

BAYREUTHER

ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgeber

Bayreuther Zeitschrift für
Rechtswissenschaft e.V.

Redaktion

Fabian Karittke
Franziska Stein
Johannes Wichert
Anne-Catherine Schur
Diana Schmidt
Selina Porzner
Helena Groth
Lena Bitz
David Schwarz
Isabella Boll
Joana Nägler
Jan Harrer
Sanjey Sivanesan
Alexander Ströher
Lina Ha
Anna Magdenko
Carolina Dosch
Maren de Beyer
Vanessa Latacz
Philine Westermann

Wissenschaftlicher Beirat

Hendrik Tafel
Janik Bischoff
Svenja Wölfel
Veronika Thalhammer
Dr. Nicolas Kretschmann
Lars Großmann
Dr. Michael Putz
Rudi Lang
Jakob Lutz
Dr. Christoph Weber
Jana Ebersberger
Tim Klein
Adrian Strahm
Johannes Herb
Gregor Vechtel

Kuratorium

Prof. Dr. Brian Valerius
Prof. Dr. Ruth Janal
Prof. Dr. Carsten Bäcker
Prof. Dr. Nina Nestler
Prof. Dr. Knut Werner Lange
Prof. Dr. Thomas Spitzlei
Prof. Dr. Christian Rückert
Prof. Dr.
Martin Schmidt-Kessel

Weitere Beteiligte

Clemens Engelhardt
Merle Schütte
Markus Weber

8. Ausgabe: Schwerpunkt Verfassungsrecht



Bild: Christian Lue

Schwerpunkt

Interviews zum Verfassungsrecht mit:

BVR'in a. D. Prof. em. Dr. Dr. h. c. Gertrude Lübbe-Wolff

Jasmina Prpić, LL.M.

Deichsel, Markus:

Die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags – eine kritische Analyse der jüngsten BFH-Rechtsprechung

Studtel, Sabrina:

Sollten (manche) Beamte streiken dürfen? – die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK durch das BVerfG und das BVerwG

Zivilrecht

Braun, Niklas:

Influencermarketing nach der UGP-Richtlinie, § 5a IV UWG und BGH

Herbst, Vincent:

Können das Ein-Platz-Prinzip im Sport und die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter aus kartellrechtlicher Perspektive noch weiter aufrechterhalten werden?

Öffentliches Recht

Metz, Conrad:

Breaking Boundaries – Assessing the African Union's Legal Position on Self-Determination

Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft – 2024/II

Vorwort von <i>Janik Bischoff</i>	III
Editorial der Chefredaktion	IV
Interviews mit <i>BVR</i> 'in a. D. Prof. em. Dr. Dr. h. c. Gertrude Lübbe-Wolff und <i>Jasmina Prpić, LL.M.</i>	54
<i>Markus Deichsel:</i> Die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags – eine kritische Analyse der jüngsten BFH-Rechtsprechung	64
<i>Sabrina Steudtel:</i> Sollten (manche) Beamte streiken dürfen? – die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK durch das BVerfG und das BVerwG	77
<i>Niklas Braun:</i> Influencermarketing nach der UGP-Richtlinie, § 5a IV UWG und BGH	90
<i>Vincent Herbst:</i> Können das Ein-Platz-Prinzip im Sport und die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter aus kartellrechtlicher Perspektive noch weiter aufrechterhalten werden?	104
<i>Conrad Metz:</i> Breaking Boundaries – Assessing the African Union's Legal Position on Self-Determination	118
Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region	VI

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit Beginn der Vorlesungszeit ist es allmählich schon zu einer gewissen Normalität geworden, dass zeitgleich eine neue Ausgabe der BayZR erscheint – so auch in diesem Semester, in dem Sie die nunmehr achte Ausgabe in den Händen halten oder auf Ihrem Bildschirm in der digitalen Open-Access-Version betrachten.

Auch wenn für dieses Vorwort kein Anlass wie eine Jubiläumsausgabe als denkbar einfacher Aufhänger diente, wurde mir schnell klar, dass es keines solchen bedarf, um eine Ausgabe der BayZR zu etwas Besonderem zu machen: Jede einzelne Ausgabe ist schon für sich etwas ganz Besonderes, da sie das Debüt junger Juristinnen und Juristen in der juristischen Fachwelt markiert. Dies ist ein Schritt, der zum einen überobligatorisches Engagement von unseren Autorinnen und Autoren erfordert: Denn mag den meisten als Ausgangspunkt eine Seminararbeit gedient haben, so bedarf es dennoch eines beachtlichen Aufwandes, um aus der Prüfungsleistung einen publikationsfähigen Aufsatz zu formen. Zum anderen erfordert dieser Schritt auch Mut und Überzeugung, da es bedeutet, die eigenen Gedanken öffentlich zu teilen und damit zur Diskussion zu stellen. Deshalb sei unseren Autorinnen und Autoren an dieser Stelle recht herzlich zu diesem Schritt gratuliert und ihnen gewünscht, dass diese Publikationen erst den Anfang markieren!

Auch die achte Ausgabe kann dem Kernanliegen des Projektes – studentische Rechtswissenschaft sichtbar zu machen – gerecht werden. Sie bietet fünf jungen Juristinnen und Juristen die Plattform, um ihre Gedanken einem breiten Publikum zugänglich zu machen und sie damit am wissenschaftlichen Diskurs teilhaben zu lassen. So kann das, was als Seminararbeit begann, über die universitären Grenzen hinauswachsen und einen Beitrag zur Rechtswissenschaft insgesamt leisten. Die Autorinnen und Autoren haben erneut unter Beweis gestellt, dass studentische Rechtswissenschaft nicht nur in den Hörsälen stattfindet, sondern auch wesentliche Beiträge zu aktuellen juristischen Debatten leisten kann.

Ein besonderer Dank gebührt an dieser Stelle dem Redaktionsteam, welches mit großer Hingabe und großem Engagement wieder einmal diese Ausgabe ermöglicht hat. Es sind der unermüdliche Einsatz und die sorgfältige Arbeit der Mitglieder des Redaktionsteams, die das Fundament dieser Zeitschrift bilden. Ohne ihre organisatorische und

redaktionelle Leistung wären solche Publikationen nicht möglich. Ihr Engagement, das alles andere als selbstverständlich ist, ist deshalb von unschätzbarem Wert und verdient eine ganz besondere Anerkennung.

Da dies die letzte Ausgabe sein wird, welche ich in der Funktion als Schatzmeister begleiten werde, möchte ich diese Gelegenheit gerne nutzen und der Rainer Markgraf Stiftung dafür danken, dass sie die Finanzierung der Druckkosten in den letzten Jahren immer großzügig und unkompliziert übernommen hat. Es ist schön, einen solch zuverlässigen Partner an der Seite des Projektes zu wissen.

Zum Abschluss möchte ich alle Leserinnen und Leser ermutigen, sich aktiv in die Gestaltung der kommenden Ausgaben einzubringen. Sei es durch eigene Beiträge, durch konstruktives Feedback oder durch eine Mitarbeit im Redaktionsteam – die BayZR lebt von genau dieser aktiven Beteiligung.

Nun wünsche ich Ihnen eine inspirierende Lektüre und hoffe, dass die vorliegende Ausgabe interessante Impulse liefert, die zu weiterführenden Diskussionen anregen und neue Perspektiven eröffnen.



Janik Bischoff

(Schatzmeister und Mitglied des wissenschaftlichen Beirats)

Editorial

Liebe Leser*innen,

hoherfreut präsentieren wir Ihnen die 8. Ausgabe der BayZR mit dem Schwerpunkt-Thema „Verfassungsrecht“. Diese enthält neben einigen Beiträgen zu verschiedenen verfassungsrechtlichen Fragen wieder zwei Interviews mit hochinteressanten Persönlichkeiten, die uns Einblicke in die verfassungsrechtliche Arbeit und aktuelle gesellschaftliche und politische Debatten geben.

Mit unserer Interviewpartnerin *BVR'in a. D. Prof. em. Dr. Dr. h. c. Gertrude Lübke-Wolff* können die wehrhafte Demokratie und dabei insbesondere die Themen Parteienverbot, Grundrechtsverwirkung und Meinungsfreiheit beleuchtet werden. *Jasmina Prpić, LL.M.* berichtet über die Probleme, die sich auf dem langen Weg zur Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter in Deutschland stell(t)en und darüber, wie sich der von ihr mitgegründete Verein Anwältinnen ohne Grenzen e.V. für Frauenrechte einsetzt.

Neben diesen aktuellen Themen beurteilt *Markus Deichsel* in seinem Beitrag die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags und betrachtet dabei insbesondere die aktuelle Rechtsprechung des BFH kritisch.

Sabrina Steudtel befasst sich mit dem Streikrecht nach Art. 9 III GG und vor allem Art. 11 EMRK im Zusammenhang mit dem Streikverbot für Beamte nach Art. 33 V GG und analysiert die Reaktion des BVerfG und des BVerwG auf die Rechtsprechung des EGMR.

Daneben enthält diese Ausgabe weitere hochkarätige Beiträge aus dem Zivilrecht und dem internationalen öffentlichen Recht.

Über die Rechtslage im Bereich Influencermarketing nach der UGP-Richtlinie, dem UWG und der Rechtsprechung des BGH berichtet *Niklas Braun* und geht hierbei insbesondere auf die lückenhafte Anwendung der UGP-Richtlinie durch EuGH und BGH und deren Folgen für die nationale Rechtsordnung ein.

In seinem kartellrechtlichen Beitrag stellt sich *Vincent Herbst* die Frage, ob das Ein-Platz-Prinzip im Sport und die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter aus kartellrechtlicher Perspektive noch weiter aufrechterhalten werden können, wobei der Kontrast zwischen deren grund- und unionsrechtlichem Schutz und aktuellen Gerichtsentscheidungen, vor allem im ISU- und Super League-Verfahren vor dem EuGH, zur Begründung herangezogen werden.

Schließlich analysiert *Conrad Metz* in einem englischsprachigen Beitrag die rechtliche Situation rund um die Afrikanische Union und ihre Effektivität hinsichtlich der Gewährung von Frieden, Stabilität und Entwicklung anhand der Beispiele mehrerer afrikanischer Staaten und dem Vergleich mit der Vorgängerorganisation der AU, der Organisation für Afrikanische Einheit.

Wir bedanken uns herzlich bei allen Autor*innen, die ihre Beiträge bei uns eingereicht und dieser Ausgabe eine große fachliche und inhaltliche Bandbreite beschert haben!

Weiterhin laufen im Hintergrund erhebliche Anstrengungen, die BayZR dauerhaft im wissenschaftlichen Diskurs zu verankern und ihre Position nachhaltig zu festigen – für einen kleinen Verein wie den unseren keine ganz leichte Aufgabe. Viele große und kleine Projekte sollen dabei helfen, weiterhin helfende Hände, aufmerksame Redakteur*innen und verantwortungsbewusste Ressortleitende sowie interessierte Autor*innen zu finden und für die Arbeit in einer studentischen Rechtszeitschrift zu begeistern!

Wir danken dem engagierten studentischen Redaktionsteam sowie den Mitgliedern des wissenschaftlichen Beirats und des Kuratoriums für die großartige Leistung, wieder eine Ausgabe unserer Zeitschrift vollbracht zu haben!

Im Namen der gesamten Redaktion wünschen wir nun Ihnen, verehrte Leser*innen, viel Spaß und voranbringende Erkenntnisse beim Blättern in der 8. Ausgabe!



Franziska Stein und Fabian Karittke

2. Chefredakteurin und 1. Chefredakteur

Spannende Neuigkeiten aus der Rechtswissenschaft,
interessante Berichte und hilfreiche Tipps zum juristischen Studium sowie
Buchrezensionen und vieles weitere finden Sie im

BayZR Blog

unter folgendem Link:



Unsere **aktuelle digitale Ausgabe** finden Sie hier:



Schwerpunkt Verfassungsrecht

Für diese Ausgabe haben Joana Nägler, David Schwarz und Johannes Wichert mit BVR'in a. D. Prof. em. Dr. Dr. h. c. Gertrude Lübke-Wolff, ehemalige Bundesverfassungsrichterin und emeritierte Professorin an der Universität Bielefeld, und Jasmina Prpić, LL.M., Geschäftsführerin des Anwälten ohne Grenzen e.V., gesprochen.

Interview: Wehrhafte Demokratie – Wie gut schützt unsere Verfassung und wie gut ist unsere Verfassung geschützt?

Dr. Gertrude Lübke-Wolff war bis zu ihrer Emeritierung im Jahr 2018 Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld. Von 2002 bis 2014 war sie Richterin am Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts. Ihr Studium der Rechtswissenschaft absolvierte sie in Bielefeld und Freiburg. Bevor sie 1977 ihre Zweite Juristische Staatsprüfung abschloss, absolvierte sie ein Masterstudium an der Harvard Law School (LL.M.).

BayZR: Guten Tag Frau Lübke-Wolff, vielen Dank für Ihre Zeit. Ganz allgemein gefragt: Wie steht es aktuell um unsere Verfassung? Müssen wir uns derzeit mehr Sorgen um unsere demokratische Grundordnung machen als in der Vergangenheit?

Frau Lübke-Wolff: Natürlich muss man sich mehr Sorgen als früher machen, seitdem die AfD sehr viel mehr als in den Jahren direkt nach ihrer Gründung von rechtsradikalen Kräften geprägt wird und trotzdem wachsenden Wählerzuspruch findet. Aber man sollte die Kirche im Dorf lassen. Wir stehen hier nicht vor einem neuen 1933. Die große Mehrheit der Bürger steht auf dem Boden der Verfassung. Auch AfD-Wähler sind zu einem erheblichen Teil nicht extremistisch eingestellt, sondern wählen diese Partei, weil sich an Problemen, deren Lösung für sie wichtig ist, seit langem nichts gebessert hat, egal welche anderen Parteien an der Regierung waren oder sind. In Thüringen wollen ja zum Beispiel nach einer Umfrage vom August 30 Prozent der Befragten AfD wählen, aber nur gut die Hälfte davon würde Björn Höcke für einen guten Ministerpräsidenten halten. Das Grundgesetz ist außerdem gegen seine Demontage besser geschützt als die Weimarer Verfassung. Und das Bewusstsein für die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Institutionen ist heute viel weiter entwickelt als zur Weimarer Zeit, als selbst gebildete Leute wie der spätere Bundespräsident Theodor Heuss nicht gesehen haben, was sie anrichten, indem sie Hitler und seiner NSDAP freie Bahn gaben durch das Ermächtigungsgesetz vom 24.3.1933, mit dem praktisch alle Schutzfunktionen der Verfassung außer Kraft gesetzt wurden.

BayZR: Dass Ende April in Hamburg auf einer Demonstration offen das Kalifat gefordert wurde, sorgte für große Empörung. Der Vorfall zeigte, wie weit Meinungs- und Versammlungsfreiheit gehen können. Auch extremistische Positionen können unter diesen Freiheiten zulässig sein. Inwiefern muss die Verfassung in der Lage sein, sich gegen derartige Forderungen zu wehren? Ist es überhaupt Aufgabe der Verfassung, Radikalisierung und Polarisierung einzudämmen, oder sollte dies vielmehr als politische oder gesellschaftliche Aufgabe gesehen werden?

Frau Lübke-Wolff: Die Verfassung setzt den Rahmen für das politische Handeln, das staatliche wie das gesellschaftliche, und gerade eine demokratische Verfassung zielt letztlich auf politische Integration, auf friedliches Zusammenleben und friedliche Entscheidungsproduktion in dem Gemeinwesen, das durch die Verfassung konstituiert wird. Dieses Ziel verfolgt eine demokratische Verfassung aber nicht im autoritären Modus, also indem sie Individuen und gesellschaftliche Teilsysteme mit ihren unterschiedlichen Vorstellungen und Rationalitäten mit Zwang auf vorgegebene Gemeinsamkeiten ausrichtet, sondern indem sie Freiheit sichert und Spielregeln bereitstellt, nach denen allgemeinverbindliche Entscheidungen getroffen werden. Zur Freiheit gehört, dass diese Spielregeln, ja selbst die Grundregeln und Grundwerte der Verfassung, hinterfragt und abgelehnt werden dürfen. Gerade das hat auch eine integrative Funktion. Es sorgt dafür, dass auch fundamentale Unzufriedenheiten nicht unterirdisch brodeln, bis es womöglich zu einem zerstörerischen Vulkanausbruch kommt, sondern dass sie sichtbar und zum Gegenstand politischer Auseinandersetzung und politischer Bearbeitung werden. Zugleich ist allerdings das Grundgesetz eine wehrhafte Verfassung – eine, die den Feinden der Freiheit zwar viel Freiheit, aber nicht jede Freiheit einräumt. Es gibt unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeiten des Vereins- und des Parteiverbots, der Grundrechtsverwirkung, der Beobachtung durch den Verfassungsschutz. Das ist gut so. Aber der Versuchung, immer mehr schon bloße Meinungsäußerungen, und seien sie noch so widerwärtig, unter Strafe zu stellen und die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungs- und Versammlungsfreiheit im Wege der Auslegung entsprechend auszudünnen, sollte man nicht nachgeben.

BayZR: Öffentliche Meinungsäußerungen, die ein Staat und insbesondere seine Exekutivgewalt befürworten, werden jederzeit sowohl in einer Demokratie wie auch einer Autokratie zulässig sein. Ob aber Meinungsfreiheit tatsächlich gewährleistet wird, stellt

sich erst unter Beweis, wenn auch (staats-)kritische Ansichten zugelassen werden. Kann es dann nicht als Zeichen funktionierender Meinungsfreiheit und funktionierender Demokratie gewertet werden, wenn sich Menschen in Deutschland offen für das Kalifat aussprechen?

Frau Lübbe-Wolff: Wenn Menschen, die in Deutschland aufgewachsen sind, sich in größerer Zahl allen Ernstes für ein Kalifat aussprechen, zeigt sich darin zunächst einmal ein massives Integrationsversagen. Dem widerspricht es aber nicht, wenn man darin, dass solche Meinungsäußerungen erlaubt sind, zugleich ein Element funktionierender Demokratie sieht. Denn es ist gerade ein wesentliches Element demokratischer Ordnung, die Thematisierung und das Offensichtlichwerden eigenen Versagens zuzulassen. So wird es möglich und notwendig, sich diesem Versagen zu stellen, zu klären, was falsch gemacht wurde und was sich ändern muss, sei es in der Migrationspolitik, in der Sozialpolitik, in der Bildungspolitik, in der Wohnungspolitik, in der Kriminalpolitik und so fort. Gerade diese Fähigkeit zur Selbstkritik, diese Lernfähigkeit macht die überlegene Anpassungsfähigkeit demokratischer Ordnung aus. Das ist es, was entwickelte Demokratien letztlich stabiler macht als autokratische Systeme, die irgendwann von dem eingeholt werden, was sie an Unzufriedenheit und Opposition unterdrückt haben.

BayZR: Eine wehrhafte Demokratie muss eine Antwort auf die Frage finden, wie mit extremistischen Ansichten umzugehen ist. Der Jurist und Politikwissenschaftler Karl Loewenstein hielt nicht viel von der Idee, sich in einem deliberativen Diskurs mit den radikalen Ideen bestimmter Strömungen auseinanderzusetzen. Es müsse stattdessen „Feuer mit Feuer“ bekämpft werden.¹ Das bedeutet, dass repressive Maßnahmen gegen radikale Strömungen getroffen werden müssen. Einen anderen Ansatz verfolgte das Bundesverfassungsgericht im Wunsiedel-Beschluss. Hiernach schütze Art. 5 I GG auch Meinungen, „die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien.“² Dies sind freilich zwei sehr unterschiedliche Ansätze. Welchen halten Sie für richtig? Gibt es vielleicht einen goldenen Mittelweg?

Frau Lübbe-Wolff: Über den Wunsiedel-Beschluss kann man sich im Ergebnis streiten. Aber die Passage, die Sie zitiert haben, ist für unsere freiheitliche Ordnung tatsächlich zentral. Ich denke, dass mit dem Grundgesetz und seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht im Prinzip ein guter Weg eingeschlagen ist. Ein Weg der Freiheit, die aber keine grenzenlose ist. Die Bürger sind, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, nicht verpflichtet, die Werte des Grundgesetzes zu teilen. Aber wenn auf bedrohliche Weise gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gekämpft wird, kann diese Ordnung auch mit repressiven Mitteln, also auf der Loewenstein-Linie, verteidigt werden.

BayZR: Das Fehlen starker Instrumente in der Weimarer Reichsverfassung, die zur Verteidigung der Demokratie gegen ihre Feinde genutzt hätten werden können, begünstigte die Entstehung des NS-Staates. Diese Erklärung des Umbruchs von der Weimarer Republik zu einer Diktatur entlarven Sie als Legende, die dazu dient, die Verantwortung für das Entstehen des NS-Staates auf das System der Weimarer Republik abzuwälzen. Stattdessen gab die Weimarer Reichsverfassung sehr wohl Instrumente her, um regressive Kräfte zu stoppen – es fehlte nur der politische Wille, diese Instrumente einzusetzen. Beschreibt dies nicht das Dilemma unserer Gegenwart? Haben wir nicht alle notwendigen Instrumente, um Verfassungsfeinde zu stoppen, setzen sie aber schlicht nicht ein?

Frau Lübbe-Wolff: Es ist ja nicht so, als würden die Instrumente der wehrhaften Demokratie bei uns überhaupt nicht eingesetzt. Es werden zum Beispiel Vereinsverbote ausgesprochen, und der Verfassungsschutz beobachtet. Ob speziell die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung zum Einsatz kommen, ist nach herrschender Auffassung eine Sache des politischen Ermessens. Das sehe ich auch so, und ich halte es auch für richtig, dass das so ist.

BayZR: Sie haben sich in der Vergangenheit für mehr Instrumente direkter Demokratie auf Bundesebene ausgesprochen. Wieso und in welchem Rahmen erachten Sie diese als relevant?

Frau Lübbe-Wolff: Wenn die Bürger die Möglichkeit haben, unmittelbar selbst zu entscheiden, wird die repräsentativdemokratische Politik responsiver. Parlament und Regierung müssen von vornherein mehr darauf achten, ob ihre Entscheidungen auch vor einer eventuellen direktdemokratischen Entscheidung der Bürger Bestand haben. Wenn man als Bürger selbst mitentscheiden und Initiativen ergreifen kann, kann man sich auch nicht mehr so leicht in billiger Politikverachtung ergehen und „die da oben“ für alles verantwortlich machen, was nach eigener Meinung schief läuft. Auch prinzipielle Demokratieverachtung entsteht dann eher nicht. Denken Sie an die Schweiz. Da ist die stärkste Partei eine rechtskonservative, die zu den populistischen

¹ Hacke, Wehrhafte Demokratie, APuZ 9-11/2024, S. 25 (27).

² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 50.

gezählt wird. Aber die Schweiz ist ein funktionierender Rechts- und Sozialstaat, und nirgendwo ist die Demokratie so wenig gefährdet wie in der Schweiz. Die Bürger wissen, dass sie selbst das Heft in der Hand haben, und wollen, dass das so bleibt. In einem Buch zu dem Thema³ habe ich noch viele weitere Gesichtspunkte behandelt, aber die, die ich jetzt erwähnt habe, sind vielleicht für unseren Diskussionszusammenhang die wichtigsten.

BayZR: In einem Ihrer Beiträge erklären Sie, dass die heutige Bedeutung des Begriffs der „wehrhaften Demokratie“ nicht mehr primär von einer militärischen Resistenz gegenüber exogenen Bedrohungen ausgeht, sondern von dem Erfordernis der Abwehr gegen innere subversive Kräfte.⁴ Die Wehrhaftigkeit richtet sich also nicht (nur) nach außen, sondern vor allem nach innen. Für die Verfassung heißt das, sich gegen Verfassungsfeinde auf nationaler Ebene zu verteidigen, die den Bestand der Verfassung und mithin den der Bundesrepublik gefährden. Verteidigungsmöglichkeiten bieten insbesondere das Parteiverbot (Art. 21 II GG) und die Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG). Letztere Möglichkeit wird in Hinsicht auf Björn Höcke momentan ernsthaft in Erwägung gezogen. Aber auch ein AfD-Parteiverbot wurde bereits breit diskutiert. Ein Parteiverbotsverfahren gegen die AfD anzustrengen, die in einigen Bundesländern um die 30 % der Stimmen einholt, birgt ein politisches Risiko: AfD-Befürworter*innen könnten sich weiter von demokratischen Institutionen entfremden, auch könnten neue Sympathien für „Andersdenkende“ erzeugt werden. Eine neu ausgerichtete Kanalisierung rechtsextremer Narrative und Bewegungen ohne die Partei könnte ein erhöhtes Gefahren- oder auch Gewaltpotential mit sich bringen. Wie stehen Sie zu der Inanspruchnahme dieser beiden Instrumente zum jetzigen Zeitpunkt?

Frau Lübke-Wolff: Von einem Parteiverbot halte ich nichts. Jedenfalls auf Bundesebene dürften dafür schon die rechtlichen Voraussetzungen nicht belegbar sein. Man könnte auch an ein Verbot einzelner Landesverbände denken. Rechtlich ist das möglich, aber auch das würde ich für politisch eher kontraproduktiv halten, vor allem weil es den Teil der Wähler definitiv unserer politischen Ordnung entfremden würde, der mit dieser Partei aus Gründen sympathisiert, die mit politischem Extremismus nichts zu tun haben, und weil ich diesen Teil für groß halte. Grundrechtsverwirkungungsverfahren gegen einzelne Extremisten wären das zielgenauere Instrument.

BayZR: Häufig beschäftigt sich der Diskurs zu diesen repressiven Maßnahmen lediglich mit Risiken und potenziellen Nachteilen einer Umsetzung. Worin liegen eigentlich die konkreten Vorteile solcher Verfahren? Welche Probleme würden wirklich gelöst und welche nur verlagert?

Frau Lübke-Wolff: Man erschwert damit zunächst einmal die Durchsetzung der verfassungsfeindlichen Ziele, um die es geht. Die Frage ist eben nur, ob nicht die kontraproduktiven Nebenwirkungen letztlich überwiegen. Das ist eine Frage der politischen Einschätzung, und deshalb ist der Einsatz dieser Instrumente mit gutem Grund ins politische Ermessen gestellt.

BayZR: Deutschland und das Bundesverfassungsgericht genießen international durchaus eine Vorbildfunktion. In anderen Ländern wie z. B. Polen und Ungarn schreitet der demokratische Rückbau hin zur Autokratie sichtbar voran. Für den Fall, dass Deutschland die AfD oder NPD verbieten sollte, bestünde die Gefahr, dass diese Länder politisch unliebsame Parteien verbieten unter dem Verweis, dass Deutschland dies schließlich auch täte. Sollten wir unsere innerstaatlichen Handlungen daher auch von möglichen Reaktionen in anderen Ländern abhängig machen?

Frau Lübke-Wolff: Natürlich soll man immer nach Maximen handeln, von denen man wollen kann, dass auch andere danach handeln. Dieses Prinzip, ich habe es mal etwas frei nach Immanuel Kant formuliert, sollten auch Staaten in ihrem Verhältnis zueinander befolgen. Auch deshalb muss man natürlich immer die Wirkungen der eigenen Politik im Ausland bedenken. Aber man darf sich nicht von verzerrten Darstellungen und irreführenden Parallelen ins Bockshorn jagen lassen, zu denen gerade Regierungen, die nicht auf Demokratie und Rechtsstaat aus sind, gerne greifen. In Polen hat man zum Beispiel, solange dort die PiS regierte, Kritik an der politischen Zusammensetzung des dortigen Verfassungsgerichts zurückgewiesen mit dem Hinweis, auch die Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts würden schließlich von politischen Organen gewählt. Sollten wir deshalb die Wahl unserer Verfassungsrichter durch Bundestag und Bundesrat abschaffen? Natürlich nicht. Die Kritik an der Lage in Polen richtete sich ja nicht dagegen, dass die Verfassungsrichter überhaupt vom Parlament gewählt werden, sondern gegen die parteipolitisch völlig einseitige Zusammensetzung, die nicht zuletzt durch gerichtlich festgestellte Verfassungsverstöße bei der Wahl eines Teils der Richter zustande gekommen ist. Was man aus guten Gründen für rechtsstaats- und demokratiekonform und politisch sinnvoll hält, soll man nicht deshalb bleiben lassen, weil im Ausland daraus verquere Propaganda gemacht werden könnte. So viel Macht darf man den Produzenten verquere Propaganda nicht einräumen. Aber wie gesagt, ein Parteiverbot würde ich in Deutschland schon ganz unabhängig von möglichen Reaktionen im Ausland nicht befürworten.

³ Lübke-Wolff, Demophobie: Muss man die direkte Demokratie fürchten?, 2023.

⁴ Lübke-Wolff, Wehrhafte Demokratie, in: Verfassungsblog, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/> [Stand: 14.8.2024].

BayZR: Abschließend möchten wir Sie fragen, ob es einen Fall aus Ihrer Zeit als Richterin am Bundesverfassungsgericht gab, den Sie für gewinnbringend erachteten, der allgemein aber eher wenig Resonanz gefunden hat?

Frau Lübbe-Wolff: Da fällt mir spontan das Urteil zur Privatisierung des Maßregelvollzugs aus dem Jahr 2012⁵ ein. Es gehört zu den Entscheidungen, die verständlicherweise – es geht ja vor allem um recht technische Fragen des Funktionsvorbehalts für Berufsbeamte nach Art. 33 IV GG – in der Öffentlichkeit wenig Aufmerksamkeit gefunden haben. Das gilt jedenfalls für die Begründung. Aber es steht allerhand Interessantes und nach meinem Eindruck nicht immer ausreichend Beachtetes über die mögliche Reichweite von Privatisierungen in grundrechtssensiblen Bereichen, und zur staatlichen Verantwortung und zur Reichweite staatlicher Aufsichtsbefugnisse in solchen Fällen drin.

BayZR: Sehr geehrte Frau Lübbe-Wolff, wir bedanken uns herzlich für Ihre Teilnahme an unserem Interview und wünschen Ihnen alles Gute!

⁵ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 18.1.2012 – 2 BvR 133/10.

Interview: Gleichberechtigung im Grundgesetz und durch das Grundgesetz

Jasmina Prpić hat in Bosnien-Herzegowina Jura studiert und arbeitete dort als Zivilrichterin und Anwältin. Der Jugoslawien-Krieg zwang sie 1992 zu einer Flucht nach Deutschland, wo ihr vorheriges Studium jedoch nicht anerkannt wurde. In Deutschland arbeitete sie daher zunächst als Reinigungskraft und Kellnerin, bevor sie 2012 ein juristisches Aufbaustudium (Magister LL.M.) abschloss und als Rechtsbeistand, Dolmetscherin und Urkundenübersetzerin tätig werden konnte. 2007 gründete sie mit weiteren Juristinnen den Verein „Anwältinnen ohne Grenzen e. V.“, dessen Vorsitz sie bis 2018 bis zur Übernahme der Geschäftsführung hatte.

BayZR: Am 23. Mai 2024 wurde das Grundgesetz 75 Jahre alt. Zu den „Vätern des Grundgesetzes“ zählten 61 Männer mit den unterschiedlichsten Lebensläufen, besonders in Hinblick auf die Zeit des Nationalsozialismus... ach ja, und vier Frauen waren auch noch da. Ein ziemliches Ungleichgewicht, waren doch kurz zuvor die Trümmerfrauen in der Nachkriegszeit nicht wegzudenken. Der noch heute vorhandene Satz 1 des Art. 3 II GG, „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ war im Parlamentarischen Rat sehr umstritten und musste, insbesondere von Elisabeth Selbert, gegen viel Widerstand erkämpft werden. Sind nun – 75 Jahre später – Männer und Frauen in Deutschland gleichberechtigt? Immerhin belegt Deutschland Platz 6 im Index zur Geschlechtergleichstellung der Stiftung des Weltwirtschaftsforums.¹ Ist damit das erreicht, was sich Selbert vorgestellt hätte?

Frau Prpić: Elisabeth Selbert wusste als Juristin und Rechtsanwältin ganz genau, welche juristische Kraft diese fünf Wörter mit der Formulierung „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ haben und welche Auswirkungen dieser Satz auf die Lage von Frauen in Deutschland und insbesondere auf das patriarchale Familienrecht haben würde. In ihrem mühsamen Kampf musste sie nicht nur die lauten Männer des Parlamentarischen Rates überzeugen, denn auch den weiteren drei Frauen war die Tragweite des schlichten Satzes in dieser Zeit nicht völlig bewusst. Der Satz war damals ein Versprechen an die Zukunft², und wie Elisabeth Selbert später schrieb, sei dies „die Sternstunde“ ihres Lebens gewesen.

Aus Art. 3 II GG ergab sich unmittelbar die fortwährende Verpflichtung für den Gesetzgeber, alle Gesetzgebungen, die diesem Artikel entgegenstanden, entsprechend anzugleichen: Strittig waren unter anderen § 1354 BGB mit Letztentscheidungsrecht des Mannes in allen Angelegenheiten des gemeinschaftlichen Lebens, § 1628 BGB mit dem Letztentscheidungsrecht des Vaters in strittigen Fragen der Kindererziehung, § 1358 BGB zur Disposition des Mannes das Arbeitsverhältnis der Ehefrau zu kündigen, § 1363 BGB zur Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Ehefrau, die ausschließlich dem Ehemann oblagen, und nicht zuletzt § 1355 zum Verbot, den Geburtsnamen der Frau nach einer Heirat fortzuführen.

Dazu nahmen sich die Regierungen und der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf die festgelegte Frist für eine Anpassung an Art. 3 II GG (bis 31.3.1953) reichlich Zeit: 1957 wurde das Letztentscheidungsrecht des Mannes in der Ehe gekippt; es bestand allerdings in Fragen der Erziehung der Kinder bis 1959 fort, bis ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts den sogenannten „väterlichen Stichtentscheid“ für verfassungswidrig erklärte.³ Das erste Gleichberechtigungsgesetz trat 1958 in Kraft: Endlich konnten Frauen beispielsweise einen Führerschein machen oder ein Konto eröffnen, ohne die Genehmigung des Ehemannes einholen zu müssen – zumindest solange sie Mann und Kinder nicht „vernachlässigten“. Noch weitere zwei Jahrzehnte mussten vergehen, bis die so genannte Hausfrauen-Ehe durch die Reform des Familienrechts abgeschafft wurde (1977).

Elisabeth Selbert wollte aber viel mehr. Sie wollte de-facto Gleichstellung, sie wollte die freie Entfaltung der Frau und ihre volle Gleichberechtigung mit dem Mann in jeder Hinsicht: in der Ehe, in der Gesellschaft und in der Politik. Ende der 1970er Jahre forderte sie Frauen auf: „Sie haben doch, ganz anders als früher, alle Rechte. Sie können sich darauf berufen. Sie müssen sie durchsetzen!“ und fügte hinzu: „In die Parlamente müssen die Frauen! Dort müssen sie durchsetzen, was ihnen zusteht!“ Der Weg in die Parlamente war nicht weniger steinig, aber die Frauen haben es doch geschafft, sogar sechzehn Jahre lang eine Kanzlerin als Regierungsoberhaupt zu stellen.

Einen wichtigen Fortschritt in Punkto Gleichberechtigung stellte im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands die Ergänzung des Art. 3 II GG dar: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf

¹ Global Gender Gap Report 2023, <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/> [Stand: 23.8.2024].

² Der Gleichstellungsauftrag des Grundgesetzes, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/75-jahre-grundgesetz/gleichberechtigung-grundgesetz-2262564> [Stand: 16.9.2024].

³ van Rahden, Demokratie und väterliche Autorität: Das Karlsruher „Stichtentscheid“ – Urteil von 1959 in der politischen Kultur der frühen Bundesrepublik, Zeithistorische Forschungen/Studies in Contemporary History, Online-Ausgabe, <https://zeitgeschichte-digital.de/doks/frontdoor/index/index/docId/2010> [Stand: 8.9.2024].

die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ Also: Die Gleichberechtigung sollte nicht mehr irgendwie kommen; vielmehr muss der Staat nun aktiv etwas dafür tun.

Im weltweiten Vergleich stand Deutschland 2023 laut Index zur Gleichstellung von Frauen und Männern auf Platz sechs und dies wiederum dank der Rolle von Frauen in der Politik. Im Vorjahr hatte Deutschland noch den zehnten Platz belegt.⁴ Laut dem World Economic Forum (WEF) und dessen jährlichem Bericht zur Geschlechterkluft weltweit hat zur Verbesserung vor allem die gestiegene Zahl an weiblichen Abgeordneten im Bundestag und die damit ausgeglichene Geschlechterverteilung beigetragen. In Sachen Gleichberechtigung in der Wirtschaft hat Deutschland nach gleicher Quelle jedoch nachgelassen: Das ist insbesondere auf die ungleiche Entlohnung von Männern und Frauen zurückzuführen (*Pay Gap*), wie auch auf die Vergabe von Führungspositionen. Dieses Jahr (Stand 2024) rutschte Deutschland wieder nach hinten auf Platz sieben.⁵

Das muss weiter beobachtet werden, aber die Gleichstellung geht insgesamt sichtbar voran. Zumindest ist dies für mich seit meiner Ankunft in Deutschland nicht zu übersehen: Als ich 1992 nach dem Zerfall von Jugoslawien nach Deutschland als Kriegsflüchtling ohne jegliche Deutschkenntnisse nach Freiburg kam, musste ich im Deutschunterricht unter anderem lange Zeit die Übersetzung für das Wort „Rabenmutter“ suchen. In meiner Muttersprache gab es kein Äquivalent, und ich war sehr überrascht über völlig unangebrachte konservative Argumente zur Stellung der Frau in der Familie in Deutschland im Vorfeld des 21. Jahrhunderts. Durch ein zufällig geführtes Gespräch erfuhr ich von der gängigen Kindergartenregelung (8–12 Uhr) und der Pflicht der Mutter, ihr Kind in der Mittagszeit abzuholen (meine Kinder waren in der Zeit im Schulalter). Irritiert von diesen einschränkenden Regelungen vermutete ich zunächst, dass ich die Information aufgrund unzureichender Deutschkenntnisse falsch verstanden hätte, bis sich herausstellte, dass ich mich doch nicht verhöhrt hatte. Auf die Frage, wie dann die jungen Mütter arbeiten könnten, folgte die lapidare Antwort: „Sie arbeiten nicht“ oder auch die Gegenfrage: „Wieso müssen sie arbeiten?“. Beinahe brach für mich die Welt zusammen: Aus einem sozialistischen Staat kommend, wo zumindest in den Städten die Berufstätigkeit von Frauen eine Selbstverständlichkeit gewesen und Kindergärten in der Vollarbeitszeit geöffnet waren, Frauen wie Männer den Führerschein machen konnten, Verträge selbstständig abschließen, sich scheiden lassen, abtreiben oder jegliche Handlungen uneingeschränkt vornehmen durften (ähnlich wie in der DDR in dieser Zeit), habe ich mich gefragt, warum Deutschland so einen ausgezeichneten Ruf in Jugoslawien hatte: ein hochentwickelter Staat mit höchsten sozialrechtlichen Standards. Ich habe mich viele Jahre lang gefragt, wie es sich so eine moderne Gesellschaft leisten kann, Frauen die gleichberechtigte Teilhabe an gesellschaftlichen – familiären und beruflichen – Entscheidungen zu verweigern. Weitere Erkenntnisse aus der Gerichtsbarkeit zur Gleichstellung der Geschlechter waren nicht weniger überraschend. Während in den 1980er Jahren in meiner Heimatstadt in Bosnien und Herzegowina, wo ich als RichterIn von 1980 bis 1990 tätig war, über 50 Prozent weibliche Juristinnen als Richterinnen am Amtsgericht tätig waren, haben Juristinnen/Richterinnen diesen Anteil in Deutschland erst heute in nur wenigen Städten und nur an wenigen Gerichten erreicht.⁶

BayZR: Gleiches ist gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln. Danach sollte eine Ungleichbehandlung leicht zu erkennen sein. Im Einzelfall ist die Abgrenzung aber regelmäßig mit komplexeren Problemen verbunden. So können verschiedene Geschlechter auch dann ungleich behandelt werden, wenn gar nicht an das Geschlecht, sondern an ein anderes Merkmal angeknüpft wird. Eine sogenannte mittelbare Beeinträchtigung tritt oft bei Teilzeitregelungen auf, da Teilzeitstellen überwiegend mit Frauen besetzt sind. Welche weiteren Situationen erleben Sie in Ihrer Arbeit, in denen es schwierig ist, Diskriminierung von Frauen zu erkennen oder auch nachzuweisen?

Frau Prpić: Die Inanspruchnahme von Teilzeitarbeit ist ja in den meisten Fällen der Kinderbetreuung oder der Betreuung von kranken bzw. gebrechlichen Familienmitgliedern geschuldet und steht im engen Zusammenhang mit einem unzulänglichen Betreuungsangebot. Weil Frauen statistisch weniger verdienen als Männer, wird ihnen diese „Care-Arbeit“ innerfamiliär zugewiesen, was mikro-ökonomisch aufgrund des sog. Ehegattensplittings bei der Versteuerung des Einkommens sinnvoll erscheinen mag, aber dem Gebot der Geschlechtergerechtigkeit zuwiderläuft. Langfristig führt es einen Großteil der Frauen in die weibliche Altersarmut, wenn der sogenannte Hauptverdiener durch Krankheit, Tod oder Ehescheidung ausfällt.

Weitere Ungleichbehandlung oder Diskriminierung liegt oft bei Geflüchteten, Migrantinnen wie auch Migranten. Die Geflüchteten erlangen durch Erwerbsarbeit zwar oft eine finanzielle Absicherung, aber Arbeit bedeutet für Migrant*innen weit mehr als nur einen Verdienst, um den Lebensunterhalt zu sichern, soweit die Einkommenshöhe dafür ausreicht. Gerade in Deutschland stellt sie auch ein Hauptkriterium für gesellschaftliche Teilhabe dar. Wer diese Möglichkeit nicht hat, wird aus dem gesellschaftlichen Leben ausgegrenzt. Und dabei geht es nicht um irgendeine Beschäftigung, sondern um eine menschenwürdige. In Deutschland kam und kommt es immer noch nicht selten vor, dass gut ausgebildete Migrant*innen mangels Alternativen in niedrig entlohnten und

⁴ Global Gender Gap Report 2022, https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2022.pdf [Stand: 6.9.2024].

⁵ Global Gender Gap Report 2024, <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/> [Stand: 8.9.2024].

⁶ Führungspositionen in der Justiz, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Gleichstellungsindikatoren/tab-frauen-fuehrungspositionen-justiz-h34.html?nn=641904> [Stand: 8.9.2024].

unsicheren Dienstleistungsbereichen tätig sind: Reinigungsarbeiten, Pflege und Betreuung – vor allem, weil ihre im Ausland erworbenen Abschlüsse hierzulande selten anerkannt werden.

Nicht selten unterliegen Frauen wie Männer dieser Gruppe einer massiven Ungleichbehandlung bei der Jobsuche, selbst bei in Deutschland erworbenen Abschlüssen, da die Bewerbung aussortiert wird, wenn man anders heißt oder anders aussieht. Migrant*innen „werden in vielen Bereichen des täglichen Lebens stark ausgegrenzt“, wie viele Studien in diesem Bereich belegen.⁷ Zahlreiche Antidiskriminierungsstellen berichten auch über Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft. Rassistische Diskriminierung wird zudem „besonders häufig auf dem Wohnungsmarkt, beim Zugang zu Gaststätten und Clubs, bei Bankgeschäften, in der Schule und Hochschule, im Kontakt mit der Polizei, aber auch im öffentlichen Raum sowie im Arbeitsleben gemeldet“.⁸

BayZR: Ihr Verein „Anwältinnen ohne Grenzen e. V.“ engagiert sich dafür, Menschenrechte für Frauen mithilfe juristischer Maßnahmen durchzusetzen und jegliche Form von Ungleichbehandlung weltweit abzubauen. Was hat Sie motiviert, den Verein mitzugründen, und wie hat sich die Arbeit des Vereins seit 2007 entwickelt?

Frau Prpić: Der 3.10.1992, der Tag meiner Flucht und Ankunft in Deutschland bzw. in Freiburg, ist ein besonderer Tag für dieses Land. Es ist der Tag der Deutschen Einheit. Während hier an den Fall der Berliner Mauer und der Freiheit entgegenstrebenden Menschen gedacht wird, wuchsen in meiner alten Heimat neue Mauern: zwischen Republiken, Städten, Straßen, Häusern, zwischen Nachbarn. Ein blutiger Krieg begann, Tausende von Frauen wurden vergewaltigt, mehr als die Hälfte der Bevölkerung war auf der Flucht.

Nach dem Bosnienkrieg begegneten uns bald ähnliche Bilder: aus Kosovo, Irak, Afghanistan, Jemen, Somalia; aus den Ländern des arabischen Frühlings, wie Syrien, und heute leider wieder aus einem europäischen Land, der Ukraine. Die schrecklichen Folgen des Krieges treffen immer wieder insbesondere Frauen.

Diese Kriegsverbrechen zu erleben und sie tatenlos hinzunehmen, war für mich undenkbar. Ich wollte handeln. Aber wie? Wie findet eine Person, erst recht ein Kriegsflüchtling, Gehör?

Mein rechtswissenschaftliches Studium wurde hier nicht anerkannt. Meine Tätigkeiten in Bosnien als Richterin und später als Anwältin konnte ich nicht fortsetzen. Dies hinderte mich aber nicht daran, mich anderweitig zu engagieren, viele Aufsätze über Menschenrechtsverletzungen zu schreiben, Pressebeiträge zu fertigen, Vorträge mit Fotoausstellungen zu halten, an verschiedenen Konferenzen, Tagungen und Delegationsreisen teilzunehmen. Diese Wege führten mich von Deutschland bis in den Iran, nach Nepal, Kosovo, Albanien, Mexiko, Jordanien, Tunesien. Immer wieder kam das gleiche Thema zur Sprache: die verschiedenen Formen von Frauendiskriminierung sowohl in der Familie als auch seitens staatlicher oder nichtstaatlicher Akteure.

Zusammen mit elf anderen Kolleginnen verschiedenster Herkunft gründete ich schließlich am 6. November 2007 den Verein „Anwältinnen ohne Grenzen e. V.“ in Freiburg. Unsere Aufgabe war und ist vor allem, Missstände zu benennen, Menschenrechtsverletzungen an Frauen bekannt zu machen und uns für deren Ahndung mit juristischen Mitteln einzusetzen. Wir wollten gesellschaftlichen Wandel durch Recht und Rechtsprechung voranbringen. Wir haben Netzwerke geschaffen, weltweit mit Frauen- und Menschenrechtsorganisationen zusammengearbeitet, Projekte in Form von internationalen Konferenzen organisiert und durchgeführt (2013 „Arabischer Frühling“- 2015 „Balkankonferenz“ zur Umsetzung der UN-Resolution 1325, 2018 „Frau und Flucht - Auf der Suche nach einem Leben in Würde und Freiheit“). Wir wollen Brücken zwischen Regierungen und der Zivilgesellschaft bauen und zu dem Abbau jeder Form von Diskriminierung aller Frauen beitragen. Ich glaube, wir sind auf einem guten Weg dahin.

BayZR: Es kann differenziert werden zwischen der Gleichberechtigung der Geschlechter, welche von Art. 3 II GG garantiert wird, und der Gleichstellung, die Männern und Frauen realiter gleiche Chancen bietet. Juristische Mittel scheinen vor allem geeignet zu sein zur Herstellung der Gleichberechtigung. Können juristische Mittel aber auch dabei helfen, eine faktische Gleichstellung zu fördern?

Frau Prpić: Selbstverständlich. Dazu gibt es genug Rechtsprechung, von der ich hier nur zwei Entscheidungen nennen möchte: der Beschluss zur Möglichkeit, den Familiennamen frei wählen zu können – und damit auch für die Ehefrau, ihren Geburtsnamen

⁷ Schlaab, Realität der Diskriminierung in Deutschland-Vermutungen und Fakten, <https://heimatkunde.boell.de/de/2010/04/18/editorial-dossier-rassismus-diskriminierung-deutschland> [Stand: 17.9.2024]; Zick, Spielarten des Rassismus in: Rassismus & Diskriminierung in Deutschland, <https://heimatkunde.boell.de/de/2010/04/01/spielarten-des-rassismus> [Stand: 17.9.2024].

⁸ Ethnische Herkunft/Rassismus, <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ueber-diskriminierung/diskriminierungsmerkmale/ethnische-herkunft-rassismus/ethnische-herkunft-rassismus.html> [Stand: 17.9.2024].

behalten zu können,⁹ und das rechtlich verbriefte Aufenthaltsrecht des Ehegatten einer Unionsbürgerin trotz Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft.¹⁰ Darüber hinaus belegt die Rechtsprechung des EuGH¹¹ zahlreiche Fälle, in denen juristische Mittel dazu beigetragen haben, konkrete Diskriminierung und Ungleichbehandlungen zu beseitigen. Tatsache ist aber auch: Faktische Gleichstellung muss auch von den Diskriminierten selbst erarbeitet werden, indem Frauen und insbesondere Migrantinnen im Berufsalltag ihre Rechte einfordern.

BayZR: Noch lange nach Inkrafttreten des Grundgesetzes gab es zahlreiche Normen, die Frauen gegenüber Männern benachteiligten. So wurde zum Beispiel aus dem Modell der Hausfrauenehe abgeleitet, dass die Frau für ihre Erwerbstätigkeit die Zustimmung ihres Ehemannes benötige. Zweck des § 1357 BGB war es, Vertragspartner der Ehefrauen zu schützen, da die Frauen in der Regel kein eigenes Einkommen hatten, sondern mit dem Geld ihrer Ehemänner einkauften. Solche Regelungen sind größtenteils aus dem Recht verschwunden oder wurden so interpretiert, dass sie nunmehr für beide Geschlechter gleichermaßen gelten. Sind möglicherweise gar keine rechtlichen Anpassungen zum Zweck der Gleichstellung mehr notwendig, da diese durch eine entsprechende moderne Interpretation auslegungsbedürftiger Normen oder Begriffe gewährleistet werden kann?

Frau Prpić: Doch. Rechtliche Anpassungen sind allem voran im Steuerrecht und bei dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) nötig: Das Ehegattensplitting ist ein Anachronismus. Es gehört abgeschafft, zugunsten einer Individualbesteuerung mit Freibeträgen für unterhaltsbedürftige Familienmitglieder.

Im Falle von AGG hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2016 das Gesetz evaluiert und festgestellt: Es schützt zu wenige Menschen, gilt in wichtigen Lebensbereichen nicht und stellt Menschen, die gegen Diskriminierung vorgehen wollen, vor zu hohe Hürden. „Deutschland leistet sich 2024 immer noch eines der schwächsten Antidiskriminierungsgesetze in Europa“, so Ferda Ataman, Leiterin der Stelle sowie die Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung.¹²

Dies bestätigt auch der CEDAW-Alternativbericht 2023 der CEDAW-Allianz Deutschland¹³, in dem die deutsche Regierung zwischen anderem aufgefordert wird, „Frauen mit Fluchterfahrungen, Migrationsgeschichte oder langjährigen Erwerbsunterbrechungen im Erwerbsleben in eine der Qualifikation angemessene Beschäftigung zu vermitteln und ggf. durch Qualifizierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen vor prekären Arbeitsverhältnissen zu schützen“.¹⁴

BayZR: Trotz vorhandener Auslegungsmöglichkeiten können offenbar viele gegenwärtige Probleme nicht hinreichend gelöst werden: *Gender Pay Gap*,¹⁵ *Gender Care Gap*¹⁶, Altersarmut von Frauen, sexualisierte Gewalt und noch viele weitere. Muss es also noch weitere einfachgesetzliche Konkretisierungen von Art. 3 II 1 GG geben, um die tatsächliche Umsetzung dieses Grundrechts in der Praxis sicherzustellen? Bedarf es etwa weiterer Gesetze, ähnlich dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?

Frau Prpić: Die von Ihnen angesprochenen Probleme sind nicht nur mit Normen zu lösen: Der *Gender Pay Gap* evoziert den *Gender Care Gap* (wie oben ausgeführt) und im weiteren Verlauf die Altersarmut. Physische Gewalt in jeder Form kann meines Erachtens mit dem gegenwärtigen Strafrecht sanktioniert werden. Aber es muss konsequent angewendet und umgesetzt werden. Außerdem brauchen wir dringend eine bessere und gesicherte Finanzierung für Frauenhäuser und psycho-mentale Versorgung für die Opfer von zunehmender Gewalt. Genauso eine parlamentarische Debatte und rechtliche Konsequenzen, um effektiver gegen Femizide, einer Ermordung von Frauen aufgrund ihres Geschlechts¹⁷ in Deutschland¹⁸, vorzugehen.

BayZR: Frau Prpić, wir möchten uns an dieser Stelle bei Ihnen ganz herzlich für Ihre Zeit und die Beantwortung unserer Fragen bedanken. Wie vermutlich spätestens am Ende dieses Interviews klar wurde, liegen Ihnen Frauenrechte besonders am Herzen. Haben

⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.11.1963 – 1 BvR 59/60; BVerfGE 17, 168.

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 28.3.2019 – 1 C 9/18.

¹¹ Zusammenfassung ausgewählter EuGH-Entscheidungen zum Antidiskriminierungsrecht ab dem Jahr 2000, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsprechungsuebersicht/eugh_entscheidungen_zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=12 [Stand: 17.9.2024].

¹² Ataman, Das Allgemeine Gleichberechtigungsgesetz muss reformiert werden, <https://www.bosch-stiftung.de/de/stories/das-allgemeine-gleichbehandlungsgesetz-muss-dringend-reformiert-werden> [Stand: 17.9.2024].

¹³ Ein 2018 gegründetes Bündnis aus über 30 Nichtregierungsorganisationen, die sich für die Umsetzung der UN-Frauenrechtskonvention CEDAW in Deutschland engagieren.

¹⁴ Alternativbericht CEDAW, https://www.cedaw-allianz.de/wp-content/uploads/2023/04/CEDAW-Allianz_Alternativbericht-2023-1.pdf [Stand: 17.9.2024].

¹⁵ Der *Gender Pay Gap* beschreibt den Unterschied im Stundenlohn zwischen Frauen und Männern.

¹⁶ Frauen widmen täglich weit über ein Drittel mehr Zeit der unbezahlten Sorgearbeit als Männer. Diese Ungleichheit wird als *Gender Care Gap* bezeichnet.

¹⁷ „Morde an Frauen – das sind Femizide. Diese müssen so benannt und auch so bestraft werden: mit lebenslanger Haft.“ So die Bundesinnenministerin Nancy Faeser: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/schwerpunkte/DE/gewalt-gegen-frauen/gewalt-gegen-frauen-artikel.html> [Stand: 17.9.2024].

¹⁸ Jeden dritten Tag geschieht in Deutschland ein Femizid – weltweit sogar alle elf Minuten. Allein 2021 wurden in Deutschland 113 Frauen von ihrem Partner oder Ex-Partner getötet, wie aus Zahlen des Bundeskriminalamts hervorgeht: <https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/femizide-und-gewalt-gegen-frauen/> [Stand: 8.9.2024].

Sie zu diesem Anliegen konkrete Hoffnungen oder Wünsche für die nächsten Jahre oder auch Jahrzehnte, die Sie abschließend mit uns teilen möchten?

Frau Prpić: Ja, wir haben uns in diesem Interview auf die Lage von Frauen in Deutschland und ihre Gleichstellung und Gleichberechtigung unterhalten. Da ich seit 20 Jahren die Lage von Frauen weltweit verfolge, würde ich gerne zum Schluss Folgendes sagen:

Es hört nicht auf: Frauen werden geschlagen, vergewaltigt und getötet. Im Krieg und im Frieden. In den armen, in den reichen, in den fernen wie auch in den europäischen Ländern. Diese Gewalt gegen Mädchen und Frauen ist seit Jahrzehnten an der Tagesordnung und lässt sich nicht durch kulturelle Gepflogenheiten entschuldigen. Darin sind sich Aktivistinnen, die sich gegen jede Form von Diskriminierung von Frauen wie unser Verein Anwältinnen ohne Grenzen e. V. engagieren, weltweit einig. Das sind keine Einzelfälle. Jeder einzelne Fall, jede einzelne Geschichte ist Teil einer systematischen Unterdrückung von Frauen. Das gilt nicht zuletzt in Afghanistan, wo Frauen zurzeit der Willkür von Taliban völlig ausgeliefert sind und von der internationalen Gemeinschaft alleingelassen werden: Sie sind all ihrer Rechte auf Freiheit, Bildung und Selbstbestimmung völlig beraubt worden, auch die weiterführende Ausbildung für Frauen und Mädchen ist seit über zwölf Jahren verboten.¹⁹

Auch der Krieg in der Ukraine zeigt, dass von dem Slogan „Nie wieder der Krieg“, den ich mir ebenso wie viele andere Menschen aus Bosnien und Herzegowina vor 30 Jahren so sehr gewünscht haben, wenig geblieben ist. Und die schrecklichen Folgen des Krieges treffen immer wieder insbesondere Frauen.

Die erreichte formale Gleichberechtigung in Deutschland und in den meisten europäischen Ländern durch den Zugang zu bürgerlichen und politischen Rechten nach der UN-Charta und anderen internationalen Menschenrechtsverträgen und -pakten der Vereinten Nationen reichte nicht aus, um die De-facto-Gleichstellung der Frauen und Männer weltweit zu gewährleisten. Erst durch den enormen Druck vieler Frauen-Nichtregierungsorganisationen begannen die Vereinten Nationen mit der Ausrufung des Internationalen Jahres der Frauen im Jahr 1975 durch die UN-Generalversammlung eine intensive Beschäftigung mit der Situation der Frauen in aller Welt. Die darauffolgenden vier Weltfrauenkonferenzen rückten zunächst die Forderung der Frauen nach Gleichberechtigung in den Mittelpunkt.

Mit der 1979 verabschiedeten UN CEDAW-Frauenrechtskonvention (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)²⁰ wurde das Verbot der Diskriminierung auf der Grundlage des Geschlechts und das Gebot zur rechtlichen und materiellen Gleichberechtigung der Frauen mit den Männern detaillierter ausgeführt und der Schutz vor Rechtsverletzungen auf nichtstaatliche Akteure ausgedehnt. Die Vertragsstaaten erkannten schon bei der Verabschiedung der Antidiskriminierungskonvention, was heute allgemein vertreten wird: Dass ohne die gleichberechtigte rechtliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Teilhabe und Gleichstellung aller Frauen die Entwicklung eines Landes nicht vorankommen kann.

In der Bundesrepublik zeichnet sich grundsätzlich ein positives Bild für die Situation der Frau ab. Es kommt aber darauf an, welche Vergleichsmaßstäbe man wählt: Nimmt man als Maßstab die Situation der Frau in der Welt überhaupt, ist es sicher so, dass die Frauen in der Bundesrepublik eine vergleichsweise zufriedenstellende Stellung einnehmen. CEDAW will aber etwas anderes. Es verlangt von jedem Vertragsstaat Veränderungen. So gibt der CEDAW-Ausschuss nach der Prüfung des Staatenberichtes der Bundesregierung Empfehlungen, die Situation der Frau in der Bundesrepublik verbessern sollen. Diese Empfehlungen sind juristisch nicht bindend, sondern eher politischer Natur, aber die menschenrechtlichen Verträge sind gerade ein Maßstab für innerstaatliches Recht und Politik, da ihre Verwirklichung von der Umsetzungsbereitschaft des Staates abhängig ist.

Die oben erwähnte CEDAW-Allianz, in der sich auch Anwältinnen ohne Grenzen e. V. engagieren, beobachtet die deutsche Legislative, Judikative und Exekutive in Bund, Ländern und Kommunen kritisch bei der Umsetzung und Anwendung von CEDAW.

Die Allianz tritt aktiv in den Dialog mit der Bundesregierung mit dem gemeinsamen Ziel, jegliche Diskriminierung auf Grundlage des Geschlechts tatsächlich zu beenden. Weiterhin vertritt sie die Interessen der Zivilgesellschaft Deutschlands vor dem CEDAW-Ausschuss der Vereinten Nationen und nimmt an verschiedenen Stellen Einfluss auf das mehrstufige Staatenberichtsverfahren. Herzstück der Arbeit ist die Erstellung des Alternativberichts, in dem sie Bezug zum Staatenbericht der Bundesregierung nimmt und ihre Einschätzung zum Stand der Umsetzung der Konvention formuliert. Die Darstellung aus Sicht der Zivilgesellschaft dient dem CEDAW-Ausschuss zur Beurteilung des Regierungshandels.²¹

¹⁹ Expertengruppen, die die Situation in Afghanistan, insbesondere im Rahmen der Sonderverfahren des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen, verfolgen, haben zahlreiche Beweise für systematische Menschenrechtsverletzungen vorgelegt: <https://www.freiheit.org/de/human-rights-hub-genf/das-recht-auf-bildung-fuer-frauen-und-maedchen-afghanistan> [Stand: 17.9.2024].

²⁰ VN-Frauenrechtskonvention (CEDAW): Staatenberichtsverfahren und Dokumente, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/internationale-gleichstellungspolitik/gleichstellung-im-rahmen-der-vereinten-nationen/cedaw-uebereinkommen-der-vereinten-nationen-zur-beseitigung> [Stand: 17.9.2024].

²¹ <https://www.cedaw-allianz.de/ueber-uns/> [Stand: 17.9.2024].

Laut dem letzten CEDAW-Alternativbericht 2023²² ist für Erwerbstätige die Vereinbarkeit von Beruf und Familie eine große Herausforderung. Die Geburt des ersten Kindes sei für den Erwerbsverlauf und die eigenständige Existenzsicherung vieler Frauen bis heute mit handfesten Nachteilen verbunden.

An dieser Stelle verweise ich auf die oben genannte Problematik der Kinderbetreuung- und Erziehung in Deutschland und damit verbundene Benachteiligung von vielen Frauen im Sinne des Art. 3 II GG wie auch UN CEDAW: Die Botschaft aus der Präambel der Konvention ist mehr als warnend für die ganze Gesellschaft, nämlich „dass die Rolle der Frau bei der Fortpflanzung kein Grund zur Diskriminierung sein darf und dass die Kindererziehung eine Aufgabe ist, die sich Mann und Frau sowie die Gesellschaft insgesamt teilen müssen“.

²² CEDAW Alternativbericht (Fn. 14).

Markus Deichsel: Die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags – eine kritische Analyse der jüngsten BFH-Rechtsprechung

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars im Steuerrecht bei Prof. Dr. André Meyer, LL.M. Taxation (Lehrstuhl Zivilrecht XI – Bürgerliches Recht und Steuerrecht, Gesellschafts- und Bilanzrecht) entstanden.

A. Einleitung

Im alltäglichen Leben der Deutschen mag die Wiedervereinigung keine große Rolle mehr spielen, doch in steuerrechtlicher Hinsicht ist sie noch längst nicht abgeschlossen. Dies liegt daran, dass viele Steuerpflichtige weiterhin den Solidaritätszuschlag zahlen müssen, der ursprünglich zur Finanzierung der deutschen Einheit eingeführt wurde. Durch diesen erhielt der Bund etwa im Jahr 2022 immer noch 12 Milliarden Euro an Steuereinnahmen.¹ In letzter Zeit gibt es jedoch erheblichen politischen Streit um die weitere Existenz des Solidaritätszuschlags.² Bisher konnten sich die Parteien aber nie auf eine vollständige Abschaffung verständigen, sondern es kam lediglich zu einer „Teilabschaffung“ für Personen mit niedrigem und mittlerem Einkommen.³

Doch nicht nur politisch ist der Solidaritätszuschlag hochumstritten, sondern ebenso in der juristischen Literatur und Rechtsprechung.⁴ Den Kern des Streits bildet die Frage, ob der Solidaritätszuschlag in seiner jetzigen Form noch in Einklang mit dem Grundgesetz steht, was vielfach auch die Gerichte beschäftigt.⁵ Zu Beginn des Jahres 2023 musste sich etwa der BFH zur Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags äußern und kam dabei zu dem Ergebnis, dass dieser (noch) verfassungskonform sei.⁶

Seine Ausführungen verdienen aufgrund der Aktualität der Thematik, der Umstrittenheit des Solidaritätszuschlags in Recht und Politik sowie der weiterhin hohen Zahl an natürlichen und juristischen Personen, die von der Erhebung betroffen sind, eine kritische Betrachtung und einen Abgleich mit anderen Meinungen aus Literatur und Rechtsprechung, wodurch eine eigene Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des

Solidaritätszuschlags vorgenommen werden kann. Bevor dies gelingen kann, ist es jedoch unerlässlich, sich mit der Funktionsweise des Solidaritätszuschlags, der als Ergänzungsabgabe zur Einkommen- und zur Körperschaftsteuer gemäß Art. 106 I Nr. 6 GG erhoben wird,⁷ sowie mit der Historie und den Gründen für dessen Einführung zu befassen. Auch die aktuelle Regelung des Solidaritätszuschlags muss erläutert werden, denn andernfalls ist ein Verständnis der Frage, warum die Verfassungswidrigkeit diskutiert wird, nicht möglich.

Deshalb werden nachfolgend der Mechanismus einer Ergänzungsabgabe nach Art. 106 I Nr. 6 GG (B.) sowie die Entwicklung des Solidaritätszuschlags aufgezeigt (C.). Im Anschluss daran wird nach einer kurzen Sachverhaltszusammenfassung des erwähnten BFH-Urteils (D.) die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags untersucht (E.), woraufhin im letzten Abschnitt ein kurzer Ausblick auf die zukünftige Entwicklung des Solidaritätszuschlags erfolgt (F.).

B. Funktionsweise einer Ergänzungsabgabe zur Einkommen- und zur Körperschaftsteuer

Die legislative Basis für die Erhebung des Solidaritätszuschlags wurde im Jahr 1954 durch die Kodifikation der Ergänzungsabgabe zur Einkommen- und zur Körperschaftsteuer im Zuge des Finanzverfassungsgesetzes gelegt. Diese wurde zunächst in Art. 106 I Nr. 7 GG a. F. geregelt und findet sich mittlerweile ohne inhaltliche Änderung in Art. 106 I Nr. 6 GG. Der damaligen Gesetzesbegründung nach soll eine Ergänzungsabgabe dazu dienen, „anderweitig nicht auszugleichende Bedarfsspitzen im Bundeshaushalt“⁸ zu decken. Es muss also ein vorübergehender, finanzieller

¹ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern 2022, S. 9.

² *Bohley*, Die öffentliche Finanzierung, 2003, S. 55; *Kruhl*, Was passiert mit dem Solidaritätszuschlag?, *StBW* 2015, S. 311 (311); *Waldhoff*, Verfassungsrecht und Steuerrecht: Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags, *JuS* 2023, S. 383 (383).

³³ Vgl. BT-Drs. 19/14103 S. 2.

⁴ Vgl. *Krämer/Gläßer* in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, 112. EL, Dezember 2023, § 31 Rn. 97.

⁵ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 ff.; FG Münster v. 08.12.2009 – 1 K 4077/08 E, EFG 2010, S. 588 ff.; FG Nürnberg v. 29.07.2020 – 3 K 1098/19, EFG 2020, S. 1771 ff.

⁶ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 14.

⁷ *Kube* in: Epping/Hillgruber, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage 2020, Art. 106 Rn. 14; *Kratzsch* in: Frotscher/Geurts, Praxis-Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 238. EL, Dezember 2023, SolZG § 1 Rn. 1; *Ottersbach* in: Lademann, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 279. EL, November 2023, § 51a Rn. 1; *Kruhl*, Gesetzgebung: Bundesregierung beschließt Gesetzentwurf zur Rückführung des Solidaritätszuschlags, *ASiW* 2019, S. 798 (798).

⁸ BT-Drs. II/480 S. 72.

Sonderbedarf des Bundes bestehen,⁹ weshalb die Einnahmen aus der Ergänzungsabgabe, bei der es sich um eine selbständige Steuer handelt,¹⁰ ausschließlich dem Bund zustehen. Deshalb ist die Ergänzungsabgabe auch nicht als konjunkturpolitisches Instrument¹¹ oder zur Finanzierung von Daueraufgaben¹² vorgesehen.

Maßgeblich für die Ergänzungsabgabe ist schließlich ihr akzessorischer Charakter.¹³ So knüpft diese an die Einkommen- und die Körperschaftsteuer an und teilt deren Belastungsobjekt sowie ihre Bemessungsgrundlage, sodass jede natürliche oder juristische Person, die Einkommen- oder Körperschaftsteuer abführt, zusätzlich einen gewissen Prozentsatz der Steuer nochmals als Ergänzungsabgabe entrichten muss (sog. Zuschlagsteuer), sofern keine Befreiungen einschlägig sind.¹⁴

Eine solche Ergänzungsabgabe wurde erstmals für das Jahr 1968 eingeführt und 1977 wieder abgeschafft.¹⁵ Doch erst mit der Einführung und der lang andauernden Geltung des Solidaritätszuschlags kam es zu verfassungsrechtlichen Diskussionen, weshalb nachfolgend dessen Entwicklung dargestellt wird.

C. Chronologische Entwicklung des Solidaritätszuschlags

I. Ursprüngliche Einführung

Erstmalig wurde ein Solidaritätszuschlag im Jahr 1991 erhoben. Ausweislich der damaligen Gesetzesbegründung wurde dieser zur Erhöhung der Steuereinnahmen eingeführt, um insbesondere die Mehrbelastungen des Bundes durch den Golf-Konflikt und durch die Unterstützung der Staaten Osteuropas auszugleichen.¹⁶ Allerdings war die Erhebung bereits bei der Einführung zeitlich vom 1.7.1991 bis zum 30.6.1992 befristet, weswegen er ohne weiteren Legislativakt auslief.¹⁷

II. Wiedereinführung

Im Jahr 1993 einigte man sich auf eine erneute Einführung ab 1995, um die Vollendung der Wiedervereinigung herstellen und finanzieren zu können.¹⁸ Dabei sollte der Solidaritätszuschlag gewährleisten, dass alle Teile der Bevölkerung (sowohl West- als auch Ostdeutsche) einen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden Beitrag zum Gelingen der Wiedervereinigung leisten.¹⁹ Demnach sind insbesondere gemäß § 2 Nr. 1 SolZG alle nach § 1 EStG einkommensteuerpflichtigen, natürlichen Personen sowie gemäß § 2 Nr. 3 Var. 1 SolZG alle Körperschaften, die nach §§ 1, 2 KStG körperschaftsteuerpflichtig sind, zur Abgabe des Solidaritätszuschlags verpflichtet.

Bemessungsgrundlage für diesen sind etwa die festgesetzte Einkommen- oder Körperschaftsteuer (§ 3 I Nr. 1 SolZG) bzw. die jeweiligen Vorauszahlungen (§ 3 I Nr. 2 SolZG), die Lohnsteuer für laufenden Arbeitslohn (§ 3 I Nr. 3 lit. a SolZG) bzw. für sonstige Bezüge (§ 3 I Nr. 3 lit. b SolZG) oder die zu erhebende Kapitalertragsteuer bzw. der zu erhebende Zinsabschlag (§ 3 I Nr. 5 SolZG).

Obwohl jeder Steuerpflichtige zur Finanzierung der Einheit beitragen sollte, gab es bereits eine Freigrenze etwa bei der Einkommensteuer (§ 3 III SolZG a. F.). Demnach wurde kein Solidaritätszuschlag erhoben, wenn die Bemessungsgrundlage die Freigrenze, auch Nullzone genannt,²⁰ nicht überschritt. Auch eine Gleitzone wurde in § 4 S. 2 SolZG eingeführt, damit bei einem geringfügigen Überschreiten nicht direkt der volle Solidaritätszuschlag entsprechend der Bemessungsgrundlage und dem Zuschlagsatz zu entrichten ist. Die Nullzonen waren aber vergleichsweise niedrig angesetzt, sodass trotzdem ein hoher Anteil der Steuerpflichtigen die Ergänzungsabgabe zu entrichten hatte.

Der Zuschlagsatz betrug gemäß § 4 S. 1 SolZG a. F. 7,5 %, was bedeutete, dass 7,5 % der jeweils zu zahlenden Steuer zusätzlich als Solidaritätszuschlag zu entrichten war. Für das

⁹ Vgl. Schwarz in: Von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Art. 83–146, 7. Auflage 2018, Art. 106 Rn. 49; Trossen, Der Solidaritätszuschlag ist verfassungsgemäß – noch!, jM 2023, S. 170 (172).

¹⁰ Heuermann in: Brandis/Heuermann, Kommentar zum Ertragsteuerrecht, 169. EL, November 2023, SolZG § 1 Rn. 1a; Dötsch, Föderales Konsolidierungsprogramm: Der neue Solidaritätszuschlag zur Körperschaftsteuer, DB 1993, S. 1440 (1440); Rödder, Belastungs- und Gestaltungswirkungen des geplanten Solidaritätszuschlags, DB 1991, S. 921 (921); Schomburg, Der Solidaritätszuschlag, WPg 1991, S. 433 (433).

¹¹ Vgl. Siekmann in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 106 Rn. 7.

¹² Vgl. Heintzen in: Von Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Art. 70–146, 7. Auflage 2021, Art. 106 Rn. 21.

¹³ Vgl. Faber in: Frotscher/Drüen, KStG-Kommentar, 169. EL, Juli 2023, SolZG § 1 Rn. 6; Rohde/Geschwandtner, Ist das Solidaritätszuschlagsgesetz 1995 verfassungswidrig?, NJW 2006, S. 3332 (3334).

¹⁴ Vgl. Seiler in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 101. EL, Mai 2023, Art. 106 Rn. 117.

¹⁵ Vgl. Kube, Verfassungsrechtliche Problematik der fortgesetzten Erhebung des Solidaritätszuschlags, DStR 2017, S. 1792 (1793).

¹⁶ BT-Drs. 12/220 S. 6.

¹⁷ Vgl. Baum, Der Einkommensteuerbescheid als Grundlagenbescheid für den Solidaritätszuschlag, DB 1992, S. 1600 (1600); Kefler, Zum Solidaritätszuschlag bei der Kapitalertragsteuer und bei der Abzugsteuer nach § 50a IV EStG, DStR 1991, S. 1209 (1209).

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 12/4401 S. 51.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 12/4401 S. 51.

²⁰ Heuermann in: Kommentar zum Ertragsteuerrecht (Fn. 10), SolZG § 3 Rn. 21; Grashoff/Mach, Grundzüge des Steuerrechts, 16. Auflage 2023, Rn. 222.

Jahr 1998 erfolgte eine Herabsetzung auf 5,5%.²¹ Ansonsten begnügte sich der Gesetzgeber mit kleineren Änderungen, welche keinen wesentlichen Einfluss auf die Regelungen hatten.

III. Aktuelle Regelung

Dies änderte sich erst mit dem Gesetz zur Rückführung des Solidaritätszuschlags 1995, welches 2019 beschlossen wurde. Demnach wurde etwa die Freigrenze bei der Einkommensteuer von 972 € auf 16.956 € (Einzelveranlagung) bzw. von 1.944 € auf 33.912 € (Zusammenveranlagung) angehoben und auch die Freigrenze beim Lohnsteuerabzug vom laufenden Arbeitslohn wurde erhöht.²² Zudem wurde eine Freigrenze für den Lohnsteuerabzug von sonstigen Bezügen in § 3 IVa 1 SolZG eingefügt. Im Fall der Veranlagung zur Körperschaftsteuer oder zur Kapitalertragsteuer wurden dagegen keine Nullzonen eingeführt.²³ Die Änderungen, die gemäß § 6 XXI SolZG erstmals für den Veranlagungszeitraum 2021 galten, sollten dazu führen, dass etwa 90 % der Zahler von Lohn- und Einkommensteuer von einer weiteren Erhebung befreit werden, wobei insbesondere die unteren und mittleren Einkommensschichten entlastet wurden,²⁴ da nunmehr etwa bei der Einzelveranlagung erst ab einem zu versteuerndem Jahreseinkommen von etwa 61.200 € der Solidaritätszuschlag zu entrichten war, wenn man den Tarif von 2019 zugrunde legt.²⁵ Durch die Anpassung der Milderungszone reduzierte sich der Solidaritätszuschlag für weitere 6,5 % der Zahler²⁶ der betreffenden Steuern und in den darauffolgenden Jahren wurden die Freigrenzen nochmals geringfügig erhöht. Von einer kompletten Abschaffung sah man allerdings ab, da die Regierung weiterhin von einem wiedervereinigungsbedingten Mehrbedarf ausging.²⁷

Die Anhebung der Freigrenzen führte aber dazu, dass die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags Fahrt aufnahm, da die neue Regelung insbesondere im Hinblick auf Art. 3 I GG strittig ist.²⁸ Deshalb kam es in letzter Zeit auch vermehrt zu Klagen gegen die weitere Erhebung des Solidaritätszuschlags, wobei die

Klägerseite immer wieder argumentierte, dass dieser verfassungswidrig sei. So war es auch im bereits erwähnten BFH-Urteil.

D. Sachverhaltszusammenfassung

Der dieser Gerichtsentscheidung zugrunde liegende Sachverhalt wurde erstinstanzlich vom FG Nürnberg entschieden.²⁹ Geklagt hatte ein Ehepaar, welches für die Jahre 2020 und 2021 die Erhebung des Solidaritätszuschlags als verfassungswidrig ansah und deshalb die Herabsetzung der entsprechenden Vorauszahlungen auf 0 € beantragte. Vor dem FG Nürnberg unterlagen sie jedoch, weshalb nun der BFH im Revisionsverfahren entscheiden musste. Dieser kam zwar zu dem Ergebnis, dass das angefochtene Urteil aus verfahrenstechnischen Gründen aufzuheben ist, aber ansonsten hatte die Revision keinen Erfolg.

Aufgrund der klägerseits angeregten Vorlage zum BVerfG musste sich der BFH jedoch ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags äußern, da das Gericht für eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I 1 Alt. 2 GG von der Verfassungswidrigkeit der streitentscheidenden Normen überzeugt sein muss.³⁰ Begründete Zweifel reichen nicht aus.³¹ Der BFH lehnte eine solche Richtervorlage allerdings ab, da er vielmehr von der Verfassungsmäßigkeit überzeugt war. Die dazugehörigen Begründungen sollen im Anschluss kritisch analysiert und mit der sonstigen Literatur und Rechtsprechung verglichen werden.

E. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags unter besonderer Würdigung des BFH-Urteils (IX R 15/20)

Im Rahmen seines Urteils befasst sich der BFH ausführlich mit dem Solidaritätszuschlag von 1995 und geht insbesondere auf solche Aspekte ein, die unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch sind.

²¹ Vgl. *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 26. Auflage 2023, Rn. 63; *Stern*, Die Entwicklung der Steuer- und Abgabenbelastung, 2006, S. 33; *Fuest/Löffler/Peichl/Stichnoth*, Integration des Solidaritätszuschlags in die Einkommensteuer, Wirtschaftsdienst 2015, S. 319 (319).

²² Vgl. BT-Drs. 19/14103 S. 7.

²³ *Broer*, Die Reform des SolZ und damit verbundene Effekte bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften, DB 2019, S. 2641 (2641).

²⁴ BT-Drs. 19/14103 S. 9.

²⁵ *Broer*, Die Besteuerung von gewerblichen und nicht gewerblichen Personenunternehmen im Lichte der Reform des Solidaritätszuschlags, BB 2020, S. 283 (284).

²⁶ Vgl. *Loschelder* in: Schmidt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 42. Auflage 2023, § 51a Rn. 10.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 19/14103 S. 9.

²⁸ Vgl. *Krämer/Glößler* in: Die Körperschaftsteuer (Fn. 4), § 31 Rn. 97.

²⁹ FG Nürnberg v. 29.7.2020 – 3 K 1098/19, EFG 2020, S. 1771 ff.

³⁰ *Morgenthaler* in: BeckOK-GG, 56. Edition [Stand: 15.8.2023], Art. 100 Rn. 16; *Müller-Terpitz* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 63. EL, Juni 2023, § 80 Rn. 143; *Ipsen/Kaufhold/Wischneyer*, Staatsrecht I, 35. Auflage 2023, § 18 Rn. 74.

³¹ *von Coelln* in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage 2022, Art. 100 Rn. 9; *Haratsch* in: Sodan, Beck'scher Kompakt-Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage 2018, Art. 100 Rn. 13; *Glatz*, Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags, GmbHR 2023, S. 588 (590); *Mücke*, Das Normenkontrollverfahren, BWNNotZ 1997, S. 36 (39).

I. Anfängliche Verfassungswidrigkeit

Dabei prüft der BFH zunächst weitgehend, ob der Solidaritätszuschlag bereits von Anfang an nicht den Anforderungen des Grundgesetzes an eine Ergänzungsabgabe entsprach.

1. Bestehender Mehrbedarf des Bundes

Für die Einführung einer solchen muss ein vorübergehender, finanzieller Sonderbedarf des Bundes bestehen. Im Hinblick auf die in den historischen Gesetzesmaterialien aufgelisteten Maßnahmen des Bundes zur Erreichung einer angemessenen Finanzausstattung der neuen Bundesländer im Zuge der Wiedervereinigung³² lag ein solcher Mehrbedarf bei der Einführung des Solidaritätszuschlags zweifelsfrei vor. Dies erkennt auch der BFH an.³³

2. Gesetzgebungskompetenz

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Bund für dessen Einführung überhaupt zuständig war. Der BFH bejaht dies unter Verweis auf Art. 106 I Nr. 6 GG, wonach dem Bund die Erträge aus einer Ergänzungsabgabe allein zustehen und er deshalb nach Art. 105 II 2 Var. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz über solche Steuern hat,³⁴ sodass der Bund diese regeln kann, vgl. Art. 72 I GG.

Dies wird auch in Literatur³⁵ und sonstiger Rechtsprechung³⁶ häufig so gesehen. Demnach bedürfe es auch keiner Zustimmung des Bundesrats,³⁷ da dies nach Art. 105 III GG nur dann der Fall wäre, wenn das Aufkommen aus dem Solidaritätszuschlag zumindest in Teilen den Ländern oder Gemeinden zufließen würde. Teilweise wird aber vertreten, dass es sich bei der ihrer Ansicht nach dauerhaften Erhebung des Solidaritätszuschlags faktisch um eine Erhöhung der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer handelt, weswegen die Länder aufgrund ihrer Beteiligung an diesen Steuern gemäß Art. 106 III 2 GG einer Tarifänderung nach Art. 105 III GG zustimmen müssten.³⁸

³² Vgl. BT-Drs. 12/4401 S. 2 f.

³³ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 31.

³⁴ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 32.

³⁵ Vgl. *Frank*, Verfassungsmäßigkeit und Zukunft des Solidaritätszuschlags, 2019, S. 30; *Tappe*, Das Gesetz zur Rückführung des Solidaritätszuschlags, NVwZ 2020, S. 517 (518); *Wienbracke*, Begriffliche und verfassungsrechtliche Grundlagen des Steuerrechts, JuS 2019, S. 673 (675).

³⁶ Vgl. FG München v. 18.8.2009 – 2 K 108/08, EFG 2010, S. 166 (166); FG Münster v. 8.12.2009 – 1 K 4077/08 E, EFG 2010, S. 588 (588).

³⁷ *Wagner* in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, 322. EL, Januar 2024, EStG Anhang zu § 51a Rn. 10; *Wernsmann*, Die Finanzverfassung als Rahmen der Besteuerung, StuW 2018, S. 100 (110).

³⁸ Vgl. *Schemmel*, Verfassungswidriger Solidaritätszuschlag, 2008, S. 17 ff.; *Wernsmann*, Teilabschaffung des Solidaritätszuschlags verfassungsmäßig?, NJW 2018, S. 916 (918).

³⁹ Vgl. *Schemmel* (Fn. 38), S. 17 ff.

⁴⁰ BVerfGE 32, S. 333 (339).

⁴¹ Vgl. Bundesrat, Plenarprotokoll 657, S. 221 f.

⁴² *Seiler* in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 14), Art. 106 Rn. 117.

⁴³ Vgl. *Seiler* in: Kirchhoff/Seer, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 22. Auflage 2023, § 51a Rn. 1.

⁴⁴ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 35.

Dies verkennt freilich den tatsächlichen Charakter des Solidaritätszuschlags als Ergänzungsabgabe, der zur Finanzierung eines vorübergehenden Mehrbedarfs des Bundes eingeführt wurde. Darüber hinaus widerspricht eine solche Argumentation dem Wortlaut, denn Art. 106 I Nr. 6 GG i. V. m. Art. 105 III GG würde sonst leerlaufen, da trotz der Zuweisung der Einnahmen an den Bund immer eine Zustimmung der Länder gemäß Art. 105 III GG nötig wäre. Auch kann sich diese Argumentation nicht – wie teilweise versucht –³⁹ auf ein BVerfG-Urteil aus dem Jahr 1972 stützen, denn dieses stellt klar, dass es sich bei der Ergänzungsabgabe um eine selbständige Steuer handelt,⁴⁰ sodass die Erhebung einer solchen nicht als Erhöhung der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer angesehen werden kann. Zudem hat der Bundesrat ohnehin seine Zustimmung zum damaligen Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms gegeben,⁴¹ welches auch die Einführung des Solidaritätszuschlags beinhaltete, sodass auch nach der Mindermeinung ein Zuständigkeitsverstoß nicht vorliegt.

3. Aushöhlung der Finanzordnung des GG

Als nächsten Punkt prüft der BFH eine mögliche Aushöhlung der Finanzordnung des GG durch die Erhebung des Solidaritätszuschlags als Ergänzungsabgabe. Schließlich ergibt sich aus dem Wortteil „Ergänzung“, dass diese zur Einkommen- und Körperschaftsteuer in einem angemessenen Verhältnis stehen muss.⁴² Die Höhe der Einnahmen darf dementsprechend nicht dazu führen, dass das finanzielle Ausgleichssystem zwischen Bund und Ländern, wonach die Steuern mit den größten Einnahmen gemäß Art. 106 III 1 GG beiden gemeinschaftlich zustehen, zulasten der Länder verschoben wird.⁴³ Dahingehend begnügt sich der BFH mit der Feststellung, dass bei einem Zuschlagsatz von 5,5 % gemäß § 4 S. 1 SolZG die Schwelle, bei der von einer Beeinträchtigung der Finanzordnung des Grundgesetzes auszugehen ist, nicht überschritten worden sei.⁴⁴

In Bezug hierauf ist festzuhalten, dass sich das BVerfG nicht auf eine Obergrenze des Zuschlagsatzes festgelegt hat, sondern

ausgeführt hat, dass jedenfalls bei einer Höhe von 3 % die Grenze zur Verfassungswidrigkeit offensichtlich nicht überschritten sei.⁴⁵ Literatur und sonstige Rechtsprechung gehen wie der BFH in weit überwiegender Mehrheit davon aus, dass der aktuelle Zuschlagsatz verfassungsgemäß ist.⁴⁶ Gestützt wird dies auf die Feststellung, der Zuschlagsatz i. H. v. 5,5 % liege nur unwesentlich höher als die vom BVerfG als unbedenklich eingestuften 3 %.⁴⁷ Weiterhin wird auch auf die Höhe der Steuereinnahmen aus Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag verwiesen, wobei letztgenannter im Verhältnis zu den anderen beiden Steuern eher geringe Einnahmen generiert.⁴⁸ Vereinzelt wird hingegen auch die Verfassungsmäßigkeit der Höhe des Zuschlagsatzes verneint, was damit begründet wird, dass der Solidaritätszuschlag über einen langen Zeitraum die drittgrößten Einnahmen aller Bundessteuern bewirkte, und es wird darauf rekurriert, dass der Bundesrat bei der Einführung der Ergänzungsabgabe eine Begrenzung des Zuschlagsatzes auf 5 % gefordert habe.⁴⁹

Dieser Argumentation ist entgegenzutreten. So generierte der Solidaritätszuschlag im vorvergangenen Jahr lediglich Steuereinnahmen i. H. v. knapp 12 Milliarden Euro, wohingegen die Einnahmen aus der Einkommen- bzw. der Körperschaftsteuer mit knapp 77,5 Milliarden Euro bzw. über 46,3 Milliarden Euro weit höher lagen.⁵⁰ Auch in früheren Jahren standen die Einnahmen aus dem Solidaritätszuschlag in einem angemessenen Verhältnis zu den Einnahmen aus den anderen Steuern.⁵¹ Zudem ist zu beachten, dass die vom Bundesrat geforderte Höchstgrenze⁵² gerade keinen Eingang in das Grundgesetz gefunden hat, da man mit der Ergänzungsabgabe ein flexibles Finanzinstrument schaffen wollte, um bedarfsgerecht auf Ausgabenspitzen im Bundeshaushalt reagieren zu können.⁵³ Somit ist zu konstatieren, dass der Solidaritätszuschlag, der durch die Reduktion des Zuschlagsatzes 1998 und durch die Erhöhung der Freigrenzen ab 2021 ohnehin bereits zweimal

einnahmentechnisch abgesenkt wurde, die verfassungsrechtliche Finanzordnung nicht aushöhlt.

4. Zweckgebundenheit der Steuermehreinnahmen

Dass der Bund die Steuermehreinnahmen nicht ausschließlich für den ursprünglichen Zweck verwendet, ist verfassungsrechtlich unproblematisch. Eine Verpflichtung dahingehend, dass eine Ergänzungsabgabe nur für den genannten Zweck zu verwenden ist, gibt es nicht.⁵⁴ Schließlich folgt aus dem Budgetrecht des Parlaments, dass der Staat Prioritäten bei der Erfüllung seiner Aufgaben setzen kann,⁵⁵ und der daraus folgende Gestaltungsspielraum entzieht sich auch weitestgehend einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit.⁵⁶ Dieser Argumentation folgt auch der BFH.⁵⁷ Zudem handelt es sich beim Solidaritätszuschlag nicht um eine Zwecksteuer,⁵⁸ sodass eine einfachgesetzliche Verwendungsbindung ebenfalls ausscheidet.

Den Ausführungen ist im Hinblick auf die Nichterwähnung einer Zweckbindung bei der Einführung der Ergänzungsabgabe ins Grundgesetz⁵⁹ zuzustimmen.

5. Rechtsstaatsprinzip

Auch eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes und damit ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 II 2, III GG mit der Begründung, dass die Bezeichnungen „Solidaritätszuschlag“ und „Ergänzungsabgabe“ irreführend seien, liegt nicht vor. So stellt etwa das BVerfG klar, dass der Steuergesetzgeber durch die Erhebung des Solidaritätszuschlags als „Ergänzungsabgabe“ lediglich auf Art. 106 I Nr. 6 GG rekurriert⁶⁰. Auch die Verwendung des Begriffs „Solidaritätszuschlag“ soll nicht darüber täuschen,

⁴⁵ BVerfGE 32, S. 333 (340).

⁴⁶ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 (1401); *Kment* in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 17. Auflage 2022, Art. 106 Rn. 7; *Kube*, DStR 2017, S. 1792 (1796).

⁴⁷ *Kube*, DStR 2017, S. 1792 (1796).

⁴⁸ Vgl. BFH v. 21.7.2011 – II R 52/10, Rn. 16; *Hilgers/Holly*, Die Verfassungskonformität des Solidaritätszuschlags, DB 2010, S. 1419 (1420).

⁴⁹ Vgl. FG Niedersachsen v. 21.8.2013 – 7 K 143/08, DStR 2014, S. 534 (544); *Schemmel* (Fn. 38), S. 10, 13.

⁵⁰ Vgl. *Statistisches Bundesamt* (Fn. 1), S. 9.

⁵¹ Vgl. *Kube*, DStR 2017, S. 1792 (1797).

⁵² Vgl. Bundesrat, Sitzungsbericht zur 150. Sitzung, S. 351.

⁵³ Vgl. BT-Drs. II/480 S. 72.

⁵⁴ Vgl. *Seiler* in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 14), Art. 106 Rn. 117; *Hoch*, Verfassungsrechtliche Fragen des Solidaritätszuschlags: Abschaffen, abschmelzen oder beibehalten?, DStR 2018, S. 2410 (2411).

⁵⁵ Vgl. *Gröpl* in: BK-GG, 221. EL, Oktober 2023, Art. 110 Rn. 243.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 32, S. 333, (343); *Hilgers/Holly*, DB 2010, S. 1419 (1419).

⁵⁷ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 37.

⁵⁸ *Fuest*, Solidaritätszuschlag abschaffen?, Wirtschaftsdienst 2007, S. 492 (492); *Rama*, Der Solidaritätszuschlag – eine Übergangslösung ohne Ende?, DVP 2018, S. 23 (23).

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. II/480 S. 72.

⁶⁰ BVerfG NJW 2000, S. 797 (798).

dass es sich um eine Steuer handelt.⁶¹ Dieser Argumentation schließt sich auch der BFH an.⁶²

Überdies ist im Hinblick auf den aktuellen Solidaritätszuschlag zu ergänzen, dass aus dessen Wortlaut nicht gefolgert werden kann, dass jeder diese Ergänzungsabgabe zu zahlen hat, sodass insoweit auch die Anhebung der Freigrenzen nicht zur Verfassungswidrigkeit führt.

6. Verpflichtende anfängliche Befristung der Erhebung des Solidaritätszuschlags

Im Hinblick auf eine möglicherweise von vornherein verpflichtende Befristung des Solidaritätszuschlags stellt der BFH klar, dass eine solche verfassungsrechtlich nicht geboten ist, ohne dies zu begründen.⁶³ Vielmehr verweist er auf Entscheidungen des BVerfG, welches festgestellt hat, dass die anfängliche Befristung einer Ergänzungsabgabe aufgrund ihrer Funktion als bedarfsgerechtes Ausgleichsinstrument von Mehrausgaben, die ausschließlich beim Bund bestehen, nicht zwingend ist und dass auch im Gesetzgebungsprozess zum Finanzverfassungsgesetz keine Bestrebungen des Bundesrats stattfanden, wonach die Befristung verpflichtend sein sollte.⁶⁴ Diese Argumentation ist auch in der Literatur anerkannt. So wird auch hier vertreten, dass eine anfängliche Befristung nicht geboten sei, wobei meist auf die Entscheidung des BVerfG und auf die Gesetzesmaterialien zum Beschluss des Finanzverfassungsgesetzes hingewiesen wird.⁶⁵ Lediglich vereinzelt wird dagegen vertreten, dass eine Ergänzungsabgabe aufgrund ihres Ausnahmeharakters von vornherein zu befristen sei.⁶⁶

Ob dem so ist, lässt sich letztlich nur durch Auslegung ermitteln. Dem Wortlaut von Art. 106 I Nr. 6 GG ist nicht unmittelbar zu entnehmen, dass die Ergänzungsabgabe nur mit anfänglicher Befristung erhoben werden darf. Der Wortteil „Ergänzung“, der in etwa mit „Hinzufügung“ gleichgesetzt werden kann,⁶⁷ kann zwar dahingehend interpretiert werden, dass es um die Vervollständigung von etwas noch Unvollkommenem geht,⁶⁸ doch daraus lässt sich keine zwingende zeitliche Begrenzung ableiten. Allerdings hilft die

teleologische Auslegung weiter. Zweck der Einführung der Ergänzungsabgabe war es, dem Bund ein Mittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser auf Bedarfsspitzen im Bundeshaushalt adäquat reagieren kann.⁶⁹ Um die damit beabsichtigte Flexibilität zu gewährleisten, wäre es widersinnig, eine neu einzuführende Ergänzungsabgabe von Anfang an zu befristen. Bei deren Inaugurierung ist schließlich häufig nicht absehbar, wie hoch der Mehrbedarf des Bundes ausfällt, sodass man nicht bedarfsgerecht auf die zusätzlichen Belastungen reagieren könnte. Diese Sichtweise wird durch die historische Perspektive untermauert. Der Vorläufer zur Ergänzungsabgabe, der Zuschlag zur Einkommensteuer des Deutschen Reichs, kannte eine solche Befristung.⁷⁰ Dieser war seinem Wortlaut nach auf ein Jahr beschränkt. Da man 1954 auf einen solchen Wortlaut verzichtete, spricht dies ebenfalls gegen eine zwingende anfängliche Befristung. In systematischer Hinsicht ist schließlich zu beachten, dass die Ergänzungsabgabe innerhalb eines Katalogs von Steuern steht, die fast alle unbefristet erhoben werden können. Lediglich die Vermögensabgabe nach Art. 106 I Nr. 5 GG ist ihrem Wortlaut nach einmalig. Dass dies in Art. 106 I Nr. 5 GG ausdrücklich erwähnt wird und in Bezug auf die Ergänzungsabgabe keine zeitliche Komponente Eingang in das Grundgesetz gefunden hat, ist ebenfalls ein Indiz dafür, dass eine Ergänzungsabgabe nicht von vornherein befristet werden muss. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist in Einklang mit der Ansicht des BFH zu konstatieren, dass eine anfängliche Befristung des Solidaritätszuschlags nicht zwingend ist, sodass dieser bei seiner Einführung insgesamt verfassungsgemäß war.

II. Zwingende Abschaffung des Solidaritätszuschlags ab 2020

Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die aktuellen Regelungen verfassungskonform sind. Verfassungsrechtlich besonders virulent ist im Hinblick auf die gegenwärtige Rechtslage die Frage, ob der Solidaritätszuschlag aufgrund des möglicherweise nicht mehr bestehenden finanziellen Mehrbedarfs des Bundes ab 2020 zwingend hätte abgeschafft werden müssen. Auch wenn eine anfängliche Befristung nicht

⁶¹ *Hilgers/Holly*, DB 2010, S. 1419 (1421).

⁶² Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 38.

⁶³ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 40 f.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 32, S. 333, (340 f.); BVerfGK 18, S. 26 (32).

⁶⁵ Vgl. *Seiler* in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 14), Art. 106 Rn. 117; *Hidien/Tehler*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags – Anmerkung zum Vorlagebeschluss des FG Niedersachsen, StBW 2010, S. 458 (461); *Schober*, Die Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags – Zweifelhafte Verfassungsinterpretation des Niedersächsischen Finanzgerichts, Stbg 2010, S. 389 (394).

⁶⁶ Vgl. FG Schleswig-Holstein v. 21.5.1969 – II 100/68, EFG 1969, S. 355 (357); *Kanzler*, Auf dem Weg zum permanenten Solidaritätszuschlag, FR 2011, S. 901 (901).

⁶⁷ *Bartone*, Gedanken zur Verfassungsmäßigkeit von Ergänzungsabgaben im Sinne von Art. 106 I Nr. 6 GG, in: Jochum, Heike/Elicker, Michael/Lampert, Steffen/Bartone, Roberto [Hrsg.], Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben (Festschrift für Rudolf Wendt zum 70. Geburtstag), 2015, S. 739 (753).

⁶⁸ *Bartone* in: FS Wendt (Fn. 67), S. 739 (753).

⁶⁹ BT-Drs. II/480 S. 72.

⁷⁰ Vgl. RGBl. I 1930, S. 311 (312).

geboten ist, kann eine Ergänzungsabgabe nur so lange erhoben werden, wie ein vorübergehender, aufgabenbezogener Mehrbedarf des Bundes besteht,⁷¹ wobei dem Gesetzgeber im Hinblick auf dessen weiteres Bestehen ein gewisser Einschätzungsspielraum zusteht.⁷² Die weitere Erhebung wird aber dann verfassungswidrig, wenn sich die Verhältnisse, die für die Einführung maßgebend waren, offensichtlich und grundlegend geändert haben. Eine solche Situation kann etwa durch Zweckerreichung oder durch die Entstehung einer dauerhaften Finanzierungslücke eintreten, denn ein dauerhafter Finanzbedarf ist regelmäßig über dauerhafte Steuern zu decken.⁷³

1. Fehlender Mehrbedarf durch Auslaufen des Solidarpakts II

Hintergrund dessen, dass ab 2020 der Mehrbedarf des Bundes im Zuge der Wiedervereinigung entfallen sein könnte, ist der Umstand, dass Ende 2019 der Solidarpakt II ausgelaufen ist. Dieser löste im Jahr 2005 den Solidarpakt I ab und sorgte mit einem Volumen von 156 Milliarden Euro dafür, dass im Zeitraum von 2005 bis 2019 die neuen Bundesländer in infrastruktureller und wirtschaftlicher Hinsicht aufholen konnten, wobei die Zuweisungen bereits jährlich sanken.⁷⁴ Ende 2019 endete dann der Solidarpakt II; ein Nachfolgeprogramm wurde nicht aufgelegt. Das Auslaufen des Solidarpakts II nehmen nun viele Stimmen in der Literatur zum Anlass, um anzunehmen, dass ein vorübergehender Mehrbedarf des Bundes, der aus der Wiedervereinigung resultiert, nicht mehr bestehe.⁷⁵ Auch der Umstand, dass dem Gesetzgeber in der Frage, ob ein solcher weiterhin vorliegt, ein gewisser Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zusteht, ändere nichts an dieser Argumentation, da der Wegfall vielmehr evident und die Einschätzungsprärogative insoweit überschritten sei.⁷⁶

Die Rechtsprechung vermag diese Sichtweise nicht zu überzeugen. So haben bereits mehrere Finanzgerichte den Solidaritätszuschlag über 2020 hinaus aufgrund des weiterhin bestehenden Sonderbedarfs des Bundes im Zusammenhang mit der deutschen Einheit für verfassungskonform gehalten.⁷⁷ Dem schließt sich auch der BFH an.⁷⁸ Dabei argumentiert er, dass ein wiedervereinigungsbedingter Mehrbedarf des Bundes seiner Ansicht nach immer noch gegeben ist und es sich dabei nicht um die Finanzierung von Daueraufgaben handelt.⁷⁹ In dieser Hinsicht erkennt der BFH zwar an, dass die vorübergehende Mehrbelastung des Bundeshaushalts abgenommen hat, doch daraus folgt für ihn nur, dass die Anhebung der Freigrenzen eine folgerichtige Reaktion des Steuergesetzgebers war, der damit adäquat auf die geringeren Aufwendungen reagierte. Ebenso sieht der BFH das Auslaufen des Solidarpakts II nicht als Grund für die Verfassungswidrigkeit der weiteren Erhebung, sondern argumentiert, dass die Wiedervereinigung eine Generationenaufgabe sei, weshalb erst nach 30 Jahren zu überprüfen sei, ob der Mehrbedarf noch bestehe oder ob die Grenze zur Daueraufgabe bereits überschritten sei.⁸⁰

Den Ausführungen des BFH ist insoweit zuzustimmen, als es rechtlich keine Verknüpfung zwischen dem Solidarpakt und dem Solidaritätszuschlag gibt und auch der Gesetzgeber die Einführung des Solidaritätszuschlags nicht mit der gleichzeitigen Aufnahme des Solidarpakts I verbunden oder diesen als Begründung angeführt hat. Allerdings ist auch die Feststellung richtig, dass dem Bund insbesondere aufgrund der Solidarpakte ein erheblicher Mehrbedarf entstanden ist und dass nach deren Wegfall zumindest die Frage aufgeworfen werden kann, ob weiterhin ein vorübergehender Mehrbedarf des Bundes in Zusammenhang mit der Wiedervereinigung besteht. Im Hinblick darauf ist zwar zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber ein gewisser Einschätzungsspielraum verbleiben muss, da nur er abschätzen kann, inwieweit der Sonderbedarf noch besteht.⁸¹ Dieser darf aber nicht so weit

⁷¹ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 41; *Hidien/Tehler*, StBW 2010, S. 458 (461).

⁷² Vgl. *Bartone* in: FS Wendt (Fn. 67), S. 739 (755); *Papier*, Rechtswissenschaftliches Gutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Erhebung des Solidaritätszuschlags ab 2020, 2019, S. 22.

⁷³ Vgl. BFH v. 21.7.2011 – II R 52/10, Rn. 25; *Mues* in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar zum Einkommensteuerrecht, 170. EL, Januar 2024, SolZG § 1 Rn. 11.

⁷⁴ Vgl. *Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinten Deutschland in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Band 1 (Historische Grundlagen), 2003, S. 699 (714 f.); *Beznoska/Hentze*, Der SolZ auf dem Weg zu einer Unternehmensteuer, DB 2019, S. 1397 (1397); *Strohner/Berger/Thomas*, Sekt oder Selters – Ökonomische Folgen der Reformzurückhaltung bei der Beendigung des Solidaritätszuschlags, PWP 2018, S. 313 (315).

⁷⁵ Vgl. *Drüen* in: BK-GG (Fn. 55), Art. 106 Rn. 178; *Kube*, Verfassungsrechtliche Würdigung der koalitionsvertraglichen Aussagen zum Solidaritätszuschlag (Kurzgutachten), 2018, S. 4; *Dölker*, Überlegungen zum Entwurf eines Fraktionsbeschlusses der CDU/CSU-Fraktion zur Modernisierung der Unternehmensbesteuerung, BB 2019, S. 2711 (2713); *von Schweinitz*, RegE eines Gesetzes zur Rückführung des SolZ, DB 2019, S. 2257 (2257); *Wernsmann*, Verfassungsfragen des Solidaritätszuschlags, ZG 2020, S. 181 (189).

⁷⁶ Vgl. *Papier*, Solidaritätszuschlag und Finanzverfassung in: Ismer, Roland/Reimer Ekkehard/Rust, Alexander/Waldhoff, Christian [Hrsg.], Territorialität und Personalität (Festschrift für Moris Lehner), 2019, S. 511 (514); *Birkenfeld/Dötsch/Fuest/Hey/Kanzler/Kempermann/Ortmann-Babel/Spengel/Wassermeyer*, Verfassungskonformität und Zukunft des Solidaritätszuschlags – auch unter Berücksichtigung der Diskussion um den Abbau der kalten Progression, DStR 2014, S. 1309 (1313); *Papier*, Solidaritätszuschlag abschaffen?, ZRP 2018, S. 186 (186).

⁷⁷ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 (1400 f.); FG Nürnberg vom 29.7.2020 – 3 K 1098/19, EFG 2020, S. 1771 (1777).

⁷⁸ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 48.

⁷⁹ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 50.

⁸⁰ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 56 f.

⁸¹ Vgl. *Bartone* in: FS Wendt (Fn. 67), S. 739 (755); *Tappe*, Solidaritätszuschlag abschaffen?, ZRP 2018, S. 186 (186).

gehen, dass mit jeder halbwegs plausibel klingenden Begründung ein vorübergehender finanzieller Mehrbedarf in Zusammenhang mit der deutschen Einheit konstruiert werden kann, denn andernfalls könnte der Gesetzgeber die Ergänzungsabgabe dauerhaft erheben und aufgrund der fehlenden Zweckbindung für alle möglichen Vorhaben verwenden. Laut dem Gesetz zur Rückführung des Solidaritätszuschlag 1995, welches 2019 beschlossen wurde, rechtfertigt man die weitere Erhebung des Solidaritätszuschlags damit, dass immer noch ein wiedervereinigungsbedingter Finanzbedarf besteht, und zwar etwa in den Bereichen Arbeitsmarkt, Rentenversicherung oder in Zusammenhang mit dem Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz.⁸² Dass es sich dabei aber um einen vorübergehenden Mehrbedarf handelt, darf infrage gestellt werden. Selbst der BFH verneint dies für die Rentenversicherung und für zusätzliche Aufwendungen im Kontext des Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetzes.⁸³ Doch für den Bereich des Arbeitsmarkts darf dies bezweifelt werden. So sank etwa die Arbeitslosenquote nach der Wiedervereinigung in Ostdeutschland zwar schneller als in Westdeutschland, sodass eine zunehmende Angleichung stattfand, doch seit einigen Jahren entwickeln sich die Arbeitslosenquoten eher parallel.⁸⁴ Deshalb ist davon auszugehen, dass es sich bei der Schwäche des ostdeutschen Arbeitsmarkts um ein dauerhaftes Problem handelt. Auch ansonsten ist kein wiedervereinigungsbedingter, vorübergehender Sonderbedarf des Bundes mehr zu erkennen. Stattdessen drängt sich der Eindruck auf, dass über den Solidaritätszuschlag etwa die Daueraufgabe des Bundes, strukturschwache Regionen zu unterstützen, finanziert werden soll. Wenig überzeugend erscheint auch die Ansicht des BFH, dass es sich bei der Wiedervereinigung um eine Generationenaufgabe handele, woraus geschlussfolgert wird, dass eine Überprüfung des Solidaritätszuschlags erst 30 Jahre nach dessen Einführung erforderlich sei, da erst ab diesem Zeitpunkt die Grenze zur Daueraufgabe überschritten sein könne.⁸⁵ Insbesondere die strikte Festlegung auf den Generationenabstand, der eben 30 Jahre betragen soll, mutet insoweit fragwürdig und willkürlich an. Zudem ist anzumerken, dass sich eine Daueraufgabe eher danach bemessen sollte, seit wann die zugrunde liegende Aufgabe besteht, und da die Wiedervereinigung sowie die Bewältigung von deren Folgen schon über 30 Jahre zurückliegt, ist auch nach den

zweifelhaften Maßstäben des BFH mittlerweile von einer Daueraufgabe auszugehen.

Vorzugswürdig erscheint deshalb die Ansicht, wonach durch das Auslaufen des Solidarpakts II Ende 2019 auch zwingend der Solidaritätszuschlag abzuschaffen gewesen wäre, da ein aus der deutschen Einheit resultierender Sonderbedarf des Bundes seitdem offenkundig nicht mehr vorliegt und der Gesetzgeber einen solchen auch nicht zu begründen vermag. Hierfür spricht auch, dass der Länderfinanzausgleich ab 2020 wieder vor dem Hintergrund einer finanzverfassungsrechtlichen Normallage stattfindet.⁸⁶ Das Auslaufen des Solidarpakts II und der erhebliche zeitliche Abstand führen weiterhin dazu, dass sich die Verhältnisse im Vergleich zur Einführung des Solidaritätszuschlags im Jahr 1995 grundlegend geändert haben. Alles andere würde darauf hinauslaufen, dass der Solidaritätszuschlag für immer erhoben wird, denn auch nach der vom BFH geforderten Überprüfung nach 30 Jahren ist nicht ersichtlich, warum der vorübergehende Mehrbedarf aus der Wiedervereinigung dann entfallen sein sollte.

2. Sonstiger Mehrbedarf des Bundes und Umwidmung

Ob die weitere Erhebung des Solidaritätszuschlags tatsächlich verfassungswidrig ist, steht damit aber noch nicht fest. Die Beibehaltung kann zwar nicht mit einem vorübergehenden Mehrbedarf des Bundes in Zusammenhang mit der deutschen Einheit begründet werden. Es könnten jedoch andere Gründe für einen solchen Sonderbedarf in Betracht kommen, sodass noch offenbleibt, ob ein solcher aktuell vorliegt und ob die Umwidmung einer Ergänzungsabgabe möglich ist und im Hinblick auf den Solidaritätszuschlag vorgenommen wurde. Vom BFH wurde die Frage einer möglichen Umwidmung offengelassen, da seiner Ansicht nach der ursprüngliche Gesetzeszweck weiterhin besteht und es deshalb auf eine Umwidmung nicht ankommt.⁸⁷ Das BVerfG hat jedoch festgestellt, dass sich im Lauf der Erhebung einer Ergänzungsabgabe neue Aufgaben für den Bund stellen können, wodurch die erneute Einführung und dementsprechend auch die Beibehaltung einer bestehenden gerechtfertigt wären.⁸⁸ Wie eine solche Umwidmung zu erfolgen hat, bleibt allerdings unbeantwortet. Manche FG nehmen die vom BVerfG beschriebene Möglichkeit zur Umwidmung aber als Grund, den Solidaritätszuschlag auch über 2019 hinaus für

⁸² BT-Drs. 19/14103 S. 1.

⁸³ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 50.

⁸⁴ Vgl. Statista, Arbeitslosenquote in West- und Ostdeutschland von 1994 bis 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/915315/umfrage/arbeitslosenquote-in-west-und-ostdeutschland/> [Stand: 4.10.2023].

⁸⁵ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 57.

⁸⁶ Vgl. Kube, DSStR 2017, S. 1792 (1793).

⁸⁷ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 59.

⁸⁸ BVerfGE 32, S. 333 (342 f.).

verfassungsmäßig zu halten, da die Option zur Umwidmung offenkundig besteht und im Zuge der Coronapandemie ein finanzieller Mehrbedarf des Bundes vorliegt.⁸⁹ Eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für eine Umwidmung findet jedoch nicht statt. Das FG Niedersachsen lehnt eine Umwidmung dagegen ab.⁹⁰ Auch im Schrifttum wird diese Möglichkeit teilweise bezweifelt,⁹¹ wohingegen andere Stimmen diese grundsätzlich bejahen.⁹² Im Hinblick auf die Voraussetzungen wird angeführt, dass eine Umwidmung jedenfalls nicht stillschweigend erfolgen könne, sondern es hierfür zumindest eines Parlamentsbeschlusses gemäß Art. 42 II 1 GG bedürfe.⁹³ Vertreten wird allerdings auch, dass eine Umwidmung ohne legislativen Akt erfolgen könne.⁹⁴

Im Hinblick auf die dargestellten Sichtweisen ist zunächst in Einklang mit dem BVerfG⁹⁵ festzuhalten, dass eine Umwidmung möglich sein muss, denn es wäre unnötig, eine bestehende Ergänzungsabgabe aufgrund eines neu entstandenen finanziellen Mehrbedarfs des Bundes vorerst abschaffen zu müssen, nur um sie kurz darauf wieder einzuführen. Gleichzeitig muss aber betont werden, dass sich ein finanzieller Mehrbedarf des Bundes im Hinblick auf den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers leicht konstruieren lässt. So würde etwa aktuell der Krieg in der Ukraine⁹⁶ als Begründung für einen solchen taugen. Deshalb ist eine stillschweigende Umwidmung abzulehnen, denn andernfalls würde der Solidaritätszuschlag zum Dauerfinanzierungsinstrument des Bundeshaushalts werden, ohne dass der Gesetzgeber aufzeigt, warum er diesen erhebt. Richtig ist zwar, dass der Solidaritätszuschlag keiner Zweckbindung unterliegt und sich dem SolZG auch keine Zwecksetzung entnehmen lässt. Doch ein Sachzusammenhang zum wiedervereinigungsbedingten Sonderbedarf des Bundes besteht sehr wohl, da der Gesetzgeber den Solidaritätszuschlag sowohl bei dessen Einführung⁹⁷ als auch bei dessen teilweiser Rückführung⁹⁸ ausdrücklich mit dem Mehrbedarf im Zuge der deutschen Einheit rechtfertigt. Letztlich würde eine stillschweigende Umwidmung dazu führen, dass der Solidaritätszuschlag ohne weitere Begründung für immer bestehen bliebe, da eine Rechtfertigung für die weitere

Erhebung immer erst in möglichen Gerichtsverfahren gegeben werden müsste und sich der Gesetzgeber hier jeweils neue Argumentationen für einen aktuell vorliegenden Sonderbedarf überlegen könnte. Ein solches, auf Dauer angelegtes Instrument, bei dem der Steuerpflichtige zudem nicht erkennt, weshalb die Ergänzungsabgabe erhoben wird, widerspricht jedoch dem Willen des Verfassungsgebers und würde faktisch dazu führen, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit unmöglich wird. Darüber hinaus könnte sich der Bund hierüber dauerhafte Steuermehreinnahmen verschaffen, ohne die Länder zu beteiligen, was ebenfalls nicht gewollt war.

Deshalb sollte für eine Umwidmung allein aus rechtsstaatlichen Gründen ein formeller Akt des Gesetzgebers erforderlich sein. Inwiefern der Bundestag seinen diesbezüglichen Willen artikuliert, bleibt ihm überlassen, doch ein einfacher Parlamentsbeschluss erscheint ausreichend. In Bezug auf den Solidaritätszuschlag fehlt ein solcher. Vielmehr begründet der Bundestag die weitere Erhebung auch über 2019 hinaus damit, dass immer noch ein wiedervereinigungsbedingter, vorübergehender Mehrbedarf bestehe,⁹⁹ obwohl ein solcher nicht mehr vorliegt. Eine Umwidmung scheidet damit aus, was dazu führt, dass die Erhebung des Solidaritätszuschlags ab 2020 verfassungswidrig ist.

III. Verstoß gegen Grundrechte

1. Verstoß gegen Art. 3 I GG durch Erhöhung der Freigrenzen

Auch die teilweise Rückführung durch die deutliche Anhebung der Freigrenzen und die damit einhergehende Verringerung der Mehreinnahmen führt nicht dazu, dass der Solidaritätszuschlag über 2019 hinaus verfassungskonform ist, denn ein Legitimationsgrund für die weitere Erhebung ist nicht gegeben. Auch eine zügige Abschmelzung reicht – entgegen der Ansicht von *Kube* –¹⁰⁰ nicht aus, weil ein wiedervereinigungsbedingter Sonderbedarf nicht mehr vorliegt.

Darüber hinaus wirft die Anhebung der Freigrenzen ihrerseits im Hinblick auf Art. 3 I GG verfassungsrechtliche Probleme

⁸⁹ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 (1403); FG Nürnberg v. 29.7.2020 – 3 K 1098/19, EFG 2020, S. 1771 (1778).

⁹⁰ FG Niedersachsen v. 21.8.2013 – 7 K 143/08, DStRE 2014, S. 534 (544).

⁹¹ Vgl. *Hey*, Die Pandemie als Bewährungsprobe für das Steuersystem: Steuerpolitik nach Corona, NJW 2021, S. 2777 (2779); *Kessler/Feurer/Schneider/Wardenberg*, Perspektiven verfassungsrechtlicher Streitfragen im deutschen Steuerrecht, DStR 2021, S. 2929 (2937); *Rama*, DVP 2018, S. 23 (28).

⁹² Vgl. *Hoch*, DStR 2018, S. 2410 (2413); *Kube*, Typus, Widmung und Grenzen der Ergänzungsabgabe, StuW 2022, S. 3 (4); *Tappe*, NVwZ 2020, S. 517 (519).

⁹³ Vgl. *Drien* in: BK-GG (Fn. 55), Art. 106 Rn. 179; *Frank* (Fn. 35), S. 104; *Kirchhof*, Der geltende SolZ verletzt das GG, DB 2021, S. 1039 (1040); *Woitok*, Bewahrt COVID-19 den Solidaritätszuschlag vor der Verfassungswidrigkeit?, StuW 2021, S. 17 (27).

⁹⁴ *Tappe*, ... und er ist doch verfassungsmäßig, StuW 2022, S. 6 (8 f.).

⁹⁵ BVerfGE 32, S. 333 (342 f.).

⁹⁶ *Wagner* in: Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz (Fn. 37), EStG Anhang zu § 51a Rn. 3d.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 12/4401 S. 51.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 19/14103 S. 1.

⁹⁹ BT-Drs. 19/14103 S. 1.

¹⁰⁰ Vgl. *Kube*, DStR 2017, S. 1792 (1800).

auf, da umstritten ist, ob soziale Aspekte bei einer Ergänzungsabgabe Berücksichtigung finden können. Das BVerfG sah kein Problem in einer sozialen Staffelung und stellte fest, dass bei der Erhebung einer Ergänzungsabgabe die Ungleichbehandlung aufgrund unterschiedlicher Einkommen im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip sogar geboten sei.¹⁰¹ Demnach wäre wohl auch eine Verschonung unterer und mittlerer Einkommen und eine gleichzeitige Belastung höherer Einkommen beim Solidaritätszuschlag zulässig. Anders wird dies in Teilen der Literatur gesehen, wo man der Ansicht ist, dass gerade beim Solidaritätszuschlag der Zweck der Deckung eines konkreten Mehrbedarfs des Bundes einer sozialen Staffelung entgegensteht.¹⁰² Eine Gegenansicht im Schrifttum¹⁰³ und die sonstige Rechtsprechung¹⁰⁴ teilen jedoch die Auffassung des BVerfG. Auch der BFH stimmt dieser Sichtweise zu. Er argumentiert, dass es widersinnig sei, wenn etwa die Einkommensteuer am Prinzip der Leistungsfähigkeit ausgerichtet werden dürfe und eine Ergänzungsabgabe nicht.¹⁰⁵ Zudem sieht er die soziale Staffelung im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG als gerechtfertigt an.¹⁰⁶

Hierzu ist festzustellen, dass eine Ungleichbehandlung jedenfalls dann gegen Art. 3 I GG verstößt, wenn sich ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für eine Differenzierung nicht finden lässt.¹⁰⁷ Umgemünzt auf das Steuerrecht bedeutet dies, dass etwa Steuerpflichtige mit gleichem Einkommen auch gleich hoch besteuert werden müssen (horizontale Steuergerechtigkeit),¹⁰⁸ wohingegen aus dem Prinzip der Leistungsfähigkeit folgt, dass höhere Einkommen höher besteuert werden müssen (vertikale Steuergerechtigkeit).¹⁰⁹

Die Anhebung der Freigrenzen bei manchen Steuerarten stellt demnach keinen Verstoß gegen Art. 3 I GG dar. Vielmehr trägt diese Neuregelung dem Leistungsfähigkeitsprinzip Rechnung. Auch stellt die faktische Abschaffung des Solidaritätszuschlags für niedrigere und mittlere Einkommen und die unveränderte Beibehaltung bei hohen Einkommen keine unverhältnismäßige Differenzierung dar, da den Steuerpflichtigen weiterhin ein hohes Einkommen verbleibt und Belastungssprünge durch die Gleitzone vermieden werden. Zudem ist die Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip

aus Art. 20 I GG gerechtfertigt. Der Ansicht in der Literatur, wonach eine soziale Staffelung bei einer Ergänzungsabgabe aufgrund ihres Zwecks nicht möglich sei, ist entgegenzuhalten, dass auch diese das Leistungsfähigkeitsprinzip berücksichtigen muss. Insoweit ist die Feststellung des BFH¹¹⁰ zutreffend, dass es unverständlich wäre, wenn die Einkommensteuer sozial gestaffelt werden könnte, eine hierzu akzessorische Ergänzungsabgabe aber nicht. Gleichzeitig widerspricht es auch nicht ihrem Zweck, einen vorübergehenden Mehrbedarf des Bundes zu decken, sondern eine Verknüpfung mit sozialen Aspekten kann vielmehr dazu dienen, den finanziellen Sonderbedarf des Bundes adäquat abzudecken. Bei einem zukünftigen Mehr- oder Minderbedarf kann die Regelung dann flexibel angepasst werden, sodass die Möglichkeit zur sozialen Staffelung die vom Verfassungsgeber gewünschte Flexibilität erhöht. Dass die Ergänzungsabgabe ausschließlich der Deckung eines Mehrbedarfs dient, ist weder historisch noch teleologisch begründbar. Für den Solidaritätszuschlag folgt daraus, dass die Anhebung der Freigrenzen verfassungsgemäß wäre.

2. Verstoß gegen Art. 3 I GG wegen der Nichtberücksichtigung mancher Steuerarten bei den Freigrenzen

Auch der Umstand, dass nur manche Steuerarten von den Freigrenzen aus § 3 III–V SolZG profitieren, stellt keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung dar, da etwa die Kapitalertragsteuer und die Körperschaftsteuer ohnehin einen völlig anderen Tarifverlauf haben als die Einkommensteuer. So liegt bspw. der Körperschaftsteuersatz gemäß § 23 I KStG derzeit bei 15 %, wohingegen für die Einkommensteuer gemäß § 32a I EStG ein progressiver Tarif gilt. Zwar heißt es in Art. 106 I Nr. 6 GG, dass die Ergänzungsabgabe zur Einkommen- und zur Körperschaftsteuer erhoben wird, doch dass diese deshalb genau gleich ausgestaltet sein muss, folgt hieraus nicht.¹¹¹

Dem ist im Hinblick auf die historischen Gesetzesmaterialien zuzustimmen. So wurde bei der Einführung der Ergänzungsabgabe ins Grundgesetz eine etwaige Verkopplung

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 32, S. 333 (339).

¹⁰² Vgl. Kube, Steuerpolitische Perspektiven der neuen Legislaturperiode – Vorstellung, Würdigung, Ausblick, FR 2018, S. 408 (409); Loritz, Kurzkommentar zur Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags, EWiR 2023, S. 163 (164).

¹⁰³ Vgl. Frank (Fn. 35), S. 36 f.; Papier (Fn. 72), S. 26; Tappe, NVwZ 2020, S. 517 (519 f.).

¹⁰⁴ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 (1404); FG Nürnberg v. 29.7.2020 – 3 K 1098/19, EFG 2020, S. 1771 (1778).

¹⁰⁵ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 72.

¹⁰⁶ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 71.

¹⁰⁷ Jarass in: Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 46), Art. 3 Rn. 18; Hufen, Staatsrecht II, 10. Auflage 2023, § 39 Rn. 14.

¹⁰⁸ Vgl. Wolff in: Hömig/Wolff, Handkommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage 2022, Art. 3 Rn. 10n; Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 170; Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Auflage 2021, Rn. 8.80; Sacksofsky, Steuerung der Familie durch Steuern, NJW 2000, S. 1896 (1899).

¹⁰⁹ Vgl. Horstmann, Nachhaltigkeit, Leistungsfähigkeit und Internationales Steuerrecht, IStR 2022, S. 349 (350); Kraft/Kockrow, „Diagonale“ Leistungsfähigkeit, IStR 2022, S. 60 (66).

¹¹⁰ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 72.

¹¹¹ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 16.5.2022 – 10 K 1693/21, EFG 2022, S. 1397 (1405 f.); Tappe, NVwZ 2020, S. 517 (521).

derjenigen zur Einkommensteuer und derjenigen zur Körperschaftsteuer nicht für erforderlich gehalten.¹¹² Die exakt gleichen Regelungen bei den jeweiligen Steuerarten sind also nicht zwingend, sodass die teils unterschiedliche Behandlung verfassungsgemäß ist.

3. Verstoß gegen Art. 6 I GG i. V. m. Art. 3 I GG

Ein weiterer verfassungsrechtlicher Verstoß könnte darin zu erblicken sein, dass manche Ehepaare durch die Ausgestaltung der Normen zum Solidaritätszuschlag ungerechtfertigt benachteiligt werden. So kann es aufgrund der ursprünglichen Regelungen zum Solidaritätszuschlag zu Konstellationen kommen, in denen eine Einzelveranlagung gemäß § 26a I 1 EStG im Hinblick auf die Höhe des zu zahlenden Solidaritätszuschlags für Ehepaare günstiger ist als eine Zusammenveranlagung nach § 26b EStG.¹¹³ Auch die Anhebung der Freigrenzen ändert hieran nichts.¹¹⁴ Der BFH erkennt dies zwar an, schließt einen Grundrechtsverstoß aber mit dem Argument aus, der Gesetzgeber sei nicht verpflichtet, die Zusammenveranlagung von Ehepaaren stets günstiger zu gestalten als die Einzelveranlagung.¹¹⁵ Die Gegenansicht der Literatur sieht dagegen einen Verstoß gegen Art. 6 I GG i. V. m. Art. 3 I GG darin, dass manche Ehepaare aufgrund der jeweiligen Beiträge der Ehepartner zum gemeinsamen Einkommen die Option haben, gemäß § 26 I 1 EStG die Einzelveranlagung nach § 26a EStG zu wählen und somit weniger Solidaritätszuschlag zahlen müssen, wohingegen anderen Ehepaaren mit einem genauso hohen zu versteuernden Gesamteinkommen, aber einem anderen Beitragsverhältnis der Ehepartner zu diesem, eine solche Möglichkeit verwehrt bleibt, da sich die Höhe des zu zahlenden Solidaritätszuschlags bei ihnen nicht mindert.¹¹⁶

Hierzu ist anzumerken, dass ein Verstoß gegen Art. 6 I GG i. V. m. Art. 3 I GG dann vorliegt, wenn Ehepaare mit einem gleich hohen zu versteuernden Einkommen unterschiedlich besteuert werden.¹¹⁷ Eine solche Regelung wäre schließlich nicht mit dem Gebot horizontaler Steuergerechtigkeit vereinbar.¹¹⁸ Im Hinblick hierauf ist die Feststellung der Gegenansicht der Literatur, wonach manche Ehepaare die Höhe des zu zahlenden Solidaritätszuschlags durch die Wahl der

Einzelveranlagung nach § 26a I 1 EStG reduzieren können und andere Ehepaare mit einem gleich hohen zu versteuernden Gesamteinkommen nicht, zwar richtig. Dabei lässt *Broer* allerdings unberücksichtigt, dass es bei der Wahl der Einzelveranlagung gleichzeitig zu einer höheren Einkommensteuerschuld kommt, wodurch die Einzelveranlagung in den allermeisten Fällen trotz des reduzierten Solidaritätszuschlags zu einer höheren Gesamtsteuerschuld führt, was auch aus den Abbildungen bei *Broer* ersichtlich ist.¹¹⁹ So beträgt etwa die Minderbelastung beim Solidaritätszuschlag durch die Einzelveranlagung gemäß § 26a I 1 EStG bei einem Beitragsverhältnis der Ehepartner von 80:20 und einem gemeinsam zu versteuernden Einkommen von etwa 110.000 € knapp 1.000 €, doch gleichzeitig steigt die Mehrbelastung bei der Einkommensteuer um über 2.000 € an.¹²⁰ Kein Ehepaar wird also bei ökonomischer Betrachtung die Einzelveranlagung wählen.

Insoweit kann von einer verfassungswidrigen Benachteiligung von manchen Ehepaaren keine Rede sein. Sollte sich im Einzelfall dennoch eine Konstellation ergeben, in der durch die Einzelveranlagung gemäß § 26a I 1 EStG die Gesamtsteuerschuld von Ehepaaren reduziert werden kann, so ist eine solche Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Möglichkeit des Gesetzgebers zur Typisierung und Vereinfachung¹²¹ gerechtfertigt, da die Steuerersparnis ohnehin eher gering ausfällt, und der Kreis derjenigen, bei denen diese Konstellation auftritt, wohl sehr klein sein dürfte. Demnach ist die Ansicht des BFH¹²² richtig, dessen Argumentation zwar in der Sache zu kurz greift, der aber richtig konstatiert, dass ein Verstoß gegen Art. 6 I GG i. V. m. Art. 3 I GG nicht vorliege.

4. Verstoß gegen Art. 14 I 1 GG

Der BFH kommt abschließend zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 14 I 1 GG ausscheidet und begründet dies damit, dass vom Solidaritätszuschlag mit einem Zuschlagsatz von 5,5 % keine übermäßige Belastung ausgehe und die Regelungen zu diesem vielmehr taugliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 I 2 GG darstellen.¹²³

Dem ist – abgesehen vom bereits festgestellten, fehlenden Sonderbedarf des Bundes – zuzustimmen: Art. 14 I 1 GG

¹¹² Vgl. BT-Drs. II/480 S. 212.

¹¹³ Vgl. *Stöwhase/Teuber*, Solidaritätszuschlag und Ehegattensplitting – eine Replik, Wirtschaftsdienst 2019, S. 871 (872 ff.).

¹¹⁴ Vgl. *Broer*, Verfassungswidrige Ehegattenbesteuerung durch die Reform des Solidaritätszuschlags, Wirtschaftsdienst 2019, S. 697 (700 f.).

¹¹⁵ BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 50.

¹¹⁶ Vgl. *Broer*, Wirtschaftsdienst 2019, S. 875 (875 f.); *Stöwhase/Teuber*, Wirtschaftsdienst 2019, S. 871 (873).

¹¹⁷ *Bernhardt/Eichfelder/Selle*, Wer profitiert vom Ehegattensplitting? – Simulationsergebnisse und Anmerkungen zu Arbeitsanreizen, DStR 2020, S. 198 (200).

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 112, S. 268 (279); 116, S. 164 (180).

¹¹⁹ Vgl. *Broer*, Wirtschaftsdienst 2019, S. 697 (699).

¹²⁰ Vgl. *Broer*, Wirtschaftsdienst 2019, S. 697 (699).

¹²¹ Vgl. *Pahlke*, Typusbegriff und Typisierung, DStR-Beih 2011, S. 66 (68 f.); *Wernsmann*, Typisierung und Typusbegriff, DStR-Beih 2011, S. 71 (72).

¹²² Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 75.

¹²³ Vgl. BFH v. 17.1.2023 – IX R 15/20, Rn. 76.

schützt das Vermögen des Einzelnen nicht gegen die prinzipielle Auferlegung von Geldleistungspflichten.¹²⁴ Die Grenze ist erst erreicht, wenn die Belastungsintensität zu einer erdrosselnden Wirkung führt,¹²⁵ die Verfügungsbefugnis über das erwirtschaftete Vermögen also durch die Besteuerung erheblich infrage gestellt wird.¹²⁶ Beim aktuellen Zuschlagsatz von 5,5 % ist eine solche Wirkung nicht ersichtlich, da den Steuerpflichtigen bei Betrachtung der gesamten Besteuerung weiterhin ein hoher Teil ihres Einkommens verbleibt und die Verfügungsbefugnis über das erwirtschaftete Vermögen nicht erheblich beeinträchtigt wird.

IV. Sonstige Gründe für die Verfassungswidrigkeit des Solidaritätszuschlags

Weitere, vom BFH in seinem Urteil nicht angesprochene Verstöße, die zur Verfassungswidrigkeit des Solidaritätszuschlags führen, sind nicht ersichtlich.

Ein Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG scheidet aus, weil der Solidaritätszuschlag keine berufsregelnde Tendenz aufweist, die aber bei nur rein faktischen Eingriffen in die Berufsfreiheit gerade Voraussetzung für einen solchen wäre.¹²⁷

Weiterhin hat der Gesetzgeber durch die Ankündigung der mittelfristigen Überprüfung des Solidaritätszuschlags¹²⁸ keinen Vertrauenstatbestand geschaffen, wonach dieser ab einem bestimmten Zeitpunkt abgeschafft wird, da nur die spätere Überprüfung angezeigt wurde¹²⁹ und nicht die Abschaffung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Die Gegenansicht verkennt zudem die Aufgabe des Solidaritätszuschlags als flexibles Finanzierungsmittel für den wiedervereinigungsbedingten Sonderbedarf des Bundes.

Darüber hinaus stellt die teilweise Differenzierung zwischen den Einkunftsarten wie etwa die Begünstigung von gewerblichen Einkünften aufgrund der Steuerermäßigungsvorschrift des § 35 EStG und der damit verbundenen Beeinflussung der Bemessungsgrundlage des Solidaritätszuschlags nach § 3 I Nr. 1, II SolZG i. V. m. § 2 VI 1 EStG keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung dar, da diese aufgrund der angestrebten Entlastung von

Einzelunternehmen und Personengesellschaften durch die Einführung von § 35 EStG gerechtfertigt ist.¹³⁰

Ferner war der Gesetzgeber etwa bei der Absenkung des Einkommensteuersatzes entgegen der Ansicht einiger Stimmen¹³¹ nicht verpflichtet, gleichzeitig den Solidaritätszuschlag abzuschaffen, da hierfür nur maßgeblich ist, ob weiterhin ein vorübergehender, finanzieller Sonderbedarf des Bundes gegenüber den Ländern und Kommunen vorliegt. Eine Abschaffung der Ergänzungsabgabe würde dagegen einseitig zu verminderten Steuereinnahmen des Bundes führen, wohingegen etwa eine Absenkung der Körperschaftsteuer gleichmäßig dem gesunkenen Finanzbedarf von Bund und Ländern Rechnung trägt, vgl. Art. 106 III 1, 2 GG.

Auch der Umstand, dass § 3 SolZG weder die Festsetzung eines Anspruchs auf Auszahlung eines Solidaritätszuschlagguthabens auf das Guthaben der Körperschaftsteuer gemäß § 37 V KStG vorsah noch das ratierlich erstattete Körperschaftsteuerguthaben die Bemessungsgrundlage für den Solidaritätszuschlag reduzierte, mag zwar teilweise für verfassungswidrig gehalten werden,¹³² doch allein diese Konstellation führt nicht zur Verfassungswidrigkeit des Solidaritätszuschlags in Gänze, denn es handelt sich hierbei um ein Spezialproblem.

Sonstige verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht.

V. Abschließendes Fazit

Dennoch bleibt die Erhebung des Solidaritätszuschlags über 2019 hinaus verfassungswidrig. Aufgrund des Auslaufens des Solidarpakts II besteht ab diesem Zeitpunkt offensichtlich und evident kein vorübergehender, finanzieller Sonderbedarf des Bundes im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung mehr, wodurch die rechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung nicht mehr vorliegen. Der Gesetzgeber hätte dem mit einer Umwidmung durch einen Parlamentsbeschluss gemäß Art. 42 II 1 GG zuvorkommen können, doch eine solche Umwidmung etwa zu einem „Corona-Soli“ im Jahr 2020 ist nicht erfolgt. Die ab 2021 geltende „Teilabschaffung“ für bestimmte Bevölkerungsgruppen durch die deutliche

¹²⁴ Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum Grundgesetz, 15. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 33; Siemers/Birnbaum, Rückkehr der Vermögensteuer? – Wesentliche Regelungsinhalte und verfassungsrechtliche Aspekte, ZEV 2013, S. 8 (12 f.).

¹²⁵ Vgl. Deppenheuer/Froese in: Von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel und Art. 1–19, 7. Auflage 2018, Art. 14 Rn. 166; Lange, Der Kampf um die Hebesätze, NVwZ 2015, S. 695 (698); Piltz, Unternehmensbegünstigungen zwischen Leistungsfähigkeits-, Familien- und Sozialstaatsprinzip, ZEV 2018, S. 170 (171); Walser, Grundrechtskonformität der Sozialkassenverfahren, NZA 2016, S. 1510 (1512).

¹²⁶ Hilgers/Holly, DB 2010, S. 1419 (1421).

¹²⁷ Vgl. FG München v. 18.8.2009 – 2 K 108/08, EFG 2010, S. 166 (167); Hilgers/Holly, DB 2010, S. 1419 (1421).

¹²⁸ BT-Drs. 12/4401 S. 51.

¹²⁹ Vgl. BFH v. 21.7.2011 – II R 52/10, Rn. 29.

¹³⁰ Vgl. BFH v. 21.7.2011 – II R 52/10, Rn. 34.

¹³¹ Vgl. FG Niedersachsen v. 21.8.2013 – 7 K 143/08, DStRE 2014, S. 534 (541 f.); Hidien/Tehler, BVerfG: Richtervorlage zur Verfassungswidrigkeit des Solidaritätszuschlags unzulässig, StBW 2010, S. 993 (994).

¹³² Vgl. BFH v. 10.8.2011 – I R 39/10, Rn. 40; Bauschatz in: Gosch, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, 4. Auflage 2020, § 37 Rn. 222.

Anhebung der Freigrenzen reicht nicht aus, um die Verfassungswidrigkeit zu verhindern. Die Erhöhung dieser führte zwar ihrerseits zu verfassungsrechtlichen Diskussionen, doch die aktuelle Ausgestaltung wäre verfassungsgemäß. Auch ansonsten stünde der Solidaritätszuschlag im Einklang mit dem GG.

F. Ausblick

Trotz der festgestellten Verfassungswidrigkeit wird es bis zur Abschaffung dieser Ergänzungsabgabe wohl noch dauern. Zwar ist etwa eine Verfassungsbeschwerde von mehreren Abgeordneten des Bundestags vor dem BVerfG anhängig, doch dieses hat eine Entscheidung in der Sache bisher immer

vermieden und vielmehr darauf beharrt, dass die vorgebrachten konkreten Normenkontrollen aus verschiedenen Gründen unzulässig sind, sodass abzuwarten bleibt, wann der Solidaritätszuschlag vom obersten deutschen Gericht gekippt wird. Doch auch die Politik hätte Möglichkeiten, die verfassungswidrige Lage zu beenden. Sowohl für eine Umwidmung als auch für eine komplette Abschaffung fehlen derzeit aber die politischen Mehrheiten. Deshalb wird der Solidaritätszuschlag wohl vorerst weiter erhoben werden, bis sich das BVerfG endlich zu einer Entscheidung in der Sache durchringen kann, sodass die Wiedervereinigung auch in steuerrechtlicher Hinsicht irgendwann abgeschlossen werden kann.

Sabrina Steudtel: Sollten (manche) Beamte streiken dürfen? – die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK durch das BVerfG und das BVerwG

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zur EMRK bei Prof. Dr. Eva Julia Lohse (Lehrstuhl Öffentliches Recht III – Öffentliches Recht, Europarecht, Umweltrecht und Rechtsvergleichung) entstanden.

A. Einleitung

„Wir sind hungrig.“ – diese Worte, einst auf einem antiken Papyrus festgehalten, symbolisieren den ersten dokumentierten Streik der Geschichte: den Streik von Deir el-Medina 1159 v. Chr. Unter der Regentschaft von Pharao Ramses III. waren die Arbeiter am Bau der Königsgräber im Alten Ägypten beteiligt. Sie traten jedoch in den Streik. Der Grund dafür war, dass sie seit mehreren Tagen nicht mit ihrem vereinbarten Getreideanteil vergütet wurden.¹ Dieses Ereignis zeigt, dass bereits früh die Methode des Streiks zur Durchsetzung von arbeitsbezogenen Interessen eingesetzt wurde. Streik ist ein fundamentales Recht, das in vielen demokratischen Gesellschaften anerkannt wird. Es erlaubt Arbeitnehmern bis heute, ihre Interessen gegenüber den Arbeitgebern zu vertreten und bessere Arbeitsbedingungen zu erzielen, und ist darüber hinaus ein wesentlicher Bestandteil der deutschen Grundrechte.² Doch wie steht es um das Streikrecht für Arbeitnehmer, die in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat stehen?³ Die Auseinandersetzung mit dieser Thematik wirft eine komplexe rechtliche Frage auf, die im Spannungsfeld zwischen nationaler Gesetzgebung und europäischen Menschenrechtsnormen steht. Insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Streikverbot von Beamten in Deutschland und den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist diese Thematik von hoher rechtlicher Relevanz. Zudem stellt diese Frage ein sehr aktuelles Beispiel für das Zusammenspiel von nationalen Rechtsordnungen und völkerrechtlichen Gewährleistungen dar. Mit ihrem Urteil vom 14.12.2023 bestätigte die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Vereinbarkeit des deutschen Beamtenstreikverbots mit Art. 11 der EMRK. Der EGMR zog damit den Schlussstrich unter eine viel diskutierte Rechtsfrage, die sowohl national als auch für die 46 Mitgliedsstaaten der EMRK von rechtlicher Bedeutung ist.⁴

Im Rahmen des Oberseminars „EMRK“ behandelt diese Arbeit die zentrale Frage, wie das BVerwG und das BVerfG die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK im Hinblick auf das Streikrecht für Beamte rezipiert haben. Dabei wird zunächst das Streikrecht in Deutschland und somit Art. 9 III GG grundlegend betrachtet. Im Zusammenhang damit wird das auf Art. 33 V GG gestützte Streikverbot für Beamte erörtert. Ebenso erfolgt ein Überblick über die Bindungswirkung der EMRK und der Urteile des EGMR auf innerstaatlicher Ebene. Der Schwerpunkt der Arbeit weist eine chronologische Struktur auf. Zunächst wird die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK analysiert. Daraufhin folgt die Darstellung der Rezeption durch das BVerfG und das BVerwG, wobei die Diskussion um das deutsche Beamtenstreikverbot im Mittelpunkt steht. Anschließend werden die Urteile des BVerwG und des BVerfG und deren Argumentationsweise sowie Einschätzung dieser Urteile behandelt, wobei ebenso die neuen Maßstäbe des BVerfG betrachtet werden. Zum Schluss hin wird das aktuelle Urteil des EGMR vom 14.12.2023 besprochen. Abschließend erfolgen eine zusammenfassende Bewertung und ein Ausblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen.

B. Streikrecht für Beamte nach innerstaatlichem Recht

I. Art. 9 III GG

Zunächst ist im Hinblick auf das Streikverbot für Beamte in Deutschland Art. 9 GG bedeutsam. Die aus Art. 9 III GG hervorgehende Koalitionsfreiheit erlaubt es Arbeitnehmern, sich in Gewerkschaften zu organisieren und durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen ihre Interessen zu vertreten.⁵ Eine solche Arbeitsk Kampfmaßnahme, die aus Art. 9 III GG hervorgeht, ist das Streikrecht.⁶ Als sog. Doppelgrundrecht schützt Art. 9 III GG sowohl die individuelle als auch die kollektive Koalitionsfreiheit.⁷ Vom Schutzbereich des

¹ Müller, Der Turiner Streikpapyrus, 2004, S. 165 ff.

² Wolff in: HK-GG, 13. Auflage 2022, Art. 9 Rn. 16 f.

³ Badura in: GG-Kommentar, 102. EL 2023, Art. 33 Rn. 3.

⁴ Lorse, Das Urteil des EGMR vom 14.12.2023 zur Zulässigkeit des Beamtenstreiks – Brückenschlag über den Rhein, ZBR 2024, S. 75 (75).

⁵ von Coelln in: SK-GG, 5. Auflage 2022, Art. 9 Rn. 29.

⁶ Ricken in: MüKo-ArbR, 5. Auflage 2022, § 272 Rn. 1.

⁷ Wolff in: HK-GG (Fn. 2), Art. 9 Rn. 16 f.

Art. 9 III GG sind weiterhin die positive als auch die negative Koalitionsfreiheit umfasst, also sowohl der Beitritt zu einer Gewerkschaft, als auch das Recht zum Austritt und das Recht einer Gewerkschaft fernzubleiben.⁸

Der persönliche Schutzbereich des Art. 9 III GG steht „jedermann“ zu.⁹ Folglich sind auch Beamte Grundrechtsträger der Koalitionsfreiheit.¹⁰

Die Koalitionsfreiheit ist zunächst ein vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht, jedoch nicht unbegrenzt.¹¹ Denn Beschränkungen können zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang erforderlich sein.¹² Bei einer Kollision ist hierbei nach dem Prinzip praktischer Konkordanz vorzugehen, was bedeutet, dass für die kollidierenden Verfassungsgüter ein möglichst schonender Ausgleich angestrebt werden soll.¹³ Beschränkungen der Grundrechte hierdurch sind somit möglich.

II. Art. 33 V GG

Das in Art. 33 V GG normierte Streikverbot stellt für Art. 9 III GG eine solche, eben genannte Beschränkung dar.¹⁴ Somit ist Art. 33 V GG gerade keine Schutzbereichsbegrenzung des Art. 9 III GG.¹⁵ Denn für Beamte, die in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis (Art. 33 IV GG) zum Staat stehen¹⁶, gilt ein Streikverbot. Art. 33 V GG beinhaltet die sog. hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, aus welchen u.a. das Streikverbot hervorgeht.¹⁷ Diese Norm verpflichtet den Gesetzgeber dazu, das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung dieser Grundsätze zu regeln und fortzuentwickeln (Art. 33 V GG). Dabei sind Grundsätze der Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder zumindest ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar,

als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.¹⁸ Sie sollen die Neutralität, Kontinuität und Loyalität der Beamten gegenüber dem Staat gewährleisten.¹⁹ Mit der Zeit haben sich dabei einzelne Ausformungen entwickelt. Besonders zu betonen vor dem Hintergrund des Streikverbots sind dabei als hergebrachte Grundsätze das Alimentationsprinzip und die Treue- und Fürsorgepflicht.²⁰ Das Alimentationsprinzip beschreibt den Anspruch der Beamten auf eine amtsangemessene Alimentation.²¹ Im Vordergrund stehen hierbei die Besoldung und Versorgung.²² Die Treuepflicht des Beamten liegt neben der allgemeinen Pflicht zum Rechtsgehorsam auch darin, eine innere positive Grundhaltung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu haben.²³ Dies beinhaltet folglich auch die Verteidigung dieser Grundordnung durch Worte und impliziert, dass Beamte sich nicht gegen diese Ordnung wenden.²⁴ Die Treuepflicht steht dabei in einer Wechselbeziehung mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn.²⁵ Aus den einfachgesetzlichen Regelungen des § 78 Bundesbeamtengesetz (BBG) und des § 45 des Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamten in den Ländern (BeamStG) ergibt sich, dass der Dienstherr für das Wohl der Beamten und ihrer Familien zu sorgen hat, auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses. Zudem gewährleistet der Dienstherr den Schutz der Beamten bei ihrer amtlichen Tätigkeit und in ihrer Stellung.²⁶ Eng im Zusammenhang mit den genannten Grundsätzen steht das Streikverbot. Auch dieses wird aufgrund seiner Merkmale der Traditionalität und Substantialität als eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums verstanden.²⁷ Ein Streikrecht ist insbesondere nicht mit der Treuepflicht vereinbar und würde dieser zuwiderlaufen.²⁸ Auch angesichts dessen, dass Art. 33 V GG eine „stabile Verwaltung sichern“²⁹ soll, ist das Beamtenstreikverbot notwendig.

Wie bereits erwähnt, betrifft das Streikverbot Beamte. Art. 33 V GG bezieht sich dabei auf die Bereiche des

⁸ Epping, Grundrechte, 10. Auflage 2024, S. 503.

⁹ Wolff in: HK-GG (Fn. 2), Art. 9 Rn. 14; Ipsen, Staatsrecht II, 24. Auflage 2021, § 16 Rn. 696.

¹⁰ Linsenmaier in: ErFK-ArbR, 24. Auflage 2014, GG Art. 9 Rn. 27.

¹¹ Ebd., Rn. 48.

¹² BVerfG in: NZA 2017, S. 915 Rn. 143 ff.

¹³ BVerfG in: NJW 2015, S. 1935 (1941) Rn. 125; von Coelln in SK-GG (Fn. 5), Vorb. GG Rn. 87.

¹⁴ Jarass in: GG-Kommentar, 17. Auflage 2022, Art. 33 Rn. 58.

¹⁵ Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 1. Auflage 2021, § 5 Rn. 14 ff.

¹⁶ Kawik/Dechmann/Krause/Pflüger, Beamtenrecht, 2. Auflage 2023, S. 56.

¹⁷ Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 39. Auflage 2023, § 28 Rn. 1348.

¹⁸ BVerfG in: NVwZ, 2003, S. 720 (722).

¹⁹ von Coelln in: SK-GG (Fn. 5), Art. 33 Rn. 56 ff.

²⁰ Badura in: GG-Kommentar (Fn. 3), Art. 33 Rn. 58.

²¹ Brinktrine in: BeckOK BeamtenR, 31. Edition 2023, Rn. 186.

²² Ebd., Rn. 187.

²³ Battis in: BBG, 6. Auflage 2022, § 4 Rn. 4.

²⁴ Kawik/Dechmann/Krause/Pflüger (Fn. 16), S. 107 f.

²⁵ Grigoleit in: BBG (Fn. 23), § 78 Rn. 2.

²⁶ Kawik/Dechmann/Krause/Pflüger (Fn. 16), S. 57 f.

²⁷ Badura in: GG-Kommentar (Fn. 3), Art. 33 Rn. 58.

²⁸ Gröpl in: SK-GG (Fn. 5), Art. 33 Rn. 59.

²⁹ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1123) Rn. 118.

öffentlichen Dienstes i.S.v. Art. 33 IV GG und umfasst somit Beamte und Richter. Dahingegen sind bspw. Berufssoldaten nicht erfasst.³⁰ Auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, Kassenärzte, Privatdozenten, Abgeordnete, Minister oder Gemeinderatsmitglieder schließt Art. 33 V GG nicht ein.³¹ Das deutsche Beamtenstreikverbot knüpft somit an den Beamtenstatus an und nicht an die Funktion des jeweiligen Berufs.³²

C. Bedeutung im deutschen Recht: Status, Geltung und Auslegung der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung

Um die Vereinbarkeit des deutschen Streikverbots mit Art. 11 EMRK zu klären, muss zunächst die Bedeutung der EMRK im deutschen Recht näher betrachtet werden. Nach der Ratifikation der EMRK durch Deutschland im Jahr 1952³³ kommt ihr als völkerrechtlicher Vertrag³⁴ zwischen den Konventionsstaaten unmittelbare Geltung als Bundesgesetz zu.³⁵ Innerhalb der deutschen Rechtsordnung nehmen sie und ihre durch Deutschland ratifizierten Zusatzprotokolle³⁶ seither den förmlichen Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 II 1 GG) ein.³⁷ Sie ist somit dem GG und folglich auch den aus dem GG ergebenden Regelungen über das Streikverbot für Beamte nachrangig. Des Weiteren kann eine Verletzung der EMRK nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a GG) vor dem BVerfG sein, da der Prüfungsmaßstab ausschließlich die Grundrechte des GG sind.³⁸

Jedoch kommt der EMRK sowie ihrer Auslegung durch den EGMR innerhalb der Rechtspraxis und durch Entscheidungen des BVerfG eine erhebliche Bedeutung zu.³⁹ Besonders zentral für die Position der Konvention ist der Görgülü-Beschluss.⁴⁰ Das BVerfG hat in dieser Entscheidung der EMRK und den Urteilen des EGMR eine Berücksichtigungspflicht durch die rechtsprechende Gewalt zukommen lassen.⁴¹ Dies beruht

insbesondere auf dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.⁴² Somit ist die gesamte deutsche Rechtsordnung, einschließlich der Grundrechte, im Lichte der EMRK auszulegen.⁴³ Zwar kann eine Verletzung der EMRK nicht mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden, dennoch stellt eine Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht einen Verstoß gegen ein Grundrecht i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) dar.⁴⁴ Grenzen im Hinblick auf die Berücksichtigung setzt das BVerfG jedoch auch. Insbesondere darf die Auslegung nicht zu einer Einschränkung der im GG verankerten Grundrechte führen.⁴⁵

Die Görgülü-Entscheidung bezog sich ausschließlich auf die Folgen eines Urteils des EGMR in ein und demselben Fall. Somit blieb offen, wie sich die Berücksichtigungspflicht auswirkt, wenn das EGMR-Urteil in einem anderen Verfahren, insbesondere in einem anderen Verfahren gegen einen anderen Konventionsstaat ergangen ist. Im Urteil zur Sicherungsverwahrung wird deutlich, dass EGMR-Urteile als Auslegungshilfe auch berücksichtigt werden, wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen.⁴⁶ Das BVerfG erkennt mithin Urteilen des EGMR für die Auslegung der EMRK über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus „jedenfalls eine faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ zu.⁴⁷ Somit wird Garantien der EMRK möglichst umfassend Geltung verschafft und eine Verurteilung der Bundesrepublik kann vorbeugend vermieden werden.⁴⁸

D. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK

I. Art. 11 EMRK

Art. 11 EMRK garantiert das Recht auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 I EMRK). Eng im Zusammenhang mit der Freiheit der Meinungsäußerung aus

³⁰ Jarass in: GG-Kommentar (Fn. 14), Art. 33 Rn. 49 ff.

³¹ Gröpl in: SK-GG (Fn. 5), Art. 33 Rn. 55.

³² Frieling/Jacobs/Krois (Fn. 15), § 3 Rn. 4 f.

³³ Mayer in: EMRK-Kommentar, 3. Auflage 2022, Einl. Rn. 7.

³⁴ Epping (Fn. 8), S. 4.

³⁵ Von Arnould, Völkerrecht, 5. Auflage 2023, § 7 Rn. 529.

³⁶ Ebd., § 9 Rn. 639.

³⁷ Nettesheim in: HK-EMRK, 5. Auflage 2023, Einl. Rn. 18.

³⁸ Kment in: GG-Kommentar (Fn. 14), Art. 93 Rn. 60.

³⁹ Breuer in: EMRK-Kommentar (Fn. 33), Einl. Rn. 77.

⁴⁰ BVerfG in: NJW 2004, S. 3407.

⁴¹ Breuer in: EMRK-Kommentar (Fn. 33), Art. 46 Rn. 49 f.

⁴² Herdegen in: GG-Kommentar (Fn. 3), Art. 25 Rn. 6.

⁴³ BVerfG in: NJW 2004, S. 3407 (3408).

⁴⁴ Ebd., (3410).

⁴⁵ BVerfG in: NZA 2014, S. 1387 (1394) Rn. 129.

⁴⁶ BVerfG in: NJW 2011, S. 1931.

⁴⁷ Ebd., (1935).

⁴⁸ J.Nusser in: AusländerR, 14. Auflage 2022, Art. 3 Rn. 1.

Art. 10 EMRK und ebenso zum Schutz dieser dienend⁴⁹, gehört Art. 11 EMRK zu den Kommunikationsfreiheiten der Konvention und ist somit ein fundamentales Recht einer demokratischen Gesellschaft.⁵⁰ Im Hinblick auf das Streikrecht ist die Koalitionsfreiheit, welche als besondere Form der Vereinigungsfreiheit hervorgeht, von Relevanz.⁵¹

1. Schutzbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 11 EMRK schließt hierbei sowohl das Recht, sich friedlich zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen⁵², als auch, in Bezug auf die Koalitionsfreiheit, das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten, mit ein.⁵³ Insbesondere das Recht auf Tarifverhandlungen ist auch Teil der Koalitionsfreiheit.⁵⁴ Weiterhin besteht Art. 11 EMRK ebenso als sog. Doppelgrundrecht und schützt mithin sowohl den Einzelnen als auch die Vereinigung selbst.⁵⁵ Dieses Grundrecht der EMRK bindet dabei den Staat sowohl als Hoheitsträger als auch als Arbeitgeber.⁵⁶

Die Koalitionsfreiheit berechtigt vor allem Arbeitnehmer und Arbeitgeber⁵⁷ und soll als ein wesentliches Element im Dialog zwischen den beiden Parteien fungieren.⁵⁸ Auch Beamte und Beamtenvereinigungen werden vom persönlichen Schutzbereich des Art. 11 I EMRK umfasst.⁵⁹

2. Eingriff

Hinsichtlich Eingriffen in die Koalitionsfreiheit vertritt der EGMR einen weiten Eingriffsbegriff und demnach können Eingriffe in die Koalitionsfreiheit in unterschiedlichster Gestalt vorkommen.⁶⁰ Eine eingriffswürdige Maßnahme muss daher zumindest abschreckende⁶¹ bzw. beeinträchtigende⁶² Wirkung haben.

3. Rechtfertigung

Etwaige Eingriffe in die Koalitionsfreiheit können nach Art. 11 II 1 EMRK gerechtfertigt sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, ein legitimes Ziel i.S.d. Art. 11 II EMRK mit ihm verfolgt wird und er verhältnismäßig ist.⁶³ Für die erste Voraussetzung bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, d.h., dass das dem Eingriff zugrundeliegende Gesetz für den Einzelnen zugänglich und voraussehbar sein muss.⁶⁴ Weiterhin muss die zu rechtfertigende Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgen. Aus der Aufzählung des Art. 11 II 1 EMRK ergeben sich diese Ziele.⁶⁵ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit kommt es zudem auf den Beurteilungsspielraum an, den der EGMR den jeweiligen Rechten und Freiheiten zukommen lässt.⁶⁶ U.a. wird der Beurteilungsspielraum im Hinblick auf das Streikrecht durch die folgenden Ausführungen zur Rechtsprechung des EGMR herausgearbeitet.

II. Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK

In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EGMR kein explizites Streikrecht aus der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit des Art. 11 EMRK hervorgehen lassen und war hinsichtlich dessen äußerst zurückhaltend.⁶⁷ Jedoch wurde ein Recht auf Kollektivmaßnahmen gewährt, die zum Schutz der Interessen der Mitglieder der entsprechenden Gewerkschaften dienen sollten. Ein ausdrückliches Streikrecht war jedoch nicht durch Art. 11 EMRK garantiert.⁶⁸ Dies änderte sich in den Jahren 2008 und 2009 mit zwei zentralen beamtenrechtlichen Urteilen gegen die Türkei, in denen sich der EGMR eingehend mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 11 EMRK befassen musste⁶⁹ und durch seine Urteile einen Paradigmenwechsel bewirkte.⁷⁰ Die beiden folgenden Entscheidungen führten zu einer Klärung seitens des EGMR,

⁴⁹ EGMR, E.v. 14.2.2006 – 28793/02, Christian Democratic People's Party/Moldova, Rn. 62.

⁵⁰ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Auflage 2021, § 23 Rn. 69.

⁵¹ Arndt/Engels/von Oettingen in: EMRK-Kommentar (Fn. 33), Art. 11 Rn. 51.

⁵² Schubert in: EuArbRK, 5. Auflage 2024, EMRK Art. 11 Rn. 8 f.

⁵³ Grabenwarter/Pabel (Fn. 50), § 23 Rn. 93.

⁵⁴ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei.

⁵⁵ Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Auflage 2023, § 5.1 Rn. 85.

⁵⁶ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 109 u. 154.

⁵⁷ Schubert in: EUArbRK (Fn. 52), EMRK Art. 11 Rn. 10.

⁵⁸ EGMR (GK), E.v. 9.7.2013 – 2330/09, Sindicatul „Pastor cel bun“/ Rumänien, Rn. 130.

⁵⁹ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 109; EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, Rn. 24.

⁶⁰ EGMR, E.v. 3.6.2008 – 13148/04, Siyeri u.a./Italien; EGMR, E.v. 07.12.2006 – 17582/05, Artyomov/Russland.

⁶¹ EGMR, E.v. 25.9.2012 – 11828/08, Trade Union of the Police in the Slovak Republic/Slowakei, Rn. 60.

⁶² EGMR, E.v. 27.11.2012 – 38676/08, Disk u.a./Türkei, Rn. 22.

⁶³ Daiber in: HK-EMRK (Fn. 37), Art. 11 Rn. 21.

⁶⁴ Grabenwarter/Pabel (Fn. 50), § 23 Rn. 97.

⁶⁵ Ebd., Rn. 98.

⁶⁶ Ebd., Rn. 99.

⁶⁷ Gooren, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 202–206.

⁶⁸ EGMR, E.v. 6.2.1976 – 5614/72, Swedish Engine Drivers' Union/Schweden, Rn. 39 f.; EGMR, E.v. 6.2.1976 – 5589/72, Schmidt u. Dahlström/Schweden, Rn. 36 u. 39.

⁶⁹ Schaks in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band IV, 2. Auflage 2022, § 127 Rn. 78.

⁷⁰ Hauer, Der Arbeitskampf im nationalen und europäischen Recht, 1. Auflage 2022, S. 108.

inwieweit das Mittel des Streiks ebenso von Art. 11 EMRK umfasst ist und ob dieses auch für Beamte gelten kann.

1. Rechtssache Demir und Baykara gegen die Türkei

a) Sachverhalt

Die Entscheidung Demir u. Baykara/Türkei⁷¹ vom 12.11.2008 warf zunächst die Frage auf, ob eine Beamtenvereinigung gegründet werden darf. Die Beschwerdeführer waren Mitglieder der Gewerkschaft Tım Bel Sen und ebenso Beamte einer türkischen Gemeinde.⁷² Mit dieser schloss die Gewerkschaft im Jahr 1993 einen Kollektivvertrag, der Regelungen für Arbeitsbedingungen, wie z.B. Lohn, beinhaltete.⁷³ Als daraufhin jedoch die Gemeinde ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkam, reichten die Beschwerdeführer Klage ein. Diese wurde schließlich vor dem Kassationshof, eines der obersten Gerichte der Türkei⁷⁴, abgelehnt, da dieser eine vertragsschließende Beamtenvereinigung als ungültig ansah und folglich den Tarifvertrag als für ex tunc, d.h. von Anfang an⁷⁵, nichtig erklärte.⁷⁶

b) Entscheidung

Somit wandten sich die Beschwerdeführer in einer Kammerentscheidung zunächst erfolgreich an den EGMR. Die türkische Regierung rief jedoch daraufhin die Große Kammer des EGMR an, welche ebenso den beiden Beamten Recht gab.⁷⁷ Hierbei führte das Gericht an, dass zum einen die Mitglieder der Staatsverwaltung nicht vom Anwendungsbereich des Art. 11 I EMRK ausgeschlossen sind und zum anderen ein Recht zur Gründung von Beamtenvereinigungen besteht.⁷⁸ Mithin gestaltete der EGMR sowohl den persönlichen⁷⁹ als auch den sachlichen⁸⁰ Schutzbereich der Koalitionsfreiheit weiter aus. Eine gerechtfertigte Einschränkung nach Art. 11 II EMRK lehnte der EGMR aufgrund des nun

anerkannten Koalitionsrechts für Beamte ab.⁸¹ Die Große Kammer setzte sich im weiteren Verlauf mit den Rechten von Gewerkschaften auseinander und stufte das Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik als wesentliches Element des Art. 11 I EMRK ein.⁸² Auch den Beamtenvereinigungen steht dieses Recht zu.

Diesen Wandel in seiner Rechtsprechung begründet der EGMR insbesondere damit, dass die EMRK ein „living instrument“⁸³ darstellt und mithin „in the light of present-day conditions“ interpretiert werden muss.⁸⁴ D.h., dass eine dynamische Auslegung der Konvention unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Verhältnisse vorgenommen werden muss.⁸⁵ Zudem verweist der EGMR auf die Wiener Vertragsrechtskonvention und darauf, dass die Auslegung der EMRK sich u.a. nach dieser zu richten hat.⁸⁶ Es kann mithin auf verschiedene völkerrechtliche Texte und Instrumente bei der Interpretation zurückgegriffen werden, was der EGMR in dieser Rechtssache auch tat.⁸⁷

2. Rechtssache Enerji Yapi-Yol Sen gegen die Türkei

a) Sachverhalt

Daran anschließend erfolgte fünf Monate später am 21.4.2009 ein ebenso zentrales Urteil in der Sache Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei.⁸⁸ Der türkische Dachverband der öffentlichen Dienstgewerkschaften plante 1996 einen Aktionstag, welcher Streik beinhalten sollte. Ziel dieses Aktionstages war es, Kollektivvereinbarungen für Beamte zu erstreben. Fünf Tage vor diesem Ereignis erließ die türkische Regierung ein Rundschreiben mit u.a. einem Hinweis darauf, dass Beamten eine Teilnahme aufgrund ihrer rechtlichen Stellung verboten sei. Dennoch nahmen drei Mitglieder der Beschwerdeführer, einer Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes namens Enerji Yapi-Yol Sen, daran teil und es folgten Disziplinarstrafen.⁸⁹ Eine Klage vor dem Obersten Gerichtshof der Türkei auf

⁷¹ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei.

⁷² Lange-Korf, Unions- und völkerrechtliche Einflüsse auf das Streikrecht in Deutschland, 2018, S. 150.

⁷³ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 16.

⁷⁴ Gooren (Fn. 67), S. 207.

⁷⁵ Busche in: MüKo-BGB, 2. Auflage 2022, § 142 Rn. 15.

⁷⁶ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 157.

⁷⁷ Katerndahl, Tarifverhandlungen und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 85.

⁷⁸ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 127.

⁷⁹ Ebd., Rn. 107.

⁸⁰ Ebd., Rn. 154.

⁸¹ Ebd., Rn. 120.

⁸² Ebd., Rn. 109 u. 154.

⁸³ EGMR, E.v. 25.4.1978 – 5856/72, Tyrer/UK; Grabenwarter/Pabel (Fn. 50), § 5 Rn. 14 f.

⁸⁴ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 68.

⁸⁵ Gooren (Fn. 67), S. 207.

⁸⁶ Wiener Übereinkommen vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge, BGBl. II 1985, S. 927 ff.

⁸⁷ EGMR (GK), E.v. 12.11.2008 – 34503/97, Demir u. Baykara/Türkei, Rn. 76.

⁸⁸ EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei.

⁸⁹ Katerndahl (Fn. 77), S. 92.

Aufhebung des Runderlasses blieb erfolglos und wurde damit begründet, dass lediglich über die bestehende Rechtslage informiert wurde und dies keinen regelnden Charakter aufweist.⁹⁰

b) Entscheidung

Auch in dieser Sache entschied der EGMR und dies zu Gunsten der Beschwerdeführerin.⁹¹ Hierbei wurde in gewisser Weise an das oben genannte Urteil angeknüpft, indem der EGMR sich bei seiner Entscheidung kurz hielt.⁹² Er führte an, dass Enerji Yapi-Yol Sen in ihrem Recht aus Art. 11 EMRK verletzt ist, denn das Streikrecht ist mit von der Koalitionsfreiheit umfasst. Diese Erweiterung des Schutzbereiches begründet der EGMR u.a. mit Verweis auf die Europäische Sozialcharta, welche das Recht auf Streik als Mittel zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen anerkennt (Art. 6 ESC).⁹³ Zunächst sahen die Richter den Runderlass als Eingriff.⁹⁴

Ob auch ein legitimes Ziel durch den Eingriff verfolgt wurde, wird vom Gericht nicht näher angeführt.⁹⁵

Im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung aus Art. 11 II 1 EMRK legte das Gericht dar, dass „es mit der Gewerkschaftsfreiheit vereinbar sein [kann], Streiks von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben. Ein Streikverbot kann also bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes betreffen, aber nicht insgesamt für den öffentlichen Dienst ausgesprochen werden, wie es hier der Fall war [...]“.⁹⁶ Diese vom EGMR dargelegten Ausführungen lassen somit darauf schließen, dass ein Streikverbot für Angehörige des öffentlichen Dienstes nur dann zulässig ist, wenn es gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (Art. 11 II 1 EMRK) ist.⁹⁷ Ebenso wird durch das Urteil des EGMR deutlich, dass sich ein Streikverbot zwar auf verschiedene Berufsgruppen beziehen kann, sich jedoch nicht auf Beamte allgemein beziehen darf.⁹⁸ Eine Einschränkung kommt mithin nur in Betracht, wenn

Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Hier muss somit eine Differenzierung anhand funktionsbezogener Kriterien vorgenommen werden. Vor diesem Hintergrund der Funktionsbezogenheit verweist der EGMR mutatis mutandis, d.h. entsprechend⁹⁹, auf das Urteil Pellegrin/Frankreich^{100, 101}. Dieses Urteil betraf die Frage, ob sich Angehörige des öffentlichen Dienstes auf die Garantie des Art. 6 I EMRK berufen können. Hierbei stellte der EGMR auf funktionsbezogene Kriterien ab, indem er an „die Natur der Aufgaben und Verpflichtungen, die der Bedienstete erfüllt“¹⁰², anknüpft. Somit besteht für Personen, die Staatsgewalt ausüben und mithin zur Interessenwahrung des Staates beitragen, ein legitimes Interesse des Staates daran, diese Personen aus dem Schutzbereich des Art. 6 I EMRK herauszunehmen.¹⁰³ Daraus folgert der EGMR, dass diese Überlegungen auch auf die Rechtfertigungsanforderungen des Art. 11 II EMRK zutreffen und diese Anforderungen somit klar und deutlich zu bestimmen sind.¹⁰⁴

3. Zusammenfassung und Würdigung

Zusammenfassend betrachtet, liegt die Signifikanz dieser Urteile vor allem in der Anerkennung des Rechts auf Tarifverhandlungen und des Streikrechts als geschütztes Rechtsgut des Art. 11 I EMRK. In den folgenden Jahren und bis heute ergingen immer wieder Urteile seitens des EGMR zum Streikrecht, wodurch es eine weitreichende Anerkennung und eine inhaltliche Weiterentwicklung erfahren hat.¹⁰⁵ Trotz der Tendenz des Gerichtshofs, sich generell auf die klassischen Auslegungsmethoden zu stützen, ist hinsichtlich des Streikrechts weiterhin eine dynamische Interpretation anzuwenden.¹⁰⁶ Dass auch das generelle Streikverbot von Beamten nun vom EGMR als unvereinbar mit Art. 11 EMRK angesehen wird, startete die vielzähligen Diskussionen in Deutschland.¹⁰⁷

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei.

⁹² Ebd., Rn. 16, 24 u. 31.

⁹³ Ebd., Rn. 24.

⁹⁴ Ebd., Rn. 26 f.

⁹⁵ Katerndahl (Fn. 77), S. 94.

⁹⁶ EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, Rn. 32.

⁹⁷ Ebd., Rn. 26 ff.

⁹⁸ Arndt/Engels/von Oettingen in: EMRK-Kommentar (Fn. 33), Art. 11 Rn. 22 u. 56.

⁹⁹ Linhart, Wörterbuch Recht, 2. Auflage 2017, S. 105.

¹⁰⁰ EGMR (GK), E.v. 8.12.1999 – 28541/95, Pellegrin/Frankreich.

¹⁰¹ EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, Rn. 32.

¹⁰² EGMR (GK), E.v. 8.12.1999 – 28541/95, Pellegrin/Frankreich Rn. 64.

¹⁰³ Katerndahl (Fn. 77), S. 425 ff.

¹⁰⁴ EGMR, E.v. 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, Rn. 32 f.

¹⁰⁵ Katerndahl (Fn. 77), S. 123 ff. u 155.

¹⁰⁶ Ebd., S. 162 f.

¹⁰⁷ Preis/Greiner, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2024, § 113 Rn. 1243.

4. Folge: Die Diskussion um das deutsche Beamtenstreikverbot

Diese neue Ausgestaltung des Art. 11 EMRK durch die Rechtsprechung des EGMR löste nun angesichts des Art. 33 V GG auch eine Diskussion um das Streikverbot für Beamte in Deutschland aus. Die Urteile zum Streikrecht haben ebenso dazu geführt, dass vor allem immer mehr verbeamtete Lehrer den Streik wagten. Dies hatte zur Folge, dass die zuständige Behörde das Verhalten der Lehrer disziplinarrechtlich mit einer Geldbuße ahndete.¹⁰⁸ Zur Überprüfung wandten sich die Beamten, u.a. gemeinsam mit der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW), nun erfolglos an die Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte und schließlich an das BVerwG.¹⁰⁹ Letztlich wurde vor dem BVerfG eine Verfassungsbeschwerde erhoben, welche ebenso erfolglos blieb.¹¹⁰

E. Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch das BVerwG und BVerfG

Die eben genannten Verfahren erforderten bei der Urteilsfindung eine eingehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR bezüglich der Vereinbarkeit von Art. 11 EMRK und dem Streikverbot für Beamte in Deutschland. Es soll nun näher erläutert werden, wie die beiden deutschen obersten Gerichte die Rechtsprechung des EGMR rezipiert haben.

I. Rezeption durch das BVerwG

1. Entscheidung

In seinem Urteil vom 27.2.2014 hat das BVerwG entschieden, dass das deutsche Beamtenstreikverbot zwar Art. 11 der EMRK widerspricht, aber trotz dessen weiterhin vorerst gilt.¹¹¹ In einem darauffolgenden Urteil vom 26.2.2015 bestätigte das BVerwG diese Rechtsprechung noch einmal.¹¹² Im Hinblick auf die Rezeption wird jedoch auf das erste Urteil aus 2014 Bezug genommen.

2. Entscheidungsgründe und Vorgehensweise

Das BVerwG zieht für seine Begründung zunächst das statusbezogene Beamtenstreikverbot als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums aus Art. 33 V GG heran, welches Teil des deutschen Verfassungsrechts ist und mithin über einfachen Bundesgesetzen, wie der EMRK (s.o.), steht.¹¹³ Dennoch stellt das Gericht angesichts und im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR klar, dass Lehrkräfte nicht zur hoheitlichen Staatsverwaltung nach Art. 11 II 2 GG gehören. Genauer wird die Auffassung des EGMR herangezogen, dass das Beamtenstreikverbot funktions- und gerade nicht statusbezogen sei. Somit steht es nur Staatsbediensteten zu, die an der Ausübung genuin hoheitsrechtlicher Befugnisse beteiligt sind.¹¹⁴ Das BVerwG zieht hierbei die öffentlichen Schulen heran, an denen die verbeamteten Lehrkräfte tätig sind. Diese zählen gerade nicht zu den Bereichen der öffentlichen Verwaltung, in welchen schwerpunktmäßig hoheitsrechtliche Befugnisse ausgeübt werden¹¹⁵. Zudem weist das Gericht bezüglich des Begriffs der hoheitlichen Staatsverwaltung auf die Rechtssache Pellegrin/Frankreich hin, welche auch in *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* für den EGMR entscheidungserheblich war (s.o.). Diese Argumentation stützt das BVerwG auf die Verpflichtung Deutschlands Art. 11 EMRK völkervertrags- und verfassungsrechtlich auszulegen und mithin der Rechtsprechung des EGMR Geltung zu verschaffen.¹¹⁶ Daraus folgend stellten die Leipziger Richter fest, dass das deutsche Beamtenrecht dem Streikrecht der EMRK derjenigen Beamten widerspricht, die außerhalb der hoheitlichen Staatsverwaltung tätig sind. Diesen Konflikt jedoch muss dem BVerwG zufolge der Gesetzgeber lösen. Es sieht sich hierbei nicht in der Lage, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, zu denen das Streikverbot gehört, auszulegen. Diese Änderung ist allein dem Gesetzgeber zugewiesen und dieser müsste im Wege praktischer Konkordanz (s.o.) einen Ausgleich schaffen.¹¹⁷ Das schlussfolgert das Gericht vor allem aus Art. 33 V GG und der Pflicht des Gesetzgebers das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Das BVerwG führt hierbei verschiedene Lösungswege an, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, um diese Kollision zu lösen.¹¹⁸ Es wäre zunächst möglich, die Beteiligungsrechte der

¹⁰⁸ *Bunke/Voßkuhle*, Casebook VerfR, 9. Auflage 2023, S. 488.

¹⁰⁹ *Hoffmann*, Das deutsche Beamtenstreikverbot vor dem EGMR, NJW 2024, S. 866 (866).

¹¹⁰ *BVerfG* in: NVwZ 2018, S. 1121 (1122).

¹¹¹ *BVerwG* in: NZA 2014, S. 616.

¹¹² *BVerwG* in: BeckRS 2015, 43485.

¹¹³ *BVerwG* in: NZA 2014, S. 616 (617 f.) Rn. 23 ff.

¹¹⁴ Ebd., (619 f.) Rn. 46.

¹¹⁵ Ebd., (620) Rn. 51.

¹¹⁶ Ebd., (621) Rn. 64.

¹¹⁷ Ebd., (621 f.) Rn. 64.

¹¹⁸ Ebd., (621 f.) Rn. 56 u. 64.

Gewerkschaften zu erweitern. Bestehende Rechte, wie § 118 BBG und § 53 BeamStG, sind hierbei unzureichend.¹¹⁹ Zudem schlägt das BVerwG vor, ein ähnliches Modell wie das der Einrichtungen der Kirchen zu entwickeln.¹²⁰ Der sog. „Dritte Weg“ ist eine besondere Form von Arbeitsbedingungen im kirchlichen Arbeitsrecht, bei welchem arbeitsrechtliche Kommissionen zur Klärung von Vergütung, Arbeitszeit und Urlaub herangezogen werden. Hintergrund hierbei ist die Vermeidung von Arbeitskämpfen und Streiks, sowie die einseitige Festlegung von Arbeitsbedingungen. Ein partnerschaftliches Miteinander wird somit angestrebt.¹²¹ Eine weitere mögliche Alternative besteht zufolge des BVerwG darin, die Beamtenbesoldung in Tarifverhandlungen des öffentlichen Dienstes mit einzubeziehen. Insbesondere relevant ist dies im Wege der Amtangemessenheit der Alimentation. Dieser hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums sichert die lebenslange amtsangemessene Besoldung des Beamten (s.o.). Zum Bemessen der Besoldung sind verschiedene vorgegebene Parameter zu beachten. Dazu gehört eben u.a. auch der Vergleich der Besoldungsentwicklung mit der Entwicklung der Tariflöhne im öffentlichen Dienst. Beamten- und Gewerkschaften könnten folglich (bei Einbeziehung der Beamtenbesoldung in die Tarifverhandlungen des öffentlichen Dienstes) an Tarifverhandlungen mitwirken und außerhalb der von Art. 33 IV GG inkludierten Bereiche der öffentlichen Verwaltung an kollektiven Kampfmaßnahmen teilnehmen.¹²²

Dennoch stellt das BVerwG fest, dass die Geltung des Streikverbots erst einmal weiterhin bis zur einer etwaigen Änderung des Gesetzgebers bestehen bleibt.¹²³

II. Rezeption durch das BVerfG

1. Entscheidung

Am 12.6.2018 folgte das Urteil des BVerfG. Hierbei setzte sich das Gericht eingehend mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK auseinander. In diesem Urteil bestätigte das BVerfG zum einen das Streikverbot für Beamte und zum anderen bezog es Stellung zur Vereinbarkeit dieses

Streikverbotes und der EMRK.¹²⁴ Ebenso wurden neue Rezeptionsmaßstäbe durch dieses Judikat gesetzt.¹²⁵

2. Entscheidungsgründe und Vorgehensweise

Zunächst stellt das Gericht, gleich dem BVerwG, fest, dass das Streikverbot für Beamte einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG darstellt. Dies begründet wiederum die Folge, dass das Beamtenstreikverbot einen wesentlichen Teil der Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums ausmacht.¹²⁶ Im Umkehrschluss bedeutet das, dass das Streikverbot zu den Bestimmungen gehört, „die das Bild des Berufsbeamtentums in seiner überkommenen Gestalt maßgeblich prägen, sodass ihre Beseitigung das Berufsbeamtentum als solches antasten würde.“¹²⁷ Daneben betonte das BVerfG ebenso, dass das Alimentationsprinzip (s.o.) und die Treuepflicht (s.o.) als tragende Strukturprinzipien, mit denen das Streikverbot eng im Zusammenhang steht, zu beachten sind.¹²⁸ Anknüpfend an das Alimentationsprinzip betont das Gericht auch den daraus hervorgehenden einklagbaren Anspruch der Beamten auf angemessene Alimentation. Dieser und weitere gesetzgeberische Regelungen tragen zur Kompensation der Beschränkung des Streikrechts von Beamten in Deutschland bei.¹²⁹

Anschließend daran setzt das BVerfG mit der Frage nach der Konventionskonformität des Streikverbots fort und stellt klar, dass die Vorschriften des GG nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit auszulegen sind. Es wird der innerstaatliche Rang der EMRK eines Bundesgesetzes und ebenso die EMRK als Auslegungshilfe verdeutlicht.¹³⁰ Zu unterscheiden ist hierbei zwischen EGMR-Urteilen, die in Verfahren gegen Deutschland ergangen sind und Urteilen, die Judikate anderer Konventionsstaaten betreffen.¹³¹ Erstere würden eine Verpflichtung Deutschlands zur Befolgung dieser nach Art. 46 EMRK nach sich ziehen. Die EGMR-Urteile, auf die sich das BVerfG jedoch hier bezieht, sind Urteile der Türkei und unterfallen somit für Deutschland nicht Art. 46 EMRK. Dennoch kommt beiden Urteilen Gewicht zu: Zum einen wegen der „faktischen Orientierungs- und Leitfunktion“¹³² (s.o.) und

¹¹⁹ Ebd., (621 f.) Rn. 64.

¹²⁰ Ebd., (621 f.) Rn. 58 u. 64.

¹²¹ *Richardi/Bayreuther*, Kollektives Arbeitsrecht, 5. Auflage 2023, § 10 Rn. 108 f.

¹²² *BVerwG* in: NZA 2014, S. 616 (622) Rn. 67.

¹²³ Ebd., (622) Rn. 69.

¹²⁴ *BVerfG* in: NVwZ 2018, S. 1121.

¹²⁵ *Bumke/Voßkuhle* (Fn. 108), S. 489.

¹²⁶ *BVerfG* in: NVwZ 2018, S. 1121 (1123) Rn. 117 ff.

¹²⁷ Ebd., (1123) Rn. 119.

¹²⁸ Ebd., (1123 f.) Rn. 120 f.

¹²⁹ Ebd., (1130) Rn. 158.

¹³⁰ Ebd., (1125) Rn. 126.

¹³¹ Ebd., (1125) Rn. 129.

¹³² Ebd., (1125) Rn. 129.

zum anderen zur Vermeidung von Konflikten zwischen Völkerrechtsverpflichtungen und nationalem Recht.¹³³ Der Senat betont jedoch zutreffenderweise auch, dass es notwendigerweise einer Kontextualisierung bedarf, was bedeutet, dass vor allem hinsichtlich der Orientierungswirkung der Urteile der Türkei „die konkreten Umstände des Falles im Sinne einer Kontextualisierung in besonderem Maße in den Blick zu nehmen [sind].“¹³⁴ Das bedeutet, dass die Aussagen des EGMR konkret individuell sind. Das BVerfG sieht sich somit zu einer Beschränkung auf die Grundwertungen des EGMR in dessen Aussagen verpflichtet und diese entsprechen auch dem deutschen Recht. Das Streikverbot erweist sich somit dem BVerfG zufolge als konventionsgemäß.¹³⁵

Weiterhin befasst sich das BVerfG im Rahmen dieses Urteils mit der Rechtfertigung des Beamtenstreikverbots anhand des Maßstabs des Art. 11 II EMRK.¹³⁶ Das Gericht nimmt hierbei zunächst eine Subsumtion unter Art. 11 II 2 EMRK vor. Das Beamtenstreikverbot ist in Deutschland „gesetzlich vorgesehen“ (Art. 11 II 2 EMRK) und zudem seit Jahrzehnten lang höchstrichterlich anerkannt.¹³⁷ Weiterhin wird richtigerweise betont, dass Lehrkräfte den staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag zum Ziel haben und sie somit für die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung „erforderlich“ (Art. 11 II 2 EMRK) sind.¹³⁸ Das Gericht führt außerdem an, dass es sich bei dem Streik im konkreten Fall eher um einen sog. „Unterstützungstreik“ handelt und mithin „nicht den Kernbereich der Vereinigungsfreiheit treffe, sondern lediglich einen Nebenaspekt darstelle.“¹³⁹ Dies begründet somit einen weiteren Beurteilungsspielraum, welcher damit die Wahrscheinlichkeit eines verhältnismäßigen Eingriffs erhöht.¹⁴⁰ Das BVerfG zieht hierbei für seine Argumentation das Urteil *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/United Kingdom* heran.¹⁴¹ Zum anderen sieht es in Art. 11 II 2 EMRK, auch wenn es bereits keine Kollisionslage zwischen dem GG und der EMRK gibt, eine Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit.¹⁴² Hierbei stellen die Karlsruher Richter fest, dass Lehrkräfte dem Bereich der Staatsverwaltung i.S.v. Art. 11 II 2 EMRK zuzuordnen sind. Es wird hierbei auch angebracht, dass diese Zuordnung zum Begriff der Staatsverwaltung eng auszulegen ist und auch,

wenn Lehrkräfte zwar schwerpunktmäßig keine hoheitlich geprägten Aufgaben wahrnehmen, verbeamtete Lehrkräfte dennoch dem Bereich der Staatsverwaltung zuzuordnen sind. Vor allem das besondere Interesse des Staates an deren Aufgabenerfüllung begründet dies.¹⁴³ Folglich liegt nach Ansicht des BVerfG keine Kollision zwischen dem deutschen Beamtenstreikverbot und Art. 11 der EMRK vor.

III. Zusammenfassung: Beantwortung der Frage um das Beamtenstreikverbot in der deutschen Rechtsprechung

Sowohl das BVerwG als auch das BVerfG setzten sich mit der Rechtsprechung des EGMR eingehend auseinander. Die beiden Gerichte kamen hierbei zu unterschiedlichen Entscheidungen. Das BVerwG gelangte zu dem Schluss, dass das Streikverbot für Beamte mit Art. 11 EMRK unvereinbar sei. Dennoch wurde daraufhin unter Berücksichtigung von Art. 33 V GG geschlussfolgert, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, mittels praktischer Konkordanz einen Ausgleich zwischen den sich widersprechenden Vorgaben der EMRK und des GG herbeizuführen. Das BVerfG hingegen sieht keinen Widerspruch zwischen dem in Art. 33 V GG festgelegten verfassungsrechtlichen Streikverbot für Beamte und Art. 11 der EMRK, wie er durch die Rechtsprechung des EGMR interpretiert wird.

IV. Methodik der Entscheidungsfindung des BVerfG

Im Hinblick auf die Art und Weise der Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Gerichte lassen sich vor allem angesichts des Urteils des BVerfG verschiedene Umsetzungsvorgänge feststellen. Dies ist insbesondere für zukünftige Urteile von Bedeutung, da das BVerfG in seiner Entscheidung zum Beamtenstreikverbot neue Maßstäbe für die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR setzt.¹⁴⁴

¹³³ Ebd., (1125) Rn. 129.

¹³⁴ Ebd., (1126) Rn. 132.

¹³⁵ Ebd., (1127) Rn. 136.

¹³⁶ Ebd., (1134) Rn. 176.

¹³⁷ Ebd., (1134) Rn. 177.

¹³⁸ Ebd., (1134) Rn. 178.

¹³⁹ Ebd., (1134) Rn. 180.

¹⁴⁰ Ebd.

¹⁴¹ EGMR, E.v. 8.4.2014 – 31045/10, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/UK*.

¹⁴² *BVerfG* in: NVwZ 2018, S. 1121 (1135) Rn. 184.

¹⁴³ Ebd., (1135) Rn. 185.

¹⁴⁴ *Hering*, Beamtenstreik zwischen Karlsruhe und Straßburg: Art. 11 EMRK und die konventionskonforme Auslegung durch das BVerfG, ZaöRV 2019, S. 241 (256 ff.).

1. Kontextualisierung

Zunächst, so das BVerfG, ist es notwendig eine Kontextualisierung des EGMR vorzunehmen.¹⁴⁵ Dies bedeutet näher, dass es sich auf die Urteile, insbesondere die beiden Fälle der Türkei, bezieht und diese in gewissem Maße berücksichtigt. Der konkrete Sachverhalt und die sich hieraus ergebenden rechtskulturellen Hintergründe müssen im Rahmen der Kontextualisierung besondere Beachtung und Würdigung durch die deutschen Gerichte finden. Dieses Konzept der Kontextualisierung ähnelt der case-law Methode des angloamerikanischen Rechts.¹⁴⁶ Ein solches Herausarbeiten von Unterschieden zwischen zwei oder mehreren Fällen, die eine unmittelbare Übertragung verhindern, wird in der Rechtspraxis des Common Law als „distinguishing“ bezeichnet.¹⁴⁷ Je mehr Unterschiede der zugrundeliegende Fall zum zu bearbeitenden aufweist, desto weniger muss somit eine Würdigung des vorausgegangenen Judikats stattfinden.

2. Vermeidung von Begriffsparellisierungen

Weiterhin müssen bloße Begriffsparellisierungen angesichts der Rezeption vermieden werden.¹⁴⁸ Eng im Zusammenhang mit dem Konzept der Kontextualisierung wird bei dieser Methode ein besonderes Augenmerk auf die Übersetzung von Begriffen gelegt und eine Übernahme ohne Kontext muss vermieden werden. Gerade vor dem Hintergrund der Konvention als „living instrument“ (s.o.) bergen bloße Begriffsparellisierungen ein Risiko.¹⁴⁹ Dieses Problem spiegelt sich auch deutlich in der Thematik des Beamtenstreikverbots wider. Bei den hier relevanten Judikaten gegen die Türkei liegt keine offizielle deutsche Fassung vor. Resultierend daraus ist insbesondere hinsichtlich der Übernahme von juristischen Fachbegriffen mit Vorsicht vorzugehen.¹⁵⁰ Eine „unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe“¹⁵¹ könnte folglich zum Problem werden. Ein Beispiel, das die Notwendigkeit der Vermeidung von bloßen Begriffsparellisierungen unterstreicht, zeigt sich in den Ausdrücken „civil servant“ und „fonctionnaire“. Beide Begriffe finden sich in den EGMR-Entscheidungen zum Streikrecht gegen die Türkei an verschiedenen Stellen wieder. Es ist

fraglich, ob diese Begriffe im Deutschen dem Wort „Beamten“ gleichgesetzt werden könnten oder ob eine vorzugswürdigere Übersetzung „Angehörige des öffentlichen Dienstes“ ist. An diesem Punkt darf man die autonome Auslegung des EGMR nicht außer Acht lassen, denn Begriffe werden gerade nicht an der innerstaatlichen Bedeutung bemessen, sondern richten sich in erster Linie unabhängig nach den Zielsetzungen der EMRK.¹⁵² Die beiden genannten Beispiele unterliegen folglich einer weiten, untechnischen Auslegung, womit „Angehörige des öffentlichen Dienstes“ die schlüssigere Übersetzung darstellt.¹⁵³

3. Beachtung von Grundwertungen der EMRK und Auseinandersetzung mit EGMR-Urteilen

Das BVerfG stellt zudem klar, dass eine Rezeption des EGMR auch immer vor dem Hintergrund über „Aussagen zu Grundwertungen der EMRK“ passieren muss.¹⁵⁴ Die genauere Bedeutung dessen, was das BVerfG damit ausdrücken möchte, ist nicht ganz eindeutig, dennoch könnte eine Abstufung der Wichtigkeit von Urteilen des EGMR in der Berücksichtigung der Auslegung gemeint sein.¹⁵⁵

Außerdem fällt auf, dass das BVerfG sich neben den zwei zentralen Urteilen gegen die Türkei auch mit anderen Fällen des EGMR befasst.

Diese Auseinandersetzung ist aus strategischer Sicht sinnvoll, da die sog. „margin of appreciation“ umso weiter ist, je genauer sich die innerstaatlichen Organe, hier das BVerfG, mit den Maßgaben der EGMR-Rechtsprechung befassen.¹⁵⁶ Die Figur der „margin of appreciation“ beschreibt den Ermessensspielraum, der den nationalen Behörden bei Umsetzung und Auslegung der EMRK und ihrer Judikate zukommt. Dieser Spielraum wird den Konventionsstaaten vor allem aufgrund spezifischer und unterschiedlicher Umstände bei der Umsetzung der Urteile durch den EGMR gewährt.¹⁵⁷

¹⁴⁵ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1126) Rn. 132.

¹⁴⁶ Kaiser, Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?, AöR 2017, S. 417 (433).

¹⁴⁷ Lohse, Aktuelle Entwicklungen im Recht der EMRK, BayVBl 2023, S. 73 (85).

¹⁴⁸ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1126) Rn. 132.

¹⁴⁹ Hering, ZaöRV 2019, S. 241 (259).

¹⁵⁰ Ebd., S. 241 (257 f.).

¹⁵¹ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1126) Rn. 135.

¹⁵² Nettesheim in: HK-EMRK (Fn. 37), Einl. Rn. 26.

¹⁵³ Hering, ZaöRV 2019, S. 241 (260 f.).

¹⁵⁴ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1126) Rn. 132.

¹⁵⁵ Hering, ZaöRV 2019, S. 241 (261 f.).

¹⁵⁶ J. Nusser in: AusländerR (Fn. 48), Art. 8 Rn. 8.

¹⁵⁷ Walter, GG-Kommentar (Fn. 3), Art. 93 Rn. 176 f.

4. Konturierung der sog. Orientierungs- und Leitfunktion

Zusammengefasst fällt auf, dass die bisher in der deutschen Rechtsprechung eingesetzte sog. Orientierungs- und Leitfunktion eine Art Konturierung durch das Urteil des BVerfG und die hierbei gesetzten Maßstäbe erfahren hat.¹⁵⁸ Das Gericht selbst spricht hierbei davon, dass „die menschenrechtlichen Gehalte des jeweils in Rede stehenden völkerrechtlichen Vertrags [...] in einem „aktiven (Rezeptions-) Vorgang in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung ‚umgedacht‘ werden [müssen]“.¹⁵⁹ Es wurden somit neue Rezeptionsmaßstäbe durch das Urteil zum Beamtenstreikverbot gesetzt.

5. Kritik an der Methodik des BVerfG

Diese Technik wird jedoch in der Literatur teilweise stark kritisiert. Insbesondere wird die Auffassung vertreten, dass diese Vorgehensweise des BVerfG bei der Rezeption wenig völkerrechtsfreundlich ist. Die Entscheidung des BVerfG hält stark am Streikverbot als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums fest und betont im Zusammenhang damit auch den Verfassungsrang des Beamtenstreikverbots. Von dieser Position weicht das BVerfG auch nicht durch Auslegung und Heranziehung der EMRK oder der Rechtsprechung des EGMR ab. Daraus zeichnet sich folglich ein gewisser Vorrang des Grundgesetzes ab. Ebenso wird angebracht, dass das BVerfG eine Abgrenzung von GG und EMRK versucht. Somit strebt es keinen Versuch einer Harmonisierung zwischen GG und EMRK an und bezieht daher die EMRK und dessen EGMR-Rechtsprechung als Auslegungshilfe nicht mit ein, was erneut zu einer Ablehnung einer völkerrechtsfreundlichen Verfassungsauslegung führt.¹⁶⁰ Weiterhin wird argumentiert, dass durch die Aufwertung des Beamtenstreikverbots aus Art. 33 V GG gleichzeitig eine Abwertung der Koalitionsfreiheit erfolgt. Zudem erschwert das BVerfG durch seine Methodik etwaige Reformdiskussionen, wie es z.B. das BVerwG (s.o.) andenkt.¹⁶¹ Auch wird die bereits erwähnte Konturierung der Orientierungs- und Leitfunktion teilweise als eine Relativierung angesehen, mit welcher gesetzgeberische Spielräume unnötigerweise verengt werden.¹⁶² Es wird

schlussfolgernd auch das Risiko aufgezeigt, dass andere Konventionsstaaten sich auf die Darlegungen des BVerfG berufen und eine Nichtbefolgung von europäischen Gerichten damit rechtfertigen.¹⁶³

Auf der Gegenseite finden sich jedoch auch Rechtfertigungen und Befürworter. Das Mittel der Kontextualisierung wird hier als eine Sicherung des Kompetenzbereichs gesehen. Dieses Instrument wird sowohl seitens des EGMR genutzt und somit darf auch das BVerfG sich diese Methode zu Nutze machen. Um die vorherigen Entscheidungen, die innerhalb der deutschen Rechtsprechung und teilweise zu Ungunsten des Beamtenstreikverbots ergangen sind, zu entkräften, wird auf die fehlende Kontextualisierung und Fehlinterpretation dieser Urteile hingewiesen. Die deutschen Gerichte gingen mit der Entscheidung des EGMR wie mit einer des BGH oder BAG um.¹⁶⁴ Außerdem wird betont, auch wenn das BVerfG den EGMR durch sein Urteil in die Ecke drängt, dass es diesen immer deutlich als Gesprächspartner vor Augen hat und hofft, dass der EGMR die gesetzten Grenzen berücksichtigt.¹⁶⁵ Für eine völkerrechtsfreundliche Berücksichtigung spricht zudem auch die intensive Auseinandersetzung mit den EGMR-Judikaten.¹⁶⁶ Hinzu kommt, dass das BVerfG durch den Verweis auf Art. 46 EMRK die Bedeutung der Pflicht Entscheidungen des EGMR als Vertragspartei zu befolgen noch einmal hervorhebt. Diese Ausführungen in der Entscheidung des BVerfG können als völkerrechtsfreundlich interpretiert werden. Vor allem vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen, bei denen Verfassungsgerichte oder sogar Verfassungsänderungen anderer Mitgliedsstaaten der EMRK die Bindungswirkung des Art. 46 EMRK ganz aufheben oder einer Plausibilitätskontrolle unterwerfen, ist der Darlegung des BVerfG ein gewisser Stellenwert beizumessen.¹⁶⁷

F. Aktuelle Entwicklungen: das Urteil des EGMR vom 14.12.2023

Nachdem nun auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 12.6.2018 die Verfassungsbeschwerde ablehnte und mithin der innerstaatliche Rechtsweg ausgeschöpft war, wandten sich die verbeamteten Lehrkräfte mit einer Individualbeschwerde nun an den EGMR. Noch bis vor Kurzem stand die Entscheidung hierzu mit großer Erwartung aus, jedoch wurde am 14.12.2023

¹⁵⁸ Breuer in: EMRK-Kommentar (Fn. 33), Art. 46 Rn. 54; Hering, ZaöRV 2019, S. 241, (256 f.).

¹⁵⁹ BVerfG in: NVwZ 2018, S. 1121 (1126) Rn. 131.

¹⁶⁰ Hwang, Streikverbot für Beamte – sowohl verfassungs- als auch konventionsgemäß, KritV 2018, S. 376 (393 f.).

¹⁶¹ Jacobs/Payandeh, Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunität durch verfassungsrechtliche Petrifizierung, JZ 2019, S. 19 (26).

¹⁶² Jacobs/Payandeh, JZ 2019, S. 19 (26); Hering, ZaöRV 2019, S. 241 (265).

¹⁶³ Jacobs/Payandeh, JZ 2019, S. 19 (26).

¹⁶⁴ Lepsius, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 2019, S. 793 (799).

¹⁶⁵ Hering, ZaöRV 2019, S. 241 (269).

¹⁶⁶ Breuer, Karlsruhe und das Beamtenstreikverbot – Dialogangebot mit Dolche im Gewande?, <https://verfassungsblog.de/karlsruhe-und-das-beamtenstreikverbot-dialogangebot-mit-dolch-im-gewande/> [Stand: 14.8.2024].

¹⁶⁷ Lohse, BayVBl 2023, S. 73 (85).

das Urteil¹⁶⁸ zu der Sache beschlossen. Auch der EGMR entschied, entgegen den Erwartungen von manchen Teilen der Literatur, dass das deutsche statusbezogene Beamtenstreikverbot vereinbar mit Art. 11 EMRK ist.¹⁶⁹

Die Vorgehensweise des EGMR besteht zunächst darin klarzustellen, dass das Streikrecht als kollektiver und individueller Bestandteil des Art. 11 EMRK zu sehen ist, welches durch nationale Behörden auf Grundlage des Art. 11 II EMRK beschränkbar ist. Ein Streikverbot stellt somit eine Beschränkung dar, die durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt sein kann.¹⁷⁰ Entscheidende Gesichtspunkte bei dieser Abwägung sind die Umstände des Einzelfalls und daneben die Gesamtheit der vom Staat zur Sicherung der Koalitionsfreiheit ergriffenen Maßnahmen. Diese Rechtfertigung kann zunächst aus Art. 11 II 1 EMRK oder aus Art. 11 II 2 EMRK hervorgehen. Der EGMR berief sich hierbei auf Art. 11 II 1 EMRK.¹⁷¹ Somit umging er auch die Frage, ob verbeamtete Lehrkräfte zur Staatsverwaltung i.S.d. Art. 11 II 2 EMRK zuzuordnen sind.¹⁷² Im Ergebnis kommt das Gericht zu dem Entschluss, dass der Eingriff in das Koalitionsrecht gesetzlich vorgeschrieben war, ein legitimes Ziel verfolgte und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig scheint, um dieses Ziel zu erreichen. Durch Art. 33 V GG war das Verbot für die Lehrkräfte hinreichend vorhersehbar. Ebenso ist dieses Verbot aufgrund der Notwendigkeit eines funktionierenden Schulsystems essenziell und sichert zudem das in Art. 2 Nr. 1 EMRK geschützte Recht auf Bildung.¹⁷³ Neben diesen beiden Aspekten befasst sich der EGMR auch mit weiteren Mitteln, die die beruflichen Interessen von Gewerkschaften und ihren Mitgliedern in Deutschland schützen. Dabei stellt er fest, dass kein anderer Vertragsstaat ein vergleichbares Kompensationsniveau wie Deutschland besitzt.¹⁷⁴ Ein Beispiel hierfür ist u.a. der sich durch das Alimentationsprinzip ergebende einklagbare Anspruch auf angemessene Besoldung. Vor diesem Hintergrund und anknüpfend an die Argumentation des BVerfG (s.o.) sieht der Senat das deutsche Beamtenstreikverbot als gerechtfertigte Einschränkung in den Schutzbereich des Art. 11 I EMRK und folglich richtigerweise als vereinbar mit diesem.¹⁷⁵

Durch die Feststellung der Vereinbarkeit von Art. 33 V GG mit Art. 9 III GG und Art. 11 EMRK setzte der EGMR mit diesem

Urteil dem viel diskutierten Streikverbot für Beamte in Deutschland ein Ende.

G. Fazit

Sowohl das BVerwG als auch das BVerfG haben sich in ihren Urteilen mit der Frage, ob das deutsche beamtenrechtliche Streikverbot konventionskonform ist, eingehend auseinandergesetzt. Hierbei standen sowohl die EMRK als auch die Rechtsprechung des EGMR im Vordergrund. Die Entscheidung des BVerwG lehnte die Vereinbarkeit des Streikverbots mit Art. 11 der EMRK als konventionswidrig ab. Das Gericht sah sich hierbei jedoch nicht in der Position diese Kollision aufzulösen und folgerte daraus, dass es vor dem Hintergrund des Art. 33 V GG Aufgabe des Gesetzgebers ist, einen Lösungsweg mittels praktischer Konkordanz zu erarbeiten. Das daraufhin vier Jahre später erfolgte Urteil des BVerfG kam zu einem anderen Ergebnis. Das Beamtenstreikverbot und Art. 11 EMRK stehen in keinem Konflikt zueinander, insbesondere nicht angesichts der Ausformung der Rechtsprechung des EGMR. Diese Auffassung bestätigte der EGMR in seinem Urteil vom 14.12.2023 noch einmal. Er stellt klar, dass das deutsche Beamtenstreikverbot aus Art. 33 V GG keine Verletzung des Art. 11 EMRK darstellt und dieses folglich konventionskonform ist. Vor allem im Hinblick auf die Begründung des EGMR ist die Entscheidung gut nachvollziehbar. Denn Deutschland hat ein vergleichsweise einzigartiges Kompensationsniveau zum wirksamen Schutz der Interessenvertretung der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder. Dies stellt auch den Unterschied zu den eingangs dargestellten Entscheidungen gegen die Türkei dar. Zudem ist es richtig und wichtig, dass der EGMR auch die Notwendigkeit eines funktionierenden Bildungswesens, ebenso wie das BVerfG, in seiner Argumentation vertritt. Zusammenfassend betrachtet ist es dennoch auch geboten, dass das Urteil des EGMR keinen Stillstand bedeutet und auf anderem Wege, so wie das BVerwG es andeutete, Beamten mehr gewerkschaftliche Beteiligung eingeräumt wird.¹⁷⁶

Neben der Diskussion über die Vereinbarkeit des Streikverbots für Beamte mit Art. 11 EMRK, beinhaltet insbesondere die Entscheidung des BVerfG darüber hinaus neue Maßstäbe im Hinblick auf die Rezeption von Urteilen des EGMR. Das

¹⁶⁸ EGMR (GK), E.v. 14.12.2023 – 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, Humpert u.a./Deutschland.

¹⁶⁹ *Lorse*, ZBR 2024, S. 75 (75).

¹⁷⁰ EGMR (GK), E.v. 14.12.2023 – 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, Humpert u.a./Deutschland, Rn. 102.

¹⁷¹ *Ebd.*, Rn. 114.

¹⁷² *Lorse*, ZBR 2024, S. 75 (76 f).

¹⁷³ EGMR (GK), E.v. 14.12.2023 – 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, Humpert u.a./Deutschland, Rn. 116 ff.

¹⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 131.

¹⁷⁵ *Ebd.*, Rn. 134.

¹⁷⁶ *Lorse*, ZBR 2024, S. 75 (83).

BVerfG knüpft an die bisherige Umsetzung von Entscheidungen, die jenseits der einzelfallbezogenen Bindungswirkung von Art. 46 I EMRK besteht, an und akzentuiert und konturiert vor allem die sog. Leit- und Orientierungsfunktion dieser Urteile teilweise neu. Zudem wird der Beurteilungsspielraum für deutsche Gerichte im Hinblick auf die Auslegung der Konvention weiterentwickelt. Im Kontext völkerrechtsfreundlicher Auslegung kommt der Entscheidung des BVerfG zum Streikverbot somit eine maßgebliche Signifikanz zu, die jedoch auch Anreiz für Diskussionen innerhalb der Literatur bietet. Vor allem wird die Frage nach der Völkerrechtsfreundlichkeit dieser Auslegung des BVerfG angebracht. Es ist richtig, dass die Konturierung der Leit- und Orientierungsfunktion der Urteile gewisse Grenzen setzt. Dennoch ist eine Kontextualisierung, die schwerpunktmäßig die Methodik des BVerfG ausmacht, nicht so negativ zu sehen wie teilweise angenommen. Das wird auch durch das neue Urteil des EGMR zum Beamtenstreikverbot

deutlich. Neben einer inhaltlichen Zustimmung, dass das Beamtenstreikverbot konventionskonform ist, nutzt der EGMR die viel diskutierte Vorgehensweise der Kontextualisierung in diesem Urteil signifikant ähnlich wie im Urteil des BVerfG.¹⁷⁷ Gerade eine genaue Interpretation und eine kontextualisierte Übernahme anderer Urteile ist besonders maßgeblich bei einer guten Auslegung. Das BVerfG hat zudem die EMRK und die EGMR-Rechtsprechung immer deutlich vor Augen und setzte sich durch Verweise auf EGMR-Judikate (auch andere als nur die Türkei betreffenden Urteile) auch intensiv mit diesen auseinander. Diese Vorgehensweise spricht somit für eine Völkerrechtsfreundlichkeit der Rezeption des BVerfG.

Es bleibt nun zu beobachten, wie sich die weiteren Entwicklungen auf nationaler Ebene gestalten werden. Auch im völkerrechtlichen Kontext sind die Auswirkungen des Urteils des EGMR in zukünftigen Entscheidungen, insbesondere im Hinblick auf andere Konventionsstaaten, abzuwarten.

¹⁷⁷ Ebd., S. 75 (79).

Niklas Braun: Influencermarketing nach der UGP-Richtlinie, § 5a IV UWG und BGH

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars im Immaterialgüterrecht bei Prof. Dr. Ruth Janal, LL.M. (Lehrstuhl Zivilrecht VIII – Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht) entstanden. Der Autor ist studentische Hilfskraft bei A&O Shearman. Diese Arbeit steht nicht in Zusammenhang mit seiner dortigen Tätigkeit und repräsentiert ausschließlich seine persönlichen Ansichten.

A. Einleitung

„Vertrauen ist die Währung, in der gezahlt wird“¹, meinte Angela Merkel über das Bankensystem und hätte genauso gut Influencermarketing beschreiben können. Influencer*innen sind bekannte und einflussreiche Social-Media-Persönlichkeiten. Als Werbeträger*innen platzieren sie Kaufempfehlungen in ihren Posts und wirken – offenkundig oder verdeckt – auf das Konsumverhalten ihrer Follower*innen ein.²

Das Geheimnis ihrer Wirksamkeit? Subversion und Spezifität. Die Überzeugungskraft eines Werbeträgers hängt ab von seiner Expertise, Attraktivität und Vertrauenswürdigkeit.³ Influencer*innen brillieren in allen drei Kategorien: Als digitale Meinungsführer*innen strahlen sie Fachwissen aus und alternieren ihre perfekte Inszenierung allenfalls mit handverlesenen „candid moments“. Die Kaufempfehlungen dieser nahbaren Idole erreichen ihr Publikum wie Ratschläge von guten Freunden*innen und entziehen sich der üblichen Werbeskepsis.

Deshalb ordnen sich die unbedarften digitalen Freunde auch durch Abos und Likes freiwillig in Käufergruppen ein.⁴ Die hohe Zielgruppenspezifität und geringe Streuwirkung garantieren Influencerkampagnen einen hervorragenden ROI von 5,20–6,50 \$.⁵ Daher setzen bereits 85 % der Marketer*innen auf Influencer*innen und das hierauf allokierte Werbebudget pro Internetnutzer*in verdreifachte sich allein in den letzten fünf Jahren.⁶

Damit machen Influencer*innen Authentizität und persönliche Bindung zur kommerziellen Strategie. Vertrauen ist allerdings eine volatile Währung. Sobald Follower*innen die werblichen Intentionen enttarnen, drohen schnell Relevanzverlust, Shitstorms und Argwohn.⁷ Kennzeichnungspflichten für kommerzielle Influencerposts müssen daher eine delikate Balance wahren, denn der Schutz vor Manipulation riskiert zugleich das Geschäftsmodell eines ganzen Berufszweiges.

Seit 2017 beschäftigt dieses Dilemma auch die Rechtsprechung. Wettbewerbsverbände verklagen zumeist Influencer*innen wegen Schleichwerbung nach § 5a IV UWG.⁸ Die einstige Fallgruppe der Sittenwidrigkeitsgeneralklausel⁹ wurde 2004 erstmals zum eigenen Tatbestand¹⁰ und fügt sich in ein enges Geflecht aus europäischem und deutschem Lauterkeits- und Medienrecht.

Diese komplexe Regelungslage weckte schon bald Rufe nach höchstrichterlicher Klärung. Während anhängige Revisionen ein Grundsatzurteil des BGH in Kürze erwarten ließen, beschloss der Bundestag bereits weitreichende Änderungen des § 5a IV UWG.¹¹ Der BGH urteilte im Anschluss zwar noch zur alten Rechtslage, musste aber die bald in Kraft tretende Novelle bereits im Blick behalten.¹²

Das Ergebnis dieses juristischen Spagats ist auf seine jeweiligen Anknüpfungspunkte und deren Übertragbarkeit auf die neue Rechtslage zu prüfen. Nach Entzerrung der unions- und medienrechtlichen Gemengelage will die vorliegende Arbeit daher die Influencerrechtsprechung und UWG-Novelle synthetisieren, um den lauterkeitsrechtlichen Status quo des Influencermarketings zu erarbeiten. Im Fokus steht die

¹ BT-Plenarprotokoll 16/181, S. 19324.

² Glöckner, Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, NJW 2021, S. 3427, Rn. 3; Legaldefinitionen und Trennschärfe in Grenzfällen fehlt noch, vgl. Schaub, Influencer und Lauterkeitsrecht – de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2021, S. 1358 (1359); Fries, Influencer Marketing, 2019, S. 5; Terhaag/Schwarz, Influencer-Marketing: Rechtshandbuch, 2021, S. 11.

³ Source Credibility Theory, vgl. Low/Chee/Zhou in The dynamics of Influencer Marketing, 2023, S. 63.

⁴ Maatz, Influencer Marketing, 2021, S. 33.

⁵ ROI = Return on Investment; Olmsted/Kim in The dynamics of Influencer Marketing (Fn. 3), S. 103.

⁶ Influencer Marketing Hub, State of Influencer Marketing 2024, S. 10 u. 13.

⁷ Maatz (Fn. 4), S. 42.

⁸ Will, Werbung durch Influencer, UFITA 1/2021, 137 (144); Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1361).

⁹ § 1 UWG a. F.; Vgl. nur BGH, GRUR 1995, 744 – Feuer, Eis & Dynamit I und OLG Braunschweig, BeckRS 2014, 5347, Rn. 30 (juris).

¹⁰ Erstmals § 4 Nr. 3 UWG (vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 17); später § 5a VI bzw. § 5a IV.

¹¹ Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (BGBl. I, S. 3505); BT-Drs. 19/27873, S. 2, 21f. u. 31ff.

¹² Ohly, Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG im Überblick, GRUR 2022, 763 (764); Schaub, Kennzeichnungspflichtige Gegenleistungen beim Influencer-Marketing, NJW 2022, S. 2510, Rn. 2.

Kennzeichnungspflicht von Influencer*innen nach § 5a IV UWG für Bildposts auf Instagram.¹³

Influencermarketing im Sinne dieser Arbeit beschreibt die Kooperation zwischen Influencer*innen und dritten Unternehmen, die ihr Unternehmen bzw. ihre Waren oder Dienstleistungen auf dem Influenceraccount zur Schau stellen wollen.¹⁴

B. UGP-Richtlinie und sonstiges Sekundärrecht im Influencermarketing

Angesichts der nationalen Turbulenzen überrascht ein Blick in das Unionsrecht: Die Kennzeichnung kommerzieller Zwecke ist seit 2005 von Art. 7 II Alt. 3 UGP-RL¹⁵ geregelt. Diese vollharmonisierende¹⁶ Norm sollte grundsätzlich keinen Raum lassen für mitgliedstaatliche Meinungsstreitigkeiten. Dies gilt aber nur, soweit ihr Anwendungsbereich tatsächlich eröffnet ist, d. h. insbesondere eine Geschäftspraktik vorliegt.

I. Förderung des eigenen Unternehmens

Die Geschäftspraktik i. S. d. Art. 2 lit. d) UGP-RL erfasst zunächst Verhaltensweisen eines Unternehmers, die unmittelbar mit der Förderung des Absatzes, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen.

1. Influencer als Unternehmer

Unternehmer i. S. d. Art. 2 lit. b) UGP-RL üben eine gewerbliche, handwerkliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit aus. Als wettbewerbsrechtliches Gegenstück zum Verbraucher¹⁷ vertreiben sie selbstständig, planmäßig und auf eine gewisse Dauer angelegt ihre entgeltlichen Leistungen am Markt.¹⁸

Influencer*innen verkaufen regelmäßig Waren in ihren Online-Shops oder erbringen Dienstleistungen wie Coaching, Training oder Werbung für Dritte.¹⁹ Hierdurch werden ca. 78 % der Influencer*innen gewerblich tätig und sind Unternehmer.²⁰

¹³ Diese stellen den Schwerpunkt von Rspr. und Lit. dar (Kategorie 1 nach *Fries* (Fn. 2), S. 76); videozentrierte Influencer unterliegen abweichendem Medienrecht der AVMD-RL.

¹⁴ *Maatz* (Fn. 4), S. 107; *Fries* (Fn. 2), S. 4.

¹⁵ RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

¹⁶ ErwGr. 14 S. 5, 15 S. 3 UGP-RL; *Wuttke*, Rechtsfragen des Influencer-Marketings, 2022, S. 99.

¹⁷ *EuGH*, GRUR 2013, 1159 – BKK Mobil, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, Rn. 32 f.

¹⁸ Siehe *EuGH*, GRUR 2018, S. 1154 – Kamenova, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, Rn. 38 und *Willems*, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, S. 707 (708 f.) für Indizien der Gewerblichkeit.

¹⁹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 (1405) – Influencer I, Rn. 36 f. m. w. N.; *Willems*, MMR 2018, S. 707 (708).

²⁰ *Kommission*, Ergebnisse einer Überprüfung („Sweep“) von Posts in den sozialen Medien,

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_24_708/IP_24_708_DE.pdf [Stand: 7.9.2024], S. 1.

²¹ *Wuttke* (Fn. 16), S. 102 f.

²² *BGH*, GRUR 2021, 1400 – Influencer I, Rn. 63; *Ohly*, GRUR 2022, 763 (765); *Alexander* in BeckOK UWG, 23. Auflage 2024, § 2 Rn. 52.

²³ *EuGH*, GRUR 2013, 1177 – RLvS, C-391/12, ECLI:EU:C:2013:669, Rn. 38; BT-Drs. 19/27873, S. 34; *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 63.

2. Förderung von Absatz, Verkauf oder Lieferung an Verbraucher

Vertreiben Influencer*innen eigene Waren und Dienstleistungen an Verbraucher, fördern werbende Instagramposts diesen B2C-Absatz und stellen eine Geschäftspraxis dar.²¹

Im Influencermarketing bieten Influencer*innen jedoch Werbedienstleistungen für dritte Unternehmen an. Dem/Der Influencer*in fehlt damit eine eigene Leistung, deren Absatz sie gegenüber Verbrauchern fördern könnten. Werbedienstleistungen gehören somit dem B2B-Verhältnis an, stellen keine Geschäftspraxis dar und unterfallen grundsätzlich nicht der UGP-RL.²²

II. Förderung eines fremden Unternehmens

Mit der Kooperation will das dritte Unternehmen jedoch Geschäfte mit Instagramnutzer*innen anbahnen, die dem/der Influencer*in folgen. Diese sind regelmäßig Verbraucher, sodass Influencerposts den B2C-Absatz des dargestellten Unternehmens fördern. Solche Dreieckskonstellationen (sog. Fremdförderungen) erfasst die UGP-RL ihrem Wortlaut nach nur, wenn der/die Influencer*in im Auftrag oder Namen des Dritten handelt (Art. 2 lit. b) UGP-RL) und beide Beteiligte Unternehmer sind.²³

1. Influencer im Auftrag Dritter

Die UGP-RL enthält keine Definition für „Auftrag“, sodass die jeweiligen Sprachfassungen der Mitgliedstaaten von besonderer Bedeutung sind. Der deutsche Wortlaut erinnert zunächst an den Auftrag nach § 662 BGB. Die englischen und französischen Fassungen deuten mit „on behalf of“ bzw. „pour le compte de“ (im Auftrag/für Rechnung von) auf Konstellationen der mittelbaren Stellvertretung. Diese ist über § 675 BGB auch vom Auftragsrecht der §§ 662 ff. BGB

erfasst,²⁴ sodass der gemeinsame Nenner aller Sprachfassungen die mittelbare Stellvertretung ist. Dies entspräche auch dem Telos der Norm: wenn Verbraucher ausschließlich mit dem selbstständig handelnden Vertreter kontrahieren, soll dieser ebenso den Anforderungen der UGP-RL unterliegen wie der Vertretene.²⁵

Influencer*innen schließen jedoch (im Regelfall)²⁶ keine Verträge für Rechnung des beworbenen Unternehmens und handeln damit nicht in dessen Auftrag.

2. Influencer im Namen Dritter

Das Handeln im Namen eines Dritten (engl. „*in the name of*“/ franz. „*au nom de*“) betrifft direkte Stellvertretung, die Influencer ebenso wenig anbieten.

3. Notwendigkeit der engen Auslegung?

Demnach unterfiele Influencermarketing nicht der UGP-RL, obgleich Influencer*innen gerade das Kaufverhalten von Verbrauchern beeinflussen sollen.

Diese enge Ansicht geht zurück auf ein Urteil des EuGH²⁷, der feststellte, dass die UGP-RL einer presserechtlichen Norm nicht entgegensteht, die Verlage zur Kennzeichnung von entgeltlichen Anzeigen zwingt, falls sie hierfür ein Entgelt von Dritten erlangt hatten. Der EuGH verneinte zwar die Anwendbarkeit der UGP-RL auf diese Dreieckskonstellation, betonte jedoch, dass sich seine Wertungen nur auf das spezielle Verhältnis zwischen zwei Verlagen beziehen und nur die verlegerische Tätigkeit als solche betreffen. Die besagte Norm erfasste ausschließlich die Pressefreiheit und nicht die Lauterkeit des Wettbewerbs.²⁸ Das Verhältnis von Verlag zu Verbrauchern blieb gänzlich offen. Es ist daher – entgegen den zahlreichen Bekundungen der Literatur und nationalen Rechtsprechung – nicht geklärt, ob die Fremdförderung prinzipiell in den Anwendungsbereich der UGP-RL fallen kann.²⁹

Vielmehr ist festzustellen, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale der Geschäftspraxis gegeben sind. Diese erfordert nur die Handlung eines Unternehmers, die das Verbraucherverhalten beeinflusst und eine Absatzförderung bewirkt (Art. 2 lit. b), d)). Unternehmer müssen hierbei zwar im Rahmen „*ihrer*“ gewerblichen Tätigkeit handeln, aber nur den – und gerade nicht „*ihren*“ – Absatz fördern (Art. 2 lit. d)).³⁰ Indem Influencer*innen gewerblich ihre Werbedienstleistungen anbieten und Verbraucher zum Kauf beim Drittunternehmen anregen, sind die ermittelten Kriterien erfüllt, eine Geschäftspraxis gegeben und die UGP-RL anzuwenden.

Dem stünde auch der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Handlung und Absatzförderung nicht entgegen.³¹ Dieser grenzt lediglich die Beeinflussung geschäftlicher Entscheidungen bzw. die Verletzung von Verbraucherinteressen von sonstigen Zwecken ab (ErwGr. 6 S. 1, 7 S. 1). Für beide Kriterien macht es keinen Unterschied, zu wessen Gunsten der Verbraucher irreführt wird. Maßgeblich ist somit die Unmittelbarkeit zum Geschäftsabschluss mit dem Beworbenen, der sich sonst durch die Delegation einer Haftung entziehen könnte.³² Die UGP-RL will damit nur Handlungen ausschließen, die „*lediglich*“ Mitbewerber betreffen (ErwGr. 6 S. 3) und Verbraucher nicht schädigen.³³ Das Gegenteil trifft auf Influencer*innen zu.

Dennoch regelt die UGP-RL nur das Handeln im Auftrag oder Namen Dritter. Im Umkehrschluss leitet der EuGH ab, dass sonstige Konstellationen der Fremdförderung gerade nicht erfasst seien. Dies verkennt aber die unterschiedlichen Funktionen der Merkmale „*im Namen oder Auftrag*“ und der Fremdförderung. Letztere begründet nicht die Unternehmereigenschaft oder weitet Pflichten aus (anders B.II.1). Vielmehr stellt sie lediglich eine Modalität der B2C-Verhaltensweisen von Unternehmern dar, die auch Influencer*innen, wie gezeigt, vornehmen können. Auch die Kommission geht dementsprechend davon aus, dass Werbung auf Blogs zugunsten Dritter der UGP-RL unterfällt.³⁴ Letztlich ist eine vergleichbare Dreieckskonstellation auch in

²⁴ Bähr in MüKo UWG, 3. Auflage 2021, § 2 Rn. 17.

²⁵ Köhler in Köhler UWG, 42. Auflage 2024, § 2 Rn. 8.8; Sosnitza in Ohly/Sosnitza UWG, 6. Auflage 2024, § 2 Rn. 100.

²⁶ Höving, Das Vertriebsrecht und Social Media: (Wann) sind Influencer Handelsvertreter?, ZVertriebsR 2023, S. 158 (162 f.) für seltene Einordnung als Handelsvertreter bei Affiliate Link bei konkreter Vermittlung eines Einzelabschlusses.

²⁷ Siehe Fn. 23.

²⁸ EuGH, GRUR 2013, 1177 – RLvS, Rn. 16, 31.

²⁹ Alexander in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 53.

³⁰ Fehlendes Possessivpronomen setzt sich in den anderen Sprachfassungen fort („*his trade*“/“*sale or supply of a product*“ bzw. „*dans le cadre de son activité*“/“*la vente [...] d'un produit*“).

³¹ A. A. Wuttke (Fn. 16), S. 101 f.

³² Namysłowska in MüKo UWG (Rn. 24), Art. 3 UGP-RL, Rn. 15.

³³ Ebd., Rn. 16; EuGH, GRUR 2011, S. 76 – Mediaprint, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660, Rn. 21.

³⁴ SEK [2009] 1666 vom 3.12.2009, zit. nach Alexander, Kommentar zu EuGH 17.10.2013, RLvS Verlagsgesellschaft/Stuttgarter Wochenblatt, WRP 2013, S. 1577 (1578), Rn. 9; später auch in Leitlinien der Kommission C526/2021/01, S. 98 explizit zu Influencer*innen.

Anhang I, Nr. 11 UGP-RL geregelt und somit nicht pauschal von der UGP-RL ausschließbar.

Die Freistellung des Influencermarketings von der UGP-RL kann demnach nicht überzeugen. Angezeigt wäre eine Vorlage an den EuGH³⁵, zu der sich der BGH in den Influencer-Urteilen nach der *acte-clair/éclairé*-Doktrin leider nicht veranlasst sah.³⁶

III. Sonstiges Sekundärrecht

Neben der UGP-RL enthält Art. 6 lit. a) eCommerce-RL weitere Kennzeichnungspflichten.³⁷ Sie finden Anwendung auf Dienste der Informationsgesellschaft³⁸, insbesondere die wirtschaftliche Nutzung des Internets gegen Entgelt.³⁹ Dieses Entgelt muss nicht direkt vom Nutzer des Dienstes (z. B. Instagramnutzer) entrichtet werden (vgl. ErwGr. 18 S. 4). Damit ist auch Werbung von Influencer*innen gegenüber Nutzern erfasst, die nur vom beworbenen Unternehmen oder Dritten (etwa die Plattform selbst) vergütet werden.⁴⁰ Der Begriff der kommerziellen Kommunikation (Art. 2 lit. f eCommerce-RL) überschreitet insoweit den Anwendungsbereich der UGP-RL und beinhaltet auch reine B2B-Konstellationen und die ausschließliche Fremdförderung.⁴¹

IV. Zwischenfazit: mitgliedstaatlicher Spielraum

Die UGP-RL betrifft Influencer*innen nach derzeit einhelliger, aber abzulehnender Ansicht nur, wenn sie eigene Waren oder Dienstleistungen an Verbraucher vertreiben. Im klassischen Influencermarketing ist sie mangels Anwendbarkeit auf Fremdförderungen keine Determinante.

Stattdessen greift Art. 6 lit. a) eCommerce-RL für alle Praktiken des Influencermarketings, weshalb die Mitgliedstaaten individuelle und strengere Vorschriften erlassen dürfen.

C. § 5a IV UWG und das nationale (Tele)Medienrecht

Die unionsrechtliche Trennung zwischen Eigen- und Fremdförderung setzt sich im nationalen Recht nicht fort. Vielmehr vereinen §§ 5a IV, 2 I Nr. 2 UWG beide Varianten.⁴² Die divergierenden unionsrechtlichen Hintergründe aus UGP- und eCommerce-RL zwingen allerdings zu einer gespaltenen Auslegung und riskieren Wertungswidersprüche bei kumulativer Anwendung.⁴³ Hinzu kommt konkurrierendes deutsches (Tele)Medienrecht:

I. Anwendbares Recht

Das Bereithalten eines Instagram-Profiles macht Influencer*innen regelmäßig zu Anbietern von Telemedien.⁴⁴ Für deren kommerzielle Kommunikation enthalten § 6 I 1 Telemediengesetz (TMG) und § 22 I 1 Medienstaatsvertrag (MStV)⁴⁵ besondere Kennzeichnungspflichten.

II. Konkurrenzkonzeptionen von BGH und Gesetzgeber

Für deren Zusammentreffen mit § 5a IV UWG bieten BGH (zur früheren Rechtslage) und die UWG-Novelle unterschiedliche Lösungsansätze.

Der Gesetzgeber will die Überschneidung von TMG, MStV und UWG mit § 1 II UWG lösen. Dieser setze Art. 3 IV UGP-RL um, der das Verhältnis der unionsrechtlich verankerten MStV und TMG zum UWG nun auch national regle.⁴⁶

Angesichts der eingeschränkten Anwendbarkeit der UGP-RL stützt sich der BGH nicht auf Art. 3 IV UGP-RL.⁴⁷ TMG und MStV seien vielmehr nach ihrem Sinn und Zweck und kraft nationalen Gesetzgeberwillens als abschließende bereichsspezifische Regelungen konzipiert. Das UWG

³⁵ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1360); *Münker*, Influencer-Marketing – wer schafft nun Rechtssicherheit: der BGH oder der Gesetzgeber?, ZVertriebsR, 2021, S. 273 (274).

³⁶ *BGH*, GRUR 2021, 1400 – Influencer, Rn. 131; GRUR 2021, 1414 – Influencer II, Rn. 83.

³⁷ Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; *Wutke* (Fn. 16), S. 97 f.; hingegen erfassen Art. 9 I lit. a), 1 I lit. h) AVMD-RL nur bewegte Bilder, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 576.

³⁸ Art. 2 lit. a) eCommerce-RL i. V. m. Art. 1 Nr. 2 RL 98/48/EG.

³⁹ Zu § 2 S. 1 Nr. 1 TMG siehe *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 (1419) – Influencer II, Rn. 51.

⁴⁰ Vgl. *EuGH*, GRUR 2017, S. 627 – Vanderborght, ECLI:EU:C:2017:335, C-339/15, Rn. 37; GRUR 2016, S. 1147 – McFadden, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, Rn. 41 f.

⁴¹ Für kommerzielle Kommunikation im B2C-Bereich ist die Geschäftspraxis weiter, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 48.

⁴² BT-Drs. 18/4535, S. 16; *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 70.

⁴³ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1359).

⁴⁴ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 105 ff.; *Alexander*; ZUM, 2022 S. 77 (82).

⁴⁵ Medienstaatsvertrag in der Fassung des Vierten Staatsvertrags zur Änderung medienrechtlicher Staatsverträge, in Kraft seit 1.1.2024; erfasst anders als AVMD-RL auch nichtbewegte Bilder.

⁴⁶ BT-Drs. 19/27873, S. 31 f.; kritisch mangels Umsetzungsbedarf *Alexander*, Grundlagen, Auslegung und Auswirkungen des § 1 II UWG n. F., WRP 2022, S. 394, Rn. 28 f.; *Rauer/Kempf*, WRP 2022, 817, Rn. 42 ff. sowie *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (764 f.).

⁴⁷ *BGH*, GRUR 2021, 1414 – Influencer II, Rn. 57.

integriere sie als Marktverhaltensnormen mittels §§ 5a, 5b IV UWG i. V. m. § 6 I Nr. 1 TMG⁴⁸ und § 3a UWG i. V. m. § 22 I 1 MStV⁴⁹. Eine Umgehung dieser spezielleren Tatbestände verbiete sich systematisch, sodass § 5a IV UWG im Einzelfall korrigierend auszulegen sei.⁵⁰

Der BGH sieht somit ein UWG-internes Konkurrenzproblem und greift zu dessen Lösung auf st. Rspr. zurück.⁵¹ Dieses lang etablierte Fundament machte die Einführung des § 1 II UWG (schon vor den klarstellenden Influencerurteilen) redundant. Obwohl §§ 3a, 5a UWG i. V. m. MStV/TMG weiterhin anwendbar bleiben sollen,⁵² erfasst § 1 II UWG nach seinem Wortlaut keine internen Konkurrenzen.⁵³ Die ohnehin redundante Novelle verfehlt also zusätzlich ihr ausgeschriebenes Ziel. Weiterhin bleibt die Unionsrechtskonformität höchst fraglich, wenn etwa nationalen Spezialregeln der Vorrang vor harmonisiertem Recht zugestanden wird.⁵⁴

Im Ergebnis räumen allerdings beide Ansätze dem spezielleren Recht den Vorrang ein und lassen das UWG im Grundsatz anwendbar.⁵⁵

III. Zwischenfazit: Relativierung von § 5a IV UWG

Obleich Art. 6 lit. a) eCommerce-RL nur mindestharmonisiert, erlangen die Umsetzungen in TMG und MStV kraft Gesetzgeberwillens einen abschließenden Charakter. Die dort enthaltenen besonderen Pflichten und Privilegierungen dürfen vom allgemeineren § 5a IV UWG nicht unterlaufen werden.

Im Ergebnis ist damit § 5a IV UWG auf das Influencermarketing anwendbar und nicht unionsrechtlich determiniert, aber national durch TMG und MStV eingeschränkt.⁵⁶

D. Kenntlichmachung der Förderung fremder Unternehmen

Influencer*innen kommerzialisieren ihre Reichweite, indem sie gegen Entgelt Aufmerksamkeit für kooperierende Unternehmen generieren. Verträge sehen i. d. R. ein Kontingent abstrakt umschriebener Posts vor, die sukzessive in den Instagramkanal eingestreut werden.⁵⁷ Meist zeigen Influencer*innen die beworbenen Waren (z. B. Kosmetika, Kleidung, Sportartikel, Technik) oder Dienstleistungen (etwa Hotels, Coaching oder Finanzprodukte) und taggen deren Anbieter*innen im Bild.⁵⁸

I. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 Hs. 1 Alt. 1 UWG)

Ein solcher Post unterfällt nur dem Lauterkeitsrecht und dessen Kennzeichnungspflichten, wenn er objektiv-funktional und unmittelbar mit der Förderung des fremden Unternehmens zusammenhängt. Die vorrangige Verfolgung anderer Zwecke bei bloß reflexartiger Förderung eines Unternehmens stellt keine geschäftliche Handlung dar.⁵⁹ Zu differenzieren ist hierbei, ob der/die Influencer*in eine Gegenleistung für den einzelnen Post erhielt:

1. Posts mit Gegenleistung

Häufig erhalten Influencer*innen für ihre Posts Vergütungen, Provisionen, Reisen oder die kostenlose Überlassung von Produkten und Equipment.⁶⁰ Dies qualifiziert den Post in den Augen der Rspr. ohne Weiteres als fremdfördernde geschäftliche Handlung.⁶¹

Eine dogmatische Begründung ist damit allerdings nicht geliefert. Die vom BGH zitierten Instanzurteile⁶² verweisen allesamt auf dasselbe Urteil des OLG Celle.⁶³ Dieses

⁴⁸ Damals § 3a, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer I, Rn. 72; über § 5a I a. F. (=§ 5a I, 5b IV n. F.) seit *BGH*, GRUR 2022, S. 930 – Knuspermüli II, Rn. 23 ff.

⁴⁹ *Ritlewski* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 5a Rn. 198.

⁵⁰ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 58 ff. u. 71; *Alexander*, Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen, ZUM 2022, S. 77 (82).

⁵¹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 59 m. w. N.; a. A. *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (764) vermutet Vorausschau des BGH auf Novelle aber verkennt st. Rspr.

⁵² BT-Drs. 19/27873, S. 32 f.

⁵³ *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 9.

⁵⁴ Detailliert *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 30 ff.; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1363).

⁵⁵ *Alexander*, WRP 2022, S. 394, Rn. 65; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1363); *Büscher*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), WRP 2022, S. 1, Rn. 17 u. 20.

⁵⁶ *Wuttke* (Fn. 16), S. 257 u. 278.

⁵⁷ *Rauer/Kempff*, Influencer-Marketing - Rechtsprechung, Gesetzgebung und Vertragspraxis, WRP 2022, S. 817, Rn. 62.

⁵⁸ *Glöckner*, NJW 2021, S. 3427, Rn. 10.

⁵⁹ Etwa private, redaktionelle, weltanschauliche, wissenschaftliche Zwecke (vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 21 und *BGH*, GRUR 2016, S. 710 – Im Immobiliensumpf, Rn. 12); *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 140 ff.

⁶⁰ BT-Drs. 19/27873, S. 34.

⁶¹ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 50 m. w. N.

⁶² Ebd.

⁶³ *OLG Celle*, GRUR 2017, S. 1158 – Hashtag #ad, Rn. 7.

beschäftigte sich ausschließlich mit der geschäftlichen Handlung des werbenden Herstellers. Eine Aussage zu den Influencer*innen selbst trifft das Urteil jedoch nicht.⁶⁴ Dass eine Gegenleistung stets die Fremdförderung indiziere, lässt sich auch nicht dem bewusst negativ formulierten § 5a IV 2 UWG entnehmen.⁶⁵

Nötig ist stattdessen eine Gesamtbetrachtung:⁶⁶ mit Erwartung oder Erhalt einer Gegenleistung wechseln Influencer*innen von einfachen Plattformnutzer*innen auf die unternehmerische Marktseite. Sie ordnen sich der kommerziellen Strategie eines Dritten unter,⁶⁷ womit der Absatz des Dritten gleichzeitig im Influencerinteresse liegt. Der Wert der Gegenleistung ist hierfür nicht entscheidend, sodass schon Ohrringe oder gar eBooks genügen sollen.⁶⁸

Diese Differenzierung schafft nötige Flexibilität für die Verneinung einer Fremdförderung, wenn Influencer*innen trotz Gegenleistung z. B. ein Produkt kritisieren dürfen oder große Freiräume bei der Darstellung haben.⁶⁹ Die beschriebene Unterordnung in die kommerzielle Strategie des Dritten ist dann regelmäßig schwach ausgeprägt, sodass Werbekennzeichnungen unangebracht erscheinen.

2. Posts ohne Gegenleistung nur bei werblichem Überschuss

Fehlt eine Gegenleistung gänzlich, spricht nach diesen Kriterien zunächst wenig für eine Fremdförderung. Häufiger sind solche Posts motiviert von echter Produktbegeisterung und dienen als Update oder Tipp für die Follower*innen.⁷⁰ Damit treten die Pressefreiheit des/der Influencer*in (Art. 5 I 2 GG) und das Informationsinteresse der Plattformnutzer*innen in den Vordergrund.⁷¹

Der BGH erkennt diese Informations- und Unterhaltungsfunktion der sozialen Medien. Die Abgrenzung der Absatzförderung von sonstigen Zielen erfolgt daher nach presserechtlichen Grundsätzen.⁷² Demzufolge liegt im Ausgangspunkt keine geschäftliche Handlung vor, außer der Beitrag enthält einen sogenannten werblichen Überschuss. Darstellungen wirken in diesem Sinne über das erforderliche Maß hinaus werblich, wenn sie keine kritische Distanz erkennen lassen, ein Produkt übertrieben anpreisen oder dieses direkt vermitteln.⁷³

Letzteres ergebe sich auf Instagram aus verlinkenden Tap-Tags. Diese erscheinen beim ersten Klick auf einen Bildbeitrag und leiten Nutzer beim zweiten Klick auf die Onlinepräsenz des markierten Unternehmens weiter.⁷⁴ Nur wenn die Verlinkung in erkennbarem Kontext zu Bild/Text und einem dortigen redaktionellen Inhalt steht, sei der Gesamteindruck nicht übertrieben werblich, sondern informativ und damit dem Lauterkeitsrecht entzogen.⁷⁵

Diese Abgrenzung trägt der Praxis der sozialen Medien allerdings kaum Rechnung. Eine direkte Vermittlung erscheint schon zweifelhaft, wenn die getaggte Seite⁷⁶ keine Kaufmöglichkeit bietet.⁷⁷ Genauso wenig leuchtet ein, weshalb die Erwähnung in der Bildunterschrift regelmäßig weniger werblich sein soll als ein Tap-Tag.⁷⁸ Schließlich enthält sie ebenso meistens einen Link und bedarf nicht einmal eines zweiten Klicks zur Weiterleitung.

II. Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a IV UWG)

Liegt nach diesen Grundsätzen eine geschäftliche Handlung zugunsten des markierten Unternehmens vor, müssen deren kommerzielle Zwecke für Plattformnutzer*innen erkennbar

⁶⁴ Dass beim auftraggebenden Unternehmen eine geschäftliche Handlung vorliegt, zwingt nicht zur Bejahung beim Handelnden, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 443.

⁶⁵ A. A. *Lettl*, Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des sog. Influencer-Marketings, WRP 2021, S. 1384, Rn. 23ff.

⁶⁶ *Maatz* (Fn. 4), S. 454.

⁶⁷ *BGH*, GRUR 2015, S. 694 – Bezugsquellen für Bachblüten, Rn. 28.

⁶⁸ Vgl. *BGH*, GRUR 2022, 490 – Influencer III, Rn. 67; Ebd., Rn. 66 auch gegen Analogie zu Geringfügigkeitsschwelle aus § 2 II 2 Nr. 12 S. 2 MStV mangels planwidriger Regelungslücke.

⁶⁹ *Maatz* (Fn. 4), S. 464; *Fries* (Fn. 2), S. 119 u. 104; alternativ auf Ebene der Eignung (unten 0).

⁷⁰ *Köberlein*, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVrtrR 2022, S. 102 (103); *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (766).

⁷¹ Str. ob Tap-Tags oder nur Textteil; für Gesamtbeitrag wohl *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 62 ff.; dagegen *Feddersen* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.105 m. w. N. und *Will*, UFITA 1/2021, S. 155 da bloßer Deckmantel für Kommerz.

⁷² *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 59; lehnt aber pauschale Verneinung ohne Entgelt trotz Art. 6 lit. a) eCommerce-RL ab, da diese nur eine Erscheinungsform der geschäftlichen Handlung sei (Rn. 48).

⁷³ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 61.

⁷⁴ Ebd., Rn. 67.

⁷⁵ Ebd., Rn. 60; *Brtko/Witzmann*, Der Einsatz von Influencer-Marketing in Social Media, GRURPrax 2021, S. 657 (658); zwingend angesichts *BVerfG*, GRUR 2012, S. 390 – AnyDVD II, Rn. 31 wonach Links die Funktion digitaler Fußnoten einnehmen.

⁷⁶ Unterscheidung zwischen Account/externer Website überzeugt nicht, v. A. nach Einführung einer Instagram-Shoppingoption, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 533; dafür *Glöckner*, NJW 2021, S. 3427, Rn. 21.

⁷⁷ *Köberlein*, ZVrtrR, 2022, S. 102 (104); trotzdem dafür *BGH* GRUR 2015, S. 694 – Bezugsquellen für Bachblütenextrakt, Rn. 30; GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 67.

⁷⁸ *Harder*, Informationspflichten von Influencern, ZfPC 2022, S. 178 (180).

sein. Influencer*innen sind zur ausdrücklichen Kennzeichnung verpflichtet, außer die kommerziellen Zwecke ergeben sich unmittelbar aus den Umständen (§ 5a IV 1 UWG). Eigen- und Fremdförderung müssen je separat erkennbar sein, damit Plattformnutzer*innen die wirtschaftliche Interessenlage kritisch einordnen können.⁷⁹

1. Identität von geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck?

Zunächst stellt sich die Frage, ob zwischen der Absatzförderung einer geschäftlichen Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG) und dem kommerziellen Zweck (§ 5a IV UWG) getrennt werden muss. Vordefiniert ist der kommerzielle Zweck nach seinem Wortlaut und Regelungszusammenhang als Gegenteil ideeller Zwecke. Dasselbe gilt jedoch schon für den objektiv-funktionalen Zusammenhang der geschäftlichen Handlung (vgl. D.I). Beide Tatbestandsmerkmale haben insoweit einen gemeinsamen Grundgehalt und sind bei Vorrang ideeller Zwecke gleichermaßen zu verneinen.

Im Übrigen lässt der Wortlaut von § 5a IV 1 UWG Raum für Interpretation: der „*kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung*“ könnte diese erstens voraussetzen und auf ihr aufbauen oder zweitens ihr vollständig inhärent sein.

In letzterem Fall wäre der kommerzielle Zweck zwingendes Merkmal jeder geschäftlichen Handlung und könnte nicht verneint werden, ohne dass die geschäftliche Handlung entfiel.⁸⁰ Gegen eine solche Synchronität spricht, dass ausschließlich § 5a IV UWG den kommerziellen Zweck überhaupt erwähnt. Diese Positionierung suggeriert erstens eine inhaltliche Trennung von der geschäftlichen Handlung in § 2 I Nr. 2 UWG.⁸¹ Zweitens kommt die Norm nicht zur Anwendung bei der Prüfung sonstiger Tatbestände. Damit läge etwa bei derselben Werbemaßnahme eine geschäftliche Handlung hinsichtlich Irreführung (§ 5 UWG) und vergleichender Werbung (§ 6 UWG) vor, nicht aber für den Tatbestand des § 5a UWG. Schon die Scharniernorm § 3 I UWG setzt eine geschäftliche Handlung voraus. Die

Eröffnung in § 3 UWG, um es rückwirkend über § 5a IV UWG zu schließen, wäre aber widersprüchlich.⁸²

Folglich sind geschäftliche Handlung und kommerzieller Zweck systematisch zu trennen.

2. Inhalt des kommerziellen Zwecks

Was bleibt dann nach Bejahung der geschäftlichen Handlung auf der zweiten Ebene noch zu prüfen? Der kommerzielle Zweck i. S. d. § 5a IV UWG entstammt Art. 7 II UGP-RL.⁸³ Diese Ursprungsnorm ist subjektiver formuliert als Art. 2 lit. b) UGP-RL (die Herkunftsnorm der geschäftlichen Handlung).⁸⁴ Teils wird hieraus das zusätzliche Erfordernis einer Werbeabsicht für § 5a IV UWG abgeleitet.⁸⁵ Dem Lauterkeitsrecht sind subjektive Anforderungen für Unterlassungsansprüche aber fremd,⁸⁶ denn die Beeinträchtigung des Wettbewerbs hängt nicht von Verschulden ab. Der kommerzielle Zweck – und damit die Kennzeichnungspflicht – stünde sonst zur Disposition des Unternehmers, obwohl die negativen Auswirkungen auf Marktteilnehmer und die positive Förderung des Unternehmens nur von der objektiven Außenwirkung des Verhaltens bestimmt werden.⁸⁷ Letztlich könnten Gerichte die Werbeabsicht ohnehin nur durch Vermutungen⁸⁸ oder dieselben objektiven Indizien⁸⁹ feststellen, die auch schon der geschäftlichen Handlung zugrunde lagen.

Die Rspr. verzichtet daher mangels Entscheidungserheblichkeit auf eine detaillierte Subsumtion.⁹⁰ Diskrepanzen zwischen geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck ergeben sich somit nur aufgrund der expliziten Anordnung in § 5a IV 2 UWG für die Fremdförderung.

Nach alledem ist der kommerzielle Zweck eine parallele Wertungsebene zur Handhabung von Kennzeichnungspflichten,⁹¹ bedarf aber keiner positiven Feststellung.

⁷⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 92; a. A. Wuttke (Fn. 16), S. 193 f. genügt Erkennbarkeit eines (abstrakten) kommerziellen Zwecks für MStV und TMG, dasselbe müsse für § 5a gelten.

⁸⁰ Lettl, WRP 2021, S. 1384 (1387 f.) und implizit Ohly, GRUR 2022, S. 763 (766).

⁸¹ Alexander in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 85.

⁸² Hauch, Influencer-Marketing – Änderungen im UWG, GRUR-Prax 2021, 370 (372); Alexander, ZUM 2022, S. 77 (84); so aber Feddersen in Köhler UWG, § 5a Rn. 4.102 u. 4.103.

⁸³ Obgleich de lege lata meist nicht anwendbar, vgl. 0.

⁸⁴ „Zweck“ statt „zusammenhängt“ in Art. 2 lit. d) UGP-RL, engl. „intent“, franz. „intention“ (vgl. BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 72).

⁸⁵ Ebd., Rn. 76.

⁸⁶ Vgl. BT.-Drs. 16/10145, 20 f. zur Abschaffung des unionsrechtswidrigen Merkmals.

⁸⁷ Wuttke (Fn. 16), S. 258.

⁸⁸ LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 38384, Rn. 22 (juris).

⁸⁹ OLG Köln, WRP 2021, S. 523 – Diana zur Löwen, Rn. 30 (juris).

⁹⁰ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 77.

⁹¹ Glöckner, NJW 2021, S. 3427 (3428).

3. Einschränkung durch § 5a IV 2, 3 UWG

Geschäftliche Handlungen verfolgen gem. § 5a IV 2 UWG nicht den kommerziellen Zweck, ein fremdes Unternehmen zu fördern, wenn dieses dem/der Influencer*in kein Entgelt oder ähnliche Gegenleistung gewährte oder versprach. Folglich bliebe der unentgeltliche Post von Kennzeichnungspflichten befreit. Die 2022 in Kraft getretene Privilegierung soll Influencer*innen in dieser Hinsicht Printmedien gleichstellen, denen ein entsprechender Freiraum in st. Rspr. zugestanden wird.⁹²

a) Anwendungsbereich

Der RefE beschränkte § 5a IV 2, 3 UWG noch auf rein fremdfördernde Handlungen.⁹³ Dies kommt praktisch allerdings nur in Betracht, wenn ein*e Influencer*in nicht selbst Unternehmer ist. In diesem Fall bieten sie i. d. R. aber auch keine Werbedienstleistungen an, sodass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich schlussendlich auf die Fremdförderungskomponente einer doppelbegünstigenden Handlung erweitern musste.

Die in Betracht kommenden Gegenleistungen sollen – in Gleichlauf zu TMG und MStV – weit auszulegen sein und „auch Provisionen, Produkte, [...] Pressereisen, Stellung von Ausrüstung oder Kostenübernahmen“ umfassen.⁹⁴ Sie müssen weder in Synallagma noch unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zum Post stehen und können auch von vorübergehender Natur sein.⁹⁵ Die bloße Erwartung oder Hoffnung auf eine Gegenleistung genügt jedenfalls nach dem klaren Wortlaut nicht mehr.⁹⁶

b) Wirkung

§ 5a IV 2 UWG bewirkt ein – sonst nicht denkbare (vgl. D.II.2) – Auseinanderfallen von geschäftlicher Handlung und kommerziellem Zweck. Dies wird relevant, wenn etwa bei werblichem Überschuss zwar eine geschäftliche Handlung zugunsten des Dritten vorliegt, mangels Gegenleistung aber ein

dahin gehender kommerzieller Zweck an § 5a IV 2 UWG scheitert.⁹⁷

Meist liegt gleichzeitig eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens des/der Influencer*in vor, die von der Freistellung in § 5a IV 2 UWG nicht erfasst wird. Diese bleibt – im Grundsatz – weiterhin kennzeichnungspflichtig. Dennoch läuft die Privilegierung nicht leer,⁹⁸ da die Selbstförderung regelmäßig aus den Umständen erkennbar sein wird. Im Zusammenspiel mit § 5a IV 2 UWG ist dann der gegenleistungsfreie Beitrag als Ganzes kennzeichnungsfrei.

c) Unionsrechtswidrigkeit?

Problematisch erscheint aber die Vereinbarkeit des § 5a IV 2 UWG mit dem Unionsrecht: die Fremdförderung unterliegt zwar nicht der UGP-RL (vgl. B.II), ist aber am Mindestniveau der eCommerce-RL zu messen.⁹⁹ Deren Art. 6 lit. a), 2 lit. f) betrachtet die Gegenleistung lediglich als einen von mehreren Faktoren zur Bewertung, ob ein Post unabhängig erfolgte und damit kennzeichnungsfrei wäre.¹⁰⁰

§ 5a IV 2 UWG verneint hingegen pauschal die Kennzeichnungspflicht bei fehlender Gegenleistung. Dies missachtet alle sonstigen denkbaren Abhängigkeiten¹⁰¹ und unterschreitet das gebotene Mindestniveau. Kooperieren Influencer*innen bspw. mit dem markierten Unternehmen, sind sie auch ohne Leistung eines konkreten Entgelts nicht „unabhängig“ i. S. d. Art. 2 lit. f) eCommerce-RL¹⁰² und bleiben nach der Richtlinie kennzeichnungspflichtig.

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zwänge grds. zur Nichtanwendung der Privilegierung. Allerdings greifen – in deren Anwendungsbereich – die vorrangigen § 6 I TMG und § 22 I 1 MStV. Sie enthalten keine entsprechende Privilegierung, dürfen insoweit nicht durch § 5a IV 2 UWG unterlaufen werden (vgl. C.III) und sorgen zumindest im Ergebnis für eine richtlinienkonforme Rechtslage.¹⁰³

Der Wortlaut des § 5a IV 2 UWG suggeriert Influencer*innen damit eine falsche Rechtslage. Diese Fehlinformation – ausgerechnet im Irreführungstatbestand des UWG – dürfte

⁹² BT-Drs. 19/27873, S. 35.

⁹³ *BMJV*, Entwurf Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 04.11.2020, S. 6.

⁹⁴ BT-Drs. 19/27873, S. 34; BGH übernimmt EuGH-Judikatur zu Nr. 11 Anhang I (vgl. *BGH*, GRUR 2022, S. 490, Rn. 63; *EuGH*, GRUR 2021, S. 1312 – *GRAZIA StyleNights*, C-371/20, ECLI:EU:C:2021:674, Rn. 29).

⁹⁵ BT-Drs. 19/27873, S. 35; problematische Rückwirkung *Hauch*, GRURPrax 2021, S. 370 (372) bei Entgeltzahlung/-versprechen erst nach Post.

⁹⁶ A. A. früher noch *Fries* (Fn. 2), S. 105 durch Fremdförderung bei Anbahnungsabsicht für Kooperation.

⁹⁷ *Ritkowski* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 5a Rn. 215.

⁹⁸ A. A. *Hauch*, GRURPrax S. 2021, 370 (371); *Sosnitza* in Ohly/Sosnitza UWG (Fn. 25), § 5a Rn. 60.

⁹⁹ Siehe B.III, IV; kritisch aber *Köhler*, #Alles Werbung? – Influencer im Strudel der Gesetzgebung, ZUM 2020, S. 294 (296).

¹⁰⁰ Vgl. *BGH*, GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 74 f.

¹⁰¹ *Wutke* (Fn. 16), S. 260.

¹⁰² *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 76.

¹⁰³ Für Korrektur von §§ 2, 6 TMG siehe *BGH*, GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 61 ff.

mehr Verwirrung als Rechtssicherheit bewirken und bedarf dringend einer Korrektur. Nachdem der BGH dieses Ergebnis auch schon vor der Novelle erreichte, betreffen die Neuerungen primär Verhaltensweisen außerhalb von Telemedien (insb. klassische Presseerzeugnisse). Ähnlich wie § 1 II (siehe C.II) verfehlt auch § 5a IV 2 UWG die eigentlich anvisierten Influencer*innen.¹⁰⁴

d) Umkehr von Darlegungs- und Beweislast

Kennzeichnungspflichten stehen und fallen also mit der Gegenleistung. Deren Nachweis gestaltet sich in der Praxis allerdings schwierig, denn Influencer*innen möchten kaum ihre eigene Pflichtwidrigkeit belegen, indem sie Geldflüsse und Verträge offenlegen. In Verfügungsverfahren konnten Gerichte sich auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zurückziehen.¹⁰⁵ In Hauptsacheverfahren blieben allenfalls objektive Begleitumstände und sekundäre Darlegungslasten.

§ 5a IV 3 UWG soll Influencer*innen nun in die Defensive treiben, indem der Erhalt eines Entgelts hinsichtlich § 5a IV 2 UWG vermutet wird.¹⁰⁶ Beklagte können zu ihrer Entlastung glaubhaft machen, das fremde Unternehmen habe ihnen keine Gegenleistung gewährt oder versprochen. Denkbar sei eine entsprechende Bestätigung des Unternehmens, die Vorlage von Quittungen (die den Erwerb aus eigener Tasche belegen) oder die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (§ 294 I 1 ZPO).¹⁰⁷ Einfaches Bestreiten reicht hingegen nicht mehr aus.¹⁰⁸

Genügen Influencer*innen dieser Darlegungslast, entfällt die Vermutungswirkung des § 5a IV 3 UWG. Der Nachweis obliegt dann nach allgemeinen Grundsätzen wieder dem Anspruchsteller,¹⁰⁹ was ihm mangels Einblicks in die Interna zwischen Influencer*in und Drittunternehmen regelmäßig misslingen wird. Diese prozessuale Zwickmühle ist typischer Anwendungsfall einer sekundären Darlegungslast. Es ist aber zweifelhaft, ob hierfür noch Raum bleibt neben

§ 5a IV 3 UWG,¹¹⁰ da die Norm schon die sekundäre Darlegungslast der früheren Instanzrechtsprechung aufgreift.¹¹¹

Kritiker halten eine Beweislastumkehr für negative Tatsachen¹¹² und eine bloße Glaubhaftmachung zur Ausräumung von Vermutungen (auch) im Strengbeweisverfahren¹¹³ für einen Systembruch. Influencer*innen dürften auch erhebliche Schwierigkeiten haben, von Unternehmen ein Negativattest zu erhalten, mit denen sie keinerlei geschäftliche Verbindungen unterhalten. Zweifelhaft sei weiterhin die Eignung einer Quittung, sämtliche in Betracht kommenden Gegenleistungen zuverlässig auszuräumen.¹¹⁴ Dass § 5a IV 3 UWG eine Verschlechterung für Influencer*innen herbeiführt, widerspreche auch dem Ziel, sie zu entlasten.¹¹⁵ Dies dürfte aber letztlich ein nötiges Gegengewicht zur Privilegierung aus S. 2 darstellen.

Erneut wird § 5a IV 3 UWG aber durch die vorrangigen Tatbestände aus TMG und MStV relativiert, die nicht der Vermutungswirkung unterliegen. Die Norm bleibt insoweit dem Motto „gut gemeint ist nicht immer gut gemacht“ der § 1 II und § 5a IV 2 UWG treu (siehe C.II und D.II.3.c)).

4. Anforderungen an die Erkennbarkeit

Kommerzielle Zwecke müssen sich auf den ersten Blick und zweifelsfrei ergeben, ohne dass es einer analysierenden Betrachtung bedürfe.¹¹⁶ Eine ausdrückliche Kennzeichnung ist nur entbehrlich, falls sich der Zweck unmittelbar aus den objektiven Umständen ergibt.¹¹⁷

Maßgeblich hierfür sind die durchschnittlichen Plattformnutzer*innen des angesprochenen Verkehrskreises i. S. d. § 3 IV 1 UWG. Obgleich Instagram ein überdurchschnittlich junges Publikum anspricht, scheidet eine

¹⁰⁴ Büscher, WRP 2022, S. 1, Rn. 49 f.

¹⁰⁵ Vgl. nur *KG Berlin*, GRUR-RR 2018, S. 155, Rn. 9.

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/27873, S. 35; nicht jedoch für den vollharmonisierten § 3 III UWG i. V. m. Anhang I Nr. 11, vgl. *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362); *Ohly* GRUR 2022, S. 763 (766) erwägt analoge Anwendung auf Medienrecht oder als allgemeinen Sphärenedanken; gegen Letzteres *Fedderson* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.97.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/27873, S. 35.

¹⁰⁸ Ebd.; *Pfeifer*, Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), GRUR 2021, S. 1453 (1459).

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/27873, S. 35.

¹¹⁰ Implizit dafür BT-Drs. 19/27873, S. 35 „obliegt [...] Klägerin [...] Tatsachen [...] vorzutragen“.

¹¹¹ *KG Berlin*, GRUR 2019, S. 543, Rn. 73; *Will*, UFITA 1/2021, S. 159.

¹¹² *Hauch*, GRURPrax 2021, S. 370 (372); *Alexander*, ZUM 2022, S. 77 (84); *Pfeifer*, GRUR 2021, S. 1453 (1459) kritisiert, dass Berufung auf Grundrecht selbst bewiesen werden muss.

¹¹³ *Harder*, ZfPC 2022, S. 178 (181).

¹¹⁴ *Alexander*, ZUM 2022, S. 77 (84).

¹¹⁵ *Ohly*, GRUR 2022, S. 763 (766); *Schaub*, NJW 2022, S. 2510, Rn. 12.

¹¹⁶ *BGH*, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 80 u. 87 f.; folgt GRUR 2013, S. 644 – Preisrätselgewinnauslobung V, Rn. 21.

¹¹⁷ *Ebd.*; kritisch gegen Ausnahme mangels unionsrechtlicher Legitimation *Wutke* (Fn. 16), S. 171 f.

weitere Eingrenzung nach § 3 IV 2 UWG daran, dass nicht „nur“ Jugendliche die Plattform nutzen.¹¹⁸

Inhaltlich entsprechen sich die Anforderungen von § 5a IV UWG, § 6 I Nr. 1 TMG und § 22 I 1 MStV.¹¹⁹ Auch die (ausschließlich anwendbare) eCommerce-RL (vgl. B.IV) fordert lediglich, dass der kommerzielle Zweck „klar [...] zu erkennen ist“ und lässt damit Raum für eine Entbehrlichkeit bei hinreichend klaren objektiven Umständen.¹²⁰

a) Keine Erkennbarkeit aus den Umständen

Instagramnutzer*innen wissen zwar, dass Influencer*innen ihre Accounts regelmäßig gewerblich betreiben,¹²¹ können aber hieraus nicht ableiten, welche einzelnen Posts zusätzlich die Förderung dritter Unternehmen bezwecken.¹²²

b) Individuelle Kennzeichnung der Posts

Dementsprechend bedarf es einer ausdrücklichen Kennzeichnung. Zur akkuraten Bewertung der individuellen Posts darf sich diese nicht in einer globalen Kennzeichnung des gesamten Profils erschöpfen.¹²³ Vielmehr bedarf es einer Markierung des individuellen Posts mit geläufigen Begriffen wie „Werbung“ oder „Anzeige“ an prominenter Stelle.¹²⁴ Alle gängigen Plattformen stellen gem. § 6 III TMG eine entsprechende In-App-Kennzeichnungsfunktion bereit, z. B. den Instagrambanner „bezahlte Partnerschaft mit ...“.¹²⁵

5. Geschäftliche Relevanz

Ist der kommerzielle Zweck weder aus den Umständen erkennbar noch gekennzeichnet, so muss die Unterlassung zur Hervorrufung einer geschäftlichen Entscheidung geeignet sein (§§ 5a IV 1, 2 I Nr. 1 UWG).

Dieser weit auszulegende Begriff erfasst sämtliche Entscheidungen über den Abschluss eines Geschäfts sowie deren unmittelbar vorgelagerte Stufen.¹²⁶ Bereits das Betreten eines Geschäfts genüge.¹²⁷ Dessen digitales Äquivalent sei das Öffnen einer Website,¹²⁸ was auf Instagram mit dem zweiten Klick auf den Tap-Tag erfolgt.¹²⁹ Ergibt sich der werbliche Überschuss aus anderen Gründen als aus Tap-Tags, dürfte auf das manuelle Aufsuchen der Herstellerwebsite abzustellen sein.

Die fehlende Kennzeichnung beraubt Instagramnutzer*innen – egal ob Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer – ihres natürlichen Misstrauens gegenüber Werbung. Damit sei die Eignung zur Hervorrufung einer geschäftlichen Entscheidung indiziert,¹³⁰ solange Influencer*innen im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht das Gegenteil darlegen.¹³¹ Das Vorbringen, Nutzer*innen wüssten stets um die kommerzielle Tätigkeit von Influencer*innen, genügt dem BGH jedoch nicht.¹³²

III. Zwischenfazit: Kennzeichnung jedes Posts bei Gegenleistung

Im Ergebnis handeln Influencer*innen nur bei werblichem Überschuss oder Erhalt einer Gegenleistung geschäftlich zugunsten des fremden Unternehmens. Einer Kennzeichnung bedarf es nach § 5a IV UWG nur in letzterem Fall.

E. Kenntlichmachung der Förderung des eigenen Unternehmens

Dieselben Posts können gleichzeitig auch das eigene Unternehmen der Influencer*innen fördern, falls sie ein solches nach B.I.1 betreiben.¹³³

¹¹⁸ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 80; GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 45; ausführlich *Nadi*, Die Erkennbarkeit des kommerziellen Hintergrunds eines Influencer-Beitrags, WRP 2021, S. 586, Rn. 8 ff.; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1361) stimmt de lege lata zu, sieht aber Nachbesserungsbedarf.

¹¹⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 111 u. 120; *Maatz* (Fn. 4), S. 605f; *Fries* (Fn. 2), S. 106.

¹²⁰ BGH, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 78 f.; a. A. nur *Wutke* (Fn. 16), S. 171.

¹²¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2022, S. 443, Rn. 69.

¹²² BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 90; *Köberlein*, ZVertriebsR 2022, S. 102 (106).

¹²³ *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362); Ausnahme lt. *Wutke* (Fn. 16), S. 186 ff. falls ausschließlich zu wirtschaftlichen Zwecken bei Unterhaltung eines separaten privaten Accounts, auch angedeutet von BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 90.

¹²⁴ Vgl. BGH, GRUR 2014, S. 879 – GOOD NEWS II, Rn. 29 f.

¹²⁵ *Wutke* (Fn. 16), S. 275; Umsetzung von Art 28b III Ua 3 AVMD-RL (*Pries* in BeckOK InfoMedienR, 43. Auflage 2024, § 6 TMG, Rn. 22a) da Instagram als Videohostingplattform AVMD-RL unterfällt, vgl. Fn. 37.

¹²⁶ Im B2C-Bereich aus richtlinienkonformer Auslegung, vgl. *Maatz* (Fn. 4), S. 658 und *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 24.

¹²⁷ *EuGH*, GRUR 2014, S. 196 – Trento Sviluppo, C-281/12, ECLI:EU:C:2013:859, Rn. 35 ff.

¹²⁸ BGH, GRUR 2017, S. 1269 – MeinPaket.de II, Rn. 19.

¹²⁹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 96.

¹³⁰ Ebd., Rn. 98.

¹³¹ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 98; *Schaub*, GRUR S. 1358 (1359).

¹³² Ebd., Rn. 100; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1362) sieht dies als Vorgänger von § 5a IV 3.

¹³³ UGP- und UWG-Begriffe decken sich, vgl. *Alexander* in BeckOK UWG (Rn. 22), § 2 Rn. 351.

I. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 Hs. 1 Alt. 2 UWG)

Eine Vermutung, dass förderungsg geeignete Handlungen eines Unternehmers stets eine geschäftliche Handlung darstellen, besteht nicht mehr.¹³⁴ Heranzuziehen sind stattdessen die Einzelfallkriterien aus D.I.

1. Posts mit Gegenleistung

Erhalten Influencer*innen eine Gegenleistung für ihre Beiträge (vgl. D.I.1), verleiht bereits dieses wirtschaftliche Eigeninteresse dem Post einen kommerziellen Gesamteindruck und qualifiziert ihn als selbstfördernde geschäftliche Handlung.¹³⁵

Damit enthalten entgeltliche Posts von Influencer*innen neben der Fremdförderung (vgl. D.I.1) auch stets eine Eigenförderung.¹³⁶

2. Posts ohne Gegenleistung

Nichtbezahlte Posts generieren zwar keine unmittelbare Gegenleistung, steigern aber Follower und Likes des Accounts sowie dessen Anzeigefrequenz im Algorithmus. Diese erhöhte Reichweite hebt den Werbewert des/der Influencer*in für spätere Marketingdeals. Weiterhin balancieren Influencer*innen hierdurch ihre ersichtlich werbenden Tätigkeiten mit vermeintlich privaten Inhalten, um ihre Authentizität zu erhalten. Damit werden einzelne redaktionelle/private Posts im Rahmen des Profilbetriebs zum bloßen Mosaikstein einer kommerziellen Strategie und sind gleichfalls geschäftliche Handlungen.¹³⁷

3. Keine Neuerung durch UWG-Novelle

Seit 2022 muss der Absatzförderungszusammenhang zur Bejahung einer geschäftlichen Handlung zusätzlich „unmittelbar“ sein (§ 2 I Nr. 2 n. F.). Im Anwendungsbereich

der UGP-RL ergab sich dies zuvor schon aus richtlinienkonformer Auslegung des objektiven Zusammenhangs.¹³⁸ Mögliche Neuerungen erfassen daher allenfalls den B2B-Bereich oder die Förderung fremden Absatzes.¹³⁹

Die Gesetzgebungsmaterialien werden überwiegend so verstanden, dass Posts zur eigenen Bekanntheitssteigerung (E.I.2) nicht mehr unter § 2 I Nr. 2 UWG fallen sollen.¹⁴⁰ Systematisch wäre dann aber – mangels Eröffnung des UWG – die Einfügung von § 5a IV 2 UWG redundant.¹⁴¹ Auch die Freistellung aller unentgeltlichen Manipulationstaktiken kann kaum vom Gesetzgeber gewollt sein.¹⁴² Diese Lesart würde weiterhin in § 2 I Nr. 2 UWG eingreifen und auch die Selbstförderung betreffen, was dem Gesetzgeber wegen der dort geltenden UGP-RL untersagt ist.¹⁴³

Naheliegender ist, dass die maßgebliche Textstelle der Drucksache („*kein unmittelbarer Zusammenhang [...] wenn eine Influencerin [...] lediglich ihre oder seine eigene Bekanntheit fördert*“)¹⁴⁴ nur die Fremdförderungskomponente einer geschäftlichen Handlung betrifft. Gegenleistungen sind auch hier maßgebliche Indizien (D.I.1). Der Gesetzgeber wollte klarstellen, dass die bloße Erwartung der Influencer*innen, durch die Kooperation auch selbst bekannter zu werden, keine Gegenleistung des Dritten i. S. d. § 5a IV 2 UWG darstellt. So formuliert es dieselbe Drucksache auch an anderer Stelle.¹⁴⁵ Die Eigenförderung der Influencer*innen durch Bekanntheitssteigerung bleibt hiervon unbetroffen.

II. Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a IV UWG)

Mangels Anwendbarkeit des § 5a IV 2 UWG führt eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens stets zur Bejahung eines dahingehenden kommerziellen Zwecks (vgl. D.II.2).¹⁴⁶ Auch dieser muss für Plattformnutzer*innen objektiv erkennbar sein.

¹³⁴ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 32; GRUR 2015, 694 – Bezugsquellen für Bachblütenextrakt, Rn. 28.

¹³⁵ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 38; Brtka/Witzmann, GRUR-Prax 2021, S. 657.

¹³⁶ Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1360).

¹³⁷ BGH, GRUR 2021, S. 1400 – Influencer I, Rn. 42 u. 44; GRUR 2022, S. 490 – Influencer III, Rn. 34; kritisch Alexander, ZUM 2022, S. 77 (78) und Hauch, GRURPrax 2021, S. 370 (372 f.) wegen Rückwirkung; auch Maatz (Fn. 4), S. 501 wegen Presseähnlichkeit.

¹³⁸ Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817 (822); laut BGH auch außerhalb wegen Gesetzgeberwillen zur Einheitlichkeit, vgl. GRUR 2013, S. 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung, Rn. 19.

¹³⁹ Schaub, NJW 2022, S. 2510, Rn. 3; Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817, Rn. 44.

¹⁴⁰ Kritisch Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 817 (822 f.) und Schaub, GRUR 2021, S. 1358 (1361).

¹⁴¹ Alexander, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021, S. 136, Rn. 48; Pfeifer, GRUR 2021, S. 1453 (1460).

¹⁴² Ebd., vermutet Unmittelbarkeit fortan nur, falls Influencer*in eigene Leistungen anbieten.

¹⁴³ Büscher, WRP 2022, S. 1, Rn. 7.

¹⁴⁴ BT-Drs. 19/27873, S. 32.

¹⁴⁵ Ebd., S. 34 „*bloße Steigerung der eigenen Bekanntheit [...] kann hingegen nicht als Gegenleistung gewertet werden.*“

¹⁴⁶ BGH, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 30.

1. Regelmäßige Erkennbarkeit aus den Umständen?

Der Zweck der Selbstförderung ergibt sich für Betrachter*innen i. d. R. unmittelbar aus der Professionalität des Profilbetriebs.¹⁴⁷ Indizien sind hochqualitative Bildbeiträge, bestimmte Hashtags, die öffentliche Zugänglichkeit oder Verifikation des Influencerprofils, blaue Haken oder Business-Accounts und hohe Follower-/Like-/Kommentarzahlen, die eine Interaktion mit tatsächlichen Freunden*innen ausgeschlossen erscheinen lassen.¹⁴⁸

Anders als bei der Fremdförderung (D.II.4.a) ist also das Profil in seiner Gesamtheit maßgeblich. Dass sich die Selbstförderung sowohl aus reiner Imagepflege als auch aus Gegenleistungen Dritter ergeben kann (vgl. E.I.1 und E.I.2), schade der Erkennbarkeit nicht, da Plattformnutzer*innen diese Vermischung kennen.¹⁴⁹ Mit anderen Worten: Jeder Influencerpost ist offensichtlich eine Selbstförderung, aber nicht immer auch eine Fremdförderung. Erstere können Betrachter daher auch ohne Kenntnis einer konkreten Gegenleistung stets korrekt einschätzen.

Diese Abgrenzungskriterien sind zu unscharf. Insbesondere die nahbaren und kostengünstigen Micro-Influencer*innen sind bei Unternehmen beliebt.¹⁵⁰ Sie unterfallen aber mangels hoher Followerzahlen oder Budget für professionelle Inszenierung i. d. R. nicht den obigen Anforderungen an die Erkennbarkeit. Dies verpflichtet sie zur pauschalen Kennzeichnung ihrer Posts und benachteiligt sie gegenüber Macro-Influencer*innen. Nötig sind daher belastbare Richtlinien und Kennzahlen.¹⁵¹

Auch die Faktengrundlage des BGH weckt Zweifel. Der Instagram-Algorithmus zeigt Inhalte von öffentlichen Profilen nicht nur Follower*innen an, sondern auch in den „Feeds“ von Nicht-Follower*innen.¹⁵² Diese sehen den Beitrag, ohne zuvor das Profil in seiner Gesamtheit, Aufmachung oder Followerzahl wahrgenommen zu haben. Die Erkennbarkeit anhand der obigen Indizien kann sich für diese Nutzer*innen frühestens nach einem Klick auf das Profil ergeben, aber nicht auf den nötigen ersten Blick.¹⁵³ Die Feed-Anzeige ist quantitativ signifikant und prägt den durchschnittlichen Adressaten im

Sinne des § 3 IV 1 UWG. Die Erkennbarkeit ergibt sich für ihn – entgegen BGH und Literatur – nicht aus dem Profil.

2. Explizite Kennzeichnung

Wie Influencer*innen die Eigenförderung bei unentgeltlichen Beiträgen kennzeichnen müssen, hat der BGH noch nicht entschieden. Die Markierung als „Werbung“ dürfte allenfalls Verwirrung bei Verbrauchern stiften und den Begriff verwässern.¹⁵⁴ Das Anprangern aller privater Inhalte als „kommerziell“ riskiert auch eine Verletzung der Meinungsfreiheit.¹⁵⁵ Die Kennzeichnung als „kommerzielles Profil“ hilft in den obigen Konstellationen nur, wenn sie auch im Feed bzw. jedem Post erscheint und nicht nur die Accountseite schmückt.

3. Geschäftliche Relevanz

Ohne Vertrieb von B2C-Leistungen des/der Influencer*in fehlt es an einem Rechtsgeschäft, zu dem Verbraucher veranlasst werden könnten.¹⁵⁶ Hier ist der erweiterte Anwendungsbereich des § 5a IV UWG von besonderer Bedeutung, der auch geschäftliche Entscheidungen sonstiger Marktteilnehmer umfasst.¹⁵⁷ Unternehmen könnten mangels Kennzeichnung auf dem Profil meinen, der/die Influencer*in sei noch nicht anderweitig als Werbeträger*in tätig. Diese authentischen und werblich unverbrauchten Influencer*innen sind von besonders hohem Wert, sodass die Unterlassung geeignet ist, bei Unternehmern das Interesse an einem Marketingvertrag mit dem/der Influencer*in hervorzurufen.

III. Zwischenfazit: weitgehende Pflichten, einfache Erfüllung

Posts von gewerbetreibenden Influencer*innen fördern immer ihr eigenes Unternehmen, bedürfen aber nach der BGH-Rspr. regelmäßig keiner Kennzeichnung.

¹⁴⁷ So auch *Rauer/Kempf*, WRP 2022, S. 817, Rn. 20; *Schaub*, GRUR 2021, S. 1358 (1361); a. A. nur *LG Köln*, GRUR-RS 2021, S. 38384, Rn. 30 (juris).

¹⁴⁸ *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 37 u. 43; *Nadi*, WRP 2021, S. 586, Rn. 23 ff. u. 33.

¹⁴⁹ Schon *OLG Hamburg*, GRUR-RS 2020, S. 18139, Rn. 56; *Wutke*, S. 251 sieht dies als Kompensation für Abstellen auf Gesamtprofil bei geschäftlicher Handlung.

¹⁵⁰ *Influencer Marketing Hub*, The State of Influencer Marketing 2024, <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report> [Stand: 7.9.2024], S. 22.

¹⁵¹ *Rauer/Kempf*, WRP 2022, S. 817, Rn. 21.

¹⁵² *Köberlein*, ZVertriebsR 2022, S. 102 (107); *Harder*, ZfPC 2022, S. 178 (182).

¹⁵³ BGH diskutiert dies nur für die seltenen gezielten Aufrufe durch nichtregistrierte Nutzer, die zahlenmäßig irrelevant sind, vgl. *BGH*, GRUR 2021, S. 1414 – Influencer II, Rn. 49.

¹⁵⁴ *Wutke* (Fn. 16), S. 186.

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/27873, S 35 mit Verweis auf *KG Berlin*, WRP 2019, S. 339 – Vreni Frost, Rn 67.

¹⁵⁶ Zur Problematik der UGP-RL vgl. B.I.2.

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/27873, S. 34; *Fedderson* in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.9.

F. Ausblick auf das Digitale-Dienste-Gesetz

Am 22.3.2024 beschloss der Bundestag zur Umsetzung des Digital Services Act (DSA)¹⁵⁸ das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG)¹⁵⁹. Mit dessen Inkrafttreten¹⁶⁰ gehen §§ 5, 6 TMG wortlautgleich in §§ 5, 6 DDG über. Allerdings fehlt dem neuen Definitionsapparat ein Pendant zur kommerziellen Kommunikation des § 2 S. 1 Nr. 5 TMG. Der ersatzlose Wegfall würde Bildposts¹⁶¹ von Influencer*innen gänzlich aus den Kennzeichnungspflichten des DDG entlassen. Dieses paradoxe Ergebnis lässt sich auf mehrere Weisen deuten:

Einerseits könnte der Gesetzgeber Bildposts bewusst vom DDG ausklammern, da §§ 22 S. 1, 2 II Nr. 7 MStV sie de lege lata bereits erfasst.¹⁶² Der Umsetzungsort von Art. 6 lit. a) eCommerce-RL ist dem Gesetzgeber nicht vorgegeben, sodass einer Verlagerung nichts entgegenstünde. Eine Regelung im MStV widerspräche aber dem expliziten Anliegen, das Internetrecht fortan im DDG zu kodifizieren.¹⁶³ Auch die Übernahme des (nun definitionslosen) § 6 I DDG wäre in diesem Fall redundant.

Näher liegt daher ein Redaktionsversehen. Bis zu seiner Korrektur steht § 6 I DDG mangels Definition im luftleeren Raum und ist hilfsweise mit den Begriffsbestimmungen aus § 2 I Nr. 5 TMG oder Art. 2 lit. f) eCommerce-RL zu supplementieren.

Dennoch wäre ein solcher Abbau der Redundanzen begrüßenswert. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Medienrecht ist äußerst umstritten und zwingt praktisch zu Parallelgesetzgebung von Bund und Ländern.¹⁶⁴ Der Wegfall des bundesrechtlichen TMG zugunsten des (zwischen den Bundesländern geschlossenen) MStV wäre also systematisch verkraftbar.

Inhaltlich würden damit zahlreiche Konflikte gelöst: der MStV verzichtet auf den unklaren und wertungsbedürftigen Begriff „unabhängig“ aus § 2 S. 1 Nr. 5 TMG. Er stellt stattdessen – in Gleichlauf mit § 5a IV UWG – auf den objektiven Erhalt einer

Gegenleistung ab und erfasst explizit auch die bloße Eigenwerbung.

§ 22 I 1 MStV ist also mit § 5a IV UWG deutlich kompatibel als § 6 TMG/DDG.¹⁶⁵ Konkurrenzprobleme würden damit weiter nivelliert. § 5a IV UWG könnte endlich ohne weitreichende Relativierungen angewendet werden und seinem Wortlaut tatsächlich entsprechen. Dies fördert echte Rechtssicherheit.

G. Schlussbetrachtung: Viele (Irr)Wege führen nach Rom

Zusammengefasst folgen die Kennzeichnungspflichten für Influencer*innen dem Prinzip „Cui bono“ (lat. „Wem nützt es?“). Um sich gegen Manipulationen zu wehren, müssen Plattformnutzer*innen wissen, zu wessen Gunsten ihr wirtschaftliches Verhalten gelenkt werden soll. Kernfrage ist damit: Wer wendet sein Vermögen auf, um mich zu überzeugen? Das Lauterkeitsrecht setzt dies mit der Anknüpfung an die Gegenleistung zwischen Influencer*in und Drittunternehmen überzeugend um.

Neben § 6 I TMG und § 22 I 1 MStV tritt § 5a IV UWG zurück, was ihn zu einem ungeeigneten Hebel für substanzielle Rechtsänderungen macht. Dessen (vor)eilige Novelle wirkt daher noch bizarrer. Letztlich wurde die Vereinheitlichungsfunktion der BGH-Revision¹⁶⁶ wohl Opfer von Tatendrang angesichts der endenden Legislaturperiode.¹⁶⁷ Wegen eines aktuellen „Hot Topic“ in die zentralen Stellschrauben des UWG einzugreifen,¹⁶⁸ führt jedoch primär zu Kollateralschäden. Die angestrebte Rechtssicherheit für die Betroffenen schaffte die UWG-Novelle jedenfalls nicht.

Europaweit markieren immer noch nur 20 % der Influencer*innen ihre kommerziellen Posts.¹⁶⁹ Deutsche Gerichte mussten sich allerdings seit den BGH-Urteilen nur vier Mal mit Influencer*innen beschäftigen.¹⁷⁰ Damit scheinen

¹⁵⁸ VO (EU) Nr. 2022/2065 lässt die Art. 6 eCommerce-RL unberührt (Art. 2 III, 3 lit. w) DSA) und postuliert ausschließlich Plattformpflichten, anzuwenden ab 17.2.2024.

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 20/10031; BGBl. I, Nr. 149.

¹⁶⁰ Folgetag der Verkündung, vgl. Art. 37 II BT-Drs. 20/10031.

¹⁶¹ Bewegtbilder werden hingegen von § 1 IV Nr. 7 DDG erfasst.

¹⁶² Wutke (Fn. 16), S. 156 f.

¹⁶³ Vgl. BT-Drs. 20/10031, S. 1.

¹⁶⁴ Wutke (Fn. 16), S. 128; Köhler spricht gar von „Regelungswettbewerb“ (ZUM 2020, S. 294 (294 f.)).

¹⁶⁵ Deshalb befürwortend Köhler, ZUM 2020, S. 294 (296).

¹⁶⁶ Will, UFITA 1/2021, S. 152; Köhler, ZUM 2020, S. 294 (295).

¹⁶⁷ Rosenow/Staiger, Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, GRUR 2022, S. 773 (774).

¹⁶⁸ Münker, ZVertriebsR 2021, S. 273.

¹⁶⁹ Kommission (Fn. 20), S. 1.

¹⁷⁰ Veröffentlicht werden in Deutschland nur 0,5 % der Urteile, soweit ersichtlich: LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 38384; LG Köln, GRUR-RS 2021, S. 41057; LG Düsseldorf, MD 2022, MD 2022, S. 590; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2022, S. 443.

die grundlegenden Fragen des Influencermarketings jedenfalls für Deutschland geklärt zu sein.¹⁷¹

Dies gilt freilich nur, solange EuGH und BGH an ihrer restriktiven Auslegung der UGP-RL festhalten. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hält eine harmonisierte Vorgehensweise ohnehin für unabdingbar.¹⁷² Künftige influencer-spezifische Unionsrechtsakte könnten

daher das lauterkeitsrechtliche System neu austarieren und gerade gefundene Balancen erschüttern.

Um die Modeikone Coco Chanel zu zitieren: „*Eleganz ist Verweigerung*“¹⁷³. Ein wenig gesetzgeberische Zurückhaltung gibt der altbewährten Dogmatik den Raum, auch aktuelle Fragen zu lösen. Influencermarketing ist nämlich kein neuartiges Problem des Lauterkeitsrechts, sondern ein altes Phänomen in neuem Gewand.

¹⁷¹ Feddersen in Köhler UWG (Rn. 25), § 5a Rn. 4.91.

¹⁷² EWSA, Stellungnahme 2023/C 349/15, S 1.

¹⁷³ <https://www.zitate.eu/autor/coco-chanel-zitate/165582> [Stand: 7.9.2024].

Vincent Herbst: Können das Ein-Platz-Prinzip im Sport und die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter aus kartellrechtlicher Perspektive noch weiter aufrechterhalten werden?

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars „Sportkartellrecht“ bei Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (Lehrstuhl Zivilrecht VI – Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht) entstanden.

A. Einleitung

Mit der Jahr um Jahr zunehmenden Kommerzialisierung und Professionalisierung des Sports¹ steht in dessen Zentrum längst nicht mehr nur der sportliche Wettkampf, sondern vielmehr auch der ökonomische Wettbewerb. Ebendieser ist jedoch kaum mit dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb² zwischen privaten Unternehmen vergleichbar. Im Bereich des Sports genießen Sportverbände aufgrund der europarechtlich (Art. 11 GrCh und Art. 12 EMRK) und grundrechtlich (Art. 9 I GG) verankerten Verbandsautonomie eine kartellrechtliche Sonderstellung.³ Die damit einhergehenden pyramidenförmig-hierarchischen Sportverbandsstrukturen und deren Konstituierung in den Verbandstatuten – insbesondere durch das Ein-Platz-Prinzip⁴ – führen vielfach zu Monopolstellungen der etablierten Sportverbände und erschweren den Wettbewerb für neu aufstrebende Sportverbände und Konkurrenzveranstalter. Diese Problematik verschärft sich insoweit, als diesen Monopolisten regelmäßig eine Doppelrolle, einerseits als regulatorischer Verwalter für Organisation und Durchführung und andererseits als operativer Vermarkter von Sportveranstaltungen, zukommt. Die Monopolstellung der Sportverbände sowie deren Versuche, diese Position durch etwaige Maßnahmen – insbesondere durch Genehmigungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte – abzusichern, stehen jedoch vermehrt in Kritik. Während bereits Stimmen in der sportrechtlichen Literatur die Existenzberechtigung statutarischer Absicherungsmaßnahmen der monopolistischen und pyramidenförmigen Verbandsstrukturen in Zweifel gezogen haben⁵, wenden sich in den vergangenen Jahren auch immer häufiger die von den Maßnahmen Betroffenen auf rechtlichem Wege gegen die Sportverbände⁶. Diese Ausgangsproblematik zugrunde legend, soll im Folgenden die Forschungsfrage beantwortet werden, ob

das Ein-Platz-Prinzip im Sport und die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter aus kartellrechtlicher Perspektive noch weiter aufrechterhalten werden können. Nach einem kurzen Überblick über Vorteile, Konfliktpotentiale und Ausnahmen des Ein-Platz-Prinzips sowie dessen wettbewerbsrechtlichen Verankerungen und Grenzen, wird die Rechtmäßigkeit des Ein-Platz-Prinzips anhand einer Gegenüberstellung der zahlreichen Auffassungen von Schrifttum und Judikatur, abgeschlossen durch eine eigene Stellungnahme, analysiert. Im Rahmen dieser Bewertung wird das Augenmerk auf die Wettbewerbsregeln des Kartellverbotes (Art. 101 AEUV) und der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) gerichtet und der Maßstab des Drei-Stufen-Tests nach *Meca Medina und Majcen*⁷ zugrunde gelegt. Im Anschluss werden die Interessenkonflikte und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Doppelrolle von Sportverbänden herausgearbeitet und die in der sportrechtlichen Sphäre zu findenden Lösungsansätze bewertet.

B. Ein-Platz-Prinzip im Überblick

I. Definitorische Erläuterung

Das Ein-Platz-Prinzip ist Ausfluss und Absicherung der pyramidenförmig-hierarchischen Sportverbandsstrukturen zugleich. Es beschreibt das Prinzip, dass es in der internationalen Sportorganisation vom obersten Dachverband bis zur untersten regionalen Einheit nur einen Sportverband für jede Sportart und für ein abgegrenztes Territorium gibt.⁸ Den unteren Sportverbänden ist es aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem übergeordneten Verband verwehrt, für eine bestimmte Sportart gleichzeitig einem anderen Dachverband anzugehören.⁹ Im Fußball steht beispielsweise die FIFA als

¹ Seyb, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 4; vgl. auch: Kommerzialisierung des Sports, <https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/deutsche-fernsehgeschichte-in-ost-und-west/245748/kommerzialisierung-des-sports/#footnote-reference-1> [Stand: 4.12.2023].

² S. Definition: bpb, Das Lexikon der Wirtschaft, Wettbewerb, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-der-wirtschaft/21127/wettbewerb/> [Stand: 4.12.2023].

³ Cukurov/Huber, Einführung in das Europäische Kartellrecht, NJOZ 2021, S. 1441 (1442).

⁴ Teilweise auch Ein-Verbands-Prinzip genannt.

⁵ S. C. II. 2.

⁶ S. C. II. 3.

⁷ EuGH, Urteil v. 18.7.2006 – C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006 I-6991, Rn. 42.

⁸ Schneider, Lexikon Sportrecht Vereinsrecht – Teil 8, <https://www.schneideranwaelte.de/sportrecht/dr-schneider-partner-lexikon-sportrecht-vereinsrecht-teil-8/> [Stand: 4.12.2023].

⁹ Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts, Juli 2023, Ord. 1, Abschn. B, Kap. 1, Rn. 52.

Weltsporthverband an der Spitze der Sportverbandsstruktur. Darunter befinden sich auf zweiter Stufe (Kontinentalebene) in Europa die UEFA, auf dritter Stufe (nationale Ebene) in Deutschland der DFB und auf vierter Stufe die jeweiligen Landes- und Regionalverbände. Somit wirkt sich das Ein-Platz-Prinzip sowohl in fachlicher als auch in geographischer Hinsicht auf die verbandsinterne Sportorganisation aus.¹⁰

II. Vorteile des Ein-Platz-Prinzips

Das Ein-Platz-Prinzip bestimmt das europäische und internationale Sportmodell nun seit geraumer Zeit und dies nicht ohne Grund. Ungeachtet der jüngsten Abschaffungsversuche¹¹ müssen auch kritische Stimmen die zahlreichen Vorzüge einräumen. Unverzichtbarer und zentraler Vorteil des Ein-Platz-Prinzips ist die einheitliche Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung von Regeln.¹² Nur so kann ein geordneter Spiel- und Wettkampfbetrieb gewährleistet werden. Voraussetzung ist freilich, dass sich die Mitglieder der niedrigeren Hierarchiestufen den Verbandsstatuten des übergeordneten Sportverbands unterwerfen.¹³ Mit solch einer hierarchischen Verbandspyramide lassen sich äußerst effizient einheitliche Bedingungen umsetzen, wodurch erst die Möglichkeit des weltweiten Leistungsvergleichs entsteht.¹⁴ Im Gegensatz dazu gibt es beispielsweise im – nicht durch eine hierarchische Sportverbandsstruktur gekennzeichneten – Boxsport mehrere internationale Weltverbände¹⁵ und damit auch mehrere Weltmeister zur gleichen Zeit, was einen Vergleich der sportlichen Leistungen evident erschwert. Darüber hinaus gewährleistet das Ein-Platz-Prinzip die Vereinfachung der Organisation internationaler Sportveranstaltungen und vermeidet konkurrenzbedingte Kompetenzkonflikte.¹⁶ Somit können einzelne Mitglieder der Sportverbände Ressourcen sparen und ihre Eigeninteressen gegenüber Politik und Verwaltung besser durchsetzen.¹⁷ Ein

weiterer entscheidender Vorteil besteht darin, dass Sportverbände etwaige Regelverstöße verbandsintern sanktionieren können, ohne dabei auf – gegebenenfalls überlastete – staatliche Instanzen zurückgreifen zu müssen.¹⁸ Ein solcher Sanktionsmechanismus und die einzelnen Disziplinarmaßnahmen müssen selbstredend den gesetzlichen Vorgaben, insbesondere den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit genügen.¹⁹ Schließlich steht es Sportdachverbänden grundsätzlich frei, wo sie ihren Gesellschaftssitz wählen. Dabei erfreut sich insbesondere die Schweiz als Sitz internationaler Sportverbände aufgrund der dortigen rechtlichen Rahmenbedingungen großer Beliebtheit.²⁰ Im Zuge dessen gilt es zuvorderst auf die vergleichsweise günstigen Steuersätze, die relativ schwach ausgeprägten Offenlegungspflichten sowie die Anerkennung des Court of Arbitration for Sport (CAS) als echtes Schiedsgericht hinzuweisen.²¹

III. Rechtliche und tatsächliche Konfliktpotentiale des Ein-Platz-Prinzips

Der historische Ursprung des Ein-Platz-Prinzips war die Notwendigkeit der Sportvereine, sich zur Koordinierung und Abstimmung der in einer Sportart Beteiligten zu neuen vereinsübergreifenden Vereinen, den sogenannten Sportverbänden, zusammenzuschließen.²² Die gravierendste Folge ist die mit dem Ein-Platz-Prinzip unweigerlich verbundene Monopolisierung, bei der den Spitzenverbänden eine überragende Machtstellung zukommt.²³ Ähnlich wie bei wirtschaftlichen Unternehmen neigen auch Sportverbände dazu, ihre Machtstellung durch verschiedenste Maßnahmen abzusichern und gegebenenfalls sogar zu missbrauchen.²⁴ Sportverbände versuchen ihre Monopolstellung für die Organisation und Durchführung von sowie die Zulassung für Sportveranstaltungen primär durch eine statutarische

¹⁰ Summerer in: Fritzeiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. 8, Rn. 232; Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, 2009, S. 22 f.

¹¹ S. C. II. 2.

¹² Heermann, Konkurrenzwettkämpfe – Das Ein-Platz-Prinzip auf dem Abstellgleis? in: Steiner [Hrsg.], 40 Jahre deutsches und internationales Sportrecht – Rückblick und Ausblick, 2023, S. 67 (70).

¹³ Horn, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, 2016, S. 26; vgl. beispielsweise Art. 11 I der FIFA-Statuten, <https://digitalhub.fifa.com/m/d5421a0dac6ceba/original/FIFA-Statuten-2021.pdf> [Stand: 4.12.2023].

¹⁴ Beisenherz, Der professionelle Sport und das europäische Kartellrecht, 2011, Rn. 13.

¹⁵ World Boxing Council (WBC), World Boxing Association (WBA), World Boxing Federation (WBF), International Boxing Federation (IBF) und International Boxing Council (IBC).

¹⁶ Vieweg, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, 1990, S. 292.

¹⁷ Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts (Fn. 9), Kap. 1, Rn. 47.

¹⁸ Heermann, Verbandsautonomie im Sport – Bestimmung der rechtlichen Grenzen unter Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts, 2022, IX. Rn. 90; Heermann (Fn. 12), S. 67 (73).

¹⁹ Heermann (Fn. 18), IV. Rn. 8 ff.

²⁰ Hülkötter, Die (Un-)Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport, 2020, S. 279 ff.; s. Übersicht zu in der Schweiz ansässigen internationalen Sportverbände, <https://www.fuw.ch/article/internationale-sportverbände-in-der-schweiz> [Stand: 5.12.2023].

²¹ Heermann (Fn. 18), IV. Rn. 83 ff.; Heermann (Fn. 12), S. 67 (71 f.).

²² Beisenherz (Fn. 14), Rn. 11.

²³ BGHZ 63, 284; OLG München v. 20.6.2013 – U 3431/12 Kart = SpuRt 2014, S. 110; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2014, 02167; OLG Düsseldorf v. 27.11.1986 – 10 U 46/86 = NJW-RR 1987, S. 503; OLG Frankfurt a. M. v. 7.11.1985 – 6 U 102/84 Kart = WRP 1986, S. 281; LG Frankfurt a. M. v. 26.7.1982 = NJW 1983, S. 763.

²⁴ Heermann (Fn. 18), XIII. Rn. 77; Seyb (Fn. 1), S. 3.

Verankerung des Ein-Platz-Prinzips zu sichern. Des Weiteren sehen die Verbandstatuten regelmäßig vor, dass allein der Sportfachverband über eine Aufnahme eines Konkurrenzverbands, der nicht in die Struktur der Sportfachverbände eingegliedert ist, entscheidet (sog. Genehmigungsvorbehalte).²⁵ Daneben wird den bisherigen Mitgliedern (Vereine und Sportler²⁶) des etablierten Sportverbands die Teilnahme an einer Konkurrenzveranstaltung unter Androhung weitreichender Sanktionen untersagt (sog. Teilnahmeerlaubnisvorbehalte).²⁷ Ferner versuchen die Spitzenverbände seit kurzem die Intensität und die Frequenz des eigenen Spielbetriebs zu erhöhen, sodass die Teilnahme an einer Konkurrenzveranstaltung sowohl aus organisatorischer als auch aus medizinischer Sicht nahezu unmöglich erscheint.²⁸ Auf dieser Basis ist es anderen, neuen Konkurrenzverbänden und Konkurrenzveranstaltern nahezu faktisch verwehrt, einerseits sich in der jeweiligen Sportart selbst zu etablieren und andererseits in den bereits bestehenden Spitzenverband aufgenommen zu werden. Können sich Konkurrenten nicht etablieren, so herrscht auf dem Markt auch kein Wettbewerb, was auf der einen Seite zu (kartell)rechtlichen Bedenken führt und auf der anderen Seite Auswirkungen auf alle am Sportgeschehen Beteiligten (sog. Stakeholder) hat. Gibt es beispielsweise keinen konkurrierenden Sportverband, kann ein Sportler oder ein Verein nur wählen, ob er sich dem Einfluss des maßgebenden Spitzensportverbands unterwirft oder auf die Teilnahme am organisierten Sport gänzlich verzichtet.²⁹

IV. Ausnahmen des Ein-Platz-Prinzips

Wenngleich das Ein-Platz-Prinzip für den Sport auf der ganzen Welt von elementarer Bedeutung ist,³⁰ gibt es eine nicht geringe Anzahl von Sportarten, welche nicht von einer strikten pyramidenförmig-hierarchischen Verbandsstruktur bestimmt sind.

1. American Football

Zuvorderst ist auf den American Football hinzuweisen, welcher sich seit 1970 unter dem Dachverband der National Football

League (NFL) in die American Football Conference (AFC) und die National Football Conference (NFC) unterteilt.³¹ Beide Sportverbände sind jedoch stets sportlich strikt getrennt. Erst im Super Bowl – dem Endspiel zwischen den Siegern der AFC und der NFC – treffen Mitglieder beider Sportverbände aufeinander.

2. Basketball

Auch im internationalen Basketball wurde das Ein-Platz-Prinzip in der Gestalt aufgeweicht, dass der Fédération Internationale de Basket-Ball Europe (FIBA Europe) seit dem Jahr 2000 von der Euroleague Commercial Assets S.A. (ECA) – einem privaten, nicht in die FIBA-Verbandsstrukturen eingebundenen Unternehmen – Konkurrenz geboten wird.³²

3. Boxen

Wie bereits erwähnt, unterliegt auch der professionelle Boxsport keiner pyramidenförmigen, monopolistischen Sportverbandsstruktur, er wird vielmehr von fünf Weltverbänden beherrscht.³³ Die Möglichkeit der Athleten bei Wettkämpfen verschiedener Weltverbände teilzunehmen, wird jedoch von den Sportverbänden regelmäßig durch nicht erteilte Genehmigungen verwehrt.

4. Golf

Des Weiteren wird im professionellen Golf der bisher an der Spitze der Sportverbandsstruktur stehenden International Golf Federation (IGF) der Rang streitig gemacht. Während die IGF lediglich die World Amateur Team Championships veranstaltet, werden die Profi-Turniere von verschiedenen Vereinen und Organisationen durchgeführt.³⁴ Erst kürzlich haben einige US-amerikanische Golf-Profis Verträge mit der neu gegründeten LIV-Golf in Saudi-Arabien geschlossen, was zu einer Turniersperre seitens der konkurrierenden PGA Tour geführt hat.³⁵

²⁵ Heermann, Wettbewerb zwischen Sportverbänden und kommerziellen, privaten Sportveranstaltern, WuW 2018, S. 241 (242); Seyb (Fn. 1), S. 182.

²⁶ In dieser Arbeit wird aufgrund der besseren Lesbarkeit nur die jeweils maskuline Bezeichnung verwendet. Sämtliche geschlechterspezifische Begriffe sind jedoch selbstverständlich auf alle Geschlechtsformen bezogen.

²⁷ Grätz (Fn. 10), S. 24; Heermann (Fn. 18), XIII. Rn. 79.

²⁸ S. zur medizinischen Sicht: Meyer/Ferrauti/Kellmann/Pfeiffer, Regenerationsmanagement im Spitzensport (Teil 2), 2020.

²⁹ Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts (Fn. 9), Kap. 1, Rn. 52.

³⁰ Vieweg (Fn. 16), S. 61 ff.

³¹ Heermann, Monopolistische pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen aus der Perspektive des europäischen und deutschen Kartellrechts, WRP 2019, S. 145, Rn. 7.

³² Heermann, Gründung neuer Sportligen und das „europäische Sportmodell“, SpoPrax 2022, S. 401 (404).

³³ S. auch Fischer, Die Rolle des Ein-Platz-Prinzips in der Autonomie der Sportfachverbände, 2018, S. 155.

³⁴ Heermann (Fn. 32), Rn. 14.

³⁵ S. ausführlich Reiter, LIV and Let Live? Kartellrechtliche Regeln für Sportverbände, <https://www.derstandard.de/story/2000138175934/liv-and-let-live-kartellrechtliche-regeln-fuer-sportverbaende> [Stand: 7.12.2023].

5. Weitere Sportarten

Schließlich finden sich auch im Darts, Eishockey, Tanzen und Tennis Ausnahmen von einer strikten Umsetzung des Ein-Platz-Prinzips. Auf den jüngsten und durchaus brisanten Wandel im Eisschnelllauf und im professionellen Fußball wird an anderer Stelle einzugehen sein.³⁶

C. Begegnung des Ein-Platz-Prinzips durch das Kartellrecht

Im Folgenden wird analysiert, wie das Ein-Platz-Prinzip und die sich daraus ergebenden Konflikte in den Kontext des deutschen und europäischen Kartellrechts zu bringen sind.

I. Kartellrechtliche Grundlagen

1. Anwendungsbereich des Kartellrechts

Um eine bestimmte Rechtsproblematik einer rechtlichen Prüfung unterziehen zu können, muss freilich zuerst der Anwendungsbereich des jeweiligen Rechtsgebiets eröffnet sein. So gilt es zuvorderst danach zu fragen, ob das Kartellrecht auf den Sport im Allgemeinen und auf das Ein-Platz-Prinzip im Speziellen überhaupt Anwendung findet. Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht setzt für dessen Anwendung voraus, dass sich ein Sportverband unternehmerisch betätigt.³⁷ Diese Tatbestandsvoraussetzung ist jedoch weder im AEUV noch im GWB gesetzlich definiert.³⁸

Der EuGH geht insoweit von einer unternehmerischen Betätigung aus, als die wirtschaftliche Tätigkeit eines Sportverbands unmittelbar auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr gerichtet ist.³⁹ Der Unternehmensbegriff ist somit funktional zu verstehen und extensiv auszulegen.⁴⁰ Demnach ist Sportverbänden dann eine

unternehmerische Betätigung zuzuschreiben, wenn sie selbst oder durch ausgegliederte Gesellschaften am Wirtschaftsleben teilnehmen, etwa durch die Veranstaltung von Wettkämpfen oder die Vermarktung von Lizenzen.⁴¹ Diese Voraussetzung ist für sämtliche Sportverbände regelmäßig erfüllt, mithin ist der Anwendungsbereich für das Kartellrecht eröffnet.⁴² Entgegen vereinzelter Stimmen⁴³ ist spätestens seit der *Bosman-Entscheidung*⁴⁴ endgültig geklärt, dass der professionelle Sport auch keiner Bereichsausnahme unterliegt, sondern vielmehr vollumfänglich justiziabel ist.⁴⁵

Ist die Anwendung des Kartellrechts auf den Sport zwar grundsätzlich eröffnet, können sich dabei jedoch standortabhängige Ausnahmen ergeben. Wie oben bereits angesprochen⁴⁶, wählt eine große Mehrheit der internationalen Sportverbände ihren Gesellschaftssitz in der Schweiz. Dort ist das als echtes Schiedsgericht allgemein anerkannte Court of Arbitration for Sport (CAS) für zahlreiche sportrechtliche Verfahren letztinstanzlich zuständig.⁴⁷ Dessen Schiedssprüche können wiederum nach Einlegung von Rechtsmitteln lediglich durch das für Aufhebungsverfahren allein zuständige Schweizerische Bundesgericht (SchwBG) überprüft werden.⁴⁸ Ebendieses kann Entscheidungen des CAS zwar materiellrechtlich in gewissem Umfang am Maßstab des *ordre public*⁴⁹ überprüfen, jedoch nicht hinsichtlich des nationalen und europäischen Kartellrechts.⁵⁰ Darüber hinaus ist das SchwBG nicht vorlageberechtigt i.S.d. Art. 267 AEUV, womit auch der weitere Rechtsweg nach Luxemburg ausscheidet.⁵¹ Dies hat zur Folge, dass eine nicht geringe Anzahl an sportrechtlichen Verfahren unter Beteiligung von in der Schweiz ansässigen internationalen Sportverbänden nicht am Maßstab des Kartellrechts erfolgen kann. Während ebendiesem Rechtsschutzdefizit in der Vergangenheit Abhilfe zu schaffen nicht möglich erschien und sich zahlreiche Sportverbände

³⁶ S. C. II. 3. b).

³⁷ Heermann (Fn. 18), XI. Rn. 114.

³⁸ Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht – EU, Band 1, 6. Aufl., 2019, Art. 101 I AEUV, Rn. 9.

³⁹ EuGH, Urteil v. 1.7.2008 – C-49/07, MOTOE, Slg. 2008, I-4863, Rn. 22-28 m.w.N.; EuGH, Urteil v. 18.6.1998 – C-35/96, Zollspediteure, Slg. 1998 I-03851, Rn. 36; EuGH, Urteil v. 23.4.1991 – C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, S. I-1979 ff., Rn. 21.

⁴⁰ Weiß in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl., 2022, Art. 101 AEUV, Rn. 25.

⁴¹ Horn (Fn. 13), S. 76; Kronberg, Voraussetzungen und Grenzen der Bindung von Sportverbänden an die Europäischen Grundfreiheiten, 2011, S. 211.

⁴² Nolte in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 85; Beisenherz (Fn. 14), Rn. 67.

⁴³ Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 70; Kummer, Spielregel und Rechtsregel, 1973, S. 43 ff.

⁴⁴ EuGH, Urteil v. 15.12.1995 – C-415/93, Bosman, Slg. 1995 I-04921; danach bestätigt in: EuGH, Urteil v. 11.4.2000 – C-51/96, C-191/97, Deliège, Slg. 2000, I-2549, Rn. 41; EuGH, Urteil v. 13.4.2000 – C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg. 2000, I-2681 ff., Rn. 32; EuGH, Urteil v. 18.7.2006 – C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006 I-6991 ff., Rn. 22.

⁴⁵ Adolphsen, Internationale Dopingstrafen, 2003, S. 18; Summerer (Fn. 10), Kap. 1, Rn. 33 f.; Horn (Fn. 13), S. 62 ff.; Wax, Staat und Sport: Grenzen staatlicher und europäischer Regulierungsbefugnisse in: Kämmerer, Jörg Axel [Hrsg.], An den Grenzen des Staates – Kolloquium zum 65. Geburtstag von Wolfgang Graf Vitzthum, S. 42 f.; Kaiser, Sport- und Spielregeln als materielles Nichtrecht? Zur Frage der Justiziabilität von Sport und Spiel, SpuRt 2009, S. 6 (7).

⁴⁶ S. B. II.

⁴⁷ Heermann (Fn. 12), S. 67 (72).

⁴⁸ Heermann (Fn. 18), IV. Rn. 88.

⁴⁹ S. Definition: Groh in: Weber, Rechtswörterbuch, Ed. 33, ordre public.

⁵⁰ SchwBG BGE 132 III, S. 389, 395 ff.

⁵¹ Heermann, International Skating Union vs. Europäische Kommission: Sportschiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz vor großen Herausforderungen, SpPrax 2024, S. 78 (81).

deshalb in Sicherheit wogen, nannte der EuGH⁵² die damit einhergehenden Bedenken kürzlich erstmals beim Namen. Obgleich der Gerichtshof⁵³ dabei strenge Anforderungen hinsichtlich einer effektiven gerichtlichen Überprüfbarkeit formulierte, bleibt abzuwarten wie sich dies auf die (durch statutarische Schiedsklauseln faktisch aufgezwungene) sportrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit auswirkt.

2. (Kartell)rechtliche Verankerung des Ein-Platz-Prinzips

Das Ein-Platz-Prinzip ist zum einen ein Charakteristikum des europäischen Sportmodells⁵⁴ und zum anderen eine in den Sportverbänden regelmäßig vorzufindende Satzungsregelung. Die den Sportverbänden immanente Kompetenz, eigene, verbandsintern und auch außerhalb des Verbands wirkende Normen aufzustellen (Normsetzungsgewalt), ist wiederum Ausfluss der Verbandsautonomie. Im Umkehrschluss ist ebenso davon auszugehen, dass auch das Ein-Platz-Prinzip als solches Bestandteil der Verbandsautonomie⁵⁵ ist.

Entgegen vereinzelt Ansicht, ⁵⁶ dass die Verbandsautonomie eine vom Staat abgeleitete Kompetenz zur Normsetzung und -anwendung in eigenen Angelegenheiten darstellt, ordnet die überwiegende Auffassung in der Literatur⁵⁷ die Verbandsautonomie dogmatisch als Ausfluss der Privatautonomie ein. Während sich die einzelnen Ausführungen zwar im Detail geringfügig unterscheiden,⁵⁸ so wird die Rechtsgrundlage der Verbandsautonomie allesamt in Art. 9 I GG verortet.

Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit ermöglicht den Sportverbänden, sich in freier Selbstbestimmung eine eigene innere Ordnung zu geben.⁵⁹ Darunter fällt auch die eigenen Sportverbandsstrukturen zu bestimmen, wie beispielsweise in

einer pyramidenförmigen Hierarchie durch das Ein-Platz-Prinzip. Die Vereinigungsfreiheit erfährt indes eine materielle Rechtserweiterung dahingehend, dass das Deutschen-Grundrecht gem. Art. 12 GrCH auf Unionsbürger und gem. Art. 11 EMRK sogar auf alle Menschen ausgeweitet wird.⁶⁰

Art. 165 AEUV führt – im Widerspruch zur Auffassung des GA⁶¹ *Rantos*⁶² – nicht zu einer Tatbestandserweiterung, dieser kann vielmehr als Auslegungshilfe für die Bewertung der Sonderbehandlung des Sports herangezogen werden.⁶³ Obgleich das Ein-Platz-Prinzip mittelbar durch die Verbandsautonomie grundrechtlich verankert ist, dürfen verbandliche Regeln nicht pauschal unter dem Deckmantel der Verbandsautonomie erlassen werden. Aufgrund dieses Konfliktpotentials sollen im Folgenden die Grenzen der Verbandsautonomie aufgezeigt werden.

3. Grenzen der Verbandsautonomie

Die Verbandsautonomie von Monopolen wird durch erhöhte Anforderungen hinsichtlich der Organisationsstruktur und der diese absichernde Regelungen beschränkt.⁶⁴ Diese Grenzen⁶⁵ sind sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene zu finden.

a) Grenzen der deutschen Rechtsordnung

Da die Verbandsautonomie nicht ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben wurde, lässt sich zunächst an die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie denken.⁶⁶ Satzungsregelungen und Maßnahmen von Sportverbänden sind dann nicht mehr vom Schutz der Verbandsautonomie umfasst und damit unwirksam, wenn diese gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.⁶⁷ Darüber hinaus kann die Verbandsautonomie auch

⁵² EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 223 ff.

⁵³ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 134.

⁵⁴ Auch wenn es das „europäische Sportmodell“ nicht gibt, vgl. *Heermann* (Fn. 32), Rn. 5.

⁵⁵ Im Folgenden wird nur der Begriff Verbandsautonomie verwendet, da die Vereinsautonomie ein Unterfall ebendieser darstellt und es sich bei den in Rede stehenden Sportverbänden regelmäßig um Vereine handelt.

⁵⁶ *Deutscher*, 50+1-Regelung in der Fußball-Bundesliga – Zur Mehrheitsbeteiligung von Investoren an Fußballklubs, *SpuRt* 2009, 97 (98); *Ouart*, „50+1“-Regelung: Wie geht es im Profifußball weiter?, *WRP* 2010, 85 (87); *Vieweg* (Fn. 16), S. 164.

⁵⁷ *Ellenberger* in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 25 Rn. 7; *Summerer* (Fn. 10), Kap. 2, Rn. 12; *Baecker*, Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen, 1985, S. 25; *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der „50+1“-Regel und der „break even“-Rule im Profi-Fußball, 2014, S. 114 f.; *Fischer* (Fn. 34), S. 38; *Steinbeck*, Vereinsautonomie und Dritteinfluß, 1999, S. 16 f.

⁵⁸ Vgl. hierzu: *Heermann* (Fn. 18), III. Rn. 23.

⁵⁹ *Schöpflin* in: BeckOK-BGB, 68. Ed., 1.11.2023, § 21 Rn. 57; *Schockenhoff*, Der Grundsatz der Vereinsautonomie – Inhalt und Geltung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals, *AcP* 193, S. 35 (39).

⁶⁰ *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Band II, 101. EL., 2023, Art. 9, Rn. 48.

⁶¹ Die Generalanwälte sind Teil des Europäischen Gerichtshofes und unterstützen ebendieses durch beratende Rechtsgutachten, s. zB. <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/das-europalexikon/309414/generalanwaelte-eugh/> [Stand: 5.8.2024].

⁶² GA *Rantos*, 15.12.2022 – C-333/21, European Super League, Rn. 30 ff.

⁶³ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 95 ff; *Heermann*, Wie geht es weiter nach EuGH, 21.12.2023 – C-333/21 – European Super League vs. FIFA/UEFA?, *WRP* 2024, 429, Rn. 12; *Seyb* (Fn. 1), S. 39.

⁶⁴ *Beisenherz* (Fn. 14), Rn. 110.

⁶⁵ In dieser Arbeit wird nur die Begrenzung hinsichtlich des Höchstgehalts der Verbandsautonomie untersucht.

⁶⁶ *Haas* in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts (Fn. 9), Kap. 2, Rn. 32.

⁶⁷ *Schöpflin* in: BeckOK-BGB (Fn. 57), § 25 Rn. 13; *Leuschner* in: MüKo-BGB, 1. Bd., 9. Aufl., 2021, § 25 Rn. 33; *Wagner* in: Reichert/Schimke/Dauernheim, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl., 2023, Kap. 2 Rn. 385; *Vieweg* (Fn. 16), S. 159 ff.

durch eine Inhaltskontrolle der auf dieser beruhenden Regelungen oder Maßnahmen am Maßstab des § 242 BGB begrenzt werden. Eine weitere Grenze findet sich in § 25 BGB, welcher festlegt, dass etwaige Maßnahmen des Sportverbands nur in dessen Satzung geregelt werden können (sog. Satzungsvorbehalt).⁶⁸

In zahlreichen Gerichtsentscheidungen hinsichtlich der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Ein-Platz-Prinzips zogen die Gerichte vorzugsweise stets § 826 BGB neben den kartellrechtlichen Beschränkungen als Maßstab heran.⁶⁹ Bezüglich letzterem kommen insbesondere das Vereinbarungsverbot (§ 1 GWB), das Missbrauchsverbot (§ 19 GWB) sowie das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot (§ 20 GWB) als Grenzen der Verbandsautonomie in Betracht.⁷⁰ Ferner werden der Verbandsautonomie auch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Die verfassungsunmittelbare Schranke des Art. 9 II GG beschränkt den Schutzbereich auf Vereinigungen, die den Strafgesetzen, der verfassungsmäßigen Ordnung oder dem Gedanken der Völkerverständigung zuwiderlaufen.⁷¹

b) Grenzen des Unionsrechts

aa) Art. 11 EMRK

Zuvorderst kann die Verbandsautonomie durch Art. 11 EMRK dahingehend beschränkt werden, dass aus dem Ein-Platz-Prinzip ein indirekter Zwang zum Verbandsbeitritt resultiert und somit ein Eingriff in das Gemeinschaftsgrundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit des Sportlers vorliegt.⁷² Daneben steht die europarechtliche Vereinigungsfreiheit unter einem geschriebenen Schrankenvorbehalt. Nach Art. 11 II EMRK müssen Eingriffe auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, eines der benannten Ziele verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.⁷³

bb) Europarechtliche Grundfreiheiten

Die Verbandsautonomie stößt ferner an ihre Grenzen, wenn Regelungen der Sportverbände die Grundfreiheiten⁷⁴ Dritter ungerechtfertigt beschränken. Entgegen der überwiegenden Auffassung in der deutschen Literatur⁷⁵ nahm der EuGH eine horizontale Drittwirkung (Verhältnis Sportler-Verbände) der europarechtlichen Grundfreiheiten gegenüber den intermediären Gewalten an.⁷⁶ Während sich der Gerichtshof bei der Prüfung von Verbandsregelungen ursprünglich⁷⁷ auf den Maßstab des durch die Grundfreiheiten definierten Diskriminierungsverbots beschränkte, erweiterte er den Maßstab später⁷⁸ zu einem allgemeinen, eine weitreichendere Prüfung ermöglichenden Beschränkungsgebot.⁷⁹

cc) Europarechtliche Kartellverbote

Seit der *Meca-Medina und Majcen-Entscheidung*⁸⁰ stehen jedoch mittlerweile überwiegend Eingriffe in das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht im Zentrum des Spannungsfeldes zwischen Sport und Europarecht. Im Zuge dessen kommen als Grenzen der Verbandsautonomie insbesondere die Wettbewerbsvorschriften des Kartellverbots (Art. 101 AEUV) sowie des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) in Betracht. Fraglich ist indes, ob das europäische Kartellrecht neben dem nationalen überhaupt zur Anwendung gelangen kann. Dies ist nur der Fall, wenn die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten (sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel) besteht.⁸¹ In Anbetracht der Internationalisierung des Sports ist die potentielle Wahrscheinlichkeit der Zwischenstaatlichkeit regelmäßig anzunehmen. Den Anwendungsbereich hinwieder eingrenzend, räumt der EuGH⁸² nichtwirtschaftlichen Regelungen rein sportlichen Charakters eine Sonderstellung ein. Die ebendort zugrunde gelegte Argumentation überzeugt indes nur wenig⁸³,

⁶⁸ BGH v. 6.3.1967 – II ZR 231/64 = BGHZ 47, S. 172.

⁶⁹ S. Fn. 129-135.

⁷⁰ Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts (Fn. 9), Kap. 2, Rn. 57.

⁷¹ S. ausführlich Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, S. 70 ff.

⁷² Beisenherz (Fn. 14), Rn. 75.

⁷³ Vgl. EGMR Rs. 25088/94, 28331/95 und 28443/95 – Chassagnou u.a. = NJW 1999, 3695 ff., Rn. 104.

⁷⁴ S. zu den sportrelevanten Grundfreiheiten ausführlich: Nolte in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis (Rn. 43), Rn. 91 ff.

⁷⁵ Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 171; Seyb (Fn. 1), S. 79 ff., 91 f.; Franzen in: Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 45 AEUV, Rn. 95 m. w. N.; Streinz, Europarecht, 10. Aufl., 2016, § 11 Rn. 875.

⁷⁶ S. zur Entwicklung der Rechtsprechungslinie des EuGH: Haas in: Haas/Haug/Reschke, Handbuch des Sportrechts (Fn. 9), Kap. 2, Rn. 49 ff.

⁷⁷ EuGH, Urteil v. 12.12.1974 – C 36/74, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405 ff.

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 15.12.1995 – C 415/93, Bosman, Slg. 1995 I-04921.

⁷⁹ Kreuzschitz in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV, Rn. 28.

⁸⁰ EuGH, Urteil v. 18.7.2006 – C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006 I-6991, Rn. 42.

⁸¹ Schuhmacher in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band I, 80. EL, 2023, Art. 101 AEUV, Rn. 46.

⁸² EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 84, 89.

⁸³ Heermann (Fn. 18), VI. Rn. 79-86 m. w. N.; Heermann (Fn. 63), Rn. 16.

sodass die erste Tatbestandsvoraussetzung der Unternehmenseigenschaft bei Sportverbänden regelmäßig als erfüllt angesehen werden kann⁸⁴.

(1) Art. 101 I AEUV

Des Weiteren müssen sich die Regelungen der Sportverbände gem. Art. 101 I AEUV nunmehr daran messen lassen, ob sie geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Wettbewerb zu beschränken. Dabei ist in einem ersten Schritt der betroffene relevante Markt zu bestimmen. Diese Abgrenzung kann nach der Substituierbarkeit der gehandelten Güter oder nach Art und Größe der Veranstaltung erfolgen.⁸⁵ Die meisten Sportarten sind aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung wohl nicht substituierbar und bilden deshalb einen eigenständigen Markt.⁸⁶ Zudem ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise erforderlich. Dafür wird lediglich eine satzungsmäßige Ermächtigung vorausgesetzt, das Marktverhalten der Mitglieder zu regeln.⁸⁷ Dies ist bei Verbandsstatuten aufgrund der mitgliederschaftlichen Untergliederung unter einem, sich auf der Hierarchiepyramide höher befindenden Sportverband der Fall.⁸⁸ Schließlich verlangt Art. 101 I AEUV eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung, welche anhand eines hypothetischen Vergleichs mit der Wettbewerbssituation ohne die betreffende Verhaltenskoordinierung geprüft wird.⁸⁹ Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird nach der *De-minimis-Bekanntmachung*⁹⁰ ab einem Marktanteil von ca. 10–15 % angenommen. In den meisten Sportarten verfügen die Weltfachverbände aufgrund ihrer Monopolstellung teilweise sogar über einen Marktanteil von 100 %.⁹¹ Somit kann der Schluss gezogen werden, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 I AEUV bei den meisten internationalen Sportverbänden erfüllt sein werden.

(2) Art. 102 AEUV

Schließlich stellt auch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Grenze der

Verbandsautonomie dar. Diese Beschränkung ist zum einen auch auf Sportverbände anwendbar, zumal ebendiesen aufgrund des Ein-Platz-Prinzips eine zu Unternehmen i. S. d. Art. 106 I AEUV vergleichbare Stellung zukommt.⁹² Zum anderen hat der EuGH⁹³ nun erstmals die parallele Anwendbarkeit neben Art. 101 AEUV ausdrücklich bejaht.

Nach Art. 102 AEUV ist eine Verhaltensweise dann verboten, wenn sie die Struktur eines Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb bereits aufgrund der Anwesenheit des marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt ist und durch die der auf dem Markt noch bestehende Wettbewerb gefährdet ist.⁹⁴ Im Sportsektor ist aufgrund der pyramidenförmig-hierarchischen Sportverbandsstruktur sowie der häufigen personellen Verflechtung von Vereinen und Verbänden insbesondere die kollektive Marktbeherrschung von Relevanz.⁹⁵

4. Rechtfertigungsmöglichkeiten für Sportverbände

Ogleich monopolisierte Sportverbände sowie deren Satzungsregelungen regelmäßig die Tatbestandsvoraussetzungen der eben aufgezeigten rechtlichen Grenzen der Verbandsautonomie erfüllen, steht diesen stets die Möglichkeit zu, das wettbewerbsbeschränkende Verhalten zu rechtfertigen.

a) Besonderheiten des Sports

Im Jahr 2007 arbeitete die EU-Kommission im Weißbuch Sport verschiedene Merkmale des Sports heraus und wies diesem eine Sonderrolle zu. Zu den sog. Besonderheiten des Sports zählen insbesondere die Autonomie und Vielfalt der Sportorganisationen, die Pyramidenstruktur der Wettkämpfe, die organisierten Solidaritätsmechanismen zwischen den Ebenen und Beteiligten sowie die Organisation des Sports auf nationaler Basis und den Grundsatz eines einzigen Verbands pro Sportart.⁹⁶ Da es sich bei dem Weißbuch Sport jedoch nur um sog. *soft law*⁹⁷ handelt, kann die pauschale Berufung auf die Besonderheiten des Sports nicht allein für eine Rechtfertigung

⁸⁴ Vgl. C. I. 1.

⁸⁵ S. zur Definition des relevanten Marktes: ABl. EG 1997, Nr. C 372, S. 5 ff. Rn. 7.

⁸⁶ Kronberg (Fn. 42), S. 211 f.

⁸⁷ Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Europäisches Unionsrecht (Fn. 77), Art. 101 AEUV, Rn. 91 ff.

⁸⁸ Kronberg (Fn. 42), S. 212.

⁸⁹ Schroeder, Sportrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht. Zu neueren Entwicklungen in der Praxis der Kommission und des EuGH, SpuRt 2006, S. 1 (4).

⁹⁰ ABl. EG 2001, Nr. C 368, S. 13 ff.

⁹¹ Kronberg (Fn. 42), S. 213.

⁹² Beisenherz (Fn. 14), Rn. 300.

⁹³ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 119.

⁹⁴ EuGH, Urteil v. 13.2.1979 – C 85/76, Hoffmann La-Roche, Slg. 1979, 461 ff., 541; EuGH, Urteil v. 12.7.2011 – C 31/80, L'Oreal, Slg. 1980, 3775 ff., 3794;

EuGH, Urteil v. 9.11.1983 – C 322/81, Michelin, Slg. 1983, 3461 ff., 3514.

⁹⁵ Spindler in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis (Fn. 43), Rn. 153 f.; Beisenherz (Fn. 14), Rn. 286.

⁹⁶ Heermann (Fn. 32), Rn. 19.

⁹⁷ Vgl. Beisenherz (Fn. 14), Rn. 53.

genügen, sondern lediglich als Abwägungsmaterial⁹⁸ innerhalb einer ohnehin erforderlichen, die speziellen Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsprüfung dienen.⁹⁹

b) Drei-Stufen-Test nach Meca-Medina

Ebendiese Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt in Form des, in der Rechtsache *Meca-Medina und Majcen*¹⁰⁰ begründeten und danach benannten, Drei-Stufen-Tests. Auf die Frage, ob es sich bei ebendiesem Rechtsinstitut um eine Tatbestandsrestriktion bezüglich der Voraussetzungen der Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 I AEUV oder um einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund neben der Freistellung nach Art. 101 III AEUV handelt, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen.¹⁰¹ Ins Blickfeld gerät vielmehr die künftig wohl vielfach streitentscheidende Abgrenzung i. R. d. Art. 101 AEUV zwischen bewirkten und bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen. Stand die Anwendbarkeit des Meca-Medina-Tests auf beide Formen des Art. 101 I AEUV¹⁰² sowie auf Art. 102 AEUV¹⁰³ verletzende Verbandsstatuten vergangenen Jahres noch im Raum, so wurde mit der Verkündung der aufsehenerregenden Urteils-Trilogie¹⁰⁴ sämtlichen Befürwortern dieses allumfassenden Anwendungsbereichs eine höchstrichterliche Abfuhr erteilt. In zweier dieser Urteile stellte der Gerichtshof¹⁰⁵ fest, dass der Drei-Stufen-Test ausschließlich auf bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet, dagegen nicht mehr für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen und Marktmissbräuche zur Rechtfertigung hinzugezogen werden kann. Für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen kommt folglich nur noch eine Rechtfertigung nach Art. 101 III AEUV, für einen Marktmachtmissbrauch lediglich eine objektive Rechtfertigung in Betracht.¹⁰⁶

⁹⁸ Hierbei liegt die Beweispflicht bei Sportverbänden, vgl. *Heermann* (Fn. 18), V. Rn. 57.

⁹⁹ *Heermann* (Fn. 18), II. Rn. 33.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil v. 18.7.2006 – C-519/04 P, *Meca-Medina und Majcen*, Slg. 2006 I-6991, Rn. 42.

¹⁰¹ Vgl. *Heermann*, Der Wouters/Meca-Medina-Test für wettbewerbsbeschränkende Verbandsstatuten, NZKart 2024, 289 (292 f.); *Heermann* (Fn. 25), S. 241 (243); *Seyb* (Fn. 1), S. 102 f.

¹⁰² *Heermann* (Fn. 18), VII. Rn. 67-71; *Mürtz*, Meca-Medina-Test des EuGH – Berücksichtigung sportspezifischer außerwettbewerblicher Faktoren im europäischen Kartellrecht, 2023, S. 169 ff.

¹⁰³ Die EU-Kommission und das BKartA haben die Anwendung des Drei-Stufen-Tests auf Art. 102 AEUV bereits angedeutet, vgl. EU-Kommission, Begleitdokument zum Weißbuch Sport (2007), S. 38, 65 f., 68 f.; EU-Kommission, Entsch. v. 04.08.2011, COMP/39732, Rn. 46, 52; BKartA, Beschl. v. 25.02.2019 – B 2 – 26/17 = BeckRS 2019, 4347, Rn. 91 ff.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 134; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*, Rn. 185-187; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 113 f.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*, Rn. 189 ff., 204.

¹⁰⁷ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*, Rn. 166-168.

¹⁰⁸ *Heermann* (Fn. 63), Rn. 21.

¹⁰⁹ *Seyb* (Fn. 1), S. 103 f.

¹¹⁰ *Heermann* (Fn. 18), VIII. Rn. 91 ff.; *Heermann* (Fn. 25), S. 241 (243 ff.).

¹¹¹ *Heermann* (Fn. 12), S. 67 (106 ff.).

¹¹² EuGH, v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*, Rn. 183; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 111; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, Rn. 113.

¹¹³ *Heermann* (Fn. 101), S. 289 (294).

¹¹⁴ EuGH, v. 21.12.2023 – C-333/21, *European Super League*, Rn. 183; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 111; EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, Rn. 113.

Ungeachtet der vom EuGH¹⁰⁷ zum Zweck der Abgrenzung beider Wettbewerbsbeschränkungen aufgestellten Kriterien, bleiben im Zuge der Einordnung jedoch durchaus Abgrenzungsschwierigkeiten¹⁰⁸ zu erwarten.

aa) Erste Stufe: Legitime Zielsetzung

Auf der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests gilt es, aus Sicht eines objektiven Betrachters die jeweiligen Zielsetzungen der zu analysierenden Verbandsmaßnahme herauszuarbeiten und deren Legitimität zu prüfen.¹⁰⁹ Als legitime Ziele wurden bisher der Schutz der Integrität des Sports, der regelkonformen Ausübung des Sports, der Gesundheit und Sicherheit der Sportler, des Innovationswettbewerbs, der Konsumentenwohlfaht sowie der Schutz vor einer zeitlichen Überschneidung mit konkurrierenden Sportveranstaltungen anerkannt.¹¹⁰ Der Schutz wirtschaftlicher Eigeninteressen eines Sportverbandes kann hingegen nicht als legitime Zielsetzung i. S. d. ersten Stufe des Meca-Medina-Tests eingestuft werden.¹¹¹ Durch die bahnweisende Urteils-Trilogie¹¹² wurde zudem höchstrichterlich festgestellt, dass streitgegenständliche Verbandsregelungen zum einen auch mehrere verschiedene Ziele und zum anderen auch wettbewerbsfremde Interessen („im Allgemeininteresse“) verfolgen können.

bb) Zweite Stufe: Erforderlichkeit

Anstelle der vormals auf der zweiten Stufe angesiedelten Prüfung des Inhärenzkriteriums wird nach dem neuen Ansatz des EuGH die Erforderlichkeit der jeweiligen Maßnahme in den Mittelpunkt der Untersuchung gestellt.¹¹³ Maßgeblich ist dafür, ob die zur Verfolgung der auf der ersten Stufe ermittelten legitimen Ziele eingesetzten konkreten Mittel zu diesem Zweck tatsächlich erforderlich sind.¹¹⁴

cc) Dritte Stufe: Inhärenz und Verhältnismäßigkeit

Auf der dritten Stufe¹¹⁵ wird – der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgelagert – zunächst danach gefragt, ob die aus der Regelung bzw. Maßnahme resultierende Wettbewerbsbeschränkung notwendig mit der Verfolgung der legitimen Ziele in kohärenter und stringenter Weise zusammenhängt.¹¹⁶ Nach der EU-Kommission ist dies der Fall, wenn die durch die Regelung oder Maßnahme bedingte Wettbewerbsbeschränkung in der Natur der Verfolgung des Ziels liegt.¹¹⁷ Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Prüfung der Geeignetheit der Verbandsregelung¹¹⁸, welche selten scheitern wird.¹¹⁹

Im Anschluss wird sodann geprüft, ob die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme im Hinblick auf die legitime Zielsetzung verhältnismäßig ist.¹²⁰ Maßgebend ist hierfür eine objektive ex-ante Perspektive, zumal es sich bei der Feststellung der Verhältnismäßigkeit überwiegend um eine Prognoseentscheidung handelt.¹²¹ Dies führt dazu, dass den Sportverbänden ein gewisser Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt, welcher bei der konkreten Ausgestaltung des Ein-Platz-Prinzips umso weiter und die Kontrolldichte bei Anwendung des Meca-Medina-Tests umso geringer ist, je enger der Zusammenhang der streitgegenständlichen Satzungsregelung oder Maßnahme mit der Sportausübung ist (et vice versa).¹²²

II. Bewertung des Ein-Platz-Prinzips in der Jurisprudenz – Rückblick und Vorschau

1. Einschätzungen des Schrifttums

a) *Gießelmann-Goetze*

Als eine der ersten beschäftigte sich *Gießelmann-Goetze*¹²³ bereits 1988 mit dem Ein-Platz-Prinzip, indem sie die kollidierenden Rechtspositionen zwischen dem eine Monopolstellung innehabenden Dachverband und dem diesen um Aufnahme ersuchenden Verband herausarbeitete. Während sie einen Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter durch eine

sorgfältige Interessenabwägung zu erlangen versuchte, unterblieb eine Bewertung aus kartellrechtlicher Perspektive.

b) *Hannamann*

Später beschrieb *Hannamann*¹²⁴ das Ein-Platz-Prinzip als „grundsätzlich sachgemäß“ und verortete die daraus resultierenden Rechtsprobleme erstmals im Wettbewerbsrecht.

c) *Schroeder*

*Schroeder*¹²⁵ fokussierte sich in seinem Beitrag von 2006 auf die kartellrechtliche Prüfung der Durchführung von Konkurrenzveranstaltungen und kam dabei zu dem Schluss, dass jedenfalls vollständige Verbote von Konkurrenzveranstaltungen zur Absicherung des Ein-Platz-Prinzips unverhältnismäßig seien. Handlungsbedarf sah er auf der Seite der EU-Kommission.

d) *Grätz*

In seiner Dissertation von 2009 unterschied *Grätz*¹²⁶ zunächst zwischen der Rechtmäßigkeit des Ein-Platz-Prinzips als solchem und den darauf gestützten Teilnahmeerlaubnisvorbehalten. Während er das Ein-Platz-Prinzip als „grundsätzlich nicht missbräuchlich“ bewertete, stufte er uneingeschränkte Teilnahmeerlaubnisvorbehalte als missbräuchlich ein. Bei eingeschränkten Teilnahmeerlaubnisvorbehalten hinge die Rechtmäßigkeit letztlich von der konkreten Ausgestaltung ab.

e) *Jickeli*

*Jickeli*¹²⁷ prüfte das Ein-Platz-Prinzip am Maßstab der Art. 101 und 102 AEUV. Dabei zog er die Schlüsse, dass das Ein-Platz-Prinzip zwar den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtige, jedoch keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle, sofern es für das Erreichen des gesetzten Ziels erforderlich sei. Des Weiteren hielt er fest, dass das Ein-Platz-Prinzip zwar einerseits zu einer Monopolstruktur des jeweiligen

¹¹⁵ Vormalig zweite Stufe, s. *Cukurov/Huber* (Fn. 3), S. 1443.

¹¹⁶ *Heermann* (Fn. 101), S. 289 (294).

¹¹⁷ EU-Kommission, Begleitdokument zum Weißbuch Sport (2007), S. 77.

¹¹⁸ EuGH, Urteil v. 28.2.2013 – C-1/12, OTOC = WuW 2013, S. 545 (556).

¹¹⁹ *Heermann*, Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports Teil I, WuW 2009, S. 394 (403).

¹²⁰ EuGH, Urteil v. 18.7.2006 – C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen, Slg. 2006 I-6991, Rn. 42.

¹²¹ *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, 2013, S. 745; *Heermann* (Fn. 18), VI. Rn. 290.

¹²² *Heermann* (Fn. 18), VIII. Rn. 68.

¹²³ *Gießelmann-Goetze*, Das Ein-Platz-Prinzip in: Will, Michael [Hrsg.], Sport und Recht in Europa – Kolloquium, 1988, S. 15 ff.

¹²⁴ *Hannamann*, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, 2000, S. 270.

¹²⁵ *Schroeder*, Monopol von Sportverbänden und Veranstalterkonkurrenz bei Wettkämpfen, WRP 2006, S. 1327 (1328 ff.).

¹²⁶ *Grätz* (Fn. 10), S. 328 ff.

¹²⁷ *Jickeli*, Kartellrechtliche Grenzen des Einplatzprinzips im Verbandsrecht in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit [Hrsg.], Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 1027 (1030).

Sportverbands führe, andererseits jedoch nicht zwingend ein wirtschaftliches Monopol i. S. d. Art. 102 AEUV begründe.

f) Kornbeck

In einer umfassenden Arbeit über das ISU-Verfahren zog *Kornbeck*¹²⁸ das Ein-Platz-Prinzip als Erster grundsätzlich in Zweifel. Obgleich das Ergebnis einer Rechtsprüfung anhand des Drei-Stufen-Tests aufgrund der Möglichkeit der unterschiedlichen Gewichtung der einzelnen Rechtfertigungstatbestände offen sei, entstehe der Eindruck, dass das Ein-Platz-Prinzip nicht dauerhaft aufrechtzuerhalten sei.¹²⁹ Etwas später zeigte *Kornbeck*¹³⁰ verschiedene Ansätze für eine kartellrechtskonforme Anwendung des Ein-Platz-Prinzips durch Sportverbände auf. Dafür untersuchte er verschiedene Praxisbeispiele, um die Relevanz der Lösungsansätze Entflechtung, Rücknahme oder Sanktionsverzicht hinreichend einschätzen zu können.

g) Fischer

Noch weiter ging *Fischer*,¹³¹ indem er dem Ein-Platz-Prinzip in der aktuellen Fassung der Sportverbände jegliche Existenzberechtigung absprach. Dies habe die Unwirksamkeit des Ein-Platz-Prinzips, mithin die Nichtigkeit der Satzungsregel gem. §§ 138, 242 BGB zur Folge. Dem deutschen Schrifttum warf *Fischer* eine Pauschalierung der BGH-Entscheidungen vor, da der Gerichtshof das Ein-Platz-Prinzip bisher nur als einzelne Satzungsregel zu beurteilen hatte.¹³² Die grundsätzliche Frage, ob sich ein Sportverband auf einer exklusiven Basis organisieren dürfe, lag dem Bundesgerichtshof hingegen noch nicht zur Entscheidung vor.

h) Lambertz

*Lambertz*¹³³ kommt in einer Anmerkung zu einem Urteil des LG München¹³⁴ zu dem Ergebnis, dass für das Ein-Platz-Prinzip keine Notwendigkeit besteht. Bei dem Ein-Platz-Prinzip handele es sich um eine Regel aus der Vergangenheit, die ihre Rechtfertigung verloren habe oder vielleicht sogar nie hatte.¹³⁵ Dem Risiko, dass der Sport in zu kleine Fraktionen

zerbricht, könne durch eine intelligente Ausgestaltung des Aufnahmeverfahrens begegnet werden.

i) Summerer

Nach *Summerer*¹³⁶ befindet sich das Ein-Platz-Prinzip hingegen noch nicht „auf dem Abstellgleis“. Es sei vielmehr die Aufgabe der Rechtspraxis, das Ein-Platz-Prinzip in den Satzungen und Aufnahmeordnungen von Sportverbänden diskriminierungsfrei zu gestalten.

j) Heermann

Schließlich befundet *Heermann*,¹³⁷ dass es sich bei dem Ein-Platz-Prinzip um eine Besonderheit des Sports handelt, welches als solches nicht abschließend kartellrechtlich bewertet werden kann. Es bedarf vielmehr einer Einzelfallprüfung derjenigen Maßnahmen, die Sportverbände zur Absicherung ihrer pyramidenförmig-monopolistischen Verbandsstrukturen ergriffen haben.¹³⁸ In einer Prognoseentscheidung schätzt *Heermann* das Ein-Platz-Prinzip als solches sowie seine Verankerung in den Verbandsstatuten am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV jedoch mit großer Wahrscheinlichkeit als wettbewerbskonform ein.¹³⁹ Somit kommt er in seinem jüngsten Beitrag zu dem Ergebnis, dass es alleine aufgrund der Tatsache, dass das Ein-Platz-Prinzip den etablierten Sportverbänden keinen absoluten Schutz gewährt, voreilig wie übertrieben wäre, das Ein-Platz-Prinzip auf das Abstellgleis zu stellen.¹⁴⁰

2. Tendenzen der Judikatur

Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene hatten sich die Gerichte schon häufiger mit der Rechtsproblematik des Ein-Platz-Prinzips und den daraus resultierenden Konflikten zwischen den etablierten Sportverbänden und deren Konkurrenten zu beschäftigen.

In dem in chronologischer Hinsicht ersten Verfahren über das Ein-Platz-Prinzip entschied der Bundesgerichtshof, dass dem klagenden Rad- und Kraftfahrerbund Solidarität e. V. (RKB)

¹²⁸ *Kornbeck*, Der ISU-Fall der Europäischen Kommission (Az. 40208 International Skating Union's Eligibility Rules) und die Zukunft des „Ein-Platz-Prinzips“, JKU Europe Working Paper Nr. 8, 2018.

¹²⁹ *Kornbeck* (Fn. 116), S. 68.

¹³⁰ *Kornbeck*, Entflechtung, Rücknahme oder Sanktionsverzicht? – Ansätze einer (möglicherweise) kartellrechtskonformen Anwendung des Ein-Platz-Prinzips durch Sportverbände, EuZW 2020, S. 1072 ff.

¹³¹ *Fischer* (Fn. 34), S. 182 f.

¹³² *Fischer* (Fn. 34), S. 183 f.

¹³³ LG München I v. 25.4.2018 – 37 O 7111/17 mit Anm. *Lambertz*, SpuRt 2018, S. 165 ff.

¹³⁴ LG München I v. 25.4.2018 – 37 O 7111/17 mit Anm. *Lambertz*, SpuRt 2018, S. 165 (165).

¹³⁵ LG München I v. 25.4.2018 – 37 O 7111/17 mit Anm. *Lambertz*, SpuRt 2018, S. 165 (169).

¹³⁶ *Summerer*, Das Ein-Platz-Prinzip auf dem Abstellgleis, SpuRt 2019, S. 49.

¹³⁷ *Heermann* (Fn. 18), VIII. Rn. 62 ff.; *Heermann* (Fn. 32), S. 145 ff.; *Heermann* (Fn. 12), S. 67 ff.

¹³⁸ *Heermann* (Fn. 32), Rn. 45.

¹³⁹ *Heermann* (Fn. 18), VIII. Rn. 72.

¹⁴⁰ *Heermann* (Fn. 12), S. 67 (91).

ein Aufnahmeanspruch in den beklagten Deutschen Sportbund (DSB) zusteht, sofern der DSB das in seinen Verbandsstatuten verankerte Ein-Platz-Prinzip nicht fristgerecht durch eine dem RKB zumutbare, nicht diskriminierende Satzungsänderung anpasse.¹⁴¹ In zahlreichen weiteren Entscheidungen sprachen die deutschen Gerichte dem nicht in die bestehende Verbandsstruktur eingegliederten, um Aufnahme ersuchenden Sportverband einen Aufnahmeanspruch in den, sich auf höherer Hierarchiestufe befindenden, etablierten Dachverband zu.¹⁴²

Auf europäischer Ebene kommt insbesondere dem Verfahren¹⁴³ der EU-Kommission gegen die International Skating Union (ISU) erhebliche Bedeutung zu. Nachdem zwei niederländische Eisschnellläufer Beschwerde gegen die Zulassungsbestimmungen der ISU eingelegt hatten, stellte die Kommission per Beschluss¹⁴⁴ fest, dass die streitgegenständlichen Zulassungsbestimmungen gegen Art. 101 AEUV verstießen und demnach von der ISU geändert werden müssten. Diese Entscheidung wurde später vom EuG¹⁴⁵ zwar im Wesentlichen bestätigt, jedoch hat der GA *Rantos*¹⁴⁶ die Aufhebung dieses, die Wettbewerbswidrigkeit der ISU-Zulassungsbestimmung bestätigenden, Urteils vorgeschlagen. Von dieser verbandsfreundlichen Auffassung ließ sich der EuGH weder beirren noch von seinem Bestreben, den Regelungsgehalt des europäischen Kartellrechts effektiv umzusetzen, abbringen. So bestätigte der Gerichtshof¹⁴⁷, dass die streitgegenständlichen Kriterien und Verfahrensregelungen der ISU als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzuordnen und mangels hinreichenden Belegen nicht durch Art. 101 III AEUV gerechtfertigt seien.

Mit ebenso großer Spannung wurde der Ausgang des Verfahrens¹⁴⁸ zwischen der European Superleague Company SL und der UEFA/FIFA erwartet. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV war indes nur eine abstrakte Überprüfung der Genehmigungsbestimmungen der Sportverbände, nicht hingegen die Vereinbarkeit der ESL mit dem Unionsrecht.¹⁴⁹ Doch auch hierbei fanden die Ausführungen des GA *Rantos*¹⁵⁰

in der Rechtsauffassung des EuGH keine Würdigung. Die luxemburgischen Richter nahmen nämlich sehr wohl an, dass einerseits in den Statuten der UEFA/FIFA, andererseits auch in der Androhung von Sanktionen gegenüber Vereinen, die an einem Vorhaben zur Gründung eines neuen europaweiten Fußball-Vereinswettbewerb teilnehmen wollten, ein Verstoß gegen Art. 101, 102 AUEV liegt.¹⁵¹ Dabei ging der EuGH zwar zunächst von einer generellen Zulässigkeit sportverbandlicher Vorabgenehmigungsbestimmungen aus¹⁵², die dafür im Weiteren erforderlichen Kriterien der Transparenz, der Objektivität, der Diskriminierungsfreiheit sowie der Verhältnismäßigkeit wurden von den streitgegenständlichen Verbandsstatuten allerdings deutlich verfehlt¹⁵³. Eine etwaige Rechtfertigung der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen sei bereits aufgrund der Tatsache, dass die unbegrenzte Kontrolle über den Marktzugang den Sportverbänden die Möglichkeit einräumt, jedweden Wettbewerb zu verhindern, abzulehnen.¹⁵⁴

III. Eigene Stellungnahme

Zuvorderst ist festzuhalten, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Ein-Platz-Prinzips nur am Maßstab des Kartellrechts erfolgen kann. An der Möglichkeit, das Ein-Platz-Prinzip als solches, losgelöst von den dieses absichernden Verbandsstatuten, einer abschließenden rechtlichen Prüfung zu unterziehen, wird jedoch stark gezweifelt. Denn die Frage, ob das Ein-Platz-Prinzip die Tatbestandsvoraussetzungen der Kartellverbote erfüllt und durch den Drei-Stufen-Test gerechtfertigt ist, kann lediglich in einer umfassenden, die Gesamtumstände berücksichtigenden Prüfung des Einzelfalls beantwortet werden.

Dies wird auch von *Fischers* Feststellung, dass der BGH die Frage, ob ein Verband sich auf einer exklusiven Basis organisieren darf, noch nicht entschieden hat, bestätigt. Indes muss jedoch anerkannt werden, dass das Ein-Platz-Prinzip als solches schlechthin nicht rechtswidrig sein kann, sofern der BGH sowie unlängst auch das BVerfG¹⁵⁵ das Ein-Platz-Prinzip

¹⁴¹ BGH v. 2.12.1974, II ZR 78/72 = NJW 1975, S. 771, 775.

¹⁴² S. für Aikido: BGH v. 10.12.1985 – KZR 2/85; für Taekwondo: OLG München v. 25.6.2009 – U (K) 5327/08; OLG München v. 24.1.2019, 29 U 1781/18; für Einrad: OLG München v. 20.6.2013 – U 3431/12 Kart; für Cheerleading: OLG Dresden v. 13.8.2015 – 13 U 271/15; LG Duisburg v. 30.9.2016 – 6 O 37/16; für Basketball: LG München I v. 2.6.2016 – 1 HK O 8126/16; für Ringen: LG Nürnberg-Fürth v. 28.2.2019 – 19 O 1079/18.

¹⁴³ EuG, Rs. T-93/18 und EuGH, Rs. C-124/21P – International Skating Union.

¹⁴⁴ EU-Kommission, Entsch. v. 8.12.2017 – C (2017) 8240, Rn. 339-342 – International Skating Union's Eligibility rules.

¹⁴⁵ EuG, Urteil v. 16.12.2020 – T-93/18, International Skating Union.

¹⁴⁶ Schlussanträge des GA *Rantos* beim EuGH v. 15.12.2022 – Rs. C-124/21 P.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission, Rn. 97 ff.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. C-333/21 – European Super League.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 80; s. hierzu *Haug*, Grenzen einer privaten Super-Liga im europäischen Spitzenfußball, 2023, 355 ff.

¹⁵⁰ Schlussanträge des GA *Rantos* beim EuGH v. 15.12.2022 – Rs. C-333/21, Rn. 187.

¹⁵¹ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 147 ff., 174 ff.

¹⁵² EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 144 ff.

¹⁵³ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 134 ff.

¹⁵⁴ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League, Rn. 199.

¹⁵⁵ BVerfG v. 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16 – Pechstein = BeckRS 2022, 16286 Rn. 5.

in ihren Entscheidungen zugrunde gelegt haben (Umkehrschluss).

Auch der von *Lambertz* ausgestellte Befund, dem Ein-Platz-Prinzip fehlten sowohl Notwendigkeit als auch Rechtfertigung, kann nicht überzeugen. Einerseits kommt es nicht auf die Notwendigkeit, sondern lediglich auf die Rechtmäßigkeit des Ein-Platz-Prinzips an. Andererseits kann bei einer grundrechtlichen und unionsrechtlichen Konstituierung der Verbandsautonomie, auf welche das Ein-Platz-Prinzip zurückzuführen ist, nicht von einem fehlenden Rechtsgrund gesprochen werden.

Einzelne Maßnahmen zur Absicherung des Ein-Platz-Prinzips, wie Genehmigungs- und Teilnahmeerlaubnisvorbehalte, können jedoch sehr wohl gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen. Dies verdeutlicht bereits die eindeutige Tendenz der deutschen Judikatur, nach der etablierte Sportverbände immer häufiger zur Aufnahme von Konkurrenzverbänden verpflichtet wurden.

D. Die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter

Aufgrund des Ein-Platz-Prinzips sowie der pyramidenförmigen-hierarchischen Sportverbandsstrukturen treten die monopolistischen Sportverbände gleichzeitig regulatorisch als Verwalter und operativ als kommerzieller Vermarkter auf dem Markt auf. Diese Doppelrolle und die von den Sportverbänden auferlegten Marktzutrittsschranken führen regelmäßig zu Interessenkonflikten zwischen den etablierten Sportverbänden und den anderen Stakeholdern. Da die Doppelrolle von Sportverbänden eine Folge des Ein-Platz-Prinzips ist, kann bezüglich des Ursprungs und des Rechtsgrundes ebendieser Doppelrolle insoweit auf die Ausführungen zur rechtlichen Verankerung des Ein-Platz-Prinzips verwiesen werden.¹⁵⁶

I. Interessenkonflikte und wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Mit der Entwicklung des professionellen Sports zu einem milliardenschweren Wirtschaftsmarkt¹⁵⁷ ist auch das Interesse jeglicher Stakeholder gestiegen. Während zahlreiche neue Investoren erstmals in die Branche einsteigen wollen,

versuchen die etablierten „Big Player“ ihre Monopolstellung abzusichern. Dieses Konfliktpotential erhöht sich insbesondere dadurch, dass die etablierten Sportverbände selbst darüber entscheiden können, unter welchen Voraussetzungen Konkurrenzverbände und -veranstalter zugelassen werden und wann die dem Sportverband unterworfenen Mitglieder daran teilnehmen dürfen. Damit wird schnell klar, dass, die den etablierten Sportverbänden immanenten, Organisations- und Veranstaltermonopole Gefahr laufen, die sich außerhalb der Monopole befindenden Stakeholder wettbewerbsrechtlich einzuschränken. Dies verdeutlicht sich abermals an den Urteilsprüchen gegen die FIFA/UEFA¹⁵⁸ und die ISU¹⁵⁹.

II. Zusammenschau der Lösungsansätze

Zur Bewältigung dieser tatsächlichen und kartellrechtlichen Problemkonstellationen werden insbesondere zwei unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert.

1. Entflechtung (sog. Unbundling)

Ein durchaus effizienter, wenngleich mit erheblichen Hindernissen verbundener Vorschlag zur Auflösung des beschriebenen Konflikts zielt darauf ab, die Bereiche der Verwaltung und der Vermarktung innerhalb eines Sportverbands rechtlich nachträglich zu trennen bzw. zu entflechten. *Budzinski und Feddersen*¹⁶⁰ konkretisieren das sog. Unbundling, indem sie lediglich die Rolle als Verwalter von Sportveranstaltungen bei den Sportverbänden belassen wollen. Die operative Tätigkeit soll hingegen von einem rechtlich unabhängigen Unternehmen übernommen werden. Den auf dem Markt bis dato fehlenden Wettbewerb sehen sie durch eine periodische Ausschreibung unter Überwachung des Sportverbands verwirklicht. *Houben*¹⁶¹ schlägt hingegen vor, dass die Überwachung nicht durch den als regulatorischen Verwalter tätigen Sportverband, sondern vielmehr durch eine unabhängige Instanz der EU erfolgen soll.

2. Entscheidungspraxis der Exekutive und Judikative („Brüssel/Luxemburg-Effekt“)

Ferner ist auch der Ansatz interessant, dass Kartellbehörden und Gerichte bereits einen erheblichen Einfluss auf die Sports Governance ausüben, womit kein legislativer Handlungsbedarf

¹⁵⁶ S. C. I. 2.

¹⁵⁷ S. Fn. 1.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-333/21, European Super League.

¹⁵⁹ EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-124/21 P, ISU/Kommission.

¹⁶⁰ *Budzinski/Feddersen*, Should organizing premier-level European football be a monopoly? And who should run it? An economists' perspective in: Kombeck, Jacob [Hrsg.], EU Antitrust Law and Sport Governance – The Next Frontier?, S. 85 (98).

¹⁶¹ *Houben*, The future of professional football in view of Super League vs. UEFA – How 15 judges may change the face of the world of football, <https://www.dupont-hissel.com/assets/55087249-59be-408d-833f-4e433f7f375b/the-future-of-professional-football.pdf> [Stand: 12.12.2023], S. 14.

bestehen würde.¹⁶² Dabei setzt sich der Begriff des „Brüssel/Luxemburg-Effekts“ aus den beiden Standorten der EU-Kommission und des EuGH zusammen. In der Vergangenheit haben die Kartellbehörden bereits eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, um die Auswirkungen der sportverbandlichen Doppelrolle zu begrenzen, wie beispielsweise eine Verpflichtungszusage gem. Art. 9 VO 1/2003 (Kartellverfahrensordnung) bzw. gem. § 32b GWB. Daneben ist insbesondere auf den Beschluss der EU-Kommission zur Festlegung von Mindeststandards für Zulassungsverfahren im Eisschnelllauf hinzuweisen.¹⁶³

III. Eigene Stellungnahme

Der mit dem Unbundling verfolgte Zweck, die beschriebenen Interessenkonflikte auszuräumen, ist freilich gutzuheißen. Den aufgezeigten Ansätzen kann jedoch keine Antwort auf die Frage entnommen werden, welche exakten Tätigkeitsbereiche unter der Ägide der etablierten Sportverbände verbleiben sollen. Ebenso wenig wird klargestellt, wer den Vorgang eines Ausschreibungsprozesses überwachen soll. Der Vorschlag, dass dies durch den monopolistischen Sportverband erfolgen soll, kann bereits aufgrund der Tatsache, dass der Sportverband zur Verfolgung der Verbandszwecke auf Einnahmen aus unternehmerischer Tätigkeit angewiesen ist, nicht überzeugen. Neben der anzuzweifelnden¹⁶⁴ grundlegenden Notwendigkeit einer vollständigen Trennung regulatorischer und kommerzieller Aktivitäten eines Sportverbandes ist fraglich, wie die beschriebene Entflechtung praktisch umgesetzt werden soll, zumal Sportverbände als Monopolisten dazu neigen werden, ihre überragende Machtstellung zu verteidigen und die finanziellen Möglichkeiten eines Sportvermarkters aller Wahrscheinlichkeit nach nicht freiwillig abgeben werden. In diesem Kontext halten *Weiler, Maduro, Mavroidis und Weatherill*¹⁶⁵ fest, dass das Unbundling lediglich durch ein gesetzgeberisches Einschreiten erreicht werden könne. Eine vollumfängliche Abkapselung des operativen Bereichs von Sportverbänden scheint jedoch schwerlich mit der verfassungsrechtlich und unionsrechtlich geschützten Verbandsautonomie¹⁶⁶ in Einklang zu bringen.¹⁶⁷ Diesbezüglich wird erneut die Frage relevant, ob eine gegebenenfalls geänderte europäische Rechtslage überhaupt gegenüber in der Schweiz ansässigen Sportverbänden

Bindungswirkung entfalten würde.¹⁶⁸ Im Gegensatz dazu wirkt sich der „Brüssel/Luxemburg-Effekt“ sowohl auf den Binnenmarkt als auch auf transnationale Märkte aus.¹⁶⁹ Nach den zu teilenden Einschätzungen der europäischen Rechtspraxis ist die Doppelrolle von Sportverbänden deshalb grundsätzlich zulässig. Bei weitreichenden Interessenkonflikten sind die vom monopolistischen Sportverband ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen jedoch einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen, insbesondere erneut am Maßstab des Meca-Medina-Tests. Daneben sind im Rahmen von Zulassungsverfahren durch die monopolistischen Sportverbände im Voraus konkret festgelegte, objektive, transparente und nichtdiskriminierende Genehmigungsbestimmungen in den Verbandsstatuten erforderlich.

E. Fazit

Sowohl das Ein-Platz-Prinzip als auch die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und Vermarkter fallen grundsätzlich in den Schutzbereich der grundrechtlich und unionsrechtlich verankerten Verbandsautonomie. Ebendiese sportrechtlichen Phänomene können als solche zwar nicht abschließend bewertet werden, sie sind im Grundsatz jedoch als wettbewerbskonform einzustufen. Anders verhält es sich jedoch bei einzelnen Maßnahmen, welche die monopolistische Sonderrolle der Sportverbände abzusichern suchen. So wurde in zahlreichen Gerichtsverfahren geurteilt, dass die einzelnen Maßnahmen und allgemeinen Verbandsregelungen Eingriffe in den sportrechtlichen Wettbewerb darstellten und aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit auch nicht gerechtfertigt waren. Der in der Judikatur auszumachende Abwärtstrend ist jedoch nur auf eine diskriminierende Ausgestaltung der jeweiligen sportverbandlichen Regelungen zurückzuführen und beruht nicht auf einer grundsätzlichen Wettbewerbswidrigkeit. Diesbezüglich kann insbesondere eine möglicherweise künftige kartellrechtliche Bewertung der bereits vor Urteilsverkündung des ESL-Verfahrens geänderten UEFA-Genehmigungsregeln für internationale Klubwettbewerbe (UEFA ARICC)¹⁷⁰ mit großer Spannung erwartet werden.

Die Forschungsfrage aufgreifend, ist somit das Ergebnis festzuhalten, dass sowohl das Ein-Platz-Prinzip im Sport als auch die Doppelrolle von Sportverbänden als Verwalter und

¹⁶² *Heermann*, Sports Governance durch Kartellrecht am Beispiel der Zulassung neuer Sportwettbewerbe, ZWeR 2023, S. 128 (139).

¹⁶³ EU-Kommission, Entsch. v. 8.12.2017 - C(2017) 8240, Rn. 339-342 – International Skating Union's Eligibility rules.

¹⁶⁴ S. auch *Haug* (Fn. 149), S. 252 ff.

¹⁶⁵ *Weiler/Maduro/Mavroidis/Weatherill*, Only the EU can save football from itself, <https://www.euronews.com/2021/11/12/only-the-eu-can-save-football-from-itself-view> [Stand: 12.12.2023].

¹⁶⁶ S. C. I. 2.

¹⁶⁷ Vgl. *Heermann* (Fn. 145), S. 128 (135).

¹⁶⁸ S. C. I. 1.

¹⁶⁹ *Heermann* (Fn. 145), S. 128 (139).

¹⁷⁰ Daran Zulässigkeitszweifel erhebend *Haug*, European Superleague Company vs. UEFA und FIFA – Unentschieden mit Verlängerung, SpoPrax 2024, 69 (74).

Vermarkter im Grundsatz aufrechterhalten werden können. Um den Austragungsort der vielfältigen Interessenkonflikte zwischen den monopolistischen Sportverbänden und den anderen Stakeholdern jedoch von den Gerichten weg zu verlagern, liegt es nun an den Sportverbänden, eine nicht

wettbewerbsbeschränkende Ausgestaltung des Ein-Platz-Prinzips in ihren Satzungen und Aufnahmeordnungen zu etablieren. Sofern dem nicht nachgekommen wird, muss weiterhin der Rechtsweg beschritten werden.

Conrad Metz: Breaking Boundaries – Assessing the African Union’s Legal Position on Self-Determination

The author is a law student in his 7th semester (University of Bayreuth). The article was written as part of the seminar “Researching key issues in African Law” (einfaches Seminar) with Prof. Dr. Thoko Kaime (Chair of African Legal Studies).

A. Introduction

The Organization of African Unity (OAU) was founded in 1963 as an umbrella association for the African continent in Addis Ababa. The charter of the OAU was signed by Heads of State and Governments of 32 independent African states at the end of the Addis Ababa conference.¹ The key aims of the OAU were to encourage political and economic integration among member states and to eradicate colonialism from the African continent. This is highlighted in the article II Charter of the OAU:

1. The Organization shall have the following purposes:

- (a) To promote the unity and solidarity of the African States;*
- (b) To coordinate and intensify their cooperation and efforts to achieve a better life for the peoples of Africa;*
- (c) To defend their sovereignty, their territorial integrity and independence.*
- (d) To eradicate all forms of colonialism from Africa; and*
- (e) To promote international cooperation, having due regard to the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights.²*

The Colonial borders in Africa have long been accepted as sacrosanct and not to be tampered with.³ The OAU declared that “all Member States pledge themselves to respect the borders existing on their achievement of national independence”, in other words to the principle of the inviolability of colonially inherited territorial integrity.⁴ In the African context, the term *uti possidetis* entailed converting colonial borders into international boundaries since its launch in 1964.

In addition to the OAU Charter, the Banjul Charter also exists. This charter sets out a catalogue of human rights which is based more or less on the respective UN Charter.

The current basis of Human Rights in Africa is the African Charter on Human and Peoples’ Rights, which due to its drafting in Banjul (Gambia), is also referred to as the Banjul Charter. This Charter was adopted in 1981 at the Assembly of the Member States of the OAU and came into force in October 1986.⁵

The Banjul Charter not only provides individual rights, but also rights designed for larger groups. These collective rights such as the right for self-determination or the right of decolonization can be proclaimed by the said groups.⁶

The OAU was disbanded on July 9th 2002 by its last chairman, the South African President Thabo Mbeki and replaced by the African Union. The African Union (AU) was established in 2001 as a continental organization aimed at promoting peace, stability, and development on the continent.

Despite the fact, that the Banjul Charter was issued by the OAU, it still applies for the AU, as it had decided to adopt the Banjul Charter into its rules and regulations.⁷ Due to this decision the AU has the obligation to respect and protect the principles of the Banjul Charter.

The effectiveness of the AU is widely debated and an evaluation of the AU’s legal stance in secessionist and self-determination movements in post-colonial Africa is necessary to assess its ability to effectively promote peace, stability, and development on the continent.

Self-determination is the most important term in this research project as the key reason of secession is self-determination, thus making it very important to define this word. During the French Revolution, self-determination was declared to be a right of

¹ *Edo/Olanrewaju*, An Assessment of the Transformation of the Organization of African Unity (O.A.U.) to the African Union (A.U), 1963 - 2007, Journal of the Historical Society of Nigeria, vol. 21 (2012) p. 41.

² Charter of the Organization of African Unity article II.

³ *Bereketeab*, Self-determination and secession in: Bereketeab, Redie [ed.], Self-Determination and Secession in Africa (2015) p. 6.

⁴ *Kuwali*, Acquisition of autonomy – Application of the right of self-determination in Africa in: Bereketeab, Redie [ed.], Self-Determination and Secession in Africa (2015) p. 23.

⁵ *Bortfeld*, Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte (2005) p. 35.

⁶ *Doehring*, International Public Law (2004) no. 1004.

⁷ Assembly/AU/Dec.49(III) Rev.1.

nations to achieve statehood and sovereignty.⁸ Since then, self-determination has become a political instrument in the quest by nations to determine their own future destiny.

During the course of this research activity, it was found that several authors were able to determine four types of self-determination movements in Africa.⁹ The first instance are cases in which countries, that gained their independence after colonialism, were forcibly annexed by the neighbouring countries. This will be highlighted below by the cases of Namibia and Western Sahara. In the case of Namibia, the OAU was able to pave the way of Namibia's independence by lobbying at the United Nations (UN) to allow Namibia a seat at the UN General Assembly. For Western Sahara, the OAU was not able to find a decisive policy and had internal conflict between the leaders that were part of the OAU, given they had different opinions regarding the issue.¹⁰

The next instance of self-determination movements are cases in which parts of the country had secessionist sentiments and tried to secede from the postcolonial state. In most cases these movements were triggered by the absence of colonialism. The movement of Biafra falls into this category.

Rather distinct instances are cases in which countries rescinded their voluntary union with another country. This rather particular but complex issue will be highlighted in the case of Somaliland.

The last form of self-determination movement are movements that are not based on colonialism, but achieved independence. This case has been seen in South Sudan, in which this country was able to claim its statehood.

This research will have its main focus on Namibia, Western Sahara, Biafra, and Somaliland. In order to do so, the following sections will provide a brief overview of the historical, political, and geo-political context of the state in question and then expand on the legal stance of either the Organization of African Unity or African Union to evaluate its effectiveness.

B. The different forms of self-determination movements

I. Category 1: Self-determination as a cause of forced annexation

These cases of self-determination are cases in which the neighboring countries wanted to annex the country after the disappearance of the colonial powers.

1. Namibia

A prime example of this form of self-determination is Namibia, formerly known as South West Africa.

During World War I South African armies, under the leadership of General Jan Smuts and Louis Botha, invaded German South West Africa. The South African Armies outmanned and outmaneuvered the German forces in matter of a few weeks. Botha took Windhoek, the capital of Namibia, and on behalf of the Entente set up an interim military administration in July 1915.¹¹

In 1929 the League of Nations was persuaded by evidence provided by European settlers that South West Africa was not prepared for independence. Consequently, the international community decided to grant South Africa a guardianship under a system of mandates. Through this guardianship, South Africa was able to take full legislative and administrative control and install the same racial discriminatory laws it had set in place domestically. The UN, the successor of the League of Nations, wanted to reassess the situation in South West Africa and replace the mandate with an international supervision by implementing the United Nations Transition Assistance Group (UNTAG) in 1978.¹²

This new idea of replacing the mandate with UNTAG established by the UN was however considered an intrusion by South Africa as it had taken over the role as a colonizer and not as a benevolent guardian.¹³ The interest of South Africa was to annex South West Africa. South Africa even tried to persuade the UN General Assembly that the inhabitants desired the annexation.¹⁴

The OAU established the OAU Liberation Committee in 1963 with the goal to assist with financial, military, logistical aid

⁸ Kolla, The French Revolution, the Union of Avignon, and the Challenges of National Self-Determination, Law and History Review (2013) p. 781.

⁹ Bereketeab, Self-determination und Secession - a 21st Century Challenge to the Post-colonial State in Africa, The Nordic Africa Institute (2012) p. 1.

¹⁰ Hasnaoui, Morocco and the African Union: A New Chapter for Western Sahara Resolution?, Arab Center for Research & Policy Studies (2017) p. 8.

¹¹ Sparks/Green, Namibia: The Nation after Independence (1992) p. 8.

¹² United Nations, Historical Background <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/untagS.htm> [accessed on 27 May 2023].

¹³ Adeoye, The OAU and the Namibian Crisis 1963 - 1988. The African Review: A Journal of African Politics, Development and International Affairs, vol. 16, no. ½ (1989) p. 100.

¹⁴ Gilchrist, Trusteeship and the Colonial System. Proceedings of the Academy of Political Science, vol. 22, no. 2 (1947) p. 100.

liberation and self-determination movements in Africa, as can be seen in the resolution for dissolution of this committee.¹⁵ In particular the South West Africa People's Organization (SWAPO) was aided during the fight against the apartheid based South Africa to end its considered, illegal occupation of Namibia.

Another important factor was the decision of the International Court of Justice (ICJ) in 1971, in which it declared that South Africa was in no right to rule Namibia.

“In its Advisory Opinion of 21 June 1971, the Court found that the continued presence of South Africa in Namibia was illegal, and that South Africa was under an obligation to withdraw its administration immediately.” - ICJ decision of 1971

Following the declaration of the ICJ, the OAU passed the resolution AHG/Res. 65 (VIII) with the call for an immediate withdrawal of South Africa from Namibia.¹⁶ The OAU did not only pass this resolution but also continued to pass more resolutions to show Namibia its support. Furthermore, the OAU successfully lobbied for allowing SWAPO to be accepted in the UN with an observer status. The success of this lobbying was documented in the UN resolution A/RES/31/152 and A/RES/43/160.

“Noting that the Organization of African Unity and the non-aligned countries have recognized and invited the South West Africa People's Organization to participate in their meetings in an observer capacity”.¹⁷

This shows the major work the OAU has done to help the situation of Namibia as namely: the revocation of South Africa's Namibian mandate in the resolution 2145 (XXI)¹⁸, the establishment of the UN Council for Namibia intended as an interim government, the adoption of the Name Namibia for the territory, the recognition of SWAPO as the sole representative of the Namibian people in the Resolution 385¹⁹ and also helped SWAPO to be represented and respected in the international community.²⁰ Furthermore, the OAU with support of other Member States was able to universally declare apartheid as a

crime against humanity.²¹ This declaration was documented in the Tehran Conference in 1968.²²

The independence of Namibia in 1990 and the earlier recognition by the OAU in 1975 as well as by the UN in 1976 shows that the OAU was able to achieve one of its principal goals, the goal of promoting peace and security for all people of Africa. Furthermore, it shows that the Banjul Charter and in particular its article 20 (3) works and ensures basic human rights. This specific article obliges states to protect and aid liberation movements.

*“All peoples shall have the right to the assistance of the States parties to the present Charter in their liberation struggle against foreign domination, be it political, economic or cultural.”*²³

After the declaration of the ICJ, the OAU and the UN put all their efforts into Namibia and aided them to independence. This has been a remarkable international effort. Looking back at the achievement of the OAU, the mechanism that have been set in place (noteworthy the resolutions 2145, 385), have played a key-role in this regard. The struggle for independence of Namibia can be considered as a successful case.

2. Western Sahara

Another great example for the category 1 type of self-determination movement is Western Sahara.

Spanish colonialism in the north-west part of Africa officially began in 1884. Up until the 1970s Spain had, to a certain degree, administrative control of the region after officially decolonizing. But Spain was faced with increasing resistance from the population of Western Sahara. Morocco and Mauritania had made plans on claiming the land of Western Sahara. Morocco made their claim on historical context and Mauritania based their claim on the shared dialect, cultural history and geopolitical expediency.²⁴ In 1975 the International Court of Justice (ICJ) was able to decide that the claims of Morocco and Mauritania respectively, had no basis.²⁵

¹⁵ AHG/Res. 228 (XXX).

¹⁶ AHG/Res. 65 (VIII).

¹⁷ UN General Assembly, Observer status for the South West Africa People's Organization, 20 December 1976, A/RES/31/152, <https://www.refworld.org/docid/3b00f0e63c.html> [accessed on 27 May 2023].

¹⁸ United Nations, U.N. General Assembly Resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, https://www.aalco.int/9thsession/Part_19.pdf [accessed on 15 May 2023].

¹⁹ UN Security Council, Security Council resolution 385 (1976) [Namibia], 30 January 1976, S/RES/385 (1976), <https://www.refworld.org/docid/3b00f1732c.html> [accessed 15 May 2023].

²⁰ Adeoye (n. 13) p. 101.

²¹ Gawanas, Namibia and the African Union (2014) p. 256.

²² Tehran Conference, 22 April–13 May 1968, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf [accessed on 17 May 2023] p. 4.

²³ Article 20 (3) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

²⁴ Porges, Western Sahara and Morocco: Complexities of Resistance and Analysis in: de Vries, Lotje/Engleberts, Pierre/Schomerus, Mareike [eds.], Secessionism in African Politics (2019) p. 133.

²⁵ Porges (n. 24) p. 134.

*“The Court concludes that at the time of colonization by Spain there did not exist between the territory of Western Sahara and the Mauritanian entity any tie of sovereignty, or of allegiance of tribes, or of simple inclusion in the same legal entity”*²⁶

Disregarding the decision of the ICJ, Spain still signed the Madrid Accords, thereby dividing the territory between Morocco and Mauritania.²⁷ This had the consequence that the “Popular Front for the Liberation of Saguia el-Hamra and Río de Oro” (POLISARIO), which was formed by natives that had to stop the fight against the colonial power of Spain and focus its efforts against Morocco and Mauritania respectively.²⁸ Initially the goal of the POLISARIO Front was to *“Opt for revolutionary violence and armed struggle as the means by which the Saharawi population can recover its total liberty and foil the maneuvers of Spanish colonialism”*²⁹

During this time the Sahrawi Arab Democratic Republic (SADR) was proclaimed as the government of Western Sahara, with the government in exile in Algeria, by the POLISARIO Front on the 27th of February 1976 and later recognized and admitted by the OAU in 1984.³⁰

Since the beginning of the movement, Algeria had supported the POLISARIO front with political, military and diplomatic backing. Libya endorsed in cooperation of the OAU Liberation Committee, the entry of the POLISARIO into the OAU. With the efforts of Algeria and Libya the issue around Western Sahara was allowed to be re-opened and discussed as shows resolution of the OAU AHG/Res. 92 (XV).

Following a number of subsequent summits held throughout the continent, particularly the Addis Ababa Summit, where a SADR delegation was invited to attend the conference, the Moroccan delegation left the meeting, later stating that the invitation extended to the SADR delegation was unacceptable for them and resigned from the OAU.³¹

In 1991 the United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO) was established by Security Council resolution 690 of 29 April 1991 (S/RES/690(1991)) in accordance with settlement proposals accepted on 30 August 1988 by Morocco and the Frente Popular para la Liberación de Saguia el-Hamra y de Río de Oro. The main mission of this

mandate was to supervise a referendum to determine the future of the Western Sahara:³²

“Decides to establish, under its authority, a United Nations Mission

*for the Referendum in Western Sahara in accordance with the report of 19 April 1991”*³³

MINURSO, with support of the AU, implemented measures to safeguard human rights. Furthermore the AU was instrumental in helping to provide humanitarian aid to refugees. Through this work MINURSO was key to alleviate some of the suffering experienced by the people of SADR.

The OAU was never able to come to a decision with regards to the issue of Western Sahara and never managed to find a solution either. After analyzing the withdrawal of Morocco from the OAU it shows that the OAU had no power as Morocco could do what it wanted to and not being interested in the prosperity of the African continent either. If it was so easy for Morocco to leave the organization it means that the actions the OAU can take are not respected and even its stance within Africa would not be respected.

„It started to be spoken of internationally as the „Dictators Club“, where corruption and authoritarianism prevailed among its members, who became caught up in proxy disputes fought on behalf of the Cold War superpowers.”³⁴

In 2017, after 33 years of staying out of the OAU/AU, Morocco re-entered the AU. Banerjee argues that this does not mean that the Moroccan entry to the AU results in a state recognition. It only means that as a Member of the AU, Morocco has obligations under the Constitutive Act of the African Union. This means that all obligations are applicable between Morocco and SADR, both members of the AU.³⁵ This interpretation seems reasonable as it only means that there is a certain normative respect between both states, which obviously is a step to the future.

Although these actions can help in the short term, these are not proactive measures. In the case of SADR, they merely try to “make the best” of the situation. Looking back on the effectiveness of the AU measures that resulted from their

²⁶ Advisory Opinion of 16 October 1975 of the ICJ.

²⁷ Hasnaoui, Morocco and the African Union: A New Chapter for Western Sahara Resolution?, Arab Center for Research & Policy Studies (2017) p. 3.

²⁸ Besenyö, Guerilla Operations in Western Sahara: The Polisario versus Morocco and Mauritania, Connections: QJ 16 (2017) p. 24.

²⁹ Political Manifesto of May, 10 1973, Sahara Libre (Polisario Front, Algiers) No 13.

³⁰ Hasnaoui (n. 27) p. 1.

³¹ Dahmani, 12 November 1984: When Morocco withdrew from the Organization of African Unity, Yabiladi (2017).

³² Balboni, Peacekeeping Operations in Situations of Conflict: The Case of MINURSO in: Besenyö, János/Hddleston, R. Joseph/Zoubir, Yahia H. [eds.], Conflict and Peace in Western Sahara (2021) p. 1.

³³ S/RES/690 (1991).

³⁴ Hasnaoui (n. 27) p. 9.

³⁵ Banerjee, Moroccan Entry to the African Union and the Revival of the Western Sahara Dispute, Harvard International Law Journal (2017) p. 36.

resolutions and legal framework, these were not effective for the SADR.

As an example, the Resolution Assembly/AU/Dec.693(XXXI) only reiterates the need for support of the UN-led missions, this is a great notion, but it will never develop into an actual solution. Not at least if all countries do not work for the same solution. This Morocco does not consider as a realistic solution from their perspective.

Since being founded in 1976 SADR has not gained independence and the issue is still a pending issue, waiting for a solution. This goes to show that MINURSO was a failure, it has been more than 30 years and the international community is no closer to a solution. Some factors that caused this are the limited resources given to the mission, despite its complex mandate and the biased approach of some members of the UN Security Council. Examples of biased members are the United States and most importantly France, both which have a good relationship with Morocco.³⁶

II. Category 2: Self-determination as a cause of secession from the postcolonial state

In the case of the Biafra region in Nigeria the self-determination movement started as a secession from the postcolonial state. In this case, the country inherited the border from the colonial powers but some people in the nation did not feel part of the new postcolonial state. Here, the larger political party used force or oppression to prevent this movement. The use of force was justified by arguing that these movements would disturb the safety and stability of the country.

Biafra

In 1966, the newly independent government of Nigeria faced a secessionist movement in the eastern region, where the ethnic group of the Igbo dominated. The secessionist movement, led by the Igbo political leader Chukwuemeka Odumegwu Ojukwu, declared the independent state of Biafra. The state fought a three year-war for self-determination but suffered defeat by the federal forces in 1970.³⁷

The fact that there was a long civil war with many deaths shows that the Nigerian government was not able to find a cohesive solution between all ethnicities in Nigeria as well as the bad

governing by using violence against the ethnic movements. In fact, the use of violence backfired which led to a growth of ethnic and regional “republics” in Nigeria.³⁸

As mentioned above in the introduction the OAU was formed in 1963, so the “Biafra uprising” that started in 1966 was a new confrontation of the organization and it did not know how to approach this situation. The only usable legal text in this case was the Charter of the OAU that proclaimed in article II

*“To defend their sovereignty, their territorial integrity and independence”.*³⁹

And in article III it stated that:

*“Respect for the sovereignty and territorial integrity of each State and for its inalienable right to independent existence.”*⁴⁰

Upon reading these articles it seems coherent that the OAU and its Member States did not consider helping the Biafra movement as these articles affirm that the states should mutually respect each other, and their territorial boundaries. This respect must arise even in the cases of intra-national disputes thus creating a duty not to support secessionist movements or to recognize the legitimacy of any secession movement. That this interpretation of the articles results in this form of duty can be seen in the stances of the African states regarding similar issues, such as Southern Sudan and Eritrea.⁴¹

Another evidence that this interpretation is *lex communis*, is that the OAU finalized the resolution AHG/Res. 51 (IV) in which it had stated that the issue in Nigeria was of an internal kind and so handed over the responsibility to Nigeria.

*“Recognizing that situation as an internal affair, the solution of which is primarily the responsibility of Nigerians themselves,”*⁴²

The OAU took a strong stand in favor of Nigeria and established a Consultative Committee of six heads of state to investigate the Nigerian situation. The OAU and the Consultative Committee was very much in favor of the unity of Nigeria and the suspension of the conflict between the two parties. That this is the case can be seen in the Resolution of the OAU established in 1960:

“APPEALS solemnly and urgently to the two parties involved in the civil war to agree to preserve in the overriding interest

³⁶ Solà-Martín, Lesson from MINURSO: A contribution to a new thinking, International Peacekeeping, Issue 13 (2006) p. 366.

³⁷ Onuoha/Obi, Nigeria and the Biafran war of secession in: Bereketeab, Redie [ed.], Self-Determination and Secession in Africa (2015) p. 180.

³⁸ Ukiwo, Violence, Identity Mobilization and the Reimagining of Biafra, AJOL Vol. 34 No. 1 (2009) p. 12.

³⁹ Article II Charter of the OAU.

⁴⁰ Article III Charter of the OAU.

⁴¹ Blay, Changing African Perspectives on the Right of Self-Determination in the Wake of the Banjul Charter on Human and Peoples' Rights, Journal of African Law, vol. 29, no. 2 (1985) p. 147.

⁴² AHG/Res. 51 (IV).

of Africa, the unity of Nigeria and accept immediately suspension of hostilities and the opening without delay, of negotiations intended to preserve unity of Nigeria and restore reconciliation and peace that will ensure for the population every form of security and every guarantee of equal rights, prerogatives and obligations;"⁴³

The stance of the OAU is very clear in this case. The highest priority of the country is the ensuring the sacrosanctity of the borders. It is arguable that in this case the legal stance of the OAU was effective, as the resolutions stated that the borders should not be changed. Whether this stance is healthy for the future of Africa and the African Union, is another question.

III. Category 3: Self-determination as a cause of rescission of voluntary annexation

This section analyzes the legal stance of the African Union regarding the difficult and complex situation in Somaliland.

Modern Somaliland is a composition of the former British protectorate of Somaliland and the former UN Trusteeship under the administration of Italy in 1960. The Isaaq clan, a clan that was predominant in the northern region, had been marginalized and thus an all-out civil war given over the time period 1988 to 1991.⁴⁴

Founded by a group of Isaaq people living in Saudi Arabia in April 1981, the Somali National Movement (SNM) was created with the objective of overthrowing Siad Barre's dictatorial government.⁴⁵ The *de facto* Republic of Somaliland was founded on May 18th of 1991, when the leaders of SNM and other representatives of other northern clans met at the Grand Conference of Northern Peoples and recalled the 1960 Act of Union, which had unified the British colony and the Italian Trusteeship. The authorities of Somaliland called for independence using multiple arguments in their favor.⁴⁶

Naturally, the question arises what the stance of the AU is and in what way the AU supported the independence movement of Somaliland. The documents of the OAU and the AU have emphasized the inviolability of borders. The AU based their stance on the Charter of the OAU and the Constitutive Act of the African Union, in this case especially article 4b:

"Respect of borders existing on achievement of independence"

Adding to that, it may be argued that, by voluntarily joining a union and later rescinding its independence, Somaliland consummated its right of self-determination by using self-determination to join a union. Consequently, it cannot revoke that right of self-determination.⁴⁷

In 2005 President Dahit Rayale Kahin of Somaliland submitted its application for its acceptance into the AU. As a result, fact-finding missions had been issued by the AU to Somaliland in 2005 and 2008. Both Missions came back with the same result: The claim of Somaliland is different to all other claims and should be judged "from an objective historical viewpoint and moral angle vis-à-vis the aspiration of the people".⁴⁸

Somalia's Transitional Federal Government (TFG), which is struggling to establish its authority in southern Somalia is strongly in opposition of the independence.⁴⁹

The most important aspect of recognition Somaliland wishes to have, is to be admitted to the AU. According to article 20 of the Constitutive Act of the African Union this approval would require the simple majority of the member states.

"1. Any African State may, at any time after the entry into force of this Act, notify the Chairman of the Commission of its intention to accede to this Act and to be admitted as a member of the Union.

*2. [...] shall be decided by a simple majority of the Member States."*⁵⁰

The issue of the recognition of statehood has to be assessed based on objective and subjective criteria, including the attitude of individual governments and geopolitical interests of these governments.⁵¹

The most accepted objective criteria are the Montevideo criteria that have been codified in the 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States. The Convention states that the criteria for statehood include a permanent population, a defined territory, government, and the capacity to entertain diplomatic relations.⁵²

⁴³ AHG/Res. 58/Rev. 1 (VI).

⁴⁴ Lewis, Understanding Somalia and Somaliland - Culture, History, Society (2009).

⁴⁵ Hoch/Rudincová, Legitimization of Statehood in de facto states: a case study of Somaliland, AUC Geographica 50/1 (2015) p. 40.

⁴⁶ Bradbury et al., Somaliland: Choosing Politics over Violence, Review of African Political Economy, vol. 30, no. 97 (2003) p. 457.

⁴⁷ Hoehne, Against the Grain: Somaliland's Secession from Somalia in: de Vries, Lotje/Engleberts, Pierre/Schomerus, Mareike [eds.], Secessionism in African Politics (2019) p. 254.

⁴⁸ Presidency of Somaliland, The recognition of Somaliland – Growing international engagement and backing (2013) p. 2.

⁴⁹ International Crisis Group, Somaliland: Time for African Union Leadership, International Crisis Group Africa Report, n. 10 (2006) p. i.

⁵⁰ Constitutive Act of the African Union, Lomé (Togo), 11 July 2000, article 29.

⁵¹ International Crisis Group (n. 45) p. 10.

⁵² "Convention on the Rights and Duties of States", signed at Montevideo, 26 December 1933.

Overall Somaliland satisfied each criterion. The territory was clearly marked by its colonial borders which have been demarcations made by British colonial rule. Evidence that Somaliland exercised its power of the territory is that in 2014 Ethiopia and Somaliland agreed on a transit cooperation.⁵³ According to the Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation of Somaliland, Somaliland has a population of 5.7 million people⁵⁴, Somaliland issues passports and South Africa is one of the countries which accepts this form of identification.

Somaliland established a government that mainly relies on community-based leadership and an inclusive council of elders in terms of an effective and powerful political structure. In December 2002 Somaliland took the first step towards changing this system by holding multi-party elections for district councils. These were followed in April 2003 by presidential elections.⁵⁵

Additionally, Somaliland had held elections for its parliament in 2005 and lastly in 2021. Its presidential elections had taken place in 2003, 2010 and 2017.⁵⁶ The fact that elections are held on a regular and periodic basis suggests that Somaliland has a functioning political system. In comparison to Somalia and Puntland, the administration of Somaliland is rather stable.⁵⁷

In regard to the criterion of diplomatic relations, Somaliland has fared well, it has established offices in Addis Ababa, Djibouti, London, Sana, Nairobi, Washington DC, Brussels, South Africa, Sweden and Oslo, and its passport are recognised by South Africa, Kenya, Djibouti, and Ethiopia.⁵⁸

This shows that Somaliland fulfills each criterion of statehood and therefore, in accordance with the Montevideo Convention, should claim full rights for statehood. It is now the job of the surrounding countries and the AU to accede to their claim for statehood.

The problem is that the fulfillment of the Montevideo Criteria is not enough.

It is in Africa where the international resistance to recognizing Somaliland begins. That this is the case, can be seen in the comment of David Shinn, a former US ambassador to Ethiopia:

*“There is considerable sympathy for what Somaliland has achieved by way of internal stability, free elections, and the initiation of a democratic system of government. But the U.S. and Western countries tend to defer to the African Union when issues concerning boundary change or sovereignty arise in Africa. It is highly unlikely that the U.S. would move to recognize Somaliland before the African Union did so or, at a minimum, several key African states opted to do so.”*⁵⁹

As mentioned above the African Union retained many features of its predecessor, including its commitment to the unity and territorial integrity of member states. Now that Somalia is a member of the AU it would violate the law to accept Somaliland into the AU before it is not an official country.

Other arguments Somaliland used to claim its statehood are the *uti possidetis*, and that the case of Somaliland is not a secessionist one but merely the dissolution of a voluntary union.

The argument of *uti possidetis* is based on the respect of pre-existing boundaries.⁶⁰ The case of Somaliland is based on the fact that it already had a border as an independent country, this border had been established by a treaty formed by the colonial powers in 1960. The borders that Somaliland acquired at independence were those of the British Protectorate of Somaliland, not the Somali Republic. Therefore, an independent Somaliland could be considered as meeting the requirements of *uti possidetis* and technically compliant with article 4 of the Constitutive Act of the AU.⁶¹

The other argument brings the idea forward, that the case of Somaliland is not a case of secessionism but of dissolution of a voluntary union. The dissolution of the union should not be a problem as there are some AU member states that are a result of a failed union, e.g., Egypt. Egypt was part of the United Arab Republic, which failed because of the Syrian coup d'état in 1961.⁶² Egypt entered the AU as a member in 1963.⁶³ Following this idea, it should not be any problem for Somaliland to enter the AU after being recognized.

As a more extreme example the AU even accepted states that had no full independence at the time of acceptance. This is the case, as mentioned above, with the Democratic Arab Sahrawi

⁵³ Curated Content “Ethiopia and Somaliland agree on importance of transit cooperation mechanisms” *Horn Affairs* (2014).

⁵⁴ *Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation Somaliland*, Republic of Somaliland: Country Profile 2021 (2021) p. 13.

⁵⁵ *Bradbury* (n. 46) p. 455.

⁵⁶ Hadia Medical Swiss, Report on Elections in Somaliland, <https://www.hadiamedical.ch/DE/pdf/Somaliland%20Elections.pdf> [accessed on 8 August 2024].

⁵⁷ *Beyene*, Declaration of Statehood by Somaliland and the Effects of Non-Recognition under International Law, *Beijing Law Review* 10, no. 1 (2019) p. 197.

⁵⁸ *The Brenthurst Foundation*, African Game Changer? The Consequences of Somaliland’s International (Non) Recognition-Discussion Paper 2011/05, (2011) p. 22.

⁵⁹ *Shinn*, Somaliland and U.S. Policy, *The Journal of the Anglo-Somali Society*, No. 38 (2005) p. 40.

⁶⁰ *International Crisis Group* (n. 49) p. 15.

⁶¹ *International Crisis Group* (n. 49) p. 16.

⁶² *Al-Gumhuriyah al-Arabiyyah al-Muttahidah*, "Chapter 18: The United Arab Republic" in: Oron, Yitzhak [ed.], *Middle Eastern Record Volume 2* (1961) p. 577.

⁶³ African Union, Member States, https://au.int/en/member_states/countryprofiles2 [accessed on 9 June 2023].

Republic. In this case SADR was able to be accepted into the OAU without having full autonomy over its territory.

The decisions made by the OAU/AU often appear inconsistent. The SADR was accepted into the AU, whereas Somaliland not. Despite Somaliland being a functioning country, meeting all Montevideo criteria, it still remains unrecognized. Its current objective is not to secede, but to dissolve this voluntary union.

C. Reasons why the OAU/AU discouraged self-determination

In the past there had been many reasons as to why African States and therefore the OAU discouraged the secessionist self-determination. From these reasons two arguments were predominant. The first argument was that self-determination opposes the idea of African Unity and secondly, that a certain “domino effect” would ensue if one state successfully claims its independence.

The background of the first argument is that self-determination promotes territorial division and therefore would stand against the goal of unity in the African continent. That this theory is predominant can be shown by looking at the views African leaders had. For example President Nyerere of Tanzania stated that the secession of Biafra was a set-back for the African Unity.

*“Africa needs unity. We need unity over the whole continent, and in the meantime we need unity within the existing States of Africa. It is a tragedy when we experience a setback to our goal of unity. But the basis of our need for unity, and the reason for our desire for it, is the greater well-being, and the greater security, of the people of Africa. Unity by conquest is impossible.”*⁶⁴

It is plausible that the stance of the OAU was similar to other leaders of African countries and shows the overall political bias the OAU had. This further proves that for the leaders, territorial unity is a precondition for continental unity. Essentially territorial unity only concerns the “inter-group relations within a given state system” and continental unity is “an issue of international relations and follows the dictates of the foreign policy of the states concerned”⁶⁵. Following this idea, it means that the first stage is the territorial unity in the African

continent, thus not allowing self-determination movements as it hinders territorial integrity. Consequently, the absence of territorial unity hinders the realization of continental unity, which is and was the ultimate goal of the AU and OAU. As mentioned above, this reason was not only maintained by the AU and OAU but also from the leaders of the member states. As an example, the Emperor Haile Selassie of Ethiopia who was part of the Consultative Committee of the OAU, said in a meeting of the committee that:

*“The national unity and territorial integrity of member states is not negotiable. It must be fully respected and preserved. It is our firm belief that the national unity of individual African states is an essential ingredient for the realization of the larger and greater objective of African Unity.”*⁶⁶

The “unity argument” seems reasonable to a point where the will of the people overweighs the need for a united Africa.

The other argument that has been raised is the fear of the “domino effect” on the African continent. The “domino effect” means “a cumulative effect produced when one event sets off a chain of similar events”⁶⁷ The idea of the domino theory dates to the Cold War and started off as an expression of U.S. foreign policy in order to maintain anti-Communist and committed pro-western governments in the states of Southeast Asia. It suggests that a communist government in one nation would quickly lead to a communist takeover in neighboring states, falling like a row of dominoes.⁶⁸

In the case of Africa, it is assumed that if an ethnic group successfully claims its statehood, it may trigger the “domino theory”, as the recognition of self-determination of one ethnic group could trigger this theory and lead to chaos and instability.⁶⁹ Collins writes that allowing these secessionist groups the right of self-determination would create a state of constant instability and uprisings. Self-determination would bring anarchy rather than true self-determination.⁷⁰

Taking a closer look at Africa and international politics shows that the domino effect is not found in reality. It is indefensible as it is very much the case that an ethnically homogeneous and cohesive state like Somalia, where 85% of the population are

⁶⁴ Tanzania Government's statement on the recognition of Biafra (1968) p. 5.

⁶⁵ Blay (n 41) p. 154.

⁶⁶ Ijalaye, Was ‘Biafra’ at Any Time a State in International Law?, The American Journal of International Law, vol. 65, no. 3 (1971) p. 556.

⁶⁷ American Heritage® Dictionary of the English Language, Fifth Edition 2011, <https://www.thefreedictionary.com/domino+effect> [accessed on 22 May 2023].

⁶⁸ Silverman, The Domino Theory: Alternatives to a Self-Fulfilling Prophecy, Asian Survey, vol. 15, no. 11 (1975) p. 916.

⁶⁹ Forsberg, Do Ethnic Dominoes Fall? Evaluating Domino Effects of Granting Territorial Concessions to Separatist Groups, International Studies Quarterly, vol. 57, no. 2 (2013) p. 332.

⁷⁰ Collins, Self-Determination in International Law: The Palestinians, Case W. Res. J. Int'l L. 137 (1980) p. 150.

ethnic Somali ⁷¹, are fighting a war between themselves because part of Somaliland wants to secede from Somalia.

Conversely, Ethiopia, an ethnically diverse nation which consists of various ethnic groups such as the Oromo (25.8%) and the Amhara (24.1%)⁷², has fully embraced a united country. Ethiopia has not encountered significant problems with other self-determination movements within its borders.

Even more so, there are enough precedents outside of Africa, which counter the existence of a “domino effect”. Pakistan, for example, is still intact after the secession of Bangladesh. Malaysia is also intact after Singapore leaving.⁷³ Even in the African context there is precedent, for instance in Ethiopia. The country was intact after the war with Eritrea, and in fact they were the first country to recognize the statehood of Eritrea after its referendum.⁷⁴

As a result, both arguments have been addressed, and led to the conclusion that there is little to oppose the right of self-determination within the post-colonial climate. The more urgent issue to address is the question of how good governance in self-determination movements can contribute to broader regional stability and development.

D. Recommendations on a better management of self-determination claims

All the sections given above have analyzed the stance of the African Union. This section will however focus on recommendations regarding a better management of self-determination claims.

I. Regional Integration

Bereketeab, an Associate Professor of Sociology and Senior Researcher at the Nordic Africa Institute of Uppsala University, brings forward that regional integration could come with a number of benefits, especially for cases where there are open borders that allow free movement. Also in cultural terms, regional integration can achieve lesser conflicts between different ethnicities and can greatly empower ethnicities economically, culturally, and politically. Bereketeab argues that by supporting regional integration, improvement on two

different levels are given: on an intra-state and on an interstate level. Conflict and wars between ethnic groups may be resolved or forestalled, this is advantageous because cases of self-determination could be resolved with communication.⁷⁵

Regional integration that encourages regional peace, security, and stability will yield benefits in areas such as democratization, state-building, and economic development, and will prevent destructive nationwide conflicts.⁷⁶

Thomas Tieku, an Associate Professor of Political Science at King's University College of Western University in Canada, supports the view of Bereketeab and notes that, in order to have a peaceful co-existence on the African continent there should be regional integration.⁷⁷ Only by this integration the Pan-African ideals, the liberal principles, such as respect for the rule of law, human rights, good governance, and the participation of African citizens in public affairs and the creation of regional bodies that address cultural, ethnic, and political issues can be realized thus allowing a continent which unifies each and every one and cares for the rights of minorities that have been marginalized by governments.⁷⁸

This means that the management of security, stability and development can only be efficient and successful if a continental approach on this issue is followed.

II. Clearly defined legal framework

As discussed previously, self-determination and statehood claims have been handled differently every time. This has caused confusion and distrust of the system. In another paper Bereketeab argues that there should be less geostrategically driven interventions. A balanced and benevolent external engagement with the African continent would greatly contribute to unity, peace, security, stability, and development.

To date, the principles guiding international recognition, secession and self-determination have been highly ambiguous and contradictory. Indeed, geostrategic interests seem to determine the granting of recognition. This has created confusion and uncertainty. A uniform and predictable principles regarding self-determination and secession may spare the continent unnecessary political and legal turmoil.⁷⁹

⁷¹ CIA, The World Factbook: Ethiopia, <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/ethiopia/#people-and-society> [accessed on 22 May 2023].

⁷² CIA, The World Factbook: Somalia, <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/somalia/#people-and-society> [accessed on 21 May 2023].

⁷³ Blay (n. 41) p. 155.

⁷⁴ Alterman, Independence Movements and Their Aftermath: Evaluating the Likelihood of Success, Center for Strategic and International Studies (CSIS), (2019) p. 3.

⁷⁵ Bereketeab (n. 3) p. 14.

⁷⁶ Fábíán, France and MINURSO in: Besenyő, János/Huddleston, R. Joseph/Zoubir, Yahia H. [eds.], Conflict and Peace in Western Sahara (2021) p. 288.

⁷⁷ Tieku, Explaining the clash and accommodation of interests of major actors in the creation of the African Union, African Affairs, Volume 103, Issue 411 (2004) p. 257.

⁷⁸ Tieku (n. 81) p. 256.

⁷⁹ Bereketeab (n. 3) p. 12.

Even UN Secretary-General Boutros Boutros-Ghali, stated that endless fragmentation and disintegration would stand in the way of peace, security, and economic well-being.⁸⁰ That is why Bereketeab argues that for the claim of self-determination and secession there is the necessity of alternative mechanism and body.⁸¹

III. Support of international organizations

Regional and international organizations such as the UN, EU and AU are organizations that form the daily lives of each and every one on the world. They therefore have the utmost responsibility to enact laws and policies that will spare Africa from devastating conflicts by being clear and respect minorities and marginalized groups.⁸²

The issue here is that their resolutions are not legally binding, even though the regional and international organizations can contribute to the formation of law. Resolutions of these organizations play a significant role in creating international law, they are practiced repeatedly and consistently by the members of these organizations thus becoming customary law.⁸³

E. Summary

This research examined the different self-determination movements in Namibia, Western Sahara, Biafra, and Somaliland together with the respective roles of the African Union and the Organization of African Unity. Only in the case of Namibia was the stance of the African Union and the Organization of African Unity beneficial in the quest for independence.

The Sahrawi Arab Democratic Republic (SADR) was proclaimed as the government of Western Sahara. The Organization of African recognized this in 1984, however was not able to find a solution to the issue of Western Sahara, which is still an ongoing conflict. The most important factor was the biased approach of certain members of the UN Security

Council, as example the United States and especially France which have a good relationship with Morocco.

Biafra and Somaliland are the cases in which the OAU and the AU appears to have done little to aid these movements. In the case of Biafra, the OAU stated that this issue was an internal problem of Nigeria and that it should be solved by themselves. In the instance of Somaliland, the AU merely passed resolutions ensuring their support to the actions of the UN, but it did not have an initiative of its own.

The following arguments have been crystallized:

1. The fear that the permission of secessionist movements will stand against the idea of continental unity. This argument has been refuted, by scrutinizing the geo-political situation of Somalia and Ethiopia. In Somalia, where most of the people have the same ethnic origin, people still fight against each other. The situation of Ethiopia is comparatively calm albeit Ethiopia is one of the most diverse countries in Africa with many different ethnicities.
2. The leaders of the AU do not want the “domino effect” to happen on the continent, which means that if one part secedes then the whole country would collapse. This argument has also been refuted. Ethiopia is a well-established country, even after the secession of Eritrea.

The African Union's position has been of an ambivalent nature. On the one side, the AU has been put into place to promote peace and stability and ensure the right of self-determination based on the Banjul Charter. This part of the stance has allowed Namibia to gain its independence from the Trusteeship of South Africa. On the other side, as the successor of the OAU, the AU has a predetermined stance regarding the sacrosanctity of the borders given by the colonial powers. This policy that the AU follows is documented in several documents of the OAU and the AU. Thus, the AU must follow this doctrine and cannot allow the possibility of the secession of self-determination movements. The ambivalence of this stance can be seen, in the bipolarity of both countries SADR and Somalia.

⁸⁰ Mayall, *Sovereignty, Nationalism, and Self-Determination in: Moran, Michael [ed.], Political Studies (1999) p. 475.*

⁸¹ Bereketeab (n. 3) p. 13.

⁸² Bereketeab (n. 9) p. 4.

⁸³ Blay (n. 41) p. 152.

Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region

*Ein besonderer Dank gebührt an dieser Stelle der Rainer Markgraf Stiftung, welche durch ihre Unterstützung die Veröffentlichung der Zeitschrift als Druckausgabe ermöglicht. Dies dient nicht nur der weiteren Etablierung der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft, sondern macht sie auch im wahrsten Sinne des Wortes greifbar für unsere Leser*innen und Autor*innen. Hier erfahren Sie mehr über die Stiftung und ihre Projekte:*

Die Rainer Markgraf Stiftung mit Sitz in Bayreuth fördert seit 2014 Bildung, Wissenschaft und Forschung in den Regionen Oberfranken und Oberpfalz. Mit ihrem regionalen Fokus erinnert die Stiftung an die Bauunternehmerfamilie Markgraf. Über drei Generationen hinweg hat die Familie die Bauunternehmung Markgraf aufgebaut, weiterentwickelt und geführt. Um die Zukunft des Unternehmens zu sichern hat Rainer W. Markgraf (1956-2015) die Stiftung errichtet und ihr als vierte Generation die Verantwortung für das Erbe der Familie übergeben.

In diesem Jahr feiert die Stiftung ihr 10-jähriges Bestehen. Rund 5,5 Millionen Euro hat die Stiftung seit ihrer Gründung für Projekte in der Region ausgeschüttet. Mit einem Festakt hat die Stiftung im Juli das Jubiläum gefeiert und die Villa Markgraf eröffnet. Das einstige Wohnhaus der Familie Markgraf aus dem Jahr 1900 wurde in den letzten drei Jahren umfangreich restauriert und so weit wie möglich in den Originalzustand versetzt. Jetzt dient die Villa Markgraf als Verwaltungssitz der Rainer Markgraf Stiftung und der Oberfrankenstiftung.



Die Villa Markgraf in der Bayreuther Lisztstraße dient jetzt als Verwaltungssitz der Rainer Markgraf Stiftung. Hier finden auch Veranstaltungen der Stiftung statt.

Die Familie Markgraf beginnt ihr unternehmerisches Wirken mit der Gründung der Bauunternehmung Markgraf im Jahr 1932 in Eger (CZ). Nach seiner Vertreibung aus Eger baute Wilhelm Markgraf unter schwierigsten Bedingungen das Unternehmen in Immenreuth (Oberpfalz) neu auf. In Immenreuth entwickelte sich Markgraf über drei Generationen zu einem mittelständischen Familienunternehmen. Die enge

Bindung zur Region inspirierte die Familie zur Gründung einer Stiftung.

Diese Idee setzte Rainer W. Markgraf mit der Errichtung seiner Stiftung am 1. Juli 2014 um. Er brachte 66,8 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung Markgraf in die Stiftung ein. Seine Witwe Irene Markgraf brachte die verbliebenen 33,2 Prozent im Sinne der Familie Markgraf 2017 in die Stiftung ein. Damit hält die Rainer Markgraf Stiftung 100 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung. Der Fortbestand des Bauunternehmens Markgraf mit über 1.000 Arbeitsplätzen ist damit gesichert und das Vermögen der Stiftung gestärkt. Mit dem Tod von Jutta Markgraf im Jahr 2022 kam zudem das beträchtliche Privatvermögen der Familie in die Stiftung ein.

Mit kleinen und großen Maßnahmen engagiert sich die Stiftung seit ihrer Gründung an der Universität Bayreuth. Darunter gibt es langjährige Projekte wie die Förderung der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Die Familie Markgraf förderte schon immer Wissenschaft, Forschung und Bildung in ihrer Heimatregion. Die Stiftung setzt jetzt als vierte Generation diese Tradition fort.

Neben der Förderung von Projekten an den Universitäten und Hochschulen vergibt die Stiftung Stipendien für Ausbildung, Studium und berufliche Qualifikation.

Die Rainer Markgraf Stiftung möchte herausragende Leistungen von jungen Menschen in Forschung und Wissenschaft fördern. Deshalb vergibt die Stiftung in Erinnerung an den Gründer den Rainer-Markgraf-Preis. Er ist mit 20.000 Euro dotiert. Die Stiftung zeichnet mit dem Preis besondere Leistungen aus.

Aber auch kleine Projekte leisten einen wichtigen Beitrag, um in der Forschung und der Wissenschaft neue Horizonte zu eröffnen. So ist die Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft ein gelungenes Beispiel für überdurchschnittliches Engagement von Studierenden. Deshalb finanziert die Stiftung gerne die Herausgabe der Zeitschrift, um die erarbeiteten Beiträge interessierten Leser*innen zugänglich zu machen. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass die Beiträge von Studierenden verfasst sind und auch die redaktionelle Arbeit ausschließlich von Studierenden der Universität Bayreuth geführt wird.

Die BayZR sucht Mitwirkende!

Unsere Redaktion ermöglicht Einblicke in das wissenschaftliche Publizieren und aktuelle rechtliche Entwicklungen sowie Erfahrungen in redaktioneller und wissenschaftlicher Arbeit.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, sich mit Professor*innen, wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen und Mitstudierenden über unseren Stammtisch, Get-together und andere Veranstaltungen zu vernetzen.

Bei Interesse sprechen Sie uns gerne an!

Per Mail an:

bayzr@uni-bayreuth.de

oder über die folgenden Kontaktmöglichkeiten:



Unsere Website



[bayzr_bayreuth](#)



[Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft](#)



ISSN 2749-2362