dieser Mangel nach mittlerweile über 30 Jahren völkergewohnheitsrechtlich anerkannt und somit geheilt.<sup>113</sup> Die Möglichkeit, Russland aus dem Sicherheitsrat auszuschließen, erscheint zwar als von Teilen der Weltgemeinschaft gewünscht, jedoch sowohl rechtlich<sup>114</sup> als auch politisch hinsichtlich des Vorwurfs der selektiven Justiz nicht durchführbar.

Fällt schlussendlich die Entscheidung gegen die Errichtung eines Sondertribunals, bedeute das nicht die Straflosigkeit *Putins*, *Lawrows* und *Mischustins*. Denn bezüglich der Tatbestände der Kriegsverbrechen, Verbrechen

---

<sup>109</sup> *Baerbock*, Rede in Den Haag, (Fn. 100); *Walter*, Thesenpapier für die Öffentliche Anhörung des Auswärtigen Ausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema „Strafverfolgung und Beendigung von Straflosigkeit angesichts des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine“ vom 6.2.2023, S. 3, 6.

<sup>110</sup> BT-Sachstand WD 2-3000-005/23, S. 4.

<sup>111</sup> *Lingemann*, Moskaus Ausschluss aus UN-Rat realistisch?, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/un-vereinte-nationen-russland-mitgliedschaft-ausschluss-kiew-100.html>.

<sup>112</sup> BT-Sachstand WD 2-3000-005/23, S. 10.

<sup>113</sup> *Lingemann*, Moskaus Ausschluss aus UN-Rat realistisch?, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/un-vereinte-nationen-russland-mitgliedschaft-ausschluss-kiew-100.html>.

<sup>114</sup> BT-Sachstand WD 2-3000-005/23, S. 15, 16.

gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes besteht nicht nur die Gerichtsbarkeit des *IStGH*, sondern hemmt auch die Immunität das Verfahren vor dem internationalen Gericht nicht, Art. 12 Abs. 2 Alt. 3, Abs. 3, Art. 27 Abs. 1 *IStGH*-Statut.<sup>115</sup>

### C. Resultat und Ausblick

Es spricht nach Untersuchung der Möglichkeiten ernüchternd wenig für die Errichtung eines Aggressions-Sondertribunals. Vor allem die lautstarke Kritik bezüglich einer selektiven Justiz und die aufgezeigten Legitimationsprobleme reduzieren die Erfolgsaussichten. Dem durch den Großteil der Weltgemeinschaft erstrebten Völkerstrafrecht werden Grenzen aufgezeigt, die zukünftig überbrückt werden müssen, um in solchen Situationen des völkerrechtswidrigen Angriffs vor dem *IStGH* handeln zu können. Schon bei den Nürnberger Prozessen wurde der Angriffskrieg als die größte Bedrohung der damaligen Zeit angesehen.<sup>116</sup> Damals wie heute bleibt diese Gefahr und Bedrohung bestehen. Eine Zuständigkeitslücke bezüglich dieses Verbrechens muss geschlossen werden und eine Reformation des *IStGH*-Statuts sollte auf die Tagesordnung der Vertragsstaaten des *IStGH* kommen.

Die Weltgemeinschaft will die Völkerrechtsverbrechen dennoch nicht unbestraft lassen. Am 17.3.2023 wurde durch den *IStGH* der erste Haftbefehl gegen den russischen Präsidenten *Putin* und seine Kinderrechtsbeauftragte *Maria Lvova-Belova* ausgestellt, die im Verdacht stehen, rechtswidrig Kinder aus den besetzten Gebieten der Ukraine vertrieben und nach Russland überführt zu haben.<sup>117</sup> Wenige Tage später traf der *IStGH* mit der Ukraine die Vereinbarung, ein regionales Büro zu eröffnen, um die Ermittlungen bezüglich mutmaßlicher Völkerrechtsverbrechen zu vereinfachen.<sup>118</sup> Um den Ermittlungen und späteren Prozessen den Weg zu ebnen, wurde auf Empfehlung der UN-Generalversammlung von dem Europarat ein Schadensregister für die Ukraine eingerichtet. Mit Sitz in Den Haag und Außenstelle in der Ukraine sollen die

<sup>115</sup> *Werle/Jefberger* (Fn. 13), Rn. 809, 816.

<sup>116</sup> *Schnabel*, Grundlegende Rede vorgetragen im Namen der Vereinigten Staaten von Amerika von Robert H. Jackson – Hauptanklagevertreter der USA beim Internationalen Militärgerichtshof zu Nürnberg, in: *Dokumente der Zeit*, 1946, S. 7.

<sup>117</sup> Situation in Ukraine, Pressemitteilung des *IStGH* vom 17.3.2023; Schwerpunkte der Plenarsitzung vom 17.-20.4.2023 des Europäischen Parlaments, S. 9; *Khoshnood/Raymond/Howarth*, Russia's Systematic Program for the Re-education and Adoption of Ukraine's Children, in: *Humanitarian Research Lab at Yale School of Public Health*, 14.2.2023, S. 4.

<sup>118</sup> Ukraine and International Criminal Court sign an agreement on the establishment of a country office, Pressemitteilung des *IStGH* vom 23.3.2023.

Schäden dokumentiert werden, die seit dem 24.2.2022 auf Grund des Angriffskrieges entstanden und Teil der Verbrechen der Aggression sind.<sup>119</sup>

Schlussendlich ist abzuwarten, welche Richtung auf internationaler Ebene bezüglich eines Sondertribunals für die Ukraine eingeschlagen wird. Dass dies sowohl rechtlich als auch politisch kein einfacher Weg sein wird, wurde dargestellt. Macht wird auch in Zukunft das Recht brechen. Um auf dieses Unrecht reagieren zu können, müssen Grenzen aufgezeigt werden. Diese Grenzen, wie sie in Form des Rom-Statuts zum Ausdruck kommen, müssen reformiert werden, um gefährdeten Staaten ohne Weiteres Schutz bieten zu können.

---

<sup>119</sup> Vgl. *Europarat*, CM/Res(2023)3; *ZDF*, Schadensregister für Ukraine, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/schadensregister-europarat-ukraine-krieg-russland-100.html>.



Simon Heinrich\*

## Die anfechtbare Aufrechnung – zugleich Besprechung von *BGH*, Urt. v. 8.12.2022, IX ZR 175/21

### Abstract

Die im modernen Wirtschaftsleben weitverbreitete Aufrechnung ist für den Gläubiger wegen § 94 InsO auch in der Insolvenz des Schuldners grundsätzlich ein effektives Instrument, um Befriedigung für eine Forderung gegen den Schuldner zu erlangen. Die Zulässigkeit der Aufrechnung in der Insolvenz findet jedoch ihre Grenze in § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO im Fall einer anfechtbar erlangten Aufrechnungsmöglichkeit. Greift § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ein, läuft der Gläubiger Gefahr, seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen zu müssen, auf seine Insolvenzforderung hingegen nur die üblicherweise sehr geringe Insolvenzquote zu erhalten. Für den Gläubiger ist es daher essenziell, das Eingreifen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu vermeiden. Der Beitrag analysiert im Licht der ergangenen Judikatur zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO dessen Voraussetzungen und problematisiert insbesondere, wann eine Aufrechnung als inkongruente Deckung (§ 131 InsO) einzuordnen ist, wobei ein eigener Ansatz zur Abgrenzung vorgestellt wird. Der Beitrag schließt mit einer Besprechung des *BGH*-Urteils vom 8.12.2022 (IX ZR 175/21) zu den Voraussetzungen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO anhand der zuvor gewonnenen Erkenntnisse.

---

\* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am *LG Darmstadt* und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Team Restrukturierung & Insolvenz von *White & Case LLP* in Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2023 von Prof. Dr. *Andreas Pickenbrock* gestellt wurde.

## A. Einleitung

Die Aufrechnung im Insolvenzverfahren bietet besondere Chancen für die Beteiligten, denn eine vor der Insolvenz bestehende Aufrechnungslage bleibt auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für den Insolvenzgläubiger bestehen (§ 94 InsO). Dadurch wird diesem ermöglicht, sich durch Aufrechnung in voller Höhe zu befriedigen.<sup>1</sup> Dies gilt jedoch nur in den Grenzen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>2</sup> Danach ist die Aufrechnung unzulässig, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit anfechtbar erlangt wurde. Die Einhaltung der Grenzen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist für den Gläubiger essenziell, droht ihm ansonsten doch ein Szenario, in dem er seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen müsste, während er auf seine Insolvenzforderung nur eine (geringe<sup>3</sup>) Insolvenzquote bekäme.<sup>4</sup> Die Wahrung von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sicherzustellen, ist angesichts seiner sehr offenen Formulierung jedoch nicht leicht für den Gläubiger. Es ist somit klärungsbedürftig, wann „die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt“ wurde.

## B. Das Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 – IX ZR 175/21

Mit dieser Fragestellung setzt sich das diesem Beitrag zugrundeliegende Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 auseinander. In diesem befasst sich der *BGH* mit einer übertragenden Sanierung.<sup>5</sup> Der Beklagte ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. GmbH, die eine Papierfabrik betrieb. Das Unternehmen verkaufte er für 6,7 Mio. € an die P. GmbH. Im Unternehmenskaufvertrag zwischen den Parteien wurden bereits fertiggestellte Waren von der Veräußerung ausgenommen. Stattdessen wurde vereinbart, dass die P. GmbH die Auslieferung dieser Waren für den Beklagten durchführen und dafür eine „*Handling Fee*“ in Höhe von 170.000 € zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer (insgesamt 202.300 € brutto) erhalten solle.

<sup>1</sup> *Lohmann/Reichelt*, in: MüKo-InsO II, 4. Aufl. 2019, § 94 Rn. 1.

<sup>2</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 InsO haben im Verhältnis zu § 94 InsO nur klarstellende Funktion, vgl. *Piekenbrock*, in: AGR-InsO, 3. Aufl. 2017, § 96 InsO Rn. 1.

<sup>3</sup> Das *Statistische Bundesamt* gibt eine Quote von knapp 5 % an, siehe *Statistisches Bundesamt*, Anzahl und Deckungsquoten der beendeten Regel-, Nachlass- und Gesamtgutinsolvenzverfahren nach Ländern, 19.3.2020, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/anzahlderbeendeten-insolvenzverfahren-deckungsquoten-nach-laendern.html#fussnote-2-130730> (zuletzt abgerufen am 17.9.2023).

<sup>4</sup> Vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 310.

<sup>5</sup> Zum im Folgenden dargestellten Sachverhalt siehe *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 1 ff.).

Im weiteren Verlauf wurde ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. GmbH eröffnet und der Kläger als (Sonder-)Insolvenzverwalter bestellt. Dieser erhob Klage hinsichtlich der unstreitig wirksam entstandenen „*Handling Fee*“. Der Beklagte ist indes der Ansicht, dieser Anspruch sei infolge der Aufrechnung mit einem noch offenen, zur Insolvenztabelle festgestellten (erstrangigen) Teilbetrag seiner Kaufpreisforderung aus dem Unternehmenskauf erloschen.

Dieser Auffassung schloss sich erstinstanzlich das *LG Duisburg* an und wies die Klage ab.<sup>6</sup> Das *OLG Düsseldorf* hielt als Berufungsgericht die Aufrechnung hingegen mit Blick auf § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO für insolvenzrechtlich unwirksam, sodass die Berufung des Klägers erfolgreich war.<sup>7</sup> Die dagegen eingelegte und vom *BGH* zugelassene Revision des Beklagten hatte schließlich ebenfalls Erfolg: Die Möglichkeit der Aufrechnung sei nicht, wie vom Berufungsgericht angenommen, nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO wegen inkongruenter Deckung anfechtbar erlangt und die Aufrechnung daher zumindest nicht aus diesem Grund nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig. Vielmehr sei die Herstellung der Aufrechnungslage kongruent erlangt worden.<sup>8</sup> Die Tatsache, dass die Aufrechnungsbefugnis in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden war, ändere daran nichts.<sup>9</sup> Auch sei der der Aufrechnung zugrundeliegende Unternehmenskaufvertrag hinsichtlich der Aufrechnungsbefugnis nicht selbstständig anfechtbar.<sup>10</sup>

Der *BGH* hob deswegen die Berufungsentscheidung auf (§ 562 Abs. 1 ZPO) und verwies die Sache mangels Entscheidungsreife zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dieses müsse nun (erstmalig) die Unzulässigkeit der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unter dem vom Kläger geltend gemachten Gesichtspunkt einer Anfechtbarkeit nach § 130 Abs. 1 S. 1 InsO prüfen.<sup>11</sup>

Ob diesem Urteil, insbesondere mit Blick auf seine dogmatische Begründung, beigepflichtet werden kann, wird im Folgenden zu klären sein. Hierzu wird zunächst die Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz und insbesondere der Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO herausgearbeitet (**C.**), um anschließend die

---

<sup>6</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 3).

<sup>7</sup> *Ebd.*

<sup>8</sup> *Ebd.*, S. 265, Rn. 4 ff.

<sup>9</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 12.

<sup>10</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 13.

<sup>11</sup> *Ebd.*, S. 267, Rn. 14.

Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu analysieren (**D.**). Mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen wird schließlich das Urteil bewertet (**E.**).

### C. Die Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz

Wie bereits zu Beginn aufgezeigt, ist die Aufrechnung in der Insolvenz für den Insolvenzgläubiger sehr vorteilhaft. § 94 InsO wahrt die Selbstexekutionsbefugnis des Aufrechnenden.<sup>12</sup> Im gesetzlich vorgesehenen Regelfall der vor der Insolvenz bzw. in den Grenzen des § 95 InsO bestehenden Aufrechnungslage ermöglicht damit die Aufrechnung eine vollständige Befriedigung der Insolvenzforderung. Damit ist die Aufrechnungslage funktional wie ein Pfandrecht zu betrachten,<sup>13</sup> sodass die Wertung des § 94 InsO der des § 50 InsO entspricht.<sup>14</sup>

Die aus Sicht der übrigen Insolvenzgläubiger misslichen „Wohltaten“<sup>15</sup> der §§ 94, 95 InsO werden allerdings durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO abgemildert. Dieser verfolgt das Ziel, einen Ausgleich zwischen der Selbstexekutionsbefugnis des Aufrechnenden und dem Grundsatz der *par conditio creditorum* zu schaffen.<sup>16</sup> Bemerkenswert ist, dass § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Aufrechnung bei einer anfechtbar erlangten Aufrechnungslage für unzulässig erklärt. Damit statuiert § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO eine Wirkung der Anfechtungsregeln kraft Gesetzes, ohne dass es einer Anfechtungsklage durch den Insolvenzverwalter bedarf.<sup>17</sup> Während dies im Ergebnis folgerichtig ist, da das Vertrauen des Aufrechnungsberechtigten in die erlangte Aufrechnungslage nicht schutzwürdig ist,<sup>18</sup> überrascht die Wirkung *ipso iure*. Eine anfechtungsrechtliche Notwendigkeit für eine solche Inkorporierung<sup>19</sup> der Anfechtungsregeln in das Recht der Aufrechnung besteht nämlich nicht. Schließlich ließe sich die Begründung der

<sup>12</sup> Adolphsen, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 45 Rn. 1.

<sup>13</sup> BGHZ 129, 335 (341); strenggenommen wie ein Pfandrecht an der eigenen Schuld, siehe Böttcher, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: FS Schima, 1969, S. 95 (100 ff.); Weigel, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, 1904, S. 39 ff.; zu Unterschieden siehe aber Piekenbrock, Das AGB-Pfandrecht am Kundenguthaben in der Klauselkontrolle, WM 2009, 49 (49 ff.).

<sup>14</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 94 InsO Rn. 2.

<sup>15</sup> Liefke, in: BeckOK-InsO, 32. Ed., Stand: 15.7.2023, § 96 Rn. 1.

<sup>16</sup> Simz, in: Uhlenbruck-InsO, 15. Aufl. 2019, § 96 Rn. 1.

<sup>17</sup> BGHZ 159, 388 (393); Simz, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 46.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Formulierung Paulus, Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, 569 (576).

Aufrechnungslage auch als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 ff. InsO adressieren.<sup>20</sup>

Der Grund für die Regelungssystematik ist indes in der Doppelfunktion der Aufrechnung<sup>21</sup> zu suchen.<sup>22</sup> Diese gewährt nicht nur eine nach § 50 InsO vergleichbare Sicherung, sondern sie stellt auch ein Erfüllungsäquivalent dar.<sup>23</sup> Schließlich befähigt die Aufrechnung den Gläubiger dazu, das wechselseitige Erlöschen der Forderungen dem späteren Insolvenzschuldner bzw. Insolvenzverwalter aufzudrängen.<sup>24</sup> Das begründet eine Gefahr der Masseschädigung, da der nachmalige Insolvenzgläubiger durch billiges Aufkaufen von Forderungen gegen den angeschlagenen späteren Insolvenzschuldner mit dem vollen Betrag gegen seine Schuld aufrechnen könnte.<sup>25</sup> Folglich ergibt es Sinn, der starken Stellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers in der Insolvenz zugunsten der Masse gesondert durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu begegnen.<sup>26</sup>

#### D. Analyse der Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sind die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit inzident vollständig durchzuprüfen.<sup>27</sup> Mithin bedarf es also einer Rechtshandlung (I.), Gläubigerbenachteiligung (II.) und eines Anfechtungsgrundes (III.).

---

<sup>20</sup> So noch zur KO z. B. BGHZ 147, 233 (236 f.). Im Rahmen der KO ergab sich die Notwendigkeit der Anfechtung einer Aufrechnungslage, da die Vorgängerregel (§ 55 Nr. 3 KO) des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nur einen Fall regelte, in denen man die Anfechtungsregeln für nicht einschlägig hielt; vgl. BGHZ 159, 388 (393).

<sup>21</sup> Dazu *Schlüter*, in: MüKo-BGB III, 9. Aufl. 2022, § 387 Rn. 1 ff.

<sup>22</sup> *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 378 f.

<sup>23</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 19.02 f.; *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 94 InsO Rn. 2.

<sup>24</sup> *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung, 2005, S. 139 f.; *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*, Praxis der Insolvenzanfechtung, 5. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 43 sprechen gar von „aufzwingen“.

<sup>25</sup> BGHZ 135, 30 (36).

<sup>26</sup> Ob dies durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gelungen ist, erscheint jedoch zweifelhaft, da § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO – entgegen der wohl vom Gesetzgeber beabsichtigten Vereinfachung (*Fischer*, Aufrechnung und Verrechnung in der Insolvenz, WM 2008, 1 (3); *Ries*, § 96 I Nr. 3 InsO – ein trojanisches Pferd?, ZInsO 2004, 1231 ff.) – dem Insolvenzverwalter einen langwierigen Zahlungsprozess im Streitfall nicht erspart (*Zenker*, Zur Frage der Rückwirkung des § 96 I Nr. 3 InsO, NZI 2006, 16 (18 f.)).

<sup>27</sup> BGHZ 169, 158 (166, Rn. 24).

## I. Rechtshandlung

Anfechtbare Rechtshandlung kann nach dem eindeutigen Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO jedes Geschäft sein, das zur Möglichkeit einer Aufrechnung führt, d. h. insbesondere jede Begründung einer Haupt- oder Gegenforderung.<sup>28</sup>

### 1. Anfechtung der Aufrechnungserklärung

Hingegen nicht als solche anfechtbar ist die Aufrechnungserklärung. Ihr kommt anfechtungsrechtlich keine eigenständige Bedeutung zu.<sup>29</sup> Ist nämlich bereits die Aufrechnungsmöglichkeit unanfechtbar erlangt, so muss dies auch für die Aufrechnungserklärung gelten; ist umgekehrt die Aufrechnungsmöglichkeit anfechtbar, bedarf es keiner eigenständigen Anfechtung der Aufrechnungserklärung.<sup>30</sup>

### 2. Anfechtung eines der Aufrechnung zugrundeliegenden gegenseitigen Vertrages

#### a) Notwendigkeit der Anfechtung des gegenseitigen Vertrages

Das RG<sup>31</sup> und später auch der BGH<sup>32</sup> gingen zu Zeiten der Konkursordnung davon aus, dass die Aufrechnungslage aufgrund eines gegenseitigen Vertrags nicht isoliert anfechtbar sei, sondern nur das dazu vorgenommene Rechtsgeschäft. Später änderte der BGH noch zur Konkursordnung diese Rechtsprechung und ließ eine isolierte Anfechtung der Aufrechnungsmöglichkeit zu.<sup>33</sup> Zur praktischen Bedeutsamkeit dieser Entscheidung, folgendes Beispiel<sup>34</sup>:

*G hat gegen S aus einem Darlehen eine Forderung in Höhe von 10.000 € rückzahlbar bis zum 31.12.2022. Am 19.1.2023 verkauft S an G sein Auto zum Kaufpreis von 5.000 €. G rechnet am 20.1.2023 mit seiner Darlehensforderung auf. Am 9.2.2023 wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet und V zum Insolvenzverwalter bestellt.*

*Var. 1: V kann die Aufrechnung isoliert anfechten: Damit steht V ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 5.000 € gegen G zu.*

<sup>28</sup> BGH, ZIP 2016, 30 (32, Rn. 16); Lohmann/Reichelt, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 96 Rn. 43.

<sup>29</sup> Kayser/Freudenberg, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 129 Rn. 148.

<sup>30</sup> Ebd.; Windel, in: Jaeger-InsO II, 1. Aufl. 2007, § 96 Rn. 53.

<sup>31</sup> RGZ 26, 81 (84).

<sup>32</sup> BGH, KTS 1972, 42 (43); NJW 1999, 359 (359).

<sup>33</sup> BGHZ 147, 233 (236 f.).

<sup>34</sup> Angelehnt an BGH, NJW 1999, 359 (359).

*Var. 2: V kann nur das der Aufrechnung zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechten: Dann steht V kein Anspruch auf Erfüllung der 5.000 € gegen G zu, sondern nur ein Rückgewähr-/Wertersatzanspruch hinsichtlich des Autos.*

Aufgrund des klaren Wortlautes des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO spielen die damals von Lehre und Rechtsprechung gegen eine solche isolierte Anfechtbarkeit der Aufrechnung vorgebrachten Argumente<sup>35</sup> heute keine Rolle mehr.<sup>36</sup> Insofern folgerichtig hat der BGH für § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO klargestellt, dass die Aufrechnung isoliert angefochten werden kann, ohne dass es zugleich der Anfechtung des die Aufrechnungslage begründenden gegenseitigen Vertrages bedarf.<sup>37</sup>

*b) Möglichkeit der Anfechtung des gegenseitigen Vertrages*

Mittlerweile formulieren sowohl der BGH textbausteinartig als auch im Anschluss daran Teile der Lehre jedoch mindestens ungenau<sup>38</sup>, indem davon gesprochen wird, dass der Verwalter „die Wirkungen der Anfechtung auf die Herstellung der Aufrechnungslage beschränken“ könne.<sup>39</sup> Damit wird zum einen eine Handlungsoption des Verwalters postuliert, die es so gar nicht (mehr) gibt, da die Aufrechnung in diesen Fällen ohnehin nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO *ipso iure* unwirksam ist.<sup>40</sup> Zum anderen legt diese Formulierung („kann die Wirkung [...] beschränken“) nahe, der Verwalter könne alternativ auch den ganzen Vertrag aufgrund der dadurch geschaffenen Möglichkeit der Aufrechnung anfechten.

Letzteres mag zwar nur selten eine sinnvolle Option für den Insolvenzverwalter sein,<sup>41</sup> sodass eine klarstellende Formulierung möglicherweise als überflüssig angesehen wird. Sofern aber tatsächlich allein aufgrund der Aufrechnung eine Anfechtung des ganzen Vertrages für möglich gehalten wird,<sup>42</sup> ist dem zu widersprechen. Schließlich fehlt es in diesen Fällen schon an der nötigen

<sup>35</sup> So zog der BGH eine Parallele zur Leistung an Erfüllungs statt (KTS 1972, 42 (44)) oder führte Beweisschwierigkeiten an (NJW 1999, 359 (359 f.)).

<sup>36</sup> Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 54.

<sup>37</sup> BGH, ZIP 2003, 2370 (2371); ZIP 2004, 1912 (1913).

<sup>38</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 21.

<sup>39</sup> BGH, ZIP 2010, 90 (91, Rn. 11); J. Schmidt, in: HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 96 Rn. 42.

<sup>40</sup> Siehe dazu oben C.; Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 21.

<sup>41</sup> Vgl. das Beispiel oben unter D. I. 2. a).

<sup>42</sup> So lässt sich etwa BFH, ZIP 2020, 1822 (1825, Rn. 37 ff.) deuten, der betont, dass auch die Herstellung einer Aufrechnungslage durch Rechtshandlung ihrerseits eine selbstständig anfechtbare Rechtshandlung darstelle (Rn. 37) und wiederum die Herstellung einer Aufrechnungslage durch Rechtshandlungen grundsätzlich gläubigerbenachteiligend wirke (Rn. 40).

Gläubigerbenachteiligung, da die Aufrechenbarkeit kraft Gesetzes nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig ist.<sup>43</sup> Auch würde ein solches Verständnis dazu führen, dass die bloße Möglichkeit zur Aufrechnung nicht länger nur ein (ggf. nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unwirksames) Erfüllungsäquivalent und Sicherungsmittel wäre, sondern vielmehr ein Risiko im Hinblick auf die spätere Anfechtbarkeit des gesamten Vertrages. Dieser Gefahr lässt sich auch durch eine entsprechende Vertragsgestaltung nur unzureichend begegnen.<sup>44</sup> Als Folge wäre die zuvor dargestellte starke Position des Aufrechnungsberechtigten<sup>45</sup> in ihr Gegenteil verkehrt, was mit Blick auf die im modernen Wirtschaftsleben aufgrund ihrer ökonomischen Vorteile<sup>46</sup> weit verbreitete Aufrechnung<sup>47</sup> kein tragbares Ergebnis sein kann.

Eine Anfechtung des der Aufrechnung zugrundeliegenden gegenseitigen Vertrages ist deswegen nur dann möglich, wenn die nachteilige Wirkung des Vertrages über die Möglichkeit zur Aufrechnung hinausgeht.<sup>48</sup>

## II. Gläubigerbenachteiligung

Die nach § 129 Abs. 1 InsO nötige Gläubigerbenachteiligung ist in der Möglichkeit zur Aufrechnung zu sehen, da dadurch ein die Masse mehrerer Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger entzogen wird.<sup>49</sup>

## III. Anfechtungsgrund

Im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO kommen alle Anfechtungstatbestände in Betracht.<sup>50</sup> Ein besonderes Augenmerk liegt dabei allerdings auf der Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO, da diese ihrem Tatbestand nach

---

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, ZIP 2005, 2121 (2123 f.); Henkel, Die Verjährung der Hauptforderung des Insolvenzschuldners bei Unzulässigkeit der Aufrechnung nach § 96 I Nr. 3 InsO, NZI 2007, 84 (90); Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 53.

<sup>44</sup> Vgl. die Versuche von Hörmann, Der Abschluss von Verträgen im Vorfeld der Insolvenz als anfechtungsrechtliches Risiko, MDR 2006, 1 (4).

<sup>45</sup> Siehe dazu oben C.

<sup>46</sup> Dazu Koutsoukou, Die Aufrechnung im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht, 2018, 45 f.

<sup>47</sup> So etwa der Befund von Fuchs/Leithaus, Die Aufrechnung in der Insolvenz, 4.2.2019, abrufbar unter: <https://www.cms.hs-blog.de/insolvenzrecht/die-aufrechnung-in-der-insolvenz> (zuletzt abgerufen: 17.9.2023).

<sup>48</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 Rn. 22; Sinz, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 58; Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 54.

<sup>49</sup> BGH, ZIP 2013, 1180 (1180, Rn. 6); zu Sonderkonstellationen siehe Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 12, 16.

<sup>50</sup> BGHZ 179, 137 (142 f., Rn. 12).



nicht auf Rechtshandlungen des Schuldners beschränkt ist.<sup>51</sup> Umstritten ist allerdings, wie dabei die Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit als kongruente Deckung (§ 130 InsO) von der Erlangung als inkongruente Deckung (§ 131 InsO) abzugrenzen ist.

### 1. Aufrechnung als ausschließlich kongruente Deckung

Teilweise wird angenommen, die Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit sei stets eine kongruente Deckung bzw. nur in Ausnahmefällen inkongruent. Dies wird mit der Entstehungsgeschichte von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sowie dem Wesen der Aufrechnung als Erfüllungsäquivalent begründet.<sup>52</sup>

#### a) Argument der Entstehungsgeschichte

Das historische Argument basiert auf einem Vergleich des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit dessen Vorgängernorm § 55 Nr. 3 KO, welcher der kongruenten Deckung in § 30 Nr. 1 Var. 2 KO nachempfunden war. An dieser Wertung habe der Gesetzgeber – wie sich aus den Gesetzesmaterialien<sup>53</sup> ergebe – auch hinsichtlich § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO festhalten wollen. Ferner entspreche es der Rechtsprechung des *BGH* zur Konkursordnung, die erlangte Aufrechnungsmöglichkeit stets als kongruent einzuordnen.<sup>54</sup>

Einer solchen Argumentation begegnen jedoch bereits im Ansatzpunkt Bedenken. So ist § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gerade nicht einfach nur die unveränderte Nachfolgevorschrift des § 55 Nr. 3 KO. Letzterer war in seinem Anwendungsbereich nämlich deutlich beschränkt,<sup>55</sup> wohingegen mit der Neuschaffung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO das Ziel verfolgt wurde, anfechtbar erlangte Aufrechnungsmöglichkeiten nun umfassend zu regeln.<sup>56</sup> Da deswegen auch andere Anfechtungsgründe in Betracht kommen können, ist der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO allgemein gefasst und verweist bewusst auf das gesamte Anfechtungsrecht<sup>57</sup> und damit auch auf § 131 InsO.

<sup>51</sup> *BGH*, NZI 2010, 903 (903, Rn. 9); *Jeremias* (Fn. 24), S. 147.

<sup>52</sup> *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, S. 475 Rn. 56 ff.; *Landfermann*, *Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1. Aufl. 1997, 127 (150, Rn. 74).

<sup>53</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>54</sup> *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 52), S. 475 Rn. 56 ff.; *Landfermann*, *Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 52), S. 150, Rn. 74.

<sup>55</sup> Vgl. Fn. 20; *Henkel* (Fn. 43), S. 85.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>57</sup> *Ebd.*

Aus der Rechtsprechung des *BGH* zur Konkursordnung lässt sich ebenfalls kein Argument für die alleinige Anwendung von § 130 InsO ableiten. So wird dagegen ins Feld geführt, dass es in den besagten Aufrechnungsfällen des *BGH* fast nie auf die Unterscheidung von kongruenter und inkongruenter Deckung ankam.<sup>58</sup> Selbst wenn aber der *BGH* sich früher auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Erlangung einer Aufrechnungsmöglichkeit als ausschließlich kongruente Deckung zu behandeln sei, ergibt sich daraus kein Argument dafür, dies auch für die InsO in gleicher Weise zu handhaben.<sup>59</sup> Mit Blick darauf, dass der *BGH* heute eindeutig nicht mehr nur auf § 130 InsO abstellt,<sup>60</sup> entfaltet das Argument im Übrigen auch keine prognostische Schlagkraft mehr.

*b) Argument der Vergleichbarkeit mit der Erfüllung*

Als weiteres Argument für eine ausschließliche Anwendung von § 130 InsO im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO wird der Charakter der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat angeführt.<sup>61</sup>

Dieses Argument lässt sich nicht bereits mit Verweis darauf entkräften, dass Gegenstand der Anfechtung nur die Aufrechnungslage selbst sei, die aber anders als die Aufrechnungserklärung nur erfüllungsvorbereitende Wirkung habe.<sup>62</sup> Schließlich wendet der *BGH* in ständiger Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien<sup>63</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO auch auf vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erklärte Aufrechnungen rückwirkend an.<sup>64</sup> Ferner wirkt die nach § 94 InsO grundsätzlich insolvenzfeste Aufrechnung gemäß § 389 BGB auf den Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage zurück.<sup>65</sup> Daher ist im Kontext der §§ 94 ff. InsO<sup>66</sup> die Entstehung der Aufrechnungslage mit der Erfüllung der Insolvenzforderung wertungsmäßig gleichzusetzen.<sup>67</sup>

<sup>58</sup> v. *Olshausen*, in: BK-InsO, 79. EL, November 2022, § 96 Rn. 11.

<sup>59</sup> *Bork*, Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, in: FS Ishikawa, 2001, S. 31 (41).

<sup>60</sup> Siehe nur den Ausgangsfall von *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 7 ff.).

<sup>61</sup> *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (Fn. 52), S. 475 Rn. 56.

<sup>62</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 41.

<sup>63</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>64</sup> BGHZ 179, 137 (143, Rn. 13); 169, 158 (161, Rn. 10 ff.); dies kritisierend: *Zenker* (Fn. 26), S. 16 ff.; *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 27 f. m. w. N.

<sup>65</sup> *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>66</sup> Grundsätzlich gilt indes, dass die bloße Gestaltbarkeit die Rechtslage nicht ändert.

<sup>67</sup> *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (Fn. 52), S. 475 Rn. 17 ff., 56; *Jeremias* (Fn. 24), S. 140; *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60; wohl auch *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; vgl. **C.**

Dies allein kann aber umgekehrt auch keine kongruente Deckung begründen, als die Kongruenz einer Handlung nicht positiv festzustellen ist. Stattdessen muss dargelegt werden, dass § 131 InsO nicht anwendbar ist und damit § 130 InsO als Auffangtatbestand greift.<sup>68</sup> Da im Übrigen auch die Art und Weise der Erfüllung inkongruent sein kann,<sup>69</sup> kommt es darauf an, ob die Aufrechnungslage eine Deckung gewährt, die in dieser Art immer zu beanspruchen ist (vgl. § 131 Abs. 1 InsO). Ist dem nicht so, würde § 131 InsO (im Einzelfall) greifen und eine Pauschalverweisung auf § 130 InsO wäre nicht haltbar.

aa) Einordnung anderer Erfüllungssurrogate

Ausgangspunkt der Überlegungen, ob die Aufrechnung stets zu beanspruchen ist, kann ein Vergleich mit anderen Erfüllungssurrogaten sein. So ist bei der Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB) anerkannt, dass – sofern die geschuldete Leistung hinterlegt wurde – eine so erlangte Deckung stets kongruent ist.<sup>70</sup> Umgekehrt ist für die Leistung an Erfüllungs statt oder erfüllungshalber regelmäßig von einer Inkongruenz auszugehen.<sup>71</sup>

Diese unterschiedliche Einordnung mag zunächst überraschen, kann doch der Gläubiger weder eine Leistung an Erfüllungs statt bzw. erfüllungshalber noch eine Hinterlegung beanspruchen. Die erleichterte Anfechtung nach § 131 InsO beruht allerdings auf zwei Grundannahmen: Zum einen geht man davon aus, dass der Insolvenzgläubiger weniger schutzwürdig ist, wenn er eine nicht zu beanspruchende Deckung erhalten hat. Zum anderen führt gerade dieser fehlende Anspruch dazu, dass die Deckungshandlung verdächtig wirkt, weil es nahelegt, der Gläubiger nutze die wirtschaftliche Krise des Schuldners bewusst aus, sodass eine Anfechtung dieser Deckungshandlung unter dem Gesichtspunkt einer Gläubigergleichbehandlung gerechtfertigt erscheint.<sup>72</sup>

Der entscheidende Unterschied zwischen den genannten Erfüllungssurrogaten ist somit darin zu sehen, dass der Schuldner von Gesetzes wegen mit der Hinterlegung eine Erfüllungswirkung herbeiführen kann, mithin also ohne

---

<sup>68</sup> *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 130 Rn. 6; *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 130 Rn. 10; vgl. BGHZ 192, 221 (224, Rn. 11).

<sup>69</sup> Vgl. BGHZ 159, 388 (394); *Sinz*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 47.

<sup>70</sup> *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO, 20. Aufl. 2023, § 131 Rn. 14; *Henckel*, in: Jaeger-InsO IV, 1. Aufl. 2008, § 131 Rn. 9; *Kayser/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 131 Rn. 32.

<sup>71</sup> BGH, ZIP 2014, 231 (233, Rn. 16 ff.); BGHZ 159, 388 (394); *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 131 Rn. 6.

<sup>72</sup> Vgl. *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 5; *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO, 96. Lieferung 2023, § 131 Rn. 110.

Veränderung des Schuldverhältnisses die geschuldete Leistung unter den Voraussetzungen des § 372 BGB für ihn stets durch Hinterlegung erfüllbar ist.<sup>73</sup> Folglich ist die Hinterlegung trotz eines fehlenden Anspruchs unverdächtig. Eine Leistung an Erfüllung statt bzw. erfüllungshalber muss der Gläubiger dagegen nicht als Erfüllung annehmen,<sup>74</sup> sodass eine Erfüllung mittels dieser Erfüllungsurrogate nicht ohne verdächtige Veränderung des Schuldverhältnisses möglich ist.<sup>75</sup>

bb) Folgerungen für die Aufrechnung

Die Aufrechnung wird man für die Wertung nach §§ 130, 131 InsO zwischen den dargestellten Erfüllungsurrogaten einordnen müssen. Wie bei der Hinterlegung gestattet sie dem Schuldner, ohne Veränderung des Schuldverhältnisses zu erfüllen.<sup>76</sup> Andererseits setzt aber die Aufrechnung – wie eine Leistung an Erfüllung statt bzw. erfüllungshalber – regelmäßig zuvor eine ggf. verdächtige Mitwirkung des anderen Teils dergestalt voraus, dass gegen bzw. für ihn ein Anspruch begründet werden muss.<sup>77</sup> Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der Gegenanspruch und damit die Aufrechnungslage aus Sicht des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses zu beanspruchen war oder ob die Aufrechnung eine verdächtige Abweichung vom „Masterplan“<sup>78</sup> des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses darstellt. Im letzteren Fall gebietet der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine nach § 131 InsO vereinfachte Anfechtung, da insofern auch kein (schutzwürdiges) Vertrauen des späteren Insolvenzgläubigers in das Entstehen einer Aufrechnungslage bestand. Für eine solche Betrachtung lässt sich auch der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO fruchtbar machen, der auf die anfechtbar *erlangte* Aufrechnungsmöglichkeit abstellt. Nicht zu beanspruchen ist danach etwa die Begleichung einer Steuerforderung durch Aufrechnung gegen eine später entstandene, von der

---

<sup>73</sup> *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 14; *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 44.

<sup>74</sup> Vgl. § 364 Abs. 1 BGB. Bei der Leistung erfüllungshalber tritt strenggenommen – auch bei Annahme – überhaupt keine Erfüllung ein, stattdessen stellt diese zunächst erstmal nur einen das ursprüngliche Rechtsverhältnis sichernden Zusatz dar (BGH, BeckRS 1968, 31179120).

<sup>75</sup> Vgl. BGH, ZIP 2014, 231 (233 Rn. 16 ff.); BGHZ 159, 388 (394).

<sup>76</sup> Vgl. *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>77</sup> Vgl. *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 138; *v. Olshausen*, in: BK-InsO (Fn. 58), § 96 Rn. 11.

<sup>78</sup> Vgl. *Ries/Rook*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster-InsO, 2. Aufl. 2012, § 96 Rn. 28.

Steuerforderung *völlig unabhängige* Werklohnforderung des nachmaligen Insolvenzschuldners.<sup>79</sup>

Folglich kann ein Anspruch auf Zahlung nicht in jedem Fall ohne Abweichung vom ursprünglichen Rechtsverhältnis durch Aufrechnung erfüllt werden.<sup>80</sup> Damit ist auch das Argument der Vergleichbarkeit mit der Erfüllung zugunsten einer ausschließlichen Anwendung von § 130 InsO bei § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hinfällig.<sup>81</sup>

## 2. Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung

Richtigerweise ist aus diesem Grund im Einzelfall zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung abzugrenzen.<sup>82</sup> Umstritten und im Detail weiterhin ungeklärt ist allerdings die Frage, nach welchen Kriterien dies zu erfolgen hat. Die Abgrenzung ist von enormer Bedeutung, da § 131 InsO anders als § 130 InsO für die Anfechtbarkeit die Kenntnis der Krise durch den Insolvenzgläubiger nicht voraussetzt.<sup>83</sup>

Ausgangspunkt ist wie beschrieben die Frage, ob die Aufrechnungslage im Sinne des § 131 InsO zu beanspruchen war.<sup>84</sup> Dabei geht es indes nicht darum, inwiefern ein Anspruch auf Schaffung der gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB besteht.<sup>85</sup> Es ist vielmehr zu überprüfen, ob die Erfüllung bzw. Sicherung durch Aufrechnung im konkreten Fall eine verdächtige Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses darstellt.<sup>86</sup>

### a) Beurteilung anhand zeitlicher Abfolge

In der Literatur wird die Abgrenzung verbreitet anhand der zeitlichen Abfolge von Gläubiger- und Schuldnerstellung vorgenommen. So soll stets ein Fall des § 131 InsO vorliegen, wenn die Forderung des späteren Insolvenzgläubigers vor der Forderung des späteren Insolvenzschuldners bestand, da ersterer die

<sup>79</sup> Vgl. *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2.

<sup>80</sup> So auch, wenngleich ohne Begründung *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989; *Ganter*, Insolvenzzrechtliche Probleme durch COVID-19 vor und nach dem Änderungsgesetz, NZI 2020, 1017 (1025); *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 131 Rn. 17.1.

<sup>81</sup> BGHZ 159, 388 (394).

<sup>82</sup> Vgl. *Lüke*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 96 Rn. 60 ff. m. w. N.

<sup>83</sup> *Hofmann*, in: Graf-Schlicker-InsO, 6. Aufl. 2022, § 96 Rn. 16.

<sup>84</sup> Vgl. **D. III. 1.** ff.

<sup>85</sup> Dies kritisierend *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>86</sup> Vgl. **D. III. 1.** b) bb); *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 13 ff.

Herstellung der Aufrechnungslage dann nicht zu beanspruchen habe. Umgekehrt liege hingegen eine nach § 130 InsO kongruente Deckung vor, wenn der spätere Insolvenzgläubiger zunächst Schuldner des nachmaligen Insolvenzschuldners war.<sup>87</sup>

*b) Beurteilung anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses*

Der *BGH* grenzt §§ 130, 131 InsO in ständiger Rechtsprechung – jedenfalls der Formel nach – deutlich einzelfallbezogener voneinander ab. So überprüft der *BGH* die Frage, ob der Aufrechnende einen Anspruch im Sinne des § 131 InsO auf die Vereinbarung hatte, welche zur Entstehung der Aufrechnungslage geführt hat, individuell anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses.<sup>88</sup>

*c) Übereinstimmung der Ansichten zur Bestimmung der Inkongruenz*

Angesichts der Tatsache, dass der *BGH* in seiner Differenzierung deutlich abstrakter bleibt,<sup>89</sup> erscheint zunächst klärungsbedürftig, ob die Ansichten deckungsgleich sind. Das ist im Ausgangspunkt allerdings nicht naheliegend, da der *BGH* sich in keiner seiner Entscheidungen die zeitliche Abgrenzungsformel zu eigen gemacht hat,<sup>90</sup> obwohl diese in der Lehre wie dargestellt<sup>91</sup> seit langem sehr prominent ist und nicht zuletzt auch vom Vorsitzenden Richter des für Insolvenzsachen zuständigen neunten Senats *Schoppmeyer* selbst vertreten wird.<sup>92</sup>

Denkbar ist allerdings, dass der *BGH* zumindest im Ergebnis die Abgrenzung wie die Lehrmeinung vornimmt. Mithin müsste der *BGH* in seinen zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ergangenen Entscheidungen stets § 131 InsO angenommen haben,

---

<sup>87</sup> *Huber*, Die insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, *ZInsO* 2009, 566 (567); *Henckel*, in: *Jaeger-InsO IV* (Fn. 70), § 131 Rn. 18; *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 137 ff.; *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; differenzierter, aber ebenfalls an zeitlicher Abfolge orientiert *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Piekenbrock*, in: *AGR-InsO* (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 14 f.

<sup>88</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 7) m. w. N.; so auch *BFH*, Urt. v. 2.11.2010, BeckRS 2011, 94145, Rn. 41.

<sup>89</sup> *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 136.

<sup>90</sup> Paradigmatisch insofern das Ausgangsurteil *BGH*, ZIP 2023, 265 (265 ff.) als neueste (Stand 15.12.2023) Entscheidung des *BGH* zur Abgrenzung im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO: Dort zeichnet der *BGH* nämlich erneut die dargestellte ständige Rechtsprechung nach (Rn. 7 f.) und verweist in Rn. 9 ganz bewusst nur im Ergebnis auf die Kommentierung von *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 137b) und nicht auf dessen Herleitung *ebd.*, § 131 Rn. 137 f.

<sup>91</sup> Siehe Fn. 87.

<sup>92</sup> *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 137 ff., der im Übrigen wohl auch selbst davon ausgeht, dass die von ihm vertretene zeitliche Abgrenzung nicht der des *BGH* entspricht, da er von einer Ergänzung spricht (*ebd.*, Rn. 137).

wenn der Insolvenzgläubiger erst später zum Schuldner des Insolvenzschuldners wurde und umgekehrt § 130 InsO bejaht haben, wenn der spätere Insolvenzgläubiger zunächst Schuldner des Insolvenzschuldners war.

Der Beweis einer von der Lehrmeinung abweichenden Entscheidung des *BGH* in Fällen, in denen der Insolvenzgläubiger erst später auch zum Schuldner wird, ist indes schwierig zu führen. Schließlich ist eine Kongruenz nicht positiv zu begründen.<sup>93</sup> Es bedarf daher keiner Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO, wenn bereits die strengeren Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO vorliegen. Insofern folgerichtig nimmt der *BGH* in mehreren Fällen einer zuerst begründeten Gläubigerstellung zwar § 130 InsO an, jedoch ohne Abgrenzung zu § 131 InsO.<sup>94</sup>

Der umgekehrte Fall ist dagegen leichter nachweisbar. So hat der *BGH* gleich mehrfach die Anwendung von § 131 InsO für möglich gehalten, obwohl nach der Lehrmeinung aufgrund der zuerst begründeten Schuldnerstellung ausschließlich § 130 InsO in Betracht hätte gezogen werden dürfen.<sup>95</sup> In mehreren oberlandesgerichtlichen Entscheidungen wurde in solchen Fällen unter Bezugnahme auf die dargestellte *BGH*-Rechtsprechung § 131 InsO sogar explizit angenommen.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b).**

<sup>94</sup> *BGH*, ZIP 2020, 2079 (2082, Rn. 31): Hier verlangte der Insolvenzverwalter Rückzahlung eines Bankguthabens von der beklagten Bank. Diese hatte das Guthaben mit einer zuvor begründeten Darlehnsforderung verrechnet.; *BGH*, ZIP 2013, 588 (590, Rn. 16 f.): Der Insolvenzverwalter verlangte Zahlung aus einer Werklohnforderung aus dem Jahr 2009. Dagegen rechnete der Beklagte mit eigener Forderung aus dem Jahr 2008 auf.

<sup>95</sup> *BGH*, ZIP 2010, 90 (92, Rn. 24): Der Insolvenzverwalter machte gegen das Finanzamt einen Steuererstattungsanspruchs des Insolvenzschuldners geltend. Dagegen rechnete das Finanzamt mit erst danach entstandenen Umsatzsteuerforderungen auf; *BGH*, ZIP 2005, 181 (181): Der Insolvenzverwalter begehrte die Erstattung eines Guthabens aus Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2000. Die Beklagte rechnete jedoch mit nicht gezahlten Mietforderungen aus dem Jahr 2001 auf. Der *BGH* hielt diesbezüglich sowohl § 130 als auch § 131 InsO für einschlägig, lehnte im Ergebnis aber beides ab, da der maßgebliche Zeitraum verstrichen sei.

<sup>96</sup> *OLG Brandenburg*, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff., 125: Der Insolvenzverwalter verlangte mit der Insolvenzschuldnerin Zahlung einer im Jahr 2012 entstandenen Abfindung und Auszahlung von Gewinnansprüchen infolge der Einziehung der Geschäftsanteile des Insolvenzschuldners. Dagegen rechnete die Beklagte mit einer Forderung gegen den Insolvenzschuldner auf, die ihr kurz vor Antragsstellung Ende 2014 abgetreten wurde; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 15.9.2017, BeckRS 2017, 144892: Das *OLG* ließ es offen, welche Forderung zuerst entstanden ist, da in beiden Fällen § 131 Abs. 1 InsO einschlägig sei.

Somit stimmt die Ansicht des *BGH* nicht nur im Ausgangspunkt bei der Bestimmung der Inkongruenz nicht mit der Lehrmeinung überein, sondern kommt auch zu anderen Ergebnissen.<sup>97</sup>

*d) Stellungnahme*

Fraglich ist deswegen, welche der Ansichten vorzugswürdig ist bzw. ob nicht sogar ein (nuanciert) anderer Weg bei der Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO beschritten werden sollte.

aa) Zuerst begründete Gläubigerstellung als inkongruente Deckung

Wenig überzeugend ist die Behauptung, eine zuerst begründete Gläubigerstellung sei mangels Anspruchs auf eine Aufrechnungslage stets inkongruent.<sup>98</sup> Sofern überhaupt begründet, wird hierfür streitend die „starke“ Position des Insolvenzgläubigers angeführt, der in diesen Fällen Rücksicht auf die Interessen anderer Gläubiger nehmen müsse.<sup>99</sup>

Diese Begründung dürfte den Fall vor Augen haben, dass der Insolvenzgläubiger sich durch Abschluss eines (weiteren) gegenseitigen Vertrags mit dem Insolvenzschuldner zu dessen Schuldner macht, um eine Aufrechnungslage zu erlangen.<sup>100</sup> Entscheidend für die Einordnung als inkongruent ist jedoch, ob von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in verdächtiger Weise abgewichen wurde.<sup>101</sup> Für den konkreten Fall lässt sich dies mit der Frage fassbar machen, inwiefern die Leistung des nachmaligen Insolvenzschuldners auf den später geschlossenen Vertrag wirtschaftlich einer Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) auf die Insolvenzforderung des Gläubigers gleichsteht.<sup>102</sup>

Diese Frage lässt sich jedoch gerade nicht pauschal bejahen. Vielmehr sind auch Fälle denkbar, in denen eine Aufrechnungslage durch einen später abgeschlossenen Vertrag des Gläubigers mit dem nachmaligen Insolvenzschuldner kongruent erlangt wird. Etwa dann, wenn die spätere Verrechnung bereits in dem die Gläubigerstellung begründenden

---

<sup>97</sup> So im Ergebnis auch *Brandes/Lohmann*, in: MüKo-InsO II, 3. Aufl. 2013, § 96 Rn. 31, auf den allerdings die neueste Auflage verweist (*Lohmann/Reibel*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 96 Rn. 48); *Hofmann*, in: Graf-Schlicker-InsO (Fn. 83), § 96 Rn. 16; *Bernsau/Wimmer-Amend*, in: FK-InsO, 9. Aufl. 2018, § 96 Rn. 18.

<sup>98</sup> *Huber* (Fn. 87), S. 567; *Thole*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 19 f.

<sup>99</sup> *Thole*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 20.

<sup>100</sup> So etwa der Sachverhalt bei *BGH*, ZIP 2010, 2460 (2460).

<sup>101</sup> Vgl. **D. III. 1. b) bb)**.

<sup>102</sup> Vgl. *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 15.



Ausgangsrechtsverhältnis vereinbart wurde.<sup>103</sup> Dann stellt die spätere Aufrechnung gerade keine (verdächtige) Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses dar. Eine hingegen erst mit Abschluss des – die Schuldnerstellung des nachmaligen Insolvenzgläubigers begründenden – späteren Vertrags geschlossene Verrechnungsvereinbarung wäre inkongruent,<sup>104</sup> da dann von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in verdächtiger Weise abgewichen würde.

Folglich ist in Fällen einer zuerst begründeten Gläubigerstellung zwar im Ergebnis häufig von einer inkongruenten Deckung auszugehen,<sup>105</sup> sie allein genügt jedoch nicht für die Annahme einer i. S. d. § 131 InsO nicht zu beanspruchenden Deckung. Vielmehr ist in diesen Fällen die konkrete Zuordnung zu § 130 oder § 131 InsO mit dem *BGH* weiterhin anhand des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses im konkreten Einzelfall zu erforschen.<sup>106</sup>

#### bb) Zuerst begründete Schuldnerstellung als kongruente Deckung

Fraglich ist, ob ein solches Vorgehen auch für den umgekehrten Fall einer Aufrechnungslage nach zuerst begründeter Schuldnerstellung vorzugswürdig ist oder ob hier nicht vielmehr mit der Lehrmeinung stets von einer kongruenten Deckung ausgegangen werden kann. Präziser wäre es indes, da die Kongruenz nicht festzustellen ist,<sup>107</sup> danach zu fragen, ob die zuerst begründete Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers die Annahme einer inkongruenten Deckung ausschließt.

#### (1) Heranziehung der Wertung aus § 55 Nr. 3 KO

Dafür streitend wird die Wertung des § 55 Nr. 3 KO angeführt, welcher der kongruenten Deckung nachgebildet war<sup>108</sup> und tatbestandlich genau den Fall der zuerst begründeten Schuldnerstellung des Insolvenzgläubigers behandelte.<sup>109</sup>

Gegen diese Argumentation lässt sich nicht bereits der pauschale Hinweis fruchtbar machen, dass § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO bewusst auf eine zeitliche

<sup>103</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.3.2012, BeckRS 2013, 3842.

<sup>104</sup> Vgl. *BGHZ* 147, 233 (240).

<sup>105</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Jacoby*, in: *Bork*, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 2006, Kap. 16 Rn. 31.

<sup>106</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Jacoby* (Fn. 105), Kap. 16 Rn. 31; *Piekenbrock*, in: *AGR-InsO* (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 15.

<sup>107</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b).**

<sup>108</sup> *Henkel* (Fn. 43), S. 85.

<sup>109</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 43.

Differenzierung verzichtet habe.<sup>110</sup> Das ist zwar richtig,<sup>111</sup> kann indes aber nur Ausgangspunkt der Überlegungen sein, weil Gegenstand des Arguments nicht die tatbestandliche Differenzierung durch § 55 Nr. 3 KO ist, sondern dessen Wertung. Entscheidend ist deswegen die Frage, ob sich den Gesetzgebungsmaterialien zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Wertung entnehmen lässt, dass der von § 55 Nr. 3 KO geregelte Fall auch nach der InsO kein Fall der inkongruenten Deckung sein soll. In den Gesetzgebungsmaterialien heißt es dazu, dass die Regelung des § 55 Nr. 3 KO als unvollständig angesehen wird und „andere Fälle, in denen die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt worden ist, ebenso behandelt werden müssen“.<sup>112</sup>

Mit „ebenso“ wird aber nicht auf die Einordnung der Aufrechnungslage als kongruente Deckung, sondern auf die Rechtsfolge von § 55 Nr. 3 KO Bezug genommen. Das ergibt sich daraus, dass als Folge der durch den Gesetzgeber erkannten Unvollständigkeit des § 55 Nr. 3 KO der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nun weit formuliert wurde.<sup>113</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO verweist bewusst auf das gesamte Anfechtungsrecht und knüpft damit nicht länger tatbestandlich an die kongruente Deckungsanfechtung an. Hieraus könnte man sogar im Gegenteil darauf schließen, dass es nach altem Recht Fälle einer zuerst begründeten Schuldnerstellung gab, die, obwohl die Aufrechnungslage anfechtbar herbeigeführt wurde, nicht von § 55 Nr. 3 KO erfasst wurden, da sie dessen strenge Voraussetzungen nicht erfüllten. Mithin stellte die Aufrechnungslage also eigentlich eine inkongruente Deckung dar, die aber nach § 55 Nr. 3 KO an den Voraussetzungen der kongruenten Deckung zu messen war.

Dieser Schluss ist allerdings nach den Gesetzesmaterialien nicht zwingend. Es lässt sich nicht eindeutig feststellen, dass der Gesetzgeber Fälle des § 55 Nr. 3 KO nach der InsO (teilweise) anders regeln wollte. Er gestaltete aber jedenfalls § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO derart offen, dass eine solche Deutung zumindest möglich ist. Daraus ergibt sich im Ergebnis ein indifferentes Bild. Die Wertung des § 55 Nr. 3 KO kann in Fällen der zuerst begründeten Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers weder für noch gegen eine stets nicht inkongruente Deckung angeführt werden.

---

<sup>110</sup> So aber *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 59 f.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>112</sup> *Ebd.*

<sup>113</sup> *Ebd.*

## (2) Vergleichbarkeit mit einem gesetzlichen Pfandrecht

Gegen eine inkongruente Deckung bei zuerst begründeter Schuldnerstellung wird ferner argumentiert, dass der Aufrechnungsberechtigte seine Gegenforderung zeitgleich mit der Aufrechnungsmöglichkeit erlange, sodass sich die Frage, ob der Aufrechnende dies zu beanspruchen hat, gar nicht stelle.<sup>114</sup> Die später erworbene Forderung sei vielmehr von Anfang an durch die Aufrechnungsmöglichkeit gesichert,<sup>115</sup> weswegen die Entstehung der Aufrechnungslage mit einem gesetzlichen Pfandrecht vergleichbar sei.<sup>116</sup>

Die Sicherung mittels gesetzlichen Pfandrechts stellt keine inkongruente Deckung dar. Zwar besteht auf sie kein Anspruch, ihre Bestellung ist aufgrund des gesetzlichen Automatismus jedoch nicht verdächtig.<sup>117</sup> Fraglich ist, ob diese behauptete Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit einem gesetzlichen Pfandrecht in Fällen der zuerst begründeten Schuldnerstellung tatsächlich zutrifft, also ein vergleichbarer unverdächtigter Automatismus besteht und es damit ebenfalls nicht darauf ankäme, inwiefern die Aufrechnung zu beanspruchen war. Bereits für den Fall der nicht originär, sondern vom nun Aufrechnungsberechtigten durch Abtretung erworbenen Forderung ist dies zweifelhaft. Dann war nämlich die Forderung ursprünglich nicht durch eine Aufrechnungsmöglichkeit gesichert. Die Abtretung erfolgt daher zur Herstellung der Aufrechnungslage und damit ohne den beschriebenen unverdächtigen Automatismus.<sup>118</sup> Dies begründet regelmäßig<sup>119</sup> – sofern sich aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis nicht etwas Abweichendes ergibt – die Inkongruenz der erlangten Aufrechnungslage.<sup>120</sup>

Aber auch sonst erscheint die bloße Tatsache, dass der (originäre) Forderungserwerb nach einer zuvor begründeten Schuldnerstellung erfolgte, nicht geeignet, pauschal eine inkongruente Deckung auszuschließen. Schließlich

---

<sup>114</sup> Bork (Fn. 59), S. 43; Jacoby, in: HambKomm-InsO, 9. Aufl. 2022, § 96 Rn. 22; vgl. Thole, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 19 f.

<sup>115</sup> Jacoby, in: HambKomm-InsO (Fn. 114), § 96 Rn. 22; Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 14; Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137a.

<sup>116</sup> Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137a.

<sup>117</sup> BGHZ 150, 326 (330 f.); Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 110 f.; vgl. auch § 50 InsO, der gesetzliche Pfandrechte explizit einschließt.

<sup>118</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2001, 1493 (1494); Fischer (Fn. 26), S. 5; Bork (Fn. 59), S. 43; Jacoby (Fn. 105), Kap. 16 Rn. 31; Kruth, in: Nerlich/Römermann-InsO I, 47. EL 2023, § 96 Rn. 20.

<sup>119</sup> Jacoby, in: HambKomm-InsO (Fn. 114), § 96 Rn. 22.

<sup>120</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2001, 1493 (1494).

kommt der Aufrechnungslage anders als einem gesetzlichen Pfandrecht nicht nur eine Sicherungswirkung zu, sondern sie steht im Kontext der §§ 94 ff. InsO wie ausgeführt auch der Erfüllung der Insolvenzforderung wertungsmäßig gleich.<sup>121</sup> Es genügt folglich nicht, wenn nur die Sicherung durch den dargestellten Automatismus unverdächtig entstanden ist, denn damit ist nur die Hälfte des relevanten Vorgangs beachtet. Vielmehr ist zusätzlich noch darauf abzustellen, ob die vom Gläubiger insofern „selbst herbeigeführte Befriedigung“<sup>122</sup> ebenfalls unabhängig von einem Anspruch darauf unverdächtig erfolgte. Da sich die Befriedigung durch Erlöschen einer zur Masse zu erbringenden Schuld in gleicher Höhe vollzieht (vgl. § 389 BGB), kann dies jedoch nicht losgelöst vom zuerst entstandenen Rechtsverhältnis – der Forderung gegen den Insolvenzgläubiger – beurteilt werden. Es ist schließlich gerade der Sinn von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, einer so aufgedrängten wechselseitigen Erfüllung Grenzen aufzuzeigen.<sup>123</sup> Folglich greift die Parallele zum gesetzlichen Pfandrecht hier nicht, weswegen die Befriedigung nicht pauschal als unverdächtig eingeordnet werden kann. Stattdessen ist danach zu fragen, ob die erlangte Befriedigung eine verdächtige Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses darstellt.<sup>124</sup> Das liegt etwa nahe, wenn – in Abwandlung des Beispiels von oben<sup>125</sup> – nun das Finanzamt gegen einen Steuerrückzahlungsanspruch des Insolvenzschuldners mit einer davon *gänzlich unabhängigen*, später begründeten Werklohnforderung aufrechnet.<sup>126</sup>

cc) Differenzierung anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses

Insgesamt vermag die zeitliche Abfolge der Gläubiger- bzw. Schuldnerstellung somit zwar teilweise einen guten ersten Anhaltspunkt für die Differenzierung von kongruenter und inkongruenter Deckung zu geben; die allein danach gefundenen Ergebnisse überzeugen wie aufgezeigt indes nicht in jedem Fall. Es ist somit vorzugswürdig mit dem *BGH*<sup>127</sup> das zuerst entstandene Rechtsverhältnis heranzuziehen, um festzustellen, ob die Aufrechnungslage i. S. d. § 131 InsO zu beanspruchen war.<sup>128</sup>

<sup>121</sup> *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 94 Rn. 9; siehe dazu oben **D. III. 1. b**).

<sup>122</sup> Vgl. *Breutigam/Syren*, in: BK-InsO (Fn. 58), § 131 Rn. 14.

<sup>123</sup> Siehe dazu oben **C.**; vgl. *Thole* (Fn. 22), S. 378.

<sup>124</sup> Vgl. *OLG Brandenburg*, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 f.

<sup>125</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b**) bb).

<sup>126</sup> Abwandlung des Sachverhalts von *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2.

<sup>127</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b**).

<sup>128</sup> So im Ergebnis auch *Altmeppen*, Zur Reichweite des Aufrechnungsprivilegs in der Insolvenz, in: FS Kübler, 2015, S. 1 (3 f.).

Dabei legt der *BGH* das zuerst entstandene Rechtsverhältnis jedoch sehr restriktiv aus, was in den meisten Fällen zur Annahme einer inkongruenten Deckung führt.<sup>129</sup> So scheint er bisher sogar zu verlangen, dass die Möglichkeit zur Aufrechnung positiv im zugrundeliegenden Rechtsverhältnis vorgesehen sein muss.<sup>130</sup> In einem späteren Urteil nahm der *BGH* zumindest an, dass eine Aufrechnungslage auch dann kongruent erlangt ist, wenn der Gläubiger des nachmaligen Insolvenzschuldners durch pflichtgemäßes Verhalten seinerseits zum Schuldner einer Gegenforderung wird.<sup>131</sup>

Diese Rechtsprechung des *BGH* überzeugt jedoch nicht, da sie zu Ergebnissen führt, die so kaum gewollt sein können. Indem der *BGH* wegen der Feststellung der Inkongruenz in den meisten Fällen eine Aufrechnungslage unter den vereinfachten Voraussetzungen des § 131 InsO für anfechtbar erklärt, wird das in der Insolvenz eigentlich sehr potente Sicherungs- und Erfüllungsmittel<sup>132</sup> der Aufrechnung unnötig entwertet.<sup>133</sup> Dies ist ganz besonders in folgender Konstellation misslich:

*Der finanziell stark angeschlagene S ist Inhaber einer Forderung gegen G. S steht mit G in ständiger gegenseitiger Geschäftsbeziehung; allerdings hat G aktuell keine Forderungen gegen S. Um sich aus der finanziellen Schieflage zu befreien, ist S auf physische Leistungen des G angewiesen, deren Kosten ca. der Höhe der eigenen Forderung gegen G entsprechen.*

Hier wird G nur noch dann einen Vertrag mit S abschließen, wenn die dadurch entstehende Aufrechnungsmöglichkeit anfechtungsfest ist.<sup>134</sup> Dafür kommt es

---

<sup>129</sup> Siehe bereits die negative Formulierung „nur kongruent, wenn“ bei *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2; vgl. die im Ausgangsfall vom *BGH* beispielhaft aufgezählten Entscheidungen in *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8)); *Hiebert*, COVInsAG: Kein Aufrechnungsverbot nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO?, ZInsO 2020, 2026 (2026 ff.); *Haarmeyer/Huber/Schmittmann* (Fn. 24), Kap. 1 Rn. 45; sofern der *BGH* § 130 InsO annimmt, dann meistens nur, weil eine Abgrenzung zu § 131 InsO entbehrlich ist, siehe dazu oben Fn. 94; a.A. ohne Nachweise oder Begründung hingegen *d’Avoine*, Anmerkung zum Urteil des *BGH* vom 8.12.2022, Az. IX ZR 175/21 – Zur Frage der Inkongruenz bei Herstellung einer Aufrechnungslage, EWiR 2023, 179 (180).

<sup>130</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2007, 1507 (1510, Rn. 21); den *BGH* auch so verstehend *Hiebert* (Fn. 129), S. 2026 ff.; *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; wohl auch *Fuchs*, Keine Inkongruenz der Herstellung der Aufrechnungslage bei Vereinbarung von Haupt- und Gegenforderung im selben Vertrag, GWR 2023, 72 (72 ff.), der deswegen stets die Aufnahme einer Aufrechnungsbefugnis in den Vertrag empfiehlt.

<sup>131</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27).

<sup>132</sup> Siehe dazu oben **C**.

<sup>133</sup> *Altmeyen* (Fn. 128), S. 3.

<sup>134</sup> Ansonsten bekommt er für seine Leistung nur die Insolvenzquote, siehe dazu oben

**A**.

entscheidend darauf an, dass § 131 InsO nicht greift.<sup>135</sup> Das ist nach der dargestellten Rechtsprechung des *BGH* in dieser Konstellation nur dann sichergestellt, wenn S und G im zuerst begründeten Rechtsverhältnis eine Aufrechnungsbefugnis positiv vereinbart hatten. In allen anderen Fällen wird ein gut beratener G kein Geschäft mehr mit S abschließen und diesen damit in die Insolvenz stürzen.

Des Weiteren erscheint eine solch restriktive Auslegung auch nach Sinn und Zweck des § 131 InsO nicht erforderlich. Zwar ist der Aussage des *BGH* im Grunde zuzustimmen, dass in den meisten Fällen ohne ausdrücklich vereinbarte Aufrechnungsbefugnis eine dennoch erfolgte Aufrechnung zu einer Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses führt. Diese Abweichung kann jedoch auch nur geringfügig sein, sodass aus ihr nicht immer etwas Verdächtiges abzuleiten ist.<sup>136</sup> Die ausnahmslose Annahme von § 131 InsO in solchen Fällen erscheint daher vorschnell.<sup>137</sup>

Es ist zwar begrüßenswert, dass der *BGH* wie oben erwähnt eine spätere Schuldnerstellung des Gläubigers als nicht inkongruent beurteilt hat, sofern diese durch pflichtgemäßes Verhalten entstanden ist. Allerdings ist auch diese Formel zu eng. Sie muss nämlich zumindest auch im umgekehrten Fall einer zuerst begründeten Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers gelten,<sup>138</sup> da auch dann die begründete Aufrechnungslage unverdächtig ist.

#### dd) Eigener Ansatz zur Ermittlung der Inkongruenz

Es sollte indes nicht (allein) darauf ankommen, inwiefern die geschaffene Aufrechnungslage „pflichtgemäß“ erlangt wurde. Letztlich ist auch diese scheinbar neue Formel des *BGH* nur der Versuch, zu ermitteln, ob ein Anspruch auf die Aufrechnungslage besteht.<sup>139</sup> Wie beschrieben sollte aber nicht bei der Anspruchsprüfung verharret werden. Es ist auch vom *BGH* anerkannt, dass bei nur geringfügiger Abweichung zwischen Anspruch und Deckungsleistung eine

---

<sup>135</sup> Das Bargeschäftsprivileg kommt hier nicht in Frage (§ 142 Abs. 1 InsO: „unmittelbar“).

<sup>136</sup> Vgl. **D. III. 1. b) aa)**; siehe auch *BGH*, ZIP 2005, 1243 (1244).

<sup>137</sup> Vgl. *Altmeyden* (Fn. 128), S. 7.

<sup>138</sup> Vom *BGH* nur angedeutet in ZIP 2014, 2351 (2353, Rn. 15).

<sup>139</sup> Dafür spricht, dass der *BGH* in besagter Entscheidung (ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27)) zuvor seine „Anspruchs-Rechtsprechung“ referiert und darunter ohne Widerspruch die Fälle pflichtgemäßen Verhaltens subsumiert. So auch *Hiebert* (Fn. 129), S. 2026 („weiter konkretisiert“); a.A.: *de Bra*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 11.2.2010, FD-InsR 2010, 301288 („Ausnahme“).

inkongruente Deckung ausscheidet, da das Erbrachte dann unverdächtig ist.<sup>140</sup> Typische Fälle sind Abweichungen von der nach dem Inhalt des Anspruchs vorgesehenen Erfüllung, sofern diese noch der Verkehrssitte entsprechen.<sup>141</sup> Es liegt deswegen nahe, diese Rechtsprechung auch auf Fälle der Aufrechnung zu übertragen. Nicht umsonst wird teilweise davon ausgegangen, die Erlangung der Aufrechnungslage sei als gesetzlich vorgesehenes Erfüllungssurrogat stets kongruent.<sup>142</sup> Dem ist zwar nicht beizupflichten,<sup>143</sup> richtig ist aber, dass die erlangte Aufrechnungslage sich weder als pauschal kongruent noch inkongruent einordnen lässt, sondern es vielmehr einer Bewertung im Einzelfall bedarf.<sup>144</sup> Es sollte deswegen auch bei Ablehnung eines Anspruchs auf die Aufrechnungslage noch geprüft werden, ob die so erfolgte Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses nur geringfügig war.<sup>145</sup>

Die Einordnung einer Aufrechnungslage als nicht inkongruent kommt nach dem zuvor Gesagten also dann in Betracht, wenn die Aufrechnungslage im zuerst begründeten Rechtsverhältnis eindeutig angelegt war bzw. beide Forderungen aus einem einheitlichen Vertrag erwachsen sind. So könnte man etwa im Beispiel oben<sup>146</sup> eine inkongruente Deckung ablehnen, sofern sich die regelmäßige Geschäftsbeziehung aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis ergibt. Ferner ist abweichend vom *BGH* sowohl die Aufrechnung von Mietforderungen und Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung<sup>147</sup> als auch die Aufrechnung gegen einen Anspruch auf Herausgabe eingezogener Gelder durch einen Mandanten mit dem dafür entstandenen anwaltlichen Vergütungsanspruch<sup>148</sup> nicht wegen Inkongruenz anfechtbar.

Im Ergebnis ist deswegen bei der Bestimmung der Inkongruenz zunächst mit dem *BGH* danach zu fragen, ob sich aus dem zuerst begründeten Rechtsverhältnis ein Anspruch auf die Aufrechnungslage ergibt. Es ist also nach einer Verpflichtung zur Schaffung der Aufrechnungslage bzw. nach einer

<sup>140</sup> *BGH*, ZIP 2005, 1243 (1244); ZIP 2003, 356 (357 f.); *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 39 ff.

<sup>141</sup> *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck-InsO* (Fn. 16), § 131 Rn. 6, 92 ff.; *Raupach*, in: *BeckOK-InsO* (Fn. 15), § 131 Rn. 6.1; *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 41.

<sup>142</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1.**; vgl. *Windel*, in: *Jaeger-InsO II* (Fn. 30), § 96 Rn. 60 ff.

<sup>143</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1.** ff.

<sup>144</sup> *Jeremias* (Fn. 24), S. 151 f.

<sup>145</sup> So auch *Windel*, in: *Jaeger-InsO II* (Fn. 30), § 96 Rn. 60 ff., der jedoch eine Anspruchsprüfung gänzlich ablehnt und stattdessen nur am Maßstab der Üblichkeit abgrenzt.

<sup>146</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. d)** cc).

<sup>147</sup> *BGH*, ZIP 2005, 181 (181) lässt die Einordnung offen.

<sup>148</sup> *BGH*, ZIP 2007, 1507 (1510, Rn. 21); wie hier: *Jacobi*, *NZI* 2007, 495 (497 f.).

positiven Vereinbarung zu suchen.<sup>149</sup> Besteht ein solcher Anspruch nicht, ist in einem zweiten Schritt die durch die dennoch erklärte Aufrechnung erfolgte Abweichung von den Vorgaben des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses auf ihre Geringfügigkeit zu untersuchen. Dies ist durch Auslegung des Rechtsverhältnisses anhand der Verkehrssitte zu ermitteln,<sup>150</sup> insbesondere mittels der Frage, inwiefern die Aufrechnung in diesem bereits angelegt war. Erst wenn hierbei eine mehr als nur geringfügige Abweichung festgestellt wird, ist die Möglichkeit zur Aufrechnung inkongruent und damit anfechtbar i. S. d. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO erlangt worden.

### 3. Anfechtung nach §§ 133, 134 InsO

Entgegen teilweise anders lautender Stimmen in der Literatur<sup>151</sup> kommt auch den §§ 133, 134 InsO im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO durchaus praktische Bedeutung zu.<sup>152</sup>

#### a) Relevanz in der Rechtsprechung

Dies zeigt bereits die Fülle der *BGH*-Entscheidungen, die sich damit befassen.<sup>153</sup> Ferner kann die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO eine Anfechtung nach § 131 InsO über den Dreimonatszeitraum hinweg möglich machen. Schließlich ist die inkongruente Deckung ein Beweiszeichen im Rahmen des § 133 InsO.<sup>154</sup> Dadurch liefert auch § 133 Abs. 2 InsO ein weiteres Argument dafür, die ausufernde Annahme inkongruent erlangter Aufrechnungslagen zu begrenzen.<sup>155</sup>

Im Übrigen ist auch die Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO von Bedeutung, wenn der spätere Insolvenzschuldner dem Insolvenzgläubiger rechtsgrundlos eine Zahlung außerhalb des Zeitraums der §§ 130, 131 InsO gewährt hat und der Insolvenzgläubiger gegen den Rückzahlungsanspruch mit einer eigenen Forderung aufrechnet.<sup>156</sup> Dann kommt es entscheidend darauf an, inwiefern die

<sup>149</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc**).

<sup>150</sup> Vgl. *Kayser/Freundenberg*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 131 Rn. 11.

<sup>151</sup> Vgl. *Lohmann/Reichelt*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 96 Rn. 51.

<sup>152</sup> *Thole*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 18.

<sup>153</sup> BGHZ 214, 350 (350 ff.); 179, 137 (137 ff.); *BGH*, ZIP 2018, 1188 (1188 ff.); Urt. v. 12.3.2015, BeckRS 2015, 6673, Rn. 9; ZIP 2012, 1254 (1255, Rn. 16 ff.); *Lüke*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 96 Rn. 63 m. w. N.

<sup>154</sup> Daran hat auch die Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung durch BGHZ 230, 28 (28 ff.) nichts geändert, da diese nur den Bereich kongruenter Deckungen betraf; *BGH*, ZIP 2022, 1608 (1612 f., Rn. 40).

<sup>155</sup> Vgl. *Huber* (Fn. 87), S. 566; *Haarmeyer/Huber/Schmittmann* (Fn. 24), Kap. 1 Rn. 45.

<sup>156</sup> So der Sachverhalt bei BGHZ 214, 350 (350 ff.)



rechtsgrundlose Leistung des Insolvenzschuldners als unentgeltlich i. S. d. § 134 InsO anzusehen ist. Nach dem *BGH* ist dies nur der Fall, wenn der Schuldner in Kenntnis des Nichtbestehens der Verbindlichkeit zahlt.<sup>157</sup> Zahlt der Schuldner hingegen in der Annahme, die Verbindlichkeit bestehe, fehle es an der Unentgeltlichkeit.<sup>158</sup> Dies begründet der *BGH* zum einen damit, dass § 814 BGB nicht greife und somit der Insolvenzschuldner für seine rechtsgrundlose Leistung einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erhalte.<sup>159</sup> Zum anderen wird der Schutzzweck des § 134 InsO angeführt, da ansonsten eine Vielzahl inkongruenter Leistungen nach § 134 InsO anfechtbar seien, sodass zweckwidrig die Möglichkeit ihrer Anfechtung von drei Monaten (§ 131 InsO) auf vier Jahre (§ 134 InsO) ausgedehnt würde.<sup>160</sup> Deswegen genügt es dem *BGH* für §§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 134 InsO nicht, dass dem Schuldner ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zusteht.<sup>161</sup>

*b) Relevanzgewinn von § 134 InsO durch Richtlinienentwurf?*

Diese Argumentation des *BGH* ist überzeugend, da ansonsten eine enorme Entwertung der Aufrechnung als Sicherungsmittel droht. Fraglich erscheint indes, ob sie vor dem Hintergrund jüngster europarechtlicher Entwicklungen Bestand haben kann. So hat die EU-Kommission am 7.12.2022 einen Richtlinienentwurf zur (Mindest-)Harmonisierung des Insolvenzrechts (RL-E) vorgelegt,<sup>162</sup> welcher sich in Art. 7 RL-E auch mit der Schenkungsanfechtung befasst. Dort heißt es: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen des Schuldners [...] gegen eine offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung für nichtig<sup>163</sup> erklärt werden können“. Damit fasst der RL-E den Tatbestand der

<sup>157</sup> *BGH*, ZIP 2013, 1533 (1535, Rn. 21).

<sup>158</sup> BGHZ 214, 350 (352, Rn. 9 ff.); a.A. *Ludwig*, Anfechtung geleisteter Bearbeitungsentgelte in Verbraucherdarlehensverträgen; Unentgeltliche Leistung: Ja oder Nein?, ZInsO 2016, 891 (894); *Zistler*, Anmerkung zu *AG Friedberg*, Urt. v. 30.10.2015 – 2 C 318/15 (12), ZInsO 2016, 212 (212).

<sup>159</sup> BGHZ 214, 350 (354, Rn. 13 ff.).

<sup>160</sup> *Ebd.*, 350 (356, Rn. 17).

<sup>161</sup> *Ebd.*, 350 (360, Rn. 25 ff.).

<sup>162</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM (2022) 702 final.

<sup>163</sup> Der Richtlinienentwurf geht bei der Rechtsfolge der Anfechtung – anders als das nationale Recht (vgl. § 143 InsO) von einer Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung aus. Angesichts Art. 5 RL-E dürfte dieses Verständnis jedoch keine zwingende Vorgabe für deutsches Recht sein (vgl. *Thole*, Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM (2022) 702, ZIP 2023, 389 (390)).

Schenkungsanfechtung – jedenfalls dem Wortlaut nach – deutlich weiter als § 134 InsO.

Als Folge drohen die dargestellten Argumente des *BGH* obsolet zu werden. Mit Blick auf die beweisrechtlichen Schwierigkeiten<sup>164</sup> und die Möglichkeit der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) erscheint es nämlich naheliegend, einen bloßen Bereicherungsanspruch als offensichtlich nicht angemessene Gegen„leistung“ einzuordnen. Das zweite systematische Argument des *BGH* bleibt zwar bestehen und ließe sich sogar noch ergänzen. Bei unbesehener Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 RL-E in § 134 InsO käme es nämlich nicht nur zu einer Überschneidung mit § 131 InsO. Vielmehr wäre darüber hinaus auch § 132 InsO mit seinen kürzeren Anfechtungsfristen in vielen Fällen ohne eigenen Anwendungsbereich, da eine Rechtshandlung gegen eine „offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung“ ein typischer Fall des § 132 InsO ist.<sup>165</sup> Diesem Argument wird allerdings nur noch eine rechtspolitische Dimension zukommen, wenn das nationale Recht entsprechend eindeutig angepasst wurde.

### **E. Bewertung der Ausgangsentscheidung des *BGH***

Betrachtet man nun das eingangs dargestellte Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 im Lichte der herausgearbeiteten Ansätze, ergibt sich für das Urteil folgende grobe Gliederung: Zunächst bezieht der *BGH* zur Abgrenzung von kongruenter und inkongruenter Deckung Stellung (**I.**).<sup>166</sup> Danach befasst er sich mit der Frage, ob eine im kritischen Zeitraum des § 131 InsO begründete Aufrechnungsbefugnis pauschal inkongruent ist (**II.**).<sup>167</sup> Schließlich stellt er kurz fest, dass die Aufrechnungsbefugnis selbst nicht isoliert anfechtbar ist (**III.**).<sup>168</sup>

### **I. Abgrenzung von kongruenter und inkongruenter Deckung**

Der *BGH* beginnt die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO mit seiner üblichen Formel.<sup>169</sup> Diese Formel konkretisiert er jedoch dergestalt, dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis nicht bedürfe (**1.**) und es vor diesem Hintergrund genüge, dass sich aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis eine Verknüpfung rechtfertige (**2.**).<sup>170</sup>

<sup>164</sup> Vgl. *Wendeborst*, in: BeckOK-BGB, 67. Ed., Stand: 1.8.2023, § 812 Rn. 281 ff.

<sup>165</sup> Vgl. *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 132 Rn. 10 ff.

<sup>166</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (265 f., Rn. 7-10).

<sup>167</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 11 f.

<sup>168</sup> *Ebd.*, S. 267, Rn. 13.

<sup>169</sup> *Ebd.*, S. 265, Rn. 7; vgl. **D. III. 1. b).**

<sup>170</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 9.

## 1. Keine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis

Der Verzicht des *BGH* auf eine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis stellt soweit ersichtlich ein Novum dar.<sup>171</sup> Besonders hervorzuheben ist dabei die allgemein gehaltene Begründung des *BGH*, wonach es der ausdrücklichen Vereinbarung nicht bedürfe, weil die Aufrechnung ein echtes Erfüllungssurrogat sei.<sup>172</sup> Folglich liegt es nahe, davon auszugehen, dass der *BGH* hier einen neuen allgemeinen Grundsatz statuieren will, der nicht nur für den (vorliegenden) Fall gilt, dass Haupt- und Gegenforderung aus demselben Vertrag erwachsen sind.<sup>173</sup>

Diesem neuen Grundsatz ist unter Zugrundelegung der Ansicht des *BGH* zur Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO beizupflichten: Wie zuvor herausgearbeitet, gibt es eine Tendenz in der Rechtsprechung des *BGH*, vorschnell § 131 InsO anzunehmen.<sup>174</sup> Diese war in nicht unerheblichem Maße darin begründet, dass der *BGH* – jedenfalls faktisch – eine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis für nötig hielt.<sup>175</sup> Im Sinne der oben vorgeschlagenen Einzelfallbetrachtung<sup>176</sup> ist es überzeugend, wenn der *BGH* dies nun ändert, insbesondere, da dies auch mit schlüssiger Begründung erfolgt. Es erscheint fernliegend, von den Beteiligten die Vereinbarung eines Rechts zur Ausübung der Aufrechnung zu verlangen, das sich bereits aus dem Gesetz ergibt und durch §§ 94 f. InsO im Grundsatz auch insolvenzfest ist.<sup>177</sup>

## 2. Rechtfertigung aus zuerst entstandenem Rechtsverhältnis

Allerdings möchte der *BGH* stattdessen anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses nach einer die Aufrechnungsbefugnis begründenden Rechtfertigung suchen. Das ist zwar – als Einzelfallbetrachtung – grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen, Bedenken ergeben sich aber daraus, dass der *BGH* dies immer noch im Rahmen seiner „Anspruchsprüfung“ vollzieht. Der *BGH* untersucht nämlich das zuerst entstandene Rechtsverhältnis danach, ob sich aus diesem eine Aufrechnungsbefugnis ergibt, die dann die Kongruenz der erlangten Aufrechnungslage begründen würde.<sup>178</sup>

---

<sup>171</sup> Vgl. *Fuchs* (Fn. 130), S. 72.

<sup>172</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 9).

<sup>173</sup> A. A. ohne Begründung *Fuchs* (Fn. 130), S. 72.

<sup>174</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc) f.**

<sup>175</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc).**

<sup>176</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) dd).**

<sup>177</sup> Vgl. *d'Avoine* (Fn. 129), S. 180.

<sup>178</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2023, 265 (265 f., Rn. 7, 9).

Damit erscheint aber wenig gewonnen, sofern nicht ein Fall eines gegenseitigen Vertrages vorliegt. Schließlich dürften sich in diesen Fällen – ohne ausdrückliche Vereinbarung oder „Pflicht“ zur Schaffung der Aufrechnungslage – kaum Anhaltspunkte ergeben, die einen Anspruch auf die Aufrechnungslage begründen würden. Auch fehlt es an Anhaltspunkten, dass der *BGH* hier zukünftig großzügiger sein könnte. Im Gegenteil begründet er vorliegend trotz des einheitlichen Vertragsverhältnisses die Kongruenz primär mit einem Umkehrschluss daraus, dass eine Aufrechnung nur gegen die Unternehmenskaufpreisforderung ausgeschlossen war und nicht gegen den Anspruch auf die „*Handling Fee*“.<sup>179</sup> Das kommt dann aber der eigentlich nicht für nötig gehaltenen Vereinbarung einer Aufrechnungsbefugnis schon wieder sehr nahe.

Besser wäre es, wenn der *BGH* die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO nicht länger allein am Kriterium des Anspruchs auf die Aufrechnung vollziehen würde. Daraus ergibt sich nämlich bereits jetzt eine teilweise wenig nachvollziehbare Rechtsprechung, in welcher der *BGH* bemüht ist, sich den Anspruch auf die Aufrechnungslage in jedem Einzelfall passend zurecht zu biegen.<sup>180</sup> In diese zweifelhafte Tradition reiht sich nun auch die vorliegende Entscheidung ein. Deswegen sollte der *BGH* vielmehr, wie vorgeschlagen, zweistufig prüfen und nach der strengen „Anspruchsprüfung“ noch eine Einzelfallprüfung der sich ergebenden (verdächtigen) Abweichung vornehmen.<sup>181</sup> Dadurch wäre sichergestellt, dass die eigentlich klare und damit rechtssichere Formel des Anspruchs auf die Aufrechnungslage nicht verwässert wird. Zugleich könnte der *BGH* dem – offensichtlich auch von ihm geteilten<sup>182</sup> – (berechtigten) Störgefühl Rechnung tragen, wenn ansonsten jede Aufrechnungslage als inkongruent eingeordnet würde, die nicht zu beanspruchen war.

## II. Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit

Des Weiteren befasst sich der *BGH* in der Ausgangsentscheidung mit der Frage, ob die Herstellung der Aufrechnungslage allein deswegen inkongruent ist, weil die Aufrechnungsbefugnis im kritischen Zeitraum des Art 131 InsO begründet wurde.<sup>183</sup> Dies lehnt er im Ergebnis ab.<sup>184</sup>

---

<sup>179</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 10.

<sup>180</sup> Vgl. die Darstellung ergangener Rechtsprechung in *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8).

<sup>181</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d)** dd).

<sup>182</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 9).

<sup>183</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 11 f.

<sup>184</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 12.

## 1. Auswertung bisheriger *BGH*-Rechtsprechung

In der Vergangenheit war hierzu keine klare Rechtsprechungslinie des *BGH* erkennbar. So hatte der *BGH* zwar in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 trotz Begründung der Aufrechnungsbefugnis einen Monat vor Antragsstellung die Inkongruenz nicht allein mit dieser kurzen Zeitspanne begründet,<sup>185</sup> in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010, welche er in der gegenständlichen Ausgangsentscheidung sogar darstellt,<sup>186</sup> nahm er eine kongruente Deckung dagegen nur an, weil der Gegenanspruch außerhalb der kritischen Zeit begründet wurde.<sup>187</sup> Wohl auch deswegen hielt das *OLG Düsseldorf* als Berufungsinstanz des Ausgangsfalls eine solche Argumentation für gangbar.<sup>188</sup>

## 2. Argumentation des *BGH*

Die nun erfolgte Ablehnung der pauschalen Einordnung einer im kritischen Zeitraum begründeten Aufrechnungsbefugnis als inkongruent begründet der *BGH* im Wesentlichen mit einer fehlenden Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit der Einzelzwangsvollstreckung. Die Rechtsfolgen seien zwar wirtschaftlich betrachtet gleich, die Aufrechnung folge nach §§ 94 ff. InsO jedoch eigenständigen insolvenzrechtlichen Regeln. Insbesondere wird eine bestehende Aufrechnungslage durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich nicht berührt (§ 94 InsO). Aus diesem Grund rechtfertige der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine durch § 131 InsO vermittelte Vorwirkung anders als in den Fällen der Einzelzwangsvollstreckung nicht, da sich die Inkongruenz der Einzelzwangsvollstreckung durch die vom Gläubiger in Anspruch genommenen hoheitlichen Zwangsmittel ergebe.<sup>189</sup>

## 3. Stellungnahme

### a) Beseitigung der bestehenden Unklarheit

Unabhängig von der Argumentation oder dem gefundenen Ergebnis ist es zunächst begrüßenswert, dass der *BGH* zu dem in oberlandesgerichtlichen Entscheidungen immer wieder anzutreffenden Topos der Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit des § 131 InsO<sup>190</sup> Stellung bezieht.

---

<sup>185</sup> *BGH*, ZIP 2003, 2370 (2371).

<sup>186</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8).

<sup>187</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27).

<sup>188</sup> *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 8.10.2021, BeckRS 2021, 60152, Rn. 37 ff.

<sup>189</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 12).

<sup>190</sup> Siehe Beschwerdevortrag bei *BVerfG*, Beschl. v. 3.5.2021, BeckRS 2021, 13468, Rn. 9; vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.3.2012, BeckRS 2013, 3842 (3842).

So gelingt ihm eine wertvolle Klarstellung,<sup>191</sup> die angesichts der teils widersprüchlichen Entscheidungen zuvor nicht absehbar war.

Diese Widersprüchlichkeit ergab sich im Wesentlichen durch besagte Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2010. Das dort nur „*en passant*“<sup>192</sup> angesprochene Abstellen auf den kritischen Zeitraum erfolgte ohne Begründung und allein mit Verweis auf eine im Wortlaut wiedergegebene Kommentarstelle.<sup>193</sup> Kurioserweise wird eben diese Kommentarstelle (zwar in ihrer neuesten Auflage, die jedoch inhaltlich zur Voraufgabe identisch ist) vom *BGH* in der Ausgangsentscheidung als möglicherweise andere Ansicht zitiert.<sup>194</sup> Damit gibt der *BGH* faktisch die 2010 jedenfalls angedeutete Differenzierung – diesmal immerhin mit Begründung – auf.

*b) Argumentation mit ständiger Rechtsprechung zur Einzelzwangsvollstreckung*

Die besagte Begründung des *BGH* beruht im Wesentlichen auf einer fehlenden Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit der Einzelzwangsvollstreckung. Das ist überraschend, da weder die Berufung noch die von der Berufung in Bezug genommenen Quellen einen entsprechenden Vergleich bemüht haben.<sup>195</sup> Das etwas undurchsichtige Argument ist nur bei Kenntnis der ständigen Rechtsprechung des *BGH* zur Inkongruenz von Einzelzwangsvollstreckungen zu verstehen. Nach dieser sind sämtliche im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Sicherungen oder Befriedigungen in der kritischen Zeit des § 131 InsO inkongruent.<sup>196</sup> Dies begründet der *BGH* damit, dass das die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip mit seinem „Wettlauf der Gläubiger“ nur so lange hinzunehmen sei, wie für alle Gläubiger noch eine Aussicht bestehe, sich vom Schuldner eine volle Deckung zu verschaffen. Dies sei, wie sich aus der Wertung des § 131 InsO ergebe, nicht

---

<sup>191</sup> *Leithaus*, Aufrechnungslage trotz Begründung im Dreimonatszeitraum nicht zwingend inkongruent, NZI 2023, 211 (213).

<sup>192</sup> *De Bra* (Fn. 139).

<sup>193</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27); zitiert: *Kirchhof*, in: MüKo-InsO II, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 17.

<sup>194</sup> *BGH*, ZIP 2022, 265 (266, Rn. 12).

<sup>195</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 8.10.2021. BeckRS 2021, 60152, Rn. 45.

<sup>196</sup> Schon das *RG* ging davon aus, dass die Entstehung eines Pfändungspfandrechts und damit auch der daraus erlangte Erlös inkongruent sei (*RGZ* 4, 435 (435 ff.); 6, 367 (368)). Dem schloss sich der *BGH* an (vgl. *BGHZ* 128, 196 (196 f.)), wobei er 1997 diese Wertung auf sämtliche Deckungen im Wege der Zwangsvollstreckung – unabhängig von der Entstehung eines Pfändungspfandrechts – als inkongruent einordnete (*BGHZ* 136, 309 (311 ff.)) und seitdem an dieser Rechtsprechung festhält (vgl. *BGHZ* 162, 143 (149); *BGH*, ZIP 2002, 1159 (1160 f.); *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck-InsO* (Fn. 16), § 131 Rn. 60 m. w. N.).

mehr der Fall, wenn der Schuldner einen Eröffnungsantrag gestellt habe oder nicht mehr zahlungsfähig sei. Entsprechend dürfe in dieser Zeit die Ungleichbehandlung der Gläubiger im Wege der Einzelzwangsvollstreckung nicht mehr durch staatliche Machtmittel erzwungen werden. Geschehe dies dennoch, dürfe das Ergebnis nicht insolvenzfest sein und sei deswegen stets inkongruent erlangt.<sup>197</sup>

Vor diesem Hintergrund überzeugt, dass der *BGH* die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Einzelzwangsvollstreckung ablehnt, schließlich ergibt sich die pauschale Inkongruenz der Einzelzwangsvollstreckung in der kritischen Zeit des § 131 InsO nach dem *BGH* maßgeblich aus deren Durchsetzung im Wege hoheitlicher Zwangsmittel.<sup>198</sup> Da die Aufrechnung aber nur eine Selbstexekutionsbefugnis bietet und damit lediglich eine Art „privater Zwangsvollstreckung“<sup>199</sup> darstellt, ist es folgerichtig, die dargestellte Rechtsprechung nicht auf Fälle der Aufrechnung auszuweiten.

*c) Bewertung der Ablehnung im Ergebnis*

Auch im Ergebnis überzeugt die Ablehnung einer pauschalen Inkongruenz bei einer im kritischen Zeitraum begründeten Aufrechnungsbefugnis. Der *BGH* führt insofern zu Recht an, dass der Gesetzgeber mit §§ 94 ff. InsO die sich aus der Aufrechnung ergebende Problematik gesehen, sich aber mit § 94 InsO gegen einen pauschalen Ausschluss in der kritischen Zeit des § 131 InsO entschieden hat. Ein vergleichbares Argument gilt jedoch auch für die Einzelzwangsvollstreckung, als es dort nach § 88 Abs. 1 InsO zu einer *ipso iure*-Wirkung des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO kommt<sup>200</sup> – jedoch nur für erlangte Sicherungen. Im Umkehrschluss sollen Befriedigungen im Wege der Zwangsvollstreckung gerade nicht pauschal unter § 131 InsO fallen.<sup>201</sup> Deswegen begegnen dieser Rechtsprechung erhebliche Bedenken,<sup>202</sup> sodass es auch insofern erfreulich ist, dass sie nicht auf Fälle der Aufrechnung ausgeweitet wurde. Im Übrigen gilt § 88 InsO gerade nicht für privatrechtliche

---

<sup>197</sup> Vgl. BGHZ 136, 309 (311 ff.); *BGH*, ZIP 2002, 1159 (1160 f).

<sup>198</sup> BGHZ 136, 309 (313).

<sup>199</sup> *Jeremias* (Fn. 24), S. 153.

<sup>200</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 137.

<sup>201</sup> *Paulus*, Erwerb durch Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung?, ZInsO 2001, 241 (242).

<sup>202</sup> Vgl. *Niesert*, Einzelzwangsvollstreckung als kongruentes Deckungsgeschäft, NZI 2014, 592 (592 ff.) m. w. N.

Pfandrechte,<sup>203</sup> sodass aufgrund des von §§ 94 f. InsO intendierten Gleichlaufs mit § 50 InsO<sup>204</sup> dies auch für die Aufrechnung gelten muss.<sup>205</sup>

Ferner droht eine pauschale Einordnung der Begründung der Aufrechnungsbefugnis im kritischen Zeitraum als inkongruent, auch die oben beispielhaft dargestellte Problematik<sup>206</sup> weiter zu verstärken. So stellt die Aufrechnung aufgrund ihrer grundsätzlichen Insolvenzfestigkeit ein für die insolvenzbedrohte (juristische) Person wichtiges Instrument dar, um noch Geschäfte zu tätigen und so die Insolvenz ggf. abzuwenden. Schließlich werden insbesondere bisherige Gläubiger ein besonderes Interesse daran haben, zu Schuldnern zu werden, um so eine Aufrechnungslage zu erlangen. Dadurch eröffnet die Aufrechnung neben den dargestellten Risiken für die Gläubigermehrheit auch eine große Chance für den potenziellen Insolvenzschuldner, was letztlich im Interesse aller Gläubiger ist. Wird nun aber pauschal jede Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit des § 131 InsO als inkongruent angesehen, wird der dargestellte insolvenzabwendende Mechanismus in sein Gegenteil verkehrt. Es droht dann ein Szenario, in dem mit Blick auf die negativen Folgen einer nicht anfechtungsfesten Aufrechnung<sup>207</sup> zu einem früheren Zeitpunkt auf die Schaffung einer Aufrechnungslage verzichtet wird, was wiederum dazu führt, dass noch früher eine Situation entsteht, in der die insolvenzbedrohte Person eigentlich auf die Aufrechnung angewiesen wäre.

Damit ist der Ablehnung einer pauschalen Annahme der Inkongruenz und dem so gegangenen Schritt in Richtung der gebotenen<sup>208</sup> Einzelfallbetrachtung nicht nur mit Blick auf die fehlende Vergleichbarkeit zur Einzelzwangsvollstreckung, sondern auch im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen in der Krise zuzustimmen.

---

<sup>203</sup> Breuer/Flöther, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 88 Rn. 6.

<sup>204</sup> Siehe dazu oben **C**.

<sup>205</sup> Jeremias (Fn. 24), S. 153.

<sup>206</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc**.

<sup>207</sup> Siehe dazu oben **A**.

<sup>208</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) dd**.



### III. Selbstständige Anfechtbarkeit der Aufrechnungsbefugnis

Überzeugend<sup>209</sup> ist schließlich auch, dass der *BGH*, soweit ersichtlich, erstmals klarstellt,<sup>210</sup> dass der gegenseitige Vertrag nicht allein deswegen anfechtbar ist, weil er die die Aufrechnungsbefugnis begründende Rechtshandlung darstellt.<sup>211</sup> Gerade mit Blick auf die zuvor durch den *BGH* häufig gebrauchte, mindestens missverständliche Formulierung<sup>212</sup> und die Tatsache, dass auch ein neues *BFH*-Urteil Anlass gegeben hatte, daran zu zweifeln,<sup>213</sup> war dies keine Selbstverständlichkeit.

#### F. Fazit

Mit seiner jüngsten Entscheidung zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat der *BGH* die Dogmatik zur anfechtbaren Aufrechnung insgesamt in erfreulicher Weise weiterentwickelt. Besonders hervorzuheben ist, dass er nun ausdrücklich feststellt, dass bei einer durch einen gegenseitigen Vertrag begründeten Aufrechnungsbefugnis regelmäßig von einer kongruenten Deckung auszugehen ist. Dadurch schützt er das Vertrauen in die Insolvenzfestigkeit der Aufrechnung,<sup>214</sup> was gerade mit Blick auf ihre insolvenzvorbeugende Wirkung<sup>215</sup> überzeugt.

Spannend bleibt hingegen, wie der *BGH* in Zukunft die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO gestalten wird. Begrüßenswert ist es zwar, dass der *BGH* in seiner neuesten Entscheidung den auch hier favorisierten Weg einer Einzelfallbetrachtung beschreitet und Pauschallösungen eine Absage erteilt; ob dies allerdings auch dazu führt, dass er seinen bedenklichen Hang zur Annahme einer inkongruent erlangten Aufrechnungsmöglichkeit korrigieren wird, erscheint zweifelhaft. Solange der *BGH* nämlich die Abgrenzung allein nach der Frage eines Anspruchs auf die Aufrechnung vollzieht, führt dies wohl zwangsläufig (zu) häufig zur Inkongruenz.

---

<sup>209</sup> Siehe dazu oben **D. I. 2. b).**

<sup>210</sup> In *BGH*, ZIP 2004, 1912 (1914 f.) wird dies nur angedeutet, da der *BGH* lediglich feststellt, dass eine Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages bei Verkauf unter Wert möglich ist.

<sup>211</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266 f., Rn. 13).

<sup>212</sup> Siehe dazu oben **D. I. 2. b).**

<sup>213</sup> Siehe Fn. 42.

<sup>214</sup> *D'Avoine* (Fn. 128), S. 180; *Kiesel*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 8.12.2022 – IX ZR 175/21, FD-InsR 2023, 455792.

<sup>215</sup> Siehe dazu oben **E. II. 3. c).**

**Tim Buchholz\***

## **Die Besteuerung von Optionsgeschäften – Anforderungen des Leistungsfähigkeitsprinzips?**

### **Abstract**

Optionsgeschäfte sind Finanzinstrumente, bei denen die Beteiligten auf Kursgewinne bzw. -verluste spekulieren. Wie sich der Börsenkurs eines Wirtschaftsguts entwickelt, kann nie mit Sicherheit vorhergesehen werden. Es handelt sich um risikobehaftete Geschäfte, mit denen hohe Gewinne erzielt werden können; zugleich bergen sie auch die Gefahr hoher Verluste. Der Beitrag analysiert die Besteuerung der Optionsgeschäfte und beantwortet die Frage, inwiefern der Gesetzgeber bei der Gesetzgebung sowie die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung bei der Anwendung der Gesetze das Leistungsfähigkeitsprinzip berücksichtigen.

---

\* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Finanz- und Steuerrecht in Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2021 von Prof. Dr. Bernd Heuermann gestellt wurde.

## A. Einleitung

Aus bereichsspezifischer Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Steuerrecht das Fundamentalprinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.<sup>1</sup> Im Ertragssteuerrecht verwirklicht der Gesetzgeber dieses Prinzip durch das objektive Nettoprinzip.<sup>2</sup> Aus diesem folgt unter anderem, dass Verluste anerkannt werden und die Möglichkeit des Verlustausgleichs besteht.<sup>3</sup> Die Verlustausgleichsmöglichkeit ist bzw. war jedoch im Rahmen der Optionsbesteuerung durch einige Verlustausgleichsverbote gemäß §§ 15 Abs. 4 S. 3, 20 Abs. 6 S. 5 EStG und § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG erheblich eingeschränkt. Unter anderem wird sogar der Verlustausgleich auf eine Höhe von 20.000 € beschränkt, § 20 Abs. 6 S. 5 EStG. Die Finanzverwaltung kommt mit ihrer Gesetzesauslegung teilweise zum Ergebnis, dass Verluste infolge von Optionsgeschäften steuerlich nicht anerkannt werden. Nach dem BMF-Schreiben vom 18.1.2016 seien beispielsweise Verluste beim Verfall der Option oder beim Barausgleich „einkommensteuerrechtlich ohne Bedeutung“.<sup>4</sup>

Anhand dieser Beispiele wird deutlich, dass die Anerkennung und der Ausgleich von Verlusten mit Gewinnen bei der Optionsbesteuerung nicht in jedem Fall gewährleistet ist. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass Widersprüche zum Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit entstehen. Vor diesem Hintergrund wird im Kontext der Darstellung der Optionsbesteuerung die Frage erörtert, ob der Gesetzgeber sowie die Finanzverwaltung dem Leistungsfähigkeitsprinzip die notwendige Bedeutung beimessen. Dabei werden auch die Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BFHs zur Besteuerung von Optionen aufgezeigt.

## B. Besteuerung von Optionsgeschäften

### I. Definition

Beim Optionsgeschäft erwirbt der Käufer (Optionsinhaber) vom Verkäufer (Stillhalter) gegen Bezahlung einer Optionsprämie (Stillhalterprämie) das Recht,

<sup>1</sup> F. Kirchhof, Das Leistungsfähigkeitsprinzip nach dem Grundgesetz – Zustand und Zukunft, BB 2017, 662 (662). Das Leistungsfähigkeitsprinzip wird teilweise zusätzlich auch freiheitsrechtlich aus der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG hergeleitet, siehe dazu P. Kirchhof, StuW 1985, 319 (323 f.); Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 131 ff.

<sup>2</sup> Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, Rn. 610. Ob das objektive Nettoprinzip verfassungsrechtlich zwingend ist, hat das BVerfG bislang offen gelassen, siehe dazu BVerfGE 81, 228 (236 f.).

<sup>3</sup> Birk/Desens/Tappe (Fn. 2), Rn. 611.

<sup>4</sup> BMF, 18.1.2016, IV C 1-S 2252/08, Rn. 27.

eine bestimmte Anzahl an Basiswerten am Ende der Laufzeit oder jederzeit innerhalb der Laufzeit der Option zum vereinbarten Basispreis zu kaufen (Call-Option) oder an ihn zu verkaufen (Put-Option).<sup>5</sup> Der Kauf bzw. der Verkauf des Basiswertes wird als Basisgeschäft bezeichnet.<sup>6</sup> Die Zahlung der Optionsprämie als Gegenleistung für das Optionsrecht wird als Stillhaltergeschäft definiert.<sup>7</sup> Optionen können außerbörslich individuell zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden (OTC-Handel).<sup>8</sup> Hauptsächlich findet der Handel aber mit standardisierten Optionsprodukten an Terminbörsen, wie beispielsweise der *European Exchange* (EUREX), statt.<sup>9</sup>

## II. Möglichkeiten des Erlöschens von Optionen

Eine Option kann aus drei Gründen erlöschen: Ausübung der Option, rechtliche Glattstellung und Verfall durch Ablauf der Optionsfrist.<sup>10</sup> Die Möglichkeiten des Erlöschens werden anhand der Call-Option dargestellt.

### 1. Ausübung der Option

Der Optionsinhaber wird die Option ausüben, wenn der Kurs des Basiswertes gestiegen ist. Die Ausübung des Optionsrechts führt zu einem Anspruch des Optionsinhabers, der entweder auf die Lieferung des Basiswertes zum Basispreis oder auf einen Barausgleich gerichtet ist.<sup>11</sup> Beim Barausgleich ist die Differenz zwischen dem Marktpreis des Basiswertes und dem Basispreis zu zahlen.<sup>12</sup> Der Anleger vereinbart typischerweise einen solchen Barausgleich, da er nicht am Bezugsobjekt, sondern am Gewinn interessiert ist.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> *Jochum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 337. EL 2023, § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/3 21.

<sup>6</sup> *Aigner/Balbinot*, Die Besteuerung des Stillhalters von Optionsgeschäften nach § 20 EStG – Aufgabe der Trennungstheorie mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 (UntStRefG 2008), DStR 2015, 198 (198).

<sup>7</sup> *Ebd.*

<sup>8</sup> *Redert*, in: EStG – eKommentar, 2023, § 20 Rn. 455.

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> *Geurts*, in: Bordewin/Brandt, 445. EL 2023, § 20 EStG Rn. 610.

<sup>11</sup> *Helios/Philipp*, Besteuerung von Optionsgeschäften im Abgeltungsteuersystem – Gestaltungsmissbrauch bei der Veräußerung von faktisch wertlosen Optionsscheinen?, BB 2010, 95 (96).

<sup>12</sup> *BMF*, 18.1.2016, IV C 1-S 2252/08, Rn. 36.

<sup>13</sup> *Heuermann*, Entwicklungslinien steuerbarer Veräußerungen von Privatvermögen – Im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, DB 2013, 718 (719).

## 2. Rechtliche Glattstellung der Option

Die rechtliche Glattstellung erfolgt, indem der Anleger die Opening-Transaktion durch eine Closing-Transaktion beendet.<sup>14</sup> Dazu muss der Anleger ein Gegengeschäft unter einem Closing-Vermerk abschließen, sodass die gegenläufigen Rechte und Pflichten aus beiden Geschäften erlöschen.<sup>15</sup> Beispielsweise wird der Kauf einer Call-Option durch den Verkauf einer Call-Option glattgestellt, indem die gegenläufigen Positionen miteinander verrechnet werden.<sup>16</sup>

## 3. Verfall der Option

Die Option verfällt, wenn der Optionsinhaber die Option nicht innerhalb des vereinbarten Zeitraums ausübt. Bei der Call-Option wird der Optionsinhaber in der Regel auf sein Recht verzichten, wenn der Basispreis den Marktpreis des Basiswertes übersteigt, da er den Basiswert am Markt günstiger erwerben kann.<sup>17</sup>

## III. Besteuerung von Optionen

Im Folgenden wird die Besteuerung von Optionen am Beispiel der Call-Option geschildert.

### 1. Besteuerung im Privatvermögen

Die Besteuerung von Optionen im Privatvermögen wird jeweils für die Rechtslage vor und nach dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 erläutert. Es werden die wesentlichen Probleme, die sich nach der alten Rechtslage ergaben, aufgezeigt. Anschließend wird im Rahmen der Darstellung der Besteuerung nach der aktuellen Rechtslage die Frage beantwortet, ob der Gesetzgeber diese Probleme lösen konnte.

#### *a) Rechtslage vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008*

Vor dem Reformgesetz sind Termingeschäfte nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG besteuert worden. Die Norm findet auf Termingeschäfte Anwendung, bei welchen der Erwerb des Rechts nach dem 31.12.1998 und vor dem 1.1.2009 erfolgt ist, § 52a Abs. 11 S. 6 i. d. F. vom 14.8.2007 EStG.

<sup>14</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt (Fn. 10), § 20 EStG Rn. 626.

<sup>15</sup> BMF, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 6.

<sup>16</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt (Fn. 10), § 20 EStG Rn. 626.

<sup>17</sup> Jochum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 5), § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/9 27.

## aa) Optionsinhaber

Die Gewinne des Optionsinhabers werden bei den privaten Veräußerungsgeschäften nach § 22 Nr. 2 EStG i. V. m. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4 a. F. EStG erfasst.<sup>18</sup> Nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG werden Veräußerungsgeschäfte besteuert, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung des Wirtschaftsguts nicht mehr als ein Jahr beträgt. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, der durch das Steuerentlastungsmodernisierungsgesetz zum 1.1.1999 in Kraft getreten ist, erfasst Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige „einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts [...] nicht mehr als ein Jahr beträgt.“

Das Termingeschäft ist in § 23 a. F. EStG nicht definiert. Der Begriff folgt den Regelungen des WpHG.<sup>19</sup> Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG sind Termingeschäfte unter anderem Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines bestimmten Basiswertes ableitet.<sup>20</sup> Optionsgeschäfte fallen daher unter die Termingeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG.

## (1) Ausübung und Glattstellung der Option

Die Lieferung des Basistitels nach Optionsausübung ist kein Differenzausgleich und daher nicht steuerbar. Der Barausgleich, den der Optionsinhaber nach Ausübung der Option vom Stillhalter erlangt, ist nur nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG als Differenzausgleich steuerbar, wenn zwischen Erwerb der Option und Ausübung nicht mehr als ein Jahr vergangen ist. Die Anschaffungs- und Anschaffungsnebenkosten des Optionsrechts mindern als Werbungskosten die Einnahmen aus dem Barausgleich, § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG.<sup>21</sup> Stellt der Optionsinhaber die Option innerhalb eines Jahres nach Erwerb glatt, indem er ein Gegengeschäft vornimmt, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG vor.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Haisch*, Besteuerung von Finanzprodukten unter der Abgeltungssteuer, DStZ 2007, 762 (771).

<sup>19</sup> *BFH*, Urt. v. 24.10.2017 – VIII R 35/15, Rn. 13 (juris); BT-Drucks. 14/443, S. 28 Nr. 31.

<sup>20</sup> *BFH*, Urt. v. 6.7.2016 – I R 25/14, Rn. 33 (juris).

<sup>21</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 16.

<sup>22</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

## (2) Verfall der Option

Umstritten ist, wie der Verfall der Option steuerlich zu behandeln ist. Konkret geht es um die Frage, ob die Anschaffungs- und Anschaffungsnebenkosten der Option (Optionsprämie und Transaktionskosten) als Werbungskosten nach § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG erfasst werden können. § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG kommt nur zur Anwendung, wenn der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG zu ermitteln ist. Werbungskosten können daher nur abgezogen werden, wenn der Verfall der Option eine Beendigung des Rechts i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG ist.<sup>23</sup>

Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass ein Verfall einer Kaufoption einkommensteuerrechtlich keine Bedeutung habe.<sup>24</sup> Diese Ansicht wird damit begründet, dass der Verfall des Optionsrechts ein Vorgang auf der steuerlich nicht relevanten Vermögensebene sei.<sup>25</sup> Der Einwand, es handle sich um einen Vorgang auf Vermögensebene, überzeugt nicht. § 23 a. F. EStG regelt die Besteuerung von Vorgängen auf der Vermögensebene und bildet eine Ausnahme vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Vermögensebene im Privatvermögen.<sup>26</sup> Wenn die Voraussetzungen des § 23 a. F. EStG erfüllt sind, kann auch ein Vorgang auf Vermögensebene steuerlich beachtlich sein. Die entscheidende Frage ist also, ob der Verfall der Option den Tatbestand des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG verwirklicht.

Die Rechtsprechung ging zunächst davon aus, dass der Tatbestand nicht erfüllt sei.<sup>27</sup> Das wird mit dem Wortlaut des ersten Halbsatzes begründet: Der Tatbestand werde nur erfüllt, wenn der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich „erlangt“ habe.<sup>28</sup> Beim Verfall der Option erlange der Optionsinhaber nichts, weshalb der Tatbestand nicht verwirklicht werde.

In der Literatur wird diese Rechtsprechung des *BFH* weitgehend abgelehnt.<sup>29</sup> Argumentiert wird mit dem zweiten Halbsatz des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, dass es nur auf eine „Beendigung des Rechts auf einen

<sup>23</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 – IX R 50/09, Rn. 10 (juris).

<sup>24</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 18.

<sup>25</sup> Begründung des Finanzamts in *BFH*, Urt. v. 12.9.2012 – IX R 50/09 Rn. 5 (juris).

<sup>26</sup> *Jochum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 5), § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, D/3 26.

<sup>27</sup> *BFH*, Urt. v. 19.12.2008 - IX R 11/06, 3 b).

<sup>28</sup> *Ebd.*

<sup>29</sup> *Philipowski*, Werbungskosten bei fehlgeschlagenen Termingeschäften, DStR 2007, 1615 (1615); *Philipowski*, Verfall wertlos gewordener Kauf- und Verkaufsoptionen, DStR 2004, 978 (980); *Haisch*, Die steuerliche Behandlung des Verfalls von Optionen im Privatvermögen, DStZ 2008, 81 (82).

Differenzausgleich“ ankomme.<sup>30</sup> Einen tatsächlichen Differenzausgleich im Sinne eines Erlangens wie nach dem Wortlaut des ersten Halbsatzes bedürfe es nicht, weshalb auch der Verfall einer Option erfasst sei.<sup>31</sup> Diese Argumentation verkennt die innere Struktur des § 23 a. F. EStG. Nach dem ersten Halbsatz sind Termingeschäfte steuerbar, durch die Steuerpflichtige einen Differenzausgleich erlangen. Der zweite Halbsatz ergänzt den ersten, indem die Spekulationsfrist von einem Jahr zwischen „Erwerb und Beendigung des Rechts“ geregelt wird. Die im zweiten Halbsatz genannte „Beendigung“ bezieht sich auf den ersten Halbsatz. Folglich lässt sich die Steuerbarkeit eines Verfalls der Option nicht mit einem isolierten Abstellen auf das Wort „Beendigung“ begründen.

Mit seinem Urteil vom 26.9.2012 änderte der *BFH* seine Rechtsprechung und behandelte Verluste, die dem Steuerpflichtigen aus dem Verfall von Optionen erwachsen, als Werbungskosten bei den Einkünften i. S. d. § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG.<sup>32</sup> Der *BFH* begründet die Abziehbarkeit von Verlusten aus dem Verfall in zwei Schritten.<sup>33</sup> Zuerst stellt er fest, dass § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG neben dem positiven auch einen negativen Differenzausgleich erfasst. Daher können in beiden Fällen die Optionsprämien als Werbungskosten geltend gemacht werden. Die Möglichkeit eines negativen Differenzausgleichs wird damit begründet, dass das Gesetz nach allgemeinem steuerrechtlichem Sprachgebrauch mit „Gewinn“ auch den Verlust umfasst.<sup>34</sup> Davon geht auch § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG aus, wenn er den Verlust aus einem Termingeschäft ausdrücklich hervorhebt.<sup>35</sup>

In einem zweiten Schritt stützt sich das Gericht auf ein „*argumentum a maiore ad minus*“.<sup>36</sup> Da eine negative Differenz steuerbar wäre, muss das Weniger – das Nichtausüben einer wirtschaftlich wertlosen Option – schon wegen des Gebots der Gleichbehandlung des Gleichartigen (Art. 3 Abs. 1 GG) ebenso steuerbar sein. Das Weniger (Verfall der Option) erfüllt den Steuertatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 4 a. F. EStG (Erlangen eines Nachteils). Das hat zur Folge, dass die

<sup>30</sup> *Helios/Philipp* (Fn. 11), S. 96.

<sup>31</sup> *Ebd.*

<sup>32</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 10 (juris).

<sup>33</sup> *Moritz/Strohm*, Stille Revolution bei der Besteuerung privater Optionsgeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG a. F. – Zugleich Anmerkung zum *BFH*-Urteil vom 26.9.2012, DB 2013, 603 (607).

<sup>34</sup> *Drien*, Kapitalverluste nur für „Kleinanleger“? – Zur Verfassungswidrigkeit der Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 S. 5f. EStG, FR 2020, 663 (665).

<sup>35</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 23 (juris).

<sup>36</sup> *Heuermann* (Fn. 13), S. 719.



Optionsprämien als Werbungskosten nach § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG abgezogen werden können.<sup>37</sup>

Diese gleichheitsgerechte Gesetzesauslegung überzeugt vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips. Denn die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ist um die aufgewandten Optionsprämien gemindert, unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einem negativen Differenzausgleich kommt oder ob der Steuerpflichtige die Option verfallen lässt.<sup>38</sup> Die Finanzverwaltung hat anschließend den Abzug der Optionsprämien als Werbungskosten für die Rechtslage vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 anerkannt. Allerdings hat sie ausdrücklich klargestellt, dass diese Grundsätze keine Anwendung auf die neue Rechtslage finden.<sup>39</sup>

#### bb) Optionsstillhalter

Steigen entgegen der Erwartung des Stillhalters die Kurse, wird der Optionsinhaber die Option ausüben. Dann stellt sich die Frage, ob die daraus resultierenden Verluste des Stillhalters mit den vereinnahmten Stillhalterprämien verrechnet werden können.<sup>40</sup> Die Möglichkeit des Verlustausgleichs hängt wegen des Verlustausgleichsverbots in § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG maßgeblich davon ab, nach welcher Vorschrift die Optionsprämie besteuert und wie der vom Stillhalter zu zahlende Barausgleich behandelt wird.

##### (1) Optionsprämie

Die Rechtsprechung des *BFH* und die Finanzverwaltung trennen zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft (Trennungstheorie/Zwei-Vertrags-Theorie).

Die vom Stillhalter vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, aus der Option in Anspruch genommen zu werden, sei eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung. Die vom Stillhalter vereinnahmte Optionsprämie sei demnach gemäß § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar.<sup>41</sup>

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die vereinnahmten Optionsprämien als Teil eines Termingeschäfts den Tatbestand des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F.

<sup>37</sup> *BFH*, Urt. v. 26.9.2012 - IX R 50/09, Rn. 24 (juris).

<sup>38</sup> *Ebd.*, Rn. 25; *Meinert/Helios*, Die Abzugsfähigkeit vergeblicher Aufwendungen bei Termingeschäften im Privatvermögen – Zugleich Anmerkung zu *BFH*, Urt. v. 26.9.2012, IX R 50/09, DStR 2013, 508 (510).

<sup>39</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

<sup>40</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 199.

<sup>41</sup> *BFH*, Urt. v. 17.4.2007 - IX R 40/06, Rn. 14 (juris); *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 24.

EStG erfüllen.<sup>42</sup> Das überzeugt angesichts des Wortlauts von § 23 Abs. 3 S. 5 a. F. EStG nicht. Danach ist „Gewinn oder Verlust bei einem Termingeschäft [...] der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag“. Die Optionsprämie bestimmt sich nicht durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße. Der Stillhalter erhält die Prämie auch, wenn die Option nicht ausgeübt wird.<sup>43</sup> Die Optionsprämie kann folglich nicht nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG besteuert werden. Sie ist nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar.

### (2) Lieferung des Basistitels

Infolge der Optionsausübung wird der Stillhalter dem Optionsinhaber den Basiswert liefern. Bei der Call-Option ist das für den Stillhalter ein Veräußerungsgeschäft. Hat der Stillhalter den Basiswert höchstens ein Jahr vor Optionsausübung angeschafft, kann ein Veräußerungsverlust nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. F. EStG entstehen. Ein Verlustausgleich mit den Einnahmen aus der Optionsprämie ist wegen des Verlustausgleichsverbots in § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG nicht möglich.

### (3) Barausgleich

Ob und wie ein gezahlter Barausgleich unter der alten Rechtslage steuerlich berücksichtigt werden kann, ist umstritten.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist ein gezahlter Barausgleich beim Stillhalter ein einkommensteuerrechtlich unbeachtlicher Vermögensschaden.<sup>44</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht. Seit Einführung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. im Jahre 1999 wird der vereinnahmte Barausgleich beim Optionsinhaber besteuert, sofern zwischen Erwerb und Beendigung der Option nicht mehr als ein Jahr vergangen ist. Wenn der durch den Barausgleich erzielte Gewinn besteuert wird, kann der Verlust nicht der nichtsteuerbaren Vermögenssphäre zugeordnet werden.

Nach Rechtsprechung des *BFH* ist wegen der Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft der gezahlte Barausgleich nicht als Werbungskosten bei Einkünften nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG abziehbar.<sup>45</sup> Der gezahlte Barausgleich sei

<sup>42</sup> *Wagner*, Die „verwirrende“ Rechtsprechung zu den Einkünften nach § 23 EStG, DStZ 2006, 176 (185).

<sup>43</sup> *Heuermann*, Optionseinräumen kein Termingeschäft – Anmerkung zu *BFH* v. 17.4.2007, HFR 2007, 749 (750).

<sup>44</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 24.

<sup>45</sup> *BFH*, Urt. v. 13.2.2008 - IX R 68/07, Rn. 15 (juris).

als Verlust aus einem Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a.F. EStG zu erfassen.<sup>46</sup> Das führt dazu, dass wegen des Verlustausgleichsverbots nach § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. die Verluste infolge des gezahlten Barausgleichs nicht mit den Einnahmen aus der Optionsprämie verrechnet werden können.

Dagegen wird in der Literatur teilweise vertreten, dass ein gezahlter Barausgleich zu Werbungskosten bei den Einkünften nach § 22 Nr. 3 a.F. EStG führe.<sup>47</sup> Danach kann der Stillhalter die Verluste infolge des Barausgleichs mit den Optionsprämien verrechnen. Ein Abzug des gezahlten Barausgleichs als Werbungskosten setzt voraus, dass der Barausgleich durch die Einkünfte als Stillhalter nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG veranlasst ist, § 9 Abs. 1 S. 1 EStG. Für diese Veranlassung spreche, dass ein innerer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der vereinnahmten Optionsprämie und dem Barausgleich bestehe. Denn ohne vereinnahmte Optionsprämie wäre es zu keinem Barausgleich gekommen.<sup>48</sup> Gegen die Trennungstheorie wird argumentiert, dass bei der Besteuerung von Optionsgeschäften keine künstliche Aufspaltung in die Tatbestände der § 22 Nr. 3 a. F. EStG und § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG vorgenommen werden dürfe.<sup>49</sup>

Wirtschaftlich betrachtet leuchtet das Argument der künstlichen Aufspaltung zunächst ein. Stillhalter- und Basisgeschäft sind wirtschaftlich miteinander verknüpft. Beispielsweise hängt die Höhe der Optionsprämie im Stillhaltergeschäft maßgeblich vom Preis und der Volatilität des Basiswertes ab.<sup>50</sup> Diese wirtschaftlich geprägte Argumentation verkennt aber, dass die Trennungstheorie Folge der gesetzlichen Konzeption ist. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG erfasst nicht die Optionsprämie, sondern nur Vor- und Nachteile aus dem Basisgeschäft. Die Trennung zeigt sich auch im Wortlaut des § 23 a. F. EStG. In § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 2 a. F. EStG wird von „Erwerb und Beendigung“ gesprochen, also zwischen Stillhaltergeschäft (Erwerb) und Basisgeschäft (Beendigung) unterschieden. Daher kann die vereinnahmte

<sup>46</sup> BFH, Urt. v. 20.10.2016 - VIII R 55/13, Rn. 17 (juris).

<sup>47</sup> *Philipowski*, Stillhaltergeschäfte: Bar gezahlte Ausgleichsbeträge nicht abziehbar?, DStR 2009, 353 (356); *Helios/Philipp*, Kein Verlustausgleich zwischen Basisgeschäften und Einkünften als Stillhalter, FR 2010, 1052 (1054); *Habne/Krause*, BB-Kommentar: Die Aufspaltung des Optionsgeschäfts in zwei voneinander unabhängige Teile beim „cash-settlement“ widerspricht dem wirtschaftlichen Sachverhalt, BB 2008, 1100 (1101).

<sup>48</sup> *Habne/Krause* (Fn. 47), S. 1101.

<sup>49</sup> *Hick*, Verlustausgleich zwischen Basisgeschäften und Einkünften als Stillhalter – Aussetzung der Vollziehung – Verletzung des Grundrechtsrechts auf effektiven Rechtsschutz, DB 2010, 2534 (2534); *Philipowski*, Die asymmetrische Besteuerung von Stillhaltergeschäften ist nicht gerechtfertigt, DStR 2011, 1298 (1299).

<sup>50</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 201.

Optionsprämie nicht nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG, sondern nur als eigenständige Leistung für das eingegangene Risiko nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG steuerbar sein. Vor diesem Hintergrund ist zwischen dem Stillhalter- und dem Basisgeschäft zu trennen. Der gezahlte Barausgleich ist nicht durch die Einkünfte als Stillhalter nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG veranlasst, sondern ist als Verlust aus einem Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG zu erfassen.

#### (4) Glattstellung

Nimmt der Stillhalter einer Call-Option eine Glattstellung vor, indem er eine Call-Option derselben Serie mit Closing-Vermerk kauft, ist die zu zahlende Optionsprämie wirtschaftlich betrachtet eine Aufwendung zur Befreiung von der zuvor eingegangenen Stillhalterbindung.<sup>51</sup> Diese Aufwendung dient zur Sicherung der vereinnahmten Optionsprämie. Die für den glattstellenden Kauf gezahlte Optionsprämie ist daher als Werbungskosten bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 a. F. EStG, also auch bei den vereinnahmten Optionsprämien, abzuziehen.<sup>52</sup>

#### cc) Probleme vor dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008

Das Hauptproblem bei der Besteuerung des Optionsinhabers ist die steuerliche Berücksichtigung des Verfalls des Optionsrechts. Hier hat der *BFH* mit seiner gleichheitsgerechten Gesetzesauslegung eine Lösung gefunden, die sowohl dogmatisch als auch vor dem Hintergrund der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit überzeugt. Die Frage der steuerlichen Anerkennung des Verfalls wird sich auch nach der neuen Rechtslage stellen, da die Finanzverwaltung ausdrücklich klargestellt hat, dass die Entscheidung des *BFH* dort keine Anwendung findet.<sup>53</sup>

Bei der Besteuerung des Stillhalters führt die wegen der gesetzlichen Konzeption erforderliche Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft dazu, dass nur im Fall der Glattstellung der Verlust des Stillhalters mit den vereinnahmten Optionsprämien verrechnet werden kann. Das führt zu Widersprüchlichkeiten innerhalb der verschiedenen Möglichkeiten der Beendigung der Option. Beispielsweise kann der Stillhalter bei einer Glattstellung die Verluste vollständig verrechnen, während er einen gezahlten Barausgleich nicht von den Stillhalterprämien abziehen kann.

<sup>51</sup> *BMF*, 27.11.2001, IV C 3-S 2256-265/01, Rn. 26.

<sup>52</sup> *Ebd.*

<sup>53</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

Ferner kann die Trennung zwischen Stillhalter- und Basisgeschäft i. V. m. dem Verlustausgleichsverbot des § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG zu erheblichen Widersprüchen mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit führen, wenn es zu einer Ausübung der Option kommt. Vereinnahmt beispielsweise ein Stillhalter 100.000 € Optionsprämie und muss wenige Monate später infolge der Optionsausübung 200.000 € Barausgleich leisten, hat er wirtschaftlich gesehen durch das Optionsgeschäft einen Verlust von 100.000 € erzielt. Er muss jedoch 100.000 € als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 a. F. EStG versteuern, während der Verlust in Höhe von 200.000 € nur mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften ausgeglichen werden kann. Hat der Steuerpflichtige keine Gewinne nach § 23 a. F. EStG erzielt, führt das dazu, dass diese Verluste seine Steuerlast nicht senken. Mit diesem Beispiel wird deutlich, dass das Verlustausgleichsverbot des § 23 Abs. 3 S. 8 a. F. EStG in Einzelfällen dazu führt, dass der Steuerpflichtige nicht nach seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit besteuert wird. In solchen Extremfällen kann lediglich die Finanzverwaltung mit dem Erlass nach §§ 163, 227 AO Steuergerechtigkeit im Einzelfall herstellen.

*b) Rechtslage nach dem Unternehmenssteuerreformgesetz 2008*

Mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 führen Optionsgeschäfte jeglicher Art zu Einkünften aus Kapitalvermögen.<sup>54</sup> Die Stillhalterprämien werden nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG besteuert. Die Norm findet auf Stillhalterprämien Anwendung, soweit sie nach dem 31.12.2008 zufließen.<sup>55</sup> § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a und b EStG regelt die Besteuerung des Gewinns bei Termingeschäften, bei denen der Rechtserwerb nach dem 31.12.2008 erfolgt.<sup>56</sup> Nach lit. a wird „der Gewinn bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt“ erfasst. Nach lit. b wird „der Gewinn aus der Veräußerung eines als Termingeschäft ausgestalteten Finanzinstruments“ besteuert.

<sup>54</sup> Heuermann, Barausgleich keine Werbungskosten bei dem Stillhaltergeschäft – Anmerkung, HFR 2008, 573 (574).

<sup>55</sup> Geurts, in: Bordewin/Brandt, (Fn. 10), § 20 Rn. 601.

<sup>56</sup> Ebd.

## aa) Optionsinhaber

## (1) Ausübung und Glattstellung der Option

Die Lieferung des Basistitels ist kein Differenzausgleich und führt zu keinem steuerpflichtigen Gewinn nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG.<sup>57</sup> Der Barausgleich ist als Differenzausgleich nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG steuerbar. Der Gewinn ist nach § 20 Abs. 4 S. 5 EStG die Differenz zwischen Barausgleich und den in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehenden Aufwendungen. Dadurch wird bei Termingeschäften in Abweichung zu § 20 Abs. 9 EStG eine Besteuerung nach dem Nettoprinzip angeordnet.<sup>58</sup> Die gezahlten Optionsprämien sind als in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehende Aufwendungen abziehbar.<sup>59</sup>

Die rechtliche Glattstellung wird steuerlich als Veräußerung der Optionen behandelt, sodass der Tatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. b EStG erfüllt ist. Der Gewinn oder Verlust ergibt sich aus der Differenz aus den vereinnahmten Optionsprämien und den zuvor gezahlten Optionsprämien, § 20 Abs. 4 S. 1 EStG.<sup>60</sup>

## (2) Verfall der Option

Bei der steuerlichen Berücksichtigung des Verfalls der Option ist vergleichbar zur alten Rechtslage umstritten, ob die gezahlten Optionsprämien als Aufwendungen gemäß § 20 Abs. 4 S. 5 EStG, die in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen, erfasst werden können.

Die Finanzverwaltung hat auch nach der Neuregelung des § 20 EStG weiterhin die Auffassung vertreten, dass ein Verfall des Optionsrechts zum Ende der Laufzeit einkommensteuerrechtlich keine Bedeutung habe.<sup>61</sup> Diese Ansicht der Finanzverwaltung stützt sich auf das Argument, dass der Verfall des Optionsrechts ein Vorgang auf der nicht steuerlich relevanten Vermögensebene sei. Die Grundsätze des *BFH* zum Verfall von Optionen bei der alten Rechtslage sollen nach Schreiben des *BMF* keine Anwendung auf § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG finden.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> *Haisch* (Fn. 18), S. 765.

<sup>58</sup> *Geurts*, in: *Bordewin/Brandt*, (Fn. 10), § 20 Rn. 625.

<sup>59</sup> *Heuermann* (Fn. 13), S. 720.

<sup>60</sup> *Helios/Philipp* (Fn. 11), S. 97.

<sup>61</sup> *BMF*, 13. 6. 2008, IV C 1 – S 2000/07/0009, II Nr. 5.

<sup>62</sup> *BMF*, 27.3.2013, IV C 1-S 2256/07.

Der *BFH* trat mit seinem Urteil vom 12.1.2016 dieser Verwaltungsauffassung entgegen. Die Anwendung des § 20 Abs. 4 S. 5 EStG setze voraus, dass der Gewinn einer nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG steuerbaren Tätigkeit zu ermitteln ist.<sup>63</sup> Das Verfallenlassen einer Option sei nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG steuerbar. Dies wird einerseits mit der Historie der Besteuerung von Termingeschäften und andererseits mit dem Prinzip der Leistungsfähigkeit begründet.<sup>64</sup>

§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG entspricht § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 1 a. F. EStG. Der zweite Halbsatz, der Termingeschäfte nur der Besteuerung unterwarf, wenn der Zeitraum zwischen „Erwerb und Beendigung des Rechts [...] nicht mehr als ein Jahr beträgt“, ist nicht übernommen worden. Denn der Gesetzgeber wollte „Wertzuwächse zukünftig unabhängig von dem Zeitpunkt der Beendigung des Rechts“ besteuern.<sup>65</sup> Aus dem „gestreckten Tatbestand“ bei Termingeschäften wurde mit § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG ein Tatbestand geschaffen, der nur auf den Abschluss des Termingeschäfts und dessen wirtschaftliches Ergebnis („Gewinn bei Termingeschäften“) abstellt.<sup>66</sup> Es wird nicht mehr zwischen Eröffnungs- und Basisgeschäft getrennt, weshalb die Anschaffung einer Option und der Ausgang des Optionsgeschäfts bei der ertragssteuerrechtlichen Betrachtungsweise als Einheit betrachtet werden müssen.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund ist § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG teleologisch so auszulegen, dass einen „Vorteil“ aus einem Termingeschäft derjenige „erlangt“, der mit dem Erwerb der Option das bedingte Recht auf einen Barausgleich erwirbt. Daher ist jeder Ausgang des Termingeschäfts ohne zeitliche Beschränkung in vollem Umfang steuerbar. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG erfasst auch den Verfall, weshalb die gezahlten Optionsprämien in diesem Fall Aufwendungen i. S. d. § 20 Abs. 4 S. 5 EStG sind.<sup>68</sup> Dieses Ergebnis entspricht auch dem Gebot der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, da die Leistungsfähigkeit des Optionskäufers um die gezahlten Optionsprämien gemindert ist, unabhängig davon, ob er die Option ausübt oder verfallen lässt.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> *BFH*, Urt. v. 12.1.2016 - IX R 48/14 Rn. 13 (juris).

<sup>64</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 16/4841, S. 55.

<sup>66</sup> *BFH*, Urt. v. 12.1.2016 - IX R 48/14, Rn. 16 (juris).

<sup>67</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

<sup>68</sup> *Ebd.*, Rn. 18.

<sup>69</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass sich die Finanzverwaltung in dem Schreiben vom 12.4.2018 der Ansicht des *BFH* angeschlossen hat.<sup>70</sup> Dabei ist jedoch kritisch zu bewerten, dass die Finanzverwaltung so lange an ihrer Auffassung festgehalten hat, dass der Verfall ein unbeachtlicher Vermögensschaden sei. Mit Änderung des § 20 EStG durch das Unternehmenssteuerreformgesetz wurde eine nicht steuerbare Vermögensebene im Bereich der Kapitalanlage aufgegeben.<sup>71</sup> Daher ist die Ansicht der Finanzverwaltung, die sie vor dem Urteil des *BFH* vertreten hatte, mit der geltenden Rechtslage unvereinbar.

Der Gesetzgeber führte in Reaktion auf die veränderte Verwaltungsauffassung die Verlustausgleichsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG, der für Verluste ab dem 1.1.2021 gilt, ein.<sup>72</sup> Danach dürfen Verluste nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG nur in Höhe von 20.000 € mit Gewinnen i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ausgeglichen werden. Die Verluste des Verfalls können daher nur noch mit der Stillhalterprämie sowie Gewinnen aus Termingeschäften verrechnet werden. Zudem ist der Verlustausgleich betragsmäßig auf 20.000 € beschränkt.

#### bb) Stillhalter

##### (1) Optionsprämie

Nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG gehören zu den Kapitaleinkünften „Stillhalterprämien, die für die Einräumung von Optionen vereinnahmt werden“. Die vom Stillhalter vereinnahmten Optionsprämien sind mithin als Kapitaleinkünfte steuerbar. Kommt es zur Ausübung der Option, stellt sich wieder die Frage, inwiefern der Stillhalter die Verluste mit der vereinnahmten Optionsprämie verrechnen kann.

##### (2) Lieferung des Basistitels

Die Steuerbarkeit des Veräußerungsvorgangs beim Stillhalter hängt von der Art des Basistitels ab. Ist der Basistitel ein in § 20 Abs. 2 EStG genanntes Wirtschaftsgut, ist die Veräußerung unabhängig von einer Haltedauer steuerbar. Es entsteht ein Veräußerungsverlust nach § 20 Abs. 4 S. 1 EStG. Ist der Basistitel eine Aktie, kann der Verlust wegen des Verlustausgleichsverbots in § 20 Abs. 6

<sup>70</sup> *BMF*, 12.4.2018, IV C 1-S 2252/08, Rn. 27.

<sup>71</sup> *Helios/Link*, Zweifelsfragen der Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge auf Finanzinnovationen und offenen Fonds, *DStR* 2008, 386 (387); *Dahm/Hamacher*, Termingeschäfte im EStG – Eine Besteuerungsruipe, *DStR* 2014, 455 (458).

<sup>72</sup> *Dahm/Hoffmann*, Die neue Beschränkung der Verlustverrechnung nach § 20 Abs. 6 S. 5 und 6 EStG – Schlimmer geht immer!, *DStR* 2020, 81 (83).



§ 4 EStG nicht mit den Optionsprämien verrechnet werden. Anzumerken ist, dass der *BFH* beim *BVerfG* eine Entscheidung darüber einholt, ob § 20 Abs. 6 S. 4 EStG mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Bei anderen Wirtschaftsgütern i. S. d. § 20 EStG ist ein Verlustausgleich möglich. Bei Wirtschaftsgütern, die nicht von § 20 EStG erfasst werden, richtet sich die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Die Veräußerung ist in diesen Fällen nur steuerbar, wenn sie innerhalb von zwölf Monaten nach Anschaffung des Basiswertes vorgenommen wird.<sup>73</sup> In diesem Fall entsteht ein Veräußerungsverlust nach § 23 Abs. 3 S. 1 EStG. Dieser ist wegen § 23 Abs. 3 S. 7 EStG nicht mit den Optionsprämien verrechenbar.

### (3) Barausgleich

Die Finanzverwaltung vertrat auch nach der neuen Rechtslage weiterhin die Auffassung, dass ein vom Stillhalter zu leistender Barausgleich ein einkommensteuerrechtlich unbeachtlicher Vermögensschaden sei.<sup>74</sup>

In der Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, dass der Barausgleich beim Stillhalter zu einem Verlust aus einem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG führe, da auch ein negativer Differenzausgleich „erlangt“ werden könne.<sup>75</sup> Für die Berücksichtigung des Verlustes spricht der Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, da der gezahlte Barausgleich die Leistungsfähigkeit des Stillhalters mindert.<sup>76</sup> Wie beim Verfall der Option ist gegen die Argumentation der Finanzverwaltung anzuführen, dass nach Einführung der Abgeltungsteuer bei Kapitaleinkünften nicht mehr streng zwischen Ertrags- und Vermögensebene getrennt wird.<sup>77</sup> Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ist der Argumentation der Finanzverwaltung mithin jegliche Grundlage entzogen worden.

Zumindest ist positiv anzumerken, dass die Finanzverwaltung nach dem Urteil des *BFH* anerkannt hat, dass der Barausgleich beim Stillhalter zu einem Verlust

<sup>73</sup> *Geurts*, in: *Bordewin/Brandt*, (Fn. 10), § 20 Rn. 643.

<sup>74</sup> *BMF*, v. 14.12.2007, IV B 8-S000/07, Rn. 4.

<sup>75</sup> *BFH*, Urt. v. 20.10.2016 - VIII R 55/13, Rn. 30 (juris); *Jachmann-Michel*, BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2017, BB 2018, 854 (857); *Oertel*, in: *Kirchhof/Seer*, EStG, 22. Aufl. 2023, § 20 Rn. 130a.

<sup>76</sup> *Werth*, Berücksichtigung des Barausgleichs des Stillhalters bei Optionsgeschäften als Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen – sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Verlusten aus Termingeschäften – Anmerkung, HFR 2016, 213 (215).

<sup>77</sup> *Reislhuber/Bacmeister*, Weitere ausgewählte Aspekte des neuen *BMF*-Anwendungsschreibens zur Abgeltungsteuer, DStR 2010, 684 (685).

aus einem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a EStG führt.<sup>78</sup> Nach der neuen Rechtslage war es daher möglich, dass der Stillhalter den Verlust infolge des Barausgleichs mit dem Gewinn aus Optionsprämien vollständig verrechnen kann. Diese Verlustausgleichsmöglichkeit hat der Gesetzgeber mit der Verlustausgleichsbeschränkung in § 20 Abs. 6 S. 5 EStG erheblich beschränkt.<sup>79</sup> Danach dürfen Verluste nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG nur in Höhe von 20.000 € mit Gewinnen i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ausgeglichen werden.

#### (4) Glattstellung

Die steuerliche Behandlung der Glattstellung beim Stillhalter ist ausdrücklich geregelt. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 EStG mindern die im Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien die Einnahmen aus den bereits vereinnahmten Stillhalterprämien.<sup>80</sup> Die Verluste infolge des Glattstellungsgeschäfts werden direkt mit der vereinnahmten Optionsprämie verrechnet.

#### *c) Lösung der Probleme durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008?*

Wie bereits geschildert, waren die steuerliche Behandlung des Verlustes beim Optionsinhaber sowie der Verlustausgleich mit der vereinnahmten Optionsprämie beim Stillhalter die Hauptprobleme nach der alten Rechtslage. Fraglich ist daher, ob der Gesetzgeber diese Probleme lösen konnte.

#### aa) Verfall der Option

In der Gesetzesbegründung ist keine Aussage zur Behandlung des Verfalls einer Option getroffen worden.<sup>81</sup> Hier hat der *BFH* seine Rechtsprechung vom 26.9.2012 zur alten Rechtslage weitergeführt und entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung klargestellt, dass der Verfall zu einem Verlust nach § 20 Abs. 4 S. 5 EStG führt. Dieses Ergebnis überzeugt angesichts der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit. Letztlich wurde das Problem der steuerlichen Behandlung des Verfalls der Option nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsprechung des *BFH* gelöst. Der Gesetzgeber konterkariert dieses

<sup>78</sup> *BMF*, 12.4.2018, IV C 1-S 2252/08, Rn. 26.

<sup>79</sup> *Dahm/Hoffmann* (Fn. 72), S. 83.

<sup>80</sup> *Aigner/Balbinot* (Fn. 6), S. 199. Die Aufwendungen für das Glattstellungsgeschäft mindern die Einnahmen in Abweichung zu § 11 Abs. 2 S. 1 EStG dem Veranlagungszeitraum, in dem die Stillhalterprämien vereinnahmt wurden. Es handelt sich insoweit um ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO, siehe dazu *BFH*, Urt. v. 2.8.2022 – VIII R 27/21, Rn. 14 (juris).

<sup>81</sup> *BT-Drucks.* 16/4841, S. 55.

Ergebnis, indem er den Verlustausgleich ab dem 1.1.2021 durch § 20 Abs. 6 S. 5 EStG erheblich beschränkt.

bb) Besteuerung des Stillhalters

Die Einführung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG führte dazu, dass keine Streitigkeiten mehr darüber bestehen, nach welcher Norm die vereinnahmte Stillhalterprämie besteuert wird.

Die Reform des § 20 EStG ermöglichte bis zur Einführung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG zudem, dass der Stillhalter den Verlust infolge des Barausgleichs mit der vereinnahmten Optionsprämie ausgleichen konnte. Daher wird der Stillhalter im Fall des Barausgleichs nach seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit besteuert. Folglich hatte es der Gesetzgeber geschafft, die Besteuerung von Optionsgeschäften zu vereinfachen und den Verlustausgleich grundsätzlich – bis auf wenige Einzelfälle (Aktien, Wirtschaftsgüter, die nicht unter § 20 ESG fallen) – zu ermöglichen.

Die Verlustausgleichsbeschränkung des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG führt dazu, dass ein Verlustausgleich zwischen der vereinnahmten Optionsprämie und dem Barausgleich nur noch in Höhe von 20.000 € möglich ist. In dem bereits zur alten Rechtslage genannten Beispiel,<sup>82</sup> bei welchem der Stillhalter eine Optionsprämie von 100.000 € erlangt und einen Barausgleich von 200.000 € leisten muss, führt das zu folgendem Ergebnis: Die Optionsprämie ist in Höhe von 100.000 € nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 EStG steuerbar, während der Barausgleich zu einem Verlust nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 lit. a EStG in Höhe von 200.000 € führt. Dieser Verlust kann nach § 20 Abs. 6 S. 5 EStG nur in Höhe von 20.000 € verrechnet werden. Der Stillhalter muss daher 80.000 € versteuern, obwohl er wirtschaftlich betrachtet einen Verlust von 100.000 € erzielt hat.

cc) § 20 Abs. 6 S. 5 EStG und das Leistungsfähigkeitsprinzip

Dieses Beispiel zeigt, dass die Verlustausgleichsbeschränkung bei Anlegern, die bei Optionsgeschäften viel Kapital einsetzen, zu einer Besteuerung kommen kann, die im Widerspruch zum Leistungsfähigkeitsprinzip steht. Die Norm betrifft nicht nur die bereits umstrittenen Fälle des Verfalls der Option und des Barausgleichs, sondern bezieht sich auf sämtlich Verluste, die bei Optionsgeschäften entstehen können.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Siehe dazu **B. III. 1. a) cc)**.

<sup>83</sup> *Jachmann-Michel*, Neue Verlustverrechnungsbeschränkungen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, jM 2020, 120 (121).

§ 20 Abs. 6 S. 5 EStG führt zu einer asymmetrischen Besteuerung von Gewinnen und Verlusten, da der Steuerpflichtige den Gewinn aus einem Optionsgeschäft vollständig versteuern muss, während er Verluste lediglich in Höhe von 20.000 € pro Jahr anerkennen lassen kann.<sup>84</sup> Das ist nicht Ausdruck der staatlichen Partizipation am wirtschaftlichen Erfolg des Steuerpflichtigen, sondern eine asymmetrische Besteuerung einzelner Geschäfte.<sup>85</sup> Der Gesetzgeber rechtfertigt diese erhebliche Beschränkung des Verlustausgleichs damit, dass Termingeschäfte spekulativ seien, sodass dadurch hohe Gewinne, aber auch der Totalverlust von Geldanlagen entstehen können.<sup>86</sup> Zwar ist es richtig, dass Optionsgeschäfte spekulativ sind. Daher ist es schwer vorherzusehen, welche Folgen sich für den Staatshaushalt ergeben. Trotzdem gebietet es der Grundsatz der Folgerichtigkeit, dass der Staat den Verlust uneingeschränkt anerkennen muss, wenn er den Gewinn vollständig besteuert.

## 2. Besteuerung im Betriebsvermögen

Die Besteuerung im Betriebsvermögen richtet sich grundsätzlich gemäß §§ 4, 5 EStG nach einem Betriebsvermögensvergleich. Diesem liegt die Reinvermögenszugangstheorie zugrunde, wonach Einkünfte Vermögensmehrungen bzw. Vermögensminderungen innerhalb einer bestimmten Zeitspanne sind.<sup>87</sup> Aus diesem Grund werden beispielsweise Veräußerungsgewinne oder Gewinne aus einem Barausgleich im Betriebsvermögen steuerlich nach §§ 4, 5 EStG erfasst. Es bedarf daher anders als im Privatvermögen keiner ausdrücklichen Regelung für die Besteuerung von Optionsgeschäften wie in §§ 20 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG.

### a) Optionsinhaber

Der Optionsinhaber muss die Option als immaterielles Wirtschaftsgut nach § 5 EStG i. V. m. § 255 Abs. 1 HGB mit seinen Anschaffungskosten in Höhe der gezahlten Optionsprämien aktivieren.<sup>88</sup>

Im Fall der physischen Lieferung der Basiswerte sind diese mit ihren Anschaffungskosten zu aktivieren.<sup>89</sup> Die Anschaffungskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB setzen sich aus dem Basispreis für die Lieferung sowie dem

<sup>84</sup> *Drüen* (Fn. 34), S. 666.

<sup>85</sup> *Ebd.*

<sup>86</sup> BT-Drucks. 19/15876, S. 68.

<sup>87</sup> *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 2), Rn. 602.

<sup>88</sup> *Johannemann/Herr*, Besteuerung von anteilsbezogenen Kaufoptionen im Betriebsvermögen, RdF 2011, 267 (267).

<sup>89</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, 319. EL 2023, § 5 EStG Rn. 1072.

Buchwert des aktivierten Optionsrechts zusammen. Die Ausübung der Kaufoption ist damit als Anschaffungsvorgang mangels Realisationstatbestands steuerlich erfolgsneutral.<sup>90</sup> Beim Barausgleich ist das Optionsrecht auszubuchen und der erlangte Barausgleich zu aktivieren. Es entsteht ein Gewinn in Höhe des Barausgleichs abzüglich des Buchwerts der Option.<sup>91</sup>

Die rechtliche Glattstellung ist steuerlich wie eine Veräußerung der Option zu behandeln. Es entsteht ein Gewinn oder Verlust in Höhe der Differenz der erhaltenen und gezahlten Prämien.<sup>92</sup> Lässt der Optionsinhaber die Option verfallen, ist das aktivierte Optionsrecht erfolgswirksam auszubuchen.<sup>93</sup>

#### *b) Stillhalter*

Das durch die Optionsprämie vereinnahmte Geld ist zu aktivieren. Dagegen ist für die Verpflichtung des Stillhalters, innerhalb der Optionsfrist den Basiswert möglicherweise verkaufen zu müssen, eine Verbindlichkeit in Höhe der dafür vereinnahmten Optionsprämie auszuweisen. Diese Verbindlichkeit ist erst bei Ausübung oder Verfall der Option auszubuchen.<sup>94</sup> Das ist Ausdruck des Realisationsprinzips i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 HGB. Der Stillhalter erhält schon bei Abschluss des Vertrags die Optionsprämie. Anschließend muss er noch seine Leistung in Form der Risikoübernahme erbringen. Diese Leistung ist erst bei Beendigung der Option erbracht, weshalb die Verbindlichkeit erst zu diesem Zeitpunkt auszubuchen ist.<sup>95</sup>

Im Fall der physischen Lieferung des Basistitels hat der Stillhalter die zu liefernden Basiswerte und die passivierte Prämie auszubuchen sowie die erhaltenen Basispreise zu aktivieren.<sup>96</sup> In der Höhe der Differenz zwischen Basispreis zuzüglich des Erlöses aus der Ausbuchung der Prämien einerseits und den Buchwerten der Basiswerte andererseits entsteht ein Gewinn oder Verlust.<sup>97</sup>

Muss der Stillhalter infolge der Ausübung der Option einen Barausgleich leisten, entsteht ein Verlust in Höhe des gezahlten Barausgleichs. Dieser Verlust unterliegt dem Verlustausgleichsverbot des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG. Danach dürfen „Verluste aus Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen

<sup>90</sup> *Johannemann/Herr* (Fn. 88), S. 270.

<sup>91</sup> *Ebd.*, S. 271.

<sup>92</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1072.

<sup>93</sup> *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, 167. EL 2023, § 5 EStG Rn. 1101.

<sup>94</sup> *BFH*, Urt. v. 18.12.2002 - I R 17/02, Ls.

<sup>95</sup> *Hoffmann*, Bilanzielle Behandlung von Optionsprämien beim Stillhalter – Anmerkung, DStR 2013, 678 (681).

<sup>96</sup> *Haisch*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1073.

<sup>97</sup> *Ebd.*

Differenzausgleich [...] erlangt“ nicht mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb verrechnet werden.<sup>98</sup> Dieser Wortlaut entspricht dem des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a. F. EStG. Dieser umfasste nach Rechtsprechung des *BFH* auch den Verlust des Stillhalters infolge des Barausgleichs als negativen Differenzausgleich, weshalb das Gleiche für § 15 Abs. 4 S. 3 EStG gelten muss. Folglich kann der Stillhalter der Kaufoption den Verlust infolge des Barausgleichs nur mit Gewinnen aus einem Barausgleich verrechnen, § 15 Abs. 4 S. 3 EStG.

Stellt der Stillhalter die Option glatt, ergibt sich in Höhe der Differenz zwischen den erhaltenen und den gezahlten Prämien ein Gewinn oder Verlust.<sup>99</sup> Das Verlustausgleichsverbot in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG findet keine Anwendung, da im Fall der Glattstellung kein Differenzausgleich erlangt wird.

#### *c) Probleme bei der Besteuerung von Optionen im Betriebsvermögen*

Die Besteuerung von Optionen im Betriebsvermögen bereitet wegen der Geltung der Reinvermögenszugangstheorie weniger Schwierigkeiten als im Privatvermögen. Da alle Wertzuwächse erfasst werden, ist unstrittig, dass der Verfall der Option steuerlich zu berücksichtigen ist. Probleme entstehen wegen des Verlustausgleichsverbots in § 15 Abs. 4 S. 3 EStG. Dieses führt einerseits dazu, dass innerhalb der verschiedenen Beendigungsmöglichkeiten der Option Ungleichbehandlungen entstehen, da das Verbot nur beim Barausgleich Anwendung findet. Andererseits kann es zu Widersprüchen mit der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit führen, wenn der Steuerpflichtige keine Gewinne aus Termingeschäften erzielt hat, mit denen die Verluste verrechnet werden können.

#### *d) Ungleichbehandlung bei Besteuerung im Betriebs- und Privatvermögen*

§ 15 Abs. 4 S. 3 EStG enthält im Gegensatz zu § 20 Abs. 6 S. 5 EStG keine Beschränkung des Verlustausgleichs der Höhe nach, sondern schafft lediglich einen Verlustverrechnungskreis für Verluste aus Termingeschäften. Verluste können danach nur mit Gewinnen aus Termingeschäften verrechnet werden.<sup>100</sup> Daher kommt es bei der Optionsbesteuerung im gewerblichen Bereich zu einer Privilegierung gegenüber Privaten. Diese Ungleichbehandlung

<sup>98</sup> *Johannemann/Herr* (Fn. 88), S. 271.

<sup>99</sup> *Haisch*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, (Fn. 89), § 5 EStG Rn. 1073.

<sup>100</sup> Der *BFH* hielt diese Verlustverrechnungsbeschränkung 2016 für verfassungsgemäß, da es sich bei Optionsgeschäften um hochspekulative und besonders risikogeneigte Geschäfte handle, siehe dazu *BFH*, Urt. v. 28.4.2016 – IV R 20/13 Rn. 20 ff. (juris). Eine Prüfung einer Ungleichbehandlung zu privaten Optionseinkünften wurde nicht vorgenommen, da zu diesem Zeitpunkt die Vorschrift des § 20 Abs. 6 S. 5 EStG nicht existierte.

ist vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Wie bereits erläutert, schränkt der Gesetzgeber die Verlustausgleichsmöglichkeit bei Privaten ein, um fiskalische Haushaltsrisiken zu minimieren.<sup>101</sup> Angesichts des Regelungszwecks ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Gesetzgeber im gewerblichen Bereich keine Beschränkung der Höhe nach regelt.

### C. Resümee

Die Besteuerung nach dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit ist das Fundamentalprinzip im Steuerrecht. Leider ist im Rahmen der Besteuerung von Optionen festzuhalten, dass weder die Finanzverwaltung noch der Gesetzgeber diesem Prinzip die notwendige Bedeutung beimessen. Dies zeigt sich bei der Finanzverwaltung im Rahmen der Streitigkeiten zur steuerlichen Behandlung des Verfalls der Option und des Barausgleichs. Diese qualifizierte den Verfall sowie den Barausgleich im Privatvermögen lange als einen unbeachtlichen Vermögensschaden, obwohl es nach Einführung des § 20 Abs. 2 EStG bei Kapitaleinkünften keine unbeachtliche Vermögensebene mehr gab. Es ist zu begrüßen, dass der *BFH* als „Hüter des Leistungsfähigkeitsprinzips“ mit seiner Rechtsprechung der Finanzverwaltung entgegentrat, sodass der Verlust infolge des Verfalls oder des Barausgleichs im Privatvermögen sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage steuerlich berücksichtigt werden konnte.

Beim Gesetzgeber offenbart sich die Missachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips vor allem anhand der Verlustausgleichsbeschränkung in § 20 Abs. 6 S. 5 EStG, da Gewinne vollständig besteuert werden, während Verluste lediglich in Höhe von 20.000 € pro Jahr anerkannt werden. Das verstößt gegen das Gebot der Folgerichtigkeit. Wer Gewinne aus spekulativen Optionsgeschäften sozialisiert, darf die Verluste nicht privatisieren.<sup>102</sup> Der Gesetzgeber und die Finanzverwaltung sollten sich bei der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung nicht von rein profiskalischen Motiven leiten lassen. Vielmehr sollten sie die Vorschriften bei der Optionsbesteuerung so anpassen bzw. auslegen, dass die einzelnen Bürger leistungsfähigkeitsgerecht belastet werden.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> BT-Drucks. 19/15876, S. 68.

<sup>102</sup> *Driien* (Fn. 34), S. 673.

<sup>103</sup> Einen Vorschlag, wie die Vorschriften der Optionsbesteuerung *de lege ferenda* angepasst werden könnten, gibt *Kissling*, Die einkommensteuerliche Behandlung börsengehandelter Optionsgeschäfte im Rahmen privater Vermögensverwaltung, 2022, S. 220–222.

Helena Hölschermann\*

## Untersuchung zu *Robert Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*

### Abstract

*Robert Alexy* widmet sich in „Individuelle Rechte und kollektive Güter“, in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, S. 232 ff. der Frage nach dem Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern in demokratischen Verfassungsstaaten. Im Rahmen einer begrifflichen und normativen Analyse bemüht er den Nachweis, dass es zwar begrifflich möglich ist, das eine auf das andere zu reduzieren. Indes sprächen normative Gründe gegen eine Reduktion. In jedem rechtfertigungsfähigen normativen System müsse es sowohl individuelle Rechte als auch kollektive Güter mit eigener Kraft geben. Dabei behauptet *Alexy* einen *prima facie*-Vorrang individueller Rechte vor kollektiven Gütern. Gegenstand dieses Beitrags ist eine Untersuchung der Ausführungen *Alexys* zum Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern durch Zusammenfassung, Gegenüberstellung und Diskussion der Thesen.

---

\* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Sommersemester 2020 von Prof. *Dr. Martin Borowski* im Rahmen des Seminars „Theorie der Grund- und Menschenrechte und Völkerrecht“ gestellt wurde.



## **A. Einleitung**

Das Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern gehört zu den rechtsphilosophischen Themen, deren Diskussion fundamentale Bedeutung im Zusammenhang mit Fragen des Verfassungsrechts, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie einer Vielzahl von verwaltungsrechtlichen Problemen erlangt. Der Streit um das Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern weist dabei eine analytische und eine normative Dimension auf. Um das Problem analytisch zu erfassen, ist zunächst eine Bestimmung der Begriffe des individuellen Rechts und des kollektiven Gutes erforderlich. Die normative Dimension des Streits um das Verhältnis individueller Rechte zu kollektiven Gütern resultiert daraus, dass jede Verhältnisbestimmung im Sinne einer Gewichtung von kollidierenden individuellen Rechten und kollektiven Gütern Entscheidungen über die Struktur des Staates und der Gesellschaft einschließt. Dies wiederum hat die Klärung der Frage, was gerecht ist, zur Voraussetzung.

Im Rahmen der Untersuchung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern widmet sich *Robert Alexy* in „Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie“ zunächst der Frage nach der Definition der Begriffe des individuellen Rechts und des kollektiven Gutes, um in einem zweiten Teil die begrifflichen Relationen der Positionen zueinander aufzuzeigen und diese schließlich einigen normativen Thesen zum Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern zuzuführen. Gegenstand dieses Beitrags ist eine Untersuchung der Ausführungen *Alexys* zum Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern durch Zusammenfassung, Gegenüberstellung und Diskussion der Thesen.

## **B. Das Verhältnis von individuellen Rechten und kollektiven Gütern nach Robert Alexy**

### **I. Die Begriffe des individuellen Rechts und des kollektiven Gutes**

#### **1. Der Begriff des individuellen Rechts**

*Alexys* Analyse des Begriffs des individuellen Rechts beruht auf zwei grundlegenden Elementen: einem Drei-Stufen-Modell individueller Rechte und einer Prinzipientheorie dieser Rechte.

##### *a) Das Drei-Stufen-Modell individueller Rechte*

In einem dreistufigen Modell unterscheidet *Alexy* zunächst zwischen den Gründen für individuelle Rechte, individuellen Rechten als rechtlichen

Positionen und Relationen und der gerichtlichen Durchsetzbarkeit als Eigenschaft individueller Rechte.

aa) Gründe für individuelle Rechte

Auf der ersten Stufe des Modells finden sich die Gründe für individuelle Rechte. Angelehnt an *Rudolf von Jherings* Definition des subjektiven Rechts als „rechtlich geschütztes Interesse“<sup>1</sup> und *Bernhard Windscheids* Definition des subjektiven Rechts als „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft“<sup>2</sup> seien zunächst das Interesse des Trägers am Gegenstand des Rechts und die Ermöglichung der Betätigung seiner Willensfreiheit als mögliche Gründe für individuelle Rechte zu nennen. Beiden Begründungsansätzen sei gemein, dass sie auf den Träger des Rechts selbst abstellen (intrinsische Gründe).<sup>3</sup> Alexy behauptet allerdings weiter, dass die Gründe für individuelle Rechte auch außerhalb des Rechtsträgers bestehen könnten (extrinsische Gründe).<sup>4</sup> Am Beispiel des Rechts auf Eigentum, das nicht nur als Recht des Einzelnen, sondern auch als Instrument zur Herstellung und Förderung der ökonomischen Effektivität einer auf Privateigentum beruhenden Wirtschaftsordnung angesehen werden könne, rechtfertige sich die Annahme, dass nicht nur individuelle Güter wie die Interessen des Trägers eines Rechts oder seine Willensfreiheit, sondern auch kollektive Güter individuelle Rechte begründen könnten.<sup>5</sup> Alexy stellt schließlich fest, dass die Gründe für ein individuelles Recht nicht mit dem Recht selbst zu verwechseln seien, sondern hiervon unterschieden werden müssten.<sup>6</sup>

bb) Individuelle Rechte als rechtliche Positionen und Relationen

Auf der zweiten Stufe des Modells führt Alexy ein System rechtlicher Grundpositionen an, das eine Dreiteilung der als „Rechte“ zu bezeichnenden Positionen in *Rechte auf etwas*, *Freiheiten* und *Kompetenzen* vornimmt.<sup>7</sup> Unabhängig von der Unterscheidung der drei Grundtypen und der daraus resultierenden Komplexität der als individuelle Rechte zu bezeichnenden rechtlichen Positionen

---

<sup>1</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, 1968, S. 339: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“

<sup>2</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1963, § 37, S. 155 f.: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.“

<sup>3</sup> Vgl. Alexy, Individuelle Rechte und Kollektive Güter, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 232 (234).

<sup>4</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>5</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>6</sup> *Ebd.*, S. 233.

<sup>7</sup> Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl. 2006, S. 171 ff.; *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 182 ff.

könne am Beispiel des *Rechts auf etwas* dargelegt werden, dass Rechte normative Positionen seien, die eine einheitliche Grundstruktur aufweisen.<sup>8</sup> Die Struktur eines *Rechts auf etwas* lasse sich gliedern in eine dreistellige Relation zwischen dem Träger (*a*), dem Adressaten (*b*) und dem Gegenstand (*G*) des Rechts. In dem Moment, in dem eine Relation zwischen *a*, *b* und *G* besteht, habe *a* gegenüber *b* ein Recht auf *G*.<sup>9</sup> Dieser Satz auf etwas lasse sich durch die Kurzform *RabG* zusammenfassen und sei mit dem Satz über die entsprechende relationale Verpflichtung *ObaG*<sup>10</sup> äquivalent. Die der zweiten Stufe zuzuordnenden individuellen Rechte könnten somit auf relationale deontische Grundmodalitäten zurückgeführt werden.<sup>11</sup>

### cc) Durchsetzbarkeit individueller Rechte

Auf der dritten Ebene des Modells geht *Alexy* der Frage nach der Durchsetzbarkeit als Eigenschaft individueller Rechte nach. Zwar spreche intuitiv einiges für einen Zusammenhang zwischen einem individuellen Recht und dessen Durchsetzbarkeit. Allerdings müsse dieser Zusammenhang nicht zwangsläufig zu einer Gleichsetzung und damit zur Aufnahme des Kriteriums der Durchsetzbarkeit in die Definition des individuellen Rechts führen.<sup>12</sup> Vielmehr stelle bereits die Existenz eines Rechts einen substanziellen Grund für seine Durchsetzbarkeit dar, was nicht möglich wäre, wenn die Durchsetzbarkeit bereits in der Definition des Begriffs des individuellen Rechts enthalten wäre.<sup>13</sup> Aus diesem Grund sei die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines individuellen Rechts von der Frage, wie ein individuelles Recht zu definieren ist, zu trennen.

### b) Die Prinzipientheorie individueller Rechte

Eine für die Bestimmung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern hinreichende Analyse des Begriffs des individuellen Rechts setze neben dem Drei-Stufen-Modell weiter ein Verständnis von der „Prinzipientheorie individueller Rechte“<sup>14</sup> voraus. *Alexy* knüpft dabei an *Dworkin*s Dichotomie von Regeln und Prinzipien<sup>15</sup> an, nimmt aber entscheidende Modifikationen vor. Zunächst widerlegt *Alexy* den „Alles-oder-Nichts“-

---

<sup>8</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 235.

<sup>9</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>10</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>11</sup> Vgl. *ebd.*, S. 236.

<sup>12</sup> Vgl. *ebd.*, S. 237.

<sup>13</sup> *Ebd.*

<sup>14</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>15</sup> *Dworkin*, *Taking rights seriously*, 2013, S. 26.

Charakter von Regeln als taugliches Unterscheidungskriterium, hält aber am Kollisionstheorem fest, wonach das Kollisionsverhalten von Prinzipien der Dimension ihrer Gewichtung entspricht. Zu dem Kern der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien stoße man nur, wenn man Prinzipien als Optimierungsgebote verstehe.<sup>16</sup> Das Verständnis als Optimierungsgebot bedeutet nach *Alexy*, dass Prinzipien als Normen aufzufassen sind, die „gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert wird“. <sup>17</sup> Prinzipien seien dadurch charakterisiert, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden könnten. Regeln dagegen könnten stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden.<sup>18</sup> Sie enthielten Festsetzungen im Rahmen des tatsächlich Möglichen.<sup>19</sup> Erst durch das Verständnis von Prinzipien als Optimierungsgeboten könne zwischen Regeln und Prinzipien unterschieden werden.

## 2. Der Begriff des kollektiven Gutes

### a) *Der nicht-distributive Charakter kollektiver Güter*

Für die Bestimmung des Begriffs des kollektiven Gutes greift *Alexy* zunächst auf die in den Wirtschaftswissenschaften erörterten Eigenschaften kollektiver Güter zurück: die Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung und die Nicht-Rivalität des Konsums.<sup>20</sup> Um individuelle Rechte von kollektiven Gütern abzugrenzen, bedürfe es indes einer Definition des kollektiven Gutes, die einen Gegensatz zu der des individuellen Rechts bildet. Für die Abgrenzung von individuellen Rechten und kollektiven Gütern führt *Alexy* daher das Kriterium der Nicht-Distributivität kollektiver Güter an. Danach sei ein Gut ein kollektives Gut, „wenn es begrifflich, tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, das Gut in Teile zu zerlegen und diese den Individuen als Anteile zuzuordnen.“<sup>21</sup> Als Beispiele für kollektive Güter nennt *Alexy* die innere und äußere Sicherheit, die Prosperität der Volkswirtschaft, die Unversehrtheit der Umwelt sowie ein hohes kulturelles Niveau.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 238.

<sup>17</sup> *Ebd.*

<sup>18</sup> *Ebd.*

<sup>19</sup> *Alexy* (Fn. 7), S. 75 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 239.

<sup>21</sup> *Ebd.*

<sup>22</sup> *Ebd.*

*b) Der normative Status kollektiver Güter*

Da der nicht-distributive Charakter jedoch nicht nur kollektiven Gütern, sondern auch kollektiven Übeln zukomme, sei weiter zu fragen, wie ein Gut normativ zu definieren sei. *Alexy* stellt dabei drei Argumentationen zur Bestimmung des normativen Status kollektiver Güter vor: eine anthropologische, eine axiologische und eine deontologische.<sup>23</sup> Die anthropologische Variante liege vor, wenn das *Interesse* an einem kollektiven Gut gegen ein individuelles Recht abzuwägen sei. Um eine axiologische Fassung handele es sich dagegen, wenn von dem *Wert* des kollektiven Gutes die Rede sei. Dasselbe Gut erhalte schließlich einen deontologischen Charakter, wenn die Herstellung oder Aufrechterhaltung des kollektiven Gutes *geboten* sei.

Vorzugsweise für die Definition des normativen Status des kollektiven Gutes sei die deontologische Variante. Zwar könnten Interessen Gründe dafür sein, dass etwas ein rechtlich relevantes kollektives Gut sei. Ein solches Interesse sei aber nichts anderes als etwas, dessen Verfolgung *prima facie* oder definitiv geboten sei.<sup>24</sup> Die axiologische Argumentation ließe eine Kollision zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern ferner nicht treffend zu und könne im Rahmen der Prinzipientheorie ohnehin erfasst werden.<sup>25</sup> Der Begriff des kollektiven Gutes lasse sich daher wie folgt definieren: „X ist ein kollektives Gut, wenn X nicht-distributiv ist und die Herstellung oder Aufrechterhaltung von X *prima facie* oder definitiv geboten ist.“<sup>26</sup> Die Aufnahme der *prima facie*-/definitiv-Dichotomie bringe schließlich zum Ausdruck, dass kollektive Güter ebenso wie individuelle Rechte Regel- oder Prinzipiencharakter haben könnten.

*c) Die Begründung kollektiver Güter*

Eine Aufnahme des Kriteriums der Begründung kollektiver Güter in die Definition des Begriffs des kollektiven Gutes lehnt *Alexy* schließlich – wie schon bei der Definition des individuellen Rechts – ab. Die Verwendung einer wohlfahrtsökonomischen Begründung zur Definition des Begriffs des kollektiven Gutes, wonach ein kollektives Gut vorliege, wenn es als Funktion individueller Güter (Nutzen, Präferenzen) gerechtfertigt werde,<sup>27</sup> scheitere bereits daran, dass aus dem Fehlen einer adäquaten Funktion unmittelbar folgen würde, dass ein kollektives Gut nicht bestehe. Aber auch die Aufnahme einer

<sup>23</sup> Zu dieser Dreiteilung der praktischen Begriffe vgl. *v. Wright*, *The Logic of Preference*, 1963, S. 7; *Alexy* (Fn. 3), S. 240.

<sup>24</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 240.

<sup>25</sup> Vgl. *ebd.*, S. 241.

<sup>26</sup> *Ebd.*, S. 241.

<sup>27</sup> Vgl. *ebd.*, S. 242.

konsenstheoretischen Begründung, wobei nach einer anspruchloseren Variante ein kollektives Gut dann vorliege, wenn ihm alle faktisch zustimmten, nach einer anspruchsvolleren, wenn ihm alle zustimmten, sofern bestimmte Rationalitätsbedingungen erfüllt wären,<sup>28</sup> in die Definition des kollektiven Gutes sei nicht zu empfehlen. Die faktische oder hypothetische Zustimmung aller sei kein auf kollektive Güter beschränktes Merkmal, was daran zu erkennen sei, dass nicht nur über kollektive Güter, sondern auch über individuelle Rechte ein Konsens denkbar sei. Dies und die generelle Maxime, dass es nicht ratsam sei, Begriffe wie die der Norm, des individuellen Rechts und des kollektiven Gutes mit Begründungsproblemen zu belasten, stellten einen hinreichenden Grund für eine ausschließlich distributionsbezogene Definition des kollektiven Gutes dar.

## II. Die begriffliche Relation zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern

In welcher Relation stehen individuelle Rechte und kollektive Güter zueinander? Lässt sich das eine auf das andere reduzieren bzw. vice versa? Zur begrifflichen Analyse des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern stellt *Alexy* vier Thesen auf.

### 1. Individuelle Rechte als Mittel für kollektive Güter

Die erste These lautet, dass alle individuellen Rechte ausschließlich Mittel für kollektive Güter seien. Exemplarisch könne hierfür das Recht auf Eigentum angeführt werden. Das Eigentumsrecht des Einzelnen könne ohne weiteres lediglich als Mittel zur Herstellung und Förderung der ökonomischen Effektivität der Gesamtwirtschaft angesehen werden.<sup>29</sup> Damit sei es ausschließlich Mittel zum Zweck eines kollektiven Gutes. Gegen diese These sprächen indes normative Erwägungen. Zum einen könne ein individuelles Recht, das ausschließlich Mittel für ein kollektives Gut ist, diesem gegenüber definitionsgemäß keine eigene Kraft entfalten: Wenn das Recht seinen Mittel-Charakter für das kollektive Gut verliert oder gar dessen Realisierung verhindert, gebe es keinen Grund mehr für das Recht.<sup>30</sup> Im Verhältnis zu dem kollektiven Gut weise es dann nicht einmal eine prima facie-Geltung auf.<sup>31</sup> Mangels Kollision könne es zu einer Abwägung nicht kommen. Vielmehr sei jede Einschränkung des individuellen Rechts gerechtfertigt, wenn hierdurch das kollektive Gut

---

<sup>28</sup> Vgl. *ebd.*, S. 242.

<sup>29</sup> Vgl. **B. I. 1. a) aa).**

<sup>30</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 245.

<sup>31</sup> Vgl. *ebd.*

gefördert wird.<sup>32</sup> Zum anderen sei zwar eine Abwägung möglich bei Kollisionen von individuellen Rechten, die jeweils durch verschiedene kollektive Güter gerechtfertigt werden, sowie bei Kollisionen von individuellen Rechten mit anderen kollektiven Gütern als dem, das sie rechtfertigt.<sup>33</sup> Wegen des universellen Mittel-Charakters finde eine solche Abwägung dann allerdings nicht zwischen individuellen Rechten oder zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern statt, sondern ausschließlich zwischen kollektiven Gütern.<sup>34</sup> Ein derartiges normatives System, in dem der Einzelne nicht ernst genommen wird, sei indes nicht rechtfertigungsfähig.<sup>35</sup>

## 2. Kollektive Güter als Mittel für individuelle Rechte

Die zweite These treffe zu, wenn es begrifflich möglich ist, alle kollektiven Güter ausschließlich als Mittel für individuelle Rechte aufzufassen. Ein kollektives Gut könne ausschließlich als ein Mittel für individuelle Rechte angesehen werden, wenn seine Herstellung oder Aufrechterhaltung nichts anderes bedeutet, als dass Voraussetzungen für die Ausübung von Rechten durch ihre Träger und die Erfüllung durch ihre Adressaten geschaffen wurden.<sup>36</sup> So könne eine Regierung das Ziel der Vollbeschäftigung ausschließlich zu dem Zweck verfolgen, dass jedermann ein Recht auf die freie Wahl seines Arbeitsplatzes tatsächlich ausüben kann. Begrifflich sei es mithin möglich, ein kollektives Gut ausschließlich als Mittel für ein individuelles Recht zu interpretieren.<sup>37</sup> Probleme ergäben sich erst aus der Unbestimmtheit der Zweck/Mittel-Relation. Das Problem der Unbestimmtheit lasse sich auf alle kollektiven Güter übertragen, die nicht für alle Individuen die sichere Möglichkeit der Realisierung ihrer Rechte schaffen.<sup>38</sup> In diesen Fällen sei das kollektive Gut aus begrifflichen Gründen nur potenziell Mittel für das kollektive Recht. Zusammenfassend hält *Alexy* deshalb fest, dass es begrifflich möglich sei, kollektive Güter ausschließlich als Mittel für individuelle Rechte aufzufassen. In einigen Fällen sei die Zweck/Mittel-Relation jedoch nur eine potenzielle.

## 3. Identitätsrelation

Die dritte der vier Thesen sei erfüllt, wenn alle kollektiven Mittel identisch sind mit Zuständen, in denen individuelle Rechte existieren und erfüllt werden. *Alexy*

---

<sup>32</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>33</sup> Vgl. *ebd.* S. 246.

<sup>34</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>35</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>36</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 247.

<sup>37</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>38</sup> Vgl. *ebd.*, S. 249.

nimmt dabei eine Unterscheidung von drei Varianten der Identitätsrelation vor: einer allgemeinen Identitätsrelation, einer speziellen Identitätsrelation und einer Abstraktionsrelation.

*a) Allgemeine Identitätsrelation*

Nach der ersten Variante bestehen kollektive Güter lediglich in einer Klasse existierender und erfüllter individueller Rechte grundsätzlich beliebigen Inhalts.<sup>39</sup> Da das kollektive Gut hiernach dasselbe sei wie eine Klasse von existierenden und erfüllten Rechten allgemeiner, inhaltlich nicht festgelegter Art, könne von einer „allgemeinen Identitätsrelation“ gesprochen werden.<sup>40</sup> Diese allgemeine Identitätsrelation sei jedoch unvereinbar mit dem nicht-distributiven Charakter kollektiver Güter.<sup>41</sup> Eine Klasse existierender und erfüllter Rechte stelle wegen ihres vollständig distributiven Charakters notwendig kein kollektives Gut dar.

*b) Spezielle Identitätsrelation*

Ein Ausweg könnte zunächst darin gesehen werden, dass nicht auf beliebige Rechte, sondern auf Rechte spezieller Art, also Rechte, die die Herstellung oder Aufrechterhaltung des kollektiven Gutes zum Inhalt haben, abzustellen sei. Eine solche Relation sei indes bereits unter normativen Gesichtspunkten fraglich, scheitere aber jedenfalls mit Blick auf die begriffliche Argumentation.<sup>42</sup> Als Gegenstände individueller Rechte auf kollektive Güter blieben die kollektiven Güter als das erhalten, was sie seien: kollektive Güter.<sup>43</sup>

*c) Abstraktionsrelation*

Im Rahmen der Abstraktionsrelation würde schließlich als kollektives Gut nicht die Klasse existierender und erfüllter individueller Rechte, sondern die Tatsache, dass sie existieren und erfüllt *werden*, angesehen.<sup>44</sup> Das kollektive Gut beziehe sich folglich auf den Zustand der Existenz und Erfüllung individueller Rechte. Zwar könne eine solche Variante der Identitätsrelation zu Recht geltend machen, dass der bloße Zustand der Existenz und Erfüllung individueller Rechte ein kollektives Gut sei und dass insofern inhaltliche Identität bestehe. Es sei aber

---

<sup>39</sup> *Ebd.*, S. 250.

<sup>40</sup> *Ebd.*

<sup>41</sup> *Ebd.*

<sup>42</sup> *Ebd.*

<sup>43</sup> *Ebd.*

<sup>44</sup> *Ebd.*, S. 251.



festzuhalten, dass eine inhaltliche Identität schon aus begrifflichen Gründen ausscheide und zudem normativ nicht zur Rechtfertigen sei.<sup>45</sup>

#### 4. Unabhängigkeitsrelation

Die Unabhängigkeitsthese, wonach aus begrifflichen Gründen in keinem Fall eine der drei betrachteten Relationen gegeben sein kann, überzeugt nach *Alexy* nicht. Schließlich sei es begrifflich sowohl möglich, individuelle Rechte auf kollektive Güter als auch kollektive Güter auf individuelle Rechte zu reduzieren.<sup>46</sup>

### III. Die normative Relation zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern

Das Resultat der begrifflichen Analyse wird von *Alexy* in einem zweiten Schritt der normativen Ebene zugeführt. Denn nur weil die gegenseitige Reduzierbarkeit begrifflich möglich sei, impliziere dies noch keineswegs eine normative Richtigkeit.<sup>47</sup>

#### 1. Das Reduktionsproblem

##### *a) Die normative Nichtreduzierbarkeit individueller Rechte auf kollektive Güter*

Die normative Nichtreduzierbarkeit individueller Rechte auf kollektive Güter folge aus dem Gedanken, dass jeder Einzelne ernst zu nehmen sei. In dem Moment, in dem das individuelle Recht seinen Mittel-Charakter für das kollektive Gut verliere oder gar dessen Realisierung verhindere, gäbe es keinen Grund mehr für das individuelle Recht.

##### *b) Die normative Nichtreduzierbarkeit kollektiver Güter auf individuelle Rechte*

Die normative Nichtreduzierbarkeit kollektiver Güter auf individuelle Rechte folge aus der Prämisse, dass das individuelle Recht selbst Grund für seine Durchsetzbarkeit sei. Dann müsse aber auch jeder Einzelne – als „Advokat der Gesellschaft“ – das auf alle bezogene, nicht-distributive kollektive Gut durchsetzen können.<sup>48</sup> Auch wenn eine solche Konstellation theoretisch möglich erschiene, scheitert sie *Alexy* zufolge indes an Rechtsordnungen, die zur Lösung

---

<sup>45</sup> *Ebd.*

<sup>46</sup> *Ebd.*, S. 252.

<sup>47</sup> *Ebd.*, S. 244.

<sup>48</sup> *Ebd.*, S. 246.

von Gemeinschaftsfragen einen kollektiven Modus der Durchsetzung vorsähen.<sup>49</sup>

*c) Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis der Untersuchung der verschiedenen Relationen zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern hält Alexy demnach fest, dass trotz verschiedener partieller Reduktionsoptionen eine vollständige Reduktion individueller Rechte auf kollektive Güter oder kollektiver Güter auf individuelle Rechte normativ nicht möglich sei. Daher sei davon auszugehen, „dass es in jedem rechtfertigungsfähigen System sowohl individuelle Rechte als auch kollektive Güter mit eigener Kraft gibt.“<sup>50</sup> Erst durch die Annahme der These von der nichtvollständigen Reduzierbarkeit individueller Rechte auf kollektive Güter oder kollektiver Güter auf individuelle Rechte gelange man zur Möglichkeit einer „echten“ Kollision von einem individuellen Recht und einem kollektiven Gut.<sup>51</sup>

## 2. Das Gewichtungproblem

*a) Kollektive Güter als Prinzipien*

Alexy behauptet weiter, dass von einer Kollision individueller Rechte und kollektiver Güter nur dann gesprochen werden könne, wenn und soweit sie Prinzipiencharakter aufwiesen, also Optimierungsgebote seien. Messe man kollektiven Gütern einen Regelcharakter bei, sei nur ein Regelkonflikt möglich, dieser aber weise eine ganz andere Struktur auf als eine Prinzipienkollision. Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG zu kollektiven Gütern erlaubten Rückschlüsse vom Kollisionsverhalten kollektiver Güter auf deren Prinzipieneigenschaft und sollen zur Rechtfertigung einer solchen Qualifikation herangezogen werden können. Exemplarisch führt Alexy den Verhandlungsunfähigkeitsbeschluss<sup>52</sup> des BVerfG an. Im Zentrum dieser Entscheidung stehe die Kollision zwischen dem individuellen Recht eines Beschuldigten auf Leben und körperliche Unversehrtheit (durch die drohende Gefahr einer Gesundheitsschädigung (Herzinfarkt) bei Durchführung einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung) und dem kollektiven Gut der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege.<sup>53</sup> Die Spannungslage zwischen individuellem Recht und kollektivem Gut habe das BVerfG durch Abwägung der

---

<sup>49</sup> *Ebd.*, S. 256.

<sup>50</sup> *Ebd.*, S. 257.

<sup>51</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>52</sup> BVerfGE 51, 324 (346).

<sup>53</sup> *Ebd.*

einander widerstreitenden Interessen gelöst.<sup>54</sup> Dabei habe es eine bedingte Vorrangrelation festgesetzt, indem es unter Bezugnahme auf den konkreten Fall Bedingungen angegeben habe, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgehe.<sup>55</sup> Daraus folge, dass sowohl individuelle Rechte als auch kollektive Güter als Prinzipien mit Optimierungscharakter aufzufassen seien und eine zwischen diesen beiden Prinzipien auftretende Kollision durch Abwägung zu lösen sei.

*b) Die Abwägung zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern*

Aus dieser Erkenntnis folge, dass jede kollisionsbedingte Vorrangrelation eine fallbezogene Festsetzung der relativen Gewichte der beteiligten Prinzipien zum Ausdruck bringe und Ergebnis einer Abwägung sei. Dem Einwand des Irrationalismus, der gegen das Konzept der Abwägung erhoben worden sei, hält *Alexy* entgegen, dass sich aus der Struktur von Prinzipien Regeln rationalen Abwägens ergäben. Als Optimierungsgebote forderten Prinzipien eine relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst weitgehende Realisierung.<sup>56</sup> Am Beispiel einer Kollision zwischen dem individuellen Recht auf Meinungsfreiheit und dem kollektiven Gut der äußeren Sicherheit hält *Alexy* zunächst zwei Ergebnisse aus der Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote fest: In Bezug auf beide Prinzipien sei eine Handlung verboten, die

aa) nicht geeignet ist, die Realisierung des einen Prinzips, im Beispiel das Prinzip der äußeren Sicherheit, zu fördern, aber geeignet ist, die Realisierung des anderen Prinzips, des Rechts auf freie Meinungsäußerung, zu hemmen<sup>57</sup> oder zu der es

bb) eine Alternative gibt, die die Realisierung des einen Prinzips, im Beispiel das Prinzip der äußeren Sicherheit, mindestens gleich gut fördert, die des anderen, des Rechts auf Meinungsfreiheit, jedoch weniger hemmt.<sup>58</sup>

In beiden Fällen erhalte der Raum der tatsächlichen Möglichkeiten Handlungsalternativen, die den normativen Anforderungen der zu berücksichtigenden Prinzipien besser gerecht würden.<sup>59</sup> Die genannten zwei Folgerungen entsprächen den ersten beiden von drei Teilgrundsätzen des

---

<sup>54</sup> *Ebd.*

<sup>55</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 257.

<sup>56</sup> *Ebd.*, S. 258.

<sup>57</sup> *Ebd.*

<sup>58</sup> *Ebd.*, S. 259.

<sup>59</sup> *Ebd.*

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, den Grundsätzen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit.<sup>60</sup> Auf die rechtlichen Möglichkeiten bezogen folge aus dem Prinzipiencharakter der dritte Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Für den Fall, dass die Erfüllung des einen Prinzips nicht ohne die Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des anderen möglich ist, formuliert Alexy folgendes materielles Abwägungsgesetz: „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“<sup>61</sup> Dieses Abwägungsgesetz setze zwar kein definitives Entscheidungsverfahren fest. Allerdings strukturiere es den Abwägungsprozess, indem es dazu zwingt, Sätze über Nichterfüllungs- oder Beeinträchtigungsgrade sowie Sätze über Wichtigkeitsgrade zu formulieren und zu begründen.<sup>62</sup>

#### *c) Der prima-facie Vorrang individueller Rechte*

Auf dem Gebiet der Kollision zwischen individuellen Rechten und kollektiven Gütern steht bei Alexy ferner nicht die wertfreie Rekonstruktion der Abwägung im Mittelpunkt des Interesses. Vielmehr kommt er dem Wunsch nach einer inhaltlichen Festlegung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern nach und behauptet einen prima facie-Vorrang individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern.<sup>63</sup> Die Anwendung des ersten Abwägungsgesetzes wird somit inhaltlich gesteuert, indem eine Gewichtung vorgenommen wird. In Erweiterung der transzendentalpragmatischen Argumentation<sup>64</sup> begründet Alexy diese inhaltliche Anleitung des Abwägungsvorgangs damit, dass eine normative Ordnung des gesellschaftlichen Lebens notwendig den Einzelnen als Einzelnen ernst zu nehmen habe. Der Begriff des Ernstnehmens schließe dabei nicht ein, dass Positionen Einzelner nicht zugunsten kollektiver Güter beseitigt oder eingeschränkt werden dürften; er schließe aber ein, dass hierfür eine hinreichende Rechtfertigung erforderlich sei.<sup>65</sup> Keine hinreichende Rechtfertigung liege vor, wenn in einem Kollisionsfall zweifelhaft ist, ob für das individuelle Recht oder das kollektive Gut bessere Gründe vorliegen oder wenn in einem solchen Fall feststehe, dass sich für beide

---

<sup>60</sup> *Ebd.*

<sup>61</sup> *Ebd.*

<sup>62</sup> *Ebd.*

<sup>63</sup> *Ebd.*, S. 260 f.

<sup>64</sup> Vgl. *ebd.*, S. 255.

<sup>65</sup> *Ebd.*, S. 260.

gleich gute Gründe anführen lassen.<sup>66</sup> Das Postulat des Ernstnehmens des Einzelnen verlange in beiden Fällen den Vorrang des individuellen Rechts. Dieser *prima facie*-Vorrang individueller Rechte wirke sich bei einer Abwägung zugunsten individueller Rechte und zu Lasten kollektiver Güter aus.<sup>67</sup>

Dem Einwand, dass ein *prima facie*-Vorrang individueller Rechte zu einer normativen Ordnung führe, die in einem nicht zu rechtfertigenden Maße individualistisch sei, hält *Alexy* entgegen, dass ihm entweder eine Überschätzung der inhaltlichen Bedeutung des *prima facie*-Vorrangs, ein Verkennen der Gewichtung des *prima facie*-Vorrangs oder eine nicht zu rechtfertigende kollektivistische politische Theorie zugrunde liege.<sup>68</sup> So werde die inhaltliche Bedeutung des *prima facie*-Vorrangs überschätzt, wenn dieser mit einem definitiven Vorrang verwechselt oder auch nur im Sinne eines regelmäßigen Vorrangs interpretiert werde. Der *prima facie*-Vorrang schließe das Zurückdrängen individueller Rechte durch kollektive Güter nicht aus, sondern verlange lediglich, dass bei einer Kollision zwischen einem individuellen Recht und einem kollektiven Gut für die durch die kollektiven Güter geforderte Lösung stärkere Gründe sprechen als für die durch individuelle Rechte geforderte.<sup>69</sup> Die Bedeutung des *prima facie*-Vorrangs individueller Rechte werde weiter verkannt, wenn dieser nicht als Vorrang aller zur Klasse individueller Rechte gehörenden Rechte gegenüber kollektiven Gütern, sondern als Vorrang nur einer Teilklasse dieser Rechte, etwa nur als Vorrang der Freiheitsrechte interpretiert werde.<sup>70</sup> Eine nicht zu rechtfertigende kollektivistische politische Theorie schließlich liege dem Individualismuseinwand zugrunde, wenn nicht einmal eine durch den *prima-facie* Vorrang bewirkte schwache individualistische Tendenz akzeptiert werde.<sup>71</sup>

### C. Diskussion

*Robert Alexys* begriffliche und normative Analyse des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern beruht auf einer normstrukturellen Unterscheidung von Regeln und Prinzipien. In der folgenden Diskussion soll daher insbesondere auf diese Unterscheidung eingegangen werden, um anschließend *Alexys* Prinzipientheorie umfassend zu untersuchen und schließlich

---

<sup>66</sup> *Ebd.*

<sup>67</sup> *Ebd.*

<sup>68</sup> *Ebd.*

<sup>69</sup> *Ebd.*, S. 261.

<sup>70</sup> *Ebd.*

<sup>71</sup> *Ebd.*

zu einer Bewertung der Anwendung der Prinzipientheorie bei der Abwägung kollidierender individueller Rechte und kollektiver Güter zu gelangen.

## I. Regeln und Prinzipien

Im Rahmen der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien haben sich drei Strömungen in der Prinzipientheorie etabliert, die unter den Begriffen der Übereinstimmungsthese, der schwachen sowie der starken Trennungsthese zusammengefasst werden.<sup>72</sup> Vertreter der Übereinstimmungsthese gehen davon aus, dass zwischen Regeln und Prinzipien kein normlogischer Unterschied besteht.<sup>73</sup> Verfechter der schwachen Trennungsthese erkennen zwar einen normstrukturellen Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien an, dieser sei jedoch nur gradueller Natur.<sup>74</sup> Nach Anhängern der starken Trennungsthese schließlich besteht ein logischer oder klassifikatorischer Unterschied zwischen der Normstruktur von Regeln und Prinzipien.<sup>75</sup>

### 1. Abgrenzungskriterien

Im Rahmen der Untersuchung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern schließt sich *Alexy* der starken Trennungsthese an und nimmt in seinen Ausführungen Bezug auf *Dworkin*'s Dichotomie von Regeln und Prinzipien. Zu fragen ist deshalb, welches zweckmäßige Kriterium zur Unterscheidung zwischen einer Regel und einem Prinzip heranzuziehen ist.

#### a) *Dworkin*'s Konzeption

Nach *Dworkin* unterscheiden sich Regeln und Prinzipien in der Form ihrer Anwendung. Regeln würden nach dem Grundsatz „Alles-oder-Nichts“<sup>76</sup> angewandt. Wenn der Tatbestand einer gültigen Regel erfüllt sei, trete ihre Rechtsfolge unbedingt ein. Ausnahmen von der Regel seien selbst Bestandteil der Regel, deren vollständige Formulierung sie enthalten müsse. Prinzipien hingegen käme dieser „Alles-oder-Nichts“-Charakter nicht zu. Prinzipien

<sup>72</sup> Diese Einteilung orientiert sich an *Alexy* (Fn. 7), S. 75.

<sup>73</sup> *Aarnio*, Taking Rules Seriously, in: Maihofer/Werner, Law and the states in modern times: proceedings of the 14<sup>th</sup> IVR World Congress in Edinburgh, August 1989, 1990, S. 188 ff.; *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988, S. 270 ff.

<sup>74</sup> *Koch*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann/Sieckmann*, Elemente der juristischen Begründungslehre, 2003, S. 243 f.

<sup>75</sup> *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, S. 177 (182); *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 105; *Borowski* (Fn. 7), S. 197.

<sup>76</sup> *Dworkin* (Fn. 15), S. 24 „all-or-nothing fashion“.

müssten vielmehr abgewogen werden und wiesen die Dimension ihrer Gewichtung auf.<sup>77</sup>

*b) Alexys Konzeption*

*Alexy* greift *Dworkins* Dichotomie von Regeln und Prinzipien auf, widerlegt jedoch den „Alles-Oder-Nichts“-Charakter von Regeln als taugliches Unterscheidungskriterium. Er hält am Kollisionstheorem fest, indem er dem Kollisionsverhalten von Prinzipien die Dimension ihrer Gewichtung beimisst und deutet diese als Optimierungsgebote, also als Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert wird.<sup>78</sup>

*c) Zwischenergebnis*

*Dworkins* und *Alexys* Konzeptionen schließen sich nicht aus. *Dworkins* „Alles-Oder-Nichts“-Charakteristikum trägt jedoch wenig zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien bei. Erst durch das Verständnis von Prinzipien als Optimierungsgebote kann trennscharf zwischen Regeln und Prinzipien differenziert werden. Im weiteren Verlauf der Untersuchung soll deshalb die Optimierungsthese zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien zugrunde gelegt werden.

## 2. Konsequenzen aus der Unterscheidung

Ein von *Alexy* im Rahmen seiner Untersuchung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern aufgefasster Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien, der sich aus der Optimierungsthese ableiten lässt, liegt im unterschiedlichen Kollisionsverhalten derselben. Eine Normkollision tritt auf, wenn zwei Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlicher Normen erfüllt sind, allerdings widerstreitende Rechtsfolgen angeordnet werden. Wie die Kollision zweier Normen zu lösen ist, hängt davon ab, ob es sich um eine Kollision zweier Regeln, zweier Prinzipien oder um eine Kollision von einer Regel und einem Prinzip handelt.

*a) Kollisionsverhalten von Regeln und Prinzipien*

aa) Regelkollision

Kollidieren zwei Regeln, kann dieser Konflikt nur auf zwei Arten gelöst werden. Entweder wird eine der beiden Regeln für ungültig erklärt oder eine

---

<sup>77</sup> *Ebd.*, S. 26 „*dimension of weight or importance*“.

<sup>78</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 238.

Ausnahmeklausel eingefügt.<sup>79</sup> Welche Regel im konkreten Fall ganz oder teilweise für ungültig erklärt wird, entscheiden auf der Meta-Ebene des Rechts liegende Vorrangregeln des jeweiligen Rechtssystems.<sup>80</sup>

#### bb) Prinzipienkollision

Kollidieren zwei Prinzipien, wird nicht eines von beiden Prinzipien für teilweise oder für ganz ungültig erklärt. Vielmehr wird bei Prinzipienkollisionen eine bedingte Vorrangrelation zwischen den gegenläufigen Prinzipien gebildet, die festlegt, welches Prinzip dem anderen vorgeht. Diese Erkenntnis führt zu *Alexy's* Kollisionsgesetz: „Die Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht, bilden den Tatbestand einer Regel, die die Rechtsfolge des vorherigen Prinzips ausspricht“<sup>81</sup> welches sich wie folgt zusammenfassen lässt: „Wenn das Prinzip  $P_i$  unter den Umständen  $C$  vorgeht ( $P_i P_j$ ), und wenn sich aus  $P_i$  unter den Umständen  $C$  die Rechtsfolge  $R$  ergibt, dann gilt die Regel, die  $C$  als Tatbestand und  $R$  als Rechtsfolge enthält:  $C \rightarrow R$ “<sup>82</sup>

Das Kollisionsgesetz bringt folglich einerseits zum Ausdruck, dass zwischen widerstrebenden Prinzipien keine absolute, sondern immer nur eine bedingte Vorrangrelation besteht.<sup>83</sup> Andererseits wirft es Fragen nach den Kriterien der Festsetzung der bedingten Vorrangrelation auf. Welches Prinzip dem anderen im konkreten Fall vorgeht und wie der bedingte Präferenzsatz begründet wird, wird durch das Ergebnis einer Abwägung ermittelt. Die Frage nach der bedingten Vorrangrelation und die Rechtsanwendungsform der Abwägung stehen damit in unmittelbarem Zusammenhang.

#### cc) Regel-/Prinzipienkollision

Da Regeln durch ihre Abwägungsunfähigkeit charakterisiert sind, lässt sich bei einer Kollision von einer Regel und einem Prinzip ein Ausgleich nicht durch unmittelbare Abwägung herbeiführen. Bei diesen Fällen der Normkollision unterscheidet *Alexy* deshalb zwischen strikten und nicht strikten Regeln.<sup>84</sup> Gelte die das Prinzip  $P$  einschränkende Regel  $R$  strikt, dann gehe sie in jedem Falle dem Prinzip  $P$  vor.<sup>85</sup> Gelte die das Prinzip  $P$  einschränkende Regel  $R$  hingegen nicht

---

<sup>79</sup> *Alexy* (Fn. 7), S. 77; *Borowski* (Fn. 75), S. 79 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 7), S. 78.

<sup>81</sup> *Alexy*, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher/Koller/Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 31 (34); *Alexy* (Fn. 7), S. 84.

<sup>82</sup> *Alexy* (Fn. 7), S. 83.

<sup>83</sup> Vgl. *ibd.*, S. 84.

<sup>84</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 75), S. 86 f.

<sup>85</sup> Ausführlich: *Borowski* (Fn. 7), S. 200.



strikt, dann müsse die bedingte Vorrangrelation geklärt werden. Diese sei wiederum durch Abwägung zu ermitteln. Eine Abwägung findet folglich nicht zwischen *P* und *R*, sondern zwischen *P* und dem die Regel *R* inhaltlich stützenden Prinzip  $P_R$  statt. Überwiegt das Gewicht von  $P_R$  bleibt die Regel in Geltung, überwiegt hingegen *P* das Stützungsprinzip  $P_R$ , tritt die Regel außer Kraft.

#### b) Kollektive Güter als Prinzipien

Um die Prinzipientheorie und den darin enthaltenen Optimierungscharakter auf die Kollision zwischen einem individuellen Recht und einem kollektiven Gut übertragen zu können, ordnet *Alexy* kollektive Güter, ebenso wie individuelle Rechte, der Normkategorie der Prinzipien zu.<sup>86</sup> Eine solche Qualifikation kollektiver Güter als Prinzipien wird innerhalb der Prinzipientheorie nicht einheitlich vertreten. Nach *Dworkin* umfasst die Kategorie des Prinzips nur Normen, die als Gründe für individuelle Rechte angeführt werden können.<sup>87</sup> Normen, die sich auf kollektive Güter beziehen, seien hingegen „*policies*“.<sup>88</sup> *Alexy* vertritt demgegenüber einen weiten Begriff des Prinzips, welcher neben dem individuellen Recht auch kollektive Güter umfasst.<sup>89</sup> Am Beispiel des Verhandlungsunfähigkeitsbeschlusses<sup>90</sup> des *BVerfG* weist *Alexy* zutreffend nach, dass sowohl individuelle Rechte als auch kollektive Güter als Prinzipien mit Optimierungscharakter aufzufassen sind und eine auftretende Kollision zwischen den beiden Positionen durch Abwägung zu lösen ist.

#### c) Die Abwägungslehre

##### aa) Die Abwägungsgesetze

Um diesen Abwägungsvorgang zu rekonstruieren, führt *Alexy* sein materielles Abwägungsgesetz ein: „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“<sup>91</sup> Dieses materielle Abwägungsgesetz gliedert den Vorgang der Abwägung in drei Schritte: Zuerst ist der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips  $P_i$  festzustellen. In einem zweiten Schritt ist die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips  $P_j$  zu

---

<sup>86</sup> Vgl. *Alexy* (Fn. 3), S. 257.

<sup>87</sup> Vgl. *Dworkin* (Fn. 15), S. 82, 90.

<sup>88</sup> *Ebd.*

<sup>89</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 257.

<sup>90</sup> BVerfGE 51, 324 (346); *Alexy* (Fn. 3), S. 257.

<sup>91</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 259; *Alexy*, Die Gewichtsformel, in: Jickeli/Kreutz/Reuter, Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771 (772).

ermitteln. An dritter und abschließender Stelle ist festzustellen, ob die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips die Beeinträchtigung oder Nichterfüllung des anderen rechtfertigt.

Gegen die unmittelbare Anwendung des materiellen Abwägungsgesetzes lässt sich jedoch vorbringen, dass das Abwägungsergebnis nicht nur aus der Gewichtung der konkreten Eingriffsintensitäten resultiert, sondern weiter durch das Maß der epistemischen Unsicherheit und durch die abstrakte Gewichtung von Prinzipien geprägt wird. Unter epistemischer Unsicherheit ist das Maß an Unsicherheit hinsichtlich der zugrunde liegenden empirischen Annahmen<sup>92</sup> darüber, welche Auswirkungen die in Frage stehende Maßnahme für die Erfüllung des einen und die Nichterfüllung des anderen Prinzips hat, zu verstehen.<sup>93</sup> Die Berücksichtigung epistemischer Unsicherheiten im Rahmen der Abwägung hat *Alexy* in seiner grundrechtlich ausgerichteten Untersuchung<sup>94</sup> zur Formulierung des folgenden epistemischen Abwägungsgesetzes veranlasst: „Je schwerer der Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein“.<sup>95</sup>

Um eine Beschränkung auf Grundrechtsnormen und das Problem der unzulässigen Kreuzabwägung aus der Formulierung „die den Eingriff tragenden Prämissen“ zu vermeiden, ist *Alexys* Abwägungsgesetz von *Klatt* und *Schmidt* weiterentwickelt und präzisiert worden: „Je schwerer der Eingriff in ein Prinzip  $P_j$  wiegt, desto sicherer müssen diejenigen Prämissen sein, die die Einstufung der Eingriffsintensität  $I_i$  tragen.“<sup>96</sup> Damit findet das Maß der epistemischen Unsicherheit Einzug in die strukturelle Betrachtung des Abwägungsvorgangs.

Weiter sind die abstrakten Gewichte von Prinzipien für die Untersuchung des Abwägungsvorgangs von Bedeutung. Dabei bezeichnet das abstrakte Gewicht eines Prinzips  $P_i$  das Gewicht, das  $P_i$  relativ zu anderen Prinzipien unabhängig vom Einzelfall hat.<sup>97</sup> Zwar verweist *Alexy* im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Untersuchung darauf, dass sich viele grundrechtliche Prinzipien nicht in ihrem abstrakten Gewicht unterscheiden.<sup>98</sup> Geht man allerdings davon aus, dass nichtverfassungsrechtliche Prinzipien grundsätzlich

---

<sup>92</sup> Ausführlich zur Unsicherheit normativer Prämissen: *Klatt/Schmidt*, Spielräume im öffentlichen Recht, 2010, S. 41 ff.

<sup>93</sup> *Alexy* (Fn. 91), S. 789.

<sup>94</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 75), S. 68.

<sup>95</sup> *Alexy* (Fn. 91), S. 789.

<sup>96</sup> *Klatt/Schmidt* (Fn. 92), S. 38.

<sup>97</sup> *Alexy* (Fn. 91), S. 778.

<sup>98</sup> Vgl. *ebd.*, S. 778 f.

unterschiedliche Gewichte aufweisen können, ist die Struktur des Abwägungsvorgangs um den Faktor von abstrakten Gewichten zu ergänzen.

bb) Die Gewichtsformel

Alle drei Elemente, die sich aus den beiden Abwägungsgesetzen und der Berücksichtigung abstrakter Gewichte von Prinzipien ergeben, bündeln sich in der Gewichtsformel:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j}$$

Die Variablen  $G_i$  und  $G_j$  stehen dabei für das abstrakte Gewicht zweier Prinzipien  $P_i$  und  $P_j$ .  $I$  steht für die jeweilige Intensität des Eingriffs durch Nichterfüllung des Prinzips,  $S$  für die Sicherheit der jeweils empirischen Annahmen. Fraglich ist, wie die Einstufung und das Verhältnis einzelner Variablen innerhalb der Gewichtsformel vorzunehmen sind.

(1) Kardinale oder ordinale Abwägung

Die erste Möglichkeit bestünde darin, von einer Metrisierung durch eine Kardinalskala auszugehen. Die Intensität des Eingriffs in ein Prinzip bzw. die Wichtigkeit der Erfüllung eines gegenläufigen Prinzips müsste sich dann auf einer Skala von 0 bis 1 angeben lassen.<sup>99</sup> Gegen eine Metrisierung durch eine Kardinalskala kann jedoch angeführt werden, dass es an eindeutig anwendbaren Maßeinheiten zur Einstufung der Eingriffsintensität bzw. des Gewichts von Prinzipien fehlt.<sup>100</sup> Zur Metrisierung der Abwägung ist die Kardinalskala folglich untauglich. Stattdessen kann die Abwägungsentscheidung dann getroffen werden, wenn eine ordinale Ordnung gebildet wird, wenn also lediglich das Urteil getroffen wird, ob das Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe höher oder geringer als die Eingriffsintensität ist oder aber als gleich einzustufen ist.<sup>101</sup>

(2) Infinitesimale oder limitierte Skalierung

Fraglich ist des Weiteren, welche Skalierung der zu bildenden ordinalen Ordnung zugrunde zu legen ist. In Betracht kommt eine infinitesimale oder eine limitierte (triadische bzw. doppeltriadische) Skalierung. Im Gegensatz zu der

---

<sup>99</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 208.

<sup>100</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 316.

<sup>101</sup> *Borowski* (Fn. 7), S. 208; *Borowski*, Grundrechtliche Leistungsrechte, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 50, 2002, S. 301 (320).

infinitesimalen Skalierung, die unendlich feine Unterschiede zulässt,<sup>102</sup> nimmt die triadische Skalierung eine Einstufung als „leicht“ (*l*), „mittel“ (*m*) und „schwer“ (*s*) bzw. eine Verfeinerung durch die doppeltriadische Einstufung (*ll*, *lm*, *ls*, *ml*, *mm*, *ms*, *sl*, *sm*, *ss*) vor. Dass je nach dem in Frage stehenden Prinzip und den Umständen der Kollision unendlich feine Skalierungen möglich sind, kann nicht bestritten werden. Die Kernidee besteht jedoch in der grundsätzlichen Limitierung der Skalierung, die mit einer Entlastung des Abwägungsvorgangs einhergeht. Somit ist die limitierte Skalierung im Rahmen der Abwägung vorzugswürdig.

## II. Kritik an Alexys Prinzipientheorie und Abwägungslehre

Die im Rahmen der Untersuchung der Grundrechtstheorie und -dogmatik entwickelte Prinzipientheorie kann zur Rekonstruktion verschiedener Bereiche des Rechtssystems eingesetzt werden. Im Folgenden sollen zunächst die zentralen Argumente für und gegen eine Deutung von Grundrechtsnormen als Prinzipien untersucht werden.

### 1. Grundrechtsnormen als Prinzipien

Gegen die Prinzipientheorie Alexys wird zunächst eingewendet, in der Interpretation als Prinzipien entzögen sich die Grundrechte und ihre Schrankengründe der rechtswissenschaftlichen Methode. Durch bloße Behauptung von Schrankengründen habe es der Rechtsanwender in der Hand, das Ergebnis der Anwendung der Grundrechte beliebig zu manipulieren. Prinzipien würden zu bloßen Argumenten degradiert.<sup>103</sup> Dieser Einwand beruht jedoch auf einer Verkennung der Natur grundrechtlicher Prinzipien und ihrer Schrankengründe als Rechtsnormen. Grundrechtliche Prinzipien können nicht in freiem Ermessen konstituiert werden. Grundlage eines jeden rechtlichen, auch eines grundrechtlichen Sollensurteils können nur die Normen sein, die sich mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre den positiven Normsätzen entnehmen oder sonst methodisch korrekt als geltendes Recht erweisen lassen.<sup>104</sup> Ein beliebiges Erfinden und Abwägen von Schrankengründen ist deshalb nicht möglich.

---

<sup>102</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 209.

<sup>103</sup> *Peters*, Grundrechte als Regeln und als Prinzipien, ZÖR 51 (1996), S. 167 f.; *Borowski* (Fn. 7), S. 203.

<sup>104</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 203.

## 2. Auslegung vor Abwägung

Dem Einwand, dass bei einer Interpretation von Grundrechten als Prinzipien die Festsetzungen des Gesetzgebers umgangen werden könnten, kann entgegengehalten werden, dass die Festsetzungen des Gesetzgebers in jedem Anwendungsfall durch Auslegung zu ermitteln sind, bevor in eine grundrechtliche Abwägung eingetreten werden darf.

## 3. Die Rationalität der grundrechtlichen Abwägung

Gegen die Anwendung der Prinzipientheorie *Alexys* wird nicht zuletzt der Einwand der mangelnden Rationalität der Abwägung erhoben: Jede Abwägungsentscheidung vollziehe sich entweder willkürlich oder unreflektiert nach eingewöhnten Standards und Rangordnungen und sei daher dezisionistischer Natur.<sup>105</sup> *Alexy* legt seiner Lösung des Gewichtungsproblems im Rahmen der Kollision individueller Rechte mit kollektiven Gütern eine höhere Gewichtung individueller Rechte zugrunde, die von der Wertung der Notwendigkeit des Ernstnehmens des Einzelnen getragen ist. Die Untersuchung des Einwands der Irrationalität der Abwägung ist daher gerade im Rahmen des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern von erheblicher Bedeutung.

### *a) Die abwägungsfrei anwendbaren ersten beiden Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*

Um den Einwand des Dezisionismus zu widerlegen, muss zunächst zwischen der Frage, ob sich die Abwägung auf die ersten beiden Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit, oder auf den dritten Teilgrundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, bezieht, differenziert werden. Die ersten beiden Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne, die Geeignetheit und die Erforderlichkeit, sind abwägungsfrei anwendbar. Geeignet ist ein staatlicherseits eingesetztes Mittel, wenn es das Erreichen des legitimen Zwecks zumindest fördert.<sup>106</sup> Zu ermitteln ist, ob der Einsatz des Mittels und die Förderung des legitimen Zwecks in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang stehen.<sup>107</sup> Ein Mittel ist ferner erforderlich, wenn kein Alternativmittel existiert, welches das Erreichen des Zwecks mindestens in

<sup>105</sup> Vgl. *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Dreier/Badura, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 445 (460).

<sup>106</sup> *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 28 ff.; *Borowski* (Fn. 7), S. 205.

<sup>107</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 283; *Borowski* (Fn. 7), S. 205.

gleichem Maße fördert, in Rechte des Bürgers aber weniger intensiv eingreift.<sup>108</sup> Zur Anwendung des Grundsatzes der Erforderlichkeit sind alle möglichen Mittel sowohl im Hinblick auf ihre Förderungsintensität als auch ihre Beeinträchtigungsintensität zu untersuchen.<sup>109</sup> Ausreichend zur Anwendung des Teilgrundsatzes der Erforderlichkeit ist dabei eine ordinale Ordnung, also eine Ordnung nach den Relationen „größer als“, „gleich“ und „kleiner als“.<sup>110</sup> Der Festsetzung einer Austauschrelation zwischen kollidierenden Rechten und Gütern, die eine Abwägung kennzeichnet, bedarf es hingegen nicht.<sup>111</sup>

Der Vorwurf der Irrationalität der Abwägung trifft folglich dann nicht zu, wenn Prinzipienkollisionen bereits durch die Geeignetheit und die Erforderlichkeit entschieden werden.

*b) Abwägung im Rahmen der Anwendung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*

Entscheiden die ersten beiden Teilgrundsätze die Kollision nicht, bedarf es im Rahmen der Anwendung des dritten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, einer Abwägung. Dabei gilt es zunächst festzuhalten, dass die Prinzipientheorie als strukturelle Theorie keineswegs den Anspruch erhebt, die bedingte Vorrangrelation kollidierender Prinzipien zu begründen.<sup>112</sup> Die Prinzipientheorie ist vielmehr mit einer Theorie der rationalen juristischen Argumentation zu verbinden, mithilfe derer die normativen Prämissen begründet werden, die die Prinzipienkollision entscheidet.<sup>113</sup> Die Prinzipientheorie ermöglicht folglich die Strukturierung einer Entscheidung, sie trifft sie aber nicht.<sup>114</sup>

Daraus folgt, dass Fragen danach, ob die Abwägung zum einen rational, und ob sie zum anderen wertneutral ist, auseinanderzuhalten sind. Hierbei kann auf die von *Alexy* angeführte und von *Klatt/Schmidt* auf den Abwägungsvorgang übertragene Unterscheidung zwischen interner und externer Rechtfertigung des juristischen Urteils zurückgegriffen werden. Es sei behauptet, dass die Rationalität mithilfe der Abwägungsgesetze und der Gewichtsformel positiv beantwortet werden kann.<sup>115</sup> Die Elemente der Abwägungslehre ermöglichen die Rekonstruktion der Struktur der Abwägung und geben Auskunft über die interne

---

<sup>108</sup> *Clérico* (Fn. 106), S. 74 ff.

<sup>109</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 206.

<sup>110</sup> *Borowski* (Fn. 101), S. 320.

<sup>111</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 206.

<sup>112</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 260.

<sup>113</sup> *Borowski* (Fn. 7), S. 206; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 261 ff.

<sup>114</sup> *Alexy* (Fn. 7), S. 149 ff.

<sup>115</sup> *Klatt/Schmidt* (Fn. 92), S. 13 f.

Rechtfertigung des Abwägungsergebnisses.<sup>116</sup> Die interne Rechtfertigung bezieht sich auf die arithmetische Richtigkeit bzw. formal richtige Ableitung des Abwägungsergebnisses aus den eingesetzten Prämissen. Aus diesen Erkenntnissen lässt sich für die interne Rechtfertigung der Abwägung kollidierender Prinzipien festhalten, dass, sobald die in die Gewichtsformel einzustellenden Werte („leicht“ (*l*), „mittel“ (*m*), „schwer“ (*s*), ausgedrückt durch die exponentielle Zahlenfolge  $2^0$ ,  $2^1$ ,  $2^2$ ) einmal festgelegt sind, das Abwägungsergebnis nach den Regeln der Arithmetik abgeleitet werden kann.<sup>117</sup>

Auch wenn damit die Rationalität der Abwägung unter Beweis gestellt werden kann, so ist damit nicht gesagt, dass Abwägungen im wertfreien Raum stattfinden.<sup>118</sup> Wollte man die bloße Tatsache, dass in einem Entscheidungsverfahren verschiedene Personen verschiedene Wertungen treffen, für das Urteil der Irrationalität des fraglichen Verfahrens ausreichen lassen, existierte kein rationales Verfahren für die Entscheidung normativer Fragestellungen.<sup>119</sup> So bleibt festzuhalten, dass die Abwägung, wie jede Rechtsanwendungsform, nicht wertfrei ist.<sup>120</sup> Eine solche Wertung fließt über die externe Rechtfertigung der Abwägungsentscheidung ein.<sup>121</sup> Diese bezieht sich auf die Konformität der Abwägung der zugrundeliegenden Prämissen, d. h. auf die vorgenommenen Gewichtungen (*l/m/s*). Die Methode der Abwägung erweist sich folglich erstens als rational, zweitens als offen für jede Form der Gerechtigkeitsvorstellung und drittens im Ergebnis als nie wertfrei. Die Übertragung der Erkenntnisse aus der soeben dargelegten Widerlegung der mangelnden Rationalität der Abwägung auf den postulierten *prima facie*-Vorrang individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern zeigt, dass *Alexy*'s Ausführungen zur Lösung des Gewichtsproblems auf der externen Ebene liegen.<sup>122</sup>

### III. Der *prima facie*-Vorrang individueller Rechte

Wie sieht es aber mit der internen Rechtfertigung des *prima facie* Vorrangs aus? Ist der behauptete *prima facie* Vorrang individueller Rechte gerechtfertigt?

---

<sup>116</sup> *Ebd.*, S. 13 f.

<sup>117</sup> Vgl. *ebd.*, S. 13.

<sup>118</sup> *Kleiber*, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen. Recht der Nachhaltigen Entwicklung, 2014, S. 126.

<sup>119</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 210.

<sup>120</sup> *Klatt/Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality, 2012, S. 51; vgl. *Kleiber* (Fn. 118), S. 126.

<sup>121</sup> Vgl. *Klatt/Schmidt* (Fn. 92), S. 13.

<sup>122</sup> Vgl. *Borowski* (Fn. 7), S. 207.

## 1. Gründe für den prima facie-Vorrang individueller Rechte

*Alexy* stellt bei seiner Begründung des prima facie-Vorrangs individueller Rechte zunächst auf den zentralen Gedanken des Kantischen Leitbilds ab, wonach der Einzelne als Einzelner ernst zu nehmen sei.<sup>123</sup> Dahinter steht letztlich ein individualistisches Verständnis des normativen Systems. Zwar bemüht *Alexy* eine Abschwächung dieser individualistischen Ausrichtung, indem er auf einen prima facie-Charakter des Vorrangs individueller Rechte verweist. Dennoch weist die inhaltliche Begründung des prima facie-Vorrangs individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern eine individualistische Tendenz auf.

Unter Berücksichtigung der Prämisse, dass der Einzelne ernst zu nehmen sei, kann ferner ein zweiter Grund für den Vorrang individueller Rechte angeführt werden, der bei *Alexy* zwar nicht bei der Begründung des Vorrangs individueller Rechte, dafür aber bei der Begründung der Nichtreduzierbarkeit kollektiver Güter auf individuelle Rechte zum Tragen kommt. Dies betrifft die Frage nach der Durchsetzbarkeit individueller Rechte. Individuelle Rechte sind auf ihre rechtliche Durchsetzbarkeit angewiesen und bilden zugleich selbst den Grund für ihre rechtliche Durchsetzbarkeit.<sup>124</sup> Bei kollektiven Gütern verhält es sich demgegenüber anders. Hier könnten in der Regel bessere Gründe für einen „kollektiven Modus der Durchsetzung“<sup>125</sup> angeführt werden. Nicht der Einzelne solle das kollektive Gut stellvertretend für alle im rechtlichen Prozess geltend machen.<sup>126</sup> Vielmehr sei der politische Prozess eines demokratischen Systems zur Durchsetzung gefordert.<sup>127</sup> Da dem kollektiven Gut der Vorteil der kollektiven Durchsetzung durch politische Entscheidung bleibt, lässt sich bei einer rechtlichen Kollisionslage zwischen individuellem Recht und kollektivem Gut folglich ein prima facie-Vorrang individueller Rechte bestimmen.

## 2. Die Rekonstruktion des prima facie-Vorrangs individueller Rechte

Fraglich ist, ob sich der prima facie-Vorrang individueller Rechte neben der rechtstheoretischen Begründung auch analytisch rekonstruieren und in die oben aufgeführte Gewichtsformel integrieren lässt. Da die Berücksichtigung normativer und empirischer Unsicherheiten ( $S_N$  und  $S_e$ ) bei der Rekonstruktion individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern nicht von Bedeutung ist, ist die Verwendung der Gewichtsformel in einfacher Form ausreichend:

---

<sup>123</sup> *Alexy* (Fn. 3), S. 253 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *ebd.*, S. 237.

<sup>125</sup> *Ebd.*, S. 256.

<sup>126</sup> *Ebd.*

<sup>127</sup> *Ebd.*



$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j}$$

Alexys Betonung darauf, dass der inhaltliche prima facie-Vorrang individueller Rechte nicht mit einem definitiven Vorrang verwechselt werden dürfe und dass das Zurückdrängen individueller Rechte durch kollektive Güter im Einzelfall nicht ausgeschlossen sei,<sup>128</sup> ist Ausdruck der Notwendigkeit der Berücksichtigung der Eingriffsintensitäten ( $I$ ) des konkreten Einzelfalles. In Anlehnung an das Kollisionsgesetz begründet die Notwendigkeit der Beachtung der konkreten Eingriffsintensitäten folglich den prima facie-Charakter des Vorrangs individueller Rechte.

Zur Rekonstruktion des *tatsächlichen* Vorrangs des individuellen Rechts ist ferner ein Rückgriff auf die abstrakten Gewichte  $G_i$  und  $G_j$  erforderlich. Dieser Rückgriff ermöglicht eine vom Einzelfall losgelöste Betrachtung, ohne jedoch einen absoluten Vorrang individueller Rechte vor kollektiven Gütern zu postulieren, da zumindest durch die Berücksichtigung der konkreten Eingriffsintensitäten ein Zurückdrängen eines abstrakt höher gewichteten Prinzips möglich ist.<sup>129</sup>

Um dies zu verdeutlichen, lässt sich beispielhaft folgender Fall *Kleibers* anführen, in dem der Betreiber einer umweltgefährdenden Industrieanlage eine Verfügung erhält, die ihm den weiteren Betrieb der Anlage ohne den Einbau von Filteranlagen untersagt.<sup>130</sup> Hier kollidiert die Berufsfreiheit des Betreibers aus Art. 12 Abs. 1 GG ( $P_i$ ) mit dem Gemeinwohlbelang des Umweltschutzes ( $P_j$ ) aus Art. 20a GG.<sup>131</sup> Folgt man dem Gedanken des prima facie-Vorrangs individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern und bewerte deshalb das abstrakte Gewicht der Berufsfreiheit des Betreibers ( $G_i$ ) mit  $s$  höher als das kollektive Gut des Umweltschutzes ( $G_j$ ), dem nur der mittlere Wert  $m$  zugeordnet werde, und nehme man weiter an, dass der Betreiber durch den nach dem Stand der Technik problemlos möglichen, aber finanziell belastenden Einbau von Filteranlagen die Emissionslast drastisch senken könnte, so könne die angeordnete Alternative (Filtereinbau) als ein Eingriff in die Berufsfreiheit von mittlerer Intensität ( $I_i = m$ ) gewertet werden.<sup>132</sup> Demgegenüber soll die Unterlassung der Betriebsuntersagung aufgrund der nicht allzu stark ausfallenden

<sup>128</sup> Vgl. *ebd.*, S. 260.

<sup>129</sup> Vgl. Jansen, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 103; Kleiber (Fn. 118), S. 131.

<sup>130</sup> Kleiber (Fn. 118), S. 131.

<sup>131</sup> *Ebd.*

<sup>132</sup> Vgl. *ebd.*

umweltgefährdenden Emissionen ebenfalls nur einen Eingriff in den Umweltschutz mittlerer Intensität ( $I_j=m$ ) darstellen. Daraus ergebe sich folgende Darstellung der Abwägung:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{s \cdot m}{m \cdot m} = \frac{2^2 \cdot 1^1}{2^1 \cdot 2^1} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = \frac{8}{4} = 2$$

Da der Wert von  $G_{i,j}$  größer als 1 sei, überwiege das Prinzip  $P_i$ , also das individuelle Recht der Berufsfreiheit des Betreibers aus Art. 12 Abs. 1 GG. Anhand dieses Beispiels zeigt sich, dass sich ein Vorrang des individuellen Rechts bei gleicher Wertung der konkreten Eingriffsintensitäten mittels abstrakter Gewichtung im Rahmen der Darstellung der Abwägung rekonstruieren lässt.

Um den *prima facie*-Charakter des Vorrangs zu verdeutlichen, modifiziert *Kleiber* den Ausgangsfall weiter dahingehend, dass die abstrakten Gewichtungen von  $P_i$  und  $P_j$  dieselben bleiben, die konkreten Eingriffsintensitäten sich hingegen unterscheiden. Während der Filtereinbau im Abwandlungsfall eine geringe finanzielle Belastung darstelle und die Eingriffsintensität in die Berufsfreiheit deshalb als leicht ( $I_i=l$ ) eingestuft werden könne, seien die Gefahren für die Umwelt nun von gravierender Art, sodass die Unterlassung der Betriebsuntersagung zu einem schweren Eingriff ( $s$ ) in den Umweltschutz führe.<sup>133</sup> Eine derart abgewandelte Anwendung der Gewichtsformel führe zu folgender Darstellung:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{s \cdot l}{m \cdot s} = \frac{2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2} = \frac{4 \cdot 1}{2 \cdot 4} = \frac{4}{8} = \frac{1}{2}$$

Da der Wert des Abwägungsergebnisses kleiner 1 sei, dränge das Prinzip  $P_j$  das Prinzip  $P_i$  zurück. Folglich müsse im Rahmen der Abwandlung das individuelle Recht des Betreibers dem kollektiven Gut des Umweltschutzes weichen.<sup>134</sup> Anhand dieses Beispiels zeigt sich, dass trotz der höheren abstrakten Gewichtung individueller Rechte weiterhin die Möglichkeit besteht, dass sich das kollektive Gut im Rahmen einer Abwägung durchsetzt.

#### IV. Ergebnis

Individuelle Rechte und kollektive Güter können als Prinzipien kollidieren. Über den Ausgang der Kollision entscheidet ein Abwägungsprozess. Hierbei kann

<sup>133</sup> *Ebd.*, S. 132.

<sup>134</sup> *Ebd.*, S. 133.

dem individuellen Recht ein *prima facie*-Vorrang eingeräumt werden. Dieser Vorrang individueller Rechte gegenüber kollektiven Gütern ist auf das Kantische Leitbild zurückzuführen, wonach der Einzelne ernst zu nehmen sei, und lässt sich mithilfe abstrakter Gewichte rational rekonstruieren.

#### **D. Gesamtergebnis**

*Robert Alexys* Untersuchung des Verhältnisses von individuellen Rechten und kollektiven Gütern hat gezeigt, dass sich weder individuelle Rechte auf kollektive Güter noch kollektive Güter auf individuelle Rechte normativ vollständig reduzieren lassen. Dieses Verständnis führt zu verschiedenen normtheoretischen Kollisionslagen. Der hier vorgelegte Beitrag kommt zu dem Schluss, dass der von *Alexy* postulierte *prima facie*-Vorrang individueller Rechte vor kollektiven Gütern in Erweiterung der transzendentalpragmatischen Prämisse, dass der Einzelne ernst zu nehmen sei, gerechtfertigt ist und mithilfe abstrakter Prinzipienengewichtung im Rahmen der Gewichtsformel rekonstruiert werden kann.