

# Frankfurt Law Review

*Rechtswissenschaftliche Zeitschrift von Studierenden  
der Goethe-Universität Frankfurt am Main*

- 
- 92**     *Machtmittel Wahlrecht? Die Entwicklung von Wahlrecht und  
Parteiensystem in der frühen Bundesrepublik*
- Nico Marius Madej
- 
- 103**    *Elektronische Aufenthaltsüberwachung im Gewaltschutzgesetz -  
verfassungsgemäßer Opferschutz?*
- Janna Klötzing
- 
- 111**    *Ordnung im Chaos oder Chaos in der Ordnung? - Linking Rules als  
Instrument zur Bewältigung von Inkongruenzen in der  
Architektur des deutschen Steuerrechts*
- Max Neumann
- 
- 119**    *Urheberrechtliche Implikationen von Upcycling - Innovation und geistiges  
Eigentum im Lichte umweltrechtlicher Erwägungen*
- Selma Lindgard Keller
- 
- 130**    *Die kriminalpolitische Legitimation der Staatsverunglimpfungsdelikte  
(§§ 90 ff. StGB)*
- Aline Dost

frankfurtlawreview.de

ISSN 2940-7109

3. Jahrgang

03/2025

# Inhaltsverzeichnis

## **IV**    *Grußwort*

Dr. Finn Hohenschwert

### Grundlagen des Rechts

---

## **92**    *Machtmittel Wahlrecht? Die Entwicklung von Wahlrecht und Parteiensystem in der frühen Bundesrepublik*

Nico Marius Madej

### Öffentliches Recht

---

## **103**    *Elektronische Aufenthaltsüberwachung im Gewaltschutzgesetz - verfassungsgemäßer Opferschutz?*

Janna Klötzing

### Steuerrecht

---

## **111**    *Ordnung im Chaos oder Chaos in der Ordnung? - Linking Rules als Instrument zur Bewältigung von Inkongruenzen in der Architektur des deutschen Steuerrechts*

Max Neumann

### Zivilrecht

---

## **119**    *Urheberrechtliche Implikationen von Upcycling - Innovation und geistiges Eigentum im Lichte umweltrechtlicher Erwägungen*

Selma Lindgard Keller

### Strafrecht

---

## **130**    *Die kriminalpolitische Legitimation der Staatsverunglimpfungsdelikte (§§ 90 ff. StGB)*

Aline Dost



# Impressum

## **Frankfurt Law Review e. V.**

Frankfurt am Main,  
gegründet im Jahr 2022

Frankfurt Law Review e. V.  
Goethe-Universität Frankfurt a.M.  
c/o Prof. Dr. Marina Wellenhofer  
Hauspostfach 29  
60629 Frankfurt am Main  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de)  
[redaktion@frankfurtlawreview.de](mailto:redaktion@frankfurtlawreview.de)

## **Erscheinungsort**

Frankfurt am Main

## **Erscheinungsweise**

Die Frankfurt Law Review erscheint  
halbjährlich online auf der Webseite  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de).

## **ISSN**

2940-7109

## **Konzept Außenlayout**

Björn T. Bölkow

## **Schriftleitung**

Rosa Schnidrig

## **Redaktion**

Richard Brass  
Victoria Dintelmann  
Emma Filip  
Philipp Flotow  
Bero Gebhard

Phil M. Kievel

Len Klingelmeyer

Valentin Kopelev

Veronika Maier

Anh Nguyen

Marlon Prutzer

Abtin Rashidi

Theo Rust

Helene Spieles

Rosa Schnidrig

Sophie Wilson

Jonas Weber

## **Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und darin enthaltene Abbildungen sind unter der Creative Commons Lizenz (CC BY 4.0) lizenziert. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen sowie kommerziellen Gebrauch.

## **Einsendungen**

Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch die Frankfurt Law Review überträgt die Autorin der Frankfurt Law Review ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verarbeitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrags ist die Autorin berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

## **Wissenschaftlicher Beirat**

Dr. Daria Bayer

Prof. Dr. Christina Hießl

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann

Prof. Dr. Andrea Kießling

Dr. Viktoria Kraetzig

Dr. Susanne Paas

Prof. Dr. Guido Pfeifer

Prof. Dr. Tobias Singelnstein

Prof. Dr. Stefan Thönissen

Prof. Dr. Tobias Tröger

Prof. Dr. Marina Wellenhofer

Dr. Sarah Zink

# Frankfurt Law Review

# Vorwort der Redaktion

Liebe Leserinnen,

mit Freude präsentieren wir Ihnen die siebte Ausgabe unserer Frankfurt Law Review. Wir sind stolz, die klugen Gedanken von fünf Autorinnen hiermit dem wissenschaftlichen Diskurs vorstellen zu dürfen.

Dies geschieht nun nicht mehr lediglich unter dem Namen Frankfurt Law Review: Unsere Zeitschrift hat ihren Weg ins Vereinsregister gefunden und wurde so zur Frankfurt Law Review e. V. Als eingetragener und gemeinnütziger Verein können wir nun signalisieren, dass unser Projekt auf Dauer angelegt ist und nicht vom zeitlich beschränkten Engagement einzelner Personen abhängen soll. Eine kleine Recherche zu anderen deutschen Law Reviews ergab, dass viele das regelmäßige Veröffentlichen eingestellt haben. Um dieser Entwicklung vorzubeugen und unserem Anspruch von Dauerhaftigkeit gerecht zu werden, gilt es, fortlaufend einen Generationenwechsel zu koordinieren. Unsere Gründerinnengeneration hat bereits zu großen Teilen die Universität verlassen, im Rahmen dieser Ausgabe fand der zweite Schriftleitungswechsel statt. Deshalb freuen wir uns umso mehr, unser neues Mitglied Veronika im Team begrüßen zu dürfen – herzlich willkommen! Eine neue Rolle übernehmen Rosa als Schriftleiterin sowie Philipp als Vorstand für Finanzen und Recht – wir wünschen ihnen viel Freude mit den spannenden Aufgaben!

Die Rechtsform als e. V. ermöglicht es uns nun auch, ein eigenes Bankkonto zu eröffnen, auf dem wir offizielle Spenden empfangen können. Nähere Informationen hierzu stellen wir so bald als möglich auf unserer Website zur Verfügung.

Darüber hinaus freuen wir uns ganz besonders, unsere Kooperation mit dem Legal Research Startup lawlink bekannt machen zu dürfen. Durch die freundliche Unterstützung von lawlink sind die Fußnoten in unseren Aufsätzen ab sofort klickbare Hyperlinks, die die Leserinnen direkt zur entsprechenden Fundstelle führen, ohne das lästige händische Suchen in den diversen Datenbanken. Die Kooperation gibt uns zum einen die Möglichkeit, die Lektüre unserer Zeitschrift komfortabler und intuitiver zu gestalten, zum anderen unterstreicht sie aber auch unseren Anspruch als zu 100 % digitales Medium, nah am Puls aktueller Entwicklungen in der Digitalisierung der Rechtswissenschaft und -praxis zu bleiben und hierzu auch einen kleinen Beitrag zu leisten.

Unsere siebte Ausgabe darf nicht nur in technologischer, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht für sich beanspruchen, mit jedem Aufsatz nah am Puls der Zeit zu stehen. Nico Marius Madej untersucht die Entwicklung von Wahlrecht und Parteiensystem während

der ersten drei Legislaturperioden in der jungen Bundesrepublik. Damit leistet er einen wertvollen historischen Beitrag zu aktuellen Wahlrechtsdebatten und hilft gleichfalls die zunehmend bewegte Parteienlandschaft einzuordnen. Janna Klötzing widmet sich einem neuen Instrument im Kampf um einen besseren Schutz vor gewalttätigen Personen: Sie untersucht den Entwurf zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung in § 1a GewSchG-E und arbeitet hierbei Kriterien der Verhältnismäßigkeit sowie Verbesserungsbedarf heraus. Der Aufsatz von Selma Keller betrachtet das Konzept des Upcyclings aus urheberrechtlicher Perspektive. Hierbei wird das klimaschonende Potential des Upcyclings berücksichtigt und die Bedeutung der bald vom EuGH zu konkretisierenden Pastiche-Schranke unterstrichen. Besonders freuen wir uns, mit dem Aufsatz von Max Neumann erstmals einen Beitrag zum Steuerrecht veröffentlichen zu dürfen: Der Autor unternimmt eine regelungssystematische Betrachtung von Linking Rules im deutschen Steuerrecht in Bezug auf Finanzierungen. Aline Dost adressiert mit ihrem Aufsatz zu den §§ 90 ff. StGB Fragen, die weit über das Strafrecht hinaus von Bedeutung sind: Die Grenzen der wehrhaften Demokratie und des freiheitlichen Diskurses werden in den Staatsverunglimpfungsdelikten brennglasartig verhandelt.

Unser herzlichster Dank gilt: den Autorinnen für die gute Zusammenarbeit und ihr Vertrauen; unserem wissenschaftlichen Beirat für die stets wertvolle Unterstützung; Prof. Dr. Lamprecht für seine fachliche Unterstützung beim Lektorat des steuerrechtlichen Aufsatzes; der Universitätsbibliothek J. C. Senckenberg, die unsere digitale Veröffentlichung möglich macht; den Professorinnen und Dozentinnen, die uns ihre wertvolle Seminarzeit für unsere Werbeeinlagen schenkten.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Die Redaktion der Frankfurt Law Review im Oktober 2025

# Grußwort



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wenn ich im Freundeskreis nachfrage, welche Berufe ihnen beim Stichwort Jura einfallen, kommen fast immer dieselben Antworten: Rechtsanwalt, Richter, Staatsanwalt – die Klassiker. Es sind die bekannten und bewährten Wege, die das öffentliche Bild von Juristen seit jeher prägen. Dabei spielt sich Jura auch außerhalb von Gerichtssälen und Kanzleien ab – oft an Orten, an denen man es nicht vermuten würde. Mir wurde das im Referendariat klar, als ich meine Wahlstation in einer Redaktion verbringen durfte.

Jura und Journalismus? Je länger man über diese Paarung nachdenkt, desto mehr Sinn ergibt sie. Vieles von dem, was einem im Jurastudium beigebracht wird, ist auch für eine fundierte journalistische Recherche essenziell. Juristisches Arbeiten bedeutet, nicht an der Oberfläche zu verharren, sondern den Dingen auf den Grund zu gehen. Es verlangt kritisches Denken, das sorgfältige Abwägen von Argumenten – und ein Gespür dafür, worauf es im Kern wirklich ankommt. All das zeichnet auch guten Journalismus aus.

Am Ende waren es zwei Dinge, die mich nach dem Zweiten Staatsexamen dazu bewogen haben, den „klassischen“ Karriereweg zu verlassen und in der Rechtsredaktion von F.A.Z. Einspruch zu arbeiten. Erstens: die Vielfalt im journalistischen Alltag. Kein Tag gleicht dem anderen. Rechtsredakteure berichten über Milliardenklagen gegen Konzerne, über Prozesse gegen Reichsbürger, Schleuser und Spione. Über Klimabeschlüsse aus Karlsruhe, Big-Tech-Regulierungen aus Brüssel und darüber, wie sich das Völkerrecht angesichts neuer geopolitischer Realitäten behaupten muss. All diese Geschichten werden auf unterschiedlichen Wegen erzählt – in Artikeln, Newslettern, Podcasts oder Kurzvideos. Genau diese Verbindung aus juristischer Themenvielfalt und publizistischer Kreativität macht den Beruf so besonders.

Zweitens: Rechtsredakteure tragen mit ihrer Arbeit dazu bei, das Recht zugänglicher zu machen. Denn was in Parlamenten beschlossen oder von Gerichten entschieden wird, betrifft uns alle – zu Hause, im Beruf, im gesellschaftlichen Miteinander. Das Problem: Wer nicht Jura studiert hat, versteht oft nur die Hälfte. Gesetze und Urteile sind sperrig, voller Fachbegriffe und Querverweise. Die Aufgabe eines Rechtsredakteurs besteht darin, dieses „Juristendeutsch“ zu übersetzen – in klar verständliche Texte. Damit jeder



mitreden und sich eine eigene Meinung bilden kann.

Einen wichtigen Beitrag dazu leistet auch die Frankfurt Law Review – auf ihre ganz eigene Weise. Sie bietet Studenten die Chance, sich frühzeitig in juristische Debatten einzubringen, Stellung zu beziehen, das Recht verständlich zu machen. Sie zeigt, wie spannend es sein kann, sich einzumischen – und eine eigene Stimme im juristischen Diskurs zu entwickeln.

In diesem Sinne: Viel Freude bei der Lektüre dieser Ausgabe. Und allen, die selbst journalistisch schreiben (oder darüber nachdenken, es zu tun) möchte ich sagen: Es lohnt sich – bleiben Sie dran!

Herzliche Grüße

Dr. Finn Hohenschwert

Redakteur

Frankfurter Allgemeine Zeitung / F.A.Z. Einspruch

# Call for Papers

*Möchtest auch Du Deinen Aufsatz in der Frankfurt Law Review veröffentlichen?*

*Die Redaktion der Frankfurt Law Review freut sich auf Deinen Beitragsvorschlag für die kommende Ausgabe 01/2026. Send uns einfach Deinen Aufsatz und falls vorhanden ein Votum – wir melden uns bald bei Dir!*

*[einsendung@frankfurtlawreview.de](mailto:einsendung@frankfurtlawreview.de)*



**Mach  
mit!**

## Wissenschaftlicher Beirat

### **Zivilrecht**

*Prof. Dr. Marina Wellenhofer*

*Prof. Dr. Tobias Tröger*

*Prof. Dr. Christina Hießl*

*Dr. Viktoria Kraetzig*

*Prof. Dr. Stefan Thönissen*

### **Strafrecht**

*Prof. Dr. Tobias Singelnstein*

*Dr. Sarah Zink*

### **Öffentliches Recht**

*Prof. Dr. Andrea Kießling*

*Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann*

### **Grundlagen des Rechts**

*Prof. Dr. Guido Pfeifer*

*Dr. Susanne K. Paas*

*Dr. Daria Bayer*

# Machtmittel Wahlrecht? Die Entwicklung von Wahlrecht und Parteiensystem in der frühen Bundesrepublik

Madej, Nico M.\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Aufsatz thematisiert die Auswirkungen des Wahlrechts auf die Entwicklung von Parteiensystemen am Beispiel der ersten drei Legislaturperioden der Bundesrepublik Deutschland. Ein zunächst wenig limitiertes Verhältniswahlrecht trug zunächst zu einer pluralistischen Parteienlandschaft bei und wurde zunehmend eingeschränkt, was zu einer Konzentration des Parteiensystems führte. Gleichzeitig bedingten gesellschaftspolitische Parameter und machtpolitische Manöver die Entwicklungen. Anhand von Plenarprotokollen, Gesetzesentwürfen und zeitgenössischen Analysen zeigt sich ein interdependentes Verhältnis von Parteien und Wahlrecht, in dem das Wahlrecht einerseits die Zusammensetzung des Parlaments beeinflusst hat, jedoch genauso von den Parteien als Gestaltungselement wahrgenommen wird – mit Konsequenzen für die Betrachtung der aktuellen Wahlrechtsdebatte.

**Keywords** Wahlrecht; Parteiensystem; Demokratie

## A. Das Wahlrecht im Fokus der Politik

Eine Wahlrechtsdebatte ist (wieder) entbrannt. Zwar gelang es der Ampel-Koalition nach jahrelangen Anstößen die fortschreitende Expansion des Bundestags zu limitieren, allerdings sorgte das konstruierte Zweitstimmendeckungssystem für ein „Störgefühl“<sup>1</sup>. Durch das neue System gelang es Wahlkreisgewinnern<sup>2</sup> nur dann in den Bundestag einzuziehen, wenn ihr Mandat auch vom Zweitstimmenergebnis ihrer Partei gedeckt ist.<sup>3</sup> Die Folge: Insgesamt 23 Erststimmensieger gingen „leer aus“. Trotz der vom BVerfG festgestellten Verfassungsmäßigkeit der Zweitstimmendeckung<sup>4</sup> entbrannte unmittelbar nach der Bundestagswahl ein für das Wahlrecht in den letzten Jahren ungekannt kontroverser Diskurs, in dem die Reform sogar als „undemokratisch“<sup>5</sup> bezeichnet wurde.

Ohne etwaige Kritikpunkte des aktuellen Bundeswahlrechts hervorheben zu wollen, erscheint besonders der scharfe Ton der aktuellen politischen Debatte bemerkenswert. Um diese Auseinandersetzung und den Konnex von Wahlrecht und Parteipolitik besser nachvollziehen zu können, kann ein verfassungshistorischer Blick in eine Epoche geworfen werden, in der das Wahlrecht ähnlich kontrovers diskutiert wurde. Konkret soll in diesem Beitrag untersucht werden, inwiefern das Bundeswahlrecht die Entwicklung des Parteiensystems innerhalb der ersten drei Legislaturperioden der Bundesrepublik bedingt hat. Dafür bedarf es zunächst einer grundlegenden Einführung in die Begriffe „Wahlrecht“ und „Wahlssystem“, sowie „Parteien“ und „Parteiensystem“ als auch einer kurzen Beleuchtung der vorausgegangenen Entwicklung des Wahlrechts und der Parteienlandschaft in Deutschland. Daraufhin soll die Formierung des Parteiensystems unter Beachtung des sich ändernden, geltenden Wahlrechts chronologisch untersucht werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf den jeweiligen Gesetzgebungsprozess gelegt werden soll. Schlussendlich werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengeführt, um die postulierte Fragestellung beantworten und auch das aktuelle Handeln von Politikern einordnen zu können.

## B. Begriffe

### I. Wahlrecht und Wahlssystem

1. *Rechtliche Grundlagen* Zuerst sollen die Begriffe des Wahlrechts und Wahlsystems erläutert werden, um das für die Analyse notwendige Verständnis schaffen zu können. Grundsätzlich dienen Wahlen der demokratischen Legitimation des staatlichen Handelns<sup>6</sup> und stellen das zentrale Integrationsverfahren politischer Willensbildung dar, durch das die politischen Sichtweisen des Volkes in Institutionen überführt werden.<sup>7</sup> Das Wahlrecht und seine Ausgestaltung nehmen somit eine herausragende staatsorganisatorische Funktion ein und regulieren maßgeblich die Modalitäten des politischen Wettbewerbs.<sup>8</sup>

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und ist Studentische Hilfskraft am Arbeitsbereich für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht und Verfassungstheorie bei Prof. Dr. Sophie Schönberger (FU Berlin).



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Madej, Machtmittel Wahlrecht? Die Entwicklung von Wahlrecht und Parteiensystem in der frühen Bundesrepublik, FraLR 2025 (03), S. 92-102. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.fralr.25.3.01>

<sup>1</sup>Volkman im Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/kein-schoner-zug/> (zuletzt abgerufen am: 26.06.2025).

<sup>2</sup>Die Verwendung des generischen Maskulinums erfolgt lediglich aus Gründen der Lesbarkeit. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich im Rahmen dieses Beitrags gleichermaßen auf alle weiblichen, männlichen und diversen Personen.

<sup>3</sup>§ 6 Abs. 1 BWahlG.

<sup>4</sup>BVerfGE 169, 236.

<sup>5</sup>So der Ministerpräsident des Freistaats Bayern Markus Söder einen Tag nach der Bundestagswahl 2025, siehe unter <https://www.zeit.de/news/2025-02/24/soeder-beschwert-sich-ueber-undemokratisches-wahlrecht> (zuletzt abgerufen am: 26.06.2025).

<sup>6</sup>BVerfGE 44, 125 (138); 89, 155 (171); Badura in: BK GG, Art. 38 Rn. 35.

<sup>7</sup>Morlok in: Dreier GG, Art. 38 Rn. 51; Müller/Drossel in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 38 Rn. 58.

<sup>8</sup>Morlok, JuS 2022, 1 (6 ff.).



Verfassungsrechtliche Grundlage des Wahlrechts der Bundesrepublik ist hierbei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Dieser enthält sowohl ein subjektives grundrechtsgleiches Recht<sup>9</sup> als auch „objektiv-rechtliche Vorgaben für die Gestaltung des Wahlrechts“<sup>10</sup> in Gestalt der Wahlrechtsgrundsätze. Diese Grundsätze der Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Geheimheit, Gleichheit und Öffentlichkeit<sup>11</sup> stellen unverzichtbare Anforderungen für den Verlauf einer demokratischen Wahl dar und werden vorbehaltlos gewährleistet.<sup>12</sup> Die darüberhinausgehende konkrete Ausgestaltung des Bundeswahlrechts überträgt das Grundgesetz in Art. 38 Abs. 3 GG jedoch dem einfachen Gesetzgeber. Diesem kommt dabei ein weiter Gestaltungsspielraum zu, wenngleich die Grenzen der Wahlrechtsgrundsätze sowie der rechtsstaatlichen Prinzipien des Art. 20 GG eingehalten werden müssen.<sup>13</sup> Dazu sind die verschiedenen Wahlziele durch den Gesetzgeber zu beachten, wie etwa die legitimierende Funktion der Wahl oder die Berücksichtigung gewichtiger Anliegen des Volkes.<sup>14</sup> Insbesondere enthält die Verfassung bewusst keine Festlegung für ein bestimmtes Wahlsystem.<sup>15</sup> Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach sind sowohl Mehrheits- als auch Verhältniswahlrecht mit der Verfassung vereinbar und auch kombinierbar, sodass der Gesetzgeber in der Gestaltung wählen kann.<sup>16</sup>

**2. Wahlsysteme** Bei der historisch älteren Mehrheitswahl gilt grundlegend derjenige Kandidat als gewählt, der in einem Wahlkreis die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinen kann.<sup>17</sup> Eine Unterscheidung erfolgt entlang der für den Wahlsieg notwendigen Mehrheit: Bei einer absoluten Mehrheitswahl ist gewählt, wer die Mehrheit der Stimmen, das heißt 50 % plus eine Stimme, generieren kann, während bei einer relativen Mehrheitswahl derjenige gewählt ist, der die meisten Stimmen im Verhältnis zu den anderen Kandidaten erhalten konnte.<sup>18</sup> Befürworter des Mehrheitswahlrechts heben besonders die Förderung einer starken persönlichen Bindung des Abgeordneten an den von ihm repräsentierten Wahlkreis hervor, die auch den Charakter des Abgeordneten als Volksvertreter unterstreichen könnte,<sup>19</sup> wenngleich diesem Effekt bei großräumigen Wahlkreisen mit Skepsis begegnet werden sollte.<sup>20</sup> Zudem wird mit der Mehrheitswahl eine Konzentration der Parteienlandschaft verbunden, was zur Vereinfachung der Mehrheitsfindung im Parlament und gesteigerter Stabilität führe.<sup>21</sup> Ein vielgenannter Nachteil der Mehrheitswahl ist allerdings, dass jegliche Stimmen für unterlegene Bewerber unberücksichtigt bleiben.

Dem Mehrheitswahlsystem gegenüber steht die Verhältniswahl. Ihr zugrundeliegendes Prinzip ist, dass die zur Wahl stehenden Mandate grundsätzlich in dem Verhältnis zugeteilt werden, wie auch die Stimmen auf die Bewerber entfallen sind.<sup>22</sup> Die Repräsentation im Sinne der Volkssouveränität nach Art. 20 Abs. 2 GG wird hierbei dadurch bewirkt, dass die Parteien ihre Kandidaten und Programme den Wahlberechtigten vorstellen und diese ihre Entscheidung einer Liste nach für die jeweilige parteipolitische Einstellung treffen.<sup>23</sup> Die Verhältniswahl wird insofern zum Spiegelbild der parteipolitischen Einordnung der Wählerschaft, wobei jede politische Richtung in derlei Stärke auch im Parlament vertreten ist, die dem gesamten Anteil der im Wahlgebiet für sie vorhandenen Stimmen entspricht.<sup>24</sup> Unterstützer des Verhältniswahlrechts stellen

allen voran auf diese maßgetreue Abbildung des Wählerwillens ab, der es vor allem kleineren Parteien ermöglicht im Parlament vertreten zu sein. Gerade dieser Aspekt wird ebenso negativ angeführt: Die Verhältniswahl trage zu einer Zersplitterung des Parteiensystems und Instabilität bei.<sup>25</sup>

## II. Die politischen Parteien und Parteiensysteme

Für die Analyse sind zudem die Begriffe „Partei“ und „Parteiensystem“ instrumental. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage finden die Parteien dabei in Art. 21 GG, der ihnen eine entscheidende Rolle bei der politischen Willensbildung zukommen lässt und sie in verfassungsrechtlicher Anerkennung ihrer Bedeutsamkeit in den Status einer „verfassungsrechtlichen Institution“<sup>26</sup> hebt. Durch ihren organisatorischen Rahmen agieren Parteien als Schnittstelle zwischen Staat und Gesellschaft und wirken an der politischen Willensbildung vor allem durch die Teilnahme an Wahlen mit.<sup>27</sup> Ihre Einwirkung auf den Staat erschöpft sich jedoch nicht in der Teilnahme an Wahlen, sondern äußert sich vor allem auch in der Vergabe von Ämtern und der Ausbildung politischen Personals.<sup>28</sup> Gleichzeitig sollen die Parteien auch selbst politische Zielsetzungen formulieren und an die Bürger

<sup>9</sup>BVerfGE 142, 123 (173); Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 154 f.

<sup>10</sup>Morlok, JuS 2022, 1019 (1020).

<sup>11</sup>Die Öffentlichkeit der Wahl ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, sondern als ungeschriebener Wahlrechtsgrundsatz aus Art. 38 iVm. Art. 20 Abs. 1, 2 GG und normiert, dass eine demokratische Wahl stets vor den Augen der Öffentlichkeit durchzuführen ist, also das gesamte Wahlverfahren von der Vorbereitung bis zur Ermittlung des Stimmergebnisses für das Wahlvolk nachvollziehbar sein muss, hierzu BVerfGE 121, 266 (291); 123, 39 (69).

<sup>12</sup>BVerfGE 99, 1 (13); Müller/Drossel in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 38 Rn. 58, 61; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 84, 87.

<sup>13</sup>BVerfGE 3, 19 (24); 59, 119 (124 f.); 95, 335 (349); Boehl in: Schreiber BWahlG, § 1 Rn. 87.

<sup>14</sup>Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 44.

<sup>15</sup>BVerfGE 95, 335 (349); 156, 224 (240); Boehl in: Schreiber BWahlG, § 1 Rn. 87.

<sup>16</sup>BVerfGE 95, 335 (352); Boehl in: Schreiber BWahlG, § 1 Rn. 87; Waldhoff in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz VerfassungsR-HdB, § 10 Rn. 74.

<sup>17</sup>Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 45; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 174.

<sup>18</sup>Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 45; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 174.

<sup>19</sup>BVerfGE 95, 335 (352 f.).

<sup>20</sup>Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 49; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 178.

<sup>21</sup>Nohlen (2014), Wahlrecht und Parteiensystem, S. 167.

<sup>22</sup>BVerfGE 1, 208 (244); 95, 335 (352); Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 48; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 175.

<sup>23</sup>BVerfGE 95, 335 (352); Badura in: BK GG, Anh. zu Art. 38 Rn. 47; Schwarz in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 175.

<sup>24</sup>BVerfGE 1, 208 (244); 95, 335 (352).

<sup>25</sup>Insbesondere wiederzufinden bei Hermens (1968), Demokratie oder Anarchie, S. 161 ff.

<sup>26</sup>BVerfGE 2, 1 (73). Dazu auch BVerfGE 1, 208 (225); 5, 85 (133 f.); 11, 266 (273); 144, 20 (194); Waldhoff, JuS 2019, 737 (741).

<sup>27</sup>BVerfGE 2, 1 (11); 11, 266, (273); 107, 339 (358); Morlok in: Dreier GG, Art. 21 Rn. 19 f.

<sup>28</sup>Klein in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 21, Rn. 167; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764).

herantragen,<sup>29</sup> sodass die Demokratie erst durch den freien Wettbewerb einer Mehrzahl von Parteien wirksam verwirklicht werden kann.<sup>30</sup>

Von den politischen Parteien als gesellschaftlich verankerten Entitäten sind die parlamentarischen Fraktionen juristisch streng zu trennen. Fraktionen basieren auf dem Zusammenschluss freier Abgeordneter und dienen als Organisationseinheiten der Strukturierung parlamentarischer Willensbildung.<sup>31</sup> Damit sind auch die Fraktionen Träger der innerparlamentarischen Willensbildung und nicht die außerparlamentarischen Parteien.<sup>32</sup> Gerade in Hinsicht auf die parlamentarische Praxis lassen sich die Fraktionen jedoch als „parlamentarische Erscheinungsform der Partei“<sup>33</sup> klassifizieren und weisen enge Verknüpfungen mit den politischen Parteien auf. Das Recht der Listenaufstellung und Wahlvorbereitung obliegt maßgeblich den politischen Parteien, sodass ein Abgeordneter in aller Regel nur durch eine Parteizugehörigkeit auch ein Parlamentsmandat erhalten kann.<sup>34</sup> Durch die Fraktionen und die ihr zugehörigen Abgeordneten ist es den Parteien somit möglich, politisch auf das parlamentarische Leben einzuwirken, was den Willen des Volkes erst konsequent verwirklicht.<sup>35</sup> Auch wenn in Fällen des parlamentarischen Betriebs, etwa bei der Einbringung von Gesetzentwürfen, Fraktionen somit die handelnden Akteure darstellen, agieren die Fraktionen praktisch im Interesse einer Partei.

Die durch das Grundgesetz vorgezeichnete Mehrparteiendemokratie<sup>36</sup> lässt sich in ihren Eigenschaften und Wechselwirkungen durch den dynamischen Begriff des Parteiensystems näher beschreiben. Grundsätzlich ist unter einem solchen Parteiensystem das strukturelle Gefüge der Gesamtheit der politischen Parteien zu verstehen,<sup>37</sup> das etwa durch die Anzahl der Parteien, die Größenverhältnisse der Parteien zueinander, die ideologische Entfernung dieser oder die Stellung zum politischen System charakterisiert werden kann.<sup>38</sup> Ein maßgeblicher Faktor für die Funktionsweise eines Parteiensystems sind dabei die gesellschaftlichen Konfliktlinien, die auch im Wählerverhalten zutage treten.<sup>39</sup> Diese können unterschiedlich aufgeschlüsselt werden, wobei etwa ökonomische oder kulturelle Aspekte in der Bestimmung dieser Konfliktlinien verwendet werden können.<sup>40</sup>

Von besonderem Interesse ist zudem der Wandel des Parteiensystems und dessen ausschlaggebende Faktoren. Die politikwissenschaftliche Forschung zieht dabei allen voran drei Ebenen heran, die entsprechenden Einfluss auf die Parteienlandschaft nehmen können.<sup>41</sup> Unterschieden wird zwischen Angebotsebene, das heißt den politischen Parteien, die Einfluss auf den Wettbewerb nehmen, der Nachfrageebene, also den Orientierungen und Verhaltensweisen der Wahlberechtigten, sowie den Rahmenbedingungen, die politisch-institutioneller, gesellschaftlicher oder ökonomischer Natur sein können. Hinsichtlich der institutionellen Rahmenbedingungen nimmt das Wahlrecht eine herausragende Position ein und entfaltet mechanische sowie psychologische Auswirkungen.<sup>42</sup> Besonders in der älteren Forschung wurde das Wahlsystem teilweise als unumstößliche Bedingung angesehen, die unmittelbare kausale Auswirkungen auf das Parteiensystem habe.<sup>43</sup> Aufgrund der multiplen Elemente, die auf den Wandel von Parteiensystemen einwirken, sollten innerhalb der späteren Analyse jedoch sowohl gesellschaftlich-politische

als auch institutionelle Kriterien herbeigezogen werden, unter denen das Wahlrecht eine herausragende, aber eben nicht alleinige Stellung einnimmt.<sup>44</sup> Die jeweiligen Dispositionen der Wahlsysteme und ihr allgemeiner Wirkungsgrad können eine Betrachtung erleichtern, wenngleich sie keine alleinige Grundlage bilden können.

## C. Historische Grundlagen: Wahlrecht und Parteiensystem von Weimar bis Bonn

### I. Wahlrecht und Parteiensystem der Weimarer Republik

Für die Betrachtung der Wahlrechtsgesetzgebung innerhalb der frühen Bundesrepublik ist die Zeit der Weimarer Republik von herausragender Bedeutung. Die politischen Akteure der frühen Bundesrepublik wurden während der Weimarer Republik in politischer wie juristischer Hinsicht sozialisiert. Sie hatten damit Aufbruch, Wirren, sowie schlussendliches Scheitern der ersten gesamtstaatlichen deutschen Demokratie bewusst und zu Teilen gestaltend miterlebt, sodass ihre Erwägungen unter den Eindrücken dieser Epoche standen.<sup>45</sup> Die Weimarer Verfassungsordnung prägte der neu eingesetzte Grundsatz der Volkssouveränität, der in Art. 1 Abs. 2 WRV normiert war.<sup>46</sup> Die Herrschaft des Volkes wurde gemäß Art. 5 WRV im Sinne einer repräsentativen Demokratie strukturiert und durch direktdemokratische Elemente angereichert,<sup>47</sup>

<sup>29</sup>Klein in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 21, Rn. 150.

<sup>30</sup>Morlok in: Dreier GG, Art. 21 Rn. 26.

<sup>31</sup>Definiert wird der Begriff der Fraktion in § 10 GO-BT. Verfassungsrechtlich werden die Fraktionen lediglich in Art. 53a GG erwähnt; deren verfassungsmäßige Rechte werden daher aus § 38 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitet, wobei auf den Charakter der Fraktion als Bündel von Abgeordneten abgestellt wird, sodass eine Fraktion über die Rechte der ihr zugehörigen Abgeordneten verfügt.

<sup>32</sup>Streinz in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 21 Rn. 85.

<sup>33</sup>Streinz in: Huber/Voßkuhle GG, Art. 21 Rn. 85. Dazu auch BVerfGE 20, 56 (94 f.).

<sup>34</sup>Zum Listenprivileg der politischen Parteien siehe BVerfGE 11, 351 (355 f.).

<sup>35</sup>Klafki in: v. Münch/Kunig GG, Art. 21 Rn. 37.

<sup>36</sup>BVerfGE 2, 1 (13).

<sup>37</sup>Nohlen, S. 80.

<sup>38</sup>Nohlen, S. 80.

<sup>39</sup>Schmidt (2011), Das politische System Deutschlands, S. 104.

<sup>40</sup>Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 83 (89 ff.).

<sup>41</sup>Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 83 (100).

<sup>42</sup>Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 83 (100); Nohlen, S. 69 f.

<sup>43</sup>Vor allem bei Hermens, S. 161 ff.

<sup>44</sup>Badermann (2007), Der Einfluss des Wahlrechts auf das Parteiensystem, S. 356; Nohlen, S. 476 f.

<sup>45</sup>Grimm in: Dreier/Waldhoff, Das Wagnis der Demokratie, S. 263 (275); Ullrich (2009), Der Weimar-Komplex, S. 271; Waldhoff, JuS 2019, 737 (738 f.).

<sup>46</sup>Pieroth, JURA 2019, 789 (792); Waldhoff, JuS 2019, 737 (740).

<sup>47</sup>Direktdemokratische Elemente stellen etwa die direkte Wahl des Reichspräsidenten gemäß Art. 41 Abs. 1 WRV, sowie die in Art. 73-76 WRV enthaltenen Regelungen über Volksbegehren und Volksentscheide dar. Letztere konnten allerdings kaum praktische Relevanz entfalten und erhielten bei der Verfassungsgebung des Grundgesetzes eine polarisierende Konnotation, die der empirische

die ein Gegengewicht zum Parlamentarismus darstellen sollten.<sup>48</sup>

Die Wahlrechtsfrage wurde bei der Weimarer Verfassungsgebung kaum diskutiert. Zeitgenössisch wurde vertreten, dass einzig das Verhältniswahlrecht der Verfälschung des Wählerwillens wirksam entgegenwirken und tatsächlich die Volkssouveränität erreichen könne, sodass die Implementierung eines Verhältniswahlrechts als natürliche Konsequenz der parlamentarischen Demokratie angesehen wurde.<sup>49</sup> Das Ergebnis war ein allgemeines, freies und gleiches Wahlrecht für alle Personen über 20 Jahren, erstmals auch für Frauen. Ferner wurde durch Art. 17, 22 WRV die Verhältniswahl in Form einer starren Listenwahl für alle Wahlen zum Reichstag, Landtag und den Gemeindewahlen verfassungsrechtlich vorgeschrieben.<sup>50</sup>

Das breite und teils polarisierte Parteienspektrum, das sich bereits in der Kaiserzeit ausgebildet hatte,<sup>51</sup> bestand innerhalb der Weimarer Republik fort. Den politischen Parteien kam durch den demokratischen Wandel zudem nun eine staatstragende Funktion zu: Trotz des Fehlens einer positiven verfassungsrechtlichen Normierung ihrer Rolle<sup>52</sup> basierte das politische System der Weimarer Demokratie durch die Entscheidung für den Parlamentarismus bewusst auf dem Wettbewerb verschiedener frei gegründeter, selbstorganisierter Parteien, die die Willensbildung des Volkes maßgeblich prägten.<sup>53</sup>

Dem Verhältniswahlrecht wird aufgrund seiner zugeschriebenen Wirkung der Begünstigung einer Zersplitterung der Parteienlandschaft mitunter eine entscheidende Rolle zugemessen, die Bildung stabiler Mehrheiten und einer funktionierenden Demokratie in Weimar verhindert zu haben.<sup>54</sup> Eine Betrachtung des Untergangs der Weimarer Republik sollte allerdings die mannigfachen sozio-kulturellen, ökonomischen und politischen Missstände der Epoche nicht verkennen.<sup>55</sup> Wenngleich in Anbetracht multipler Krisenherde eine monokausale Betrachtung des Untergangs der Weimarer Demokratie objektiv fernliegend erscheint,<sup>56</sup> prägt diese Assoziation dennoch in Teilen die zeitgenössische Sichtweise auf das Verhältniswahlrecht und ist somit von hoher Bedeutung für die spätere Analyse.

## II. Die Nachkriegszeit: Neuordnung des politischen Lebens

Zuletzt ist eine Einbettung in den politisch-historischen Rahmen unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs notwendig, der mit dem Zusammenbruch der national-sozialistischen Unrechtsherrschaft und dem Beginn der alliierten Okkupation Deutschlands endete. Zielsetzung der alliierten Siegermächte war es zunächst, den Alltag in den vier eingerichteten Besatzungszonen zu organisieren, wobei in allen Gebieten das vordergründige Bestreben die Demilitarisierung und Denazifizierung der deutschen Zivilgesellschaft war.<sup>57</sup> Das politische Leben nahm ebenfalls kurz nach Kriegsende erste Ausformungen an: Bereits nach wenigen Monaten begannen die Siegermächte in den Kommunen deutsche Bürger für die Bewältigung von Verwaltungsaufgaben heranzuziehen,<sup>58</sup> während die Einrichtung des politischen Lebens durch die Zulassung erster Parteien gestärkt wurde, von denen die CDU/CSU, SPD und FDP in den westlichen Besatzungszonen hervortreten konnten. Schnell erwuchs dabei ein plurales Vielparteiensystem, das ebenfalls kleinere, regionale Parteien hervorbrachte.<sup>59</sup> Die

Strukturen dieser ersten Parteien hatten ihre organisatorischen und programmatischen Ursprünge in der Zeit der Weimarer Republik und konnten im Exil fortbestehen, oder im Falle der CDU/CSU und FDP durch Einigungsprozesse neu sortiert werden.<sup>60</sup>

Diese historischen Faktoren bilden das Fundament für die folgende Analyse. Die profunden Erfahrungen der politischen Akteure mit dem Aufstieg und Niedergang der Weimarer Republik sowie die sich bereits unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs herausbildende pluralistische Parteienlandschaft sind bei der Analyse des Zusammenhangs von Wahlrecht und Parteiensystem zugrunde zu legen.

## D. Entwicklung von Parteiensystem und Wahlrecht während der frühen Bundesrepublik

Mit dem dargestellten Kontext im Hinterkopf, soll sich nun die Betrachtung der Entwicklung von Wahlrecht und parallel die des Parteiensystems während der frühen Bundesrepublik anschließen. Dabei soll chronologisch vorgegangen werden und zunächst die jeweilige Wahlrechtsgesetzgebung sowie deren Leitmotive herausgestellt werden. Anschließend wird die Entfaltung des Parteiensystems anhand des jeweils geltenden Wahlrechts untersucht. Dieser Analyserahmen soll daraufhin zu Abstraktionen über die Bedeutung des Wahlrechts für die Entwicklung des konkreten Parteiensystems beitragen.

Beweis nicht ohne weiteres hergibt, siehe hierzu Gusy (2018), 100 Jahre Weimarer Verfassung, S. 136; Pieroth, JURA 2019, 789 (793).

<sup>48</sup>Gusy, S. 117 ff.

<sup>49</sup>Jesse (1985), Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform, S. 53; Nohlen, S. 363; Vogel/Nohlen/Schultze (1971), Wahlen in Deutschland, S. 145.

<sup>50</sup>Vogel/Nohlen/Schultze, S. 145 ff.

<sup>51</sup>Huber (1981), Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band VI, S. 132.

<sup>52</sup>Die Parteien erhalten lediglich in Art. 130 Abs. 1 WRV eine negative Erwähnung, wonach Beamte „Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei“ sein sollten. Den Parteien wird dabei aufgrund der Möglichkeit der Ämterpatronage grundsätzliche Skepsis entgegengebracht, wenngleich dies nichts an der Verfassungsrealität ändert, in der sich die Parteien als bestimmende Faktoren bereits etabliert haben, siehe hierzu Waldhoff, JuS 2019, 737 (741).

<sup>53</sup>Lübke-Wolff in: Dreier/Waldhoff, Das Wagnis der Demokratie, S. 111 (128); Pieroth, JURA 2019, 789 (793).

<sup>54</sup>Hermens, S. 161 ff.

<sup>55</sup>Dazu zählen etwa die Lasten des Versailler Vertrags, ein wirtschaftlicher Dauerkrisenzustand, sowie tiefe soziale Zerrissenheit, die die politische Radikalisierung begünstigte, was der gesellschaftlichen Akzeptanz der neuen politischen Ordnung maßgeblich entgegenstand. Siehe hierzu Grimm in: Dreier/Waldhoff, Das Wagnis der Demokratie, S. 263 (276); hierzu auch Fenske (1972), Wahlrecht und Parteiensystem, S. 359; Vogel/Nohlen/Schultze, S. 151.

<sup>56</sup>Nohlen, S. 366 f.; Vogel/Nohlen/Schultze, S. 152. Es existieren demgegenüber sogar Rechenbeispiele, nach denen die NSDAP bei einem Mehrheitswahlrecht im Zuge der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Probleme bereits früher erstarkt wäre, siehe hierfür Fenske (1972), Wahlrecht und Parteiensystem, S. 356.

<sup>57</sup>Thiele (2021), Der konstituierte Staat, S. 351.

<sup>58</sup>Ullrich, JA 2019, 328 (334).

<sup>59</sup>Frotscher/Pieroth (2022), Verfassungsgeschichte, § 22 Rn. 730 ff.

<sup>60</sup>Frotscher/Pieroth, § 20 Rn. 731 ff.; Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 739 (744).



## I. Die erste Bundestagswahl 1949

1. *Das erste Bundeswahlgesetz* Für die erste Bundestagswahl beschäftigte sich der Wahlrechtsausschuss des Parlamentarischen Rates mit der Wahlrechtsfrage, die überaus intensiv geführt wurde.<sup>61</sup> Im Wahlrechtsausschuss war ein breites Parteienspektrum von Mitgliedern der CDU/CSU und der SPD sowie jeweils einem Repräsentanten der FDP und KPD vertreten. Während große Einigkeit darüber herrschte, dem Wahlrecht einen bewusst vorläufigen Charakter zu verleihen,<sup>62</sup> bestand hinsichtlich der Ausgestaltung des Wahlsystems Dissens. Hierbei forderten insbesondere aufgrund der Weimarer Erfahrungen und dem destabilisierenden Einfluss der damaligen Verhältniswahl die Vertreter der Union ein Mehrheitswahlrecht, während Vertreter der SPD, FDP und KPD eine Verhältniswahl präferierten.<sup>63</sup> Im Zuge der Diskussionen versteifte die CDU/CSU sich dabei auf ihr Maximalziel einer Mehrheitswahl. Diese Haltung der CDU/CSU stieß wiederum kleinere Parteien und besonders die FDP ab, die für Kompromissvorschläge und eine Kombination der Wahlsysteme empfänglich gewesen wäre.<sup>64</sup> Aufgrund dessen konnte ein Vorschlag als Kompromiss dargestellt werden, der Elemente der Mehrheitswahl mit der Verhältniswahl kombinierte, obwohl eine Stimmenverrechnung vorgesehen war und somit das Verhältnissystem maßgeblich für den Charakter des Wahlsystems war. Eine Kombination der Wahlsysteme im eigentlichen Sinne (etwa ein Grabenwahlrecht) findet dagegen nicht statt. Diesem Vorschlag stimmten FDP und KPD zu, die als kleinere Parteien ohnehin von der Verhältniswahl profitieren würden. Die Wahlrechtsfrage wurde zudem durch die Ministerpräsidenten auf Initiative der Alliierten novelliert. Die Überarbeitung sah – zum Missfallen des Parlamentarischen Rates – insbesondere die Einführung einer Fünf-Prozent-Sperrklausel vor, die lediglich auf Landesebene gelten sollte.<sup>65</sup>

Die Diskussionen im Parlamentarischen Rat werden dabei einerseits von Zweckmäßigkeitserwägungen charakterisiert, allerdings auch von den tatsächlichen Überzeugungen der Vertreter.<sup>66</sup> Der machtpolitische Charakter der Wahlrechtsfrage wurde zwar innerhalb der Debatten anerkannt, allerdings nicht als illegitim eingestuft.<sup>67</sup> Derartige parteizentrische Argumentationen sind zwar vorhanden, dominieren die Erwägungen jedoch nicht vollends und beschränken sich größtenteils auf die kleineren Parteien FDP und KPD, deren Anliegen ihre eigene Erhaltung im künftigen Parteienspektrum darstellte.<sup>68</sup> Zudem begünstigte die Zusammensetzung des Parlamentarischen Rates nach Proportionalverhältnissen<sup>69</sup> die Entscheidung für ein Verhältniswahlrecht. Allein die dadurch erreichte Abbildung des Vielparteiensystems im Parlamentarischen Rat und dem Wahlrechtsausschuss ließ einem Wahlsystem die größten Chancen zukommen, dass dieses auch erhalten würde. Ebenso kam gerade kleineren Parteien aufgrund der unterschiedlichen Positionen von CDU/CSU und SPD eine entscheidende Stellung bei der Mehrheitsfindung zu.<sup>70</sup> Schlussendlich galt damit für die erste Bundestagswahl eine personalisierte Verhältniswahl, bei der 400 Abgeordnete in geheimer, freier, allgemeiner und direkter Wahl gewählt wurden, wovon 242 in Einmann-Wahlkreisen in relativer Mehrheitswahl, die restlichen Vertreter über Landeslisten ermittelt wurden.<sup>71</sup> In jedem Bundesland wurde ein Anteil der insgesamt 400 zu verteilenden Mandate bestimmt.<sup>72</sup> Jeder Wähler besaß eine Stimme, die sowohl für einen

Wahlkreiskandidaten als auch für die Landesliste einer Partei zählte. Bei der Zuteilung der Mandate innerhalb der einzelnen Bundesländer wurden die in den Wahlkreisen errungenen Mandate den Landeslisten der Parteien angerechnet, sodass das erste Bundeswahlgesetz im Ergebnis ein reines Verhältniswahlrecht vorsah. Sollte eine Partei dabei mehr Wahlkreismandate erringen, als ihr nach dem Verhältnisprinzip eigentlich zustanden, würden diese als Überhangmandate erhalten bleiben. Ein Mandat erhielt ferner eine Partei lediglich, wenn sie fünf Prozent der im Bundesland abgegebenen Stimmen oder ein Direktmandat erzielen konnte, womit sich eine erste Form der Grundmandatsklausel wiederfindet.

2. *Das Parteiensystem nach der Bundestagswahl 1949* Im Zuge der ersten Bundestagswahl hat sich ein Parteiensystem im Parlament herauskristallisiert, das maßgeblich den Parteienpluralismus widerspiegelte, der sich nach Kriegsende etablieren konnte. Von 16 zur Wahl stehenden Parteien konnten elf in den Bundestag ziehen. Hinzu kamen drei unabhängige Kandidaten. Am stärksten schnitten die CDU/CSU mit 31 % der Wählerstimmen, sowie die SPD mit 29,2 % ab.<sup>73</sup> Ferner zogen FDP, DP, Zentrums-Partei, KPD, BP, WAV, DKP und SSW in den Bundestag ein. Die Bildung einer Koalition wurde in diesem pluralisierten Parlament notwendig, welche schließlich von den Unionsparteien sowie der FDP und DP gestellt werden konnte.

<sup>61</sup>Meyer (1973), Wahlsystem und Verfassungsordnung, S. 25

<sup>62</sup>Dazu etwa Parlamentarischer Rat, Akten und Protokolle, Band 9, Plenum, S. 279, 333, 633.

<sup>63</sup>Lange (1975), Wahlrecht und Innenpolitik, S. 342 f.; zum Standpunkt der CDU eindrucklich auch Parlamentarischer Rat, Akten und Protokolle, Band 9, Plenum, S. 328 f., 634 ff.

<sup>64</sup>Ein Kompromiss wäre tatsächlich denkbar gewesen: Der FDP-Abgeordnete Becker hatte im Wahlrechtsausschuss einen Vorschlag präsentiert, in dem 230 Abgeordnete nach relativer Mehrheitswahl und 170 weitere nach der Verhältniswahl gewählt worden wären. Zwar wurde dieser Vorschlag umfassend im Ausschuss abgelehnt, jedoch begrenzten sich die Bedenken von SPD und KPD auf eine zu starke Verzerrung des Proportionalprinzips. Die CDU/CSU brachte ähnliche Kombinationsentwürfe ein, die allerdings jeweils die Wahl von noch mehr Abgeordneten nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl vorsahen und somit einer Einigung entgegenstanden. Siehe hierzu Jesse, S. 94 f.

<sup>65</sup>Lange, S. 395 ff.

<sup>66</sup>Parlamentarischer Rat, Akten und Protokolle, Band 9, Plenum, S. 354 f.

<sup>67</sup>Parlamentarischer Rat, Akten und Protokolle, Band 9, Plenum, S. 393.

<sup>68</sup>Jesse, S. 96 f.

<sup>69</sup>Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates wurden von den Landesparlamenten gewählt, in einem Verfahren, das sowohl die Bevölkerungszahl berücksichtigte als auch die relative Stärke der jeweiligen Landtagsfraktionen. Dazu Frotscher/Pieroth, § 21 Rn. 783; Willoweit/Schlinker/Schwarz (2024), Deutsche Verfassungsgeschichte, § 42 Rn. 6.

<sup>70</sup>Jesse, S. 91; Lange, S. 342 f.

<sup>71</sup>Wahlgesetz zum ersten Bundestag und zur ersten Bundesversammlung der Bundesrepublik Deutschland vom 15. Juni 1949, BGBl. I, S. 21.

<sup>72</sup>Siehe § 8 Abs. 1 Wahlgesetz zum ersten Bundestag und zur ersten Bundesversammlung der Bundesrepublik Deutschland vom 15. Juni 1949, BGBl. I, S. 22.

<sup>73</sup>Die Bundeswahlleiterin, Wahl zum 1. Deutschen Bundestag am 14. August 1949, <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/1949.html> (zuletzt abgerufen am 23.06.2025).

Auf den ersten Blick fällt besonders die starke Zersplitterung des Parteiensystems ins Auge. Hierbei liegt es nahe, die Ursachen für diese Entwicklung zunächst im geltenden Wahlrecht zu suchen. Erstens trägt der Charakterzug der Verhältniswahl, die gesamte Abbildung des Wählerwillens zu ermöglichen, dazu bei, kleineren Parteien mit weniger Stimmen zu parlamentarischer Repräsentation zu verhelfen. Angesichts der Tatsache, dass acht der elf vertretenen Parteien jeweils unter sechs Prozent der Stimmen erhielten, scheint sich dieser Effekt der Verhältniswahl zu manifestieren. Ebenso konnten die weiterführenden Regelungen des Wahlrechts, wie die Sperrklausel auf Landesebene oder Elemente der Personenwahl, nicht die Wirkung der Verhältniswahl limitieren.<sup>74</sup> In ihrer restriktiven Anwendung lediglich auf Landesebene verhinderte die Sperrklausel nicht den Einzug von BP, DP, Zentrum, WAV, DKP und SSW, die jeweils in zumindest einem Bundesland das notwendige Quorum erzielen konnten, demgegenüber auf Bundesebene unter fünf Prozent der Stimmen verblieben.<sup>75</sup> Es erscheint daher naheliegend, dem geltenden Verhältniswahlrecht in seiner Ausgestaltung tatsächlich eine entscheidende Rolle für die Zersplitterung des Parteiensystems zu attestieren.

Gleichwohl sollten die gesellschaftspolitischen Gegebenheiten vor der Wahl unbedingt beachtet werden. Dabei muss infrage gestellt werden, inwieweit ein freier Parteienwettbewerb in dieser Frühzeit überhaupt möglich gewesen ist. Hervorzuheben ist einerseits die Innen- und Lizenzierungspolitik der Besatzungsmächte, die auf die Herausbildung und Betätigungsmöglichkeiten der Parteien einwirkte,<sup>76</sup> denen obendrein ein geringes Zeitfenster zur Konstituierung verblieb. Vielmehr knüpften die Parteien programmatisch und organisatorisch an die Zeit ihres letzten Bestehens und damit an die Weimarer Republik an, womit die erste Bundestagswahl teilweise sogar als „letzte Wahl der Weimarer Ära“<sup>77</sup> bezeichnet wird. Die für den Wahlkampf entscheidenden Dynamiken konnten sich vielmehr erst im Zuge der ersten Legislaturperiode verfestigen. Eine zersplitterte Parteienlandschaft wurde somit durch das Fehlen konzentrierender Elemente begünstigt. Das plurale Parteienwesen, das sich nach Ende des zweiten Weltkriegs herausbilden konnte, verblieb insofern in seiner ursprünglichen und stark ausdifferenzierten Form unangetastet.

Eine Einflussnahme auf die Errichtung des Parteiensystems des ersten Bundestages ist dem Wahlrecht somit jedenfalls nicht abzusprechen. Die generelle Wirkungsrichtung der Verhältniswahl scheint sich verwirklicht zu haben und wurde nicht durch anderweitige Faktoren, wie die Sperrklausel, eingegrenzt. Gleichzeitig muss der gesellschaftspolitische Kontext unbedingt hinzugezogen werden, der in dieser sehr frühen Phase einer Zersplitterung nicht entgegenstand. Aufgrund der fehlenden Etablierung des politischen Wettbewerbs müssen dessen Auswirkungen in späteren Stadien besonders beobachtet werden.

## II. Die zweite Bundestagswahl 1953

1. *Das zweite Bundeswahlgesetz* Die Wahlrechtsfrage lag auch für die zweite Bundestagswahl abermals auf der Hand. Nicht nur, weil das erste Bundeswahlgesetz ein bewusstes Provisorium darstellte, sondern ebenso aufgrund des vielfältigen und zersplitterten Parteiensystems, das die

erste Wahl zum Bundestag hervorbrachte. Hinzu kam, dass diese Zersplitterung bei den Landtagswahlen zwischen 1950 und 1952 noch sichtbarer zunahm,<sup>78</sup> wodurch nicht nur die Machtposition von Union und SPD in den Ländern geschwächt wurde, sondern ebenso die Ängste vor einem erneuten Zerfall der Demokratie amplifiziert wurden. Darüber hinaus konnte die neonazistische und später durch das Bundesverfassungsgericht verbotene SRP bei den Landtagswahlen in Niedersachsen 1951 Rekordergebnisse verbuchen.<sup>79</sup> Umso mehr wurden institutionelle Möglichkeiten gesucht, den geschaffenen parlamentarischen Rahmen zu erhalten. Dem Wahlrecht kam dabei als Gestaltungs- und Steuerungselement besondere Bedeutung zu.

Ihre ersten Akzente erhielt die Debatte um das zweite Bundeswahlgesetz dabei bereits auf Länderebene, wobei vor allem die Bestrebungen der SPD herausstechen, in den sozialdemokratisch regierten Ländern ein Mehrheitswahlrecht durchzusetzen.<sup>80</sup> Bemerkenswert ist hier die Instrumentalisierung des Wahlrechts für eigene Parteiinteressen, die erstmals derartig offenkundig hervortritt. Auf Bundesebene verblieb der Diskurs dagegen zunächst stecken, nachdem die CDU/CSU versuchte, über die Sozialdemokraten und anschließend die FDP und DP eine Mehrheit für die angestrebte Einführung einer Mehrheitswahl zu generieren.<sup>81</sup> Drei Vorschläge wurden von der Regierung eingebracht, wovon insbesondere der nach Innenminister *Lehr* benannte Entwurf die CDU/CSU gegenüber den Sozialdemokraten bevorteilt hätte.<sup>82</sup> Die SPD brachte währenddessen einen eigenen Entwurf vor, der sich am Wahlsystem

<sup>74</sup>Lange, S. 412.

<sup>75</sup>Siehe hierzu Die Bundeswahlleiterin (2025), Ergebnisse früherer Bundestagswahlen, S. 32. Demnach übersprang je die Sperrklausel in ihrer Geltung auf Landesebene die BP in Bayern; die DP in Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein; die Zentrumsparterie in Nordrhein-Westfalen; WAV in Bayern; DKP in Niedersachsen; SSW in Schleswig-Holstein.

<sup>76</sup>Beyme/Busch (2023), Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 138; Frotscher/Pieroth, § 22 Rn. 730 ff.; Lange, S. 303 f.

<sup>77</sup>Falter, PVS 1981, 236 (236); zur Entstehung des Parteiensystems nach Ende des zweiten Weltkriegs und den Kontinuitäten zu den Weimarer Parteienstrukturen auch Probst, APuZ 46-47 (2018), 14 (14 f.).

<sup>78</sup>Lange, S. 421 ff.

<sup>79</sup>Zum Umgang der Regierung mit der neonazistischen SRP sowie dem Verbotungsverfahren siehe Frei (1996), Vergangenheitspolitik, S. 326 ff.; Will (2017), Ephorale Verfassung. Zum Wesen und Wirken der SRP siehe ausführlich Büsch/Furth (1967), Rechtsradikalismus im Nachkriegsdeutschland; Hansen (2007), Die Sozialistische Reichspartei.

<sup>80</sup>Lange, S. 430 ff.

<sup>81</sup>Jesse, S. 98.

<sup>82</sup>BT-Drs. 1/4090; der sog. Lehr'sche Gesetzentwurf basierte grundsätzlich auf einem relativen Mehrheitswahlsystem und sah ein Zweistimmensystem vor, durch das jeder Wahlberechtigte über eine Haupt- und eine Ersatzstimme verfügt hätte. Würde die Hauptstimme nicht zum Erfolg führen, würde sodann die Ersatzstimme zur Geltung kommen. Aufgrund der politischen Nähe vieler kleinerer, aber gleichwohl regional bedeutsamer Parteien wie der DP oder DKP zur CDU/CSU, wäre es folglich zu erwarten gewesen, dass die Wählerschaft dieser Parteien mehrheitlich ihre Ersatzstimme der Union gegeben hätten und diese insofern überproportional gegenüber der SPD bevorteilt worden wäre. Siehe hierzu auch Jesse, S. 99.

von 1949 orientierte.<sup>83</sup> Nach überaus scharfer Kritik an den Regierungsentwürfen wurde schließlich ein Sonderausschuss für die Ausgestaltung des Wahlrechts eingesetzt, der über die kritisierte Vorlage gar nicht mehr abstimmte.<sup>84</sup> Hier konnte das neue Bundeswahlrecht ausgearbeitet und nach wenigen Schlusskorrekturen mit einer Mehrheit der Stimmen von SPD, FDP und CDU verabschiedet werden, wenngleich die CSU weiterhin Bedenken am Verhältniswahlssystem äußerte.<sup>85</sup> Zudem erhielt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunehmende Bedeutung für die Wahlgesetzgebung, indem durch eine prägende Entscheidung aus dem Jahr 1952 klare Rahmenbedingungen zur Zulässigkeit der Sperrklausel sowie grundsätzlichen Elementen des Wahlrechts gefasst wurden.<sup>86</sup>

Gegenüber dem Bundeswahlgesetz zur ersten Bundestagswahl ergaben sich zwei maßgebliche Änderungen. Erstens wurde die Zweitstimme eingeführt, wobei jeder Wähler mit seiner ersten Stimme einen Kandidaten in seinem Wahlkreis nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl auswählte und sich mit der zweiten Stimme für eine Parteienliste entschied. Die zweite Stimme entschied über die Sitzverteilung im Bundestag, wobei weiterhin die Möglichkeit bestand, durch Überhangmandate mehr Sitze zu erhalten als eigentlich durch den Zweitstimmenanteil vorgesehen. Daneben erfuhr die Sperrklausel, als Kompromissbedingung der CDU/CSU,<sup>87</sup> eine Verschärfung. Fortan sollte die Hürde von fünf Prozent auf Bundesebene gelten. Vor diesem Hintergrund erhielt die Grundmandatsklausel, die bereits im ersten Bundeswahlgesetz aufzufinden war, eine intensivere Bedeutung und schwächte diese schärfere Sperrklausel ab. Durch diese wurden auch solche Parteilisten bei der Mandatzuteilung berücksichtigt, die zwar keine fünf Prozent der Zweitstimmen, allerdings ein Direktmandat erringen konnten.<sup>88</sup>

Die Debatte um das Wahlrecht zur zweiten Bundestagswahl ist besonders aufgrund des erstmaligen offenkundigen Hervortretens parteipolitischer Interessen bedeutsam. Wenngleich bereits im Parlamentarischen Rat eine derartige Interessenverfolgung zu vermerken war, ändert sich der Umgang der Parteien miteinander maßgeblich. Die vorherige Anerkennung gegenseitiger Interessen weicht nun scharfer Kritik, in der dem politischen Gegenüber das Handeln im Staatsinteresse regelmäßig abgesprochen wurde, nur um dieses für sich selbst zu reklamieren.<sup>89</sup>

*2. Das Parteiensystem nach der Bundestagswahl 1953*  
Die zweite Bundestagswahl 1953 entwickelte eine außergewöhnliche Dynamik. Die CDU/CSU erreichte insgesamt 45,2 %, obwohl diese bei den vorausgegangenen Landtagswahlen lediglich rund 25 % erreichen konnte, während die SPD 28,8 % der Stimmen erhielt.<sup>90</sup> Die FDP übersprang mit 9,8 % ebenfalls die Sperrklausel auf Bundesebene, genauso wie der BHE, der 5,9 % erzielte. Der DP und dem Zentrum gelang es lediglich durch Wahlkreisabsprachen mit der Union Direktmandate zu gewinnen und durch die Grundmandatsklausel in den Bundestag einzuziehen, die erstmals ihre Wirkungsweise entfaltete.<sup>91</sup> Die Regierungskoalition wurde schließlich von CDU/CSU<sup>92</sup>, FDP, DP und BHE gestellt. Damit ist eine gewisse Konzentration des Parteiensystems zu verzeichnen, indem die Parteienzahl von elf Parteien auf lediglich sieben

schrumpfte, wobei nur fünf die Sperrklausel überwinden konnten.

Zu hinterfragen sind dabei die Hintergründe dieses sehr abrupten Wandels, insbesondere nachdem die Ergebnisse der Landtagswahlen einen gegenteiligen Effekt vermuten ließen.<sup>93</sup> Ein erstes Augenmerk kann dabei wieder auf die Revision des Wahlrechts gelegt werden. Zwar sind in der Literatur – besonders in Gestalt der deutschen Wählergesellschaft – Stimmen zu verzeichnen, die die Entwicklung des Parteiensystems gänzlich dem Willen des Wählers zuschreiben.<sup>94</sup> Jedoch ist hier zu beachten, dass die deutsche Wählergesellschaft einer Einführung des Mehrheitswahlrechts nahestand und es für sie wenig opportun gewesen wäre, eine solche konzentrierende Wirkung gerade einem Verhältniswahlssystem zuzuordnen. Vielmehr scheinen das Wahlrecht und im Besonderen die verschärfte, nun auf Bundesebene geltende Sperrklausel einen Effekt zu haben.<sup>95</sup> Einerseits entfaltet der Mechanismus eine unmittelbare und im Vergleich zur ersten Bundestagswahl umfassendere Ausschlusswirkung auf rechtlicher Ebene und trägt somit zur Konzentration

<sup>83</sup>BT-Drs. 1/4062.

<sup>84</sup>Jesse, S. 99 f.; zur Kritik am Lehr'schen Entwurf siehe Stenographische Berichte 1. Legislaturperiode, 254. Sitzung, S. 12207 ff., 12226 ff.

<sup>85</sup>Stenographische Berichte 1. Legislaturperiode, 276. Sitzung, S. 13768.

<sup>86</sup>BVerfGE 1, 208 (238 ff.). Das Bundesverfassungsgericht geht hierbei insbesondere auf das Erfordernis der Erfolgswertgleichheit der Wahl bei Verhältniswahlssystemen eingegangen, dessen Einschränkung gerechtfertigt sein kann, wenn es staatspolitische Interessen und folglich die Funktionsfähigkeit des Parlaments dadurch erreicht, indem sog. Splitterparteien (Parteien, die einerseits geringe Wahlergebnisse im gesamten Wahlgebiet einfahren, jedoch genauso wenig einen lokalen Schwerpunkt besitzen) bekämpft werden. Dabei wird eine Sperrklausel i.H.v. 5 % in Anwendung auf Bundesebene für gerechtfertigt erachtet; höhere Quoren bedürfen zwingender Gründe.

<sup>87</sup>Der Wahlrechtsausschuss sprach sich zunächst für eine Sperrklausel in Höhe von lediglich drei Prozent auf Landesebene aus, die jedoch auch nur die Verwertung der Stimmen auf Ebene des jeweiligen Bundeslands vorsah, in der das Quorum erreicht wurde. Ein solcher Vorschlag konnte keine Mehrheit generieren, sodass vor der dritten Lesung ein Kompromiss zwischen Union, SPD und FDP ausgehandelt wurde, siehe dazu ausführlich Jesse, S. 223 f.; Lange, S. 562.

<sup>88</sup>§ 9 Abs. 4 Wahlgesetz zum zweiten Bundestag und zur Bundesversammlung vom 08. Juli 1953, BGBl. I, S. 470 (472).

<sup>89</sup>Stellvertretend dafür siehe Stenographische Berichte 1. Legislaturperiode, 253. Sitzung, S. 12187; 254. Sitzung, S. 12205, 12207 ff.

<sup>90</sup>Die Bundeswahlleiterin, Wahl zum 2. Deutschen Bundestag am 06. September 1953, <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/1953.html> (zuletzt abgerufen am 23.06.2025).

<sup>91</sup>Lange, S. 579 ff.

<sup>92</sup>Zwei von drei Zentrumsabgeordnete schlossen sich im Laufe der Legislaturperiode der CDU/CSU-Fraktion an. Der Abgeordnete Martin Haix war allerdings Parteimitglied der CDU und verzichtete lediglich im Rahmen einer Wahlkreisabsprache auf eine Kandidatur. Haix wiederum wurde als Kompensation auf der Landesliste des Zentrums geführt und konnte auf diesem Wege ein Mandat erhalten. Demgegenüber trat Josef Rösing erst im Juni 1955 der Fraktion bei. Das Regierungsbündnis wurde jedoch gerade ohne das Zentrum eingegangen, sondern in der Bestrebung formiert, die bisherige Partnerschaft zwischen CDU, CSU, FDP und DP erhalten und durch die Hinzunahme des BHE eine für Verfassungsänderungen notwendige Mehrheit von Zwei-Dritteln innehaben zu können.

<sup>93</sup>Lange, S. 589.

<sup>94</sup>Sternberger (1964), Die große Wahlreform, S. 166 ff.

<sup>95</sup>Beyme/Busch, S. 139.



des Parteiensystems bei.<sup>96</sup> Zudem könnte die Sperrklausel auch indirekt auf die Wählerschaft eingewirkt und zu wahltaktischen Überlegungen veranlasst haben. Von einer solchen psychologischen Wirkungsweise auf den Wähler, der seiner Stimme weiterhin Geltung verschaffen will, profitierten gerade die etablierten, stimmstarken Parteien CDU/CSU und SPD.<sup>97</sup> Eine exakte Bezifferung derartiger Effekte ist jedoch kaum möglich, während deren Tragweite und Faktoren in der Literatur ausführlich diskutiert werden.<sup>98</sup> Ohne die Grundmandatsklausel und Wahlkreisabsprachen, die DP und Zentrum in den Bundestag verhalfen, hätte sich dieser konzentrierende Effekt zudem noch weiter amplifiziert. Die grundsätzliche Tendenz der Verhältniswahl scheint somit durch die Einführung der bundesweiten Sperrklausel eingedämmt worden zu sein.

Gesellschafts- und machtpolitische Aspekte sind allerdings genauso zu bedenken. Als ebenso entscheidender Faktor kann der wirtschaftliche Aufstieg, das sogenannte deutsche Wirtschaftswunder, ausgemacht werden. Dieser setzte innerhalb der 1950er Jahre ein,<sup>99</sup> wovon die regierenden Parteien deutlich stärker profitieren konnten als die SPD. Allerdings wirkte die wirtschaftliche Stabilisierung dem interessegebundenen Wählerverhalten insgesamt entgegen.<sup>100</sup> Die Vorbehalte gegenüber der sozialen Marktwirtschaft waren zur Zeit der Landtagswahlen noch bedeutend ausgeprägter, besonders weil der wirtschaftliche Aufstieg noch nicht derart sichtbar war und das Wahlverhalten weniger beeinflusste.<sup>101</sup> Zudem begann die Union im Vorfeld der Wahl, machtpolitischen Einfluss auf die Parteien des bürgerlichen Spektrums auszuüben. Diese kleineren Parteien wurden durch die Wahlkreisabsprachen in eine Abhängigkeit zur CDU/CSU gestellt, wodurch diese zwar kurzfristig am parlamentarischen Leben gehalten wurden, insgesamt beim Wähler jedoch der Eindruck erweckt wurde, nicht für die kleine bürgerliche Partei, sondern lediglich für die Koalition unter *Adenauer* zu stimmen.<sup>102</sup> Zementiert wird diese Annahme ferner durch die Verluste i.H.v. zwölf Prozent dieser Parteien gegenüber der CDU/CSU. Damit ergeben sich multiple Faktoren, die eine Form der Wählerwanderung zugunsten der Union einsetzen ließ. Der CDU/CSU gelang es sich dadurch stark von den Sozialdemokraten abzuheben, die sich zu diesem Zeitpunkt lediglich auf eine stabile milieubasierte Stammwählerschaft stützen konnten.<sup>103</sup> Zuletzt sind auch außenpolitische Gegebenheiten zu beachten. Hinzuweisen ist hierbei speziell auf die abschreckende Wirkung der anhaltenden Versorgungskrise und Entfaltung diktatorischer Strukturen in der DDR.<sup>104</sup> Eine Partei wie die KPD, die eine klassenlose Gesellschaft nach stalinistischem Vorbild propagierte und eine enge strukturelle Verzahnung mit der SED aufwies,<sup>105</sup> konnte vor diesem Hintergrund nicht auf breite Unterstützung in der Wählerschaft hoffen und verlor maßgeblich an Zustimmung.<sup>106</sup> Ferner beschleunigte die parlamentarische und gesellschaftliche Isolierung kommunistischer Kräfte, zementiert durch den verschärften Kalten Krieg, den Niedergang der KPD.<sup>107</sup>

Folgerichtig ist die einsetzende Konzentration des Parteiensystems auch auf das neue Bundeswahlgesetz zurückzuführen, das einen Einzug kleinerer Parteien in das Parlament durch die bundesweite Sperrklausel erschwerte und insbesondere die größeren Parteien der beiden Lager

bevorzugte. Gleichfalls ist zu beachten, dass besonders die regierende CDU/CSU den wirtschaftlichen Aufstieg für sich nutzen konnte. Auch das parteipolitische Manövrieren der Union führte dazu, konkret die kleineren, bürgerlichen Parteien, trotz deren parlamentarischen Überlebens, zusehends zu schwächen. Die beginnende Haltung der Parteien, vornehmlich im eigenen Interesse zu handeln, ist zudem in der Wahlrechtsdebatte aufgekommen, was unbedingt weiter beobachtet werden sollte.

### III. Die dritte Bundestagswahl 1957

1. *Das dritte Bundeswahlgesetz* Eine weitere parlamentarische Auseinandersetzung zum Wahlrecht ließ nicht auf sich warten, auch weil das vorherige Bundeswahlgesetz nach der Verzögerung der Beratungen wieder ein Provisorium darstellte.<sup>108</sup> Dabei begleitete politisches Kalkül von Beginn an den Diskurs, nachdem die Koalitionspartner der CDU/CSU an einer baldigen Lösung interessiert waren, um eigene Interessen innerhalb der Wahlgesetzgebung anbringen zu können. Derweil musste die CDU/CSU ihre Partner bis zu den geplanten Änderungen zusammenhalten.<sup>109</sup> Frühzeitig wurde das Innenministerium

<sup>96</sup> Insbesondere verhinderte die neue Fassung der Sperrklausel den Einzug der BP, die nach der vorherigen Regelung auf Landesebene bei der Mandatsverteilung berücksichtigt worden wäre. Genauso ermöglichte nur die Grundmandatsklausel den Einzug von DP und Zentrum. Siehe hierzu Die Bundeswahlleiterin (2025), Ergebnisse früherer Bundestagswahlen, S. 34.

<sup>97</sup> Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 739 (745); Vogel/Nohlen/Schultze, S. 208.

<sup>98</sup> Zeitgenössisch etwa bei Vogel/Nohlen/Schultze, S. 208 f., wird eine solche Wirkung auf den Wähler zum Teil angenommen. Genauso sind Betrachtungen wiederzufinden, die indirekte Effekte auf den Wähler weitgehend abtun, etwa Fenske (1974), Strukturprobleme der deutschen Parteiengeschichte, S. 209. In der jüngeren Forschung wird das durch die Sperrklausel bedingte strategische Wählen als Fallbeileffekt betitelt, für dessen Tragweite besonders Meinungsumfragen und deren Publizität einen hohen Stellenwert einnehmen. Siehe Behnke/Grotz/Hartmann (2017), Wahlen und Wahlsysteme, S. 139 f.; Faas/Huber, ZParl 2015, 746. Bei einer aktuell zu beobachtenden Dekonzentration auf Wählerebene verbleiben derartige Effekte jedoch begrenzt, dazu Grotz, ZPol 2009, 155 (161 f.).

<sup>99</sup> Frotscher/Pieroth, § 23 Rn. 890.

<sup>100</sup> Vogel/Nohlen/Schultze, S. 206 f.

<sup>101</sup> Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 739 (745); Vogel/Nohlen/Schultze, S. 207.

<sup>102</sup> Vogel/Nohlen/Schultze, S. 208.

<sup>103</sup> Frotscher/Pieroth, § 23 Rn. 867 f.; Vogel/Nohlen/Schultze, S. 210 ff.

<sup>104</sup> Frotscher/Pieroth, § 23 Rn. 869; Schulze (2004), Kleinparteien in Deutschland, S. 117.

<sup>105</sup> Die KPD ordnete sich nach 1945 in die kommunistische Weltbewegung ein und akzeptierte insofern auch den Führungsanspruch der KPdSU. Die Programmatik und Praxis der KPD waren somit stets darauf gerichtet, die Politik der Sowjetunion und damit auch der SED zu unterstützen. Folglich unterstand die KPD in organisatorischer, personeller und politischer Hinsicht umfassend der Parteiführung der SED. Siehe hierzu Kössler (2005), Abschied von der Revolution, S. 223 ff; Staritz in: Stöss, Parteien-Handbuch, S. 1663 (1674 ff.; 1775 ff.).

<sup>106</sup> Die Beobachtung der verschärften Situation in der DDR wird weitgehend als maßgeblicher Faktor des Abstiegs der KPD ausgemacht. Hierzu etwa Fenske (1994), Deutsche Parteiengeschichte, S. 299; Schulze, S. 117.

<sup>107</sup> Dazu ausführlich Staritz in: Stöss, Parteien-Handbuch, S. 1663 (1672 ff.).

<sup>108</sup> Jesse, S. 103.

<sup>109</sup> Jesse, S. 103.



mit der Klärung der Wahlrechtsfrage beauftragt, wobei dieses eine wissenschaftliche Kommission einsetzte. Diese Kommission sprach sich zwar nicht für oder gegen ein bestimmtes Wahlsystem aus, stellte allerdings fest, dass sich innerhalb der Bevölkerung nach einer beständigen und fairen Regelung geseht wird, die allen politischen Kräften die gleichen Chancen und Schutz gegen einseitiges Handeln der Mehrheit bietet.<sup>110</sup> Allenfalls erlaubt die Interpretation des Kommissionsberichts, trotz der fehlenden Aussprache für oder gegen ein bestimmtes Wahlsystem, ein Festhalten am etablierten personalisierten Verhältniswahlsystem nahezulegen.<sup>111</sup> Die erste Lesung der hervorgebrachten Gesetzentwürfe<sup>112</sup> brachte dabei gravierende Meinungsdisparitäten hervor, gerade zwischen den Koalitionspartnern. Zudem wurde die Debatte über die Einführung der Mehrheitswahl wiederbelebt, womit schließlich ein Sonderausschuss zur Klärung der Wahlrechtsfrage eingesetzt wurde.<sup>113</sup>

Im Rahmen der Beratungen wurde seitens Union und DP das sogenannte Grabenwahlrecht vorgeschlagen, das eine Trennung von Mehrheitswahl in den Wahlkreisen und Verhältniswahl nach Parteienliste vorgesehen hätte, ohne wie bisher eine Verrechnung der Mandate durchzuführen. Ein solches Kombinationssystem hätte dabei wohl die SPD gegenüber der CDU/CSU geschwächt und besonders der FDP geschadet, hätte diese kaum auf den Gewinn von Direktmandaten hoffen können.<sup>114</sup> Entsprechend heftig war folglich der Protest, insbesondere der FDP. Ein solcher Entwurf konnte laut Jesse jedoch kaum verwundern,<sup>115</sup> nachdem Mitglieder der Union weiterhin ein Mehrheitswahlrecht bevorzugten und die Grabenwahl als Kombinationssystem sogar hinter diesem Vorschlag verblieb. Dennoch wird deutlich, inwiefern die CDU/CSU ihre Machtposition auszuspielen versuchte, was zu tiefen politischen Zerwürfnissen zwischen den Koalitionspartnern führte.

Im Folgenden geriet die Debatte um das Grabenwahlrecht immer mehr zur Kontroverse. Erst als die FDP drohte, mit der SPD künftig auf Länderebene Koalitionen einzugehen, um notfalls das angestrebte Grabenwahlsystem im Bundesrat ablehnen zu können, wurde der Gesetzentwurf zurückgenommen.<sup>116</sup> Derweil wurde in Nordrhein-Westfalen die Wahlrechtsdebatte Anlass für ein konstruktives Misstrauensvotum gegen den Ministerpräsidenten der CDU, was heftige Auswirkungen auf die Bundespartei hatte und schließlich zur Aufkündigung der Koalition seitens der Freien Demokraten führte.<sup>117</sup> In der Wahlrechtsdebatte äußerte sich diese Regierungskrise jedoch nicht weiter. Ein Vorschlag, der als maßgebliche Änderung die Verschärfung der Grundmandatsklausel vorsah und die nun ein Umgehen der Fünf-Prozent-Sperrklausel erst bei drei gewonnen Direktmandaten ermöglichte,<sup>118</sup> wurde schließlich ohne weitere Diskussionen angenommen.<sup>119</sup> Insgesamt scheinen sich die Parteien, mit Ausnahme der Union, mit dem personalisierten Verhältniswahlsystem arrangiert zu haben, wie auch die ersten Gesetzentwürfe der SPD und FDP zeigen, die an den vorherigen Wahlgesetzen anknüpfen.<sup>120</sup> Auch Klagen kleinerer Parteien, die sich besonders gegen die Sperrklausel richteten, scheiterten vor dem Bundesverfassungsgericht.<sup>121</sup>

Die Wahlrechtsdebatte wurde vollends zur politischen Kontroverse. Während in der vorherigen Legislatur bereits

erste machtpolitische Interessen den Diskurs bestimmt hatten, wurden diese Anliegen auch hier offen ausgetragen und mündeten in einer Koalitionskrise.<sup>122</sup> Fraglich ist weiter, wie das politische System sich nach den Wahlen weiterentwickeln konnte und ob die konzentrierenden Tendenzen, vor dem Hintergrund der politischen Debatte und des unveränderten Wahlmodus fortgesetzt wurden.

**2. Das Parteiensystem nach der Bundestagswahl 1957**  
Auch im Zuge der Bundestagswahl 1957 wurde die konzentrierende Tendenz des Parteiensystems fortgesetzt. Dabei erreichte die CDU/CSU ihren bis heute größten Wahlerfolg und errang sogar die absolute Mehrheit der Stimmen und Mandate.<sup>123</sup> Ansonsten erreichten nur noch die SPD sowie die FDP die nötigen Stimmen, um die Sperrklausel zu überwinden, während die DP durch Wahlkreisabsprachen mit der CDU, bei denen letztere gezielt auf eine Kandidatur in einigen Wahlkreisen verzichtete,<sup>124</sup> lediglich über die Grundmandatsklausel in das Parlament einziehen konnte. Insbesondere der BHE scheiterte knapp an der Sperrklausel mit 4,6 % und schied aus dem Parlament aus.

Dabei scheinen das Wahlrecht und allen voran die Sperrklausel weiterhin ihre bereits zuvor festgestellte Wirkung zu wahren und die bereits 1953 vermerkte komprimierende Tendenz des Parteiensystems zu erhalten.<sup>125</sup> Das Parteiensystem konzentrierte sich vielmehr noch weiter, indem nun auch der BHE unter die notwendige Grenze von fünf Prozent rutschte und genauso wenig die benötigte Anzahl an Direktmandaten erhalten konnte, um trotzdem bei der Mandatzuteilung berücksichtigt zu werden.

<sup>110</sup>Bundesministerium des Inneren (1955), Grundlagen eines deutschen Wahlrechts, S. 125.

<sup>111</sup>Besonders der innerhalb der Formulierung der Kommission hervorgehobene Aspekt der Beständigkeit des Wahlrechts lässt einen solchen Schluss zu. Dazu auch Jesse, S. 106.

<sup>112</sup>Die SPD wartete das Ergebnis der Kommission nicht ab und brachte bereits zuvor einen eigenen Entwurf ein, der sich am Wahlrecht der ersten Bundestagswahl orientierte, jedoch Wahlkreisabsprachen untersagte, siehe BT-Drs. 2/1272. Die Regierung konnte sich demgegenüber auf keinen gemeinsamen Vorschlag verständigen. Die FDP brachte schließlich selbst einen Entwurf ein, der sich letzten Wahlrecht orientierte, siehe BT-Drs. 2/1444; 72 Unionsabgeordnete legten zudem einen Gesetzentwurf vor, der die Einführung eines relativen Mehrheitswahlrechts anstrebte, siehe BT-Drs. 2/1494.

<sup>113</sup>Stenographische Berichte 2. Legislaturperiode, 94. Sitzung, S. 5317 ff.

<sup>114</sup>Jesse, S. 106.

<sup>115</sup>Jesse, S. 107.

<sup>116</sup>Jesse, S. 107.

<sup>117</sup>Jesse, S. 108.

<sup>118</sup>§ 6 Abs. 4 Bundeswahlgesetz vom 07. Mai 1956, BGBl. I, S. 383 (384).

<sup>119</sup>Jesse, S. 108.

<sup>120</sup>Siehe zum Vorschlag der SPD BT-Drs. 2/1272; zu dem der FDP BT-Drs. 2/1444.

<sup>121</sup>Zu den Klagen der Bayernpartei sowie der Gesamtdeutschen Volkspartei siehe BVerfGE 6, 84; 6, 99.

<sup>122</sup>Jesse, S. 110.

<sup>123</sup>Die Bundeswahlleiterin, Wahl zum 3. Deutschen Bundestag am 15. September 1957, <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/1957.html> (zuletzt abgerufen am: 25.06.2025).

<sup>124</sup>Lange, S. 753 ff.

<sup>125</sup>Beyme/Busch, S. 139; Sternberger, S. 186; Jesse, APuZ 52 (2003), 3 (5).

Allerdings sind wiederum einige gesellschaftspolitische Entwicklungen von Relevanz, die am Beispiel des BHE deutlich werden. Diese als Interessenvertretung der Vertriebenen konzipierte Partei erreichte noch bei den Wahlen 1953 5,9 % der Stimmen und konnte so in den Bundestag einziehen, wo sie eine Koalition mit der Union einging. Im Vergleich zu den vorausgegangenen Landtagswahlen hatte der BHE jedoch auch bereits 1953 an Stimmen verloren, was weitgehend an der Verbesserung der wirtschaftlichen Lage lag. Diese setzte bei den Vertriebenen allerdings langsamer ein, sodass diese Art der Wählerwanderung bei der vorherigen Bundestagswahl in ihrer Wirkung begrenzt blieb.<sup>126</sup> Als die wirtschaftliche Integration der Vertriebenen anschließend stetig besser gelang, profitierte davon auch innerhalb dieser Interessengruppe schließlich die regierende CDU/CSU. Insgesamt wurde der Erfolg der regierenden Koalition, besonders auf wirtschaftlicher Ebene, durch die Stellung des Bundeskanzlers und dem Wahlkampf der Union weitgehend der CDU/CSU zugeordnet.<sup>127</sup> Diese Tendenz setzte, wie festgestellt wurde, bereits 1953 ein, behält jedoch auch 1957, mit den abermaligen Verlusten bürgerlicher Parteien gegenüber der CDU/CSU, weiterhin Geltung und verschärfte die Konzentration des Parteiensystems weiter.

Im Wesentlichen ist also auch für die Bundestagswahl 1957 eine ähnliche, wenngleich nochmals stärker konzentrierende Entwicklung der Parteienlandschaft festzuhalten, welche nunmehr lediglich vier Parteien umfasste. Die Sperrklausel und verschärfte Grundmandatsklausel trugen als Ausgestaltungen des Verhältniswahlrechts zu diesem Prozess bei. Dieser wurde jedoch daneben maßgeblich von den bereits 1953 sichtbaren politischen Manövern der Christdemokraten und dem weiteren wirtschaftlichen Aufstieg beeinflusst, der sich nun auch auf weitere Bevölkerungsgruppen ausweiten konnte und die regierende CDU/CSU bevorteilte.

## E. Auswirkungen des Wahlrechts auf die Konzentration des Parteiensystems

Nach der Analyse der ersten drei Bundestagswahlen und der Entwicklung des Parteiensystems vor dem Hintergrund der Wahlrechtsdebatte, sind die gewonnenen Erkenntnisse zusammenzuführen, um abschließend zu beantworten, inwiefern das Wahlrecht die Entwicklung des Parteiensystems der frühen Bundesrepublik beeinflusste.

Insgesamt scheint das Wahlrecht dabei von Beginn an Auswirkungen auf die Tendenzen des Parteiensystems zu haben. Bereits bei der ersten Bundestagswahl 1949 brachte die praktizierte Verhältniswahl ein pluralisiertes Parteiensystem mit insgesamt elf im Parlament vertretenen Parteien zustande. Diese Form der Verhältniswahl bildete zwar getreu den Wählerwillen ab, führte allerdings gleichwohl zu einem zersplitterten System. Damit entwickelte sich eine Parteienlandschaft, wie es grundsätzlich von einer Verhältniswahl zu erwarten wäre, ohne dass die Sperrklausel, die nur auf Landesebene galt, wesentliche entgegengerichtete Wirkungen entfalten konnte. Auch bei der Wahl 1953 wirkte das Wahlrecht auf das Parteiensystem ein, wenngleich in anderer Weise. Hier lässt sich der Sperrklausel von fünf Prozent, die nun im Unterschied zur ersten Bundestagswahl auf Bundesebene

galt, ein wesentlicher Einfluss zurechnen. Die verschärfte rechtliche Ausschlusswirkung des Mechanismus trug dabei unmittelbar zu einer Konzentration der Parteienlandschaft bei, trotz des geltenden Verhältniswahlrechts. Darüber hinaus könnte durch diesen Effekt der Sperrklausel auch das Wahlverhalten gegenüber kleineren Parteien beeinflusst worden sein, wenngleich dieser Effekt nicht exakt beziffert werden kann. Diese Wirkung ist genauso bei der Wahl 1957 nachweisbar und wurde verstärkt durch eine verschärfte Grundmandatsklausel. Das Wahlrecht in seiner Ausgestaltung scheint damit auf verschiedener Weise auf das Parteiensystem und insbesondere auch auf den Konzentrationsprozess im Zuge der Wahlen 1953 und 1957 eingewirkt zu haben.

Allerdings haben genauso anderweitige Faktoren, insbesondere solche gesellschaftlicher, macht- und parteipolitischer sowie ökonomischer Natur die Konzentration des Parteiensystems mitbegleitet. Zuerst sei dabei auf den wirtschaftlichen Aufschwung hinzuweisen, der 1952 einsetzte und sich in der Wählerperzeption niederschlug, wovon allen voran die regierende CDU/CSU als Gestalter der sozialen Marktwirtschaft profitieren konnte.<sup>128</sup> Genauso trugen weitere gesellschaftliche Faktoren vor allem der Union positiv bei. Die Situation der Geflüchteten und Vertriebenen ist hierbei hervorzuheben, deren wirtschaftliche Integration sich zu den Bundestagswahlen 1957 verbesserte.<sup>129</sup> Allerdings ist auch das macht- und parteipolitische Kalkül der Union hervorzuheben, welches vor allem die kleineren bürgerlichen Parteien zunehmend schwächte, indem diese zunächst an die Union durch Koalition oder Wahlkreisabsprachen gebunden wurden, Wähler die positive Entwicklung jedoch der CDU/CSU zusprachen und sich deren Wählerschaft anschlossen.<sup>130</sup> Dieser Umstand wurde durch das Auftreten der Christdemokraten im Wahlkampf und die herausgehobene Stellung des Bundeskanzlers vertieft, was insgesamt zu einer weiteren Konzentration des Parteiensystems beitrug.

Im Ergebnis zeigt sich damit, dass gewisse Auswirkungen des Wahlrechts auf das Parteiensystem und auf die Konzentration dessen im Zuge der Wahlen 1953 und 1957 angenommen werden können. Vor allem die Wirkungsweise der Sperrklausel in ihrer Anwendung auf Bundesebene konnte zur Konzentration des Parteiensystems beitragen, während umgekehrt das nahezu ungebremsste Verhältniswahlrecht von 1949 bei der Auffächerung des Parteiensystems zumindest mitwirkte. Gleichwohl tragen die gesellschaftlichen, politischen und ökonomischen Entwicklungen entscheidend zur Konzentration des Parteienfeldes bei. Insofern sind vor allem monokausale Aussagen abzulehnen, die entweder die Zersplitterung des Systems und den Zerfall der Demokratie allein dem Verhältniswahlrecht bescheinigen<sup>131</sup> oder aber die Konzentration lediglich im Lichte des Wählerverhaltens und der sonstigen Umstände sehen<sup>132</sup>. Vielmehr zeigt sich eine Form der Interdependenz bei der Frage nach dem Verhältnis von Wahlrecht

<sup>126</sup>Vogel/Nohlen/Schultze, S. 207.

<sup>127</sup>Vogel/Nohlen/Schultze, S. 208.

<sup>128</sup>Vogel/Nohlen/Schultze, S. 207.

<sup>129</sup>Beyme/Busch, S. 139; Niedermayer in: Niedermayer, Handbuch Parteienforschung, S. 739 (745); Vogel/Nohlen/Schultze, S. 207 f.

<sup>130</sup>Vogel/Nohlen/Schultze, S. 208 f.

<sup>131</sup>Hermens, S. 161 ff.

<sup>132</sup>Sternberger, S. 166 ff.

und Parteiensystem. Deutlich wird dies am bemerkbaren Wandel im politischen Umgang mit dem Wahlrecht, das zunehmend als Gestaltungs- und Steuerungselement für den eigenen parteipolitischen Vorteil wahrgenommen wird. Von kleineren Parteien, die wie FDP und KPD bereits bei der Verfassungsgebung um ihre eigene Existenz kämpfen, zu Gesetzentwürfen, die eindeutig auf die Interessen der Regierung zugeschnitten sind: Wahlrechtsfragen sind immer auch politische Machtfragen.<sup>133</sup> Eine Betrachtung von Wahlrecht und Parteiensystem kann daher nicht getrennt voneinander erfolgen.

## F. Ausblick: Die heutige Wahlrechtsdebatte

Diese Befunde lassen schließlich auch eine bessere Einordnung der aktuellen Debatte um das Bundeswahlrecht zu. Aufgrund der festgestellten Auswirkungen des Wahlrechts auf die Zusammensetzung des Parteiensystems ist es naheliegend, dass dieses von denjenigen Parteien kritisiert wird, die etwaige negative Effekte spüren, obgleich diese Resultate gewollt konstruiert sind oder nicht. Genauso stellt die abermalige Reformankündigung im aktuellen Koalitionsvertrag<sup>134</sup> lediglich eine verfassungshistorische Parallele dar, in der das Wahlrecht schlichtweg als maßgebliches Gestaltungselement auch für den eigenen parteipolitischen (Macht-)Vorteil wahrgenommen wird, gerade weil die negativen Auswirkungen des aktuellen Wahlrechts die regierenden Unionsparteien treffen. Diese Gegebenheiten sind verfassungshistorisch für sich genommen somit keine Besonderheit.

Die Rhetorik, mit der die Debatte geführt wird, ist gleichwohl eine andere. Zwar wurde auch innerhalb der Wahlrechtsdebatten der zweiten und dritten Legislaturperiode scharfe und teils polemische Kritik an den Vorhaben anderer Parteien geübt,<sup>135</sup> allerdings bezog sich diese Kritik größtenteils auf die Gegenüberstellung von Staats- und Parteiinteresse. Bei aller politisch wie verfassungsrechtlich angebrachten Kritik besitzen jedoch Darstellungen des aktuellen Wahlrechts als „undemokratisch“ das Potenzial, der Bundestagswahl sowie dem Gesetz selbst seine Legitimität abzusprechen. Dies gilt umso mehr, nachdem das Bundesverfassungsgericht das im Fokus der Kritik stehende System der Zweitstimmendeckung für verfassungskonform erklärt hat.<sup>136</sup> Parteipolitische Äußerungen dürfen zweifelsohne übertrieben und polemisch sein. Derartige, die Legitimität absprechende Äußerungen integraler Bestandteile der Demokratie bergen allerdings die Gefahr, das Vertrauen der Bürger in demokratische Abläufe und den Rechtsstaat erschüttern zu können und sollten daher kritisch betrachtet werden.

<sup>133</sup>Schönberger, NVwZ 2023, 785 (785).

<sup>134</sup>Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, Rn. 4511 ff., [https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav\\_2025.pdf](https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf) (zuletzt abgerufen am: 27.06.2025).

<sup>135</sup>Siehe hierfür Stenographische Berichte 1. Legislaturperiode, 253. Sitzung, S. 12187; 254. Sitzung, S. 12205, 12207 ff.

<sup>136</sup>BVerfGE 169, 236.

# Elektronische Aufenthaltsüberwachung im Gewaltschutzgesetz – verfassungsmäßiger Opferschutz?

Klötzing, Janna\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die geplante Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) im Gewaltschutzrecht am Beispiel des § 1a GewSchG-E (Januar 2025). Ausgangspunkt ist die Schutzlücke, die entsteht, wenn Täter gegen familiengerichtliche Gewaltschutzanordnungen verstoßen, ohne strafrechtlich vorbelastet zu sein. Der Aufsatz analysiert zunächst bestehende Regelungsmodelle in Deutschland und Spanien und beleuchtet die technischen Grundlagen der EAÜ. Anschließend wird die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme kritisch geprüft. Im Zentrum steht die Frage, ob die vorgesehene Gefahrenschwelle, die fehlende Evaluationspflicht und der Verzicht auf eine Zwei-Komponenten-Lösung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass eine EAÜ im GewSchG nur bei engerer Eingriffsschwelle, verbesserter technischer Umsetzung und gesetzlich verankerter Beobachtung verhältnismäßig gestaltet werden kann.

**Keywords** Gewaltschutzgesetz; Elektronische Aufenthaltsüberwachung; Spanisches Modell; Elektronische Fußfessel

## A. Einführung

Häusliche Gewalt hat über die letzten Jahre stetig zugenommen: Zwischen 2019 und 2023 konnte im Hellfeld ein Tötlichkeitszuwachs von 23,4% verzeichnet werden.<sup>1</sup> 2023 wurden insgesamt 179 Personen von ihren (Ex-)Partnern<sup>2</sup> getötet.<sup>3</sup> Auch weitere Delikte wie Körperverletzung, Stalking oder Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung werden vielfach im Rahmen einer Trennung verwirklicht.<sup>4</sup> Daher kann das Familiengericht unter besonderen Voraussetzungen gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG zum Schutz der Betroffenen erlassen und zum Beispiel Expartner verpflichten, eine Annäherung an die Wohnung, das Aufsuchen regelmäßiger Aufenthaltsorte oder sonstige Zusammentreffen zu unterlassen. Wenn sich die Personen widersetzen, liegt gemäß § 4 S. 1 GewSchG eine mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bewährte Straftat vor. Dass die Effektivität der Norm hinsichtlich negativer Spezialprävention zweifelhaft ist, lässt sich daran beobachten, wie oft sich den Anordnungen widersetzt wird: Im Jahr 2024 wurden 15.240 Begehungen des § 4 S. 1 GewSchG erfasst.<sup>5</sup> Vielfach forderten daher Opferschutzinstitutionen eine Umsetzung der umgangssprachlich „Elektronischen Fußfessel“ genannten elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) von Tätern, um eine Durchsetzung der Gewaltschutzanordnung sicherzustellen.<sup>6</sup> Im Sommer 2024 gab es einen entsprechenden, aber gescheiterten Gesetzesentwurf der CDU/CSU-Fraktion.<sup>7</sup> Die ehemalige Ampel versuchte vergeblich ein Vorhaben zur Jahrewende 2024/2025 umzusetzen, die Formulierungshilfe des Justizministeriums vom 08.01.2025 schaffte es jedoch nicht ins offizielle Gesetzgebungsverfahren.<sup>8</sup> Da die neue Regierungsparteien CDU/CSU in ihrem Wahlprogramm ebenfalls eine „elektronische Fußfessel“ aufgenommen<sup>9</sup> und das BMJV am 25.08.2025 einen entsprechenden Referentenentwurf<sup>10</sup> verfasst hat, bleibt die konkrete Umsetzung ein hochaktuelles Thema. Justizministerin Hubig sprach in einem Interview im Mai 2025 von der Umsetzung einer

\*Die Verf. studiert Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und hat im Juni 2025 den staatlichen Teil ersten juristischen Prüfung erfolgreich abgeschlossen. Neben dem Studium war sie als studentische Hilfskraft an einem Lehrstuhl tätig und beginnt nun eine Stelle als Wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer Kanzlei. Dem Beitrag liegt eine Seminararbeit im Schwerpunktbereich Europäisierung und Internationalisierung des Rechts bei Prof. Dr. Roland Broemel (Professur für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Währungsrecht, Finanzmarktregulierung und Rechtstheorie an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main) aus dem Jahre 2025 zugrunde.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Klötzing, Elektronische Aufenthaltsüberwachung im Gewaltschutzgesetz – verfassungsmäßiger Opferschutz?, FraLR 2025 (03), 103-110. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.frallr.25.3.02>

<sup>1</sup>Bundeslagebild Häusliche Gewalt 2023, S. 7, 58.

<sup>2</sup>Mit dem generischen Maskulin können beide Geschlechter gemeint sein, wobei darauf hingewiesen sei, dass Partnerschaftsgewalt zu 77,6% von Männern verübt wird, Ebd., S. 27.

<sup>3</sup>Ebd., S. 15.

<sup>4</sup>Ebd., S. 8.

<sup>5</sup>Polizeiliche Kriminalstatistik 2024.

<sup>6</sup>Siehe dazu Petition des Weissen Ringes vom September 2024 abrufbar unter <https://www.openpetition.de/petition/online/herr-bundesminister-buschmann-handeln-sie-jetzt-fesseln-fuer-die-taeter-freiheit-fuer-die-opfer-2#petition-main> (zuletzt abgerufen am 18.08.2025); Statement der Frauenhauskoordinierung vom 03.09.2024 abrufbar unter <https://www.frauenhauskoordinierung.de/aktuelles/detail/statement-zu-gesetzesentwurf-von-cdu-csu-zur-verbesserung-des-opferschutzes-insbesondere-fuer-frauen-und-verletzliche-personen> (zuletzt abgerufen am: 02.07.2025), Zspruch fand die Aufenthaltsüberwachung in den Stellungnahmen zum Referentenentwurf des BMJ 2024: zB Evangelische Arbeitsgemeinschaft Familie e.V., S. 5; Stiftung Deutsches Forum Kriminalprävention, S. 3; Bundesrechtsanwaltskammer, S. 1, alle Stellungnahmen abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE2024.GewaltschutzG\\_Aenderung.html](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE2024.GewaltschutzG_Aenderung.html) (zuletzt abgerufen am: 18.08.2025); in der Literatur bereits erwogen in Fünfsinn/Kolz, StV 2016, 191 (193 f.); eher ablehnend unter dem



Regelung „nach dem spanischen Modell“ noch in diesem Jahr.<sup>11</sup>

Dieser Beitrag soll unter anderem am Beispiel des § 1a Gewaltschutzgesetz-Entwurfs in der Fassung der Formulierungshilfe des Bundesjustizministeriums vom 08.01.2025 (§ 1a RegE) aufzeigen, ob und in welcher Ausgestaltung das Potential durch die Möglichkeit der EAÜ verfassungsgemäß umgesetzt werden kann.

## B. Elektronische Aufenthaltsüberwachung de lege lata

Aktuell gibt es zwar keine entsprechende Regelung im Gewaltschutzgesetz, allerdings sehen bereits einige Gesetze auf Bundes- und Landesebene eine EAÜ vor. Daher ist zunächst zu klären, ob diese bestehenden Regelungen nicht bereits ausreichend die technischen Möglichkeiten der Täterüberwachung ausschöpfen.

### I. Bundesebene

Auf Bundesebene ist die Möglichkeit einer EAÜ in § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB, § 56a Abs. 1 AufenthG und im § 56 Abs. 1 BKAG geregelt. Näher betrachtet werden soll insbesondere die strafrechtliche Regelung, die ebenfalls bei Gewalt- und Sexualstraftätern angewandt werden kann.

Der am 01.01.2011 in Kraft getretene § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB betrifft die Möglichkeit der Anordnung einer EAÜ bei verurteilten Straftätern im Rahmen der Führungsaufsicht und soll insbesondere ein alternatives Mittel zur Sicherungsverwahrung bei bestehender Gefährlichkeit der Straftäter darstellen. Dabei gilt stets das *ultima-ratio-Prinzip*, welches im angemessenen Ausgleich mit dem spezialpräventiven Sicherheitscharakter der Maßnahme stehen muss.<sup>12</sup> Der § 68b Abs. 1 S. 3 StGB stellt dabei vier kumulative Voraussetzungen für die Weisung auf, unter anderem eine spezielle Gefahrenprognose unter Berücksichtigung des Täters, seiner Taten und seiner Einsichtigkeit.<sup>13</sup> Für die *Gefahrenprognose* erfordert § 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 3 StGB, dass die Gefahr einer Begehung von Katalogtaten nach § 66 Abs. 3 S. 1 StGB besteht. Dies sind insbesondere erhebliche Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>14</sup> Zudem muss nach § 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 StGB eine Vollstreckung einer Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren als Grund für die Führungsaufsicht vorliegen. Die Voraussetzungen für die Anordnung sind also sehr eng und an die Prognose durch den Strafrichter sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und der Gesamtwürdigung des Täters hohe Anforderungen zu stellen.<sup>15</sup>

Auch eine ständige gesetzgeberische *Evaluierung* der Effektivität bei der Anwendung von § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB wurde vom BVerfG für die Verhältnismäßigkeit der Norm verlangt.<sup>16</sup>

Auf gerichtliche Anordnung kann dem Täter eine dauerhaft betriebsbereite GPS-Einheit angelegt werden, die dieser später nicht ohne eine Zerstörung des Fußbandes ablegen kann. Diese muss vom Adressaten regelmäßig (bei intensivem Tracking ca. alle 24 Stunden<sup>17</sup>) wieder aufgeladen werden. Zuhause kann der Tracker mit einer

sog. *Home-Unit* über die Anwesenheit des Trägers kommunizieren (zum Beispiel in einem Radius der Wohnung von 50 bis zu 250 m<sup>2</sup>), hierdurch werden konkrete Bewegungsprofile in der Wohnung nicht aufgezeichnet und zudem wird Akku gespart.<sup>18</sup> Die Überwachung findet bundeseinheitlich von der Gemeinsamen elektronischen Überwachungsstelle der Länder (GÜL) mit Sitz in Weiterstadt statt.<sup>19</sup> Der verurteilten Person wird außer Haus das Betreten bestimmter, gefahrgeneigter Zonen verboten. Bei Nichtaufladung, Zerstörung des Bandes oder Betreten der Verbotszonen wird der Täter per Mobiltelefon auf den Verstoß hingewiesen und aufgefordert, den Weisungen wieder nachzukommen.<sup>20</sup> Wird der Weisung nicht nachgekommen, kommt es zum Polizeieinsatz. In der Praxis wurden im gesamten Bundesgebiet zum Stichtag des 30.06.2025 182 Personen gemäß § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB überwacht.<sup>21</sup>

Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zuvor aber Bräuchle/Kinzig, TüKrim 2017 Bd. 38, S. 21.

<sup>7</sup>BT-Drs. 20/12085.

<sup>8</sup>Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Gesetzentwurf vom 08.01.2025 abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/FormH/FH\\_GewSchG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/FormH/FH_GewSchG.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (nachfolgend zitiert als: Formulierungshilfe) (zuletzt abgerufen am: 02.07.2025).

<sup>9</sup>Wahlprogramm von CDU und CSU 2025, S. 37.

<sup>10</sup>Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung und der Täterarbeit im Gewaltschutzgesetz abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Gewaltschutzgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Gewaltschutzgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 24.09.2025). Der Referentenentwurf ähnelt in weiten Teilen der Formulierungshilfe, wie an den relevanten Stellen des Beitrages verdeutlicht wird. Im neuen Referentenentwurf finden sich die Anordnungsvoraussetzungen in § 1a und die Datenverarbeitungsbestimmungen in § 1b.

<sup>11</sup>Drebes/Strauß, Interview Rheinische Post mit Dr. Stefanie Hubig vom 31.05.2025.

<sup>12</sup>BT-Drs. 17/3403; BeckOK StGB/Heuchemer/Kett-Straub, 66. Ed. 1.8.2025, § 68b Rn. 1, 4.

<sup>13</sup>BeckOK StGB/Heuchemer/Kett-Straub, 66. Ed. 1.8.2025, § 68b Rn. 35; vertiefend auch Kaiser, Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung – Entwicklung, Rechtsgrundlagen, Verfassungsmäßigkeit, 2016, S. 99 ff.

<sup>14</sup>Umfasst wäre zB § 224 Abs. 1 StGB, nicht aber § 223 Abs. 1 StGB.

<sup>15</sup>BeckOK StGB/Heuchemer/Kett-Straub, 66. Ed. 1.8.2025, § 68b Rn. 36.

<sup>16</sup>BVerfGE 156, 63, 141.

<sup>17</sup>Rehbein in: Dünkel, Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich, in: Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Bd. 63 S. 115; Kaiser, S. 97.

<sup>18</sup>Rehbein in: Dünkel, S. 115 ff.

<sup>19</sup>Staatsvertrag über die Einrichtung einer Gemeinsamen elektronischen Überwachungsstelle der Länder vom 19. Mai 2011 (GVBl. 2012 S. 2, 41, BayRS 03-9-J); der Staatsvertrag wurde in allen Ländern ratifiziert.

<sup>20</sup>Beukelmann, NJW-Spezial 2011, 632; zur technischen Ausgestaltung auch das Infoblatt des hessischen Justizministeriums, Stand Juni 2021, [https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt\\_eaue\\_juni\\_2021\\_bf.pdf](https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-08/infoblatt_eaue_juni_2021_bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 18.08.2025).

<sup>21</sup>Eigene Anfrage beim Hessischen Ministerium der Justiz und für den Rechtsstaat vom 03.07.2025.

Zusätzlich zu dieser „Fußfessel“ trägt seit Anfang 2025 in Hessen, Sachsen und Nordrhein-Westfalen<sup>22</sup> auch optional das potentielle Opfer eine GPS-Einheit, ähnlich einer Smartwatch oder eines Mobiltelefons bei sich, die ständig mit der des Täters kommuniziert. Durch die neue *Domestic-Violence-Technik* entstehen sog. dynamische Verbotszonen, bisher handelt es sich aber nur um zwölf entsprechende Einsätze.<sup>23</sup>

Rechtsgrundlage zur *Datenerhebung und -speicherung* ist § 463a IV S. 1 StPO in Ergänzung zum § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB. Umfasst sind dabei jegliche Daten, die durch die EAÜ erfasst werden.<sup>24</sup> Nach Anlegung der GPS-Einheit werden Daten über den Aufenthalt der Person dauerhaft automatisiert an die GÜL übermittelt. Bezüglich der *Home-Unit* legt § 463a Abs. 4 S. 1, 2. Hs. StPO fest, dass „soweit technisch möglich“ keine Erhebung über den „Umstand seiner Anwesenheit“ hinaus erfolgen darf. Im Falle einer Erhebung solcher Daten dürfen diese nach § 463a IV S. 7 StPO nicht verwendet werden und müssen sofort gelöscht werden.

Nur im Falle eines ausgelösten Alarms können die Daten auch von den Mitarbeitern der GÜL eingesehen werden. Ferner legt § 463a Abs. 4 S. 2 Hs. 1 StPO eine bestimmte Zweckbindung für die Datenverwendung fest, diese dürfen nur für die Abwehr von erheblichen Gefahren, der Feststellung von Weisungsverstößen oder der Verfolgung einer der in § 66 Abs. 3 StGB genannten Straftaten verwendet werden. Jegliche Nutzung oder Kenntnisnahme unterliegt zudem der Dokumentationspflicht mit Namen, Umfang und Uhrzeit, § 463a Abs. 4 S. 6 StPO. Ferner müssen die ungenutzten Daten nach zwei Monaten gelöscht werden.<sup>25</sup> Die Daten können somit nicht nachträglich zur Erstellung eines Bewegungsprofils genutzt oder während der Aufzeichnung permanent eingesehen werden.

## II. Landesebene

Einige Bundesländer haben ähnliche Regelungen in den Polizeigesetzen verankert, um polizeiliche Maßnahmen und Verfügungen mittels der EAÜ in Zeitrahmen von zwei bis drei Monaten (mit etwaiger Verlängerung) durchzusetzen.<sup>26</sup> Auch in den Ländern sind bestimmte negative Prognosen an die Straffälligkeit und den Gefahren Eintritt für die polizeirechtliche EAÜ zu stellen.<sup>27</sup>

## III. Spanisches Modell/Zwei-Komponenten-Lösung

Vielfach wurde in Stellungnahmen von Opferschutzverbänden, aber auch bei den Gesetzesvorhaben auf das „spanische Modell“ verwiesen.<sup>28</sup> In Spanien wird bereits seit 2009 die GPS-Überwachung zur Kontrolle von Annäherungs- oder Kontaktverboten verwendet. Auch in Spanien wird ein Zwei-Komponenten-Modell mit dynamischen Verbotszonen optional genutzt. Dadurch können als Vorteil die Verbote auch außerhalb bestimmter festgelegter Zonen wie dem Arbeits- und Wohnort mittels der Überwachungstechnologie durchgesetzt werden, beispielsweise beim Einkaufen oder Besuch von Freunden und Familie.<sup>29</sup>

## IV. Schutzlücke

Die oben erläuterten Systeme setzen polizeiliche Anordnungen oder die führungsaufsichtlichen Weisungen

durch, eine Rechtslücke besteht weiterhin im Bereich der Durchsetzung von Gewaltschutzanordnungen, sofern die Täter zwar bereits Verletzungshandlungen iSd § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG begangen haben, aber noch nicht strafrechtlich relevant iSd §§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 iVm 66 Abs. 3 StGB verurteilt worden sind. Dabei fehlt insbesondere Schutz, wenn die einzelnen Länder keine entsprechende Regelung im Polizeigesetz haben oder diese nicht angewendet wird. Diese Situationen sind denkbar, obwohl bereits ein familiengerichtliches Annäherungsverbot vorliegt, dem sich widersetzt wurde, oder auch, wenn eine erhöhte Opfergefährdung vorliegt. Die EAÜ *de lege lata* kommt also häufig „zu spät“, wenn der Täter bereits mehrfach gewalttätig werden konnte, bevor das erläuterte System angewandt wird.<sup>30</sup> Ferner können Frauen beim Gewaltschutzantrag selbst entscheiden, diesen zu stellen, wohingegen die Polizeiregelungen nach Ermessen der Beamten greifen, sodass die Selbstbestimmung durch eine Regelung im GewSchG verbessert würde.<sup>31</sup>

Doch eine Lücke besteht nicht nur, sofern die Tatbestände (noch) nicht erfüllt wurden, auch greift das Polizeirecht im Verhältnis zum Gewaltschutz nur subsidiär, sodass eine „Fußfessel“ nach dem jeweiligen LPolG angeordnet sein könnte, das Familiengericht am nächsten Tag tätig wird und die EAÜ als Präventivmaßnahme aus dem

<sup>22</sup>Pressemitteilung Ministerium des Inneren und Justiz NRW vom 16.04.2025, abrufbar unter <https://www.land.nrw/pressemitteilung/elektronische-fussfessel-ist-opferschutz> (zuletzt abgerufen am 03.07.2025); Pressemitteilung Hessisches Ministerium der Justiz und für den Rechtsstaat vom 28.01.2025, abrufbar unter <https://justizministerium.hessen.de/presse/fussfessel-nach-dem-spanischen-modell-wird-in-hessen-erstmalig-angewendet> (zuletzt abgerufen am 03.07.2025); Pressemitteilung Sächsisches Ministerium der Justiz vom 07.01.2025, abrufbar unter <https://www.medienservice.sachsen.de/medien/news/1083474> (zuletzt abgerufen am 03.07.2025).

<sup>23</sup>Eigene Anfrage beim Hessischen Ministerium der Justiz und für den Rechtsstaat vom 03.07.2025.

<sup>24</sup>BT-Drs. 17/3403, S. 43.

<sup>25</sup>Kaiser, S. 115 ff.; MüKoStPO/Nestler, 2. Aufl. 2024, StPO § 463a Rn. 25 ff.; Kinzig, NStZ 2021, 467, 468.

<sup>26</sup>Hessen: § 31a HSOG, Bayern: Art. 16 Abs. 2 iVm Art. 34 Abs. 1 PAG, Hamburg § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PolDVG Hamburg; Brandenburg §§ 15b iVm 16a, 16b BbG PolG, Nordrhein-Westfalen §§ 34c Abs. 2, 34a PolG NRW; Saarland § 38 Abs. 3 S. 7, 8 PolDVG; Baden-Württemberg: § 32 BW PolG; Niedersachsen: § 17c NPOG; alle jeweils für drei Monate mit Verlängerung um 3 Monate; Sachsen: § 61 Abs. 2 iVm § 21 SächsPVDG für 2 Monate und Verlängerung um 2 Monate.

<sup>27</sup>Beispielhaft der Wahrscheinlichkeitsmaßstab in Hessen: es müssen „im Einzelfall bestimmte Tatsachen [...] darauf hinweisen“, BeckOK PolR Hessen/Leggereit/J.Müller, 34. Ed. 15.2.2025, HSOG § 31a Rn. 17.

<sup>28</sup>Zu positiven Indizien in der spanischen Statistik Klemp, Forum Opferhilfe 04/2023, 14, 15; RegE S. 16; kritisch aber Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 50.

<sup>29</sup>Art 64.3 ley organica 1/2004 de 28 diciembre, frei übersetzt: „Zur sofortigen Überprüfung der Nichteinhaltung der Vorschriften kann der Einsatz von Geräten mit geeigneter Technologie vereinbart werden.“; Klemp, Forum Opferhilfe, So funktioniert die elektronische Aufenthaltsüberwachung in Spanien abrufbar unter <https://wr-magazin.de/themen/so-funktioniert-die-elektronische-aufenthaltsueberwachung-in-spanien/> (zuletzt abgerufen am 18.08.2025).

<sup>30</sup>So auch Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 49.

<sup>31</sup>Henneberger/Çelebi, ZRP 2024, 181, 183, Stellungnahme Frauenhauskoordinierung e.V. zum Referentenentwurf vom 02.12.2024, S. 2.

Polizeirecht wieder aufgehoben wird.<sup>32</sup> Ferner ist die Gefahrenabwehr nach den Polizeigesetzen grundsätzlich Ländersache und findet nicht in jedem Bundesland statt. Ein einheitliches Schutzniveau für Opfer im gesamten Bundesgebiet kann so nicht gewährleistet werden.<sup>33</sup> Vielfach wird zudem angemahnt, dass die Durchsetzung der Gewaltschutzanordnungen nicht ausreichend stattfindet. Gegen die Anordnungen wird häufig von Tätern verstoßen und Gefährderansprachen werden missachtet.<sup>34</sup> Auch klassische Mittel wie ein Eingreifen der Polizei nach einem Notruf verzögern die Hilfeleistung. Eine weitere Konstellation, in der vor allem die EAÜ aus dem GewSchG greifen könnte, sind schuldunfähige Täter, gegen die Bußgelder oder weitere Sanktionen gem. § 4 S. 1 GewSchG nicht verhängt werden können. Das Widersetzen der Täter bleibt also ohne Folgen und die Spezialprävention misslingt.<sup>35</sup>

Die bestehenden Mittel (Bußgelder oder Eingriffe der Polizei vor Ort) können zwar präventiv wirken, allerdings nur begrenzt. In den darüber hinausgehenden Fällen könnte eine zusätzliche EAÜ die genannten Lücken schließen. Aus diesen Gründen fordern Opferschutzinstitutionen schon seit Jahrzehnten die Einführung einer EAÜ im Gewaltschutzrecht<sup>36</sup>, um die bereits bestehenden technologischen Möglichkeiten (insbesondere GPS) bestmöglich zum Opferschutz auszuschöpfen.

## C. Elektronische Aufenthaltsüberwachung de lege ferenda

Folgend wird betrachtet, wie die Schutzlücke im GewSchG verfassungsgemäß behoben werden kann.

### I. Praktische und rechtliche Vergleichbarkeit zu bereits bestehenden Regelungsinstituten in Deutschland und Spanien

Um zu untersuchen, inwiefern die Erwägungen des BVerfG zur Aufenthaltsüberwachung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB iVm § 463a StPO auf eine Umsetzung im GewSchG übertragen werden könnten, sind zunächst Unterschiede und Gemeinsamkeiten am Beispiel von § 1a RegE<sup>37</sup> herauszuarbeiten. Die *technische Umsetzung* bei der neuen EAÜ würde ebenfalls von der GÜL koordiniert werden, mit einem GPS-Element beim Täter (wie beim § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB) und zusätzlich einer zweiten Einheit zum Zwecke der Kommunikation bei der betroffenen Person. Weder im § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB noch im § 1a RegE sind dabei explizit GPS-Einheiten bei der zu schützenden Person vorgesehen. In ersterem wird diese allerdings seit Anfang des Jahres bereits genutzt<sup>38</sup>, wobei hier im Gesetzeswortlaut nicht von einer zweiten Einheit gesprochen wird. Auch die *Datenverarbeitungsbestimmungen* würden dem Wortlaut des § 463a StPO folgen, ein Tracking in der Wohnung soll vermieden werden, „soweit es technisch möglich ist“, die Erhebung erfolgt automatisch und die Verarbeitung ist nur zu bestimmten Zwecken mit Bezug zu den Straftaten aus § 4 GewSchG und anderen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung erlaubt.

Die *Gefahrenprognose* bei § 1a Abs. 1 S. 2 RegE erfordert, dass „bestimmte Tatsachen im Einzelfall die Annahme rechtfertigen, dass eine Zuwiderhandlung gegen die Gewaltschutzanordnung durch den Täter zu erwarten ist und daraus eine konkrete Gefahr für Leben, Körper, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung der verletzten oder bedrohten Person entsteht“. Die Gefahrenprognose umfasst nach dem Wortlaut mehr Fälle als der § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB, da eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit beispielsweise auch den § 223 Abs. 1 StGB umfassen könnte, während die Maßnahme der Führungsaufsicht hier restriktiver nur besonders schwere Katalogtaten umfasst (II.1). In der Begründung zum § 1a RegE ist angegeben, dass ein interdisziplinäres Fallmanagement zwischen verschiedenen Beteiligten wie zum Beispiel den Gerichten, der Polizei, Frauenhäusern, Ärzten und sonstigen für die Risikoeinschätzung im familiengerichtlichen Verfahren der Glaubhaftmachung<sup>39</sup> herangezogen werden soll<sup>40</sup>, während die Gefährlichkeitsprognose beim § 68b StGB sich maßgeblich aus dem Strafprozess und den richterlichen Erkenntnissen ergibt (II.1).

Entscheidend für den Verweis auf die spanische „Erfolgsgeschichte“<sup>41</sup> ist auch eine *Vergleichbarkeit zum spanischen Modell*. Hier unterscheidet sich vor allem die technische Ausgestaltung: So ist in § 1a Abs. 2 RegE auch vorgesehen, dass die betroffene Person ein Endgerät zur Kommunikation erhalten würde. Allerdings würde dabei lediglich die Anzeige der Zuwiderhandlung durch das Endgerät vorgenommen, nicht aber würden dynamische Verbotszonen durch eine GPS-Ortung der betroffenen Person geschaffen werden. Auch in der Begründung ist kein eindeutiger Hinweis auf die (zum damaligen Zeitpunkt auch noch nicht in den Ländern verwendete) *Domestic-Violence-Technik*, wie sie bereits in Hessen, Sachsen und Nordrhein-Westfalen genutzt wird, zu finden. Hiermit unterscheidet sich der § 1a Abs. 2 RegE deutlich von der spanischen Zwei-Komponenten-Lösung. Eine konkrete Erläuterung, weshalb nur ein GPS-Tracker genutzt werden sollte, bleibt aus.

### II. Verhältnismäßigkeit

Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer EAÜ im GewSchG ist vor allem die Verhältnismäßigkeit der Norm entscheidend. Die Abwägung ist im Lichte der betroffenen Rechtsgüter der Träger der EAÜ vorzunehmen: Als *beeinträchtigte Rechtsgüter* des Trägers der EAÜ kommen als zentraler Prüfungsmaßstab vor allem die allgemeine Handlungsfreiheit sowie die informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes in Betracht, Art. 2 Abs. 1 iVm

<sup>32</sup>Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 49; Fn. 9 mwN; Cirullies, NZFam 2022, 333, 341.

<sup>33</sup>So auch Dingelstedt, GSZ 2024, 158, 166; Henneberger/Çelebi ZRP 2024, 181, 183.

<sup>34</sup>Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 50.

<sup>35</sup>Cirullies, FamRZ 2014, 1901.

<sup>36</sup>Siehe oben Fn. 6.

<sup>37</sup>In der Fassung der Formulierungshilfe vom 08.01.2025.

<sup>38</sup>Eigene Anfrage beim Hessischen Ministerium der Justiz und für den Rechtsstaat vom 03.07.2025.

<sup>39</sup>BeckOK BGB/Reinken, GewSchG § 1 Rn. 65.

<sup>40</sup>Formulierungshilfe, S. 17.

<sup>41</sup>Hier ist sich die Forschung nicht einig, vgl. s.o. Fn. 28.



Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>42</sup> Bezüglich der Menschenwürde hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur EAÜ nach § 68b StGB klargestellt, dass keine mit dem Kernbereich unvereinbare Rundumüberwachung der Träger vorliegt.<sup>43</sup> Eine technische Ausgestaltung, die dem § 68b StGB folgt, wie sie auch der § 1a RegE vorsah, empfiehlt sich daher.

Das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>44</sup> Eine wesentliche Besonderheit des Eingriffspotentials von Maßnahmen der elektronischen Datenverarbeitung liegt in der Menge der verarbeiteten Daten, die auf konventionellem Wege gar nicht bewältigt werden könnte.<sup>45</sup> Außerdem sind Datensicherheitsbedenken der Grund für die hohen Anforderungen, die an solche Eingriffsnormen zu stellen sind.<sup>46</sup> Daher müssen besondere Schutzvorkehrungen getroffen werden, sofern der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein könnte, die Überwachung darf nicht lückenlos sein und es muss eine angemessene Zweckbindung vorliegen.<sup>47</sup> In der bereits erläuterten technischen Ausgestaltung (III.1) wäre jedenfalls ein Eingriff durch die automatisierte Datenerhebung über die GPS-Tracker der Träger und die etwaige Einsicht in der GÜL (wie auch vom BVerfG bestätigt) eindeutig zu erkennen. Dabei ist zu beachten, dass das BVerfG allerdings von einem Ausschluss der Kernbereichsbetroffenheit ausgeht, da in der Regel („soweit es technisch möglich ist“) eine *Home-Unit* genutzt wird. Die Formulierungen einer gesetzlichen Neuregelung, wie zum Beispiel auch des § 1a Abs. 3 RegE, sollten dem Wortlaut daher zumindest folgen.

Die (subsidiäre) *allgemeine Handlungsfreiheit* ist in Art. 2 Abs. 1 GG enthalten. Indem dem Träger die Pflicht zum Tragen und ständigen Aufladen des GPS-Senders auferlegt wird, der von Mitarbeitern im Rahmen der Führungsaufsicht als „Klotz am Bein“ und „zu groß“ bezeichnet wird,<sup>48</sup> läge spätestens durch die Dauer der Maßnahme und den engen körperlichen Bezug auch hier ein Eingriff vor. Außerdem bestünde durch Sichtbarkeit des GPS-Senders die Gefahr der Stigmatisierung und eines Schamgefühls, was zu einer veränderten Freizeitgestaltung (zB im Schwimmbad oder bei sonstigem Sport) führen könnte.<sup>49</sup>

**1. Legitimes Ziel** Das Ziel der Verankerung der EAÜ im GewSchG stellt die Durchsetzung von Verfügungen nach § 1 Abs. 1 GewSchG dar, insbesondere kommen der Regelung Präventivzwecke im Bereich der häuslichen Gewalt und zum Schutze von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Opfer zu.<sup>50</sup> Mit Hinblick auf die Schwere der betroffenen Rechtsgüter ist dieses auch in jedem Fall legitim.<sup>51</sup>

**2. Geeignetheit** Die Umsetzung der EAÜ im GewSchG müsste auch dieses Ziel fördern.<sup>52</sup> Wie beispielsweise in der Begründung zum § 1a RegE dargestellt<sup>53</sup> und ähnlich für die EAÜ gem. § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB vom BVerfG anerkannt<sup>54</sup> verfolgt die EAÜ hauptsächlich spezialpräventive Zwecke. Zwar sind Verweise auf positive Erfahrungen im Ausland nicht unverändert übertragbar und empirische Nachweise nicht zweifelsfrei verfügbar, jedoch steht dem Gesetzgeber hierbei eine substantielle Einschätzungsprärogative zu,

weshalb die EAÜ vom BVerfG als eine zur Prävention geeignete Maßnahme qualifiziert wurde.<sup>55</sup>

Weiterhin muss noch die technische Eignung der GPS-Geräte betrachtet werden. Im RegE wird von einer wenig problematischen Umsetzung ausgegangen, auch für § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB wird dies vom BVerfG so beurteilt.<sup>56</sup> Die Kartenmaterialien schienen Aufbau- und Anzeigeschwierigkeiten zu haben, weshalb in anderen Ländern Google Maps genutzt wird, was in Deutschland aus Datenschutzgründen allerdings nicht möglich ist.<sup>57</sup> Jedoch erkennen einige Stimmen Schwächen der bestehenden Technologie an, so wird angegeben, dass die Ortung zum Teil sehr ungenau erfolgt.<sup>58</sup> Allerdings scheint die technische Weiterentwicklung diesen Problemen entgegenzugehen und die Umsetzung sich stetig zu verbessern, sodass alles in allem die von Bräuchle befragten Akteure mit dem System zufrieden waren.<sup>59</sup> Damit ist festzuhalten, dass die Geeignetheit der Maßnahme im Wesentlichen von der technischen Umsetzung abhängt und nach aktuellem Stand gewährleistet werden kann.

**3. Erforderlichkeit** Im Rahmen der Erforderlichkeit dürfte kein milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen. Hierfür ist auf die bestehende Schutzlücke (II.4) zu verweisen. Die Umsetzung der EAÜ im Gewaltschutzgesetz wäre daher auch erforderlich. Ferner muss in jedem Einzelfall mit der konkreten Gefährdungsprognose die Erforderlichkeit beurteilt werden, sodass hier bei ordnungsgemäßer Prognose keine Bedenken entgegenstünden.<sup>60</sup>

**4. Angemessenheit** Die EAÜ muss angemessen sein, die Ausgestaltung muss dabei einen schonenden Ausgleich zwischen Leben und körperlicher Unversehrtheit der Opfer sowie der Rechtsgüter der Träger der EAÜ (informationelle Selbstbestimmung, allgemeine Handlungsfreiheit, III.3) finden.

<sup>42</sup>Orientiert am Prüfungsschwerpunkt in BVerfGE 156, 63, 116 f., 118 ff.

<sup>43</sup>BVerfGE 156, 63, 136.

<sup>44</sup>v. Münch/Kunig/Kämmerer, 8. Aufl. 2025, GG Art. 2 Rn. 75 ff.

<sup>45</sup>BVerfGE 156, 63, 118 f.

<sup>46</sup>MüKoStPO/Nestler, 2. Aufl. 2024, StPO § 463a Rn. 30; BT-Drs. 17/3403, S. 18.

<sup>47</sup>BVerfGE 156, 63, 118 f.; MüKoStPO/Nestler, 2. Aufl. 2024, StPO § 463a Rn. 30.

<sup>48</sup>Bräuchle, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie, Bd. 37, 2016, S. 132.

<sup>49</sup>BVerfGE 156, 63, 109 f.

<sup>50</sup>Formulierungshilfe, S. 1 ff.

<sup>51</sup>So auch BVerfG für § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB, BVerfGE 156, 63, 140 f.

<sup>52</sup>Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 106. EL Oktober 2024, GG Art. 20 Rn. 114.

<sup>53</sup>Formulierungshilfe, S. 1f.

<sup>54</sup>BVerfGE 156, 63, 139.

<sup>55</sup>BVerfGE 156, 63, 139 f.

<sup>56</sup>Formulierungshilfe, S. 13; BVerfGE 156, 63, 111; 141.

<sup>57</sup>Bräuchle, S. 132.

<sup>58</sup>Dükel/Thiele/Treig in Dükel, S. 34f.; Bräuchle, S. 132.

<sup>59</sup>Bräuchle, S. 131; die Dissertation der Autorin entstand im Rahmen eines Forschungsprojekts zur „Evaluation der Elektronischen Aufenthaltsüberwachung“, das vom BMJV und dem BfJ am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen durchgeführt wurde.

<sup>60</sup>Parallel so auch entschieden in BVerfGE 156, 63, 142.

Eine *Rechtfertigung* kann mit Hinblick auf diese schweren Eingriffe in gewichtige Grundrechte nur vorliegen, wenn diese „dem Schutz oder der Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter dient, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.“<sup>61</sup>

Hierzu ist insbesondere nochmals auf den Unterschied in der Gefahrenprognose von §§ 68b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 iVm 66 Abs. 3 S.1, Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB bei den erheblichen Straftaten zu der „einfachen“ Gefahranforderung, wie zum Beispiel in § 1a Abs. 1 S. 2 RegE vorgesehen, einzugehen, da bei letzterem ausreicht, dass eine Gefahr für den Körper der bedrohten Person vorliegt. Im Unterschied zur Regelung der Katalogstraftaten im Rahmen der Führungsaufsicht wären demnach bereits Fälle denkbar, in denen lediglich leichte Verletzungen der Betroffenen zu befürchten sind. Auch die körperliche Unversehrtheit ist ein „höchststrangiges“ Verfassungsgut.<sup>62</sup> Allerdings scheint es mehr als zweifelhaft, einen derart schweren Eingriff über mehrere Monate bei Tätern von weniger schweren oder einfachen Körperverletzungsdelikten nach einer einfachen gerichtlichen Gefahrenprognose durch das Familiengericht für die Anordnung der EAÜ ausreichen zu lassen. Wohl würde eine Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes dann zwar ohnehin ausscheiden, allerdings kann auch das Gesetz selbst so nicht mehr den Anforderungen des BVerfG für eine Angemessenheit des Eingriffes entsprechen. Der Anwendungsbereich wäre hier zu weitgehend. Daher ist eine Begrenzung des Gesetzeswortlaut auf eine „erhebliche Gefahr“ notwendig.<sup>63</sup>

In der Praxis ist es erforderlich, dass eine ausreichende Prognoseentscheidung getroffen wird, welcher von den ca. 15.000 Verstößen<sup>64</sup> gegen die Anordnungen durch die EAÜ aufgehalten werden soll, um die Maßnahme beim „richtigen“ Fall anzuwenden. In Spanien wird dabei ein weit umfassenderer Ansatz verfolgt, wenn man betrachtet, dass ca. 4.500 Personen jährlich mit der EAÜ ausgestattet sind.<sup>65</sup> Dahingegen sieht der deutsche RegE nur ca. 100 Überwachungen jährlich vor<sup>66</sup>, was angesichts der vielfachen Verstöße eine geringe Zahl ist. Vor allem unter dem Gesichtspunkt der schwerwiegenden Eingriffe in Grundrechte des Täters wird aber vielfach vertreten, dass nur durch eine geringe Zahl an Anwendungen die Beschränkung auf schwerwiegende Fälle erreicht wird und dies könnte wohl auch für die Verfassungsmäßigkeit von Norm und Einzelakt erforderlich sein.<sup>67</sup> Der Wortlaut des § 1a RegE knüpft beispielhaft als Voraussetzung daran an, dass die Anordnung „unerlässlich“ zur Kontrolle einer Gewaltschutzanordnung sein müsste. Auf S. 12 des RegE wird dem Gericht bei der Sachverhaltsermittlung ein richterliches Ermessen eingeräumt. Es käme allerdings auch auf das zumindest hier angedachte und vielfach für sinnvoll erachtete interdisziplinäre Fallmanagement an, bei dem die verschiedensten Beteiligten im Verfahren (Strafgericht, Polizei, Frauenhäuser, Schulen, usw.) alle gemeinsam die Gefahrenprognose erstellen sollen. Davon wird zwar auch im RegE gesprochen, allerdings war beispielsweise eine Plattform oder sonstige Maßnahmen zur Umsetzung nicht vorgesehen. Diese Frage stellt sich auch zukünftig: Nicht alle Länder haben – beispielsweise in Ermangelung entsprechender Polizeigesetze – ein Fallmanagement eingeführt.<sup>68</sup> Wenn bedacht wird, dass in Deutschland bereits vielfach von Überlastung in

Verwaltung und Gerichten gesprochen wird, so scheint diese Einführung einer ausreichenden Prognoseplattform ohne weitere staatliche Aufwendungen utopisch.<sup>69</sup> Vor allem sollte daher vor einer etwaigen Umsetzung der EAÜ zunächst geplant werden, wie die gerichtliche Prognose abgesichert und verbessert werden könnte, zumal es sich bei den Anordnungen nach dem GewSchG um Eilverfahren handeln würde, da ansonsten eine Eignung zur Verhinderung schwerer Taten entgegen der Gewaltschutzanordnung unter Wahrung der Grundrechte der potentiellen Täter nicht gegeben wäre.<sup>70</sup>

Die Angemessenheit von Datenerhebung und Speicherung richtet sich insbesondere nach der Zweckbindung.<sup>71</sup> Die Verfassungskonformität der Datenerhebung und -verarbeitung steht und fällt daher mit der zugrunde gelegten Anordnung.

Außerdem werden Erwägungen angestellt, die Maßnahme sei zeitlich<sup>72</sup> oder quantitativ nicht weitreichend genug, bei unzureichender Anwendung ein bloßer „Placebo im Kampf gegen häusliche Gewalt“<sup>73</sup> oder „keine

<sup>61</sup>BVerfGE 156, 63, 144.

<sup>62</sup>BVerfGE 156, 63, 145.

<sup>63</sup>Eine Begrenzung auf erhebliche Taten forderten Henneberger/Çelebi, ZRP 2024, 181, 184 bereits in Bezug auf den CDU-Vorhaben (BT-Drs. 20/12085); Kinzig schlägt in seiner Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU vom 03.12.2024 auf S. 8 vor, an die Straftatenkataloge aus §§ 63 S. 1 oder 66 Abs. 3 S. 1 iVm Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB anzuknüpfen, in der Formulierungshilfe wird in der Entwurfsbegründung jedenfalls auf „Hochrisikofälle“ verwiesen, ähnlich Stellungnahme Deutscher Juristinnenbund e.V., S. 3. Im Referentenentwurf vom 25.08.2025 stimmt der Wortlaut des § 1a RefE mit dem § 1a RegE aus Formulierungshilfe vom 08.01.2025 überein. Allerdings sieht der RefE in der Begründung auf S. 17 eine „konkrete und erhebliche Gefahr“ als Voraussetzung für die Anordnung vor, die erhöhte Gefahrenschwelle ist begrüßenswert.

<sup>64</sup>Polizeiliche Kriminalstatistik 2024.

<sup>65</sup>Statistisches Portal für geschlechtsspezifische Gewalt der Regierung Spaniens, <https://estadisticasviolenciagenero.igualdad.gob.es> (zuletzt abgerufen am 04.07.2025).

<sup>66</sup>Formulierungshilfe, S. 15 f.; so auch in der Begründung zum Referentenentwurf vom 25.08.2025, S. 27.

<sup>67</sup>Eine restriktive Anwendung fordern z. B. Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 51; Henneberger/Çelebi, ZRP 2024, 181, 184; Stellungnahme Deutscher Juristinnenbund, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024\\_GewaltschutzG\\_Aenderung.html](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_GewaltschutzG_Aenderung.html) (zuletzt abgerufen am: 02.07.2025), S. 2.

<sup>68</sup>Henneberger/Çelebi, ZRP 2024, 181, 183, mwN in Fn. 32.

<sup>69</sup>Dies kritisierend auch Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 51.

<sup>70</sup>So auch Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 51. Im Referentenentwurf vom 25.08.2025 ist eigens hierfür § 216b FamFG-E vorgesehen, die Begründung enthält auch deutlich weitergehende Ausführungen zur Sachaufklärung durch die verschiedenen Institutionen, S. 21 ff., was zu begrüßen ist.

<sup>71</sup>BVerfGE 156, 63, 124 f.; auch schon BVerfGE 65, 1, 51 f., 62.

<sup>72</sup>So war im Gesetzesentwurf der CDU/CSU (BT-Drs. 20/12085) durch Anwendbarkeit der Fristenregelung des § 1 Abs. 1 S. 2 GewSchG im Einzelfall eine unbegrenzte Maßnahme angedacht; ähnlich Stellungnahme Deutsches Jugendinstitut e.V., S. 4 f.

<sup>73</sup>Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 51.

umfassende Problembehebung<sup>74</sup>. So hat die CDU/CSU-Fraktion in ihrem Vorschlag keine Befristung der Maßnahme vorgesehen. Dies wurde aus Gründen der Verhältnismäßigkeit stark kritisiert.<sup>75</sup> Vor allem ist der Einsatz nur so lange angemessen, wie die Gefahr besteht. Nur eine gesetzgeberische Höchstfrist kann dabei einerseits die Verhältnismäßigkeit und andererseits die Bestimmtheit der Maßnahme sicherstellen.<sup>76</sup> Auch bei der Führungsaufsicht wird durch besonders hohe Anforderungen sichergestellt, dass diese nur restriktiv angeordnet wird, wie durch die wenigen Anwendungsfälle deutlich wird. Eine Verhältnismäßigkeit der EAÜ im GewSchG könnte also bei einer geringeren Eingriffsschwelle erst recht nicht noch häufiger oder in einer ähnlichen Dauer angeordnet werden und zugleich verhältnismäßig sein.

Ferner von Bedeutung für die Angemessenheit ist, ob eine gesetzgeberische Beobachtungspflicht verankert werden müsste. Die EAÜ in ihrer aktuellen technischen Ausgestaltung wird wegen ihrer Größe als stigmatisierend beschrieben und hat nur eine geringe Akkulaufzeit von unter 24 Stunden, was im Vergleich zu den GPS-Systemen in der freien Marktwirtschaft nachsteht.<sup>77</sup> Das BVerfG erfordert auch für die Maßnahme in der Führungsaufsicht ständige Beobachtung und Anpassung insbesondere mit Hinblick auf technische Neuerungen.<sup>78</sup> Zudem spricht für eine Überprüfung auch, dass vielfach auf das spanische Modell verwiesen wird, dessen Wirksamkeit – ebenso wie die spezialpräventiven Effekte einer EAÜ im Allgemeinen – aber nicht zweifelsfrei bewiesen wird.<sup>79</sup> Im Ergebnis kann eine EAÜ daher den Maßstäben des BVerfG nur standhalten, wenn sie einer regelmäßigen Überprüfung ihrer Wirksamkeit und technischer Beobachtung unterliegt.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine Regelung wie die des § 1a Abs. 3 S. 2 RegE eng genug mit Hinblick auf den Regelfall der *Home-Unit* Nutzung gefasst wäre. Diese sieht vor, dass eine *Erhebung von Standortdaten innerhalb der Wohnung* grundsätzlich nicht erfolgen sollte – „soweit es technisch möglich ist“ (Funktionsweise III.1). Diese Formulierung ist zwar ein Signal des gesetzgeberischen Willens, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen, sie offenbart jedoch zugleich eine normative Unschärfe: In der Praxis könnte danach der Schutz der Privatsphäre durch technische Schwierigkeiten oder unzureichende Ausgestaltung des Systems vereinzelt unterlaufen werden, zumindest lässt die Norm ein Tracking in der Wohnung als Ausnahmefall zu. Die damit verbundene Möglichkeit, Wohnraumdaten zu erheben, wirft erneut verfassungsrechtliche Fragen auf – sowohl im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 GG als auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Kernbereich.

Das BVerfG hat im Urteil zur Regelung in der Führungsaufsicht klargestellt, dass unbeabsichtigte Eingriffe in den Kernbereich nicht bereits auf der Erhebungsebene vollständig ausgeschlossen werden müssen, solange durch geeignete Verfahrensvorschriften sichergestellt ist, dass kernbereichsrelevante Daten in der Auswertungsphase unverzüglich gelöscht und nicht weiterverwendet werden.<sup>80</sup> Diese Anforderungen würde der § 1a Abs. 3 S. 12 RegE parallel zu § 463a Abs. 4 StPO erfüllen, diese enthalten eine gesetzlich vorgesehene „Absicherung“ durch Lösch- und Protokollierungspflichten.

Somit wäre die Regelung im gegenwärtigen technischen und rechtlichen Kontext bezüglich der Formulierung um die *Home-Unit* (noch) verfassungsgemäß, unterläge aber einer fortlaufenden Prüfungspflicht durch den Gesetzgeber. Sobald die technische Entwicklung es erlaubt, die *Home-Unit* dauerhaft und zuverlässig funktionsfähig zu betreiben, wäre der Gesetzgeber wohl verfassungsrechtlich verpflichtet, den Wortlaut dem technischen Fortschritt entsprechend anzupassen.<sup>81</sup> Die Formulierung wäre daher als eng auszulegende Ausnahme zu verstehen, die nur in unvermeidbaren Einzelfällen Anwendung finden dürfte. Andernfalls droht langfristig eine verfassungswidrige Ausweitung des Überwachungsbereichs bis hinein in die Wohnung, was mit dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung der Träger unvereinbar wäre.

Da im RegE zwar eine Lösung mit einer GPS-Einheit beim Täter und einem Kommunikationsendgerät beim Geschädigten, aber nicht eines zweiten GPS-Endgerätes geplant war, ist zuletzt fragwürdig, ob diese Ausgestaltung ausreicht und das Potential der Maßnahme ausschöpft. Alternativ könnte bei einer Umsetzung eine Zweikomponenten-Lösung gewählt werden, um die Opfer besser zu schützen. Wenn man bedenkt, dass das Opfer bei starren Verbotszonen (zB Wohnort, Arbeitsplatz) im alltäglichen Leben auf wenige „sichere Bereiche“ eingeschränkt ist und sich auf Zwischenwegen oder an anderen Orten nicht geschützter fühlen kann als ohne die EAÜ, leuchtet nicht ein, weshalb die bestehenden technischen Möglichkeiten von zwei GPS-Endgeräten nicht genutzt werden sollten. Ein kritisierte Nachteil an der Zweikomponenten Lösung könnte allerdings in der Betroffenheit der Rechtsgüter des Opfers liegen, sofern dieses auch ständig die betriebsbereite GPS-Einheit bei sich trägt. Einerseits wird den Betroffenen so permanent vor Augen geführt, dass sie sich potentiell in Gefahr befinden könnten, eine „Verdrängung“ oder Verarbeitung der Geschehnisse, die zur Anordnung führten, ist dann psychisch

<sup>74</sup>Stellungnahme Evangelische Arbeitsgemeinschaft Familie e.V., S. 4.

<sup>75</sup>Kinzig, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU vom 03.12.2024, S. 8; Henneberger/Çelebi, ZRP 2024, 181, 183.

<sup>76</sup>Kinzig, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU vom 03.12.2024, S. 8.

<sup>77</sup>Zum Beispiel Garmin Sportuhr bis zu 2 Wochen, <https://www.garmin.com/de-AT/p/698632/#specs> (zuletzt abgerufen am 03.07.2025).

<sup>78</sup>BVerfGE 156, 63, 141.

<sup>79</sup>Da es sich hierbei allerdings um einen Konflikt der Kriminalpolitik handelt und weniger Bezug zur digitalen Ausgestaltung der Maßnahme handelt, wird vertiefend u.a. verwiesen auf Bräuchle, S. 22 ff.; Kinzig/Rebmann, ZRP 2025, 48, 50 f.; erkannt auch in BVerfGE 156, 63, 140, wobei hier keine Überschreitung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers angenommen wird. Erfreulich ist daher, dass im Referententwurf vom 25.08.2025 auf S. 29f. eine Evaluierung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes angedacht ist.

<sup>80</sup>BVerfGE 156, 63, 112 f.

<sup>81</sup>An der Weite des Wortlautes zweifelnd zumindest vor dem Urteil des BVerfG Schönke/Schröder/Kinzig, 30. Aufl. 2019, StGB § 68b Rn. 14c; ähnlich auch Kaiser, S. 185 ff.; sehr kritisch ebenfalls vor Urteil des BVerfG MüKoStGB/Groß, 3. Aufl. 2016, StGB § 68b Rn. 24; im Referententwurf des BMJV vom 25.08.2025 lautet der Wortlaut in § 1b Abs. 4 ebenfalls „soweit es technisch möglich ist“.



schwer möglich.<sup>82</sup> Andererseits wäre die Lösung natürlich freiwillig für die Betroffenen, sodass ein Grundrechtseingriff aufgrund der Einwilligung nicht vorliegt. Allerdings könnte sich zumindest ein emotionaler Teilnahmedruck ergeben, wenn man bedenkt, dass das Opfer sich nicht nachträglich „vorwerfen (lassen)“ will, dass es nicht alles zur Verhinderung weiterer Taten getan habe.<sup>83</sup> Jedoch wird man hier wohl in der Regel von einer seitens der Opfer begrüßten Verstärkung des eigenen Sicherheitsgefühls ausgehen können.<sup>84</sup> Daher würde es zu einer verstärkten Eignung der Maßnahme beitragen, wenn man eine „echte“ Zwei-Komponenten Lösung mittels *Domestic-Violence-Technik* normieren und nutzen würde.<sup>85</sup>

**5. Zwischenergebnis** Im Ergebnis wäre die EAÜ in der Entwurfsfassung nicht angemessen. Der Eingriff in Grundrechte wie die körperliche Unversehrtheit und informationelle Selbstbestimmung ist nur bei erheblichen Gefahren gerechtfertigt; der bisherige Entwurf (§ 1a Abs. 1 S. 2 RegE) wäre jedoch zu weit gefasst und würde den Anforderungen des BVerfG nicht genügen. Zudem ist eine gesetzlich verankerte Beobachtungspflicht erforderlich, da technischer Fortschritt und Grundrechtsschutz eine kontinuierliche Überprüfung und Anpassung erforderlich machen. Schließlich bleibt die Regelung zur Standortdatenerhebung in der Wohnung rechtlich problematisch, da sie durch unklare Formulierungen eine potentiell verfassungswidrige Ausweitung des Überwachungsbereichs ermöglicht.

## D. Fazit

Die EAÜ im Kontext des Gewaltschutzgesetzes hat das Potenzial, eine bestehende Schutzlücke zu schließen, die weder durch strafrechtliche Regelungen und Landespolizeigesetze noch durch bereits bestehende Regelungen im GewSchG hinreichend adressiert wird. Insbesondere in Fällen, in denen noch keine Führungsaufsicht vorliegt oder eine präventive polizeiliche Maßnahme (noch) nicht greift, bleiben Betroffene von häuslicher Gewalt – trotz erlassener familiengerichtlicher Anordnungen – häufig ungeschützt. Diese Lücke führt in der Praxis dazu, dass Täter regelmäßig gegen Gewaltschutzanordnungen verstoßen, ohne dass dies effektive, opferschutzgerechte Folgen nach sich zieht.

Deutlich wird, dass die Umsetzung materiell verfassungsrechtlich problematisch ist: Die vorgesehene Eingriffsschwelle darf nicht zu niedrig angesetzt werden, um die massiven Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Das Erfordernis einer „erheblichen Gefahr“ oder von Katalogtaten ist daher ebenso notwendig wie ein hinreichendes Prognose- bzw. Fallmanagement.

Auch auf technischer und struktureller Ebene bestehen Defizite: Das Fehlen einer Zwei-Komponenten-Lösung (*Domestic-Violence-Technik*) verkennt das Schutzpotenzial dynamischer Verbotszonen, diese Dynamik wird in Bezug auf das spanische Modell als erfolgreich angesehen. Zudem erforderlich ist eine gesetzlich verankerte Beobachtungspflicht, da sich die Maßnahme auf ein dynamisches Feld technischer Innovation stützt und die Verhältnismäßigkeit nur durch fortlaufende Anpassung gewahrt werden kann. Außerdem müsste stetig an einer technisch sicheren Umsetzung der *Home-Unit* gearbeitet werden,

um eine Überwachung in der Wohnung, sobald es möglich ist, gänzlich vom Gesetzeswortlaut auszuschließen.

<sup>82</sup>Dükel/Thiele/Treig in: Dükel, S. 76; Fünfsinn/Kolz, StV 2016, 191, 193.

<sup>83</sup>Fünfsinn/Kolz, StV, 2016, 191, 193.

<sup>84</sup>Zum Sicherheitsgefühl auch Stellungnahme Deutsches Jugendinstitut e.V., S. 3, Stellungnahme Stiftung Deutsches Forum für Kriminalprävention, S. 2, Stellungnahme Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen, S. 3, alle abrufbar unter [https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024\\_GewaltschutzG\\_Aenderung.html](https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_GewaltschutzG_Aenderung.html) (zuletzt abgerufen am 18.08.2025).

<sup>85</sup>Der Referentenentwurf vom 25.08.2025 nennt im Wortlaut des § 1a Abs. 2 RefE wie auch die Formulierungshilfe vom 08.01.2025 nur ein technisches Mittel zur Anzeige der Zuwiderhandlung. Auf S. 19 sieht die Begründung allerdings die Option des Zwei-Komponenten-Modells mit zweiter GPS-Einheit vor, was zu begrüßen ist.

# Ordnung im Chaos oder Chaos in der Ordnung?

## Linking Rules als Instrument zur Bewältigung von Inkongruenzen in der Architektur des deutschen Steuerrechts

Neumann, Max\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Besteuerungsin Kongruenzen bei grenzüberschreitenden Finanzierungsbeziehungen entstehen typischerweise durch divergierende steuerliche Einordnungen hybrider Instrumente als Eigen- oder Fremdkapital. Der Beitrag analysiert die Funktionsweise sog. Linking Rules (insbesondere § 4k EStG, § 8b KStG), mit denen der deutsche Gesetzgeber solchen Inkongruenzen begegnet. Im Folgenden wird gezeigt, wie diese Normen die steuerliche Behandlung im Inland an die Rechtsfolgen in ausländischen Jurisdiktionen koppeln. Dabei werden systematische Grundlagen, Regelungswirkungen und offene Problempunkte der Normenhierarchie untersucht und kritisch bewertet.

**Keywords** internationales Steuerrecht; Unternehmensfinanzierung; Linking Rules; Besteuerungsin Kongruenzen; Anti Hybrid Mismatch Rules; ATAD; § 4 k EStG; § 8 b KStG

### A. Einleitung

Bei Finanzierungsfragen steht der unternehmerischen Perspektive, welche die wirtschaftlichen Ziele des Unternehmens verfolgt, gleichsam eine legislatorische gegenüber. Nationalstaaten haben ein Interesse daran, ein wettbewerbs- und leistungsgerechtes Steuerrecht zu gewährleisten, welches die Entwicklung und Transformation von Unternehmen fördert und Investitionen ermöglicht, ohne jedoch die steuerliche Bemessungsgrundlage zu gefährden.

Zwischen den Gemarkungen dieser Pole – den unternehmerischen Bedürfnissen nach optimaler Finanzierung einerseits und dem staatlichen Interesse am Erhalt der Steuerbasis bei gleichzeitiger Attraktivität für ausländisches Kapital andererseits – entsteht ein Spannungsfeld. Wie auf multilateraler Ebene<sup>1</sup> bereits länger diskutiert wird und durch die EU-Beihilfverfahren im Zuge der *Luxemburg Leaks*<sup>2</sup> nochmals deutlich wurde, können sog. Inkongruenzen aufgrund divergierender nationalstaatlicher Auffassungen über die steuerliche Behandlung von Unternehmensfinanzierungen entstehen. Diese bergen das Risiko, das Steuersubstrat der beteiligten Staaten zu gefährden.

So sind unter dem Dogma der Missbrauchsvermeidung in jüngerer Vergangenheit zahlreiche, vornehmlich unionale Rechtsakte und Initiativen ergangen, welche insbesondere Konstellationen der Niedrig- oder Nichtbesteuerung adressieren. Unter motivtragenden Namen, etwa der „Steuer oasen-Abwehr“ oder „Anti-Tax Avoidance Directive“, hat die Regelungsdichte vor allem in Bezug auf sogenannten Gestaltungsmissbrauch erheblich zugenommen. Mit diesem anzuerkennenden Ziel eng verknüpft sind jedoch vielfältige systematische und kompetenzielle Streitfragen sowie konfligierende Interessen, sodass es sich lohnt, gerade dieses Spannungsfeld als Ausgangspunkt für die nachfolgenden Untersuchung zu nutzen.

### B. Instrumente und Dimensionen der Unternehmensfinanzierung

Um sich der Problematik systematisch zu nähern, wird zunächst in das Finanzierungsinstrumentarium und dessen (steuer-)rechtliche Qualifikation eingeführt.

#### 1. Die Unternehmensfinanzierung als Querschnittsmaterie

Für Zwecke der Mittelbeschaffung sowie Kapitalstrukturplanung stehen Unternehmen in der Finanzierungspraxis eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung. Aufgrund der unterschiedlichen Unternehmenstypen, Ziele und Branchen lässt sich hierbei festhalten, dass keine allgemeingültige, optimale Finanzierungsstruktur existiert.<sup>3</sup> Vielmehr fügen sich Finanzierungsentscheidungen in ein Konvolut aus betriebswirtschaftlichen,<sup>4</sup> gesellschaftsrechtlichen,<sup>5</sup> bilanziellen<sup>6</sup> und steuerrechtlichen Entscheidungsparametern, innerhalb dessen jeweils eine

\* Der Autor ist Alumnus der Universität Leipzig, Rechtsreferendar am LG Leipzig und Diplom Finanzwirt (FH).



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Neumann, Ordnung im Chaos oder Chaos in der Ordnung? – Linking Rules als Instrument zur Bewältigung von Inkongruenzen in der Architektur des deutschen Steuerrechts, *FraLR* 2025 (03), S. 111-118. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.frallr.25.3.04>

<sup>1</sup>MwN OECD, Neutralisierung Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, 2017, S. 17.

<sup>2</sup>LuxLeaks-Dokumente des ICLJ; Max, *StuW* 2017, 266 (266 f.); Grotherr, *ISR* 2017, 179 (180).

<sup>3</sup>Prinz, *FR* 2009, 593 (594).

<sup>4</sup>Perridon/Steiner/Rathgeber, *Finanzwirtschaft*, S. 13 ff.

<sup>5</sup>Schneider/Wilke in *MAH GmbH*, B., § 5, Rn. 3 ff.

<sup>6</sup>Zu bilanziellen und steuerlichen Erwägungen Kahle/Kopp, *FR* 2023, 913 (913).

integrative und für den Einzelfall optimale Lösung zu treffen ist.<sup>7</sup> In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde hierzu der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit als Richtlinie entwickelt.<sup>8</sup> Dieser besagt, dass es den Gesellschaftern<sup>9</sup> in den Grenzen der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltensregeln freisteht, in welcher Form und in welchem Umfang sie das Unternehmen mit Eigen- oder Fremdkapital ausstatten. Auch eine steuergünstige Ausgestaltung der Verhältnisse soll demgemäß *per se* keinen Missbrauchsvorwurf begründen können.<sup>10</sup>

## II. Instrumente der Unternehmensfinanzierung

Die Eigenkapitalfinanzierung betrifft formell das vom Eigentümer oder Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses bereitgestellte Kapital.<sup>11</sup> Der Kapitalgeber erlangt hierbei eine geschützte Rechtsposition, mithin den Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft.<sup>12</sup> Als Anteilseigner am Unternehmen wird der Eigenkapitalgeber am Gewinn und Verlust der Gesellschaft sowie an den stillen Reserven und dem Geschäftswert beteiligt.<sup>13</sup> Die vermögensmäßige Haftung variiert dabei je nach Rechtsform der Gesellschaft.<sup>14</sup> Auch die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung des finanzierten Unternehmens durch Leitungs-, Vertretungs- und Informationsbefugnisse variiert deutlich zwischen den Rechtsformen; allenfalls kann jedoch konstatiert werden, dass die Gesamtheit der Eigenkapitalgeber zumindest mittelbar die Geschäfte des Unternehmens führen.<sup>15</sup>

Die Fremdkapitalfinanzierung erfolgt demgegenüber durch Mittel, die der Gesellschaft von Dritten, jedenfalls nicht kraft des Gesellschaftsverhältnisses, überlassen werden.<sup>16</sup> Ihr liegt meist ein Darlehen nach § 488 Abs. 1 BGB oder eine Inhaberschuldverschreibung bzw. Anleihe nach §§ 793 ff. BGB zugrunde, aufgrund derer der Kapitalgeber einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Kapitalnehmer erwirbt.<sup>17</sup> Der Kapitalgeber trägt hierbei typischerweise die Pflicht der Über- und Belassung der vereinbarten Valuta, während sich der Kapitalnehmer meist zur Zahlung eines Zinses sowie zur Rückzahlung der gewährten Valuta verpflichtet. Im Gegensatz zur Eigenkapitalfinanzierung erfolgt grds. keine Beteiligung am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens, da die Rückzahlungspflicht unabhängig von der Gewinnsituation des Unternehmens, üblicherweise zum Nennbetrag besteht. Das Risiko des Fremdkapitalgebers beschränkt sich auf das Ausfallrisiko der Forderung. Verwaltungsrechtliche Positionen werden durch die Fremdkapitalgewährung grundsätzlich nicht vermittelt.

*Mezzanine* oder hybride Finanzierungsformen meinen Instrumente, deren rechtlicher bzw. wirtschaftlicher Charakter sowohl Elemente des idealtypischen Eigen- als auch Fremdkapitals aufweist.<sup>18</sup> Der Vorteil hybrider Finanzierungen liegt darin, dass außerhalb formell gesellschaftsrechtlicher Grenzen grundsätzlich Gestaltungsformen herrscht und sie so im jeweiligen Regelungsumfeld unter Berücksichtigung der individuellen Finanzierungsziele optimal ausgestaltet werden können.<sup>19</sup> Zu den hybriden Finanzierungsformen gehören exemplarisch Genussrechte, stille Gesellschaften (vgl. §§ 230 ff. HGB, §§ 740 ff. BGB), partiarische Darlehen, Wandlungs-

und Optionsrechte sowie stimmrechtslose Vorzugsaktien (vgl. §§ 139 ff. AktG) und Kommanditanteile (vgl. §§ 161 ff. HGB).

## III. Steuerrechtliche Behandlung von Finanzierungen

Das deutsche Körperschaftsteuerrecht trennt zwischen der Sphäre der steuerpflichtigen Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenmehrheit<sup>20</sup> im Sinne der § 1 Abs. 1, § 1a KStG und der ihrer Anteilseigner.<sup>21</sup> Hieran knüpft sich die systematische Entscheidung, welche Bestandteile der Finanzierung den im Unternehmen erwirtschafteten und körperschaftsteuerbaren Gewinn beeinflussen und ob bzw. in welchem Umfang Kapitalentgelte auf Ebene der Anteilseigner und Kapitalgeber einer Besteuerung unterliegen.<sup>22</sup>

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, dass im Kontext der Eigenkapitalgewährung eine Vorbelastung auf Ebene der ausschüttenden Körperschaft und eine Nachbelastung auf Ebene der Anteilseigner erfolgen soll. So beeinflussen Vergütungen aus einer Eigenkapitalfinanzierung, in der Regel Gewinnausschüttungen, nach Maßgabe

<sup>7</sup>Breuninger in StbJb 2002/03, 333 (336 ff.); zu weiteren Parametern Eilers in Eilers/Rodding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, A Rn. 21 f.

<sup>8</sup>Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: ua BGH v. 19.09.1988 - II ZR 255/87, BGHZ 105, 168; Schneider/Wilke in MAH GmbHR, B., § 5, Rn. 3 f.; aus steuerrechtlicher Sicht: ua BFH v. 05.02.1992 - I R 127/90, BStBl. II 1992, 532; v. 08.12.1997 - GrS 1-2/95, BStBl. II 1998, 197.

<sup>9</sup>Zur besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

<sup>10</sup>Kubicki in Mössner/Lampert, Int. tätige Unternehmen, Kap. 12, Rn. 12.

<sup>11</sup>Eilers in Eilers/Rodding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, A Rn. 2; Schneider/Wilke in MAH GmbHR, B., § 5, Rn. 5 ff.

<sup>12</sup>Mohamed, JuS 2021, 820 (823); Schäfer in: MüKo BGB, § 712, Rn 1, 5.

<sup>13</sup>Vgl. für Personengesellschaften: §§ 722, 723 BGB, §§ 121, 155 HGB; für Kapitalgesellschaften: §§ 29, 72 GmbHG, §§ 58, 271 Abs. 1 AktG.

<sup>14</sup>Vgl. § 199 InsO zur vermögensmäßigen Haftung im Insolvenzfall; Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 291 f.; Renner/Hasselbarth JuS 2014, 11 (12).

<sup>15</sup>Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 293; Renner/Hasselbarth JuS 2014, 11 (12 f.).

<sup>16</sup>Eilers in Eilers/Rodding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, A Rn. 3.

<sup>17</sup>Hier und im Folgenden Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 293; Berger in MüKoBGB, § 488 Rn. 8; Renner/Hasselbarth JuS 2014, 11.

<sup>18</sup>Häuselmann in Kessler/Kröner/Köhler, KonzernStR, § 10 Rn. 200 ff.; Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 294 ff.

<sup>19</sup>Kubicki in Mössner/Lampert int. tätige Unternehmen, Kap. 12, Rn. 94.

<sup>20</sup>Im Folgenden nur noch als *Körperschaft* bezeichnet.

<sup>21</sup>Sog. Trennungsprinzip, Lampert in Gosch KStG, § 1, Rn. 1 ff.; Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, § 6 Rn. 1221, 1316.

<sup>22</sup>Schön, in EK und FK, § 1, S. 21, 42; Schön, Tagungsband DStJG 37 (2014), S. 217 (244 ff.); Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, § 6 Rn. 1316.

des § 8 Abs. 3 S. 1 KStG nicht den Gewinn der ausschüttenden Körperschaft.<sup>23</sup> Sie unterliegen der Körperschaft- und Gewerbesteuer aufseiten des Kapitalnehmers.<sup>24</sup> Eine Nachbelastung soll stets auf Ebene der einkommensteuerpflichtigen Anteilseigner im Rahmen der Abgeltungssteuer nach § 32d EStG oder des Teileinkünfteverfahrens gemäß § 3 Nr. 40 S. 1, § 3c Abs. 2 EStG erfolgen.<sup>25</sup> Handelt es sich dagegen um körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner, so sollen Doppel- und Mehrfachbelastungen mit Körperschaftsteuer vermieden werden.<sup>26</sup> Die an sie gezahlten laufenden Vergütungen sind demgemäß nach § 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG faktisch in Höhe von 95% steuerfrei, sofern es sich nicht um sog. Streubesitzdividenden im Sinne des § 8b Abs. 4 KStG handelt.

Erfolgt die Finanzierung demgegenüber durch steuerlich als Fremdkapital zu qualifizierende Instrumente, so mindert die für die Kapitalbereitstellung zu zahlende Gegenleistung – zumeist in Form von Zinsaufwand – den körperschaftsteuerlichen Gewinn der Kapitalnehmerin als Betriebsausgabe im Sinne des § 8 Abs. 1 KStG in Verbindung mit § 4 Abs. 4 EStG.<sup>27</sup> Handelt es sich bei dem Kapitalgeber um eine Körperschaft, so stellen sowohl laufende Vergütungen für die bereitgestellten Valuta als auch realisierte Veräußerungsgewinne grundsätzlich körperschaftsteuerbare und -pflichtige Betriebseinnahmen dar.<sup>28</sup>

#### IV. Die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital

Aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung Fremd- und Eigenkapitalentgelte unterschiedlich zu behandeln, erfordert das Steuerrecht *de lege lata* eine Grenzziehung zwischen Eigen- und Fremdkapital.<sup>29</sup> Dies gilt insbesondere für hybride Finanzierungsinstrumente, da sie privat-autonom mit atypischen Vermögens- und teils auch Verwaltungsrechten ausgestattet werden können, was eine Abgrenzung erschwert.<sup>30</sup>

Für die Einordnung von hybridem Kapital hat sich im deutschen Ertragsteuerrecht eine von der handelsbilanziellen Ausweisentscheidung unabhängige Einordnung durchgesetzt, welche eine Abgrenzung anhand allgemeiner Kriterien vornimmt.<sup>31</sup> Die Abgrenzung ist darüber hinaus jedoch nicht nur national im Rahmen unterschiedlicher Regelungsmaterien präsent. Schließlich – und dies steht im Zentrum dieser Ausarbeitung – erlangen Unterschiede bei der Abgrenzung von Fremd- und Eigenkapital auch und gerade in grenzüberschreitenden, steuerrechtlichen Sachverhalten Bedeutung.<sup>32</sup>

### C. (A-)Symmetrien – Grundlagen im Kontext von Besteuerungsinkongruenzen

Aufbauend werden nun zunächst die allgemeinen Grundlagen der steuerlichen Inkongruenz erläutert. Anschließend wird der Konnex zu den oben untersuchten Finanzierungsstrukturen hergestellt.

#### I. Inkongruenzen im Steuerrecht

Zunächst ist zu untersuchen, unter welchen allgemeinen Voraussetzungen von einer Besteuerungsinkongruenz gesprochen werden kann. Nach dem hier vertretenen Ansatz entsteht eine Besteuerungsinkongruenz bei gemeinsamer

Betrachtung einer konkreten oder fingierten Leistungsbeziehung und ihrer steuerlichen Rechtsfolgen.<sup>33</sup> Dieser Betrachtung liegt die Annahme zugrunde, dass steuerliche Rechtsfolgen einer Leistungsbeziehung sein können: die erhöhende Einbeziehung in die steuerliche Bemessungsgrundlage (sog. *Inclusion*), die Nicht-Einbeziehung eines Sachverhalts in die steuerliche Bemessungsgrundlage, welcher andernfalls steuererhöhend wäre (sog. *Non Inclusion*), der mindernde Abzug von der steuerlichen Bemessungsgrundlage (sog. *Deduction*) oder die Nicht-Berücksichtigung einer Tatsache in der steuerlichen Bemessungsgrundlage, die andernfalls steuermindernd wirken würde (sog. *Non Deduction*).

Hinzu tritt, dass im Kontext von Besteuerungsinkongruenzen nicht auf rein nationaler Ebene gedacht werden kann.<sup>34</sup> Ausgangspunkt ist vielmehr die kombinierte Betrachtung der steuerlichen Folgen eines Lebenssachverhalts in zwei oder mehreren Jurisdiktionen.<sup>35</sup> Eine Besteuerungsinkongruenz liegt demnach vor, wenn die steuerlichen Rechtsfolgen einer einheitlichen Leistungsbeziehung grenzüberschreitend den angestrebten Idealzustand einer leistungsgerechten und kongruenten<sup>36</sup> Einmalbesteuerung verfehlen.<sup>37</sup> Eine Einmalbesteuerung in diesem Sinne meint, dass eine Leistungsbeziehung dazu führt, dass sie in ihrer steuerrechtlichen Behandlung einmalig steuererhöhend in die Bemessungsgrundlage einbezogen (*Inclusion*) und einmalig steuermindernd von der Bemessungsgrundlage abgezogen wird (*Deduction*).

In Abgrenzung dazu spricht man von einer Inkongruenz, wenn der Idealzustand durch eine Doppel-, Minder- oder

<sup>23</sup>Vgl. hier und Folgenden Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, § 6 Rn. 1254 ff., 1318, 1335; Beuchert/Redeker, in EK und FK, § 6, S. 322; BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, S. 11.

<sup>24</sup>BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, S. 11.

<sup>25</sup>MwN Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, § 6 Rn. 1318 ff.

<sup>26</sup>Hey in Tipke/Lang Steuerrecht, § 11 Rn. 6 f., 11 ff.

<sup>27</sup>Ggf. unter Berücksichtigung von § 4h EStG, § 8a KStG, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG.

<sup>28</sup>MwN Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 324 f.

<sup>29</sup>Vgl. auch zu Reformüberlegungen bzgl. der Abkehr einer rechtlichen/wirtschaftlichen Trennung Schön in EK und FK, § 1, S. 1, 86 ff., S. 45 ff.

<sup>30</sup>Schön in EK und FK, § 1, S. 4, 47 ff.; Beuchert/Redeker in EK und FK, § 6, S. 345 ff.

<sup>31</sup>Vgl. BMF-Schreiben v. 11.4.2023, BStBl. I 2023, S. 672, Rn 7 ff., 15; zur Bedeutung für hybrides Kapital Kahle/Kopp, FR 2023, 913 (926).

<sup>32</sup>Vgl. Nutzung intern. Steuerarbitrage Spengel in Jacobs, Int. Unternehmensbesteuerung, S. 905, 910 ff.; Schön in EK und FK, § 1, S. 4; vgl. C.I., II.

<sup>33</sup>Vgl. Anknüpf. an Lebensvorgang Rüsch, Korrespondierende Besteuerung, S. 19 f.

<sup>34</sup>In einem Steuerhoheitsgebiet Kongruenz grds. gewahrt, vgl. Kubicki in: Mössner/Lampert int. tätige Unternehmen, Kap. 12, Rn.13.

<sup>35</sup>Vgl. Rüsch, Korrespondierende Besteuerung, S. 19 f., Kockrow, Ubg 2024, 179 (180); Linn/Maywald, IStR 2024, 453 (454).

<sup>36</sup>Auch *fiskalische Symmetrie* nach Ernst/Bachmann, StuW 2010, 262 (262); Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, § 8 KStG, Rn. 129.

<sup>37</sup>Hier und im Folgenden Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 144 ff.



eine Nichtbesteuerung verfehlt wird.<sup>38</sup> Die Begrifflichkeiten sind dabei nicht formell als *termini technici* ausgestaltet.<sup>39</sup> Für die folgende Untersuchung werden daher die Auswirkungen einer Leistungsbeziehung auf die steuerliche Bemessungsgrundlage herangezogen. Nach dem hier vertretenen Ansatz resultiert eine Doppelbesteuerung demgemäß aus der steuererhöhenden Einbeziehung eines Sachverhaltes in zwei Rechtsordnungen (sog. *Dual Inclusion*), dem Ausbleiben eines steuermindernden Abzuges in wiederum zwei Rechtsordnungen (sog. *Non Deduction/Non Deduction*) oder aus der steuererhöhenden Einbeziehung eines Sachverhaltes in einer Jurisdiktion bei Ausbleiben eines gegenüberstehenden, steuermindernden Abzuges in einer anderen Jurisdiktion (*Non Deduction/Inclusion*).<sup>40</sup> Von einer Nichtbesteuerung kann demgegenüber gesprochen werden, wenn ein Sachverhalt in zwei Rechtsordnungen steuermindernd abgezogen (sog. *Double Deduction*) bzw. nicht steuererhöhend einbezogen wird (sog. *Non Inclusion/Non Inclusion*) oder wenn einem steuermindernden Abzug in einer Jurisdiktion keine steuererhöhende Einbeziehung in einer anderen Jurisdiktion gegenübersteht (sog. *Deduction/Non Inclusion*).

## II. Besteuerungsinkongruenzen durch Finanzierung

Besteuerungsinkongruenzen im vorgenannten Sinne können insbesondere auch aus Finanzierungssachverhalten resultieren. Hierbei verwirklicht sich regelmäßig ein für die steuerlichen Rechtsfolgen ursächlicher Zurechnungs- oder Qualifikationskonflikt, welcher auf einem hybriden Element fußt.<sup>41</sup> Der Begriff der *Hybridität* war bereits Gegenstand umfassender Analysen im Schrifttum.<sup>42</sup> Ihnen ist im Ergebnis gemein, dass aus der rechtlichen Ausgestaltung eines Finanzinstrumentes eine unterschiedliche Qualifikation als steuerliches Eigen- oder Fremdkapital in mehreren Jurisdiktionen resultiert, was sich auf die steuerliche Behandlung der im Rahmen des Instrumentes getätigten Zahlungen auswirkt.<sup>43</sup> Daneben sind, was jedoch nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung ist, auch Inkongruenzen durch Konflikte bei der steuerlichen Zurechnung eines Wirtschaftsgutes oder einer Leistungsbeziehung, wegen Abweichungen durch hybride Übertragungen, der steuerlichen Transparenz oder Intransparenz einer Gesellschaft oder etwa wegen Konflikten bezüglich hybrider Betriebsstätten denkbar.<sup>44</sup>

## D. Korrespondenzregelungen im nationalen Steuerrecht

Im Weiteren ist zu erörtern, wie der Gesetzgeber derartigen Inkongruenzen entgegenwirken kann. Es folgen gesetzessystematische Überlegungen zur Wahrung der kongruenten Einmalbesteuerung sowie deren Verortung im steuerrechtlichen und -politischen Diskurs.

### I. Regelungsmechanik

Rechtsnormen, die eine Interdependenz unterschiedlicher Rechtsordnungen zur Herstellung eines kongruenten Besteuerungszustandes zum Gegenstand haben, können in Form von Qualifikationsverkettungen sowie in Form sogenannter *Linking Rules* implementiert werden.<sup>45</sup>

1. *Qualifikationsverkettung* Ein möglicher regelungssystematischer Ansatz besteht in Form sogenannter Qualifikationsverkettungen. Hierbei wird die steuerliche Behandlung eines Sachverhalts in einer Rechtsordnung direkt von der Qualifikation in einem anderen Staat abhängig gemacht und diese übernommen.<sup>46</sup> Eine derartige Qualifikationsverkettung findet sich exemplarisch in Art. 6 Abs. 2 OECD-MA<sup>47</sup>, wonach sich der Begriff des „unbeweglichen Vermögens“ nach dem Verständnis im Belegenheitsstaat richtet. Entsprechendes wurde auch für die rechtliche Einordnung hybrider Finanzinstrumente in Art. 10 Abs. 2 ATAD I<sup>48</sup> erwogen, letztlich jedoch nicht umgesetzt. Qualifikationsverkettungen stellen eine grenzüberschreitende, einheitliche Behandlung her und gewährleisten damit eine kongruente Einmalbesteuerung unabhängig davon, ob die Inkongruenz originär zu einer Doppel- oder Minderbesteuerung führt. Eine grenzüberschreitende Koordination der Regelungen untereinander kann durch eine Orientierung an der Qualifikation des jeweiligen Herkunfts- bzw. Gründungsstaates erreicht werden.<sup>49</sup> Verkettungen dieser Art führen für den übernehmenden Staat jedoch zur Souveränitätseinbußen, welche sie auf rechtlicher Ebene besonders rechtfertigungsbedürftig und auf politischer Ebene schwer durchsetzbar machen.<sup>50</sup>

2. *Linking Rules* *Linking Rules* oder auch *Anti Hybrid Mismatch Rules* stellen gemeinhin einen Regelungstypus dar, welcher die steuerlichen Rechtsfolgen eines Sachverhalts an einen Besteuerungsvorbehalt knüpft: Die steuerliche Behandlung hängt davon ab, wie der zugrunde liegende Sachverhalt anderweitig, etwa in einer anderen Jurisdiktion, behandelt wird.<sup>51</sup> Die Normen lassen dabei die Qualifikation unverändert und betrachten den Lebenssachverhalt ausschließlich rechtsfolgenseitig.<sup>52</sup> Untersucht man

<sup>38</sup>Grotherr, BB 2017, 1367 (1368).

<sup>39</sup>Beck, Qualifikationskonflikte, S. 11 ff.; Spengel in Jacobs Int. Unternehmensbesteuerung, S. 3 f.

<sup>40</sup>Hier und im Folgenden Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 145 f.

<sup>41</sup>Grotherr, BB 2017, 1367 (1368).

<sup>42</sup>Kockrow, Anti-Hybrid Mismatch-Rules S. 33 f.; Bannes/Cloer, BB 2016, 1503; Kahlenberg, IStR 2019, 636.

<sup>43</sup>Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 146; Linn/Maywald, IStR 2024, 453 (454); Rengers in Brandis/Heuermann KStG, § 8b, Rn. 130.

<sup>44</sup>Grotherr, BB 2017, 1367 (1368).

<sup>45</sup>Auch „*Linking Rules im engeren Sinne*“ Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 145, 147 f.; Fehling/ Linn/ Martini, IStR 2022, 781 (781); Simonek, IStR 2022, 570 (570).

<sup>46</sup>Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 147 f.

<sup>47</sup>OECD-Musterabkommen zur Beseitigung der Doppelbesteuerung sowie der Steuerverkürzung und -umgehung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, Stand: Juli 2017.

<sup>48</sup>Anti Tax Avoidance Directive, Vorschlag für eine Richtlinie (EU) mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, Europäische Kommission, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS).

<sup>49</sup>Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 149 f.; Haase, IStR 2023, 261 (263 f.).

<sup>50</sup>Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 149 f.; mwN Kockrow, Ubg 2024, 179 (183); Staats, IStR 2014, 749 (750 ff.).

<sup>51</sup>Zur Erarbeitung eines allg. Korrespondenzbegriffes Rüsch, Korrespondierende Besteuerung, S. 9 ff., 26.

<sup>52</sup>Simonek, IStR 2022, 570 (571).

*Linking Rules* auf ihre Stellung im Normgefüge, so bilden die Regelungen reine Abwehrmaßnahmen, die entweder ein primäres Abzugsverbot oder ein sekundäres Einbeziehungsgebot begründen.<sup>53</sup> Die rechtsfolgeorientierte Betrachtung und verschiedenen Möglichkeiten der Implementierung als Primär- oder Sekundärregelung machen eine überstaatliche Koordination der *Linking Rules* notwendig, um ein konsistentes System zu erzeugen.<sup>54</sup> Sie sind aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeiten durch Einbeziehung mehrerer Rechtsordnungen wesentliche Komplexitätstreiber.<sup>55</sup> Als reine Abwehrmaßnahmen wirken die Regelungen überdies ausschließlich zulasten des Steuerpflichtigen.<sup>56</sup>

## II. Linking Rules im nationalen Steuerrecht

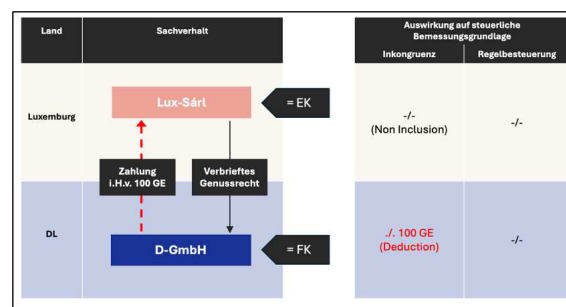
Im deutschen Steuerrecht wurden zuvorderst *Linking Rules* implementiert. Entsprechende Normen sind zunächst punktuell entstanden.<sup>57</sup> Infolge der Bemühungen der OECD im Rahmen des BEPS-Aktionsplanes<sup>58</sup> wurde auf europäischer Ebene die sog. Anti-Tax Avoidance Directive<sup>59</sup> verabschiedet, deren Umsetzung durch das ATAD-Umsetzungsgesetz erfolgte.<sup>60</sup> Hierdurch rückten Besteuerungsinkongruenzen erstmals auf multilateraler Ebene in den Fokus.<sup>61</sup> Auf nationaler Ebene führte dies insbesondere zur Normierung des § 4k EStG. Gemeinsam mit den bereits bestehenden, spiegelbildlichen, Regelungen in § 8b KStG implementierte der Gesetzgeber somit einen Regelungskomplex, welcher ua Qualifikationskonflikte im Zusammenhang mit Zahlungen aus der Gewährung hybrider Finanzinstrumente adressiert.

## III. Inkongruenzen bei laufenden Beteiligungserträgen

Insbesondere die aus der ATAD folgende Norm in § 4k EStG verfolgt eine dezidierte Einzelfallkasuistik. Die hiermit verfolgten Fallgruppen können im Folgenden aufgrund ihres Umfangs nicht einzeln erörtert werden. Zum besseren Verständnis der Systematik soll indes eine Fallgruppe exemplarisch erörtert werden, welche Besteuerungsinkongruenzen im Zusammenhang mit laufenden Beteiligungserträgen zum Gegenstand hat. In der Untersuchung wird zunächst ein einschlägiger Sachverhalt dargestellt, bevor in einem weiteren Schritt die originär vorgesehene, ideale Besteuerungsfolge sowie die bestehende Besteuerungsinkongruenz erörtert und abschließend die Einschränkung durch die zu untersuchende *Linking Rule* untersucht wird.

### 1. Sachverhalt

Die in Luxemburg ansässige Gesellschaft (Lux-Co) hält 100% der Anteile an einer deutschen Gesellschaft (D-GmbH). Die Luxemburger Gesellschaft gewährt der deutschen Gesellschaft verbrieftes Genussrechte nach luxemburgischem Recht und erhält hierfür Zahlungen in Höhe von 100 Geldeinheiten (GE). Das Genussrecht ist nach Maßstäben des deutschen Steuerrechts als Fremdkapital zu qualifizieren.<sup>62</sup>



## 2. Regelbesteuerung und Inkongruenz

Der Sachverhalt ist zunächst hinsichtlich der originär vorgesehenen Besteuerungsfolge, hier Regelbesteuerung genannt, und der abweichend davon auftretenden Besteuerungsinkongruenz zu untersuchen. Die Lux-Co gewährt der D-GmbH Genussrechtskapital. Hierbei handelt es sich um ein hybrides Finanzinstrument, welches gesetzlich nicht definiert ist und so je nach privatautonomer Ausgestaltung beteiligungsähnliches oder obligationsähnliches Genussrechtskapital darstellen kann.<sup>63</sup> Die Zuordnung einer Kapitalzuführung zum steuerbilanzrechtlichen Eigen- oder Fremdkapital ist nach steuerrechtlichen Grundsätzen und anhand allgemeiner Kriterien vorzunehmen.<sup>64</sup> Entsprechend dem ertragsteuerrechtlichen Kriterienkatalog stellt sich die Kapitalzuführung im zu betrachtenden Sachverhalt als Gewährung von steuerbilanziell Fremdkapital dar. Hiermit im Zusammenhang stehende Zahlungen mindern grundsätzlich als Betriebsausgaben die steuerliche Bemessungsgrundlage des Schuldners (*Deduction*) nach § 8 Abs. 1 KStG iVm § 4 Abs. 4 EStG. Bei Betrachtung der konkreten Leistungsbeziehung würden die zu zahlenden Vergütungen grundsätzlich korrespondierend den Gewinn aufseiten des Empfängers erhöhen (*Inclusion*), um so den Idealzustand der Regelbesteuerung zu erreichen. Da die Gewährung des Genussrechtskapitals indes durch die Lux-Co erfolgt, sind die empfangenen

<sup>53</sup>Ausführlich Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 151.

<sup>54</sup>Fehling/Linn/Martini, IStR 2022, 781 (788), OECD, Neutralisierung Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, 2017, S. 12.

<sup>55</sup>Kempelmann, IStR 2019, 662 (665); Schnitger/Haselmann, ISR 2022, 13.

<sup>56</sup>Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 149.

<sup>57</sup>Fehling/Linn/Martini, IStR 2022, 781 (783); ausführlich Rüsch, Korrespondierende Besteuerung, S. 29 ff.; Staats, IStR 2014, 749 (750 f.).

<sup>58</sup>OECD, Neutralisierung Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, 2017.

<sup>59</sup>Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates v. 12.7.2016.

<sup>60</sup>ATADUmsG, BGBl 2021 I, Nr. 37, S. 2035.

<sup>61</sup>Fehling/Linn/Martini, IStR 2022, 781 (783).

<sup>62</sup>Abb. 1. Die vorliegende Untersuchung zieht den ausländischen Rechtskreis exemplarisch heran und abstrahiert dabei bewusst vom konkreten luxemburgischen Steuerrecht. Insbesondere bleiben etwaige unionsrechtlich bedingte Wechselwirkungen durch nationale Umsetzungsakte der Anti-Tax-Avoidance-Richtlinien im luxemburgischen Kontext unberücksichtigt. Ziel ist es, die Analyse auf die systematische Funktionsweise und die Anwendung deutscher Korrespondenzregeln zu fokussieren.

<sup>63</sup>Hierzu bereits B.IV., BMF-Schreiben v. 11.04.2023, BStBl. I 2023 S. 672, Rn 1 ff.; Mihm, BB 2023, 427 (427 f.).

<sup>64</sup>Vgl. dazu B.IV.

Zahlungen nach den Grundsätzen des Ansässigkeitsstaates, mithin dem luxemburgischen Steuerrecht, zu qualifizieren. Demgemäß sind Körperschaften mit Sitz in Luxemburg nach Art. 159 Abs. 1 LIR körperschaftsteuerpflichtig. Vergütungen für die Gewährung von Fremdkapital erhöhen hier ebenfalls gemäß Art. 97 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 sowie Art. 163 Abs. 1 LIR die steuerliche Bemessungsgrundlage, während Vergütungen aus einer Eigenkapitalfinanzierung nach Art. 166 LIR zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Mehrfachbelastung<sup>65</sup> ebenfalls steuerbefreit sind. Nach Maßgabe des Art. 164 Abs. 1 LIR werden Vergütungen aus verbrieften Finanzinstrumenten den Gewinnausschüttungen gleichgestellt, sodass sie in diesem Fall als beteiligungsähnliches Instrument zu qualifizieren sind.<sup>66</sup> Im zu untersuchenden Sachverhalt führt die Ausgestaltung als verbrieftes Genussrecht dazu, dass empfangene Vergütungen hieraus, wie bereits erläutert, steuerbefreit sind und nicht in die steuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Bei Zusammenbetrachtung der Rechtsfolgen dieser konkreten Leistungsbeziehung resultiert somit eine *Deduction/Non-Inclusion* Besteuerungssinkongruenz.

### 3. Korrespondenzregelung und Systematik

Das deutsche internationale Steuerrecht könnte der Inkongruenz nunmehr mit einem Betriebsausgaben-Abzugsverbot aus § 8 Abs. 1 KStG iVm § 4k Abs. 1 S. 1 Alt. 1 EStG begegnen. Da die Lux-Co 100 an der D-GmbH hält, handelt es sich um eine nahestehende Person im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a AStG, sodass der persönliche Anwendungsbereich gemäß § 4k Abs. 6 EStG eröffnet ist.<sup>67</sup> Das Abzugsverbot nach § 4k Abs. 1 S. 1 Alt. 1 EStG ist einschlägig, wenn Aufwendungen für die Nutzung eines hybriden Finanzinstrumentes geltend gemacht werden, wobei die ihnen entsprechenden Erträge aufgrund einer abweichenden steuerlichen Qualifikation nicht bzw. niedriger besteuert werden als bei der nach deutschem Recht entsprechenden Qualifikation.

Vorliegend wurde Kapital durch ein hybrides Finanzinstrument und vonseiten der Lux-Co gewährt. Die D-GmbH zahlt hierfür Vergütungen auf das Genussrecht mit Fremdkapitalcharakter, weshalb ihr Betriebsausgaben in Höhe von 100 GE entstehen.<sup>68</sup> Die korrespondierenden Erträge der Lux-Co sind aufgrund der Einordnung des Finanzinstrumentes in Luxemburg als Eigenkapital steuerfrei und unterliegen einer Nicht-Besteuerung. Da die Nichtbesteuerung unmittelbar durch die unterschiedliche Einordnung des Finanzinstrumentes als Eigen- bzw. Fremdkapital im Staat des Vergütungsschuldners sowie des Vergütungsempfängers verursacht wurde, ist ein Qualifikationskonflikt auch das kausal verursachende Momentum für die *Deduction/Non-Inclusion* Besteuerungssinkongruenz geworden.<sup>69</sup> In der Folge ist nach § 8 Abs. 1 KStG iVm § 4k Abs. 1 S. 1 Alt. 1 EStG der Betriebsausgabenabzugsverbot zu versagen. Der konkrete Umfang des Abzugsverbotes richtet sich indes danach, wie der Gläubiger-Staat die Zahlung besteuert hätte, wenn sie wie in Deutschland besteuert worden wäre.<sup>70</sup> Dies müsste im vorliegenden Fall angesichts der geringeren körperschaftsteuerlichen Nominalbelastung von etwa 24,94 % in Luxemburg betrachtet werden.<sup>71</sup>

4. Zwischenfazit Der zu untersuchende Sachverhalt zeigt, dass die vom deutschen Gesetzgeber gewählte

Regelungstechnik durchaus geeignet ist, den Zustand der Einmalbesteuerung herzustellen und den Problemen der Besteuerungssinkongruenzen zu begegnen. Hierbei ist indes zu konstatieren, dass die untersuchten Sachverhalte neben der ohnehin bestehenden Komplexität aufgrund mehrerer involvierter Rechtssysteme, *de lege lata*<sup>72</sup> sowie *de lege ferenda*<sup>73</sup> von einer Vielzahl weiterer Rechtsinstitute flankiert werden, welche hier nicht einfließen konnten.

### IV. Regelungssystematische Erwägungen

Rechtsnormen, die auf eine grenzüberschreitende Inkongruenz reagieren sollen, stellen eine Abhängigkeit der deutschen Besteuerung von der steuerlichen Behandlung im Ausland her, um Brüche in der steuerlichen Beurteilung verschiedener Staaten durch Unterschiede in den Qualifikationen des nationalen Rechts zu vermeiden. Die Abhängigkeit des deutschen Steuerrechts von der steuerrechtlichen Beurteilung im Ausland ist dabei mit Blick etwa auf die Anrechnungsmethode in Art. 23B OECD-MA 2017, §§ 34c, 34d, 50 Abs. 3 EStG sowie § 26 KStG kein vollständig neuer Ansatz.<sup>74</sup> Gerade in jüngerer Zeit lässt sich jedoch eine besondere Tendenz zur Implementierung von Abhängigkeiten feststellen, welche gerade Konstellationen der Niedrig- oder Nichtbesteuerung adressieren. Zu nennen sind etwa das 2022 verabschiedete Steueroasen-Abwehrgesetz,<sup>75</sup> die EU-Richtlinie zur globalen Mindestbesteuerung,<sup>76</sup> die EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken<sup>77</sup> oder der Richtlinienentwurf zur Verhinderung einer missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen.<sup>78</sup> Die stark wachsende Regelungsdichte in diesem Bereich könnte mit einem steuerpolitischen Fokuswechsel zu erklären sein.<sup>79</sup> Das gegenwärtige Interesse hat sich weg von der das 20.

<sup>65</sup>BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, S. 14.

<sup>66</sup>Kaltenberg, IStR 2012, 837 (838).

<sup>67</sup>Kritisch hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereiches Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 150; Kockrow, Ubg 2024, 179 (185).

<sup>68</sup>Link/Küpper, GmbHR 2023, 825 (826); BMF-E zu § 4k EStG v. 13.07.2023, Rz. 20 f.

<sup>69</sup>BMF-E zu § 4k EStG v. 13.07.2023, Rz. 24, 26; Ehlermann/Link, ISR 2021, 319 (322).

<sup>70</sup>Vgl. ausführlicher Desens in Int. Unternehmensbesteuerung, S. 159; Rüsch, ISR 2024, 300 (302).

<sup>71</sup>BMF, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, S. 11.

<sup>72</sup>Blumenberg/Oertel, StJB 2017/18, S. 458 ff.; Rüsch in Herrmann/Heuer/Raupach EStG, § 4k EStG, Rz. 37 ff.

<sup>73</sup>Blumenberg/Oertel, StJB 2017/18, S. 474 ff.; Grotherr, ISR 2017, 179; Linn/Maywald, IStR 2024, 453; Kockrow, Anti-Hybrid Mismatch-Rules, 316 ff.

<sup>74</sup>Fehling/Linn/Martini, IStR 2022, 781 (782); Simonek, IStR 2022, 570 (570).

<sup>75</sup>Gesetz zur Abwehr von Steuervermeidung und unfairer Wettbewerbsverfälschung und zur Änderung weiterer Gesetze v. 25.06.2021, BGBl. I 2021, 2056.

<sup>76</sup>Richtlinie (EU) 2022/2523 des Rates v. 14.12.2022.

<sup>77</sup>Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates v. 12.7.2016 in der Folge ATADUmsG.

<sup>78</sup>Europäische Kommission, COM/2021/565 final.

<sup>79</sup>Endres/Spengel, FS Lüdicke, S. 123 ff.; Obermair/Jarass, European Taxation 2015, 509; Wassermeyer DBA, DE-VG, Präambel, Std. 2013.



Jahrhundert prägenden Idee der Vermeidung einer Doppelbesteuerung hin zur Verhinderung einer als nicht ausreichend erachteten Besteuerung orientiert.<sup>80</sup> Ob es sich dabei um eine nachhaltige Entwicklung handelt, bleibt indes abzuwarten. So wird etwa der zuletzt diskutierte Entwurf einer Richtlinie zur Bekämpfung missbräuchlicher Briefkastenfirmen („ATAD 3“) seit Mitte 2025 auf Unionsebene nicht weiterverfolgt. Vor dem Hintergrund eines weltweit zunehmenden Rückbezugs auf nationale Souveränität könnte dies ein Hinweis darauf sein, dass sich der Trend zur internationalen Steuerharmonisierung zumindest vorübergehend wieder umkehrt. In diesem Kontext werden – wie auch in anderen ökonomisch geprägten Rechtsgebieten – insbesondere die Maßnahmen der großen Volkswirtschaften und deren Auswirkungen auf die steuerpolitische Tektonik zu beobachten sein.<sup>81</sup>

Entsprechende Maßnahmen zur Herstellung eines kongruenten Besteuerungszustandes werden auf multiplen Ebenen diskutiert. Beck führt an, dass sie nicht nur auf rechtswissenschaftlicher, sondern auch auf wirtschaftswissenschaftlicher Ebene geboten seien.<sup>82</sup> Hierfür streiten neben betriebswirtschaftlichen Liquiditäts-, Rendite-, Risiko- und Aktionsparameterwirkungen der Doppel- oder Minderbesteuerung auch deren volkswirtschaftliche<sup>83</sup> Effekte, etwa der Wettbewerbsverzerrung sowie damit einhergehender Allokationsineffizienzen.<sup>84</sup> Beck erörtert darüber hinaus, dass die Beseitigung gerade auch aus einer verfassungsrechtlichen Position geboten sei und begründet dies mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem hieraus geschlussfolgerten Leistungsfähigkeitsprinzip. Unter Zugrundelegung einer globalen Gesamtleistungsfähigkeit eines Steuersubjektes leitet Beck ab, dass im Falle einer Doppel- oder Minderbesteuerung die Verletzung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Sinne des Leistungsfähigkeitsprinzips zu bejahen ist, weshalb Gegenmaßnahmen geboten seien.<sup>85</sup> Zu vergleichbaren Ergebnissen gelangen Valta unter Zugrundelegung eines unionsrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzips sowie Marquardsen bei Zugrundlegung eines gewissermaßen doppelten Vergleichs zwischen rein innerstaatlich und grenzüberschreitend tätigen Unternehmen.<sup>86</sup>

Auch wenn korrespondierende Besteuerungstatbestände als wesentlicher „Trend“<sup>87</sup> des internationalen Steuerrechts bezeichnet werden, wird ihnen gegenüber weitreichende Kritik geäußert. Diese führt unions-, verfassungs-<sup>88</sup> und abkommensrechtliche Gründe, genauso wie rechts- und wirtschaftspolitische<sup>89</sup> Erwägungen an. In unionsrechtlicher Hinsicht treten zunehmend Zweifel an der Kompetenzgrundlage solcher Regelungen auf. So äußerte Generalanwältin Kokott in den Schlussanträgen in C-524/23 Bedenken, ob insbesondere die ATAD noch hinreichend auf Art. 115 AEUV gestützt werden kann.<sup>90</sup> Sie weist darauf hin, dass Maßnahmen, die primär auf Steuervermeidung zielen, die Grundfreiheiten beschränken können, ohne zugleich eine erkennbare Marktstörung zu beheben – was dem Harmonisierungszweck zuwiderlaufe.

Sie macht geltend, dass der unionsrechtliche Harmonisierungsauftrag nach Art. 115 AEUV nur dann greift, wenn ein Rechtsakt unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts wirkt – etwa durch Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen oder die Förderung der

Grundfreiheiten. Die ATAD verfolge jedoch primär steuervermeidungspolitische Ziele und schränke gerade die unternehmerische Betätigungsfreiheit grenzüberschreitend tätiger Unternehmen ein, statt sie zu fördern. Damit sei sie nicht binnenmarktfördernd, sondern binnenmarkthemmend. Harmonisierung sei, so Kokott, kein Selbstzweck. Eine uneingeschränkte Rechtsvereinheitlichung allein unter dem Vorwand der Marktintegration würde den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) entwerten.

Kokott verweist zudem auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuervermeidung als Beschränkung von Grundfreiheiten stets einer Rechtfertigung bedürfen. Daraus folge, dass sie nicht gleichzeitig als Maßnahme zur Marktintegration qualifiziert werden könnten. Insoweit betont sie die Notwendigkeit, zwischen bloßen politischen Zielsetzungen und rechtlich fundierten Harmonisierungsnotwendigkeiten zu unterscheiden. Ob eine Kompetenzüberschreitung hier vorliegt, könne der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren indes nicht abschließend klären.

Auf breiter Basis werden nicht zuletzt die Probleme bei der innerstaatlichen Rechtsanwendung sowie besondere materiell- und formellrechtliche Fragestellungen diskutiert.<sup>91</sup>

Insbesondere die hohe Komplexität, fehlende Systematik sowie die inkohärente Einbettung zahlreicher Anti-Missbrauchsvorschriften in das bestehende steuerliche Regelwerk und deren Folgewirkungen für Steuerpflichtige sind zentrale Kritikpunkte der Expertenkommission „Vereinfachte Unternehmensteuer“.<sup>92</sup> Die Kommission bemängelt, dass die Vielzahl an spezialgesetzlichen Einzelregelungen zur Missbrauchsvermeidung ein überaus fragmentiertes Bild ergibt, das sowohl für die steuerliche Praxis als auch für die Rechtsanwendung erhebliche Unsicherheiten schafft. Vor diesem Hintergrund plädiert sie für eine systematische Bündelung und strukturelle Vereinfachung dieser Normen, etwa in Form eines eigenständigen, kohärenten Anti-Missbrauchsrechts. Dies solle

<sup>80</sup>Rüsch, Korrespondierende Besteuerung, S. 2 f.; Schaumburg, FS Frotcher, 503 ff.; Endres/Spengel, FS Lüdicke, S. 123 ff.; Schnitger, FR 2025, 208 (211).

<sup>81</sup>Vgl. Schnitger, FR 2025, 208 (211 f.); zur sich verändernden steuerpolitischen Umgebung Ismer, IStR 2025, 569; Maywald, IStR 2025, 529.

<sup>82</sup>Beck, Qualifikationskonflikte, S. 16 ff., 22 ff.

<sup>83</sup>Auch fiskalpolitische Erwägungen lt. Blumenberg/Oertel, StbJB 2017/18, S. 455.

<sup>84</sup>Beck, Qualifikationskonflikte, S. 22 ff.; ebenso Spengel in Jacobs Int. Unternehmensbesteuerung, S. 5.

<sup>85</sup>Vgl. mit weiteren Ausführungen Beck, Qualifikationskonflikte, S. 17 ff., 31 f.

<sup>86</sup>Valta, ISR 2020, 189 (191-196 mwN, 199); Marquardsen, StuW 2019, 374 (377 f.); Mädel/Stockburger/Stöbel, FR 2021, 1110 (1116).

<sup>87</sup>„Megatrend“ Blumenberg/Oertel, StbJB 2017/18, S. 454.

<sup>88</sup>Kockrow, Anti-Hybrid Mismatch-Rules, 277 ff., 284 ff.

<sup>89</sup>Fehling/Linn/Martini, IStR 2022, 781 (788).

<sup>90</sup>Schlussanträge vom 22.05.2025, C-524/23, ECLI:EU:C:2025:381.

<sup>91</sup>Simonek, IStR 2022, 570 (571); Blumenberg/Oertel, StbJB 2017/18, S. 454, 477.

<sup>92</sup>BMF, Abschlussbericht Expertenkommission „Vereinfachte Unternehmensteuer“, 2024, S. 26, 84 f.

nicht zu Lasten der materiellen Effektivität der Missbrauchsbekämpfung gehen, sondern die Normadressaten – insbesondere international tätige Unternehmen – durch verbesserte Transparenz und Vorhersehbarkeit entlasten.

## E. Schlussbetrachtung

Um den Kapitalbedarf einer Unternehmung zu decken, stehen den Betroffenen neben den klassischen Möglichkeiten der Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung auch sog. *Mezzanine Instrumente* zur Verfügung. Diese vereinen Elemente des idealtypischen Eigen- und Fremdkapitals. Da das deutsche Steuerrecht unterschiedliche Rechtsfolgen an Eigen- und Fremdkapitalfinanzierungen knüpft, müssen auch *Mezzanine Instrumente* in jeweils eine Kategorie eingeordnet werden.

Im internationalen Kontext ergibt sich hieraus die Problematik, dass divergierende Rechtsauffassungen über die Einordnung als steuerrechtliches Fremd- oder Eigenkapital zu dem legislativ unerwünschten Ergebnis einer Nicht-, Niedrig- oder Doppelbesteuerung führen können.

Dieser Problematik kann wirksam in Form sog. *Linking Rules* begegnet werden, welche die steuerliche Behandlung im Inland davon abhängig machen, wie der zugrunde liegende Sachverhalt in einer anderen Jurisdiktion behandelt wird. Es darf dabei nicht verkannt werden, dass das Regelungssystem die Komplexität des internationalen Steuerrechts wesentlich vorantreibt und stets von einem verfahrensrechtlichen Risiko flankiert wird. So macht die Implementierung von *Linking Rules* eine internationale Koordinierung erforderlich, damit das Regelungssystem entsprechend wirken kann. Unterbleibt dies, können die Regelungen zulasten des Steuerpflichtigen wirken, was vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips problematisch erscheint.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden internationalen Bemühungen zur Verhinderung von Steuervermeidungspraktiken erscheint eine unionale bzw. multilaterale Koordinierung grundsätzlich als sachgerecht und ökonomisch geboten. Sie kann zur Vermeidung schädlicher Steuerwettbewerbsdynamiken sowie zur Sicherung gleichmäßiger Wettbewerbsbedingungen beitragen. Gleichwohl muss betont werden, dass ernstzunehmende Zweifel daran bestehen, ob Maßnahmen wie die ATAD, die vorrangig steuervermeidungspolitische Zielsetzungen verfolgen, noch hinreichend auf Art. 115 AEUV gestützt werden können. Diese Entwicklungen werfen in einer Gesamtbetrachtung somit bedeutsame verfassungsrechtliche und steuerpolitische Folgefragen auf, die einen anhaltenden Diskurs notwendig machen.

# Urheberrechtliche Implikationen von Upcycling

## Innovation und geistiges Eigentum im Lichte umweltrechtlicher Erwägungen

Keller, Selma Lindgard\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Upcycling gewinnt im Zuge wachsender Nachhaltigkeitsdebatten und der Kreislaufwirtschaft zunehmend an Bedeutung. Immer häufiger werden ausgediente Gegenstände durch kreative Umgestaltung zu neuen Produkten aufgewertet – von Möbeln aus alten Paletten bis hin zu Schmuck aus zerbrochenem Geschirr. Doch diese innovative Wiederverwendung wirft komplexe urheberrechtliche Fragen auf, insbesondere wenn geschützte Werke oder Werkteile betroffen sind. Die Arbeit untersucht, inwieweit Upcycling-Projekte nach aktueller Rechtslage urheberrechtlich zulässig sind und welche Herausforderungen sich dabei insbesondere im Hinblick auf Verwertungsrechte, Urheberpersönlichkeitsrechte und bestehende Ausnahmeregelungen wie Zitat und Pastiche ergeben. Darüber hinaus wird geprüft, ob das geltende Recht bereits befriedigende Lösungen bietet oder ob eine Anpassung des Urheberrechts im Sinne nachhaltiger Entwicklung erforderlich ist.

**Keywords** Upcycling; Urheberrecht; Verwertungsrechte; Erschöpfungsgrundsatz; Pastiche-Schranke; Nachhaltigkeit

### A. Einleitung

In den letzten Jahren hat sich die Gesellschaft zunehmend für Ressourcenschonung und Nachhaltigkeit sensibilisiert. In diesem Kontext gewinnt das Konzept des Upcyclings an Bedeutung.<sup>1</sup> Upcycling bezeichnet den Prozess, bei dem Materialien oder Produkte einer neuen Verwendung zugeführt werden, wobei das ursprüngliche Produkt im Gegensatz zum Recycling zu großen Teilen erhalten bleibt. Neben den Nachhaltigkeitsaspekten spielt dabei auch die kreative künstlerische Perspektive eine tragende Rolle, wie die in New York ansässige Designerin Nicole McLaughlin beschreibt: „Es hat mir gezeigt, dass nichts permanent ist. Jeder einzelne Gegenstand hat das Potenzial, etwas ganz anderes zu sein, man muss nur genau hinschauen. Ein bisschen wie beim Puzzeln.“<sup>2</sup> Dieser Ansatz reduziert einerseits Abfall und fördert damit einen ressourcenschonenden Konsum, stellt andererseits jedoch durch die Wiederverwendung teilweise urheberrechtlich geschützter Güter auch eine Herausforderung für das Urheberrecht dar.<sup>3</sup> Grundlegend ist hier der Interessenskonflikt zwischen den Urhebern,<sup>4</sup> denen das Urheberrecht ein Ausschließlichkeitsrecht an ihren Werken gewährt, und den Upcyclern, die kreative und innovative Ideen umsetzen möchten, ohne dabei in die Rechte der Urheber einzugreifen. Um die momentan bestehenden Herausforderungen im Urheberrecht bezüglich des Upcyclings zu untersuchen und mögliche Implikationen für das Urheberrecht abzuleiten, sollen in diesem Beitrag der Interessenskonflikt und die bereits bestehende Forschungslage zusammengefasst und analysiert werden. Es wird untersucht, wie das Urheberrecht in Fällen angewendet wird, in denen geschützte Werke für neue kreative Zwecke wiederverwendet oder umgestaltet werden und was sich daraus für die Anwendung des Urheberrechts in Bezug auf Upcycling ergibt. Zunächst werden relevante Begriffe definiert und die verschiedenen Möglichkeiten des Upcyclings beschrieben. Anschließend werden die für

das Upcycling relevanten urheberrechtlichen Regelungen herausgearbeitet, bevor dann mögliche Ansätze zur Anpassung des Urheberrechts diskutiert werden.

### B. Terminologie – Upcycling

Upcycling ist ein gestalterischer und auf Nachhaltigkeit fokussierter Ansatz, bei dem bestehende Produkte in einem kreativen Prozess aufgewertet werden.<sup>5</sup> Der Begriff wurde durch William McDonough und Michael Braungart

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag ist die gekürzte Version der Abschlussarbeit zum Schwerpunktbereich „Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz“, entstanden bei Dr. Viktoria Kraetzig im Wintersemester 2024/25.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Keller, Urheberrechtliche Implikationen von Upcycling, FraLR 2025 (03), S. 119-129. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.frallr.25.3.03>

<sup>1</sup>Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Artikel/Innovation/IGP/Projektbeispiele/moot-upcycling.html> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025). Vattenfall-Magazin & Wissen, <https://www.vattenfall.de/infowelt-energie/fossillfrei-leben/upcycling-kleidung> (zuletzt abgerufen am 29.08.2025); Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/umwelt-haushalt-nachhaltigkeit/was-ist-upcycling-und-wann-ist-es-sinnvoll-68377> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>2</sup>Nieberding, SZ-Magazin, <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/mode/upcycling-mode-89954> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>3</sup>Bender, Deutschland startet, <https://www.deutschland-startet.de/upcycling-start-ups/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>4</sup>In dieser Arbeit wird aus Gründen der Lesbarkeit durchgängig das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen erfassen jedoch stets Angehörige aller Geschlechter.

<sup>5</sup>Sustainability Dictionary, <https://sustainabilitydictionary.co.uk/2005/12/04/upcycle/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Braungart/McDonough, The Upcycle: Beyond Sustainability – Designing for Abundance, S. 4 ff.



geprägt und beschreibt die Umwandlung von Materialien in Produkte gleicher oder höherer Qualität.<sup>6</sup> Dies kann unter anderem den Lebenszyklus eines Produkts verlängern, den Wert steigern oder neue Verwendungszwecke ermöglichen.<sup>7</sup> Davon abzugrenzen ist das Recycling, ein industrieller Prozess, bei dem Abfälle in ihre Rohstoffe zerlegt werden, um neue Produkte herzustellen.<sup>8</sup> Dabei kann die Qualität des Materials abnehmen, was als Downcycling bezeichnet wird.<sup>9</sup> Reparaturen und Restaurationen verfolgen wiederum das Ziel, einen Gegenstand in seinen ursprünglichen Zustand zurückzusetzen.<sup>10</sup> Die Anwendungsbereiche des Upcyclings reichen von Möbeln über Textilien bis hin zu Dekorationen und Alltagsgegenständen.<sup>11</sup> So können beispielsweise alte Holzpaletten zu Gartenmöbeln oder Regalen umgewandelt werden, während ausgediente Kabeltrommeln als Couchtische dienen können.<sup>12</sup> Fensterläden lassen sich in Wandpaneele oder Regale verwandeln, und Glasflaschen eignen sich zum Beispiel für die Herstellung von Lampen oder Vasen.<sup>13</sup> Solche Projekte fördern zum einen die Kreislaufwirtschaft und zum anderen regen sie zur kreativen Nutzung von Ressourcen an.

Die Kreislaufwirtschaft ist ein nachhaltiges Wirtschaftsmodell, das sich vom traditionellen linearen Modell unterscheidet, welches nach dem Prinzip „nehmen – herstellen – konsumieren – entsorgen“ funktioniert. Ziel der Kreislaufwirtschaft ist es, den Wert von Produkten, Materialien und Komponenten möglichst lange zu erhalten, indem Ressourcen effizient genutzt und Stoffkreisläufe geschlossen werden. Abfälle sollen vermieden oder wiederverwendet werden, um den Bedarf an neuen Rohstoffen zu reduzieren.<sup>14</sup> Upcycling kann hierbei einen wichtigen Beitrag leisten: Durch den geringeren Rohstoffverbrauch wird der ökologische Fußabdruck reduziert, was zur Ressourcenschonung und zum Klimaschutz beiträgt.<sup>15</sup>

## C. Urheberrechtliche Herausforderungen beim Upcycling

### I. Schutz des Ursprungswerks

Upcycling betrifft oft Gegenstände, die als Werke der angewandten Kunst nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG, also als Gestaltung von Alltagsgegenständen, urheberrechtlich geschützt sind.<sup>16</sup> Darunter fallen Gegenstände, die sich unter den Werkbegriff des § 2 UrhG subsumieren lassen.<sup>17</sup> Nach § 2 Abs. 2 UrhG setzt der Werkbegriff voraus, dass eine persönliche geistige Schöpfung vorliegt.<sup>18</sup> Dabei ist relevant, dass die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt wird, eine freie schöpferische Entscheidung vorliegt, und das Werk in seiner Gestaltung nicht von rein technischen Vorgaben bestimmt wird.<sup>19</sup> Beispiele hierfür können Modeschöpfungen,<sup>20</sup> Autos<sup>21</sup> oder auch Möbelstücke<sup>22</sup> sein, welche häufig beim Upcycling genutzt werden. Möglich ist auch, dass ein urheberrechtlicher Schutz von Bildern,<sup>23</sup> Grafiken oder Logos, die auf Gegenständen angebracht sind, betroffen ist. Im deutschen Urheberrecht ist neben der künstlerischen Eigenleistung der individuell geprägte ästhetische Gehalt zentral.<sup>24</sup> Diese Fokussierung auf den ästhetischen Gehalt ist aus unionsrechtlicher Perspektive aus zwei Gründen problematisch: Erstens beruht die Beurteilung des ästhetischen Gehalts auf subjektiven Empfindungen und erfüllt nicht das Kriterium

der objektiven Identifizierbarkeit, welches für den unionsrechtlichen Werkbegriff erforderlich ist.<sup>25</sup> Zweitens sagt ein ästhetischer Gehalt allein nichts darüber aus, ob eine geistige Schöpfung vorliegt, die die Entscheidungsfreiheit und Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt und somit dem Originalitätserfordernis genügt.<sup>26</sup> Diese Unklarheiten führen bei Werken der angewandten Kunst aufgrund des begrenzten Schutzzumfangs wegen geringer Individualität<sup>27</sup> häufig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.<sup>28</sup>

<sup>6</sup>Sustainability Dictionary, <https://sustainabilitydictionary.com/2005/12/04/upcycle/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Braungart/McDonough, *The Upcycle: Beyond Sustainability – Designing for Abundance*, S. 4 ff.

<sup>7</sup>Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/umwelt-haushalt/nachhaltigkeit/was-ist-upcycling-und-wann-ist-es-sinnvoll-68377> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Mezei/Härkönen, *JIPLP* 2023, 360 (363).

<sup>8</sup>Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/umwelt-haushalt/nachhaltigkeit/was-ist-upcycling-und-wann-ist-es-sinnvoll-68377> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Hoffmanns, *ZUM* 2024, 692 (692 f.).

<sup>9</sup>Helbig/Huether/Joachimsthaler ua, *Journal of Industrial Ecology* 2022, 1164 (1165).

<sup>10</sup>Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/umwelt-haushalt/nachhaltigkeit/was-ist-upcycling-und-wann-ist-es-sinnvoll-68377> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>11</sup>Flora & Fauna, <https://www.floraandfauna.com.au/blogs/ecohub/top-10-upcycling-ideas> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>12</sup>Saris Garage, <https://www.sarisgarage.de/palettenmoebel/palettenmoebel-selber-bauen-anleitung-diy-bauanleitung/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Meier, Deavita, <https://deavita.com/mobel/moebel-aus-kabeltrommeln-upcycling-ideen.html> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>13</sup>Kirsch, Yeah Handmade, <https://yeah-handmade.de/diy-tischlampe-selber-bauen-flaschen-upcycling/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Meier, Deavita <https://deavita.com/mobel/moebel-aus-kabeltrommeln-upcycling-ideen.html> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Enders, Brigitte, <https://www.brigitte.de/leben/wohnen/selbermachen/upcycling-mit-flaschen-ausgefallene-diy-ideen-13071018.html> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>14</sup>Bourguignon, *EPRS* 2016, 1 (2 f.).

<sup>15</sup>Sung, *ICED* 2023, 3721 (3723); Ellen MacArthur Foundation, <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-examples/looptworks> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>16</sup>Riese/Kadatz, *Seemanns Sachlexikon Kunst und Architektur*, S. 21.

<sup>17</sup>Hoffmanns, *ZUM* 2024, 692 (693).

<sup>18</sup>BT-Drucksache IV/270, 38; Bibi in BeckOK UrhR, § 2 Rn. 45.

<sup>19</sup>Grünberger, *ZUM* 2023, 309 (309); Hoffmanns, *ZUM* 2024, 692 (693).

<sup>20</sup>OLG Hamburg *ZUM-RD* 2022, 418 – Grand Step Shoes; LG Köln *ZUM-RD* 2022, 314 – Sandale.

<sup>21</sup>BGH *ZUM* 2022, 547 Rn. 31 – Porsche 911; OLG Stuttgart *GRUR-RS* 2020, 51917 Rn. 125.

<sup>22</sup>BGH *ZUM* 2023, 530 Rn. 16 – Vitrineneuchte; BGH *ZUM* 2024, 261 – USM Haller.

<sup>23</sup>Bilder könnten ggf. auch nur leistungsschutzrechtlich nach § 72 UrhG geschützt sein.

<sup>24</sup>BGH *ZUM* 2022, 547 Rn. 28 – Porsche 911; Grünberger, *ZUM* 2023, 309 (311).

<sup>25</sup>Grünberger, *ZUM* 2023, 309 (311).

<sup>26</sup>Grünberger, *ZUM* 2023, 309 (311).

<sup>27</sup>Hoffmanns, *ZUM* 2024, 692 (693).

<sup>28</sup>ZB BGH *ZUM* 2022, 547 Rn. 31 – Porsche 911; OLG Stuttgart *GRUR-RS* 2020, 51917 Rn. 125; BGH *ZUM* 2023, 530 Rn. 16 – Vitrineneuchte; OLG Hamburg *ZUM-RD* 2022, 418 – Grand Step Shoes; LG Köln *ZUM-RD* 2022, 314 – Sandale; BGH *ZUM* 2024, 261 – USM Haller; LG Köln *ZUM* 2023, 59 Rn. 61 ff.; Grünberger, *ZUM* 2023, 309, (311 ff.).

Auch einzelne Teile eines Werks können urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie eine eigenständige geistige Schöpfung darstellen.<sup>29</sup> Dies ist beim Upcycling ebenfalls von Relevanz, da häufig nur Teile eines Gegenstands in Upcycling-Projekten genutzt werden. Hierzu ist auf unionsrechtlicher Ebene bisher nur festgelegt, dass die betreffenden Teile eines Werkes auch „als solches an der Originalität des Gesamtwerkes teilhaben“<sup>30</sup> müssen.<sup>31</sup> Die Teilhabe an der Originalität des Gesamtwerkes muss dabei genau geprüft werden. Ein diesbezügliches Beispiel ist der Rechtsstreit zwischen Ralf Hütter/„Kraftwerk“ und Moses Pelham, in dem es um Samples aus dem Song „Metall-auf-Metall“ geht.<sup>32</sup>

Wenn nun also Werke im Sinne des § 2 UrhG im Zuge des Upcyclings verwendet und unter anderem verändert oder mit anderen geschützten Gegenständen verbunden werden, besteht die Gefahr der Verletzung der an diesen Werken bestehenden Urheberrechte. Im Folgenden sollen die hierbei betroffenen urheberrechtlichen Vorschriften erläutert werden. Dabei ist zunächst auf die Verwertungsrechte (hierzu C.II), anschließend auf die Urheberpersönlichkeitsrechte (hierzu C.III) und sodann auf die urheberrechtlichen Schranken einzugehen (hierzu C.IV).

## II. Verwertungsrechte im Kontext von Upcycling

Das Ziel von Upcycling-Unternehmen sowie privaten Upcyclern besteht darin, ausgediente Gegenstände so umzugestalten, dass sie einen neuen Zweck erfüllen und in ihrer überarbeiteten Form weiterverkauft, veröffentlicht oder anderweitig verwertet werden können.<sup>33</sup> Beim Upcycling können somit verschiedene an dem ursprünglichen Werk bestehende Verwertungsrechte betroffen sein. Diese versetzen den Urheber in die Lage, im gesetzlich geregelten Umfang zu entscheiden, wie das geschützte Werk reproduziert, verbreitet und anderweitig genutzt werden darf. Das Urheberrecht dient zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung des Urhebers für die Nutzung des Werkes, § 11 UrhG.<sup>34</sup>

**1. Vervielfältigungsrecht, § 16 UrhG** Die verändernde Weiterverarbeitung eines Gegenstands kann als Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG angesehen werden. Nach der Rechtsprechung (zB in der „Porsche 911“-Entscheidung)<sup>35</sup> fallen verändernde Vervielfältigungen unter Art. 2 der InfoSoc-RL,<sup>36</sup> was § 23 UrhG als eigenständiges Verwertungsrecht relativiert. Nach deutschem Recht ist eine Vervielfältigung jede körperliche Festlegung eines Werks, die es den menschlichen Sinnen wahrnehmbar macht.<sup>37</sup> Beim Upcycling wird ein bestehendes Werkstück weiterverarbeitet. Wenn ein besonders prominentes Merkmal des Ursprungswerkes sichtbar und erkennbar bleibt, liegt eine körperliche Festlegung vor, die als Vervielfältigung gelten kann – auch ohne, dass ein tatsächlich neues Werkstück geschaffen würde.<sup>38</sup>

**a. Deutsche und europäische Auslegung** Allerdings besteht eine Diskrepanz zwischen der deutschen und der europäischen Auslegung des Begriffs der Vervielfältigung. Nach deutschem Verständnis setzt eine Vervielfältigung die Entstehung eines neuen Werkstücks mit einem Multiplikationseffekt<sup>39</sup> voraus, was beim Upcycling nicht der Fall ist.<sup>40</sup> Beim Upcycling wird der ursprüngliche Gegenstand nicht „multipliziert“, sondern transformiert. Durch kreative Prozesse entstehen neue Produkte mit

höherem Wert, die in der Regel aus den vorhandenen Materialien gefertigt werden. Die europäische Sichtweise hingegen interpretiert den Begriff der Vervielfältigung flexibler und fasst hierunter auch Veränderungen ohne die tatsächliche Vermehrung von Werkstücken.<sup>41</sup> Der EuGH hat in der „Allposters“-Entscheidung<sup>42</sup> klargestellt, dass eine Vervielfältigung vorliegt, wenn durch die Änderung des Trägermediums ein materiell anderer Gegenstand entsteht, selbst wenn das ursprüngliche Werk nicht mehr nutzbar ist. Entscheidend ist, dass das neue Werk in irgendeiner Weise Bestandteile des ursprünglichen enthält, auch wenn kein körperliches „Mehr“ entsteht, also nach der Änderung nicht mehr Exemplare als zuvor existieren.<sup>43</sup> Die Begründung des EuGH stützt sich auf Art. 2 der InfoSoc-RL, die eine weite Auslegung des Begriffs „Vervielfältigung“ nahelegt.<sup>44</sup> Denn die meisten Sprachfassungen der InfoSoc-RL enthalten den Begriff der „Reproduktionen“ statt „Vervielfältigungen“. Dies deutet darauf hin, dass ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht nicht voraussetzt, dass mehr Exemplare eines Werks entstehen.<sup>45</sup> Das Ziel der Vorschrift liege darin, den Urheber im Hinblick auf neue Verwertungswege, die durch die Schaffung eines neuen Gegenstands entstehen, zu beteiligen bzw. ihm auch insoweit eine Rechtsposition zuzugestehen.<sup>46</sup> Upcycling verlängert die Lebensdauer eines Werks und eröffnet neue wirtschaftliche Möglichkeiten, was das Interesse des Urhebers an einer Beteiligung unter anderem an wirtschaftlichen Erträgen aus solchen Nutzungen nahelegt.<sup>47</sup> Im Kontext des Upcyclings können folglich auch umfassende Umgestaltungen als Vervielfältigungen angesehen werden, insbesondere wenn ein materiell neuer

<sup>29</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (693); EuGH ZUM 2009, 945 Rn. 38 f. – Infopaq I.

<sup>30</sup>EuGH ZUM 2014, 219 Rn. 22 – Nintendo Co. Ltd.; EuGH ZUM 2009, 945 Rn. 39 – Infopaq I.

<sup>31</sup>Grünberger, ZUM 2023, 309 (310).

<sup>32</sup>Grünberger, ZUM 2023, 309 (310 f.); BGH ZUM 2020, 617 Rn. 91 – Metall auf Metall IV.

<sup>33</sup>Bender, Deutschland startet, <https://www.deutschland-startet.de/upcycling-start-ups/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>34</sup>Loewenheim in Loewenheim UrhR-HdB, § 19 Rn. 1.

<sup>35</sup>BGH ZUM 2022, 547 Rn. 56 – Porsche 911.

<sup>36</sup>Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

<sup>37</sup>Götting in BeckOK UrhR, § 16 Rn. 3; BGHZ 17, 266 (269 f.) – Grundig-Reporter; BGH GRUR 1982, 102 (103) – Masterbänder; GRUR 1983, 28 (29) – Presseberichterstattung und Kunstwerk wiedergabe II; GRUR 1991, 449 (453) – Betriebssystem.

<sup>38</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (694).

<sup>39</sup>Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 16 Rn. 1.

<sup>40</sup>Dustmann in Fromm/Nordemann UrhG, § 16 Rn. 20; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 16 Rn. 11; Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 16 Rn. 4; Götting in BeckOK UrhG, § 16 Rn. 3.

<sup>41</sup>Leenen in Wandtke/Bullinger UrhR, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 3.

<sup>42</sup>EuGH ZUM 2015, 241 – Allposters/Pictoright.

<sup>43</sup>Leenen in Wandtke/Bullinger UrhR, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 3.

<sup>44</sup>EuGH ZUM 2009, 945 Rn. 40 ff. – Infopaq I.; EuGH ZUM 2015, 241 Rn. 47 – Allposters/Pictoright; Leenen in Wandtke/Bullinger UrhR, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 2, 3.

<sup>45</sup>Leenen in Wandtke/Bullinger UrhR, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 3.

<sup>46</sup>EuGH ZUM 2009, 945 Rn. 40 – Infopaq I.; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (695).

<sup>47</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (695).

Gegenstand entsteht, wie es der EuGH als entscheidend ansieht.<sup>48</sup> Dabei ist der Wechsel des Werkträgers nur ein Indiz und nicht zwingend erforderlich. Maßgeblich ist, ob nach Verkehrsauffassung ein neuer Gegenstand vorliegt.<sup>49</sup>

*b. Grenzen des Schutzbereichs* Im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht ist es relevant, dass die neue Gestaltung im Schutzbereich des ursprünglichen Werks liegt, dass also schutzfähige Elemente des Ursprungswerks übernommen worden sind.<sup>50</sup> Ob das Gesamtwerk oder ein selbstständig schutzfähiger Werkteil unverändert übernommen worden ist, ist anhand der einfachen Wahrnehmbarkeit zu beurteilen.<sup>51</sup> Bei veränderten Übernahmen ist zusätzlich eine wertende Betrachtung erforderlich, um festzustellen, ob die Gestaltung noch im Schutzbereich des Ursprungswerks liegt.<sup>52</sup>

Nach der „Metall-auf-Metall“-Entscheidung<sup>53</sup> wurde § 24 UrhG gestrichen und die Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung in § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG geregelt.<sup>54</sup> Maßgeblich bleibt, ob ein hinreichender Abstand zum ursprünglichen Werk eingehalten wird. Der BGH hat in seinem „Porsche 911“-Urteil die Verblässensformel mit der Erkennbarkeitsformel des EuGH verbunden: Entscheidend ist, ob die urheberrechtlich geschützten Elemente bei einer Gesamtschau verblässen oder erkennbar bleiben.<sup>55</sup> Rechtssicherheit besteht jedoch nicht, da der Begriff der Gesamtschau im Ergebnis schwer vorhersehbar sein kann. Es empfiehlt sich eine Einzelbetrachtung der übernommenen schutzfähigen Elemente, wobei zu beachten ist, dass gerade bei Werken der angewandten Kunst oft das Zusammenspiel verschiedener Elemente die Schutzfähigkeit erst begründet.<sup>56</sup> Der Schutzbereich eines Werks wird jedoch kleiner, je geringer dessen Individualität ist. Je stärker das Upcycling-Projekt selbst individuell gestaltet ist, desto eher wird der Schutzbereich verlassen.<sup>57</sup> Daher ist bei Upcycling-Fällen eine genaue Einzelfallbetrachtung notwendig.<sup>58</sup>

*2. Verbreitungsrecht, § 17 UrhG* Bringt der Upcycler das Ergebnis des Upcycling-Prozesses in den Verkehr oder bereitet dies vor, kann zudem auch das Verbreitungsrecht gemäß § 17 UrhG betroffen sein.<sup>59</sup>

*a. Verbreitung* Der Begriff des Verbreitens im Sinne des § 17 UrhG bezeichnet das Recht des Urhebers, das Original oder Vervielfältigungsstücke seines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.<sup>60</sup> Das Anbieten an die Öffentlichkeit ist im deutschen Urheberrecht eine eigenständige Verbreitungsform und gilt als Vorbereitung zum Eigentumserwerb.<sup>61</sup> Es umfasst jede gezielte Werbung oder Aufforderung zum Erwerb eines Werkstücks, sofern der Anbietende selbst oder über Dritte Eigentum verschaffen kann – ein tatsächlicher Erwerb ist nicht erforderlich. Entscheidend ist die Wirkung auf einen unbestimmten Personenkreis, auch wenn das Angebot nur einer Person gilt.<sup>62</sup> Das Inverkehrbringen meint nicht den bloßen Vertragsschluss (zB durch Verkauf, Tausch, Schenkung), sondern die tatsächliche Übereignung der Sache, die aufgrund eines solchen Vertrags erfolgt.<sup>63</sup> Beide Handlungen setzen eine Öffentlichkeit voraus, also einen nicht persönlich verbundenen Personenkreis.<sup>64</sup> Auch wenn sich das Angebot nur an eine einzelne Person richtet, gilt es als öffentlich, sofern keine persönliche Beziehung besteht.<sup>65</sup> Das Verbreitungsrecht bezieht sich ausschließlich auf körperliche Werkexemplare.<sup>66</sup>

Für digitale Inhalte gilt das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG.<sup>67</sup> Der Weiterverkauf eines umgestalteten Gegenstands kann allerdings als Fall der Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG zu betrachten sein.<sup>68</sup>

*b. Erschöpfungsgrundsatz* Der Urheber entscheidet über die Verbreitung eines Werkstücks. Sobald es mit seiner Zustimmung verbreitet wurde, ist das Verbreitungsrecht erschöpft, und er kann die weitere Veräußerung nicht mehr kontrollieren. Der Erschöpfungsgrundsatz verhindert Marktabschottungen und fördert klare rechtliche Verhältnisse.<sup>69</sup> Die Regelung gewährt dem Urheber das Recht zu

<sup>48</sup>EuGH ZUM 2015, 241 Rn. 45 – Allposters/Pictoright; Raue in Dreier/SchulzeUrhG, § 16 Rn. 42; Götting in BeckOK UrhR, § 16 Rn. 3.

<sup>49</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (695 f.).

<sup>50</sup>Grünberger, ZUM 2023, 309 (318); Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (696).

<sup>51</sup>Raue, GRUR 2024, 161 (168); Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 23 Rn. 44.

<sup>52</sup>Raue, GRUR 2024, 161 (168); Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 23 Rn. 45 ff.

<sup>53</sup>EuGH ZUM 2019, 738 Rn. 65 – Pelham/Hütter; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (696).

<sup>54</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (696).

<sup>55</sup>Ahlberg/Lauber-Rönsberg in BeckOK UrhR, § 23 Rn. 35.

<sup>56</sup>Raue, GRUR 2024, 161 (168); Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 23 Rn. 52; Stieper, GRUR 2023, 571 (576 f.).

<sup>57</sup>BGH ZUM 2023, 530 Rn. 15 – Vitrineneuchte; BGH ZUM 2014, 225 Rn. 41 – Geburtstagszug; Raue, GRUR 2024, 161 (167); Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697); Raue, AfP 2022, 1 (5); Jüngels, ZUM 2023, 537 (538); Stieper, GRUR 2023, 575 (576); Peifer, ZUM 2023, 535 (536).

<sup>58</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697).

<sup>59</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697); Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 17 Rn. 24.

<sup>60</sup>Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 17 Rn. 24; Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 11; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 8.

<sup>61</sup>BGH GRUR 2013, 1137 Rn. 20 – Marcel-Breuer-Möbel; BGH GRUR 2007, 871 Rn. 29 – Wagenfeld-Leuchte; KG GRUR 1983, 174 – Videoraukassetten; Wandtke/Bullinger/Heerma, UrhG, § 17 Rn. 15; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 9.

<sup>62</sup>Loewenheim in Schricker/LoewenheimUrhG, § 17 Rn. 9; Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 17.

<sup>63</sup>BGH GRUR 2009, 840 – Le Corbusier-Möbel II; EuGH GRUR 2008, 604 Rn. 31 ff. – Le-Corbusier-Möbel; EuGH ZUM-RD 2012, 437 – Donner; BGH GRUR 2009, 840 Rn. 18 ff. – Le-Corbusier-Möbel II; Leistner/Roder ZfPW 2016, 129 (144 f.); Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 14; Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 17 Rn. 26; aA Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 21.

<sup>64</sup>Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 17 Rn. 35, 36; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 15.

<sup>65</sup>BGH GRUR 1982, 102 (103) – Masterbänder; BGH GRUR 1991, 316 (317) – Einzelangebot; BGH GRUR 2009, 942 Rn. 25 – Motezuma; OLG Köln GRUR 1992, 312 (313) – Amiga-Club; Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 19; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 15; Dustmann in Fromm/Nordemann UrhG, § 17 Rn. 12.

<sup>66</sup>Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 13; Loewenheim in Schricker/LoewenheimUrhG, § 17 Rn. 6; BGH GRUR 1986, 742 (743) – Videofilmaufführung.

<sup>67</sup>Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 14; Loewenheim in Schricker/Loewenheim UrhG, § 17 Rn. 7.

<sup>68</sup>Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 133 ff.

<sup>69</sup>Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 15 Rn. 17.



bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen wird, was faktisch die Zuweisung eines Erstverbreitungsrecht bedeutet.<sup>70</sup> Der Erschöpfungsgrundsatz gilt grundsätzlich nicht für andere Verwertungsrechte wie Vervielfältigung oder öffentliche Wiedergabe. Allerdings kann der Gedanke punktuell auf Annexhandlungen wie etwa die Bewerbung durch Abbildungen oder auf Reparaturen angewendet werden.<sup>71</sup>

*c. Verbreitung und Erschöpfung bei Upcycling-Projekten*  
Wenn der Erschöpfungsgrundsatz auch auf das Ergebnis von Upcycling-Prozessen Anwendung findet, würde dies die Verwirklichung von Upcycling-Projekten vereinfachen. Denn dann könnte das Upcycling keinen Eingriff in das Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG mehr darstellen. Der EuGH entschied im Allposters-Fall, dass die Übertragung eines geschützten Werks von einem Medium (zB Papierposter) auf ein anderes (zB Leinwand) eine Reproduktion darstellt und nicht durch den Erschöpfungsgrundsatz gedeckt ist.<sup>72</sup> Diese Entscheidung schränkt Upcycling für die Fälle ein, in denen das ursprüngliche Werk in einer Weise verändert wird, die eine neue Reproduktion entstehen lässt.<sup>73</sup> Wird das Werk auf einen neuen Träger übertragen, entsteht ein neues Objekt, und die Verbreitung dessen ist nicht durch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts am ursprünglichen Objekt gedeckt. Da Upcycling vorhandene Materialien weiter nutzt, ohne eine neue Kopie zu erzeugen,<sup>74</sup> stellen solche Fälle eher eine Reproduktion dar und keine Transformation und dementsprechend, nach dieser Definition, auch kein Upcycling-Projekt. Der Weiterverkauf eines umgestalteten Gegenstands wird damit nur durch die Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG gedeckt, wenn keine Übertragung von einem Medium auf ein anderes vorgenommen wurde. Daraus könnte abgeleitet werden, dass der Erschöpfungsgrundsatz greift, wenn es sich um einfache Umgestaltungen handelt. Bei umfangreichen Veränderungen in denen möglicherweise auch ein neues Vervielfältigungsstück entsteht, fällt dies nicht mehr unter den Erschöpfungsgrundsatz.<sup>75</sup> Eine mögliche Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes soll daher in den theoretischen Ansätzen zur Anpassung des Urheberrechts (hierzu E.I) näher diskutiert werden.

*3. Recht der öffentlichen Wiedergabe, §§ 19a, 15 Abs. 2 UrhG und Art. 3 InfoSoc-RL*  
Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist ein zentrales Element des deutschen und des EU-Urheberrechts und wird in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL geregelt und wird darüber hinaus in § 19a UrhG, dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, verankert. § 15 Abs. 2 UrhG und Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL geben dem Urheber das ausschließliche Recht, die öffentliche Wiedergabe seines Werkes zu erlauben oder zu verbieten. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG ermöglicht den Mitgliedern der Öffentlichkeit, zeit- und ortsunabhängig auf Werke zuzugreifen.<sup>76</sup> Dies umfasst jede Übertragung eines geschützten Werks, unabhängig vom jeweils eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren.<sup>77</sup> Die Wiedergabe muss für eine Mehrzahl von Personen bestimmt sein, die nicht in einer persönlichen Beziehung mit dem Urheber oder anderen Beteiligten verbunden sind.<sup>78</sup> Die Anwendung dieses Verwertungsrechts erfordert immer eine Einzelfallprüfung, unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien, wie dem der zentralen Rolle des Nutzers und

der Vorsätzlichkeit seines Handelns.<sup>79</sup> Das Recht der öffentlichen Wiedergabe erfasst auch digitale Kontexte, wie zum Beispiel die Zugänglichmachung von Bildern, Musik, Filmen oder sonstigen Werken im Internet.<sup>80</sup> Dieses urheberrechtliche Verwertungsrecht ist nicht erschöpfbar, was bedeutet, dass es auch nach einer ersten entsprechenden Nutzung weiter geltend gemacht werden kann.<sup>81</sup>

Im Zusammenhang mit Upcycling-Produkten spielt das Recht der öffentlichen Wiedergabe an den dem Upcycling zugrunde gelegten Werken insbesondere dann eine Rolle, wenn Fotos von geupcyclten Produkten veröffentlicht werden, die urheberrechtlich zugunsten Dritter geschützte Inhalte enthalten. Dies wird besonders relevant bei der Online-Bewerbung und dem Verkauf von upgecyclten Produkten.<sup>82</sup> Denn in solchen Fällen betrifft die Veröffentlichung nicht nur das neue, durch Upcycling entstandene Produkt, sondern auch das vorbestehende Werk, an dem weiterhin urheberrechtliche Verwertungsrechte bestehen. Daher ist für eine Veröffentlichungen die ausdrückliche Zustimmung des Rechteinhabers an den beim Upcycling verwendeten Werken erforderlich.<sup>83</sup> Darüber hinaus kann auch das Verlinken auf Webseiten, die solche geschützten Inhalte hosten, rechtliche Konsequenzen haben.

### III. Betroffenheit von Urheberpersönlichkeitsrechten: § 14 UrhG

Upcycler tragen nicht nur die Verantwortung dafür, die Verwertungsrechte betroffener Urheber zu berücksichtigen. Zu beachten sind darüber hinaus die Urheberpersönlichkeitsrechte, insbesondere der Entstellungsschutz gemäß § 14 UrhG. Die Vorschrift schützt den Urheber vor Entstellungen oder anderen Beeinträchtigungen seines

<sup>70</sup>Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 15 Rn. 17.

<sup>71</sup>Raue in Dreier/Schulze UrhG, § 15 Rn. 18.

<sup>72</sup>EuGH ZUM 2015, 241 Rn. 37, 49 – Allposters/Pictoright; Izyumenko, IIC 2024, 864, 889 ff.

<sup>73</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (890); Mezei/Härkönen, JIPLP 2023, 360 (366).

<sup>74</sup>Mezei/Härkönen, JIPLP 2023, 360 (360 ff.).

<sup>75</sup>EuGH ZUM 2015, 241 Rn. 37, 49 – Allposters/Pictoright; BGH ZUM 2000, 1079 (1081) – OEM-Version; Loewenheim in Schricker/Loewenheim/ UrhG, § 17 Rn. 57; Heerma in Wandtke/Bullinger UrhG, § 17 Rn. 41; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697); aA Schulze in Dreier/Schulze UrhG, § 17 Rn. 28.

<sup>76</sup>Götting in BeckOK UrhR, § 19a Rn. 1; Haberstumpf, JIPITEC 2019, 187 (191 f.).

<sup>77</sup>Haberstumpf, JIPITEC 2019, 187 (191 f.).

<sup>78</sup>BGH GRUR 2018, 178, Rn. 19 – Vorschaubilder III; BGHZ 185, 291 Rn. 19 – Vorschaubilder I; GRUR 2011, 56 Rn. 23 – Session-ID; GRUR 2013, 818 Rn. 8 – Die Realität I; GRUR 2016, 171 Rn. 13 – Die Realität II.

<sup>79</sup>EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 32-34 – GS Media; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 28-30 – Stichting Brein/Wullems; GRUR 2017, 790 Rn. 23-25 – Stichting Brein/XS 4ALL.

<sup>80</sup>Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (7 f.); Haberstumpf, JIPITEC 2019, 187 (195).

<sup>81</sup>Dreier in Dreier/Schulze/ UrhG, § 19a Rn. 11; Rosati/ Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (7); Haberstumpf, JIPITEC 2019, 187 (19).

<sup>82</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697); Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (7).

<sup>83</sup>Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (7).



Werkes, die geeignet sind, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen zu gefährden. Dies umfasst insbesondere das Recht des Urhebers, die Integrität seines Werkes zu bewahren und Änderungen zu untersagen, die seine ideellen Interessen verletzen könnten.<sup>84</sup> Der Begriff der Entstellung im Sinne von § 14 UrhG meint eine tiefgreifende Verfälschung eines Werkes, einschließlich seiner Verstümmelung oder der Verzerrung seiner wesentlichen Merkmale.<sup>85</sup> Im Gegensatz dazu ist der Begriff der anderen Beeinträchtigung weiter gefasst und umfasst jegliche Eingriffe, die die Wirkung eines Werkes hemmen, einschränken oder schmälern, ohne den Grad einer Entstellung zu erreichen.<sup>86</sup> Bei Werken der angewandten Kunst muss der Urheber damit rechnen, dass sein Werk im Zuge einer Nutzungsänderung zerstört wird. Dies hängt jedoch stets von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>87</sup> Eine Verletzung von § 14 UrhG kann demnach vorliegen, wenn ein Upcycling-Projekt das ursprüngliche Werk so verändert, dass der „persönliche Bezug“ des Urhebers verfälscht wird oder das Werk in einem entstellenden Licht erscheint und dadurch in Misskredit gerät.<sup>88</sup> Dies ist besonders relevant, wenn das ursprüngliche Werk ein Unikat ist oder hohe künstlerische Bedeutung hat.<sup>89</sup> Wird ein Werk in einen neuen Kontext gestellt und wird dabei vor allem der Nutzen geändert, wird eine Entstellung im Sinne von § 14 UrhG wahrscheinlicher.<sup>90</sup> Im Falle einer solchen Nutzungsänderung oder einer Änderung des Zwecks des Werkes (zB aus einem alten Stuhl wird ein Kunstobjekt oder ein anderweitiges Möbelstück), muss überprüft werden, ob die Änderung den „geistigen Gehalt“ des Werkes verwässert oder verzerrt.<sup>91</sup> Auch können Fragen im Hinblick auf eine mögliche Zweckentfremdung oder auf die Wahrung der Integrität des Ausgangswerkes zu diskutieren sein.

Die Frage, ob das Werk in einer Weise verändert wird, die dessen ursprüngliche Bedeutung oder künstlerische Aussage verfälscht, muss für den Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung bestimmt werden. Die ideellen Interessen des Urhebers sind nur dann betroffen, wenn eine etwaige Entstellung des Werkes öffentlich sichtbar wird.<sup>92</sup> Bei der Interessenabwägung werden die Rechte des Urhebers gegen andere Interessen abgewogen, etwa gegen das Interesse an nachhaltiger Entwicklung oder gegen das Eigentumsrecht des Upcyclers. In der Regel überwiegen bei älteren Werken und unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses an Nachhaltigkeit die Interessen des Upcyclers.<sup>93</sup> Die Abwägung wird allerdings insbesondere zugunsten des Urhebers ausgehen, wenn das Ergebnis des Upcyclings oder dessen Kontext in einem extremen Widerspruch zu den ideellen Interessen des Urhebers steht (zB Verkauf eines Werks einer jüdischen Künstlerin durch eine rechtsextreme Organisation).<sup>94</sup> Dies gilt auch, wenn das Ursprungswerk einen hohen immateriellen Wert besitzt, wie zB ein Einzelstück.<sup>95</sup>

Dieses vielschichtige Spannungsfeld zwischen dem Schutz geistigen Eigentums und nachhaltigen Praktiken wie Upcycling bleibt rechtlich komplex. Während der Schutz der Integrität eines Werks zentral ist, gewinnt das Interesse an einer nachhaltigen Verwendung zunehmend an Bedeutung.<sup>96</sup> Eine klare rechtliche Regelung oder eine breitere Anwendung von Ausnahmen wie der Pastiche-Klausel könnte hier langfristig für mehr Rechtssicherheit

sorgen.<sup>97</sup> Auf diese Ausnahmen soll im Folgenden eingegangen werden.

#### IV. Urheberrechtliche Ausnahmen: Zitat und Pastiche

Upcycling im privaten Rahmen fällt unter die Privatkopie-Schranke gemäß § 53 UrhG und ist daher erlaubt.<sup>98</sup> Das Änderungsverbot nach § 62 Abs. 1 UrhG steht dem nicht entgegen, da nach überwiegender Meinung bei rein privater Nutzung eine Ausnahme gilt.<sup>99</sup> Allerdings betreffen wirtschaftlich relevante Fälle in der Regel keine rein privaten Zwecke. Wird ein Produkt beispielsweise im häuslichen Umfeld upgecyclt, um es anschließend über Plattformen wie Ebay oder Etsy zu verkaufen, überschreitet dies die Grenzen der Privatkopie.<sup>100</sup>

<sup>84</sup>Staats, Deutscher Kulturrat, <https://www.kulturrat.de/themen/urheberrecht/wann-ist-die-aenderung-des-werkes-unzulaessig/> (zuletzt abgerufen am 03.04.2025); Peukert in Schricker/Loewenheim UrhG, § 14 Rn. 1.

<sup>85</sup>LG München I GRUR-RR 2007, 226 (228); Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 14 Rn. 3; Schulze in Dreier/Schulze UrhG, § 14 Rn. 7; Peukert in Schricker/Loewenheim UrhG, § 14 Rn. 18.

<sup>86</sup>BGH ZUM 2019, 508 (511) – HHole; BGH ZUM 2019, 521 (524) – PHaradise; BGH ZUM 2019, 528 (529) – Minigolfanlage; OLG München ZUM 1996, 165 (166) – Dachgauben; KG ZUM 2001, 590 (591) – Urheberrechtsschutz für Gartenanlage; Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 14 Rn. 3; Peukert in Schricker/Loewenheim UrhG, § 14 Rn. 18; Schulze in Dreier/Schulze UrhG, § 14 Rn. 5; Peukert in Loewenheim UrhR-HdB, § 16 Rn. 71.

<sup>87</sup>LG Berlin ZUM-RD 2021, 94 (97); Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 14 Rn. 22.

<sup>88</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (700).

<sup>89</sup>BGH ZUM 2019, 508 (512) – HHole; BGH ZUM 2019, 521 (525) – PHaradise; BGH ZUM 2019, 528 (529 f.) – Minigolfanlage; vgl. KG NJW-RR 2020, 495 Rn. 20 – Minigolfanlage.

<sup>90</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (700).

<sup>91</sup>BGH ZUM 2019, 508 (512) – HHole; BGH ZUM 2019, 521 (525) – PHaradise; BGH ZUM 2019, 528 (530) – Minigolfanlage; vgl. KG NJW-RR 2020, 495 Rn. 21–25 – Minigolfanlagen; Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 14 Rn. 22.

<sup>92</sup>Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 14 Rn. 20.

<sup>93</sup>Raue, LTO, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteile-9817-9917-14-urhg-kaputte-zerstoerte-kunst-urheber> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Staats, Deutscher Kulturrat, <https://www.kulturrat.de/themen/urheberrecht/wann-ist-die-aenderung-des-werkes-unzulaessig/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>94</sup>Raue, LTO, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteile-9817-9917-14-urhg-kaputte-zerstoerte-kunst-urheber> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>95</sup>Raue, LTO, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteile-9817-9917-14-urhg-kaputte-zerstoerte-kunst-urheber> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>96</sup>Zimring, RCC Perspectives 2016, 45 (45); Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/u-m-welt-haushalt/nachhaltigkeit/was-ist-upcycling-und-wann-ist-es-sinnvoll-68377> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025); Nieberding, SZ-Magazin, <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/mode/upcycling-mode-89954> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>97</sup>Izyumenko, Kluwer Copyright Blog, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/05/30/copyright-upcycling-and-the-hum-an-right-to-environmental-protection/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>98</sup>Dreier in Dreier/Schulze UrhG, § 53 Rn. 1; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697).

<sup>99</sup>Peukert in Schricker/Loewenheim UrhG, § 62 Rn. 10; Schulze in Dreier/Schulze UrhG, § 62 Rn. 8; Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhG, § 62 Rn. 4 f.

<sup>100</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697).

Das rechtliche Rahmenwerk der Urheberrechtsausnahmen gemäß der InfoSoc-RL bietet Ansätze, um Upcycling-Praktiken im Falle von Urheberrechtsverletzungsvorwürfen zu legitimieren.

In solchen Fällen können die Zitatschranke (§ 51 UrhG und Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL) und die Pastiche-Schranke (§ 51a UrhG und Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL) eine entscheidende Rolle spielen, wobei sich auch hier Schwierigkeiten in der Anwendung zeigen.<sup>101</sup>

**1. Die Zitat-Schranke** § 51 UrhG erlaubt die unentgeltliche Nutzung einzelner Werke oder Werkteile zum Zweck des Zitats, um eine geistige Auseinandersetzung zu fördern. Beispiele hierfür sind Großzitate, Kleinzitate, Musikzitate sowie seit der Reform des § 51 UrhG auch Film- und Multimediazitate. Diese Regelung soll den kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritt unterstützen indem auf bereits bestehendes aufgebaut und Bezug genommen werden kann. Ein bloßer Verweis auf ein Werk gilt jedoch nicht als Zitat im Sinne des § 51 UrhG.<sup>102</sup> Auch die InfoSoc-RL (Art. 5 Abs. 3 lit. d iVm Abs. 4) erlaubt Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen unter der Bedingung, dass die Quelle und der Urheber genannt werden, die Nutzung angemessen ist und der Umfang durch den Zweck begrenzt bleibt.<sup>103</sup> Der EuGH hat diese Ausnahme jedoch eng ausgelegt und verlangt, dass ein Zitat eine Absicht zum „Dialog“ mit dem zitierten Werk beinhaltet. Dies wurde auch im „Metall-auf-Metall“-Urteil<sup>104</sup> bestätigt, in dem betont wurde, dass eine Interaktion mit dem Originalwerk für die Berufung auf diese Ausnahme wesentlich ist.<sup>105</sup> Das Persönlichkeitsrecht des Urhebers wird gegen die Zitat-Schranke durch das Änderungsverbot sowie durch die Pflicht zur Quellenangabe (§§ 62, 63 UrhG) geschützt. Mit der Reform des § 51 UrhG im Rahmen des „zweiten Korbs“<sup>106</sup> wurde die Zitierfreiheit erweitert und an Art. 5 Abs. 3 lit. d der InfoSoc-RL angepasst. Insbesondere wurde klargestellt, dass für ein Zitat eines Gemäldes auch ein Foto verwendet werden darf, das dieses Gemälde zeigt. Die Generalklausel erlaubt grundsätzlich die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern der Umfang der Nutzung durch den Zweck gerechtfertigt ist.<sup>107</sup>

Die Auslegung von § 51 UrhG erfolgt unter Berücksichtigung der praktischen Wirksamkeit der InfoSoc-RL sowie unter Abwägung der betroffenen Grundrechte, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Drei-Stufen-Tests gemäß Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL. Der Drei-Stufen-Test besagt, dass die Schranke nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden darf, in denen die normale Verwertung des Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unangemessen verletzt werden.<sup>108</sup>

Die gerade genannten Anforderungen erschweren praktisch gesehen die Anwendbarkeit des Zitatrechts auf Upcycling. Dies zeigt, dass Upcycling-Praktiken, die Materialien oft ohne direkten Bezug zur ursprünglichen künstlerischen oder expressiven Bedeutung transformieren, diese Zitat-Voraussetzung in der Regel nicht erfüllen dürften.<sup>109</sup> Eine mögliche Lösung über die Zitat-Schranke hängt jedoch auch beim Upcycling vom Einzelfall ab, wobei es fraglich ist, ob sich Regelbeispiele von Upcycling-Projekten als Zitat gemäß § 51 UrhG einstufen lassen können.

Der Versuch einer weiten Interpretation der Zitat-Schranke, die Upcycling-Sachverhalte im Grundsatz oder zumindest in der überwiegenden Mehrzahl erfasst, dürfte ebenfalls nicht zielführend sein, da sie eine zu weite Entfernung vom Wortlaut der Zitat-Regelung erfordern würde.

**2. Die Pastiche-Schranke** Die Pastiche-Schranke gemäß § 51a UrhG determiniert durch Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL erlaubt unter bestimmten Bedingungen die Nutzung geschützter Werke ohne Zustimmung des Urhebers, insbesondere bei künstlerischer Auseinandersetzung.<sup>110</sup> Pastiche beschreibt die Schaffung neuer Werke durch die Kombination verschiedener Stile oder Materialien.<sup>111</sup> Im Gegensatz zur Zitat-Regelung setzt eine Pastiche keinen direkten Dialog mit dem Originalwerk voraus, sondern betont die künstlerische Neuinterpretation oder Patchwork-Kreation.<sup>112</sup>

Die Pastiche-Ausnahme gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL bietet vielversprechende Möglichkeiten für die Berücksichtigung von Upcycling-Praktiken und steht konzeptionell im Einklang mit der transformativen Natur des Upcyclings.<sup>113</sup> Trotz dieses Potenzials bestehen erhebliche rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich des Umfangs und der praktischen Anwendung der Pastiche-Schranke. Der EuGH hat den Begriff „Pastiche“ bislang nicht abschließend definiert, was derzeit in Fällen wie „Metall-auf-Metall“<sup>114</sup> verhandelt wird. Zu klären ist unter anderem die Frage, ob eine gewisse Distanz zum Originalwerk erforderlich ist, ob Humor oder Spott wie bei der Parodie eine Rolle spielen und ob Originalität im Hinblick auf das neu geschaffene Werk verlangt wird. Zudem muss die Nutzung von Pastiche den Drei-Stufen-Test gemäß Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL bestehen, um sicherzustellen, dass die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unangemessen beeinträchtigt werden.<sup>115</sup> Bis der EuGH weitere Klarstellungen liefert, stehen Upcycling-Unternehmen vor erheblichen rechtlichen Unsicherheiten bei der Navigation durch urheberrechtliche Beschränkungen.<sup>116</sup>

## D. Rechtsprechung – Geschirr-Schmuck-Fall

Ein finnischer Fall soll abschließend exemplarisch die urheberrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Upcycling verdeutlichen: Der finnische Urheberrechtsrat

<sup>101</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>102</sup> Lüft in Wandtke/Bullinger UrhG, § 51 Rn. 1.

<sup>103</sup> Lüft in Wandtke/Bullinger UrhG, § 51 Rn. 1; Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>104</sup> EuGH ZUM 2019, 738 Rn. 71 – Pelham/Hütter.

<sup>105</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>106</sup> BT-Drs. 16/1828; Lüft in Wandtke/Bullinger UrhG, vor § 44a Rn. 17.

<sup>107</sup> Lüft in Wandtke/Bullinger UrhG, § 51 Rn. 1.

<sup>108</sup> v. Welser in Wandtke/Bullinger UrhG, § 44a Rn. 22.

<sup>109</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>110</sup> Lüft/Bullinger in Wandtke/Bullinger/ UrhG, § 51a Rn. 1; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697).

<sup>111</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>112</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>113</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.); Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (697).

<sup>114</sup> EuGH, Vorabentscheidungsersuchen des BGH, Rs. C-590/23 – Pelham, OJ C 2023/1131.

<sup>115</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>116</sup> Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

hat sich mit der Verwendung von zerbrochenem Geschirr zur Herstellung von upcyceltem Schmuck und den sich daraus ergebenden rechtlichen Auseinandersetzungen befasst.<sup>117</sup> Die Mehrheit der Gutachter kam zu dem Schluss, dass diese Praxis eine unerlaubte Vervielfältigung darstelle, da die im Zuge des Upcyclings entstandenen Schmuckstücke urheberrechtlich geschützte Ornamente des ursprünglichen Geschirrs enthalten. Diese Entscheidung wurde maßgeblich durch das Allposters-Urteil<sup>118</sup> des EuGHs beeinflusst, in dem festgestellt wurde, dass die Veränderung eines urheberrechtlich geschützten Gegenstands eine neue Vervielfältigung darstellt, die nicht unter den Erschöpfungsgrundsatz fällt.<sup>119</sup> Eine abweichende Minderheitsmeinung<sup>120</sup> vertrat jedoch die Auffassung, dass kein neues Exemplar hergestellt worden sei und daher der Erschöpfungsgrundsatz Anwendung finden sollte.<sup>121</sup> Diese Ansicht betonte die Notwendigkeit, geistige Eigentumsrechte mit dem Umweltschutz gemäß Art. 17 Abs. 2 und Art. 37 der EU-Grundrechtecharta in Einklang zu bringen. Sie schlug vor, Nachhaltigkeitsbelangen Vorrang vor der strikten Durchsetzung von Urheberrechten einzuräumen.<sup>122</sup>

Der Geschirr-Schmuck-Fall illustriert sowohl die Herausforderungen als auch potenziellen Lösungsansätze für das Konfliktfeld zwischen Upcycler und Urheber. Eine breitere Auslegung bestehender Ausnahmen oder die Nutzung von Menschenrechtsargumenten im Zusammenhang mit Umweltschutz könnten den Weg im Interesse des Upcyclings für günstigere rechtliche Ergebnisse bei zukünftigen Upcycling-Projekten ebnen.<sup>123</sup>

## E. Theoretische Ansätze zur Anpassung des Urheberrechts

Die rechtliche Bewertung von Upcycling zeigt, dass diese Praxis in einem komplexen Spannungsfeld zwischen urheberrechtlichem Schutz und gesellschaftlichem Interesse an Nachhaltigkeit und Ressourcenschonung steht. Während Upcycling einen wichtigen Beitrag zur Kreislaufwirtschaft und zur Verlängerung des Lebenszyklus von Produkten leistet,<sup>124</sup> stellen urheberrechtliche Regelungen zentrale Herausforderungen dar. Im Ergebnis dieser Spannungen finden sich in der Literatur bereits Ansätze, das Urheberrecht an die Besonderheiten des Upcyclings anzupassen, um sowohl die kreative Freiheit der Upcycler als auch die Rechte der ursprünglichen Urheber ausgewogen zu berücksichtigen und zu einem Ausgleich zu bringen. Darüber hinaus wird untersucht, welche konkreten urheberrechtlichen Implikationen sich aus diesen theoretischen Ansätzen ableiten lassen. Hierbei wird zunächst die Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes (hierzu E.I) und der Pastiche-Schranke (hierzu E. II) diskutiert. Anschließend wird das Potenzial der Berücksichtigung von Umweltschutz als Menschenrecht ausgelotet (hierzu E.III).

### I. Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes

Ein möglicher Ansatz, um Upcycling-Projekte vor urheberrechtlichen Hindernissen zu schützen, ist die weite Auslegung der Erschöpfungslehre.<sup>125</sup> Es wird vorgeschlagen, dass die Erschöpfung nicht automatisch ausgeschlossen wird, wenn Produkte upcycelt werden. Stattdessen sollte geprüft werden, ob die Veränderungen im konkreten Fall tatsächlich berechnete Gründe

für den Ausschluss der Erschöpfung darstellen. Der Erschöpfungsgrundsatz könnte so interpretiert werden, dass Upcycling als Wiederverwendung des ursprünglichen Objekts betrachtet wird, das bereits mit Zustimmung des Rechteinhabers in Verkehr gebracht wurde. Bei der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes könnte klar zwischen der Vervielfältigung eines Werks, wie im Allposters-Fall,<sup>126</sup> und der Wiederverwendung bestehender physischer Objekte, wie beim Geschirr-Schmuck-Fall,<sup>127</sup> unterschieden werden. Upcycling verändert das Medium nicht in einer Weise, die eine neue Kopie schafft, sondern nutzt bestehende Materialien weiter. Damit handelt es sich beim Upcycling – so jedenfalls ließe es sich sehen – um eine Transformation und nicht um eine Reproduktion.<sup>128</sup> Mit dieser Interpretation könnte das Upcycling als transformative Wiederverwendung angesehen werden und fiel somit unter das Verbreitungsrecht gemäß § 17 UrhG, das bereits erschöpft ist.<sup>129</sup> Diese Sichtweise würde verhindern, dass jede Veränderung eines Produkts automatisch als neue Reproduktion gilt, wie es im Fall Allposters entschieden wurde.<sup>130</sup> Gleichzeitig könnten Gerichte Umweltaspekte stärker in ihre Entscheidungen einbeziehen und die Vorteile nachhaltiger Praktiken auf der einen, mit den Interessen der Rechteinhaber auf der anderen Seite im Einzelfall abwägen.<sup>131</sup>

### II. Upcycling als Pastiche

Neben dem Erschöpfungsgrundsatz kann auch auf die Pastiche-Schranke des § 51a UrhG zurückgegriffen werden. Sollte der EuGH den Begriff „Pastiche“ weit auslegen, könnte diese Ausnahme als Auffangregelung für transformative Praktiken wie Upcycling fungieren. Bis jedoch durch zukünftige Urteile Klarheit geschaffen wird, bleibt die Berufung auf diese Regelung unsicher.<sup>132</sup> Für Upcycling ist im Rahmen des § 51a UrhG entscheidend, ob eine erkennbare kreative Transformation vorliegt, und ob die

<sup>117</sup>Finnish Copyright Council, Stellungnahme 2021:9 – Geschirr-Schmuck, 2021, 1 (1-15).

<sup>118</sup>EuGH ZUM 2015, 241 – Allposters/Pictoright.

<sup>119</sup>Finnish Copyright Council, Stellungnahme 2021:9 – Geschirr-Schmuck, 2021, 1 (11) Nr. 42.

<sup>120</sup>Finnish Copyright Council, Stellungnahme 2021:9 – Geschirr-Schmuck, 2021, 1 (1-15).

<sup>121</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (360-361 f.); Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.); Mezei, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/greenifying-copyright/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>122</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (360-361 f.); Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.); Mezei, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/greenifying-copyright/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>123</sup>Mezei, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/greenifying-copyright/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>124</sup>Kreutzer, Kreislaufwirtschaft, S. 33; Calboli, WIPO, <https://www.wipo.int/en/web/wipo-magazine/articles/upcycling-sustainability-and-ip-what-it-means-for-the-world-of-fashion-56361> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>125</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (360-364 ff.).

<sup>126</sup>EuGH ZUM 2015, 241 – Allposters/Pictoright.

<sup>127</sup>Finnish Copyright Council, Stellungnahme 2021:9 – Geschirr-Schmuck, 2021, 1 (1-15).

<sup>128</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (360-364 ff.).

<sup>129</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.).

<sup>130</sup>EuGH ZUM 2015, 241 – Allposters/Pictoright.

<sup>131</sup>Auf die Berücksichtigung von Umweltaspekten in der Abwägung soll unter E.III eingegangen werden.

<sup>132</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).



Interessen des Urhebers gegenüber denen des Upcyclers überwiegen.<sup>133</sup> Die Abwägung zwischen den Rechten des Urhebers und den Interessen des Upcyclers spielt hierbei eine zentrale Rolle. Obwohl vorrangig Individualinteressen abzuwägen sind, kann das Allgemeininteresse an nachhaltiger Entwicklung die Gewichtung beeinflussen. Erwägungsgründe 3 und 31 der InfoSoc-RL eröffnen hierfür den Ansatzpunkt, da sie die Berücksichtigung grundlegender Rechtsprinzipien verlangen – hierzu zählt auch das im EU-Primärrecht verankerte Nachhaltigkeitsinteresse.<sup>134</sup> Für den Upcycler sprechen Nachhaltigkeit (Art. 3 Abs. 3 EUV), Kunstfreiheit (Art. 13 GRCh) und eine geringe wirtschaftliche Beeinträchtigung des Urhebers für eine privilegierte Nutzung.<sup>135</sup> Nachhaltigkeit wird zunehmend als gesellschaftliches Interesse anerkannt und stärkt tendenziell die Position von Upcyclern, insbesondere wenn sie einen Beitrag zu ökologischen Zielen leisten.

Jedoch könnte eine zu weit gefasste Auslegung dazu führen, dass die Schranke als „Freifahrtschein“ für jede Art der Nutzung fremder Werke – auch ohne echte kreative Leistung – missbraucht wird. Dies hätte das Potential das Lizenzsystem zu untergraben und die wirtschaftliche Kontrolle der Urheber zu schwächen. Jedoch werden die Verwertungsinteressen der Urheber innerhalb der Interessenabwägung berücksichtigt.<sup>136</sup> Auch die Pastiche-Schranke unterliegt dem sogenannten Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL. Upcycling-Projekte müssten daher sicherstellen, dass sie keine wirtschaftlichen Nachteile für den Rechteinhaber verursachen und das ursprüngliche Werk nicht entwerten. So kann Übertragen eines urheberrechtlich geschützten Designs auf ein neues Medium problematisch sein, während die Verwendung von beschädigten Materialien ohne Bezug zum ursprünglichen Werk weniger kritisch ist.

Der Gesetzgeber könnte ausdrücklich festlegen, dass Upcycling unter die Pastiche-Schranke fällt, vorausgesetzt, es handelt sich um eine eigenständige kreative Interpretation des ursprünglichen Werks. Eine solche Klarstellung würde den rechtlichen Rahmen für Upcycling-Projekte deutlich erweitern und sicherstellen, dass kreative Transformationen von bestehenden Materialien oder Produkten rechtlich anerkannt werden. Um den kreativen Charakter von Upcycling-Projekten besser beurteilen zu können, könnten Gerichte Leitlinien für die Orientierung bei der Bewertung entwickeln. In diesem Zusammenhang könnte bei der Anwendung der Pastiche-Schranke zudem der Umweltschutzgedanke als unterstützendes Argument herangezogen werden, um Upcycling als eine Maßnahme zur Förderung der Kreislaufwirtschaft zu begünstigen. So könnte etwa ein Künstler, der alte Vinylplatten verwendet, um daraus Skulpturen zu schaffen, unter die Pastiche-Schranke fallen, da eine neue künstlerische Dimension entsteht. Gleiches gilt für den Designer, der alte Kleidungsstücke in neue Modeartikel mit einem völlig anderen Stil verwandelt.

Die Pastiche-Schranke bietet eine flexible Möglichkeit zur Umsetzung von Upcycling-Projekten, indem sie rechtliche Hürden für kreative Transformationen reduziert. Allerdings bleibt die konkrete Auslegung durch Gerichte entscheidend für ihre praktische Anwendbarkeit. Eine gesetzliche Klarstellung könnte helfen, Unsicherheiten zu minimieren und den kreativen Spielraum für Upcycler zu erweitern.

Dies würde auch der Kunstszene zugutekommen und diese fördern, da Upcycling häufig als eine Form der künstlerischen Neuinterpretation verstanden wird.<sup>137</sup> Es besteht allerdings die Gefahr, dass Unternehmen oder Einzelpersonen Upcycling-Projekte unter dem Vorwand der künstlerischen Neuinterpretation durchführen, obwohl sie in Wirklichkeit lediglich die Kopie eines bestehenden Werkes herstellen und verwenden bzw. verwerten. Solcherlei könnte womöglich durch die Bedingung verhindert werden, dass es sich bei dem geupcyclten Produkt um ein solches handeln muss, welches tatsächlich nachhaltig und kreislauffördernd ist und nicht versucht wird, Verbraucher zu täuschen oder zu schädigen.<sup>138</sup>

### III. Umweltschutz als Menschenrecht – Anwendung und Implikationen

**1. Rechtliche Grundlagen des Umweltschutzes** Im Rahmen der Interessenabwägung kann schließlich, zugunsten des Upcyclers, ein Recht auf gesunde Umwelt diskutiert werden. Ein solches Recht wird zunehmend als eigenständiges Menschenrecht befürwortet, sowohl auf internationaler Ebene (zB durch die UN-Resolution 2021 oder das Klima-Urteil des EGMR) als auch in Europa (zB durch Vorschläge zur Aufnahme in die Europäische Menschenrechtskonvention). Auf nationaler Ebene wird der Klimaschutz ebenfalls intensiv erörtert. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24. März 2021 entschieden, dass der Gesetzgeber den Klimaschutz so ausgestalten muss, dass die Freiheitsrechte künftiger Generationen gewahrt bleiben. Daraus ergibt sich eine Verpflichtung, die Emissionsminderungen über das Jahr 2030 hinaus konkret zu bestimmen. Der Klimaschutz wird damit als verfassungsrechtliche Pflicht anerkannt. Im Rahmen der Interessenabwägung kann schließlich, zugunsten des Upcyclers, ein Recht auf gesunde Umwelt diskutiert werden. Ein solches Recht wird zunehmend als eigenständiges Menschenrecht befürwortet, sowohl auf internationaler Ebene (zB durch die UN-Resolution 2021<sup>139</sup> oder das Klima-Urteil des EGMR<sup>140</sup>) als auch in Europa (zB durch Vorschläge zur Aufnahme

<sup>133</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (698); Izyumenko, IIC 2024, 864 (874 ff.).

<sup>134</sup>v. Ungern-Sternberg in Schricker/Loewenheim UrhG § 15 Rn. 32; Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (698 f.).

<sup>135</sup>Hoffmanns, ZUM 2024, 692 (698 ff.).

<sup>136</sup>Schmid, WBS.LEGAL, <https://www.wbs.legal/urheberrecht/pastiche-gesetz-sind-memes-co-nun-legal-66352/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>137</sup>Nieberding, SZ-Magazin, <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/mode/upcycling-mode-89954> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>138</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.); analog Senftleben, SSRN 2023, 1 (6); Calboli, IIC 2024, 237 (245).

<sup>139</sup>UN-Human Rights Council, Resolution 48/13: The human right to a clean, healthy and sustainable environment, 1 (1-3); UN-Human Rights, Information Note to the fifth session of the Intergovernmental Negotiating Committee, 1 (1-9).

<sup>140</sup>EGMR 2024 – 53600/20 – Verein Klimaseniorinnen Schweiz u.a. / Schweiz.



in die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>141</sup>).<sup>142</sup> Auf nationaler Ebene wird der Klimaschutz ebenfalls intensiv erörtert. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24. März 2021 entschieden, dass der Gesetzgeber den Klimaschutz so ausgestalten muss, dass die Freiheitsrechte künftiger Generationen gewahrt bleiben. Daraus ergibt sich eine Verpflichtung, die Emissionsminderungen über das Jahr 2030 hinaus konkret zu bestimmen. Der Klimaschutz wird damit als verfassungsrechtliche Pflicht anerkannt.<sup>143</sup>

**2. Anwendung im Urheberrecht** Dieses Recht kann als Grundlage genutzt werden, um bestehende Gesetze und Praktiken im Urheberrecht an Nachhaltigkeitsziele anzupassen.<sup>144</sup> Insbesondere die Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes und die Anerkennung des Upcyclings als Form der Pastiche könnten hiermit in Einklang stehen. Eine erweiterte Auslegung der Erschöpfung würde Nachhaltigkeit fördern, indem Upcycling-Initiativen gestärkt und die Wiederverwendung von Materialien erleichtert wird, was mit der EU-Politik zur Kreislaufwirtschaft harmonisiert. Zugleich würde die Berücksichtigung von Upcycling für rechtliche Klarheit sorgen, Unternehmen Sicherheit bieten und Innovationen anregen.

**3. Implikationen und Herausforderungen** Gleichzeitig würden allerdings die Rechte der Urheber eingeschränkt, wenn ihre Kontrolle über die wirtschaftliche Verwertung ihrer Werke durch erweiterte Upcycling-Möglichkeiten verringert würde.<sup>145</sup>

Die Umwelt allerdings stellt ebenfalls ein wichtiges Schutzgut dar. Es ist zwar nachvollziehbar, dass sich Urheber in ihren Rechten beeinträchtigt fühlen könnten, und ein Interesse daran haben, dass ihre Werke sowie die damit verbundenen Rechte unangetastet bleiben. Allerdings erfordert die fortschreitende Klimakrise eine sorgfältige Auseinandersetzung, inwieweit bestehende rechtliche Strukturen angepasst werden können, um der Krise entgegenzuwirken. Da sowohl die Verwertungsrechte des Urhebers gemäß § 17 UrhG als auch das gesellschaftliche Interesse an einer gesunden Umwelt von erheblicher Bedeutung sind, bedarf es einer Interessenabwägung, die nicht nur sinnvoll, sondern notwendig ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Upcycler die mögliche Erweiterung der Erschöpfung für sich nutzen könnten, um selbst ungerechtfertigt Profit zu ziehen.

Um dies zu verhindern, könnte Bedingung sein, dass eine Erschöpfung nur in Betracht kommt, wenn das Upcycling-Projekt tatsächlich nachhaltig ist und zur Förderung der Kreislaufwirtschaft beiträgt, und die Verbraucher weder getäuscht noch geschädigt werden.<sup>146</sup>

Dies könnte dazu führen, dass das Prinzip der Erschöpfung auch für modifizierte Produkte Anwendung findet, sofern diese zur Förderung einer Kreislaufwirtschaft beitragen.<sup>147</sup> In diesem Zusammenhang könnten Gerichte von den Rechteinhabern verlangen, nachzuweisen, inwiefern eine Modifikation oder Wiederverwendung eines Produkts ihre legitimen Interessen beeinträchtigt.<sup>148</sup> Auf diese Weise würden die Interessen der Rechteinhaber mit den gesellschaftlichen Zielen der Nachhaltigkeit und der Kreislaufwirtschaft in Einklang gebracht.<sup>149</sup> Dies stünde auch im Einklang mit Art. 37 GRCh, der eine hohe Gewichtung des Umweltschutzes fordert, sowie mit der EU-Textilstrategie und der Abfallrahmenrichtlinie,

die die Wichtigkeit der Wiederverwendung und der Verlängerung der Lebensdauer von Produkten betonen.<sup>150</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint ein verstärkter Fokus auf den Umweltschutz in der urheberrechtlichen Abwägung naheliegend.

Das Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt könnte als übergeordnetes Prinzip genutzt werden, um Einschränkungen des Urheberrechts zu rechtfertigen. Gerichte müssten die Auswirkungen auf die Umwelt bewerten und mit den Urheberrechten abwägen, wobei wirtschaftliche Interessen der Urheber nicht automatisch Vorrang vor den gesellschaftlichen Vorteilen nachhaltiger Praktiken haben sollten. Konkret könnte dies die Erweiterung urheberrechtlicher Schranken oder Ausnahmen für transformative Nutzungen wie Upcycling rechtfertigen, sofern diese den Umweltzielen dienen und keine wesentlichen Rechte der Urheber verletzen.

Die Abwägung zwischen Urheberinteressen und Umweltzielen erfordert eine sorgfältige Prüfung. Einerseits könnten Urheber argumentieren, dass ihre wirtschaftlichen und kreativen Interessen beeinträchtigt werden. Andererseits könnte ein stärkerer Fokus auf Nachhaltigkeit zu einer Neubewertung des Urheberrechts führen, bei der gesellschaftliche Ziele wie Ressourcenschonung, Kreislaufwirtschaft und Förderung nachhaltiger Geschäftsmodelle stärker gewichtet werden. Die Integration des Umweltschutzes als Menschenrecht schafft zudem Unsicherheiten, da klare Grenzen für die Anwendung fehlen und unklar ist, wie Gerichte oder Gesetzgeber den Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen konkret gestalten würden.

#### IV. Einschlägiges Grundrechtsregime

Der Umweltschutz könnte herangezogen werden, um urheberrechtliche Änderungen wie die Pastiche-Ausnahme oder ein erweiterter Erschöpfungsgrundsatz zu begründen. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die Verwertungsrechte und die Schranken-Bestimmungen nicht im gleichen Maße durch die InfoSoc-RL harmonisiert werden. Hinsichtlich der Verwertungsrechte gilt, dass diese europarechtlich vollharmonisiert sind. Für ihre Auslegung und Anwendung ist daher allein die EU-Grundrechtecharta maßgeblich. Die deutschen Grundrechte, wie etwa Art. 5 GG oder Art. 14 GG, treten insoweit zurück, als das Unionsrecht eine vollständige Vereinheitlichung vorsieht.

<sup>141</sup>Council of Europe Parliamentary Assembly, Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe, Recommendation 2211, 2021, 1 (1-5); Europarat Presseraum, <https://www.coe.int/de/web/portal/-/das-recht-auf-saubere-gesunde-und-nachhaltige-umwelt-in-europa-voranbringen> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>142</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (880 ff.); Spijkers, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/ip-hr2he-customary-international-law/> (zuletzt abgerufen am 14.09.2025).

<sup>143</sup>BVerfGE 157, 30.

<sup>144</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (880 ff.).

<sup>145</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.).

<sup>146</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.); vgl. auch Senftleben, SSRN 2023, 1 (6); Calboli, IIC 2024, 237 (245).

<sup>147</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.); Senftleben, SSRN 2023, 1 (6); Calboli, IIC 2024, 237 (245).

<sup>148</sup>Izyumenko, IIC 2024, 864 (871 f.).

<sup>149</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (365).

<sup>150</sup>Mezei, Härkönen, JIPLP 2023, 360 (365).

Eine Änderung des Erschöpfungsgrundsatzes müsste folglich auf europäischer Ebene erfolgen. Anders verhält es sich mit den Schranken des Urheberrechts. Diese – wie etwa das Zitatrecht, die Schranken für Karikatur und Pastiche oder die freie Benutzung – sind nicht in gleichem Maße harmonisiert. Zwar enthält Art. 5 InfoSoc-Richtlinie einen abschließenden Katalog zulässiger Schranken, doch ist dieser optional ausgestaltet. Die Mitgliedstaaten dürfen die dort genannten Schrankenbestimmungen umsetzen, sind hierzu jedoch nicht verpflichtet. Daraus folgt, dass insoweit ein gewisser Spielraum verbleibt, insbesondere bei der Auslegung und der konkreten Ausgestaltung dieser Schranken.<sup>151</sup> Im Hinblick auf die Pastiche-Schranke bedeutet dies, dass hier nationales Recht Anwendung findet.

## F. Unabhängiger Rechtsschutz für Upcycling-Produkte

Nachdem nun erläutert wurde, wie Upcycling-Projekte umgesetzt werden können, ohne die Urheberrechte des hierbei verwendeten ursprünglichen Werkes zu verletzen, bleibt abschließend zu klären, ob durch das Upcycling ein neues Werk entsteht, das seinerseits eigenständig urheberrechtlich geschützt bzw. schutzfähig ist. Upcycling-Produkte können urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie die Kriterien der Originalität erfüllen, also eine eigenständige geistige Schöpfung darstellen. Upcycling-Produkte sind aus ihrer Natur heraus meist Gegenstände der angewandten Kunst sowie auch Bearbeitungen.<sup>152</sup> Der EuGH hat klargestellt, dass Werke der angewandten Kunst allein anhand ihrer Originalität geschützt werden, unabhängig von ästhetischen Anforderungen oder technischen Vorgaben.<sup>153</sup> Da Upcycling-Produkte oft bestehende Materialien transformieren, müssen sie über eine bloße Neuinterpretation hinausgehen und eine persönliche Ausdrucksform des Upcyclers zeigen, um als originäre Werke zu gelten.<sup>154</sup> Upcycling-Produkte genießen dann selbst urheberrechtlichen Schutz, wenn sie unter den Begriff des Werks nach § 2 UrhG dem Werk fallen. Die Klärung, ob Upcycling-Produkte eigenständig urheberrechtlich geschützt sind, hat Implikationen für die Praxis und die Gestaltung nachhaltiger kreativer Prozesse, da der urheberrechtliche Schutzstatus maßgeblich den Rahmen für die rechtmäßige Nutzung, Verwertung und Vermarktung dieser Produkte bestimmt. Wird ein Upcycling-Produkt als originäres Werk im Sinne des § 2 UrhG anerkannt, genießt der Upcycler umfassende Rechte, etwa hinsichtlich der Vervielfältigung, öffentlichen Ausstellung und Vermarktung des Produkts.

Gleichzeitig sollte jedoch bedacht werden, dass die aufgezeigten Hürden beim urheberrechtlichen Schutz von Upcycling-Produkten nicht nur als restriktiv zu bewerten sind, sondern auch grundlegende Schutzfunktionen erfüllen. So gewährleisten sie die Rechte und die Kontrolle des ursprünglichen Urhebers, sie verhindern eine rein wirtschaftliche Ausbeutung, indem der Urheber auch an neuen Verwertungswegen – etwa durch Upcycling – beteiligt wird, und sie sichern zudem die Integrität künstlerischer Werke. Diese Gesichtspunkte müssen daher in jeder Diskussion über eine mögliche Liberalisierung des Urheberrechts im Sinne nachhaltiger Praktiken mitberücksichtigt werden. Erforderlich ist insoweit stets

eine interessenbasierte Einzelfallabwägung zwischen Schutz der Urheber und den Chancen, die nachhaltige kreative Praktiken wie Upcycling eröffnen.

## G. Fazit

Upcycling gewinnt als kreative und nachhaltige Praxis zunehmend an gesellschaftlicher Bedeutung, steht jedoch in einem komplexen Spannungsfeld mit dem Urheberrecht. Während Upcycling einen wichtigen Beitrag zur Kreislaufwirtschaft und Ressourcenschonung leisten kann, stellen urheberrechtliche Regelungen für das Upcycling oft erhebliche Hürden dar. Insbesondere der Schutz des Ursprungswerks durch die Verwertungsrechte sowie die Urheberpersönlichkeitsrechte können durch transformative Nutzungen wie Upcycling betroffen sein. Bestehende rechtliche Rahmenbedingungen sind nicht immer ausreichend, um auf die Besonderheiten von Upcycling einzugehen oder andiese angepasst zu werden. Ansätze wie die Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes oder die Anwendung der Pastiche-Schranke bieten vielversprechende Möglichkeiten, um eine ausgewogene Lösung zu finden. Dabei zeigt sich, dass eine klare rechtliche Regelung notwendig ist, um sowohl die Rechte der Urheber zu wahren als auch die kreative Freiheit der Upcycler zu fördern. Nachhaltigkeitsziele sowie Umweltschutz stärker in die rechtliche Bewertung von Upcycling einfließen zu lassen. Die Integration des Rechts auf eine gesunde Umwelt oder die Berücksichtigung gesellschaftlicher Interessen an nachhaltigen Praktiken könnten langfristig erforderlich machen, das Urheberrecht an moderne Herausforderungen anzupassen.

Der Grad der Umgestaltung ist beim Upcycling entscheidend. Je nach Umfang und Art der Veränderung kann ein upgecycltes Produkt eigenständig urheberrechtlich geschützt sein oder unter bestehende Schrankenregelungen fallen. Eine differenzierte Einzelfallbetrachtung bleibt daher unverzichtbar. Es ist ein rechtlicher Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und den Bedürfnissen einer nachhaltigen Gesellschaft möglich – dies erfordert jedoch eine kontinuierliche Weiterentwicklung des Urheberrechts im Einklang mit kulturellen und ökologischen Anforderungen.

<sup>151</sup> EuGH ZUM 2019, 759 – Spiegel Online GmbH/Volker Beck; BGH ZUM 2017, 753 – Afghanistan Papiere.

<sup>152</sup> Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (8).

<sup>153</sup> Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (8 ff.).

<sup>154</sup> Rosati/Sipetas, Stockholm University Publications (in Kürze erscheinend in EIPR) 2025, 1 (12 f.).

# Die kriminalpolitische Legitimation der Staatsverunglimpfungsdelikte (§§ 90 ff. StGB)

Dost, Aline\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Ein Staat, der Kritik kriminalisiert, schwächt die Demokratie, anstatt sie zu schützen. Die Staatsverunglimpfungsdelikte bewegen sich dabei auf einem schmalen Grat zwischen legitimer wehrhafter Demokratie und illegitimer staatlicher Selbstimmunisierung. Zwar versprechen die §§ 90 ff. StGB nicht weniger als den Schutz des Bestandes von Bundesrepublik und Europäischer Union, tatsächlich steht jedoch Symbolpolitik im Vordergrund. Rechtspolitisch fragwürdig und historisch vorbelastet zählen die Staatsverunglimpfungsdelikte außerdem zu dem besonders sensiblen Bereich des politischen Strafrechts, in dem eine problematische Veranlagung des Strafrechts hervortritt: seine inhärente Gefahr, als Machtinstrument missbraucht zu werden. Die mit der Kriminalisierung von Kritik verbundenen chilling effects, sowie die einseitige Inanspruchnahme der Definitionsmacht darüber, welche Kritik legitim ist, verzerren und schwächen den demokratischen Diskurs. Die Kriminalisierung der Staatsverunglimpfung schafft folglich keine Legitimation im Sinne der wehrhaften Demokratie, sondern ist vielmehr Ausdruck einer Legitimationskrise. Ein Staat, der Pluralismus ernst nimmt, braucht eine andere Grundhaltung zu Konflikten und darf selbst verunglimpfende Kritik von freiheitlich-demokratischen Stimmen nicht antagonisieren.

**Keywords** politisches Strafrecht, wehrhafte Demokratie, Kriminalpolitik, Staatsverunglimpfung, Rechtsgutslehre, staatliche Selbstimmunisierung

## A. Kurzer Problemanriss

Demokratie lebt von Kritik, doch gerade dort, wo Kritik die Grenzen des Sagbaren zu überschreiten scheint, wird der demokratische Diskurs besonders herausgefordert. In diesem Spannungsfeld treffen zwei grundlegende Leitprinzipien aufeinander: die liberale, pluralistische Demokratie mit ihrem Bekenntnis zu Meinungsfreiheit und offener Debatte – und die wehrhafte Demokratie, die sich gegen Angriffe auf ihre Werte und Institutionen zur Wehr setzt, indem sie unter anderem die Meinungsfreiheit beschneidet. Rechtlich manifestiert sich dieses Spannungsfeld unter anderem in den Staatsverunglimpfungsdelikten der §§ 90 ff. StGB. Diese stellen herabwürdigende Aussagen gegen Verfassungsorgane, Staatssymbole sowie Organe und Symbole der Europäischen Union unter Strafe. Ziel des Beitrags ist eine kritische, konzeptuelle Auseinandersetzung mit den §§ 90 ff. StGB, die der Frage nachgeht, ob diese Normen nach einem kritischen Strafrechtsverständnis kriminalpolitisch legitimierbar oder vielmehr Ausdruck einer demokratisch fragwürdigen, staatlichen Selbstdarstellung jenseits der wehrhaften Demokratie sind.

## B. Kritische Verortung: Kriminalpolitik, Strafrecht und die Staatsverunglimpfungsdelikte

Bevor die Legitimität der Strafbarkeit der Staatsverunglimpfung bewertet werden kann, soll ein theoretischer Grundstein gelegt werden. Dazu gehört eine Annäherung an den Begriff der Kriminalpolitik, die Einordnung des Strafrechts als sensibles und ambivalentes Instrument, sowie eine kurze, konzeptuelle Analyse der §§ 90 ff. StGB.

### 1. Inhalt des Begriffs Kriminalpolitik

Der Begriff der Kriminalpolitik wird in der wissenschaftlichen Literatur uneinheitlich und teils diffus verwendet. Nach einem klassischen, funktionalistischen Verständnis umfasst Kriminalpolitik als *Policy-Programm* sämtliche staatlichen Strategien und Instrumente zur Optimierung der Verbrechenskontrolle und der Bekämpfung von Kriminalität.<sup>1</sup> Sie wird als Teil des Politikfelds der inneren Sicherheit verstanden,<sup>2</sup> dessen Maßnahmen sowohl von der Legislative (Kriminalisierungs- und Entkriminalisierungsentscheidungen), als auch der Exekutive (vor allem Strafverfolgung) und der Judikative (Strafzumessung und Justizpolitik) durchgeführt werden.<sup>3</sup>

Problematisch an dieser funktionalistischen Sichtweise ist jedoch, dass sie Kriminalpolitik primär als Instrument staatlicher Interessen begreift, ohne die Legitimität kriminalpolitischer Maßnahmen kritisch zu hinterfragen. Eine solche Perspektive läuft Gefahr, strafrechtliche Interventionen allein aus dem staatlichen Strafbedürfnis abzuleiten, sodass kriminalpolitischen Maßnahmen keine Grenzen gesteckt sind. Vor dem Hintergrund darf nicht

\* Die Autorin hat an der Goethe Universität Rechtswissenschaft studiert und schreibt ihre Bachelorarbeit in Politikwissenschaften im Bereich Rechtspolitik. Nebenbei hält sie Tutorien in den Grundlagenfächern und im Strafrecht.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Dost, Die kriminalpolitische Legitimation der Staatsverunglimpfungsdelikte (§§ 90 ff. StGB), FraLR 2025 (03), S. 130-137. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.frallr.25.3.05>

<sup>1</sup>ZB: Nass (1968), Der Staat und seine Verbrecher, S. 10 f.; ähnlich funktional auch Lange in Lange, Kriminalpolitik, S. 8 (10); und Aden in Lange, Kriminalpolitik, 121 (122).

<sup>2</sup>Frevel in Lange, Kriminalpolitik, S. 103 (103 f.).

<sup>3</sup>Frevel in Lange, Kriminalpolitik, S. 103 (105 f.).



übersehen werden, dass Kriminalität keine objektiv feststellbare Größe ist. Vielmehr handelt es sich um ein gesellschaftlich konstruiertes Phänomen, das abweichendes Verhalten erst durch Zuschreibung als kriminell festsetzt (sog. *labeling approach*).<sup>4</sup> Kriminalpolitik hat somit nicht nur die Aufgabe, reaktiv strafbares Handeln zu sanktionieren, sondern konstitutiv zu „produzieren“,<sup>5</sup> was als Kriminalität gilt. Deshalb fordert Hassemer insofern ein inhaltliches Verständnis von Kriminalpolitik, als dass es den Gegenstand und die Legitimität strafrechtlicher Eingriffe kritisch reflektiert.<sup>6</sup>

Aus diesen Überlegungen folgt für die Forschungsfrage, dass nicht einfach vorausgesetzt werden kann, dass jedes kriminalpolitische Handeln legitim ist, solange ein staatliches Strafbedürfnis besteht. Stattdessen ist zu prüfen, ob und inwiefern die Strafbarkeit der Staatsverunglimpfung tatsächlich kriminalpolitisch legitim ist. Nach Hassemer bedarf es hierbei eines legitimen Rechtsgutes, dessen Schutz nicht bloß symbolisch behauptet wird. Zudem ist zu prüfen, ob die Norm zur Erreichung dieses Ziels tatsächlich geeignet ist. Schließlich betont Hassemer das Bewusstsein für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit.<sup>7</sup> Fraglich ist, ob dieses Verhältnis vorliegend ausgewogen ist.

## II. Die ambivalente Rolle des Strafrechts zwischen Herrschafts- und Freiheitssicherung

Kriminalpolitik lässt sich nur vor dem Hintergrund der ambivalenten Rolle des Strafrechts verstehen und einordnen. Das Strafrecht dient einerseits dem Schutz individueller Freiheit, andererseits jedoch auch der Sicherung staatlicher Herrschaft. Das Ausbalancieren dieser Doppelrolle, das vor allem das politische Strafrecht prägt, zieht sich wie ein roter Faden durch die gesamte Entwicklung, welche exemplarisch anhand folgender Etappen verdeutlicht werden soll:

Ausgangspunkt der Entwicklung ist das Verständnis von Hobbes „Jeder hat so viel Recht wie Macht“,<sup>8</sup> welcher das Recht als reines Machtinstrument begreift und an das Strafrecht keine Legitimitätsfragen stellt. Mit dem Übergang zum Rechtsstaat verschiebt sich die Perspektive und es entwickelte sich zunehmend ein Strafrecht, das sich nicht nur auf Machterhalt, sondern auch auf Freiheitsgarantien stützte. Es wurden zunehmend Maßstäbe eingeführt, die das Strafrecht an ein Prinzip der Zurückhaltung bindet.<sup>9</sup>

Feuerbach und von Liszt sind bekannte Vordenker der Begrenzung und Humanisierung des Strafrechts, die rechtsstaatliche Ansätze von *nulla poene sine lege* oder dem *Ultima-Ratio-Grundsatz* entwickelten.<sup>10</sup> In kantischer Tradition suchten Feuerbach und von Liszt außerdem nach einer Begrenzung der Strafrechtspolitik durch materielle Strafvoraussetzungen, wie die Verletzung subjektiver Rechte bzw. geschützter Interessen. Ein Grundproblem blieb hierbei jedoch bestehen: Die Definitionsmacht darüber, was die Verletzung subjektiver Rechte begründe bzw. welche Interessen als geschützt gelten würden, blieb vollständig beim Staat.<sup>11</sup>

Diese im Strafrecht angelegte Missbrauchsgefahr trat beispielsweise im NS-Strafrecht offen zutage, welches als Waffe zur Selbstimmunisierung staatlicher Macht

gegen Opposition und Kritik eingesetzt wurde. Das NS-Strafrecht ist jedoch weniger als Perversion und vielmehr als Zuspitzung einer dem Strafrecht immanenten Gefahr zu verstehen: Aufgrund seiner dargestellten Eigenart liegt es im Strafrecht selbst angelegt, dass es vom Schutzinstrument zum repressiven Herrschaftsinstrument tendieren kann.<sup>12</sup>

Eine Sonderstellung nimmt in der Entwicklung das politische Strafrecht ein. Mit der Demokratisierung entwickelte sich eine politische Gesellschaft, in der der politische Wille nicht nur vom Staat ausgeht, sondern aus der Gesellschaft herausgebildet wird.<sup>13</sup> Während dieses Prozesses veränderte sich notwendigerweise auch das politische Strafrecht, welches nun nicht mehr nur die Autorität des Staates, sondern auch den demokratischen Meinungsbildungsprozess schützen sollte.<sup>14</sup>

Gerade bei politischen Delikten, wie §§ 90 ff. StGB, hängt die Legitimität maßgeblich von der Stellung innerhalb dieses Verhältnisses zwischen Herrschaftssicherung und Schutz von Freiheiten, hier dem Schutz des demokratischen Meinungsbildungsprozesses, ab. Vor dem Hintergrund, dass dem Strafrecht der „Keim“ eines repressiven Herrschaftsinstrumentes noch immer immanent ist, sind Normen des politischen Strafrechts wie die §§ 90 ff. StGB besonders kritisch zu prüfen.

## III. Konzeptuelle Analyse der §§ 90 ff. StGB und Handhabung der Rechtsprechung

Die §§ 90 ff. StGB werden hier gemeinsam analysiert, da sie ein ähnliches historisches, teleologisches und systematisches Konzept eint: Sie schützen unter dem Titel „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“ symbolisch verdichtete Erscheinungsformen des Staates, wie zB den Bundespräsidenten oder die Bundesflagge vor Verunglimpfung. Ziel ist ein Überblick über wesentliche strukturelle Gemeinsamkeiten und Besonderheiten, sowie die Darstellung der Handhabung durch die Rechtsprechung, welche eine spätere, kritische Auseinandersetzung ermöglichen.

<sup>4</sup>Der Ansatz geht ursprünglich auf Becker (1963), *Outsiders - Studies in the Sociology of Deviance* zurück, gesehen bei: Hassemer (1974), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, S. 68 f.; Aden in Lange, *Kriminalpolitik*, S. 121 (123).

<sup>5</sup>Hassemer (1974), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, S. 68; aufgegriffen bei Aden in Lange, *Kriminalpolitik*, S. 121 (121).

<sup>6</sup>Hassemer (1974), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, S. 67 ff.

<sup>7</sup>Daraus lassen sich weitere Kriterien ableiten, wie der *Ultima-Ratio-Grundsatz*, der fragmentarische Charakter des Strafrechts, die Vermeidung von Sekundärschäden, etc., welche in der Arbeit an unterschiedlichen Stellen eine Rolle spielen, siehe Staechelin in Lüderssen (1998), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, S. 239 (249).

<sup>8</sup>Naucke (2012), *Politische Wirtschaftsstraftat*, S. 9.

<sup>9</sup>Naucke (2023), *Strafrecht als Teil politischer Macht*, S. 18.

<sup>10</sup>Feuerbach in Vormbaum, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, 14. Aufl., 108 (108); Naucke (2023), *Strafrecht als Teil politischer Macht*, S. 34 f.

<sup>11</sup>Naucke (2023), *Strafrecht als Teil politischer Macht*, S. 21.

<sup>12</sup>Naucke (2023), *Strafrecht als Teil politischer Macht*, S. 31 f.

<sup>13</sup>Papacharalambous (1991), *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat*, S. 96 f.

<sup>14</sup>Papacharalambous (1991), *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat*, S. 96 f.



1. *Strukturelle Gemeinsamkeiten und Besonderheiten* Bei allen vier Normen handelt es sich um abstrakte Gefährdungsdelikte,<sup>15</sup> es müssen also keine konkreten Folgen eingetreten sein. Eine kleine Ausnahme bildet § 90b StGB, der als ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt konzipiert ist.<sup>16</sup> Abstrakte Gefährdungsdelikte werfen regelmäßig vor allem die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Strafandrohung ohne Schadenseintritt auf.<sup>17</sup> Sowohl die Verunglimpfung des Bundespräsidenten gem. § 90 Abs. 1 StGB als auch die verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen gem. § 90b Abs. 1 StGB ist mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten bedroht, vgl. §§ 90 Abs. 1 und 90b Abs. 1 StGB. Gemäß § 90 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB kann die Strafe gemildert werden, was zwar im Einzelfall Flexibilität ermöglicht, der Justiz aber zugleich einen großen Ermessensspielraum öffnet. Für Verfahren nach §§ 90 und 90b StGB ist zudem eine Ermächtigung des Bundespräsidenten bzw. des betroffenen Verfassungsorgans oder dessen Mitglieds erforderlich, um Strafverfolgungen zu vermeiden, an denen Betroffene kein Interesse haben, vgl. §§ 90 Abs. 4 und 90b Abs. 2 StGB.<sup>18</sup> Die Ermächtigungslösung birgt dabei die Gefahr politischer Einflussnahme, die über das Antragserfordernis zB bei §§ 185 ff. StGB hinausgeht, vgl. § 194 Abs. 1 S. 1 StGB.

Bei der Tathandlung des Verunglimpfens ist zu differenzieren zwischen der Verunglimpfung gem. §§ 90 Abs. 1 und 90b Abs. 2 StGB einerseits und der Verunglimpfung gem. §§ 90a Abs. 1 Nr. 2 und 90c Abs. 1 StGB andererseits. Die Verunglimpfung des Bundespräsidenten bzw. eines Verfassungsorgans oder dessen Mitglieds verlangt eine nach Form, Inhalt, Begleitumständen oder Beweggrund erheblichere Ehrenkränkung iSd §§ 185-188 StGB.<sup>19</sup> Das Merkmal der Erheblichkeit dient dazu, Ehrangriffe aus dem Tatbestand auszuschließen, die zur faktischen Beeinträchtigung nicht geeignet sind.<sup>20</sup> Hierbei bestehen Parallelen zu §§ 185 ff. StGB, insbesondere zu § 188 StGB, was zu der Frage führt, warum es hierfür gesonderte Tatbestände braucht. Mangels eines Schutzes der „Ehre“ bei Symbolen der BRD bzw. der EU wird Verunglimpfung bei § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 90c Abs. 1 StGB stattdessen als besondere Verächtlichmachung bzw. Missachtungskundgabe verstanden, sei es durch Tatsachenbehauptungen oder durch Werturteile.<sup>21</sup> Die Tathandlungen des Beschimpfens oder böswilligen Verächtlichmachens der Symbole des § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB und des § 90c Abs. 2 StGB und auch der beschimpfende Unfug iSd § 90a Abs. 2 Var. 6 StGB bzw. § 90c Abs. 2 Var. 6 StGB erfassen im Wesentlichen eine besonders große und herabsetzende Missachtungsausäußerung.<sup>22</sup>

§ 90 StGB geht historisch auf die Majestätsbeleidigung des Kaiserreichs (§ 95 RStGB) zurück,<sup>23</sup> die in der Weimarer Republik den Reichspräsidenten als „Ersatzkaiser“ schützte und in konsequenter Weiterentwicklung nun den Bundespräsidenten schützt.<sup>24</sup> Auch § 90a StGB kann aus der Majestätsbeleidigung abgeleitet werden.<sup>25</sup> Der Vorläufer des § 90b StGB entstand in der politisch krisenhaften Spätphase der Weimarer Republik, als der Reichspräsident per Notverordnung gegen politische Ausschreitungen vorgeing.<sup>26</sup> Eine „Blütezeit“ erlebte ein Teil der Staatsverunglimpfungsdelikte schließlich im deutschen Nationalsozialismus.<sup>27</sup> § 90c StGB wurde erst 2020 eingeführt.<sup>28</sup> Die historische Einordnung zeigt, dass viele dieser Normen

aus autoritären Kontexten stammen oder diese maßgeblich unterstützten, was ihre Legitimation in der modernen Demokratie fragwürdig erscheinen lässt.

2. *Einfluss des Art. 5 Abs. 1 GG auf die Handhabung der Rechtsprechung* Ein grundlegendes Problem besteht darin, dass die tatbestandlichen Handlungen der §§ 90 ff. StGB sehr weit ausgelegt werden können.<sup>29</sup> Daher fordert das BVerfG eine besonders restriktive Auslegung dieser Normen im Lichte der durch Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Meinungsfreiheit.<sup>30</sup> Diese ist als demokratiekonstituierendes Grundrecht gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis für politische Kritik erwachsen und schützt auch scharfe, geschmacklose oder überspitzte Kritik, die sich gegen Staat, Organe oder Verfassungsprinzipien richtet.<sup>31</sup> Die Meinungsfreiheit kann gem. Art. 5 Abs. 2 GG durch allgemeine Gesetze, wie §§ 90 ff. StGB, eingeschränkt werden. Verfassungsrechtlich ist hierbei stets eine Abwägung vorzunehmen zwischen der Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit und dem Gewicht des durch §§ 90 ff. StGB geschützten Rechtsguts<sup>32</sup> (zum geschützten Rechtsgut siehe nächster Abschnitt). Dabei ist zu berücksichtigen, dass je näher eine Äußerung an den Kernbereich politischer Meinungsfreiheit heranrückt, desto höher liegt auch die Schwelle zur Strafbarkeit. Zu beachten ist außerdem, dass bei den §§ 90 ff. StGB der Art. 5 Abs. 1 GG auch auf der Ebene der Strafzumessung Beachtung findet.<sup>33</sup>

<sup>15</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 2; Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90a Rn.11; Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90c Rn. 2.

<sup>16</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90b Rn. 2.

<sup>17</sup>Kindhäuser in Lüderssen (1998), Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 263 (274 ff.).

<sup>18</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 29.

<sup>19</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 5.

<sup>20</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 5 f.

<sup>21</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90a Rn. 14; Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90c Rn. 6.

<sup>22</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90a Rn. 11, 12, 22.

<sup>23</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 26.

<sup>24</sup>Liourdi (1990), Strafbestimmungen zum Ehreenschutz des Staatsoberhauptes, S. 46 bis 50; Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 26.

<sup>25</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 27.

<sup>26</sup>Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Verordnung des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen, gestützt auf Art. 48 der WRV.

<sup>27</sup>Paefgen in NK-StGB, 4. Aufl., 2023, § 90b Rn. 1.

<sup>28</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90c Rn. 1.

<sup>29</sup>Paefgen in NK-StGB, 4. Aufl., 2023, § 90a Rn. 9; §§ 90a und 90c StGB gehören zu den besonders umstrittenen, weil unbestimmten Normen der Staatsverunglimpfung. Besonders die Unbestimmtheit wird kritisiert; vgl. auch Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90c Rn. 1.

<sup>30</sup>BVerfGE 47, 198.

<sup>31</sup>BVerfG, Beschl. v. 15.9.2008, 1 BvR 1565/05; BVerfG, Beschl. v. 29.7.1998 – 1 BvR 287/93, NJW 1999, 204 (206); BGH, Beschl. v. 30.10.2018 – 3 StR 27/18, NStZ 2019, 659; Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 6.

<sup>32</sup>BVerfG, Beschl. v. 29.7.1998 – 1 BvR 287/93; BVerfG, Beschl. v. 4.2.2010 – 1 BvR 369/04, 1 BvR 370/04, 1 BvR 371/04, NJW 2010, 2193 (2194).

<sup>33</sup>EGMR, Urt. v. 15.3.2011 – 2034/11, NJOZ 2012, 833 (837); BGH, Beschl. v. 15.10.2002 – 3 StR 270/02, NStZ 2003, 145 (146); Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 27.

#### IV. Kapitelfazit zur theoretischen Grundlegung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich Kriminalpolitik nicht nur auf Verbrechensbekämpfung beschränkt, sondern „Kriminalität“ aktiv mitgestaltet, weshalb die Legitimation kriminalpolitischer Maßnahmen kritisch hinterfragt werden muss. Insbesondere das politische Strafrecht muss zwischen der Sicherung staatlicher Autorität und bürgerlichen Freiheit sorgfältig austariert werden. Die §§ 90 ff. StGB sind historisch vorbelastet, bieten Anhaltspunkte für Kritik und greifen tief in die politische Meinungsfreiheit ein, wobei die Rechtsprechung dem durch restriktive Handhabung entgegenwirkt.

#### C. Die Legitimität der §§ 90 ff. StGB – Die Rechtsgutslehre als kriminalpolitisches Korrektiv

Dementsprechend soll nun die kriminalpolitische Legitimität der §§ 90 ff. StGB kritisch beleuchtet werden. Die Rechtsgutslehre gilt als klassisches Korrektiv gegenüber einer rein funktionalistischen, kriminalpolitisch motivierten Zweckrationalität.<sup>34</sup> Sie fordert grundsätzlich, dass jedes Strafgesetz durch den Schutz eines legitimen Rechtsguts gerechtfertigt ist. Dies folgt der liberalstaatlichen Überzeugung, dass staatliche Gewalt durch Rechte der Bürger:innen begründet und auch begrenzt sein muss.<sup>35</sup>

Allerdings wird der Begriff des Rechtsguts uneinheitlich verwendet und ist zudem nicht klar umrissen. Nach Roxin sind Rechtsgüter alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.<sup>36</sup> Hierbei gibt es Parallelen mit der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch das BVerfG.<sup>37</sup> Die Rechtsgutslehre zielt jedoch nicht auf die Verfassungsmäßigkeit der Normen, sondern auf deren kriminalpolitische Legitimation ab.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die Rechtsgüter der §§ 90 ff. StGB nach dem Konzept der Universalrechtsgüter zwar grundsätzlich legitim sind, die Normen aber nicht tatsächlich dem Schutz dieser Rechtsgüter dienen. Stattdessen scheinen symbolische Funktionen in den Vordergrund zu treten. Zu beachten ist, dass ähnlich wie die Rechtsgutslehre auch der Begriff des symbolischen Strafrechts keinen eindeutigen, wissenschaftlichen Beurteilungsmaßstab darstellt. Dennoch liefern beide Figuren bei politisch sensiblen Normen wertvolle, kriminalpolitische Tendenzen und Leitlinien,<sup>38</sup> anhand derer sich die weitere Auseinandersetzung orientieren kann.

#### I. Die zu schützenden Rechtsgüter der §§ 90 ff. StGB

§ 90 Abs. 1 StGB schützt das Ansehen des Bundespräsidenten, sowohl in der Person als auch im Amt.<sup>39</sup> Ziel ist, die durch die Verunglimpfung vermeintlich eintretende Minderung seiner Symbolkraft zu verhindern, da diese Verunglimpfung letztlich den Staat und seine verfassungsmäßige Ordnung in ihrer Symbolkraft treffen könnte.<sup>40</sup> Anders als die Ehre iSd §§ 185 ff. StGB betrifft das Ansehen hier die Außenwirkung, also Geltung und Reputation.<sup>41</sup>

§ 90a StGB schützt nicht die „Ehre“ des Staates, da ein Staat, anders als eine Person, keine Ehre im eigentlichen Sinne hat.<sup>42</sup> Wohl aber hat ein Staat ein Ansehen und ist auf das Bewusstsein der Staatsbürger:innen von der Wertigkeit ihres Staates auch angewiesen, um überhaupt als Staat zu existieren.<sup>43</sup> Um reinen Gefühlsschutz und damit ein subjektives Empfinden der Bevölkerung bei verunglimpfender Handlung an beispielsweise der deutschen Flagge kann es aber bei der Norm nicht gehen, da strafrechtliche Kriminalisierung den Schutz objektiver Rechtsgüter zwingend erfordert.<sup>44</sup>

Schutzgut des § 90a StGB ist folglich der Schutz des Ansehens der BRD, der Bundesländer und der verfassungsmäßigen Ordnung. Mittelbar geht es um die Existenz und Integrität des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates sowie der Wahrung der verfassungsrechtlich garantierten Grundstrukturen gem. Art. 79 Abs. 3 GG.<sup>45</sup>

§ 90b StGB schützt das Ansehen bestimmter Verfassungsorgane und ihrer Mitglieder, wiederum mittelbar im Interesse des Bestandes der BRD und der verfassungsmäßigen Ordnung.<sup>46</sup> § 90c StGB schützt das Ansehen der EU und damit mittelbar den europäischen Frieden.<sup>47</sup> Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die §§ 90 ff. StGB primär das Ansehen staatlicher Funktionstragender und Institutionen als Zwischenrechtsgut schützen. Dahinter steht aber der Schutz der Existenz und Stabilität der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der BRD bzw. der EU als das eigentliche Rechtsgut.

#### II. Universalrechtsgüter als „wehrhafte Funktionseinheiten“ des Staates

Grundsätzlich geht die Rechtsgutslehre nur vom Schutz personaler, also individueller Rechtsgüter aus, da das Recht primär dem Schutz von Bürger:innen dient (s.o. Abschnitt zur Rolle des Strafrechts). Nach Hassemer's personaler Rechtsgutslehre können jedoch auch Universalrechtsgüter legitim sein, sofern sie sich an individuelle Rechtspositionen rückkoppeln lassen.<sup>48</sup> Hassemer weist hierbei auf das besondere Missbrauchspotential von Allgemeinrechtsgütern hin, die in einer Ausweitung des Strafrechts zu Selbstzwecken des Staates besteht.<sup>49</sup>

<sup>34</sup>Hassemer (1974), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 164.

<sup>35</sup>Hassemer, ZRP 25 (1992), 378 (380).

<sup>36</sup>Roxin (2006), Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 16.

<sup>37</sup>Für eine verfassungsrechtliche Bedeutung des Rechtsguts siehe erstes Abtreibungsurteil BVerfGE 39, 1 (1. Leitsatz) und 47 ff.; gegen eine verfassungsrechtliche Bedeutung des Rechtsguts sog. „Inzest-Entscheidung“ in BVerfGE 120, 224 (241 f.).

<sup>38</sup>Hassemer (1974), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 167.

<sup>39</sup>Paeffgen in NK-StGB, 4. Aufl., 2023, § 90 Rn. 2.

<sup>40</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 2.

<sup>41</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 70.

<sup>42</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 54 ff.

<sup>43</sup>Das wird zB aus Art. 22 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitet, vgl. Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 71, 78 f.

<sup>44</sup>Parallel dazu vgl. Kargl in NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 185 Rn. 1.

<sup>45</sup>BGHSt, 6, 324, (325); BVerfG, NJW 2009, 908 (909); BGH, NSTZ 2012, 564; in weitestgehendem Konsens Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 54 ff., 57 ff., 69 f.

<sup>46</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90 Rn. 2.

<sup>47</sup>Anstötz in MüKoStGB, 5. Aufl., 2025, § 90c Rn. 2.

<sup>48</sup>Hassemer (1974), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 166 f.

<sup>49</sup>Hassemer (1974), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 168.

§§ 90 ff. StGB schützen jedoch in diesem Sinne keine Selbstzwecke des Staates, sondern dessen „wehrhafte Funktionseinheiten“,<sup>50</sup> also Institutionen, deren Integrität grundlegend für die Aufrechterhaltung einer komplexen, freiheitlich-demokratischen Grundordnung sind. Damit dient der Schutz des Bestands der BRD bzw. der EU mittelbar auch den Individualinteressen der Bürger:innen. Es handelt sich hierbei also um ein legitimes Universalrechtsgut.

### III. Zweifelhafter tatsächlicher Rechtsgüterschutz durch §§ 90 ff. StGB

Bei der Frage, ob die §§ 90 ff. StGB auch tatsächlich die legitimen Rechtsgüter schützen, trifft man auf Ungereimtheiten. Problematisch ist bereits die Unschärfe des Zwischenrechtsguts des „Ansehens“ staatlicher Institutionen, welches kein empirisch nachweisbarer Wert, sondern ein sozialpsychologisches Ergebnis eines „Aggregationsprozesses“<sup>51</sup> ist. Die mangelhafte strafrechtliche Fassbarkeit erschwert auch den Nachweis einer wirksamen Schutzfunktion. Abstrakt gefährlich ist das Verunglimpfen nach der hM bei allen Delikten, wenn sie generell oder typischerweise Rechtsgüter verletzen können.<sup>52</sup> Dem haben §§ 90a und 90c StGB durch das Erfordernis der Erheblichkeitsschwelle in gewissem Maße bereits Rechnung getragen (s.o.). Außerdem liegt ein normstrukturelles Problem in der behaupteten Kausalkette: Die Tathandlung gefährdet das Ansehen der BRD oder eines Funktionstragenden und das sinkende Ansehen gefährdet wiederum den Bestand der BRD oder der EU. Damit liegen zwischen Handlung und dem geschützten Hauptrechtsgut zwei empirisch sehr unsichere Kausalstufen. Es stellt sich die Frage, ob ein Ansehensverlust tatsächlich zu einer Gefahr für den Bestand des Staates (Separatismus) oder zur Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung (Revolution) wird.<sup>53</sup> Ansehensverlust allein führt jedoch nicht zum Zusammenbruch staatlicher Ordnung. Entscheidend für Letzteres ist vielmehr, dass strukturell und tiefgreifend elementare Bedürfnisse der Bevölkerung nicht befriedigt werden können.<sup>54</sup> Wie bereits dargestellt, wird die Weimarer Republik als historischer Beleg für die Notwendigkeit von Staatsverunglimpfungsdelikten angeführt. Dies stützt sich auf die Annahme, ihr Ansehen sei systematisch untergraben und dadurch der Zusammenbruch herbeigeführt worden. Diese Darstellung ist jedoch sehr verkürzt und verkennt die eigentliche Lehre aus dem Scheitern: Der Ansehensverlust war nicht Ursache des Systemsturzes, sondern Folge massiver wirtschaftlicher und sozialpolitischer Probleme, die von den Nationalsozialisten politisch instrumentalisiert wurden.<sup>55</sup> Erst die gesellschaftliche Schwächung des Staates ermöglichte, dass die Verunglimpfung Resonanz entfalten könnte. Wer umgekehrt den Ansehensverlust als Gefahr stilisiert, verkennt den eigentlichen Kausalverlauf. Empirisch betrachtet gestaltet sich die Sachlage stattdessen wie folgt: Wenn das Hauptrechtsgut die Stabilität und der Bestand von BRD und EU sind, erweist sich die Norm als untauglich: In stabilen Verhältnissen besteht keine hinreichende Gefährdung. In Krisenzeiten kann jedoch auch die Strafbarkeit der Staatsverunglimpfung keinen Systemsturz verhindern.<sup>56</sup> Damit sind §§ 90 ff. StGB nicht geeignet, um die legitimen Rechtsgüter auch tatsächlich zu schützen.

### IV. Die symbolische Tendenz der §§ 90 ff. StGB

Statt dem effektiven Rechtsgüterschutz zu dienen, könnte §§ 90 ff. StGB eine symbolische Tendenz aufweisen. Das Konzept der symbolischen Strafnormen geht über die bloße positive Generalprävention hinaus.<sup>57</sup> Es beschreibt Normen, deren latente Funktionen manifeste Funktionen wie den Rechtsgüterschutz überlagern, wobei der Übergang fließend ist.<sup>58</sup> Problematisch am symbolischen Strafrecht ist, dass dies häufig zu einer unreflektierten Erweiterung des Strafrechts als schärfstes Schwert des Staates führt, die Wirkungsmöglichkeiten des Strafrechts überschätzt werden und sich Symbolisches im Gegensatz zu rechtsgutsbezogenen Strafrecht der empirischen Überprüfung weitgehend entzieht.<sup>59</sup> Die Legitimität einer symbolischen Strafnorm hängt daher davon ab, ob sie über die symbolische Kommunikation hinaus auch tatsächlich zum Schutz eines friedlichen Zusammenlebens nötig ist.<sup>60</sup> Geht es dem Staat hingegen um Selbstdarstellung und Selbstbehauptung, ist das Strafrecht nicht das geeignete Mittel.

Die §§ 90 ff. StGB zeigen starke Tendenzen des symbolischen Strafrechts: Das geschützte Zwischenrechtsgut des Ansehens ist schwer empirisch nachweisbar, die behauptete Gefährdung der BRD ist spekulativ und gerade in Krisenzeiten entfalten sie keine ausreichende Wirkung. Es liegt außerdem nicht auf der Hand, inwiefern §§ 90 ff. StGB eine Lücke schließen, die das friedliche Zusammenleben sichert und nicht bereits vom Strafrecht der Beleidigung, Volksverhetzung, Nötigung etc. gedeckt ist. Vielmehr dienen §§ 90 ff. StGB dazu, das Signal zu senden, dass herabsetzende Kritik am Staat nicht geduldet wird. Der Staat inszeniert sich als stark und unangreifbar. Da es sich um einen fließenden Übergang handelt, sind folglich zumindest starke symbolstrafrechtliche Tendenzen zu erkennen.

Zusammenfassend liegen zwar legitime Universalrechtsgüter vor, §§ 90 ff. StGB dienen aber nicht tatsächlich dem Schutz dieser Rechtsgüter. Stattdessen weisen die Normen Tendenzen eines grundsätzlich kritisch zu betrachtenden, symbolischen Strafrechts auf. An der kriminalpolitischen Legitimation bestehen folglich Zweifel.

<sup>50</sup>Hassemer (1974), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 164.

<sup>51</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 161 f.

<sup>52</sup>Kindhäuser in Lüderssen (1998), Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 263 (272).

<sup>53</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 162 ff.

<sup>54</sup>Ebling (2018), Legitimität des § 90a StGB, S. 177.

<sup>55</sup>Ausführlich dazu bei Kocka in BpB APuZ, 25/1980, Ursachen des Nationalsozialismus, 1 (5 f.).

<sup>56</sup>Paeffgen in NK-StGB, 4. Aufl., 2023, § 90 Rn. 2.

<sup>57</sup>Hassemer in Schünemann, FS Roxin, 2001, 1001 ff. (1011 ff.); Roxin (2006), Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 25.

<sup>58</sup>Hassemer in Schünemann, FS Roxin, 2001, 1001 ff. (1017).

<sup>59</sup>Hassemer in Schünemann, FS Roxin, 2001, 1001 ff. (1004, 1009).

<sup>60</sup>Roxin (2006), Strafrecht AT, 4. Aufl., S. 22.



## D. Das Spannungsfeld zwischen der demokratiekonstituierenden Meinungsfreiheit und staatlicher Selbstimmunisierung

Fraglich ist, wie viel Schutz sich der Staat angesichts des überragenden Wertes der Meinungsfreiheit selbst zugestehen kann und inwiefern §§ 90 ff. StGB noch innerhalb dieses Rahmens liegt. Dazu ist das Spannungsfeld zunächst zu erklären und im Anschluss soll gezeigt werden, warum gerade die §§ 90 ff. StGB genau in diesem Spannungsfeld situiert sind.

### I. Konzept der wehrfähigen Demokratie vs. Art. 5 Abs. 1 GG als demokratiekonstituierendes Grundrecht

Ganz grundsätzlich herrscht ein Konflikt zwischen dem Konzept der wehrfähigen Demokratie einerseits und Art. 5 Abs. 1 GG als demokratiekonstituierendes Grundrecht andererseits. Wie bereits festgestellt lebt die Demokratie von Art. 5 Abs. 1 GG, indem er die pluralistische Gesellschaft aufrechterhält und außerdem eine Kontrollfunktion erfüllt. Ein Staat, der sich gegen Kritik immunisiert und damit die Meinungsfreiheit schwächt, schwächt damit auch die Demokratie.

Allerdings kann auch unbeschränkte Meinungsfreiheit die Demokratie schwächen, wenn die Meinungsfreiheit der einen zur Verstummung anderer beiträgt. Das Toleranzparadoxon von Popper besagt, dass Toleranz zwar ein grundlegender Wert der Demokratie ist, diese kann jedoch nicht bedingungslos tolerant sein, ohne sich selbst zu gefährden. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit eine Demokratie intolerant gegenüber Intoleranz sein darf, ohne sich selbst zu widersprechen.<sup>61</sup> Vertreter:innen des klassischen Konzepts der wehrhaften bzw. militanten Demokratie wie Loewenstein erkennen, dass Demokratie durch ihre eigene Toleranz gegenüber demokratiefeindlichen Kräften zerstört werden. Es braucht eine wehrhafte, daher zur präventiven Selbstverteidigung fähige Demokratie.<sup>62</sup> Dazu dient die Verfassung als Instrument der Kontrolle zur Sicherung individueller Freiheit. Grundrechte wie die Meinungsfreiheit gelten deshalb nicht schrankenlos, sondern müssen gegenüber dem Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung abgewogen werden. Die BRD steht vor allem vor dem Hintergrund der Weimarer Verfassung in der Tradition der wehrhaften Demokratie, die den institutionellen Selbstschutz beinhaltet und begrenzte Repressionsbefugnis ausübt.

Aus der Meinungsfreiheit als demokratiekonstituierend einerseits aber auch als potentiell demokratiegefährdend andererseits ergibt sich ein grundsätzlicher Konflikt.

### II. §§ 90 ff. StGB als besonderer Brennpunkt des Spannungsfeldes

Die Staatsverunglimpfungsdelikte befinden sich aufgrund von mehreren Umständen in einem kritischen Brennpunkt innerhalb dieses Spannungsfeldes.

2. *Chilling effects* und asymmetrische öffentliche Teilhabe Grundsätzlich könnte man anhand der geringen Verurteilungszahlen davon ausgehen, dass die Auswirkungen der

§§ 90 ff. StGB gering seien. So wurden im Jahr 2019 für eine Straftat gem. § 90 a StGB nur 11 Personen verurteilt.<sup>63</sup> Allerdings sind Strafandrohungen gegen politische Rede in der Lage, sog. *chilling effects*<sup>64</sup> erzeugen, das heißt die Angst bzw. Hemmnis vor staatlicher Beobachtung und Repression, welche sich darin auswirken, dass elementare Freiheitsrechte, insbesondere die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, nicht ausgeübt werden.<sup>65</sup> Dies führt zu einer asymmetrischen Öffentlichkeit und gefährdet somit die demokratische Teilhabe.

Im Umgang mit möglichen *chilling effects* bei §§ 90 ff. StGB zeigt sich ein strukturelles Problem exemplarisch an einer Äußerung der Bundesregierung: „Die Bundesregierung sieht keine Gefahr, dass Bürger:innen sich abgeschreckt fühlen könnten, da sich eine sachlich bezogene Kritik gut abgrenzen lässt, von der gefürchteten, planmäßigen Verächtlichmachung zentraler Grundprinzipien durch systematische Verunglimpfung.“<sup>66</sup> Zwar handelt es sich hierbei um die Antwort auf eine Anfrage der AfD-Fraktion, die sich mit den Fragen der Delegitimierung des Staates nach dem Verfassungsschutzgesetz befasst. Die Argumentation der Bundesregierung offenbart jedoch ein grundlegendes Defizit im Umgang mit dem sensiblen Gehalt von *chilling effects*: Parallel zu Bentham's Prinzip des *Panopticons* muss kein tatsächlicher Schuldspruch erfolgen, sondern allein die Möglichkeit, strafrechtlich verfolgt und verurteilt zu werden, reicht aus, um konformes Handeln zu erzielen.<sup>67</sup> Es ist nicht die Gewissheit, sondern gerade und vor allem die Ungewissheit, die den *chilling effect* bewirkt.<sup>68</sup> Diese Ungewissheit entsteht vorliegend aufgrund der Existenz der Normen und aufgrund der Tatsache, dass der Rechtsprechung die Definitionsmacht darüber obliegt, was als Verunglimpfung anzusehen ist und was nicht. Allein die Existenz der §§ 90 ff. StGB kann daher bereits eine lähmende Wirkung auf die politische Debatte entfalten, welche sich negativ auf die demokratische Teilhabe auswirkt.

2. *Unausgewogenheit der Definitionsmacht des Staates über Legitimität der Kritik und Zusammenspiel der Gewalten* Ein weiteres Problem liegt darin, dass der Staat einseitig die Regeln der kritischen Auseinandersetzung mit sich selbst vorgibt. Zwar wird Kritik formal unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen, doch untergräbt er sie zugleich, indem er die Deutungshoheit darüber beansprucht, welche Kritik legitim ist. In einer Demokratie kann Kritik ihre Funktion als Kontroll- und Korrektivinstanz aber nur dann erfüllen, wenn sie nicht staatlich kanalisiert wird. Besonders problematisch erscheint dies, wenn man sich das Zusammenspiel der Gewalten iSd Art. 20 Abs. 3 GG vor Augen führt:

<sup>61</sup>Rummens in Malkopoulou/Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, S. 112 (112, 114 f.).

<sup>62</sup>Rummens in Malkopoulou/Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, S. 112 (113 ff.).

<sup>63</sup>Statistisches Bundesamt: Rechtspflege Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, erschienen am 18.12.2019.

<sup>64</sup>Erstmals verwendet in *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 185 (1952).

<sup>65</sup>Bung, *KriPoZ* 1 (2025), 24 (25f).

<sup>66</sup>BT-Drs. 20/774, 3 f.

<sup>67</sup>Foucault (2019), *Überwachen und Strafen*, S. 256 ff.

<sup>68</sup>Bung, *KriPoZ* 1 (2025), 24, (27).



Der Staat agiert bei Staatsverunglimpfungsdelikten nicht nur als Gesetzgeber mit kriminalpolitischer Agenda und gewaltigen Spielraum (s.o.) und als Richter, welcher sowohl in Bezug auf das Austarieren mit Art. 5 Abs. 1 GG als auch die Strafzumessung ebenfalls einen großen Spielraum hat (s.o.), sondern der Staat nimmt auch die Rolle des „Opfers“ ein, das durch das Strafrecht geschützt werden soll.

Ein Staat, der sich gegen Kritik schützt, indem er sich zunächst die rechtliche Grundlage dazu verschafft und sich im Anschluss im Prozess selbst Recht gibt, läuft Gefahr, sich selbst gegenüber Kritik zu immunisieren und den demokratischen Diskurs zu untergraben.

2. *Umgehen von echter demokratischer Auseinandersetzung – Strafrecht als Machtinstrument* Kritisieren lässt sich außerdem, dass sich das Strafrecht mit den §§ 90 ff. StGB der „Legitimation durch Verfahren“ bedient, ohne sich echter demokratischer Auseinandersetzung zu stellen.<sup>69</sup> Indem er das staatliche Ansehen über einen Teil der notwendigen, kritischen Diskurse stellt, entzieht sich der Staat der inhaltlichen, politischen Debatte.

Lüderssen geht hierbei noch einen Schritt weiter. Für ihn tritt Strafe gemeinsam mit Herrschaft auf und ist ihr vielleicht sogar immanent.<sup>70</sup> Das Strafrecht sei demnach Ausdruck eines Loyalitätssystems und Austragungsort eines asymmetrisch geführten Machtkampfes zwischen Herrschaft und Partizipation. Mithilfe des Strafrechts wird kein echter Konsens erschaffen, sondern lediglich Partizipationsanteile unterlaufen und Gegner delegitimiert.<sup>71</sup> Demnach zeigen die §§ 90 ff. StGB Strafe in ihrer wohl reinsten Herrschaftsform, welche weniger demokratische Stabilität sichert, als vielmehr autoritäre Immunisierung inszeniert.

2. *§§ 90 ff. StGB als Ausdruck einer Legitimitätskrise* Schließlich widersprechen die §§ 90 ff. StGB dem Anspruch eines modernen Strafrechts, zwischen demokratiefeindlichen Angriffen und legitimer Kritik zu differenzieren. Hierbei wird argumentiert, dass wirklich legitime politische Systeme keinen pauschalen Ehrenschatz brauchen, denn sie halten Kritik aus und nutzen sie gegebenenfalls zur Selbstkorrektur.<sup>72</sup>

Die §§ 90 ff. StGB deuten dabei vielmehr auf ein Legitimationsdefizit hin, statt dieses zu beheben. Je stärker der Staat versucht sich zu schützen, desto mehr demonstriert er die mangelnde Zustimmung der Bevölkerung. Nach Hassemer ist das Strafrecht hierbei oftmals der bevorzugte Ort, an dem Ersatz für schwindende soziale Normen produziert werden soll.<sup>73</sup> Statt wie eigentlich intendiert demokratische Stabilität zu erzeugen, macht die Existenz von Staatsverunglimpfungsdelikten die Stabilität fragwürdiger und schwächt diese somit.

### III. Leitlinie zur Auflösung des Spannungsverhältnisses - agonistischer Pluralismus und seine Implikationen für §§ 90 ff. StGB

Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses ist zu berücksichtigen, dass einer pluralistischen Demokratie Konflikt immanent ist. Ziel eines Konfliktes ist herkömmlicherweise die „Zerstörung des Feindes“<sup>74</sup>. Nimmt man Pluralismus ernst, kann jedoch nicht so einfach zwischen Freund und Feind, gegen den sich staatliche Maßnahmen richten,

unterschieden werden. Es muss vielmehr differenziert werden in Feinde der Demokratie und demokratischen Gegner.<sup>75</sup> Mouffe verwendet für die Differenzierung die Begriffe *Antagonismus* und *Agonismus*.<sup>76</sup> Ein schärferes Vorgehen gegen Antagonisten, also extremistische Feinde der Demokratie ist nicht nur möglich, sondern sogar geboten für die Wehrhaftigkeit der Demokratie.<sup>77</sup> *Agonistische Gegner* hingegen dürfen nicht einfach eliminiert oder zum Feind gemacht werden, sondern müssen grundsätzlich anerkannt werden. *Agonistische Gegner* teilen grundlegende Verfassungsprinzipien, ringen aber um die politische Ausrichtung. Dieses Prinzip des *agonistischen Pluralismus* kann auf §§ 90 ff. StGB übertragen werden. Ansatzweise wird die Unterscheidung auch vorgenommen, vgl. zB den Strafschärfungsgrund in § 90 Abs. 3 Var. 2 und 3 StGB. Allerdings liegt der Verdacht des Antagonismus bereits in den Strukturen der Normen selbst. Durch Umformulierung oder Ergänzung, zB in Form eines Tatbestandsausschlusses muss stattdessen sichergestellt werden, dass *agonistische Gegner* vom Tatbestand ausgenommen werden.

### E. Gesamtfazit: Zusammenfassung der Erkenntnisse und notwendige Folgen

Im Hinblick auf die Forschungsfrage zeigen die vorliegenden Überlegungen, dass die §§ 90 ff. StGB nur bedingt kriminalpolitisch legitimierbar sind. Klassisch legitimierbar über die Rechtsgutslehre sind die §§ 90 ff. StGB nur insofern, als dass sie grundsätzlich schutzwürdige Universalrechtsgüter anführen, diese jedoch nicht tatsächlich schützen. Stattdessen stehen symbolische Tendenzen im Vordergrund. Die Staatsverunglimpfungsdelikte operieren dabei an einem hochsensiblen Punkt zwischen der Wahrung der Meinungsfreiheit und den Erfordernissen der wehrhaften Demokratie. Hierbei ist aufgrund der *chilling effects*, der dreifachen Beteiligung des Staates und seiner überragenden Definitionsmacht jedoch eine Tendenz zur illegitimen staatlichen Selbstimmunisierung gegeben, die über die wehrhafte Demokratie hinausgeht. Das Spannungsverhältnis kann so aufgelöst werden, dass auf tatbestandlicher Ebene iSd *agonistischen Pluralismus* differenziert werden muss. Hierbei bietet sich zB ein expliziter Tatbestandsausschluss an.

<sup>69</sup>Angelehnt an Luhmann vgl. Kunz in Dölling/Schöch, Verbrechen, Strafe, Resozialisierung, 353 (368).

<sup>70</sup>Lüderssen in Lüderssen (1998), Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 25 (100 ff.).

<sup>71</sup>Lüderssen in Lüderssen (1998), Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 25 (101 f.).

<sup>72</sup>Papacharalambous (1991), Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat, S. 299 f.

<sup>73</sup>Hassemer in Schünemann/Achenbach, FS Roxin, 2001, 1001 ff. (1006).

<sup>74</sup>Rummens in Malkopoulou/Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, S. 112 (115).

<sup>75</sup>Rummens in Malkopoulou/Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, S. 112 (115).

<sup>76</sup>zB in Mouffe (2008), *Das demokratische Paradox*, S. 104 f.

<sup>77</sup>Extremismus i.S.v. jede Art von Ideologie, die die „core values“ und Prinzipien eines liberalen demokratischen Regimes ablehnt, siehe Rummens in Malkopoulou/Kirshner, *Militant Democracy and Its Critics: Populism, Parties, Extremism*, S. 112 (117).

Nicht zuletzt sprechen auch die Eigenheiten der Kriminalpolitik, des Strafrechts und besonders des politischen Strafrechts für dieses Ergebnis. Als sensibles, ambivalentes Instrument droht es als Herrschafts- und Machtinstrument eingesetzt zu werden. Dabei wird kein Konsens, sondern vorrangig Selbstbehauptung erreicht. Resultat der Arbeit wäre mithin der Vorschlag, die Staatsverunglimpfungsdelikte besonders kritisch zu evaluieren und nur antagonistische Verunglimpfungen, die sich klar gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung richten, vom Tatbestand zu erfassen.



frankfurt\_law\_review



Frankfurt Law Review



Frankfurt Law Review

**03/2025**