

01/2023

Januar

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20230526-121700-0](https://doi.org/10.17176/20230526-121700-0)

Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)
Published by Verfassungsbooks, contents first published on [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)

Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28
12045 Berlin
Germany
[verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)
info@verfassungsblog.de

© 2023 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz. Um den Lizenztext einzusehen besuche creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License. To view a copy of this license, visit creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

Diese Publikation wurde im Rahmen des Fördervorhabens 16TOA045 mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung erarbeitet und im Open Access bereitgestellt.

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Klimaschutz & Versammlungsrecht Climate Protection & Right of Assembly

<i>Jakob Hohnerlein</i> Versammlungsfreiheit in Lützerath – zur Disposition von RWE und Behörden?	1
<i>Philipp Eschenhagen, Ennio Friedemann</i> Handeln erlaubt!: Lützerath und legislative Spielräume im „geltenden Recht“	6
<i>Katharina Leusch</i> Demonstrieren schwer gemacht: Das Versammlungsgesetz in Nordrhein-Westfalen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	10
<i>Philipp Schönberger</i> Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz	14
<i>Georg Freiß</i> Eigentumsverhältnisse sind antastbar: Über die mögliche Vergesellschaftung von RWE	18
<i>Antonia Boehl</i> Ausgebremst: Zur gescheiterten Verfassungsbeschwerde gegen die Nichteinführung eines Tempolimits	22
<i>Gerd Winter</i> Die strafrechtliche Undeterminiertheit von Aktionen des „Aufstands der Letzten Generation“ und wie damit umzugehen ist	25

Wahlrechtsreform Electoral Law Reform

<i>Uwe Volkmann</i> Wahlrechtsänderung mit einfacher Mehrheit?: Ein paar vorläufige Gedanken zu einer Forderung konstitutioneller Moral	29
<i>Fabian Michl, Johanna Mittrop</i> Abschied von der Personenwahl: Der Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform	33
<i>Fabian Michl, Johanna Mittrop</i> Farewell to “Personenwahl”: The Traffic Light Coalition’s Draft for the Electoral Law Reform in Germany	37

Parteienfinanzierung Party Financing

<i>Alexander Hobusch</i> Daumenschrauben für den Gesetzgeber: Eine Einordnung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Parteienfinanzierung	41
<i>Uwe Volkmann</i> Ein bisschen kleinlich: Zum jüngsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Parteienfinanzierung	45

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Cengiz Barskanmaz</i> Rechtsstaatliche und strafverfahrensrechtliche Ernüchterung nach der „Berliner Silvesternacht“	49
<i>Tjarda Tiedeken</i> Vorschlag mit Ablaufdatum: Warum eine Änderung der Verfahrensrichtlinien zur Entkriminalisierung des Containers zu kurz greift	54
<i>Patrick R. Hoffmann</i> Zur geplanten Liberalisierung des Staatsangehörigkeitsrechts	57
<i>Daniel Thym</i> Stille Revolution im Schatten des künftigen Punktesystems: Der Referentenentwurf zum Fachkräfte-Einwanderungsgesetz	61
<i>Anne Sanders, Elisabeth Faltinat</i> Judges, Political Mandates and Judicial Independence in Germany: How to Deal with Radicalised Judges?	66
<i>Tristan Rohner</i> Google zähmen: Das Bundeskartellamt wird seiner Vorreiterrolle gerecht	70

Europa Europe

Internet- & AI Regulierung Internet & AI Regulation

<i>Philipp Hacker, Andreas Engel, Theresa List</i> Understanding and Regulating ChatGPT, and Other Large Generative AI Models: With Input From ChatGPT	73
<i>Merve Hickok, Marc Rotenberg, Karine Caunes</i> The Council of Europe Creates a Black Box for AI Policy	78
<i>Konstantinos Komaitis</i> Internet collapse made in Europe: The Commission's misguided desire to undo decades of an open Internet	81
<i>Francesca Palmiotto</i> Preserving Procedural Fairness in The AI Era: The Role of Courts Before and After the AI Act	84

Antidiskriminierungsrecht Anti-Discrimination Law

<i>Eduardo Gill-Pedro</i> No New Rights in Fedotova	87
<i>Lenka Křičková, Iva Fellerová Palkovská</i> Battling the Hydra in EU Anti-Discrimination Law: ECJ Judgment Raises More Questions About Discrimination Against Self-Employed Workers	89
<i>Zuzana Vikarská</i> The many troubles of the Fedotova judgment	92

Korruption Corruption

<i>Alina Mungiu-Pippidi</i> Das Postfaktische über Korruption in der Europäischen Union	95
<i>Tilman Hoppe</i> Tougher Integrity Rules for the European Parliament	99
<i>Emilio de Capitani</i> Qatargate: The Tip of the Iceberg?	102

Verschiedenes Miscellaneous

- Laurent Pech*
7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole 105
- Alice Donald, Philip Leach*
Adapt or Die?: The Council of Europe Seeks New Ideas to Address 'Seismic Change' 108

International International

Russischer Überfall auf die Ukraine Russian invasion of Ukraine

- Tamar Hostovsky Brandes*
Annexation is in the Details: Why There Will be no Formal Annexation of the Occupied Territories 111
- Kai Ambos*
A Ukraine Special Tribunal with Legitimacy Problems?: A Reply to Günter Krings (CDU), Volker Ullrich (CSU) and Sergey Lagodinsky (Bündnis 90/Die Grünen) 114
- Maarten den Heijer*
The Dutch Asylum Policy for Russian Draft Evaders 121
- Sergii Masol*
Is Criminality a Russian Virtue Worth Cultivating?: The Bill on Crimes Committed in the Interests of Russia and Its Proxies 123

Israel Israel

- Rivka Weill*
War over Israel's Judicial Independence 126
- Eli Salzberger*
A Possible Regime Change in Israel 130
- Aeyal Gross*
The Populist Constitutional Revolution in Israel: Towards A Constitutional Crisis? 133

Türkei Türkiye

- Mahir Tokatlı*
The Sultan's Last Dance 137
- Aytekin Kaan Kurtul*
Interfering with Free Speech and the Fate of Turkey: The Criminal Defamation Case of Ekrem İmamoğlu 140

Verschiedenes Miscellaneous

- Marija Bartl, Nena van der Horst*
The Transfer of Ownership in the 'Patagonia Case': Tax Avoidance or a Step toward a Non-Extractive Economy? 143
- Agustín Ruiz Robledo*
An Institutional Crisis that Dissolved Like a Sugar Cube 146
- Jerzy Zajadlo, Tomasz Tadeusz Koncewicz*
Hostile Constitutional Interpretation: Sending a Warning in Rebuilding the Polish Constitutional Court 150
- Kim Lane Scheppele*
A House in Disorder 154

<i>Thomas Bustamante</i> Political Terror in the Shade of Bolsonarism	158
<i>Jan Burda</i> Subsidy Fraud, Relevant Markets and Presidential Elections	162
<i>Charlotte Klonk</i> Angriff auf die Architektur der Demokratie: Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen dem Sturm auf Brasília und auf das Kapitol	165
<i>Kahfi Adlan Hafiz</i> Judicial Impartiality in Indonesia Under Attack: How Parliament and President Are Impinging on the Constitutional Court and Its Effects on the Forthcoming Election	168
<i>Max Steuer</i> Searching for a Government: Referenda and Constitutional Changes in Slovakia Ahead of Early Elections	170
<i>Jannani M</i> The Indian Supreme Court Collegium Picking its Battle: How the Supreme Court of India Stood up Against Discrimination and an Attack on Free Speech to Uphold the Independence of the Judiciary	173

Jakob Hohnerlein

Versammlungsfreiheit in Lützerath - zur Disposition von RWE und Behörden?

doi: 10.17176/20230114-001718-0



Die Räumung von Lützerath ist im [Gange](#). Die klimapolitischen Protestaktionen dürften bald beendet sein und das Dorf für den Braunkohleabbau abgebaggert werden. Letzter juristischer Widerstand gegen die Räumung ist, wenig überraschend, erfolglos geblieben. Das [VG Aachen](#) und das [OVG Münster](#) haben mehrere Eilanträge gegen das vom Kreis Heinsberg verhängte [Betretungs- und Aufenthaltsverbot](#) in Lützerath abgelehnt, das ab dem 23.12.2022 gelten und nach einem Hinweis in der Verfügung ab dem 10.01.2023 vollstreckt werden sollte. Das Verbot sei auf der Grundlage von [§ 24 Abs. 1 Nr. 12 OBG NRW i.V.m. § 34 Abs. 1 PolG NRW](#) zum Schutz der privaten Eigentums- und Besitzrechte der RWE, die dem Aufenthalt der Aktivistinnen widersprochen habe, voraussichtlich rechtmäßig. RWE habe sich auch nicht auf die zivilgerichtliche Durchsetzung ihres Hausrechts verweisen lassen müssen, da die dafür erforderliche Identifizierung der Protestteilnehmenden wegen des Zustroms immer neuer Personen praktisch unmöglich sei. Mit ähnlicher Begründung hat das VG Aachen auch einen Eilantrag gegen die Verlegung der Mahnwache in Lützerath ab dem 10.01.2023 durch eine Verfügung der Versammlungsbehörde [abgelehnt](#). Ich möchte die Beschlüsse hier nicht im Detail kritisieren, sondern einen darin angesprochenen grundsätzlichen Punkt aufgreifen. Auch wenn ich die Einschätzung teile, dass die Räumung zum jetzigen Zeitpunkt rechtmäßig ist, halte ich es für problematisch, das allein mit dem entgegenstehenden Willen von RWE zu begründen. Meiner Einschätzung nach sind friedliche Proteste gegen die Abaggerung von Lützerath am Ort des Geschehens nicht nur demokratisch legitim, sondern auch von der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG geschützt. RWE war daher verpflichtet, die Proteste zu dulden, solange nicht zu befürchten war, dass die Abaggerung gewaltsam verhindert würde.

Protest gegen rechtlich nicht mehr angreifbare Entscheidungen

Dass sich die Räumung juristisch nicht verhindern lassen würde, war offensichtlich. Die Entscheidung Lützerath für den Braunkohleabbau abzubaggern geht nicht nur auf die bergrechtliche Betriebsplanung der 1990er-Jahre zurück, sondern wurde auch kürzlich im Rahmen eines [Kompromisses](#) auf höchster politischer Ebene bestätigt. Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz sieht nun einen beschleunigten Kohleausstieg in NRW, sowie die Erhaltung einiger angrenzender Ortschaften vor, stellt aber im Übrigen die energiepolitische und -wirtschaftliche Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II ausdrücklich [fest](#). Dass diese politische Entscheidung verbindlich ist, kann auch nicht mit der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Klimaschutz in Frage gestellt werden. Die vom BVerfG als verfassungsrechtlich notwendig [anerkannte](#) Transformation zu einer emissionsfreien Wirtschaftsweise erfordert mittelfristig einen Kohleausstieg; auf dem Weg dahin bleiben aber gewisse politische Spielräume. Die Aktivistinnen, und nicht nur sie, sind von der Entscheidung, Lützerath abzubaggern, aus guten Gründen nicht überzeugt. Das Recht verbietet ihnen aber, die Durchsetzung der rechtlich verbindlich getroffenen Entscheidung gewaltsam zu verhindern. Ob das als ziviler Ungehorsam moralisch zu rechtfertigen wäre, ist eine andere Frage.

Die Abaggerung gewaltsam zu verhindern ist aber jedenfalls ganz überwiegend auch nicht das Ziel der Aktivistinnen. Einige haben Lützerath auf die Ankündigung polizeilicher Vollstreckungsmaßnahmen hin verlassen. Aber auch von denen, die geblieben sind, versuchen die allermeisten nicht, sich der ohnehin und notwendigerweise [überlegenen](#) Staatsgewalt aktiv zu widersetzen, sondern erdulden die Vollstreckung passiv, indem sie sich wegstreten lassen. Soweit Protest nicht performativ durch die Verhinderung der Umsetzung einer Entscheidung geäußert wird, geht es um ein kommunikatives Signal, das am

Ort des Geschehens besonders wirksam ist. Dass es einen gewissen Aufwand erfordert, den passiven Widerstand zu brechen, ist Teil der kommunikativen Strategie. Kommunikativer Protest bei Gelegenheit der Umsetzung einer Entscheidung setzt sich nicht in Widerspruch zur demokratischen Ordnung, sondern ist essentieller Bestandteil davon. Öffentlichkeitswirksam Protest gegen die Entscheidung für ein Projekt kann im besten Fall dazu führen, dass die Verantwortlichen sie doch noch revidieren. Der Protest bleibt aber auch dann ein sinnvoller Beitrag zum demokratischen Diskurs, wenn er ein spezifisches Projekt nicht mehr stoppen kann. In der Regel werden umfassendere politische Forderungen gestellt, die im Widerstand gegen ein bestimmtes Vorhaben nur symbolisch kulminieren. Das zeigt sich gerade in Lützerath. Die Aktionen werden die Abbaggerung des Dorfs nicht mehr verhindern, der Kohlekompromiss in NRW war aber auch ihr Erfolg. Ohne die vielen Protestaktionen, die nachdrücklich an die Dringlichkeit des Klimaschutzes erinnern, wäre die deutsche Klimapolitik wahrscheinlich deutlich weniger effektiv.

Dass kommunikativer Protest gegen institutionell getroffene Entscheidungen eine wichtige demokratische Funktion erfüllt, wird rechtlich durch die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) abgesichert. Das BVerfG hat dieses Grundrecht als „ein Stück unmittelbarer, ursprünglich ungebändigter Demokratie“ [charakterisiert](#), das als notwendiges Gegenstück zu Entscheidungen repräsentativer Institutionen fungiert. Wesentlicher Bestandteil des Freiheitsrechts ist die Wahl des Versammlungsorts. Protest gegen institutionell getroffene Entscheidungen durch kollektive Meinungsäußerung in körperlicher Präsenz wird nicht nur irgendwo ermöglicht, sondern gerade auch am Ort des Geschehens, wo er in der Medienöffentlichkeit besonders deutlich wahrgenommen wird. Der Schutz von Protesten am Ort des Geschehens durch Art. 8 GG hat zwei wichtige Konsequenzen: Zum einen müssen sich Aufenthaltsverbote und ihre Vollstreckung an dem Grundrecht messen lassen; dabei rückt die Frage in den Mittelpunkt, ob eine Räumung zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Durchsetzung verbindlicher Entscheidungen schon erforderlich ist. Zum anderen dürfte der grundrechtliche Schutz auch noch während einer Räumung für Personen gelten, die friedlichen passiven Widerstand leisten. Aus gutem Grund knüpft eine Bestrafung nach [§ 113 StGB](#) nicht an die bloße Nichtbefolgung einer vollziehbaren Anordnung an, sondern an gewaltsamen Widerstand.

Polizeiliche Maßnahmen zum Schutz von Eigentumsrechten - nur duldungsweise aufgeschoben?

In Lützerath besteht nun die Besonderheit, dass der Ort des Protests Privateigentum von RWE ist. Kann der Aufenthalt der Protestierenden daher allein deshalb verboten und faktisch beendet werden, weil RWE ihm widersprochen hat? Hiervon scheinen der Landkreis und die Gerichte auszugehen. Diese Begründung hätte ein Aufenthaltsschutzverbot auch schon früher getragen. RWE ist bereits seit Jahren Eigentümerin der meisten Grundstücke und hat einen Großteil der Bebauung 2021 [abreißen](#) lassen. Das letzte Grundstück wurde im Wege der Grundabtretung nach § 79 BBergG auf RWE übertragen. Mit der für sofort vollziehbar erklärten vorzeitigen Besitzzeiweisung zugunsten von RWE und der [Ablehnung](#) des dagegen gerichteten Eilantrags verlor der betroffene Landwirt 2021 die Verfügungsgewalt über das Grundstück.

Faktisch konnten die Protestaktionen in Lützerath allerdings bis vor kurzem ungehindert stattfinden. Das Betretungs- und Aufenthaltsverbot wurde mit Wirkung ab dem 23.12.2022 erlassen und mit dem Hinweis versehen, dass erst ab dem 10.01.2023 mit Vollstreckungsmaßnahmen zu rechnen sei. Auch die Versammlungsbehörde bestätigte die Versammlung in Lützerath bis zum 09.01.2023, sah also bis dahin von einer beschränkenden Verfügung ab. Die Auffassung der Behörden ist wohl so zu verstehen, dass die Proteste, obwohl sie schon länger die Eigentums- und Besitzrechte von RWE stören, noch eine Zeit lang geduldet wurden. Die Räumung erst relativ kurz vor der Abbaggerung vorzusehen ist sicherlich zweckmäßig, um zu vermeiden, dass das Dorf nach einer verfrühten Räumung erneut besetzt wird oder dies nur unter einem massiven Polizeiaufgebot verhindert werden kann. Es ist aber zum einen zweifelhaft, ob die Ankündigung, von der Vollstreckung zeitweise abzusehen, wirklich, wie das [VG Aachen](#) (Rn. 15) meint, den Eingriffscharakter des Aufenthaltsverbots gegenüber der Versammlung für diesen Zeitraum ausschließt: Nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik begründet nicht erst die drohende Vollstreckung, sondern schon das Verbot einen Eingriff. Konsequenter wäre es gewesen, das Verbot erst ab dem 10.01.2023 in Kraft zu setzen. Mit Wirkung von diesem Tag hat auch die Versammlungsbehörde ein Versammlungsverbot erlassen, so dass dem polizeirechtlichen Betretungs- und Aufenthaltsverbot nicht der Vorrang des Versammlungsrechts entgehen-

steht. Zum anderen stellt sich die Frage, ob der Anordnung eines Versammlungsverbots und eines vollstreckbaren Betretungs- und Aufenthaltsverbots schon vor dem 10.01., vor dem 23.12. oder noch deutlich früher, also zu einem Zeitpunkt, als die Abbaggerung noch nicht unmittelbar bevorstand, rechtlich irgendetwas entgegengestanden hätte. Genügt es für ein Aufenthaltsverbot zum Schutz der privaten Rechte von RWE, an das fehlende Einverständnis anzuknüpfen, oder muss es vielmehr darum gehen, die zeitnah geplante Nutzung des Eigentums für den Braunkohleabbau zu sichern? Der Zeitpunkt des Einschreitens steht dann nicht im Belieben, wenn sich aus Art. 8 GG für RWE die Pflicht ergibt, die Proteste zeitweise zu dulden.

Privateigentum als demonstrationsfreier Ort?

Ein Recht, in Lützerath Versammlungen durchzuführen, hätte von vornherein nicht bestanden, wenn das Privateigentum von RWE an der Fläche dafür nicht zur Verfügung gestanden hätte. Nach der früheren Rechtsprechung wäre das klar gewesen. Die Gewährleistung der Ortswahlfreiheit im Versammlungsrecht wurde eng auf den öffentlichen Straßenraum begrenzt verstanden. Das BVerwG führte 1992 zur Durchführung einer Versammlung auf der [Hofgartenwiese](#) der Bonner Universität aus, die Freiheit der Ortswahl bestehe nur, soweit ein Ort rechtlich allgemein für Versammlungen zur Verfügung stehe. Ein Recht, fremdes Grundeigentum nach Belieben in Anspruch zu nehmen, gewähre Art. 8 GG nicht. Das schloss Versammlungen nicht nur auf Grundstücken Privater aus. Auch auf die Nutzung öffentlicher Flächen, die allein für bestimmte Zwecke gewidmet waren, bestand kein Anspruch.

Die neuere Rechtsprechung hat demgegenüber die Ortswahlfreiheit gestärkt. Nach dem [Fraport-Urteil](#) des BVerfG von 2011 müssen Versammlungen über den für den allgemeinen Verkehr gewidmeten öffentlichen Straßenraum hinaus auch in sonstigen funktional öffentlichen Räumen grundsätzlich möglich sein. Der öffentliche Bereich zwischen den Läden und Restaurants des Frankfurter Flughafens müsse für Versammlungen nutzbar sein, da es sich um ein „öffentliches Forum“ handle. In Räumen, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind und in denen es regelmäßig zu kommunikativem Austausch kommt, dürften nicht gerade Versammlungen herausgehalten werden. 2015 stellte das BVerfG zum „[Bierdosen-Flashmob](#)“ auf einem privaten Platz, wie bereits im [Fraport-Urteil](#) angedeutet, klar, dass die-

se Grundsätze auch für öffentliche Verkehrsflächen im Eigentum Privater gelten. Wie alle Grundrechte entfaltet auch Art. 8 GG im Privatrecht Bedeutung. Das neue Versammlungsgesetz in NRW stellt in [§ 21](#) (ebenso wie [§ 20](#) Abs. 2 VersFG Berlin) klar, dass private Eigentümer öffentlicher Verkehrsflächen grundsätzlich eine Duldungspflicht für Versammlungen trifft. Sie dürfen daher Versammlungen nicht in der Hausordnung pauschal verbieten oder unter den Vorbehalt ihrer Zustimmung stellen, ebenso wenig wie das öffentliche Träger von für den Gemeingebrauch gewidmeten Flächen durch eine Beschränkung der Widmung tun dürfen. Allerdings sind auch bei öffentlichen Verkehrsflächen im Privateigentum beschränkende Verfügungen der Versammlungsbehörden möglich. Die Behörden haben dabei einen schonenden Ausgleich zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen beider Seiten anzustreben.

Das [VG Aachen](#) (Rn. 15 ff.) stuft nun, wie schon in einem [Beschluss](#) aus dem September 2022, der die Verlegung einer Demonstration bestätigte, die Flächen in Lützerath nicht als öffentliche Verkehrsflächen ein. Das von den Bewohnerinnen längst verlassene Dorf ist jedenfalls kein Raum regelmäßiger Begegnungen wie ein Marktplatz oder ein Einkaufszentrum. Mit Blick auf die seit dem [Fraport-Urteil](#) ergangene Rechtsprechung dürfte es für die Abgrenzung zwischen öffentlichen Flächen, die für Versammlungen grundsätzlich zur Verfügung stehen, und anderen, bei denen Versammlungen der Zustimmung des Trägers bzw. Eigentümers bedürfen, allerdings nicht entscheidend auf die Einordnung als öffentliches Forum ankommen. Schon das [Fraport-Urteil](#) bezog sich nicht allein darauf, sondern stellte auch allgemeiner darauf ab, ob Orte faktisch allgemein zugänglich sind oder ob der Zutritt individuell kontrolliert und nur für einzelne Zwecke gestattet wird. Die neuere Rechtsprechung sieht auch [Wälder](#), [Autobahnen](#) oder [Flughafenflächen](#) außerhalb des Laden- und Gastronomiebereichs, die kein natürlicher Kommunikationsraum wie Marktplätze und Einkaufszentren, aber dennoch für Protestaktionen attraktiv sind, als für Versammlungen grundsätzlich zugängliche öffentliche Flächen an. Durch die faktische allgemeine Zugänglichkeit ist es auch an Orten, die meist nur wenig frequentiert werden, möglich, dass spontan öffentliche Kommunikation vor Ort entsteht. Die Frage für die Flächen in Lützerath ist demnach, ob sie auch nach der Eigentumsübertragung auf RWE noch allgemein zugänglich waren. Das [VG Aachen](#) verneint das wegen der im

Tagebauvorfeld angebrachten Verwaltung und dem auf Schildern ausgesprochenen Betretungsverbot. Da allerdings die Schranken an den Zufahrtswegen meistens geöffnet waren, könnte man das für den Zeitraum vor der Räumung auch anders sehen.

Konkrete Abwägung statt pauschalen Ausschlusses von Versammlungen

Auch wenn man Lützerath nicht als öffentliche Verkehrsfläche im Privateigentum einordnet, heißt das nicht, dass die Versammlungsfreiheit von vornherein keine Rolle spielen würde. Orte jenseits öffentlicher Verkehrsflächen stehen zwar Versammlungen nicht schon grundsätzlich zur Verfügung; die Öffnung für Versammlungen unterliegt daher der Zustimmung des Trägers bzw. Eigentümers. Das muss aber nicht bedeuten, dass die Entscheidung völlig frei getroffen werden darf. Davon könnte man nur ausgehen, wenn die Gewährleistung der Ortswahlfreiheit in Art. 8 GG von vornherein auf öffentliche Verkehrsflächen beschränkt wäre. Das ist aber nicht überzeugend (vgl. etwa [hier](#), S. 238). Vielmehr bedarf die Einschränkung der Freiheit, sich zu versammeln, wo man will, stets einer Rechtfertigung. Dabei ist es zwar eine verhältnismäßige Einschränkung des Grundrechts, dass das einfache Recht die Öffnung nicht allgemein zugänglicher Flächen von der Zustimmung des Trägers bzw. Eigentümers abhängig macht. Jedenfalls bei öffentlichen Trägern muss sich aber auch die konkrete Entscheidung, die Zustimmung zu versagen, vor Art. 8 GG rechtfertigen lassen. Schon die Hofgartenwiese-Entscheidung des BVerwG hat anerkannt, dass der Träger einer für Versammlungen nicht schon von vornherein geöffneten Fläche nach pflichtgemäßem Ermessen über die Öffnung entscheiden und dabei die grundrechtlich geschützten Interessen der Veranstalterinnen, die Versammlung gerade am gewünschten Ort durchzuführen, angemessen berücksichtigen muss. Ein generelles Versammlungsverbot auf bestimmten Flächen ist nur ausnahmsweise zum [Schutz von Verfassungsorganen](#) zulässig.

Für nichtöffentliche Flächen im Privateigentum gehen demgegenüber viele davon aus, dass die Eigentümer ohne jede rechtliche Bindung über die Öffnung für Versammlungen entscheiden könnten. Im Ausgangspunkt trifft es zwar sicherlich zu, dass die Rechtsordnung mit Eigentumsrechten Sphären freien Beliebens zuweist (§ 903 S. 1 BGB), so dass auch die Entscheidung, jeman-

dem Zutritt zu eigenen Grundstücken zu gewähren oder nicht, nicht sachlich begründet zu werden braucht. Die im Grundsatz auch verfassungsrechtlich in Art. 14 GG abgesicherte Sphäre freien Beliebens besteht allerdings, wie auch § 903 S. 1 BGB klarstellt, nur im Rahmen rechtlicher Grenzen. Dabei gestalten nicht nur unzählige Gesetze entsprechend dem Auftrag in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die Eigentumsordnung aus. Auch unmittelbar aus Grundrechten Dritter können sich Duldungspflichten ergeben. Die Aussage, Grundrechte berechtigten von vornherein nicht zur Inanspruchnahme fremden Eigentums, ist nach dem heutigen Stand der Drittwirkungsdogmatik überholt (was das BVerfG auch im Bereich der Kunstfreiheit unter Distanzierung von einem älteren [Beschluss anerkennt](#)). Nach Art. 8 GG trifft Private für öffentliche Verkehrsflächen in ihrem Eigentum grundsätzlich eine Duldungspflicht für Versammlungen. Wenn Art. 8 GG außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen zwar keinen grundsätzlichen Vorrang der Ortswahlfreiheit, aber für den Ausschluss von Versammlungen eine einzelfallbezogene Rechtfertigung verlangt, kann die Rechtsordnung auch die Zutrittsverweigerung Privater nur akzeptieren, wenn sie dafür nachvollziehbare Gründe angeben. Wenn die Zivilgerichte und ausnahmsweise Polizei und Ordnungsbehörden, wenn sie zum Schutz privater Rechte tätig werden, über die Reichweite von Eigentumsrechten entscheiden, haben sie den Auftrag einen schonenden Ausgleich zwischen Eigentum und Versammlungsfreiheit herzustellen (vgl. auch [hier](#), S. 233 ff.). Dann muss es statt bloß um den Willen der Eigentümer um ihre konkreten Nutzungsinteressen und deren Schutzwürdigkeit gehen, die den Interessen der Versammlungswilligen gegenübergestellt werden. Dabei tragen berechnete Nutzungsinteressen meistens die Entscheidung, Versammlungen auf Möglichkeiten im (funktional) öffentlichen Raum zu verweisen. Es kann aber gerade bei wirtschaftlich genutztem Grundeigentum, das in einem starken sozialen Bezug steht, auch einmal anders sein.

Lässt man den pauschalen Verweis auf den Willen von RWE nicht genügen, sondern steigt in die konkrete Abwägung ein, spricht viel dafür, dass das Unternehmen mit Blick auf Art. 8 GG Proteste in Lützerath für eine gewisse Zeit zu dulden hatte. Solange der Braunkohleabbau noch nicht kurzfristig bevorstand, war ein anerkennenswertes Interesse von RWE, den Aufenthalt der Aktivisten zu unterbinden, nicht erkennbar. Der finanzielle Aufwand für die Räumung trifft ohnehin die Allgemein-

heit. Demgegenüber wird der Protest im Zeitfenster, das sich auftat, als die ehemaligen Bewohnerinnen Lützerath bereits verlassen hatten, die Abbaggerung aber noch nicht bevorstand, zu Recht als wichtiger Impuls für den klimapolitischen Diskurs in Deutschland gewürdigt. Dass es die Aktion in Lützerath gegeben hat, sollte nicht nur

als glücklicher Zufall aufgrund eines behutsamen Vorgehens der Behörden verstanden werden. Es besteht vielmehr aller Grund, die in Art. 8 GG abgesicherte essentielle Bedeutung von Gegenstimmen im demokratischen Diskurs nicht durch ein rigoroses Verständnis von Eigentumsrechten vorschnell abzuschneiden.

Philipp Eschenhagen, Ennio Friedemann

Handeln erlaubt!

Lützerath und legislative Spielräume im „geltenden Recht“
doi: 10.17176/20230118-143739-0



Die Grünen stehen zu ihrem Deal mit RWE und dem „Rückbau“ von Lützerath: Die sich unter dem Dorf befindliche Braunkohle sei in „einer energiepolitischen Krisensituation“ ([Habeck](#)) unerlässlich für die Stromversorgung in Deutschland. Mittlerweile weisen allerdings zahlreiche Stimmen diese Erzählung zurück. Die Wissenschaft legt überwiegend nahe ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)), dass wir sehr gut ohne die Kohle oder zumindest einen Großteil der Kohle unter Lützerath auskommen können.

Viele sind deshalb auf ein anderes Narrativ ausgewichen: Angenommen wir könnten auf die Kohle unter Lützerath verzichten, der Politik wären allein aus *rechtlichen Gründen* die Hände gebunden. Selbst wenn wir wollten, wir dürfen nichts tun! Kritik an einer solchen Haltung wird in den Medien und der (twitternden) Öffentlichkeit zuweilen als Angriff auf den Rechtsstaat stilisiert ([hier](#) oder [hier](#)). Verträge dürfe man nicht brechen und *geltendes Recht* könne man nicht einfach abschaffen! Das geltende Recht des Pariser Vertrags wird dabei meist ausgeblendet.

Solche Meinungen müssen von parlamentarischen Vertretern einer Partei, die sowohl auf Landes- als auch Bundesebene an der Regierung beteiligt ist und deren Spitzen den RWE-Deal überhaupt erst ausgehandelt haben, überraschen. Im Newsletter der Grünen-Geschäftsführerin vom 16.01. heißt es, „dass Lützerath nicht gerettet werden konnte, wo die Rechtslage zugunsten von RWE bereits endgültig vor Gericht geklärt war“ (so auch [Mona Neubaur](#) und [andere](#) Grüne). Bestenfalls wird hier suggeriert, dass sich demokratisch legitimierte Parlamentarier und Regierende ihrer Selbstwirksamkeit unsicher sind, schlimmstenfalls zeugen solche Auffassungen von politischer Selbstentmündigung. Denn tatsächlich könnten die politischen Akteure in Land und Bund die Umwandlung der Kohle unter Lützerath zu CO₂ noch verhindern.

I. Das (Schein-)Problem der Rechtskraft

Der genannte Newsletter stellt auf die Urteile des OVG NRW vom 28.03.2022, Az. [21 B 1675/21](#) und [21 B 1676/21](#), ab. Hier [hätte](#) das Gericht *rechtskräftig* entschieden, dass ein Stopp des Tagebaus Garzweiler II rechtlich vom Tisch sei. Dabei betreffen die Urteile des OVG lediglich die Rechtmäßigkeit der behördlichen Grundabtretungen. Mit „Grundabtretung“ ist die Enteignung von Grundstücken zum Zwecke der Gewinnung von Bodenschätzen durch private Unternehmen gemeint (vgl. § 77 BBergG), in diesem Fall also von Grundstücken in Lützerath an RWE zum Zwecke des Kohleabbaus. Diese Grundabtretungen waren nach Auffassung des OVG zwar rechtmäßig. Entscheidender als das Eigentum an den Grundstücken ist jedoch, was mit der unter Lützerath liegenden Kohle passiert.

Über *diese* Frage hat das Gericht aber nicht abschließend entschieden. Denn für die Zulässigkeit der Grundabtretung kommt es gemäß § 79 BBergG nicht unmittelbar darauf an, dass die für die Förderung der Kohle notwendige Zulassung des Hauptbetriebsplans rechtmäßig war. Vielmehr genügt es, wenn der Grundabtretungsbegünstigte (RWE) „glaubhaft macht, dass das Grundstück innerhalb angemessener Frist zu dem vorgesehenen Zweck [der Kohleförderung] verwendet wird“. Das soll nach § 77 II BBergG (zumindest indiziell) dann der Fall sein, wenn die zur Förderung angefertigten Betriebspläne zugelassen wurden (vgl. Vorinstanz [VG Aachen](#) v. 7.10.2021 - 6 L 418/21, Rn. 54 f.). Andersherum folgt indes aus der Rechtmäßigkeit der Grundabtretung nicht automatisch die Rechtmäßigkeit der Zulassung des Betriebsplans zur Kohleförderung.

Selbst wenn eine solche Folge den Urteilen inzident zu entnehmen sein sollte, bezogen die Urteile sich auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt März 2022, nach a.A. sogar Dezember 2020 (vgl. [VG Aachen](#), Rn. 57 f.). Eine Änderung der Sach- und insbesondere Rechtslage schließt das OVG indes gerade nicht aus, das könnte es auch gar nicht. Vielmehr verweist das Gericht die An-

tragssteller für klimapolitische Forderungen explizit an den Gesetzgeber. Es [siehe](#) zwar keinen „zulässigen rechtlichen Ansatzpunkt für eine (richterliche) Rechtsfortbildung (...). Richtiger Adressat wäre diesbezüglich [aber] der Gesetzgeber“ (Rn. 88).

II. Politische Handlungsoptionen

Welche Maßnahmen könnten also, politischen Willen vorausgesetzt, Gubernative und Legislative in NRW oder Bund ergreifen, um die Kohleförderung unter Lützerath zu verhindern?

Ein beispielsweise von den Scientists for Future gefordertes schnelles „Kohle-Moratorium“, also die zeitweise Unterbrechung des Rückbaus Lützeraths, könnte von der Bezirksregierung Arnsberg als „Obere Bergbehörde“ kurzfristig nur bei Bestehen einer unmittelbaren Gefahr für Beschäftigte oder Dritte, die aus einem Verstoß gegen eine den Kohleabbau betreffende Rechtsvorschrift resultiert, angeordnet werden (§ 71 BBergG). Eine solche bestand aber bisher zu keinem Zeitpunkt.

Eine tatsächliche Verhinderung der Kohleförderung unter Lützerath wäre allerdings durch die Aufhebung der Zulassung des seit 1.1.2023 geltenden Hauptbetriebsplans möglich. Diese müsste durch die Bezirksregierung Arnsberg oder von dem die Fachaufsicht innehabenden Wirtschaftsministerium des Landes NRW erfolgen. Voraussetzung ist gemäß § 5 BBergG, § 49 LVwVfG das Vorliegen eines oder mehrerer der, bei unterstellter Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Zulassung des Hauptbetriebsplans, in § 49 II LVwVfG geregelten Widerrufsgründe. Infrage kommt ein Widerruf zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl (Nr. 5) oder wegen nachträglicher Änderung von Rechtsvorschriften (Nr. 4). Auf Nr. 5 soll aus Platzgründen nicht eingegangen werden, ohne dass sich damit gegen eine Anwendbarkeit positioniert werden soll. Interessanter ist Nr. 4, der voraussetzt, dass der Landes- oder Bundesgesetzgeber die Rechtsgrundlagen der Kohleförderung unter Lützerath ändert.

Bundesrechtlicher Ansatzpunkt für eine solche Änderung ist § 48 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes (KVBG), der die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und versorgungssichernde Funktion des Tagebaus Garzweiler II feststellt (§ 48 I KVBG). Diese Feststellung ist fachrechtlichen Planungen und Zulassungen zugrunde zu legen (§ 48 II 1 KVBG). Zwar geht die Behörde im [Zulassungsbescheid](#) davon aus, dass es auf die normative

Feststellung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit in § 48 KVBG nicht entscheidend ankommt (S. 24, 155). Eine Änderung von § 48 KVBG würde jedoch eine eindeutige gesetzgeberische Wertung zugunsten klimaschutzrechtlicher Belange und gegen die versorgungssichernde Funktion der Kohleförderung unter Lützerath zum Ausdruck bringen und damit einer erneuten Zulassung des seit dem 1.1.2023 geltenden Hauptbetriebsplans entgegenstehen (vgl. § 48 II BBergG).

§ 48 I KVBG könnte dahingehend geändert werden, dass die energiewirtschaftliche Notwendigkeit des Tagebaus Garzweiler II insgesamt entfällt. Dies wäre durch eine Streichung des gesamten – [verfassungsrechtlich ohnehin umstrittenen](#) – § 48 KVBG oder sogar durch eine negative gesetzliche Klarstellung möglich. Neben diesen wohl kaum mehrheitsfähigen Optionen könnte Lützerath in die in § 48 I KVBG enthaltene Liste der „geschützten“ Dörfer und Höfe aufgenommen werden. Der auf Grundlage des § 49 KVBG zwischen dem BMWK und den Energieunternehmen geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag zur Beendigung der Kohleverstromung (ÖRV) wäre durch keine dieser Änderungen betroffen, da eine Änderung des § 48 KVBG nicht unmittelbar die dort geregelte Kohleverstromung beträfe. Es müsste jedoch der in § 48 I KVBG enthaltene Verweis auf die Leitentscheidung des Landes NRW vom 23.3.2021 angepasst werden, da diese eine Konzentration der Inanspruchnahme auf die Kohlevorkommen unter Immerath und Lützerath vorsieht (S. 18).

Eine neue Leitentscheidung, die die Förderung der Kohle unter Lützerath nicht mehr vorsieht, könnte die Landesregierung grundsätzlich auch unabhängig vom Bundesgesetzgeber treffen. Die Änderung der Leitentscheidung würde sich dann in der neuen Fassung des derzeit im Änderungsverfahren befindlichen Braunkohleplans für Garzweiler widerspiegeln (vgl. § 30 I 3 Landesplanungsgesetz NRW). Da die Betriebspläne mit dem für das Abbaugbiet geltenden Braunkohleplan in Einklang zu bringen sind (§ 29 III Landesplanungsgesetz NRW) würde sich eine Änderung der Leitentscheidung also auch auf landesrechtlicher Ebene auf die Zulassung des Hauptbetriebsplans auswirken. Allerdings steht der Landesregierung das Recht zur räumlichen Konkretisierung des Kohleabbaus nur im Rahmen der gesetzlich festgestellten energiewirtschaftlichen Notwendigkeit zu (§ 48 II KVBG). Eine Abstimmung von Landes- und Bundesgesetzgeber erscheint daher insgesamt ratsam.

Ein Widerruf gemäß § 49 II Nr. 4 VwVfG wäre unrechtmäßig, wenn RWE schon von der Zulassung des Hauptbetriebsplans Gebrauch gemacht, also mit dessen Verwirklichung begonnen hat. Zwar ist der Großteil der Lützerather Gebäude schon abgerissen worden, mit der Kohlegewinnung wurde aber noch nicht begonnen. Nach [Angaben von RWE](#) soll diese ab März oder April dieses Jahres erfolgen. Bzgl. des „Gebrauchmachen“ durch RWE erscheint es angesichts des Zwecks der Zulassung – eine zeitliche, räumliche, und betriebstechnische Konkretisierung gerade des Abbaus festzulegen – sinnvoll, frühestens auf den Beginn der Gewinnung der Kohle selber und nicht auf bloße Vorbereitungsmaßnahmen abzustellen: Gerade in der derzeitigen Konfliktsituation bestünde ansonsten zudem ein Anreiz für RWE, vorschnelle Rückbaumaßnahmen vorzunehmen.

Die zumindest vorübergehende Verhinderung des Abbaus der Kohle unter Lützerath ist also einfachrechtlich bzw. in der rechtstechnischen Umsetzung nicht völlig unproblematisch – aber machbar. Auch jenseits des § 48 KVBG bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, weitere Gesetzesänderungen vorzunehmen, die über den Fall Lützerath hinausweisen.

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen und Entschädigung

Die rechtlichen Grenzen in Sachen Rheinisches Revier werden nach alledem vor allem durch das Verfassungsrecht gezogen. Für die Änderung des § 48 KVBG durch den Bundesgesetzgeber und einen entsprechenden Widerruf des Hauptbetriebsplans kommt es maßgeblich auf den rechtsstaatlich garantierten (Art. 20 III GG) Grundsatz des Vertrauensschutzes an. Vorliegend wird dieser durch Artikel 14 I GG verstärkt, da die bergrechtliche Erlaubnis zur Kohleförderung eine hier berührte geschützte Eigentumsposition bildet. Auch die im Gemeininteresse stehende Energieversorgungssicherheit ist zu berücksichtigen.

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes schließt eine echte Rückwirkung aus, und damit eine Regelung mit Rückwirkung für einen in der Vergangenheit liegenden, also *bereits abgeschlossenen* Sachverhalt. Die Kohle unter Lützerath befindet sich jedoch noch im Erdreich, es handelt sich insofern nicht um einen abgeschlossenen Sachverhalt. Allerdings würde eine Änderung des § 48 KVBG eine unechte Rückwirkung darstellen, da sie einen bereits begonnen Lebenssachverhalt beträfe. Über deren Verfassungsmäßigkeit müsste also eine umfassende Güterab-

wägung entscheiden, in der die durch eine rückwirkende Änderung geschützten Partikular- und Gemeinwohlinteressen, also insbesondere Klimaschutzbelange und die zukünftige Ausübung von Freiheitsrechten (intertemporale Wirkung) auf der einen Seite, sowie andererseits das Eigentumsrecht RWEs, die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Bestand der Rechtslage und das Gemeininteresse an der Versorgungssicherheit einfließen.

Zur *Schutzwürdigkeit* des Vertrauens nur so viel: Auf den ersten Blick scheint der in § 48 I KVBG verankerte „Deal“ zwischen RWE und BMWK, insbesondere die genaue Aufzählung der im ursprünglich geplanten Förderbereich liegenden Dörfer, eine erhöhte Schutzwürdigkeit des Vertrauens RWEs in ihr Recht, die Kohle unter den dort nicht aufgezählten Dörfern zu fördern, zu begründen. Die normative Feststellung der energiepolitischen und energiewirtschaftlichen Notwendigkeit von Garzweiler II in § 48 I KVBG ist allerdings maßgeblich von einer Vielzahl an tatsächlichen Entwicklungen abhängig. Dass ein in kurzer Abfolge wiederkehrendes gesetzgeberisches Bedürfnis nach Revision der Vorschriften zur Sicherung der Energieversorgung besteht, dürfte RWE also gut bekannt sein – schließlich hat das Unternehmen mit der im Zuge des „Deals“ ausgehandelten Laufzeitverlängerung für die Kraftwerksblöcke Neurath D und E selber von diesem Umstand profitiert.

Des Weiteren spricht der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum für die Verfassungsmäßigkeit einer Änderung von § 48 KVBG. Der Gesetzgeber kann sich dabei auf eine solide Sachlage stützen: Laut [Studien des DIW](#) steht eine Förderung der Kohle unter Lützerath der Einhaltung des deutschen Beitrags zu 1,5 Grad entgegen. Und die Versorgungssicherheit wird bei einer Ausübung des Gestaltungsspielraums nicht gefährdet. Denn [es ist davon auszugehen](#), dass die auch ohne den Rückbau von Lützerath noch verbleibende Abbaumenge im Tagebau Garzweiler II zur Stromversorgung der Bundesrepublik ausreicht: Dort könnte RWE auch ohne Lützerath noch ca. [170 Millionen Tonnen](#) Kohle abbauen. Einige Stimmen sehen den Bundesgesetzgeber deshalb sogar verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, § 48 KVBG zu streichen (etwa [hier](#) und auch [hier](#)). Ohne sich auf eine Diskussion um das Untermaßverbot einlassen zu wollen, verdeutlichen diese Stimmen doch, dass eine einfache Änderung von § 48 KVBG das Übermaßverbot kaum verletzen dürfte.

Inwieweit RWE dabei über die dem Unternehmen bereits zugewiesenen Summen hinaus entschädigt werden

muss, kann hier nicht abschließend beantwortet werden. Um eine einvernehmliche Einigung mit RWE zu erzielen, müsste das BMWK wohl etwas Verhandlungsgeschick aufbringen. Denn der vorgezogene Kohleausstieg Ende vergangenen Jahres wurde mit dem Rückbau Lützeraths erkaufte. RWE wird es kaum anstandslos hinnehmen, sollte Lützerath doch von politischer Seite geschützt werden. Im Zweifel müssten die Gerichte entscheiden.

So teuer wie der Ausstieg vom Ausstieg vom Atomausstieg dürfte es jedenfalls nicht werden. Denn dass der Kohleausstieg kommen würde, war spätestens mit Erlass des KVBG klar. Auf dessen Grundlage wurden RWE bereits Entschädigungen in Höhe von 2,6 Milliarden Euro zugestanden, eine Summe, die sich schon deutlich **am oberen Ende des Erforderlichen** bewegte. Dass ein noch früherer Ausstieg sowie der Schutz weiterer Dörfer kommen würde, war angesichts der sich rapide entwickelnden Klimakatastrophe auch zu erwarten. Robert Habeck hat dementsprechend längst **deutlich gemacht**, dass er einen früheren Kohleausstieg auch für die Lausitz anstrebt.

Möglichkeiten dazu sind bereits in der aktuellen Fassung des ÖRV mit den Energieunternehmen vorgesehen, etwa in § 22 II durch eine Änderung der Stilllegungsfristen von Kraftwerken. Danach ist eine Entschädigung auch bei nachträglicher Revision bei Einhaltung bestimmter Bedingungen **ausgeschlossen**. Zwar stellt die Änderung des § 48 KVBG einen leicht anders gelagerten Fall dar, da sie sich auf die bergrechtliche Zulässigkeit des Kohleabbaus bezieht. Der ÖRV verdeutlicht jedoch, dass die Kohleunternehmen eine entschädigungslose Veränderung der Rechtslage zumindest in einem gewissen Rahmen erwarten müssen.

IV. Fazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass die politischen Akteure, darunter die Grünen als Regierungspartei in Bund und Land, es sich mit dem Verweis auf eine bereits bestehende Rechtslage zu einfach gemacht haben. Wie für jedes gesetzgeberische Vorhaben wären bei einer Änderung des KVBG zwar verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Diese rechtfertigen indes keine politische Apathie.

Das alles soll nicht heißen, dass es die aktuelle Politiklandschaft den Grünen besonders leicht machen würde, klimaschützende Politik zu betreiben. Diese Tatsache hätte die Partei jedoch an die Spitze ihres Narrativs zu Lützerath stellen sollen, was eine glaubwürdigere Solidarisierung mit den Protesten der vergangenen Woche zugelassen hätte. Stattdessen hat sie (in Teilen) versucht, sich mithilfe zweifelhafter Verweise auf eine Art "objektiven Rechtshimmel" ihrer politischen Verantwortung zu entziehen und so insbesondere gegenüber der Klimabewegung Vertrauen verspielt.

Katharina Leusch

Demonstrieren schwer gemacht

Das Versammlungsgesetz in Nordrhein-Westfalen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

doi: 10.17176/20230117-001945-0



Am 6. Januar 2022 trat in Nordrhein-Westfalen das erste landeseigene Versammlungsgesetz (VersG-NRW) in Kraft. Obschon die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht seit der Föderalismusreform 2006 bei den Ländern liegt, galt in Nordrhein-Westfalen bis Anfang 2022 das Versammlungsgesetz des Bundes fort. Dass der Landesgesetzgeber im Bereich des Versammlungsrechts ein eigenes Landesgesetz vorgelegt hat, ist grundsätzlich begrüßenswert. Das Gesetz ist jedoch in vielerlei Hinsicht freiheitsbeschränkend und daher verfassungsrechtlich angreifbar. Es erweitert die polizeilichen Eingriffsbefugnisse und erschwert Versammlungen. Das angekündigte „moderne“ [Versammlungsgesetz](#) wurde nicht geschaffen.

Punktuelle Nachbesserungen reichen nicht aus

Die schwarz-gelbe Koalition, die bis Juni 2022 regierte, legte im Januar 2021 einen ersten eigenen Gesetzesentwurf vor, der rege und kritisch besprochen wurde. Die Kritik an dem Gesetzesentwurf entlud sich im Sommer 2021 in massivem Protest gegen den Entwurf des VersG NRW, woraufhin sich der Koalitionspartner FDP distanzierte („Reul-Entwurf“) und eine Überarbeitung ankündigte. Der nachfolgend eingebrachte Änderungsantrag von CDU und FDP griff die Kritikpunkte der Sachverständigen auf. Unter anderem wurde die Regelung gestrichen, dass Samstage, Sonn- und Feiertage bei der Berechnung der Anzeigefrist außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Satz 4 VersG-E NRW), und das Gewalt- und Einschüchterungsverbot minimal geändert. So entfiel § 18 Abs. 1 Nr. 3 und damit die unbestimmte Formulierung „in vergleichbarer Weise“, nach der Kleidungsstücke, die vergleichbar wirken wie Uniformen oder paramilitärisches Auftreten, zu einem Verstoß gegen das Gewalt- und Einschüchterungsverbot geführt hätten. Eine Entschärfung ist durch diese Änderungen allerdings nur punktuell gelungen, wie [Lisa Fürst und Marius Kühne](#) zu Recht analysierten. Am 17. Dezember 2021 beschloss der nordrhein-westfälische

Landtag mit den Stimmen von CDU und FDP das Gesetz; SPD, die einen eigenen Entwurf vorgelegt hatte, und Grüne stimmten dagegen, die AfD enthielt sich.

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) hat in Zusammenarbeit mit dem Aktionsbündnis „Versammlungsgesetz NRW stoppen!“ am 4. Januar 2023 vor dem [Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen](#) [Verfassungsbeschwerde](#) gegen das VersG NRW erhoben. Insbesondere greift die Beschwerde die neuen Straftatbestände, die erweiterten Überwachungsbefugnisse der Versammlungsbehörden und das Totalverbot von Versammlungen auf Bundesautobahnen an. Die GFF zielt darauf ab, dass das Gericht die angegriffenen Normen für nichtig erklärt. Besonders an dem Totalverbot von Versammlungen auf Bundesautobahnen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 VersG NRW) und dem Gewalt- und Einschüchterungsverbot (§ 18 VersG NRW) werden die freiheitsverkürzenden und -beschränkenden Tendenzen des Gesetzes deutlich.

Demonstrieren ja, aber nicht an jedem Ort?

Der Gesetzgeber schränkt in § 13 Abs. 1 VersG NRW das Selbstbestimmungsrecht der Grundrechtsträger:innen über den Ort der Versammlung ein, um eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Bundesautobahnen werden pauschal als tauglicher Versammlungsort verboten (§ 13 Abs. 1 Satz 3 VersG NRW). Dieses Verbot sei im bundesweiten Vergleich ohne Vorbild, wie die GFF schreibt: „Nirgendwo sonst in Deutschland gibt es ein solches Totalverbot, das einen bestimmten Teil des öffentlichen Raumes prinzipiell von der Versammlungsfreiheit ausnimmt.“ Doch auch in Berlin gibt es nun vergleichbare Entwicklungen. Die oppositionelle [CDU-Fraktion](#) im Berliner Abgeordnetenhaus hat am 12. Januar 2023 einen Antrag zur Änderung des Versammlungsfreiheitsgesetzes eingebracht, wonach auf allen Berliner Autobahnen Versammlungen verboten werden sollen. Nach Ansicht der Fraktion stellen Autobahnen keinen tauglichen Versammlungsort dar. In ihrem

Antrag heißt es, Autobahnen seien „unter keinem denkbaren Gesichtspunkt Orte kommunikativen Austauschs“. Und weiter: „Eine Güterabwägung durch den Gesetzgeber fällt daher zugunsten eines ausnahmslosen Verbots von Versammlungen auf Autobahnen aus.“

Grundrechte haben nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur auf die Ausgestaltung des materiellen Rechts Einfluss, sondern setzen ebenso Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung. Dies sei, so das Bundesverfassungsgericht in der *Brokdorf*-Entscheidung, auch auf Art. 8 GG übertragbar. Als Freiheitsrecht enthalte die Versammlungsfreiheit keine Aussage zur inhaltlichen Gestaltung von Versammlungen und Aufzügen, sondern überlasse diese der freien Selbstbestimmung der Veranstalter:innen.

Nach einer restriktiven Auffassung sollen Versammlungen auf Orte beschränkt werden, für die bereits ein Zugangsrecht besteht.¹ Problematisch daran ist, dass der Staat insbesondere durch Widmung bestimmen könnte, welche Orte in den Schutzbereich des Art. 8 GG fallen.

Die besseren Argumente sprechen hingegen für eine extensive Auslegung des Selbstbestimmungsrechts zur Ortswahl, sodass es keine pauschal unzulässigen Versammlungsorte, mit Ausnahme privater Grundstücke, geben kann und Autobahnen somit in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fallen. Hierfür streitet auch die Bedeutung der Versammlungsfreiheit. Ebenfalls in der *Brokdorf*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht in überzeugender Weise formuliert, dass die Meinungsfreiheit seit Langem zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens zähle; für die Versammlungsfreiheit verstanden als Freiheit zur kollektiven Meinungsäußerung könne, so das Gericht weiter, nichts anderes gelten.

Nichtsdestotrotz werden Versammlungen auf Autobahnen nicht schrankenlos gewährleistet. Wenn Rechtsgüter Dritter in empfindlicher Weise bedroht sind, können versammlungsrechtliche Verbote erlassen werden. Die Anforderungen an Versammlungen in Fußgängerzonen sind andere als solche für Versammlungen auf Autobahnen, da diesen gewisse Gefahren immanent sind

(Schnellverkehr, Auffahrunfälle auf Stauenden). Nach Abwägung der Interessen obliegt es der Versammlungsbehörde, die Versammlung an einem anderen Ort zu verlegen – vorausgesetzt, der Versammlungszweck lässt dies zu. Besteht jedoch ein enger Konnex zwischen der Autobahn als Versammlungsort und dem Versammlungszweck, wie etwa bei den Demonstrationen gegen Autobahnausbauten, dann erscheint ein Ortswechsel nicht zumutbar. Der Schutz von Rechtsgütern Dritter muss in diesem Falle zurücktreten. Dies zeigt, dass es bei all diesen Erwägungen stets auf Umstände des Einzelfalls ankommt. Dass bei der Abwägung im Einzelfall Rechtsgüter Dritter zugunsten der Versammlungsfreiheit zurückstehen können, negiert § 13 Abs. 1 Satz 3 VersG NRW jedoch. Ein Totalverbot von Versammlungen auf Autobahnen kann nicht verfassungskonform sein, weder in Nordrhein-Westfalen noch in Berlin.

„Militanzverbot“ mit Bestimmtheits- und Kompetenzproblemen

Auch die §§ 18, 27 Abs. 8 VersG NRW sind Gegenstand der Kritik und der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführenden. Danach sind öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel verboten, wenn durch das Tragen von Uniformen, Uniformteilen oder uniformähnlichen Kleidungsstücken (Nr. 1) oder durch paramilitärisches Auftreten (Nr. 2) Gewaltbereitschaft vermittelt wird und die Versammlung dadurch einschüchternd wirkt. § 18 VersG NRW normiert das sogenannte „Militanzverbot“, im Gesetz als „Gewalt- und Einschüchterungsverbot“ bezeichnet, das grundsätzlich von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als zulässig erachtet wird.² Um ein solches Verbot zu normieren, seien jedoch strenge und hohe Anforderungen an die gesetzliche Regelung zu stellen; insbesondere seien bestimmte und enge tatbestandliche Voraussetzungen erforderlich.³

Die Problematik des § 18 VersG NRW liegt in seiner Unbestimmtheit. In der Gesetzesbegründung wird explizit darauf hingewiesen, dass etwa eine Uniformierung dann nicht von dem Verbot erfasst sein soll, wenn die Versammelnden sich nur gleichförmig kleideten. Damit soll wohl eine Kriminalisierung von Berufsträger:innen in Berufungsbekleidung, wie etwa medizinisches Pflege-

¹BVerwGE 91, 135 (138 f.).

²BVerfG NJW 1982, 1803.

³Arzt, Stellungnahme zum GesetzE, LT-Drs. 17/3834, 35.

personal in Kitteln verhindert werden. Vielmehr müsse zu der Gleichförmigkeit der Bekleidung das subjektive Element hinzutreten, einschüchternd und gewaltbereit wirken zu wollen. Wann jedoch diese Einschüchterungsschwelle überschritten worden ist, bleibt völlig unklar. Die Protestierenden können nicht wissen, wann sie nach Einschätzung der Versammlungsbehörde diese Schwelle übertreten und das Verbot verwirklicht haben. Das kann sie hemmen, von dem Versammlungsrecht tatsächlich Gebrauch zu machen. Durch diesen Abschreckungseffekt („chilling effect“) wird mittelbar in Art. 8 Abs. 1 GG eingegriffen. Verstärkt wird die Abschreckung durch den drohenden Strafraum. So ordnet § 27 Abs. 8 VersG NRW eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe an.

Als Beispiel für eine durch Gleichförmigkeit und Gewaltbereitschaft evozierte Einschüchterungswirkung zieht die Gesetzesbegründung die „uniformierte[n] rechts- oder linksextremistische[n] Verbände der Weimarer Republik wie die SA, die SS und ihre Untergliederungen“ heran, die heutzutage nicht nur in Ausprägung des sogenannten „Schwarzen Blocks“ linksradikaler Störer und Täter oder neonazistischer Gruppierungen auftraten, sondern ebenso in gleichfarbigen Overalls „wie bei den Garzweiler-Demonstrationen im Sommer 2019“.⁴ Damit stellt der Gesetzgeber anstandslos Aufmärsche der SS und der SA in eine Reihe mit Klimaprotestierenden.

Zweifelhaft ist zudem, ob dem nordrhein-westfälischen Gesetzgeber überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz für den Erlass strafrechtlicher Normen zustand oder ob diese nicht vielmehr ausschließlich beim Bund liegt. Folgt man Ulrike Zaremba, wurde § 27 Abs. 8 VersG NRW, sofern er kongruent mit den §§ 28, 3 VersG ist, kompetenzwidrig erlassen, weil der Bund mit dem Erlass der §§ 28, 3 VersG von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abschließend Gebrauch gemacht habe.⁵

Insgesamt abschreckender Charakter des Versammlungsgesetzes

Das VersG NRW weist durch eine Reihe von teils unbestimmten, teils sehr weitreichenden Regelungen einen abschreckenden Charakter auf, durch die Personen potenziell von der Teilnahme an Demonstrationen ab-

gehalten werden können. Dabei lässt insbesondere das Gewalt- und Einschüchterungsverbot in §§ 18, 27 Abs. 8 VersG NRW die Anforderungen an die Bestimmtheit einer (Straf-)Norm vermissen. Ferner bieten auch die polizeiliche Befugnis zur Aufnahme und Aufzeichnung bei Versammlungen unter freiem Himmel nach § 16 VersG NRW sowie das Störungsverbot in § 7 VersG NRW, worauf hier jeweils nicht eingegangen worden ist, ein Abschreckungspotenzial gerade nicht von der Versammlungsfreiheit Gebrauch zu machen.

Dass das VersG NRW einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen wird, kann nach der öffentlichen Kritik kaum überraschen. Eine freiheitliche Gesellschaft kann es sich nicht leisten, solcherlei Grundrechtseinschränkungen hinzunehmen. Denn gerade Grundrechte wie jene der Versammlungs- und Meinungsfreiheit stellen das Rückgrat einer starken, wachen und funktionierenden Demokratie dar. Die bereits erwähnte Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Versammlungs- und Meinungsfreiheit grundlegende und unentbehrliche Funktionselemente einer Demokratie darstellen, mag mittlerweile wie eine Binsenweisheit klingen, scheint jedoch, wie sich am Beispiel des VersG NRW zeigt, immer mal wieder aufgesagt werden zu müssen.

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass das VersG NRW, wie von den Beschwerdeführenden vorgetragen wird, auch als ein Gesetz gegen den Klimaprotest in NRW gelesen werden kann. Die Gesetzesbegründung nennt explizit als Beispiel der gleichförmigen Bekleidung im Sinne des § 18 VersG NRW die „gleichfarbigen Overalls (wie bei den Garzweiler-Demonstrationen im Sommer 2019)“. Ob die damalige schwarz-gelbe Landesregierung auch mit dem Totalverbot, Autobahnen als Versammlungsort auszuschließen, die Klimaproteste im Sinn hatte, kann nicht mit Gewissheit gesagt werden. Anhaltspunkte dafür finden sich in der Gesetzesbegründung jedenfalls nicht. Die Klimabewegung trifft dieses Verbot jedoch nun am Stärksten. Dass Politiker:innen gewisse Protestformen und -anliegen wie in Nordrhein-Westfalen jene der Klimaaktivist:innen in den Tagebauregionen möglicherweise als unangenehm oder nachgerade störend empfinden, gehört zu einer lebendigen Demokratie dazu und muss – freilich nur so lange keine Gefahren für die öffentliche Si-

⁴GesetzesE, LT-Drs. 17/12423, 77.

⁵Zaremba, Das Gewalt- und Einschüchterungsverbot aus § 18 VersG NW, NWVBl 319 (324).

cherheit entstehen – ausgehalten werden.

Philipp Schönberger

Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz

doi: 10.17176/20230127-081753-0



Weil die Regierung trotz Zielverfehlung noch immer kein Klimaschutz-Sofortprogramm verabschiedet hat, klagt der Umweltverband Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND) nun vor dem OVG Berlin-Brandenburg auf Beschluss eines solchen. Die Klage gibt Anlass für eine nähere Betrachtung der rechtlichen Pflichten, die das Klimaschutzgesetz (KSG) für den Fall einer Zielverfehlung auferlegt.

Die gesetzlichen Grenzen klimapolitischer Prokrastination

Es knirscht gewaltig in der Regierungskoalition. Nur kurzfristig von Diskussionen zu Panzerlieferungen überschattet, bleibt der Klimaschutz weiterhin Zankapfel der Ampel. Ausgerechnet bei der Bewältigung der gesamtgesellschaftlichen Herkulesaufgabe tritt die Koalition des selbsternannten „[Klimakanzlers](#)“ seit Monaten auf der Stelle. Die Grünen drängen nicht erst seit den Diskussionen um ihre Rolle bei der [Räumung Lützeraths](#) auf weiteren Fortschritt beim Klimaschutz. Davon unbeirrt weigert sich der Verkehrsminister, wirksame Maßnahmen vorzulegen, obwohl die [Emissionen in seinem Sektor](#) zuletzt sogar gestiegen sind. Stattdessen möchte er den Autobahnausbau beschleunigen und seine Partei fordert, die Sektorziele des Klimaschutzgesetzes (KSG) [einfach abzuschaffen](#). Dass Eile angesichts einer fortschreitenden Klimakrise geboten wäre, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Der [Expertenrat für Klimafragen](#) hat erst im November klargestellt, dass die Klimaziele für 2030 nur mit einem Paradigmenwechsel in der deutschen Klimaschutzpolitik erreicht werden können.

Dieser klimapolitischen Lethargie versuchen Klima-Aktivist*innen seit letztem Sommer unter Verweis auf sich schließende Zeitfenster mit immer drastischeren Mitteln entgegenzuwirken. Sekundenkleber und Kartoffelbrei lösten dabei eine Kontroverse um die Grenzen legitimen Klimaprotests aus, die zeitweise den Anlass aus den Augen verlor und bisweilen in eine Polemik abdrifte-

te, die mit der Wahl des Wortes „Klimaterroristen“ zum Unwort des Jahres treffend beschrieben ist. Harsche Kritik an den Protestformen kam auch aus den Reihen der Ampelkoalition und Forderungen nach der [„Härte des Rechtsstaats“](#) erlebten einmal mehr ein Comeback. Zuletzt sah sich sogar der Bundesjustizminister höchstpersönlich veranlasst, in einer Talkshow zur [„Verteidigung des Rechtsstaates“](#) gegen die Aktivist*innen der „Letzten Generation“ aufzutreten.

Hauptanliegen des Rechtsstaats ist jedoch die Einhegung hoheitlicher Machtausübung durch Bindung der Staatsgewalt an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Diese Gesetzesbindung gilt selbstverständlich auch für die Bundesregierung als Spitze der Exekutive, welcher der Justizminister angehört. An sie richtet sich das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und verpflichtet zur Einhaltung der Gesetze – einschließlich des eigenen Klimaschutzgesetzes. Genau das erscheint aber zunehmend fraglich, weshalb in der aktuellen Klimadebatte der Ruf eines Bundesministers nach dem Rechtsstaat leicht zum Boomerang zu werden droht.

Das Klimaschutzgesetz schreibt in [Anlage 2](#) sektorale Emissionsmengen („Sektorziele“) vor, die im Jahr 2021 in den Sektoren Verkehr und Gebäude überschritten wurden. Nach § 8 KSG hätten daher Sofortprogramme vorgelegt (Abs. 1) und anschließend von der Regierung beschlossen werden müssen (Abs. 2). Das ist aber noch immer nicht passiert.

Bislang konzentrierte sich die Diskussion über die rechtlichen Konsequenzen der klimapolitischen Verweigerungshaltung auf das Verkehrsministerium. Zwar hatte Verkehrsminister Wissing im Juli 2022 ein mit „Sofortprogramm“ überschriebenes [Papier](#) vorgestellt; darin klaffte aber eine Klimaschutzlücke bis 2030 von ca. 260 Millionen Tonnen CO₂. Der Expertenrat für Klimafragen bewertete das Programm als [„schon im Ansatz ohne hinreichenden Anspruch“](#) und forderte eine Beschleunigung der Reduktionsbemühungen des Sektors um das [14-Fache](#) (Rn. 323). Die Deutsche Umwelthilfe reichte daraufhin

Klage gegen das Ministerium ein; inzwischen stuft auch der **Wissenschaftliche Dienst des Bundestages** das Programm als rechtswidrig ein.

Das entscheidende Element des Sanktionsmechanismus aus § 8 KSG wurde indes kaum beleuchtet. Die Vorlage der Sofortprogramme durch die zuständigen Ministerien nach Absatz 1 ist kein Selbstzweck, sondern ein erster, vorbereitender Schritt. Auf dieser Grundlage muss die Bundesregierung anschließend nach Absatz 2 wirksame Maßnahmen beschließen und umsetzen. Erst dadurch kann die Rückkehr auf den Reduktionspfad des KSG erreicht werden. Im November 2022 hatte das Wirtschaftsministerium ein entsprechendes **Eckpunktepapier vorgelegt**, scheiterte damit jedoch am Widerstand der FDP (**hier**). Seitdem wurde viel gestritten, aber nichts beschlossen – und das, obwohl das Gesetz ein „schnellstmögliches“ Handeln der Regierung vorsieht.

Diese möglicherweise rechtswidrige Untätigkeit der Bundesregierung adressiert die nun erhobene verwaltungsgerichtliche Leistungsklage auf Beschluss eines Sofortprogramms nach § 8 Abs. 2 S. 1 KSG.

Zulässigkeit: Klagebefugnis aus dem Europarecht

Ein Klagerecht von Umweltverbänden gegen beziehungsweise auf den Erlass von Sofortprogrammen nach § 8 KSG ist im deutschen Recht eigentlich nicht vorgesehen. Das Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) lässt Verbandsklagen nur gegen die in § 1 abschließend aufgeführten Entscheidungen zu. Warum dieser Katalog zu eng ist, und durch eine Generalklausel ersetzt werden sollte, wurde bereits erörtert (**hier**). Jedenfalls macht § 1 Abs. 1 Nr. 4 lit. a UmwRG Klagen gegen behördliche Programme von der Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) abhängig. Die Sofortprogramme nach § 8 KSG wurden allerdings bewusst nicht in Anlage 5 zum UVPG aufgenommen. Sie sind deshalb in aller Regel (vgl. aber § 35 Abs. 2 UVPG) nicht SUP-pflichtig und wären folglich nicht beklagbar. Die Begründung dafür erscheint angesichts der alljährlichen Zielüberschreitung mittlerweile fast zynisch: Die Sofortprogramme seien ohnehin „**nur im Ausnahmefall**“ aufzustellen (S.47).

Die Klagebefugnis ergibt sich jedoch aus dem Europa- und Völkerrecht. Nach der „**Protect**“-**Rechtsprechung des EuGH** verlangt Art. 9 Abs. 3 Aarhus Konvention i.V.m. Art. 47 Grundrechte-Charta eine gerichtliche Überprüfbarkeit der Einhaltung jeglicher umweltrechtlicher Vorschriften. Die **Entscheidung zur Typengenehmigung** (da-

zu **hier**) stellte zudem klar, dass eine Beschränkung des Rechtsschutzes auf bestimmte Klagegegenstände nicht zulässig ist. Vielmehr muss gegen alle Handlungen, die potenziell Umweltrecht verletzen, ein Rechtsmittel gegeben sein. Das gilt auch für den Erlass beziehungsweise das Unterbleiben eines Klimaschutz-Sofortprogramms. Ob sich die Klagebefugnis des BUND deshalb aus einer europarechtskonformen Auslegung von § 1 UmwRG, oder aber direkt aus Art. 9 Aarhus Konvention und Art. 47 Grundrechte-Charta ergibt, kann an dieser Stelle dahinstehen.

Begründetheit: „Schnellstmöglich“ bedeutet nicht „nach Belieben“

In der Sache rügt die Klage eine Verletzung von § 8 Abs. 2 S. 1 KSG. Danach berät die Bundesregierung über die zu ergreifenden Klimaschutz-Maßnahmen und „beschließt diese schnellstmöglich“. Für die Begründetheit der Klage kommt es daher entscheidend darauf an, welche zeitliche Schranke sich aus diesem unbestimmten Rechtsbegriff ableitet. Mangels einschlägiger Rechtsprechung und gesetzlicher Konkretisierung ist dies nach herkömmlicher juristischer Dogmatik durch Auslegung zu ermitteln.

Dem Wortlaut lässt sich freilich kein klar abgrenzbarer Zeitraum für Beratung und Beschlussfassung entnehmen. Eine Maximalfrist von sechs Monaten wurde im **Gesetzgebungsprozess diskutiert** (S. 13), aber letztlich verworfen. Die vage Formulierung erkennt vielmehr an, dass der Beschluss einen politischen Aushandlungsprozess erforderlich macht, der nicht durch eine starre Frist beschränkt werden soll. § 8 Abs. 2 KSG gesteht der Bundesregierung einen erheblichen Entscheidungsspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zu. Während das zuständige Ministerium nach Absatz 1 ein Sofortprogramm erstellen muss, welches für sich genommen die Einhaltung der Sektorziele sicherstellt, kann die Bundesregierung anschließend auf verschiedene Werkzeuge zurückgreifen, um künftigen Zielverfehlungen entgegenzuwirken: Neben sektoralen und sektorübergreifenden Maßnahmen kann sie auch europarechtliche Flexibilitätsmechanismen berücksichtigen und die Jahresemissionsmengen sogar abändern (§ 4 Abs. 5 KSG). Je nach Art und Umfang der erforderlichen Nachsteuerung können von punktuellen Ergänzungen bis hin zu grundlegenden Richtungsänderungen unterschiedlich komplexe Maßnahmenpakete und damit unterschiedliche Zeiträu-

me für die Aushandlung erforderlich sein. Das kann erklären, warum das Gesetz statt einer strikten Deadline lediglich vorgibt, die Zeit für Beratung und Beschlussfassung möglichst kurz zu halten.

Nichtdestotrotz bringt das Adverb „schnellstmöglich“ eine hohe Dringlichkeit zum Ausdruck und stellt klar, dass der Zeitraum für den Prozess nicht unbeschränkt sein kann – anderenfalls wäre es obsolet. Vielmehr knüpft es die zulässige Dauer an die Grenze des unter den gegebenen Umständen Möglichen. Dabei sprechen gewichtige Argumente dafür, dass eine Beschlussfassung zumindest bis zum Ende des laufenden Kalenderjahres zu fordern ist.

Zunächst ist der gesamte Mechanismus nach § 8 KSG auf eine **kurzfristige Korrektur** (S. 32) von Zielverfehlungen ausgerichtet. Er ist „**das zentrale Instrument zur Nachsteuerung**“ (S.9) und soll durch „**Eil- oder Ad-Hoc-Maßnahmen**“ die schnelle Rückkehr auf den in Anlage 2 KSG definierten Emissionspfad gewährleisten. Dafür gilt ein straffer Zeitplan: Bis zum 15. März des Folgejahres müssen die Emissionsdaten für das Berichtsjahr vorgelegt (§ 5 Abs. 1 KSG) und innerhalb eines Monats vom Expertenrat bewertet werden (§ 12 Abs. 1 KSG). Weisen die Zahlen eine Überschreitung in einem Sektor aus, legt das zuständige Ministerium innerhalb von drei Monaten ein geeignetes Sofortprogramm vor (§ 8 Abs. 1 KSG). Somit liegen spätestens am 15. Juli konkrete Vorschläge für Minderungsmaßnahmen auf dem Tisch, die sodann von der Bundesregierung als Kollegialorgan zu beschließen sind (§ 8 Abs. 2 KSG). Diese Fristenregelung ergäbe wenig Sinn, wenn der letzte und entscheidende Schritt viele Monate hinausgezögert werden könnte. Zudem beginnt im folgenden Januar der jährliche Monitoring- und Compliance-Zyklus von neuem. Bei Verschiebung des Beschlusses bis in das folgende Frühjahr droht eine Überlagerung mehrerer Nachsteuerungspflichten. Vor diesem Hintergrund hält auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages eine Frist zum Jahresende für „**nachvollziehbar**“ (S. 8).

Ebenso spricht die in § 4 Abs. 1 S. 9 KSG klargestellte rechtliche Verbindlichkeit der Sektorziele für diese Auslegung. Denn ihre Überschreitung stellt einen Gesetzesverstoß dar, der durch den Mechanismus aus § 8 KSG nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung umgehend abgestellt werden soll. Die Vertagung der Nachsteuerung ins Folgejahr würde eine weitere Ziel- und damit Gesetzesüberschreitung billigend in Kauf nehmen,

was mit Art. 20 Abs. 3 GG schwer vereinbar wäre.

Außerdem formuliert Absatz 1 die wirkungsbezogene Anforderung, dass die zu beschließenden Maßnahmen eine Einhaltung der Sektorziele „in den folgenden Jahren“ sicherstellen müssen. Diese ebenfalls auslegungsbedürftige zeitliche Referenz verpflichtet dazu, ab dem auf die Feststellung der Zielverfehlung folgenden Kalenderjahr wieder „auf KSG-Kurs“ zu sein – so jedenfalls die überzeugende Argumentation in der **Klageschrift** (S. 40 ff.), das Verständnis des **Expertenrats für Klimafragen** (Rn. 21, außerdem **hier** Rn. Z4), und wohl auch des **Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages** unter Berufung auf diverse Literaturmeinungen (S. 7-8). Mit dieser inhaltlichen Vorgabe ist es unvereinbar, den Beschluss der Maßnahmen (und damit auch ihre Umsetzung) in das Folgejahr zu verschleppen, in dem eine Zieleinhaltung bereits sichergestellt werden soll.

Schließlich sprechen auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus dem **Klimabeschluss** des Bundesverfassungsgerichts für einen engen zeitlichen Rahmen. Mit den Klimazielen des KSG beschreibt die Gesetzgebung einen Reduktionspfad, der das zur Einhaltung des verfassungsrechtlich maßgeblichen Temperaturziels aus dem Pariser Übereinkommen verbleibende nationale Restbudget beachtet. Durch die Formulierung dieses Reduktionspfades nimmt der Staat den Verfassungsauftrag wahr, die mit dem THG-Ausstoß verbundenen Freiheitschancen verhältnismäßig und schonend über die Zeit zu verteilen. Dazu ist er verpflichtet, weil mit jedem Anteil, der vom endlichen CO₂-Budget verzehrt wird, Reduktionslasten und damit Freiheitschancen in die Zukunft verschoben werden und sich folglich die Gefahr einer „Vollbremsung“ mit massiven Freiheitsbeeinträchtigungen erhöht (Rn. 187). Es entspricht also dem verfassungsrechtlichen Klimaschutzauftrag, Überschreitungen des Reduktionspfades umgehend zu korrigieren und keine längerfristige Zielverfehlung zuzulassen.

Nach alledem wird „schnellstmöglich“ so zu verstehen sein, dass der Beschluss innerhalb möglichst kurzer Zeit, spätestens bis zum Ablauf des Kalenderjahres gefasst sein muss, sofern nicht im Einzelfall gewichtige Gründe (z.B. ein zwischenzeitlicher Regierungswechsel) einen längeren Zeitraum dringend erfordern. Dabei können weder die Weigerung eines Ministeriums, einen geeigneten Vorschlag nach § 8 Abs. 1 KSG vorzulegen, noch regierungsinterne Meinungsverschiedenheiten über die Wahl der Maßnahmen, einen solchen Grund darstellen. §

§ 8 Abs. 2 KSG nimmt die Bundesregierung als Kollegialorgan in die Pflicht und stellt ihr verschiedene Optionen zur Zielerreichung bereit. Notfalls ermöglicht es die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 1 GG), einen Beschluss herbeizuführen.

Die Klage des BUND hat daher in der Sache Aussicht auf Erfolg. Für die Verzögerung des Beschlusses nach § 8 Abs. 2 S. 1 KSG bis ins Frühjahr 2023 gibt es keine triftigen Gründe. Weder das offensichtlich unzureichende Sofortprogramm des Verkehrsministers noch die Streitereien über die [Abschaffung der Sektorziele](#) oder die [Beschleunigung des Straßenbaus](#) hindern die Regierung, wirksame Maßnahmen rechtzeitig zu beschließen. Auch der gebetsmühlenartig wiederholte Verweis auf das im [Koalitionsvertrag](#) (S. 55) für 2022 angekündigte, umfassende Klimaschutzprogramm der gesamten Regierung kann eine Verschleppung nicht rechtfertigen. Konkrete Vorschläge mit unmittelbarer Reduktionswirkung lagen seit Monaten auf dem Tisch und hätten längst beschlossen werden können. Noch nicht einmal die (unzureichenden) Maßnahmen aus den vorgelegten Sofortprogrammen wurden beschlossen. Stattdessen verhindert das Ausbleiben eines Beschlusses die Gegensteuerung, zu der die Regierung nach § 8 KSG verpflichtet ist, ohne erkennbaren Grund.

Klimaschutz ist Freiheitsschutz, das hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich klargestellt. Vehementer Einsatz für konsequente Klimapolitik wäre von einer liberalen Koalitionspartnerin daher eigentlich zu erwarten. Es ist gut möglich, dass bei der Tagung des Koalitionsausschusses am 26. Januar 2023 der Knoten endlich platzt und ein Sofortprogramm in naher Zukunft Realität wird. Sofern ein solches den Anforderungen von § 8 KSG genügt und die Einhaltung der Sektorziele ab 2023 sicherstellt, würde sich die Klage des BUND erledigen. Da jedoch [erste Zahlen für das Jahr 2022](#) auf eine erneute Überschreitung der Sektorziele in den bekannten Sektoren hindeuten, und deshalb voraussichtlich weitere Sofortprogramme erstellt und beschlossen werden müssen, wäre eine gerichtliche Klärung von Inhalt und Reichweite der Pflichten nach § 8 KSG wünschenswert. Zumindest aber kann die Klage die Bundesregierung daran erinnern, dass in einem Rechtsstaat auch sie nicht über dem Gesetz steht.

*Disclaimer:
Philipp Schönberger arbeitet als juristischer Referent für Klimaschutz und Verkehr bei dem Verein Green Legal Impact e.V., bei dem auch der Umweltverband BUND Mitglied ist.*

Georg Freiß

Eigentumsverhältnisse sind antastbar

Über die mögliche Vergesellschaftung von RWE

doi: 10.17176/20230127-081822-0



Die aktuellen Debatten um Kohleausstieg und Energiewende zeigen, dass Entscheidungen auf dem Gebiet der Energiewirtschaft hochpolitisch sind und nicht ohne Blick auf das Wohlergehen dieser sowie folgender Generationen gefällt werden können. Insbesondere die anhaltenden Proteste gegen den Braunkohleabbau unter Lützerath belegen, dass die privatwirtschaftliche Nutzung und Verwertung fossiler Energien zugunsten privater (Rekord-)Gewinne in Zeiten der Klima- und Energiekrise zunehmend auf Ablehnung stößt. Vermehrt werden daher auch Forderungen laut, private Profitinteressen aus den Entscheidungsprozessen auszuschließen und den gewonnenen Entscheidungsraum mit demokratisch legitimerter und gemeinwohlorientierter Unternehmenspolitik zu füllen.

Vergesellschaftungen sind möglich

Dem Gesetzgeber stehen kraft Verfassung umfangreiche Befugnisse zur Umstrukturierung der Wirtschaftsordnung zu. Die Möglichkeit zur Vergesellschaftung wurde in der bundesdeutschen Geschichte noch nicht wahrgenommen, und entsprechend wenig Beachtung fand Art. 15 GG in auch der Rechtswissenschaft. Dies änderte sich im Zuge der Kampagne „[Deutsche Wohnen & Co. enteignen](#)“, die eine Sozialisierung großer Wohnungsunternehmen in Berlin anstrebt und im September 2021 einen erfolgreichen Volksentscheid anstrebte. Seitdem nimmt die Vergesellschaftungsidee an Fahrt auf. So gründete sich unter anderem die Initiative „[RWE & Co. enteignen](#)“, die eine Demokratisierung des Energiesektors fordert und hierfür Art. 15 GG aktivieren will. Inwiefern kann mittels Vergesellschaftung nach Art. 15 GG eine Demokratisierung des Energiesektors mit Neuausrichtung auf das Gemeinwohl gelingen?

Das Grundgesetz enthält, anders als die Weimarer Reichsverfassung (Art. 151–166 WRV), keinen Teil, der eine Wirtschaftsverfassung festlegt. Zwar begreifen man-

che Literaturstimmen das Grundgesetz als eine Verfassung der Marktwirtschaft, historisch hat sich der Verfassungsgeber allerdings bewusst für die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes entschieden. Es ist also dem Gesetzgeber überlassen, die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik auszugestalten.¹ Vor allem die Möglichkeiten der Inhaltsbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) und der Vergesellschaftung (Art. 15 GG) geben ihm umfangreiche Befugnisse, in die herrschende Eigentums- und Wirtschaftsordnung einzugreifen und diese durch einfache Gesetze umzugestalten.

Eingegrenzt wird diese Kompetenz nach [Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts](#) lediglich durch die Grundrechte, insbesondere durch Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG sowie dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.

Art 15 GG ermöglicht es, „Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel [...] zum Zwecke der Vergesellschaftung [...] in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft [zu überführen]“. Grundsätzlich ist also eine Vergesellschaftung des Energiesektors mittels Gesetzes denkbar.

Voraussetzungen einer Vergesellschaftung im Energiesektor

Ob und inwieweit eine Vergesellschaftung von RWE möglich ist, entscheidet sich insbesondere an der Frage, ob Energiekonzerne zulässige Sozialisierungsobjekte sind (a) und welche Anforderungen Art. 15 GG an die Verhältnismäßigkeit einer Vergesellschaftung stellt (b).

a) Energiekonzerne als Sozialisierungsobjekte

Art. 15 GG erlaubt die Vergesellschaftung von „Produktionsmitteln“. Im Bereich der Immobilienwirtschaft wird aktuell umfangreich diskutiert, ob der Wohnungsbestand von Immobilienkonzernen unter diesen Tatbestand fällt. Unstrittig hatte der Parlamentarische Rat im Jahre 1949

¹Vgl. hierfür [Bäumler](#), DÖV 1979, 325.

noch keine Vorstellung davon, welchen Stellenrang der Dienstleistungssektor in den kommenden Jahrzehnten einnehmen würde und hatte hier wohl eher die Vergesellschaftung industrieller Produktionsmittel vor Augen. Ob nun auch Versicherungen, Banken, Immobilienunternehmen oder Tech-Konzerne Produktionsmittel iSd Art. 15 GG darstellen können, hängt davon ab, ob ein weiter volkswirtschaftlicher oder ein enger industrieller Produktionsmittelbegriff Anwendung finden soll. Im Falle der RWE Power AG stellt sich diese Frage nicht. Als bedeutende Akteurin der Energiewirtschaft ist sie Eigentümerin von klassischen industriellen Produktionsmitteln. Insbesondere die Kohleindustrie hatte der Verfassungsgeber vor Augen, als er zu Art. 15 GG beriet.

In Bezug auf die Energiewirtschaft ist laut Art. 15 GG außerdem eine Vergesellschaftung von „Naturschätzen“ zulässig. Hierunter fallen neben Bodenschätzen auch Naturkräfte. Es ist also nicht nur die Bergbauparte, die im Fall einer Vergesellschaftung von RWE umfasst wäre, sondern auch die Gewinnung erneuerbarer Energien aus Wind-, Solar- und Wasserkraft. Ob über die Naturschätze hinaus auch die damit verbundenen Unternehmensstrukturen umfasst sind, ist strittig. Diese wären jedenfalls als Produktionsmittel vergesellschaftungsfähig.²

Die Möglichkeit einer Vergesellschaftung von RWE stützt nicht zuletzt auch ein historischer Rückblick auf die angestrebte Wirtschaftspolitik der Nachkriegszeit. Oft wird Art. 15 GG als ein Zeugnis des Kompromisscharakters des Grundgesetzes verstanden. Dies mag teilweise überzeugen, übersieht jedoch die breite Unterstützung für Vergemeinschaftungen der Großindustrie in der Nachkriegszeit. Nicht nur SPD und KPD, sondern auch die bürgerlich-konservativen Parteien sowie die Nationalökonomie und Kirchen traten für umfassende Vergesellschaftung ein.³ Die CDU stellte 1947 in ihrem **Ahlerer Wirtschaftsprogramm** fest: „Kohle ist das entscheidende Produkt der gesamten deutschen Volkswirtschaft. Wir fordern die Vergesellschaftung der Bergwerke“. Hiervon zeugen auch zahlreiche Landesverfassungen, die zu dieser Zeit erlassen wurden und weit überwiegend umfangreiche Vergesellschaftungsklauseln und sogar -aufträge beinhalten (exemplarisch hierzu Art. 40, 41 Hessische

Landesverfassung vom 1.12.1946 und Art. 27 der Verfassung von NRW vom 11.7.1950). Die anfängliche Begeisterung für die Demokratisierung wesentlicher Wirtschaftszweige verflieg auf Seiten der CDU jedoch schnell und sorgte für eine Frontenbildung innerhalb des Parlamentarischen Rats. Von dieser Zeit und diesem Geist zeugt Art. 15 GG, der als Ergebnis von Bemühungen der SPD und KPD Einzug in das Grundgesetz erhielt und die Perspektive einer Überwindung des Kapitalismus eröffnen sollte.⁴

b) Das Problem der Verhältnismäßigkeit

Heftig umstritten ist die Frage, ob die Vergesellschaftung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt. Das Spektrum an verschiedenen Meinungen und Modifikationen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 15 GG ist umfangreich und teils unübersichtlich (vgl. [hier](#) und [hier](#)).

Richtig ist, dass Maßnahmen nach Art. 15 GG keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.⁵ Dies ergibt sich logisch aus der Konzeption der Norm als Öffnung in andere Wirtschaftssysteme. Demnach steht der Übergang in eine andere Wirtschaftsordnung im politischen Ermessen des Gesetzgebers und muss gerade nicht gegenüber der herrschenden Eigentums- und Wirtschaftsordnung gerechtfertigt werden. Bei anderer Ansicht wäre der mögliche Anwendungsbereich des Art. 15 GG wesentlich beschränkter als vom Verfassungsgeber beabsichtigt und würde das Grundgesetz gerade doch zu einer grundsätzlich marktwirtschaftlich ausgerichteten Verfassung machen, die nur im Ausnahmefall eine Vergesellschaftung erlaubt. Eine solche Lesart liefe auf ein Verständnis der Norm als „Freiheitsrecht auf Nichtsozialisierung“ hinaus, wodurch eine Vergesellschaftung nur bei Vorliegen eines besonders wichtigen, übergeordneten Zwecks möglich wäre. Dagegen spricht jedoch eindeutig der Wortlaut der Norm, welcher die Überführung in die Gemeinwirtschaft „zum Zwecke der Vergesellschaftung“ und somit als Selbstzweck vorschreibt. Untermauert wird dies durch die Tatsache, dass Hermann von Mangoldt und Thomas Dehler im Parlamentarischen Rat mit ihrem Antrag scheiterten, die Vergesellschaftung nur „zum Wohle

²Durner, Dürig/Herzog/Scholz GG-Kommentar, Art. 15 GG Rn. 35 ff.

³Durner, Dürig/Herzog/Scholz GG-Kommentar, Art. 15 GG Rn. 8 ff.

⁴Mayer/Stuby, Die Entstehung des Grundgesetzes, S. 125, 138 ff.; Hans-Peter Ipsen, Enteignungen und Sozialisierung (Tagungsband), S. 102 ff.

⁵Kingreen/Poscher, Staatsrecht II 38. Aufl., Rn. 1250; Röhner, KJ 2020, 16 (18).

der Allgemeinheit“ zuzulassen.⁶ Zwar wird die Überführung in die Gemeinwirtschaft regelmäßig auf die Verfolgung von Zielen des Allgemeinwohls hinauslaufen. Damit ist das Gemeinwohl jedoch nur die Folge von Vergesellschaftung und nicht ihre Voraussetzung.

Auch restriktive Interpretationen des Art. 15 GG stehen der Vergesellschaftung nicht entgegen

Selbst bei Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre die Vergesellschaftung von RWE möglich. Es existiert ein hinreichend gewichtiges Interesse der Gemeinschaft, den Energiesektor zukunftstauglich und demokratisch zu gestalten. Neben Preissenkungen für Verbraucher*innen könnten die [Rekordgewinne von RWE](#) aus den Krisenjahren außerdem für die Umstrukturierung des Energiesektors hin zu erneuerbaren Energien genutzt werden. Ebenso wie beim Wohnraum kommt hinzu, dass fossile Energieträger nur begrenzt verfügbar sind. Dass die Verbrennung dieser verbleibenden Rohstoffe möglichst umweltschonend und nicht profitmaximierend stattfinden muss, ergibt sich nicht zuletzt aus dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Gebot der [„Schonung künftiger Freiheit“](#). Eine solche Neuausrichtung kann privatwirtschaftlichen Unternehmen aufgrund ihrer inhärenten Profitorientierung sowie ihrer mangelnden demokratischen Legitimation nicht gelingen.

Neben der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden noch weitere Ansichten vertreten, die den Anwendungsbereich von Art. 15 GG beschränken. Teils wird Art. 15 GG als Norm verstanden, die zur Monopol- und Marktmachtbekämpfung geschaffen wurde. RWE ist eines der großen vier Energieversorgungsunternehmen und somit maßgeblicher Akteur in hochsensibler Infrastruktur. Laut [Marktmachtbericht des Bundeskartellamts](#) aus 2021 hat RWE damit eine marktbeherrschende Position inne. Auch nach dieser Lesart wäre eine Vergesellschaftung als Mittel zur Monopolbekämpfung zulässig.

Ferner wird Art. 15 GG auch als Norm verstanden, die Markteingriffe nur bei besonderen krisenhaften Umständen zulässt. Angesichts der Ausmaße von Klima- und Energiekrise und der bedeutenden Rolle, die Energiekonzerne in diesen Bereichen einnehmen, steht die Beschränkung auf Krisenzeiten einer Vergesellschaftung ebenfalls nicht entgegen. RWE ist also ein Unternehmen, welches

selbst bei Annahme restriktiver Interpretationen vergesellschaftungsfähig ist.

Mehr Demokratisierung wagen

Die nachgeschaltete Frage nach der korrekten Berechnung der Entschädigungshöhe ist ebenso umstritten wie die der Verhältnismäßigkeit, für die hier aufgeworfene Frage nach der grundsätzlichen Möglichkeit einer Vergesellschaftung von RWE jedoch ohne Bedeutung. Überzeugend ist, eine Entschädigung unter Verkehrswert grundsätzlich zuzulassen, da die Entschädigungspflicht andernfalls zu einer „Sozialisierungsbremse“ wird – eine Funktion, die ihr nicht zgedacht ist.⁷ Unabhängig von den Detailfragen scheint eine Vergesellschaftung in Anbetracht der [staatlichen Milliardenbeträge](#), mit denen sich Energiekonzerne den Kohleausstieg vergolden lassen, finanzierbar. Die [Möglichkeiten der Finanzierung](#) sind zahlreich. Sie kann falls nötig über Jahrzehnte erfolgen und anteilig über die Einnahmen der vergesellschafteten RWE Power AG finanziert werden. Auch die kürzlich erst erfolgte [Verstaatlichung von Uniper](#) zeigt, dass solche Vorhaben finanzierbar sind.

Abschließend bleibt festzuhalten: Der Verfassungsgeber gestaltete das Grundgesetz wirtschaftssystemoffen. Mit Art. 15 GG wurde er umfassend dazu ermächtigt, Unternehmen und ganze Wirtschaftszweige zu vergesellschaften, um sie zugunsten des Gemeinwohls zu nutzen. Trotz zahlreicher Versuche der Literatur, den Anwendungsbereich von Art. 15 GG möglichst eng zu ziehen, stehen die Eingrenzungen auf die Verhältnismäßigkeit, die Krisenfunktion oder die Ausrichtung auf Monopolbekämpfung einer Vergesellschaftung nicht im Wege.

Der Protest gegen RWE und den sogenannten Kompromiss zum Kohleabbau resultiert nicht zuletzt aus dem privatwirtschaftlichen Aufbau des Energiesektors und der damit verbundenen Erwirtschaftung von Rekordgewinnen auf dem Rücken krisengeplagter Verbraucher*innen und zukünftiger Generationen. Eine gerechte und nachhaltige Stromversorgung ist ein Bereich, der gemeinwirtschaftlich gestaltet werden kann und sollte. So könnten Fragen rund um Preisgestaltung, Kohleausstieg, Nuklearenergie und Energiewende in demokratischen Entscheidungsprozessen beantwortet und die Unternehmenspolitik dahingehend ausgerichtet werden. Die RWE Power

⁶ *Stuby/Mayer*, Die Entstehung des GG, S. 125.

⁷ *Thiel*, DÖV 2019, 497 (500).

AG ist somit ein in allen Belangen geeignetes Sozialisierungsobjekt.

Für engagierte Diskussion und Kritik danke ich Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Marje Mülder und Jonas Neudecker.

Antonia Boehl

Ausgebremst

Zur gescheiterten Verfassungsbeschwerde gegen die Nichteinführung eines Tempolimits

doi: 10.17176/20230118-001522-0



Das Bundesverfassungsgericht hat am 17. Januar 2023 einen [Beschluss zur Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde](#) veröffentlicht. Die Beschwerdeführenden haben sich gegen die Nichteinführung eines Tempolimits auf Bundesautobahnen gerichtet und sich dabei auf den Klimaschutz berufen. Damit hatten sie keinen Erfolg, obwohl die [Klimaentscheidung von März 2021](#) den Klimaschutz doch scheinbar verfassungsrechtlich „beschlussfähig“ machte.

Der Beschluss zeigt, dass auch ein intertemporaler Freiheitsschutz Beschwerdeführenden keine weiteren Zugänge für Rügen im Bereich von Art. 20a GG eröffnet und Klimaklagen keine einzelnen klimarelevanten Maßnahmen verfassungsrechtlich einfordern können. Um dies zu ändern, müsste die Gesetzgebung tätig werden und Art. 20a GG verfassungsprozessual handhabbar machen.

Ein Tempolimit ist nicht einklagbar

Die Beschwerdeführenden versuchten mit ihrer Verfassungsbeschwerde, eine Verletzung von Art. 20a GG – einer Staatszielbestimmung, die sowohl den Umwelt- als auch Klimaschutz verfassungsrechtlich verankert – subjektiv geltend zu machen. Hierzu beriefen sie sich auf den intertemporalen Freiheitsschutz der Klimaentscheidung aus März 2021. Die aufsehenerregende Entscheidung zum Klimaschutz hatte Art. 20a GG im Bereich des Klimaschutzes zwar operationalisierbar gemacht, indem internationale Verpflichtungen als gesetzgeberische Konkretisierungen des Schutzniveaus von Art. 20a GG verstanden und der Gesetzgeber an diesen eigenen Entscheidungen gemessen wurde. Allerdings zeigte sich nicht deutlich, unter welchen Voraussetzungen eine Rüge des intertemporalen Freiheitsschutzes zukünftig möglich sein würde.

Um nun eine Verletzung dieses intertemporalen Freiheitsschutzes zu rügen, argumentieren die Beschwerdeführenden, dass die Einführung eines Tempolimits auf Autobahnen eine geringere *gegenwärtige* Freiheits-

einschränkung im Vergleich zu erforderlichen *zukünftigen* Freiheitseinschränkungen aufgrund des fortschreitenden Klimawandels darstellt. Außerdem sehen sie die Freiheitseinschränkungen als unter Art. 20a GG gerechtfertigt aufgrund der daraus zu erreichenden CO₂-Einsparungen.

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde jedoch nicht zur Entscheidung an – „die Beschwerdeführenden haben die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht hinreichend dargelegt.“ Das mag verwundern, wenn man sich an den international diskutierten Klimabeschluss aus 2021 erinnert, der als Zeichen für die Belange des Klimaschutzes, die Bedeutsamkeit von Art. 20a GG und nicht zuletzt als Anzeichen für strategische Prozessführung im Bereich des Klimaschutzes auf Verfassungsebene verstanden wurde. Allerdings – und das wird hier deutlich – ging dieses Zeichen nicht über eine allgemeine Betonung der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Klimaschutzes hinaus. Denn die Konstruktion des intertemporalen Freiheitsschutzes erfolgte aus einer Gesamtschau der Grundrechte und macht so weiterhin notwendig, dass eine spezifische Verletzung von Grundrechten vorliegt.

In seinem neuen Beschluss stellt das Bundesverfassungsgericht nun klar, dass es mit der Klimaentscheidung gerade kein neues Grundrecht schaffen, sondern dem Gewicht des Klimaschutzes „in allen Abwägungsentscheidungen des Staates“ Ausdruck verleihen wollte [Rn. 3]. Ein Verstoß gegen Art. 20a GG könne hingegen nur mittelbar gerügt werden, wenn ein Eingriff in Grundrechte vorliege [Rn. 4]. Eine eingriffsähnliche Vorwirkung sieht das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht als substantiiert dargelegt [Rn. 5].

Sich lediglich gegen das Fehlen einer einzelnen gesetzgeberischen Maßnahme zu wenden, reicht für die Annahme der Verfassungsbeschwerde folglich nicht aus. Stattdessen müsse sich die Verfassungsbeschwerde „grundsätzlich gegen die Gesamtheit der zugelassenen Emissionen richten, weil regelmäßig nur diese, nicht

aber punktuelleres Tun oder Unterlassen des Staates die Reduktionslasten insgesamt unverhältnismäßig auf die Zukunft verschieben könnte“ [Rn. 5]. Darin deutet sich an, dass bloß eine Beschwerde gegen das Klimaschutzgesetz insgesamt – also die Situation der Klimaentscheidung von 2021 – Aussicht hat, am Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung angenommen zu werden. Die Rüge des Nichthandelns in einem bestimmten Sektor reicht hingegen nicht aus.

Verfassungsgerichtlicher Klimaschutz in der Sackgasse?

Damit macht das Bundesverfassungsgericht sowohl die eigenen institutionellen wie auch prozessualen Begrenzungen deutlich.

Als Gericht soll es keine politischen Entscheidungen fällen und politische Entscheidungen des Gesetzgebers vorwegnehmen. Würde es jedoch in einzelnen Sektoren konkrete Vorgaben machen, so würde es konkrete Sektoren und Sachfragen (hier: die Einführung eines Tempolimits auf Autobahnen) regeln, ohne dass diese Bestandteil einer demokratischen Auseinandersetzung geworden sind.

Es zeigt sich aber auch, dass Verfassungsbeschwerden im Bereich des Klimaschutzes auch nach der Klimaentscheidung von 2021 kaum Aussicht auf Erfolg haben können. Der Grund hierfür ist aber nur zum Teil der als objektiv verstandene Charakter des Art. 20a GG. Denn die verfassungsprozessualen Möglichkeiten, die das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz einräumen, sind stark auf individuellen Rechtsschutz begrenzt. So ist es für Individuen nicht möglich, Beschwerden außerhalb der Rüge der Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts zu erheben. Wenn also eine objektive Bestimmung gerügt werden soll, muss diese grundrechtlich gefasst werden können, um prozessual handhabbar zu sein. Entsprechend wies die Konstruktion der eingriffsähnlichen Vorwirkung und des intertemporalen Freiheitsschutzes aus der Klima-Entscheidung einige Unklarheiten hinsichtlich des Beschwerdegegenstands zukünftiger Klimaverfassungsbeschwerden auf. Der aktuelle Beschluss zeigt nun, dass das Bundesverfassungsgericht aus seiner dogmatischen Konstruktion in der Klimaentscheidung keine Erweiterung der Beschwerdeberechtigung und des Zugangs zum Gericht in Klimafragen ableiten möchte.

Gerade bei Art. 20a GG läuft diese Enge der gerichtlichen Überprüfbarkeit jedoch dem Normprogramm der Verfassungsbestimmung entgegen. Denn es handelt sich um eine Staatszielbestimmung, die sich nicht nur auf eine Mehrzahl von Personen bezieht und gerade auf zukünftige Generationen, sondern sogar auf ein überindividuelles Schutzobjekt – die natürlichen Lebensgrundlagen. Sie verpflichtet den Gesetzgeber somit zwar zum Tätigwerden im Bereich des Klimaschutzes, dieses kann jedoch verfassungsprozessual nicht eingefordert werden. Die Verpflichtung zum Klimaschutz als Ausprägung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen erfordert jedoch gerade nicht nur reaktives, sondern auch proaktives Handeln.

(Über)individueller Rechtsschutz im Verfassungsrecht

Zugleich geht eine unzureichende Verfolgung von Art. 20a GG jedoch nicht zwangsläufig mit einer Grundrechtsverletzung einher. Daher ist proaktiver Klimaschutz derzeit nicht individuell verfassungsgerichtlich durchsetzbar, was der Beschluss noch einmal deutlich macht. Entsprechende Versuche, konkrete gesetzgeberische Klimaschutzmaßnahmen im Wege der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen, werden damit auch in Zukunft die Schwelle der Annahme zur Entscheidung nicht überschreiten können.

So erzeugt der grundsätzlich objektive Art. 20a GG innerhalb der individualausgerichteten verfassungsprozessualen Möglichkeiten des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes eine spannungsreiche Situation: Materiell kann schon eine Verletzung von Art. 20a GG vorliegen, wenn der Staat nicht hinreichend zielverfolgend tätig wird. Doch diese Zielverfolgung – obwohl gerade sie wesentlicher Inhalt der Verfassungsbestimmung ist – kann verfassungsgerichtlich nicht hinreichend kontrolliert werden.

Allerdings könnte der Gesetzgeber über die Einführung neuer verfassungsprozessualer Instrumente sowohl institutionellen Bedenken entgegentreten als auch prozessuale Einschränkungen auflösen. So wäre die Einführung von überindividuellen Verfahrensmöglichkeiten im Bereich von Art. 20a GG im Bundesverfassungsgerichtsgesetz gem. Art. 93 Abs. 3 GG möglich, um Beschwerden im Bereich des Klimaschutzes einem eigenen Verfahren zuzuführen. Dies könnte besonders bei dieser Verfassungsbestimmung sinnvoll sein, da zukünftige Generationen zwar schon *de constitutione lata* zum Schutz be-

rücksichtigt werden müssen, aber nicht selbst zukünftige Grundrechtseinschränkungen rügen können.

Durch eine solche Regelung könnte der Gesetzgeber die Reichweite verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Bereich des Klimaschutzes eigens festlegen und so den

Grundsatz der Gewaltenteilung berücksichtigen. Gleichzeitig könnte eine Subjektivierung von Art. 20a GG durch das Bundesverfassungsgericht (um zukünftige Beschwerden in diesem Bereich annehmen zu können) verhindert werden.

Gerd Winter

Die strafrechtliche Undeterminiertheit von Aktionen des „Aufstands der Letzten Generation“ und wie damit umzugehen ist



doi: 10.17176/20230107-001523-0

Ob der zivile Ungehorsam der Personen des „Aufstands der Letzten Generation“ strafbar ist, wird weithin als Frage der Subsumtion von Sachverhalten unter Strafnormen behandelt. Meist resultiert dann eine Verurteilung, manchmal auch ein Freispruch. Mein Eindruck ist dagegen, dass das einschlägige Recht in vielen Fällen keine eindeutige Antwort enthält und dass deshalb außerrechtliche Umstände auf die Entscheidung einwirken. Dies ist zunächst eine rechtssoziologische Frage, deren Beantwortung aber für die Rechtsanwendung fruchtbar gemacht werden kann. Ich behandle zunächst die Offenheit der einschlägigen Strafnormen (I), erörtere dann außerrechtliche Einwirkungen (II) und binde diese schließlich in die Rechtsanwendung zurück (III).

I. Die Offenheit der Strafnormen

Einschlägig sind vor allem die Tatbestände der Nötigung, wie durch Festkleben auf einer Straße, des Hausfriedensbruchs, wie etwa durch eine Baumbesetzung, und der Sachbeschädigung wie etwa der Bemalung einer Hauswand. Die Nötigung nach § 240 StGB ist besonders offen für unterschiedliche Auslegung und Anwendung der einschlägigen Norm, Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) und Sachbeschädigung (§ 303 StGB) gelten hingegen im Tatbestand als relativ genau umschrieben, während deren Rechtswidrigkeit Beurteilungsspielräume eröffnet. Selbst wenn aber einer der drei Tatbestände gegeben ist, eröffnet sich die Möglichkeit des rechtfertigenden und letztlich auch des entschuldigenden Notstands. Ich möchte die porösen Stellen knapp erläutern, beschränke mich dabei aber auf die Nötigung (1.) und den rechtfertigenden Notstand (2.).

1. Nötigung

Nötigung liegt vor, wenn jemand einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. Sie ist rechtswidrig, wenn dies zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

Zentral ist zunächst, ob das Sitzen und seine Verursachung von Verkehrsstopp und -stau Gewalt bedeutet. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat unter Hinweis auf das strafrechtliche Verbot ausdehnender Auslegung ursprünglich nur die aktive physische Einwirkung als „Gewalt“ akzeptiert und die nur psychische Einwirkung ganz aus dem Begriff ausgeschieden.¹ Als aktive physische Einwirkung hat es später aber auch das Errichten von Straßensperren durch eine Kette oder das Anhalten eigener Kraftfahrzeuge angesehen.²

Auf dieser Grundlage entwickelte sich eine herrschende Meinung dahin, dass gegenüber den ersten anhaltenden Kraftfahrzeugführern Gewalt nicht vorliege, weil die Blockierer nur passiv dasitzen und nicht aktiv auf die Fahrzeuge einwirken. Dagegen sei es Gewalt, was den hinter der ersten Reihe anhaltenden Personen geschehe, weil diese physisch an der Weiterfahrt gehindert würden (sog. „Zweite Reihe“- Rechtsprechung). Die erste Reihe der anhaltenden Fahrer sollen dann Tatmittler der Täter sein.

Die Unterscheidung ist ziemlich haarspalterisch. Die Täter wollen ja nicht aktiv Straßensperren errichten, vielmehr wird ihr passives Sitzen nur in die hinteren Verkehrsreihen weiter gereicht. Auch die vermeintlichen Tatmittler bleiben nur passiv stehen; sie würden gern Platz machen, wenn sie könnten. Im Grunde hat das

¹BVerfGE 92, 1 (17).

²BVerfGE 104, 92 (101-103).

BVerfG den Gewaltbegriff entgegen seinem früheren Ansatz (wie man wenig geistvoll sagt) „vergeistigt“, indem es die psychische Zwangssituation der „Opfer“, auf das vorne stehende Fahrzeug nicht auffahren zu sollen, als maßgeblich ansieht. Aber dies würde ja auch für die erste Reihe der Anhaltenden gelten, und das noch dringlicher, weil sie Menschen verletzen, wenn sie weiterfahren. Zudem kommt es bei dem psychologisierenden Ansatz ganz darauf an, wie das „Opfer“ die Tat beurteilt. Es könnte Verständnis für die Täter aufbringen, es könnte aus dem Auto aussteigen, es könnte die Täter ausschimpfen, etc. Insgesamt ist mit einem sachkundigen Kommentator festzustellen: „Was Gewalt ist, ist unklarer als je zuvor.“³

Selbst wenn man Gewalt annähme, ist sie rechtswidrig nur, wenn ihre Ausübung zu dem angestrebten Zweck verwerflich ist. Die Verwerflichkeit wird insbesondere über eine Abwägung der Zwecke des Täters mit seinem Eingriff in die Belange der genötigten Personen bestimmt.⁴ Auf der einen Seite steht der Zeitverlust der gestoppten Fahrenden, wobei es wie gesagt aber sein kann, dass manche Anhaltenden mit der Aktion einverstanden sind. Die Ziele auf der anderen Seite sind häufig einerseits die Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit für die Dringlichkeit von Klimaschutzmaßnahmen und andererseits die Erreichung bestimmter Klimaschutzmaßnahmen wie ein Tempolimit oder ganz konkret die Verhütung von Emissionen durch die angehaltenen Fahrzeuge. Im Hinblick auf die öffentliche Aufmerksamkeit hat das BVerfG angemahnt, dass die Versammlungsfreiheit und Meinungsfreiheit (Art. 8 und 5 GG) in die Abwägung einbezogen werden müssen und dabei die Umstände der Ak-

tion (Dauer, Intensität, Ausweichmöglichkeiten etc.) zu prüfen sind.⁵ Daneben fordert das Gericht einen ‚Sachbezug‘, der in der Tat für das zweite Ziel, nämlich realiter Emissionen zu reduzieren, angenommen werden kann.⁶

2. Rechtfertigender Notstand

Selbst wenn aber Nötigung als solche angenommen würde, bleibt ein möglicher rechtfertigender Notstand zu prüfen.

Hierfür ist zunächst eine gegenwärtige Gefahr für Rechtsgüter wie Leben, Freiheit und Eigentum erforderlich. Die inzwischen herrschende Meinung akzeptiert, dass der Klimawandel eine solche Gefahr darstellt.⁷ Das Gewicht dieser Gefahr wird noch durch das Gebot des Art. 20a GG, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, verstärkt.⁸ Bei der Gewichtung kann berücksichtigt werden, dass die Gefährdung des Klimas auch von den Opfern der Nötigung ausgeht, weil sie Treibhausgasemissionen verursachen.⁹ Umgekehrt kann auf Seiten der Täter gewichtet werden, ob ihr Interesse nur aus ökonomischen Vorteilen besteht oder zum Schutzbereich der Menschenwürde gehört.¹⁰

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Gefahr anders als durch die Tat nicht abwendbar war. Hier könnte darauf verwiesen werden, dass es viele politische Instrumente gibt, die die Gefahr abwenden könnten. Bei einer solchen abstrakten Betrachtung würde ein rechtfertigender Notstand, der auf politische Reform zielt, aber kaum je vorliegen. Alternativ könnte man „nicht anders abwendbar“ auf diejenigen Maßnahmen beziehen, die angesichts der vorhandenen politischen Mehrheiten als kompromissfähig angesehen werden. Dann wäre Notstand ein Potenzial,

³Münchener Kommentar zum StGB/Sinn § 240 Rn. 52.

⁴BGH, Beschluss v. 24.4.1986 – 2 StR 565/85, NJW 1986, 1883 (1884).

⁵BVerfG, Kammerbeschluss v. 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05 Rn. 38. Ein Beispiel für eine genaue Prüfung und Gewichtung der konkreten Umstände ist der Beschluss des AG Berlin-Tiergarten vom 05.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22), BeckRS 2022, 31817.

⁶BVerfG, Kammerbeschluss v. 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05 Rn. 39.

⁷Vgl. BVerfGE 157, 30 (Rn. 31-37). Fast sämtliche Entscheidungen über Aktionen der ‚Letzten Generation‘ sehen dies als gerichtsbekannt an.

⁸BVerfGE 157, 30 Rn. 190, 198-207.

⁹Vgl. den entsprechenden Vorschlag, zwischen passivem und aktivem Notstand zu unterscheiden, MüKoStGB/Erb, 4. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 21.

¹⁰Vgl. den Vorschlag einer ähnlichen Differenzierung zwischen ‚erworbenem‘ und ‚kollektivem‘ Schutzgut L. Greco, Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands, ZStW 2022, 1 (36-38).

¹¹Diese Möglichkeit wird von denen nicht gesehen, die meinen, ziviler Ungehorsam verletze das demokratische Mehrheitsprinzip. So etwa Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 16 Rn. 55. Kritisch, aber nicht ganz konsequent dazu Wenglarczyk, *VerfBlog*, 2022/11/10, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>.

Innovationen über Mehrheitskompromisse hinaus zu erwirken oder Mehrheitsverhältnisse zu verschieben.¹¹

Des Weiteren ist – teilweise in Wiederholung der Abwägung der Verwerflichkeit der Nötigung – eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und des Grades ihrer Gefährdung erforderlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach dem Klimabeschluss des BVerfG ein lebbares Klima zum Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte gehört.¹² Auch der Grad der drohenden Gefahren ist unterschiedlich: der Schaden am Klima ist immens, derjenige an der Mobilität begrenzt.

Schließlich: die Tat muss ein angemessenes Mittel sein, die Tat abzuwenden. Dies ist bei der Aufhaltung des Verkehrs offensichtlich nicht der Fall, wenn man die Klausel so deutet, dass die Tat geeignet sein muss, die Gefahr gänzlich abzuwenden. Das mag für den Schutz individueller Rechtsgüter legitimerweise gefordert werden. Wenn man den Nötigungstatbestand dagegen für den Schutz von Kollektivgütern öffnet, ist es inkonsequent, von der Notstandshandlung den vollständigen Schutz dieser Güter zu verlangen, weil dies kaum je möglich wäre.

II. Außerrechtliche Dispositionen

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Strafrecht hinsichtlich der typischen Aktionen der „letzten Generation“ unterschiedliche Interpretationen und Subsumtionen zulässt und damit einen Ermessensspielraum der Richterinnen eröffnet. Damit ist die Frage aufgeworfen, welche nicht-juristischen Faktoren die Entscheidung beeinflussen. Antworten ergeben sich aus einer rechtssoziologischen Betrachtung.¹³

In der Richtersozilogie gibt es objektivierende und verstehende Ansätze. Objektivierend ist versucht worden, richterliche Entscheidungen mit der Herkunft und Position von Richtern zu korrelieren, so etwa zwischen Eigentumsbesitz von Richtern mit der Mieterfreundlichkeit ihrer Urteile oder im Theorem der Klassenjustiz zwischen der sozialen Herkunft der Richter und ihrem Urteilsverhalten gegenüber verschiedenen Gesellschaftsschichten. Auf den Klimawandel bezogen würde man Korrelationen zwischen zum Beispiel Autobesitz, Woh-

nungsgröße, Fernreisepraxis etc auf der einen Seite und klimarechtlichen Urteilen andererseits untersuchen.

Ich werde diesen Pfad nicht weiterverfolgen. Objektivierende Korrelationen sind schwer in rechtspraktische Zusammenhänge zu übersetzen, weil sie nur äußerliche Umstände erfassen und wegen ihrer quantifizierenden Methodik keine Aussagen über Einzelfälle ermöglichen. In Rechtspraxis besser umsetzbar sind dagegen „verstehende“ Ansätze.¹⁴

Der rechtssoziologische Klassiker solcher Untersuchung über richterliches Verhalten ist nach wie vor Rüdiger Lautmanns „Justiz – die stille Gewalt“.¹⁵ Lautmann unterscheidet zwischen Alltagstheorien und Normalfiguren. Alltagstheorien sind nicht weiter in Frage gestellte Annahmen über tatsächliche Verhältnisse, Normalfiguren sind nicht weiter in Frage gestellte Annahmen über bestimmte Rechtsauslegungen. In unserem Zusammenhang sind Alltagstheorien etwa die Annahmen, dass die gestoppten Fahrer mit dem Zeitverlust Schaden erleiden, dass sie nicht von vornherein mit Staus rechnen müssen, dass es unter ihnen nicht auch Personen gibt, die der Aktion zustimmen oder nachdenklich werden, dass die Aktionen im Gegenteil die Fahrer gegen die Akteure aufbringen, dass der Stau mehr Emissionen verursacht als fließender Verkehr, etc. Normalfiguren sind im vorliegenden Zusammenhang etwa die Annahmen, dass eine herrschende Meinung abweichenden Meinungen vorzuziehen ist, dass die Rechtsprechung der übergeordneten Strafgerichte für die eigene Entscheidung wichtiger ist als diejenige aus der Ferne des Bundesverfassungsgerichts, dass das Pariser Übereinkommen keine strafgerichtlich verbindlichen Aussagen enthält, dass die deutschen Emissionen im Vergleich zu den globalen Gesamtemissionen minimal sind, dass die im konkreten Fall erreichte Emissionsreduktion zu vernachlässigen ist, etc.

Während Alltagstheorien und Normalfiguren in der gerichtlichen Entscheidungsfindung und -begründung verbalisiert werden und dadurch für den Beobachter verifizierbar sind, wirken zusätzlich eher hintergründige Faktoren aus der Lebenswelt der Richterinnen mit, die meist nicht offengelegt werden. Einige lassen sich nennen, weitere sind denkbar: Wenn eine Richterinnen eigene Kinder hat,

¹²BVerfGE 157, 30 (Rn 184).

¹³Ähnlich, aber nicht vertiefend von Bernstorff, VerfBlog, 2022/12/13, <https://verfassungsblog.de/die-planetarische-burgerrechtsbewegung-vor-gericht>.

¹⁴Vgl. die Definition von M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe 1964, S. 7.

¹⁵Athenäum Verlag 1972.

oder Kinder liebt, wird sie eher geneigt sein, die Sorge der Demonstranten zu teilen. Wenn sie eher die eigene Karriere im Auge hat, wird sie eher der herrschenden Meinung folgen und keinen innovativen Schritt wagen. Wenn sie selbst sich viel im motorisierten Individualverkehr bewegt, wird sie mehr Verständnis für die im Stau steckenden Fahrer entwickeln. Wenn sie Urlaub eher im Nahbereich ihres Wohnorts und in der Natur verbringt, wird sie den Schutz des Klimas höher einschätzen. Wenn sie beruflich überlastet ist, wird sie eher nach Schema entscheiden. Wenn sie einer Partei angehört, wird sie eher geneigt sein, deren Verlautbarungen zu übernehmen. Vor allem aber: Wenn sie gelernt hat, die Perspektive anderer einzunehmen, wird sie sich auf die Sichtweise der Opfer einlassen.¹⁶

III. Rückblende

Spiegelt man die rechtssoziologischen Beobachtungen in den juristischen Kontext zurück, stellt sich die Frage, wie mit den Alltagstheorien, Normalfiguren und Einstellungen umgegangen werden soll. Manches ist durchaus prozessrechtlich thematisierbar. So können Alltagstheorien Gegenstand von Beweisanträgen werden. Normalfiguren können im Rechtsgespräch diskutiert werden. Dagegen entziehen sich die sozialen Hintergründe des Richters

dem Zugriff über Beweisanträge. Allenfalls könnten sie als Besorgnis der Befangenheit gerügt werden, aber das ist nur in ganz verdichteten Situationen möglich. Insofern kann nur grundsätzlich gefordert werden, dass das Gericht seine außerrechtlichen Dispositionen selbstkritisch reflektiert. Insgesamt steht dahinter die Vorstellung, dass der Strafprozess nicht eine Veranstaltung der Subsumtion klarer Tatsachen unter eindeutige Normen darstellt, sondern ein Ort der Deliberation über komplexe Sachverhalte und kontroverse Rechtsauffassungen.

Nach allem ist jedenfalls die gängige Unterstellung zurückzuweisen, dass die Akteure der „Letzten Generation“ eindeutig rechtswidrig handeln, so wie es kürzlich der Ministerpräsident von Schleswig-Holstein verbreitet hat¹⁷: „Ich teile den Wunsch, dass wir unsere Klimaziele einhalten. Aber ich billige niemandem zu, dass er die Gesetze nicht einhalten muss, weil er für ein höheres Ziel demonstriert. Das darf in einem Rechtsstaat nicht sein. Deshalb habe ich für solche Aktionen absolut kein Verständnis“.

Es ist nun einmal so, dass der Rechtsstaat mit dem Notstandsparagraphen den Stachel im eigenen Fleisch ermöglicht, mit anderen Worten Anstöße zur Veränderung von Mehrheitskompromissen ermöglicht, oder konkreter: die Verfolgung höherer Ziele auf Kosten geringerer bewerteter Eingriffe erlaubt.

¹⁶Ein Beispiel für die Fähigkeit, auch die Sichtweise der Akteure einzunehmen und sorgfältig zu bewerten ist das Urteil des AG Flensburg über eine Baumbesetzung vom 7.11.2022, Az. 440 Cs 107 Js 7252/22, <https://openjur.de/u/2459076.html>. Ein Gegenbeispiel bürokratischer Knappheit ist das Urteil des AG Lüneburg über die Besprühung einer Wand des Universitätsgebäudes mit einem klimapolitischen Spruch vom 12.4.2022, 15 Ds 5102 Js 21930/21 (186/21), BeckRS 2022, 21534.

¹⁷Interview der FAZ v. 23.12.2022, S. 2.

Uwe Volkmann

Wahlrechtsänderung mit einfacher Mehrheit?

Ein paar vorläufige Gedanken zu einer Forderung konstitutioneller Moral

doi: 10.17176/20230117-001548-0



In den nächsten Wochen wird im Bundestag der gerade vorgelegte Gesetzentwurf der Ampel zur Änderung des Wahlrechts debattiert, der seinerseits weitgehend die Vorschläge der Mehrheit der vom Bundestag eingesetzten Expertenkommission umsetzt. Über Sinnhaftigkeit, Praktikabilität und – natürlich – Verfassungsmäßigkeit des Vorschlags ist bereits viel geschrieben worden, auch und gerade hier auf dem Blog. Eine andere Frage ist dagegen ausgeblendet oder immer nur am Rande gestreift worden, nämlich ob es eine gute Idee ist, Änderungen am Wahlrecht – hier träfe die Rede von der Operation am offenen Herzen der Demokratie nun wirklich einmal zu – zur Not nur mit den Stimmen der Regierungsfaktionen vorzunehmen, ohne die Opposition mit ins Boot zu holen. Die sträubt sich im vorliegenden Fall, und alle Versuche einer Einigung im Vorfeld sind gescheitert, weil die Interessen offenbar zu weit auseinanderliefen. Es ist aber, so liest man oft, eine ungeschriebene Regel der Demokratie, Wahlrechtsregelungen nur oder **jedenfalls „tunlichst“ im Konsens zu treffen**. Doch welchen Status hätte eine solche Regel – und was macht man, wenn Konsens nicht zu erzielen ist?

1. Warum Verfassungen Konventionen brauchen

Verfassungen entfalten ihre Wirksamkeit nicht nur über ihre geschriebenen oder ihr durch Interpretation hinzugefügten Regeln, sondern wesentlich auch durch die zahlreichen informellen und ungeschriebenen, die sie inhaltlich weiter ausfüllen und ohne die sie oft gar nicht bestehen können. Gerade der politische Betrieb kennt eine Fülle solcher Regeln, die zunächst in einem ganz elementaren Sinne die Abläufe erleichtern, weil man über die Frage, die sie beantworten, nicht immer wieder von neuem nachdenken muss. In der Bundesrepublik gehören dazu als bekannteste Fälle für den Bundesrat die – im Königsteiner Abkommen von 1950 etablierte, aber urkundlich nie richtig fixierte – Regel, dass der Präsident rollie-

rend nach der Reihenfolge der Einwohnerzahl der Länder bestimmt wird; für den Bundestag wären es etwa die Regel, dass die jeweils stärkste Fraktion den Bundestagspräsidenten stellt, oder die weitere Regel, dass die Redezeit der an sich nach Art. 43 II 2 GG privilegierten Regierungsmitglieder auf die Redezeit der die Regierung tragenden Fraktionen angerechnet wird. Von der anderen hier lange Zeit geltenden Regel, dass alle Fraktionen mit einem Sitz im Bundestagspräsidium vertreten sein müssen, hat man sich demgegenüber nach dem Einzug der AfD verabschiedet, worin das BVerfG im Ergebnis bekanntlich kein Problem gesehen hat, jedenfalls kein verfassungsrechtliches.

Regeln dieser Art erstarken deshalb nur selten zu Recht etwa im Sinne von Verfassungsgewohnheitsrecht, von dem man bis heute ohnehin nicht recht weiß, ob es das überhaupt gibt. Aber sie sind andererseits doch auch mehr als bloße Gewohnheiten, über die man sich einfach so hinwegsetzen könnte, wenn es einem gerade in den Kram passt. Im Gegenteil nehmen, wie es in einer klassischen Behandlung als zentrales Unterscheidungsmerkmal zu einer solchen Gewohnheit herausgearbeitet worden ist, die Beteiligten zu ihnen eine spezifisch normative Einstellung ein, die es ihnen erlaubt, Abweichungen als solche kenntlich zu machen und entsprechend zu kritisieren, ebenso wie ein Schachspieler einen falschen Zug des Gegners beanstanden und als Regelverstoß zurückweisen kann. In Verfassungsordnungen wie der britischen, die ohne geschriebene Verfassung auskommen müssen, hat man für solche Regeln eine eigene Kategorie entwickelt; sie heißen dort Verfassungskonventionen (constitutional conventions) und bilden – als unterste Stufe, aber eben doch zusammen mit historischen Verfassungsdokumenten, dem Common Law und bestimmten Parlamentsgesetzen – das Gesamtgerüst dessen, was als Verfassung bezeichnet wird und in der Sache selbst nichts anderes ist als eine einzige große Konvention. Auch dort herrscht aber keine wirkliche Klarheit über Art und Reich-

weite ihrer Bindungswirkung, die meist in einem unklaren Zwischenreich zwischen Recht und Moral angesiedelt wird. In diesem Sinne hielt der große Albert Venn Dicey, dem sich ihre erstmalige Erfassung verdankt, daran fest, dass sie erst durch gesetzliche Fixierung unmittelbar bindende Kraft entfalten und gegebenenfalls durch einfache Abweichung auch wieder außer Kraft gesetzt werden können. Andererseits gehörten sie für ihn zu einer notwendigen „konstitutionellen Moral“ (constitutional morality), die er dann doch in einen – entsprechend erweiterten – Begriff von „constitutional law“ einbezog.

Darin spielen Unklarheiten über den maßgeblichen Rechtsbegriff ebenso eine Rolle wie solche über Eigentart und Wirkungsweise einer Verfassung. Aber der Begriff der konstitutionellen Moral bringt doch gut zum Ausdruck, worum es in der Sache geht: um **Gebote der Selbstbeschränkung und Regeln guten politischen Verhaltens**, so wie es sich hierzulande an der Regel, dass die Redezeit der Regierungsmitglieder nicht zu Lasten der Redezeit der Opposition gehen soll, auch gut erkennen lässt.

2. Warum auch der Konsens in Wahlrechtsfragen dazu gehört

Blickt man von hier aus zurück auf die Forderung, das Wahlrecht immer nur im parteiübergreifenden Konsens zu ändern, fehlt ihr für eine Konvention im genannten Sinne offensichtlich schon das Moment des Konventionellen, im Sinne einer fraglosen Befolgung über die Zeiten hinweg. Tatsächlich wird gegen sie in vielen Staaten der Welt bis heute verstoßen und auch bei uns ist man in der Vergangenheit immer wieder von ihr abgewichen. Bereits der Umstand, dass die Entscheidung zwischen einem Verhältnis- und einem Mehrheitswahlsystem nicht im Grundgesetz, sondern im mit einfacher Mehrheit zu ändernden Bundeswahlgesetz geregelt ist, ist bekanntlich darauf zurückzuführen, dass man sich im Parlamentarischen Rat nicht auf ein Wahlsystem einigen konnte; namentlich die Auffassungen von CDU/CSU und SPD wichen hier diametral voneinander ab. Das ist auch der Grund dafür, dass es selbst für einen so radikalen Systemwechsel wie den zu einem Mehrheitswahlrecht nach der bis heute aufrechterhaltenen Auffassung des BVerfG rechtlich keiner verfassungsändernden Zweidrittelmehrheit, sondern nur einer einfachen Mehrheit bedürfte, obwohl er die politische Kultur der Bundesrepublik viel grundlegender revolutionierte als die Änderung

von Artikel XY irgendwo hinten in der Finanzverfassung. Auch das Wahlgesetz zum ersten Deutschen Bundestag wurde kontrovers diskutiert, das spätere Bundeswahlgesetz selbst dann immerhin gegen die Stimmen der CSU verabschiedet. In jüngerer Zeit stellte die Verabschiedung der Reform von 2011, damals allein unterstützt von der damaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP, in dieser Hinsicht einen Sündenfall dar, der prompt zu einer – dann auch erfolgreichen – Klage der SPD vor dem BVerfG führte. Die Wahlrechtsreform von 2020, die allerdings nur vorläufigen Charakter bis zur Erzielung einer einvernehmlichen Lösung haben sollte, wurde ebenfalls nur von der damaligen Großen Koalition – bei Lichte besehen der kleinsten, die es je gab – getragen, von Grünen, FDP und Linken aber entschieden abgelehnt.

Andererseits gibt es gute Gründe, auch dann von einer bindenden Regel zu sprechen und an ihr festzuhalten, wenn gegen sie in der Vergangenheit verstoßen wurde. Dass gerade diese ihre normative Kraft nicht verloren hat, mag man daran erkennen, dass sowohl von der anderen Seite als auch in der Öffentlichkeit immer wieder an sie erinnert wird und auch diejenigen, die von ihr abweichen wollen, dabei offensichtlich ein Störgefühl empfinden, so dass sie ihre Änderungsvorschläge vorsorglich immer erst einmal als Angebote für Verhandlungen deklarieren. Sie gehört dann aber offenbar stärker in den Bereich einer politischen Moral oder des politischen Ethos, als das bei den anderen genannten Regeln der Fall ist, die einfach nur durch gewohnheitsmäßige Befolgung wirken. Gerade das macht sie für das Funktionieren demokratischer Verfassungen eher noch wichtiger, wie sich anschaulich dort studieren lässt, wo sie und andere über längere Zeit kontinuierlich missachtet und ausgehöhlt werden: Möglicherweise ist es ja nur das feine Gewebe dieser Regeln, das die Demokratie trägt und in die Zeit hinein erhält, darin aber zugleich auch das Abgleiten in den Autoritarismus verhindert.

Steven Levitsky und Daniel Ziblatt haben sie deshalb in ihrem Bestseller „How Democracies Die“ als notwendige „Leitplanken der Demokratie“ (*guardrails of democracy*) ausgemacht und ihren sachlichen Kern durch zwei ungeschriebene Normen bestimmt, die sie gegenseitige Achtung (*mutual toleration*) und institutionelle Zurückhaltung (*institutional forbearance*) nennen. Während gegenseitige Achtung bedeutet, politische Gegner nicht als Feinde zu behandeln und anzusehen, verpflichtet institutionelle Zurückhaltung dazu, sich bei Ausübung rechtli-

cher Befugnisse Zügel anzulegen und bestehende Machtpositionen nicht bis zum Äußersten auszureizen. Für die Missachtung gerade dieser Regel hat sich in den Vereinigten Staaten, wo man mittlerweile einige Erfahrung damit hat, der schöne Begriff des *constitutional hardball* eingebürgert, als ein beständiger Tanz um die Grenzen der Verfassung, der nach und nach wie ein zerstörerisches Gift seine Wirkung entfaltet. Ein anschauliches Beispiel gerade für den Bereich des Wahlrechts liefern dort etwa die Bestrebungen der Republikaner, den Zuschnitt der Wahlkreise in den von ihnen regierten Bundesstaaten so zu verändern und den Zugang zu Wahlen so zu erschweren, dass sie künftig kaum noch verlieren können, ohne daran von einem Supreme Court gehindert zu werden, der sich in all diesen Fragen von vornherein für unzuständig erklärt hat.

Von hier aus ist leicht zu sehen, dass es gerade das Prinzip institutioneller Zurückhaltung ist, das auch einen entsprechenden Einigungszwang für das Herumschrauben am Wahlrecht begründet. Das ergibt sich aus drei einfachen Überlegungen. Zum einen verleiht Demokratie immer nur Herrschaft auf Zeit; keine Mehrheit darf ihre Position deshalb dazu ausnutzen, sich durch Änderung der Verfahrensbedingungen gegen ihren Verlust zu immunisieren. Demokratien sind, sagt eine einfache Definition, politische Ordnungen, in denen Parteien Wahlen verlieren können, und das Ziel von Leuten wie Orbán oder Erdoğan liegt genau darin, diese Möglichkeit künftig auszuschließen. Die Regeln zur Verteilung demokratischer Macht liegen zudem dem demokratischen Prozess voraus; sie gehören nicht zu den Themen, über die im Rahmen des politischen Spiels entschieden wird, sondern betreffen – wie die Verfassung selbst – **die Regeln, nach denen gespielt wird**. An sich müsste man deshalb vorschlagen, sie hinter einem Schleier des Nichtwissens festzulegen, der die Beteiligten von ihren eigenen Interessenstandpunkten und ihren tatsächlichen Wettbewerbschancen abschirmt. Weil das aber nicht möglich ist und jede Partei sich für jeden Vorschlag genau ausrechnen kann, was für sie am Ende herauspringt und er sie an Mandaten kostet, kommt letztlich nur die Entscheidung unter der größtmöglichen Einbindung aller in Betracht. Zuletzt mag man in einer solchen Einbindung auch ein Gebot politischer Klugheit sehen: Möglichen Verfassungsklagen wird der Wind aus den Segeln genommen, und zugleich verhindert man, dass die nächste Mehrheit die Änderung gleich wieder rückgängig macht

und das Wahlrecht so zur Dauerbaustelle wird, auf der immer von Neuem herumgebastelt wird. Notorische Diskontinuität in diesem Punkt beschädigt irgendwann auch die Legitimität der Wahlen insgesamt.

3. Warum es manchmal nicht anders geht

So gesehen und gerade mit Blick auf die Beobachtungen in anderen Ländern gibt es also gute Gründe, an der Regel, Wahlrechtsänderungen nur im parteiübergreifenden Konsens zu beschließen, festzuhalten und auf ihrer prinzipiellen Einhaltung zu bestehen. Bei einem zweiten Blick ist die Lage nicht ganz so einfach. Ein Problem entsteht nämlich immer dann, wenn einerseits – wie hier mit Blick auf die Regelgröße des Bundestages – sichtbarer und allgemein anerkannter Reformbedarf besteht, eine Einigung aber nicht erzielbar ist. Das Festhalten am Einigungserfordernis privilegiert dann den defizitären Status quo und eröffnet zugleich der Minderheit, die von ihm profitiert, ein erhebliches Blockadepotential. Soll man deshalb von einer Neuregelung ganz absehen? Wer das nicht für eine sinnvolle Option hält, müsste in einem nächsten Schritt nach den Bedingungen fragen, unter denen ausnahmsweise von der Regel – wie von jeder Regel – abgewichen werden kann. Bei näherem Hinsehen wird man drei solcher Bedingungen identifizieren können; dass man die Einigung mit der Gegenseite zumindest zu suchen hat und ein einseitiges Vorgehen immer nur der letzte Notbehelf sein kann, versteht sich dabei von selbst und muss nicht eigens hervorgehoben werden.

Die erste dieser Bedingungen betreffe dann das Ausmaß der angestrebten Änderung: Je grundlegender diese ausfällt und je stärker sie sich auf die Wettbewerbssituation auswirkt, desto höher wird auch der Konsensbedarf. Blickt man auf die nun von der Ampel vorgeschlagene Reform, so hält sie sich jedenfalls von ihren Auswirkungen her ganz offensichtlich in Grenzen und fällt im Großen und Ganzen wettbewerbsneutral aus: Die Verteilung der Sitze soll sich künftig allein nach dem Verhältnis der abgegebenen Zweitstimmen richten, wogegen man objektiv kaum wird argumentieren können, jedenfalls nicht mit einem irgendeinem Argument politischer Gerechtigkeit. Dass die unter diesen Bedingungen notwendige Verrechnung mit der Zahl der gewonnenen Wahlkreise dazu führen wird, dass künftig nicht alle siegreichen Wahlkreisbewerber in den Bundestag einziehen, ist zwar ein gegenüber der bisherigen Praxis erheblicher und auch nicht

kleinzuredender Einschnitt, lässt sich aber immerhin als notwendiger Preis dafür rechtfertigen, dass die gesetzliche Regelgröße des Bundestags künftig auch eingehalten wird. Vor allem lässt der Vorschlag die Verteilung der Gewichte zwischen den Parteien weitgehend unangetastet. Von der von der Union im Laufe des Verfahrens vorgeschlagenen Einführung eines Grabenwahlsystems – die Hälfte der 598 Parlamentssitze wird strikt nach den Grundsätzen der Verhältniswahl (konkret also nach dem Verhältnis der abgegebenen Zweitstimmen), die andere genauso strikt nach dem Mehrheitswahlrecht verteilt (konkret also an die Sieger in den Wahlkreisen) – wird man das so nicht behaupten können, auch wenn sich dafür durchaus sachliche Gründe – etwa im Sinne einer erleichterten Mehrheitsbildung – anführen lassen; dies würde die politische Tektonik einseitig zugunsten der großen und zu Lasten der kleineren Parteien verschieben.

Eine zweite, davon zu unterscheidende Bedingung betrifft vorhandene Kontroll- und Überprüfungsmöglichkeiten. Einseitige Veränderungen des Wahlrechts erscheinen danach umso eher hinnehmbar, wenn es starke Veto-Spieler gibt, die die Einhaltung der demokratischen Spielregeln kontrollieren und eine mögliche Beschränkung des politischen Wettbewerbs gegebenenfalls verhindern oder korrigieren können. In der Bundesrepublik übernimmt diese Funktion weitgehend das Bundesverfassungsgericht, das im Gegensatz zum amerikanischen Supreme Court penibel über das Wahlrecht wacht und gerade an Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit strenge Maßstäbe anlegt; nicht wenige machen die Pedanterie, die es dabei an den Tag gelegt hat, sogar für die Probleme mitverantwortlich, die die derzeitige Suche nach einer Reform bereitet. Das muss und kann an dieser Stelle nicht entschieden werden. Aber es ist nicht zu übersehen, dass das Gericht selbst dadurch in die Rolle eines Schiedsrichters im politischen Wettbewerb hineingewachsen ist, der von den Bürgern auch als ein solcher gesehen wird und dem sie ein entsprechend hohes Vertrauen entgegenbringen. Das Problem liegt hier mittlerweile eher umgekehrt gerade in dieser Pedanterie, bei der jeder Versuch einer Reform mit dem Risiko behaftet ist, dass sich irgendjemand meldet, der sie für verfassungs-

widrig hält.

Die dritte Bedingung schließlich ist am schwersten zu fassen; sie betrifft die politische Kultur des Landes und des politischen Systems, innerhalb dessen die Frage einer Neuregelung konkret ansteht. In einigermaßen funktionierenden Demokratien mit ausgeprägter Konsensorientierung oder jedenfalls einem vorhandenen Grundkonsens über Ziel und Richtung des Politischen scheinen ausnahmsweise Abweichungen vom Einigungserfordernis danach eher vertretbar als in Systemen mit starker politischer Polarisierung, bei der jedes Herumdoktern am Wahlrecht bei der anderen Seite weiter den Verdacht nährt, sie solle endgültig aus dem Spiel verdrängt werden. Das klingt zunächst paradox, weil gerade in Konsensdemokratien eine Einigung prinzipiell leichter möglich sein müsste als in einem von vornherein vergifteten Klima, in dem jede Form von Zusammenarbeit mit der anderen Seite als Verrat an den eigenen Überzeugungen erscheint. Auf der anderen Seite richtet die Abweichung vom Einigungserfordernis hier auch weniger Schaden an und mag man auf eine Legitimität durch Gewöhnung hoffen, wie sie sich nach und nach auch für die anfangs umstrittene Entscheidung für ein personalisiertes Verhältniswahlrecht unmittelbar bei Inkrafttreten des Grundgesetzes eingestellt hat. Konsensdemokratien profitieren zudem an dieser Stelle davon, dass sie die allermeisten der politischen Fragen von ideologischen zu pragmatischen Sachfragen herunterstufen, die dann in einem Modus technischer Problemlösung abgearbeitet werden.

Das sind, zugegeben, nur einige ungefähre Orientierungsmarken, für die natürlich auch die eigene politische Bewertung der Reform eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Insgesamt spricht dann vieles dafür, an der Forderung nach größtmöglicher Übereinstimmung festzuhalten, sie auch öffentlich auch immer wieder in Erinnerung zu rufen. Aber wenn sich eine Gruppierung dieser Übereinstimmung beharrlich verweigert und ihr selbst prinzipiell wohlgesinnte Kommentatoren bescheinigen, hier seit Jahren [das eigene Wohl über das der parlamentarischen Demokratie zu stellen](#), muss es zur Not auch ohne gehen.

Fabian Michl, Johanna Mittrop

Abschied von der Personenwahl

Der Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform

doi: 10.17176/20230118-001820-0



I. Zwei Wahlrechtsnarrative

Der heute in den Fraktionen beratene Entwurf für ein Wahlgesetz schlägt ein neues Kapitel in der Geschichte des personalisierten Verhältniswahlrechts auf, die am 16. Februar 1946 in London begann (dazu [Knowles](#)). Vertreter der Besatzungsverwaltung in Deutschland und der britischen Regierung verständigten sich damals auf ein Kommunalwahlrecht für die britische Besatzungszone: Ein Teil der Abgeordneten sollte mit relativer Mehrheit in Wahlkreisen, ein anderer nach dem Parteienproporz aus Listen gewählt werden. Die konservativen Militärs hätten den Deutschen am liebsten vollständig das britische Unterhauswahlrecht oktroyiert, in dem sie ihr Demokratieideal verwirklicht sahen. Nur auf der Grundlage einer engen persönlichen Bindung zwischen Wählern und Gewählten würde in Deutschland eine „echte“ Demokratie entstehen. Die Regierungsvertreter, die der Labour-Partei angehörten, favorisierten hingegen ein Verhältniswahlsystem, dessen Einführung auch im Vereinigten Königreich damals diskutiert wurde. Die eigenartige Kombination von Personen- und Verhältniswahl war ein Kompromiss, den die Briten untereinander fanden und dann den Deutschen – in Gestalt von besatzungsrechtlichen Verordnungen – präsentierten.

Der Kompromiss sollte die weitere Wahlrechtsentwicklung in Deutschland prägen. Denn die CDU lernte bereits in der Besatzungszeit die Mehrheitswahl in Wahlkreisen zu schätzen, in denen sie – jedenfalls in NRW – der SPD strukturell überlegen war. Bereitwillig übernahm sie die Demokratieerzählung der konservativen britischen Besatzungsoffiziere. Seit dem Erfurter Programm 1891 war die SPD auf die Verhältniswahl festgelegt und hielt daran – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auch in den Nachkriegsjahren fest. Das Wahlsystem sollte danach die Anhängerschaft der Parteien bestmöglich abbilden. Auf der Grundlage des oktroyierten Kommunalwahlrechts (und mit einigen weiteren Einflussnahmen der Briten) wurde in den Jahren 1946/47 in NRW und Nieder-

sachsen ein kompromisshaftes Wahlsystem entwickelt, das wir heute personalisierte Verhältniswahl nennen. Von Anfang an war das System, das 1949 für den Bundestag übernommen wurde, von zwei konkurrierenden Narrativen begleitet: Vom Personenwahl-narrativ der Unionsparteien auf der einen, vom Proporzwahl-narrativ der SPD auf der anderen Seite.

Das Proporzwahl-narrativ hatte (und hat bis heute) eine stärkere Verankerung im geltenden Wahlrecht. Nicht nur bestimmt § 1 BWahlG seit 1956, dass die Abgeordneten des Bundestages nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt werden (§ 1 BWahlG). Auch das [Bundesverfassungsgericht](#) betonte früh, dass die vorgeschaltete Kandidatenauswahl in den Wahlkreisen den „Grundcharakter des Verhältniswahl-systems“ nicht ändere. Inzwischen spricht der verfassungsrechtlich ([genauer: verfassungsgerichtlich](#)) gebotene weitgehende Ausgleich von Überhangmandaten entscheidend dafür, das Bundeswahlrecht in seiner Gesamtheit als Proporzwahl-system anzusehen. Das Personenwahl-narrativ käme hingegen in einem Grabenwahl-system auf seine Kosten, bei dem Personen- und Verhältniswahl-segment ohne Ausgleich nebeneinanderstünden (zu den historischen Erfahrungen mit der Grabenwahl dem-nächst [hier](#)).

II. Ein radikal ehrlicher Vorschlag

Das Nebeneinander von Personen- und Proporzwahl-narrativ war so lange unschädlich, wie das personalisier-te Verhältniswahlrecht in der Praxis funktionierte. So-lange die Mandatsanteile der Parteien in etwa dem Pro-porz entsprachen, war die systematische Verortung der Wahl in den Wahlkreisen eine theoretische Übung. Mit dem starken Anstieg der Überhangmandate in der 18. und ihrem weitgehenden Ausgleich ab der 19. Wahlperiode, wurde der Reformbedarf im Bundeswahlrecht jedoch un-übersehbar. Um ein weiteres Anwachsen des Bundesta-ges zu verhindern, musste das Verhältnis von Personen- und Proporzwahl überdacht werden. Das Personenwahl-

arrativ wurde als „Lebenslüge des deutschen Wahlrechts“ enttarnt (S. und C. Schönberger, FAZ v. 9.5.2019, S. 6). Für die Verwirklichung einer echten Personenwahl in einem Grabenwahlsystem war und ist keine parlamentarische Mehrheit zu finden, da davon ausschließlich die Union profitieren würde (vgl. die Berechnungen bei Behnke).

Der Reformentwurf der Ampelkoalition ist darum bemüht, das Personenwahlarrativ zu verabschieden und dem Proporzwahlarrativ zu seinem Recht zu verhelfen. Er geht dabei auch sprachlich ehrlich vor: Die Wahl der Abgeordneten wird nicht mehr als eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl, sondern nur noch als Verhältniswahl bezeichnet (§ 1 Abs. 2 Satz 1). Die „Wahl in den Wahlkreisen“ – bislang in der Systematik des BWahlG und auf dem Stimmzettel der „Wahl nach Landeslisten“ vorangestellt – wird in den Proporz einbezogen. Sie dient nur mehr dazu, Bewerber zu ermitteln, die vorrangig bei der Mandatsverteilung zu berücksichtigen sind – „soweit dies mit den Grundsätzen der Verhältniswahl vereinbar ist“. Diese Vereinbarkeit ist nur innerhalb des Proporzanteils der Parteien gegeben (§ 1 Abs. 3). Dementsprechend sind Parteibewerber in den Wahlkreisen nur gewählt, wenn sie eine relative Mehrheit der Wahlkreisstimmen erzielen *und* nach dem Proporz zum Zuge kommen. Überhangmandate gibt es nicht mehr. Vielmehr bleiben Wahlkreise, deren Gewinner nicht vom Proporzanteil gedeckt war, unbesetzt. Der Entwurf nennt das „Hauptstimmendeckung“. Um die gewählten Wahlkreisgewinner einer Partei zu ermitteln, werden sie im jeweiligen Land nach ihrem Wahlkreisstimmenanteil gereiht (§ 6 Abs. 1). Reicht die Hauptstimmendeckung nicht für alle aus, kommen nur die Wahlkreisersten mit den größten Stimmenanteilen zum Zug.

Der Entwurf will den Grundcharakter der Verhältniswahl „konsequent“ umsetzen. Man könnte auch sagen „radikal“, denn der Vorschlag führt das Bundeswahlrecht auf seine Wurzel – die Verhältniswahl – zurück. Da das neue Verfahren in besonderem Maße erklärungs- und vermittlungsbedürftig ist, bekommen die Stimmen einen neuen Namen und eine neue Reihenfolge: Die proporzrelevante Stimme (bislang: Zweitstimme) soll „Hauptstimme“ heißen und auf dem Stimmzettel an erster Stelle stehen. Sie allein entscheidet schließlich über die Mandatsverteilung auf die Parteien. Die bisherige Erststimme rückt an zweite Stelle und wird „Wahlkreisstimme“ genannt. Gegenüber der „Hauptstimme“ ist sie nachrangig, da sie ihre Wirkung nur bei bestehender „Hauptstimmen-

deckung“ entfalten kann.

III. „Organisierte Wahlfälschung“?

Dass der Reformvorschlag vor allem die Kritik der CSU hervorrufen würde, war zu erwarten. Schließlich gewinnen die Christsozialen zuverlässig den Großteil der Wahlkreise in Bayern (2021: 45 von 46) selbst bei einem Proporzanteil von unter 40 Prozent (2021: 34 %). Entsprechend hoch im Kurs steht gerade bei der CSU das Personenwahlarrativ mit seinem Ideal der persönlichen Bindung zwischen Wählern und Abgeordneten. So überrascht es zwar in der Wortwahl, aber nicht in der Sache, wenn der CSU-Generalsekretär die Ampel ob des Entwurfs der „organisierte[n] Wahlfälschung“ zeiht und Deutschland mit „Schurkenstaaten“ gleichsetzt, in denen direkt gewählten Abgeordneten der Einzug ins Parlament verweigert würde (FAZ).

Diese Polemik ist freilich nur auf der Grundlage des Personenwahlarrativs plausibel. Den am Proporzgedanken orientierten Reformvorschlag ficht sie nicht an. Denn es gibt nach dem Entwurf keine Personenwahl, die gefälscht, keine direkt gewählten Abgeordneten, denen der Einzug ins Parlament verweigert werden könnte. Parteibewerber, die in einem Wahlkreis die meisten Stimmen auf sich vereinen, sind nicht gewählt, sondern erhalten lediglich eine bessere Aussicht auf ein Mandat als ihre parteiinternen Konkurrenten. Im Wahlkreis gewinnt man keine Mandate mehr, sondern Chancen auf Mandate, über deren definitive Zuteilung allein nach Proporzgesichtspunkten entschieden wird. Da der Entwurf den Proporz zum zentralen Kriterium der Mandatszuteilung erhebt, geht auch die Berufung auf die Wahlgleichheit ins Leere: Denn jeder Wahlkreissieger erhält die gleiche Chance auf ein Mandat. Ob sie sich verwirklicht, hängt allein vom Proporz ab, an dem sich auch die Gleichheit der Wahl zu orientieren hat.

Das Personenwahlelement ist abgeschafft. Es gibt (grundsätzlich) keine direkt gewählten Abgeordneten mehr, sondern nur Wahlkreisbewerber, die – bei hinreichender Hauptstimmendeckung – bei der Mandatszuteilung vorrangig berücksichtigt werden. Der radikal ehrliche Entwurf hätte terminologisch sogar noch etwas ehrlicher sein und ganz darauf verzichten können, von der „Wahl eines Wahlkreisbewerbers“ zu sprechen (so aber § 1 Abs. 2 Satz 2). Denn bei der „Wahl“ im Wahlkreis handelt es sich nicht um eine mandatsverschaffende Wahl im

engeren Sinne, sondern um eine Vorauswahl in der Konkurrenz um Mandate.

IV. Personenwahlrechtliche Relikte

Dass der Entwurf sich von der „Wahl in den Wahlkreisen“ terminologisch nicht völlig lösen konnte, dürfte an seinen personenwahlrechtlichen Relikten liegen. So hält der Entwurf an der Grundmandatsklausel als Ausnahme von der Fünf-Prozent-Hürde fest (§ 4 Abs. 2 Nr. 2). Das ist angesichts seiner nachvollziehbaren Skepsis gegenüber der Aussagekraft von Wahlkreisergebnissen wenig plausibel. Wer die Personenwahl verabschieden will, kann im relativen Wahlkreiserfolg schwerlich eine Legitimation für die Berücksichtigung von Parteien bei der Proporzverteilung sehen, die aufgrund ihres schlechten Abschneidens in der Hauptstimme eigentlich nicht an der Mandatsverteilung teilnehmen. Die Beibehaltung der Grundmandatsklausel wird man als Kompromissangebot an die Fraktion DIE LINKE verstehen dürfen, die darauf existenziell angewiesen ist.

Das andere personenwahlrechtliche Relikt im Entwurf ist dem Bundesverfassungsgericht zu verdanken, das 1976 die „Möglichkeit, Wahlvorschläge zu machen“, zu einem „Kernstück des Bürgerrechts auf aktive Teilnahme an der Wahl“ stilisierte. Damit soll es unvereinbar sein, das Wahlvorschlagsrecht auf die politischen Parteien zu beschränken. Daher sieht sich auch der Reformentwurf genötigt, an der Kandidatur von parteilich nicht gebundenen Bewerbern in den Wahlkreisen festzuhalten und diese im – höchst unwahrscheinlichen – Fall ihrer Wahl direkt mit einem Mandat zu versehen (§ 6 Abs. 2). Dass die Wahl von parteilich ungebundenen Bewerbern in einem echten Verhältniswahlsystem keinen rechten Platz hat, offenbart die fragwürdige Prämisse der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung: Sie ist nur in einem System mit Personenwahlelement plausibel. Das Wahlsystem soll aber – so urteilt dasselbe Gericht in ständiger Rechtsprechung – zur politischen Disposition des Gesetzgebers stehen.

Angesichts der praktischen Irrelevanz der Einzelbewerberkandidatur (noch nie zog ein parteiunabhängiger Bewerber in den Bundestag ein) mag man nachvollziehen können, dass der Entwurf sich nicht durch ihre Abschaffung angreifbar machen wollte. Andererseits gibt das Personenwahlrelikt Anlass zu einem verwegenen **Gedanken-spiel**: Was passiert, wenn etwa die CSU, um der Kappung der Wahlkreismandate zu entgehen, ihre Kandidaten als

Einzelbewerber aufstellen lässt, also nicht in einer Parteiversammlung (§ 21 BWahlG), sondern durch eine Unterschriftensammlung (§ 20 Abs. 3 BWahlG) nominiert? Das Parteibuch allein macht Kandidaten nicht zu Parteibewerbern; sogar eine Platzierung auf der Landesliste wäre unschädlich. Für eine vergleichbare Situation im geltenden Wahlrecht wird der Einwand des Rechtsmissbrauchs erwogen (Wolf, in: Schreiber, BWahlG, § 20 Rn. 18). Darauf sollte es ein Reformgesetzgeber freilich nicht ankommen lassen.

V. Radikal genug?

Der Entwurf löst ein, was er verspricht: Er gewährleistet den Parteienproporz – ist also nach dem Proporz-narrativ „gerecht“ – und stellt zudem sicher, dass die Abgeordnetenzahl von 598 (von zwei unerheblichen Ausnahmen abgesehen) nicht überschritten wird. Man kann sich angesichts seiner Skepsis gegenüber der Personenwahl mit relativer Mehrheit freilich fragen, weshalb er sich von den Wahlkreisen nicht völlig verabschiedet hat. Auch wenn sie nur noch eine Vorauswahl sein wird, prägt die Wahlkreiswahl dennoch das Gesamtsystem, vor allem aber die Wahlpraxis und den Wahlkampf. Das Prinzip der Hauptstimmendeckung führt zudem zu Wahlkreisen, die durch keinen Abgeordneten „vertreten“ sind. Das wird in der Wählerschaft nicht ohne Kritik bleiben, denn das Personenwahl-narrativ, das mit den Wahlkreisen verbunden ist, ist nicht so leicht zu verabschieden, wie die Personenwahl selbst. Eine aufwendige Vermittlungsarbeit wird nötig sein, um den Grundgedanken des Wahlrechts in der Wählerschaft zu verankern (um die Kenntnis des Wahlsystems war es freilich schon bisher schlecht bestellt).

Systematisch stimmiger wäre es, die (Einpersonen-)Wahlkreise ganz aufzugeben. Doch darf man ihre Bedeutung für das demokratische System insgesamt nicht übersehen. Diese liegt nicht in der – mehr behaupteten als belegten – persönlichen Bindung zwischen Abgeordneten und Wählern, auch nicht in der regionalen Repräsentation, die auch Listenabgeordnete sicherstellen können. Vielmehr stärkt die Nominierung von Wahlkreiskandidaten die demokratischen Strukturen innerhalb der Parteien. Denn durch sie erhalten die niederen Ebenen der Parteien eine tragende Rolle in der Wahlvorbereitung, in die die Parteieliten nicht (ohne weiteres) hineinregieren können. § 21 BWahlG, der die Aufstellung von Wahlkreisbewerbern in Mitglieder- oder Delegiertenversammlungen regelt, dürfte für die Bottom-Up-Struktur der Partei-

en von größerer Relevanz sein als manche Bestimmung des Parteiengesetzes. Durch die Kandidatenwahl vor Ort wird die zentrale Rolle der Parteien im demokratischen Prozess niedrigschwellig erfahrbar, nicht nur für Parteimitglieder, sondern auch für die interessierte lokale Öffentlichkeit. Natürlich gibt es auch andere Möglichkeiten, die Parteibasis in die Wahlvorbereitung einzubeziehen, etwa durch Mehrpersonenwahlkreise oder regional gegliederte Listen. Angesichts der langen Tradition der

Einpersonenwahlkreise ist es aber nachvollziehbar, dass der Entwurf sich einen noch radikaleren Schritt versagt hat. Die ersten Erfahrungen mit dem reformierten Wahlrecht werden, so es denn eine Mehrheit findet, bereits 2025 gesammelt. Danach wird sich zeigen, ob die Wahlkreise in ihrer heutigen Form eine Zukunft haben. Eines steht jetzt schon fest: Die Erzählung von der Personenwahl gehört, wenn der Entwurf beschlossen wird, der Vergangenheit an.

Fabian Michl, Johanna Mittrop

Farewell to “Personenwahl”

The Traffic Light Coalition’s Draft for the Electoral Law Reform in Germany

doi: 10.17176/20230119-143742-0



I. Two Electoral Law Narratives

The traffic light coalition’s (*Ampelkoalition*) draft for electoral reform opens a new chapter in the history of personalized proportional representation in Germany. The story began in London on February 16, 1946 (see [Knowles](#)). Representatives of the British occupation administration in Germany and the British government agreed at that time on a new local electoral law for their occupation zone. As part of this new system, one part of the local deputies was to be elected by relative majority in constituencies, the other based on party electoral lists according to the proportional representation of the parties. The conservative British military would have preferred to impose on the Germans the electoral system of the British House of Commons, which they considered to be the perfect implementation of a democratic system. In their eyes, a “genuine” democracy in Germany would only emerge if a close personal bond between the constituents and their deputies was established.

On the other hand, the Labour government representatives favored a system of proportional representation, the introduction of which was also being discussed in the United Kingdom at the time. The peculiar combination of personal and proportional representation was a compromise that the British found amongst themselves and then implemented in their occupation zone.

This compromise further influenced the development of electoral law in Germany. In the post-war era, the Christian Democratic Union (CDU) learned to appreciate majority voting in constituencies. In the constituencies, the CDU had a structural advantage over the Social Democratic Party (SPD), at least in North Rhine-Westphalia (NRW). Thus, the CDU gladly adopted the British occupation officers’ narrative of a “genuinely democratic vote”. The SPD, on the contrary, had been committed to proportional representation since its Erfurt Program of 1891. According to social democratic conviction, the electoral system had to reflect the people’s support for the par-

ties as closely as possible. Based on the imposed local election law (and with some further influence from the British), the parliaments of NRW and Lower Saxony reached a compromise and implemented the electoral system today called “personalized proportional representation” (international electoral theory prefers the term “mixed-member proportional representation”).

In 1949, the system was adopted for the Bundestag. From the very beginning, it was accompanied by two competing narratives: The Union parties’ “Personenwahl” (personal election) narrative on the one hand, and the SPD’s proportional representation narrative on the other. However, the proportional representation narrative has had (and still has) a more solid basis in German electoral law. Since 1956, section 1 Federal Electoral Act (BWahlG) stipulates that members of the Bundestag are elected according to the principles of proportional representation combined with a personal election element. The [Federal Constitutional Court](#) also emphasized early on that the selection of candidates in the constituencies did not change the “character of the proportional representation system.” Additionally, the extensive compensation for surplus (“overhang”) mandates required by constitutional law can also be regarded as a consistent implementation of a proportional representation system. The personal election narrative, on the contrary, would come into its own in a so-called “trench system” (Grabenwahlsystem), in which the personal and proportional election segments are considered as separate voting modes, each determining half the seats of the Bundestag (more on the historical experience with the trench system [here](#) soon).

II. A Radically Honest Proposal

The coexistence of personal and proportional representation narratives was unproblematic as long as the German “personalized proportional representation” system worked in practice. That was the case as long as the parties’ mandates roughly corresponded with their propor-

tional share. However, the sharp increase in surplus mandates in the 18th election term and their extensive compensation from the 19th election term onward soon made the need for reform unmistakably clear. To prevent a further increase in the size of the Bundestag, the relation between personal and proportional representation had to be reconsidered. The personal election narrative was exposed as the “lifelong lie of German electoral law” (S. and C. Schönberger, FAZ v. 9.5.2019, p. 6). There was and is, however, no parliamentary majority to be found for the implementation of a genuine personal election system in a “trench electoral system”, as only the Union parties (CDU and the Bavarian CSU) would benefit from it (cf. the calculations by Behnke).

The reform draft endeavors to abandon the personal election narrative and give the proportional representation narrative its rightful place instead. In doing so, it is also linguistically honest, with the electoral system no longer being referred to as a “proportional election linked to the election of persons”, but rather only as a proportional election (section 1 (2)). The election in the constituencies – previously given a more prominent position than the election according to party lists both in the system of the Federal Electoral Act and on the ballot paper – is now even further merged into the proportional representation system. It now only serves to identify candidates who are to be given priority in the allocation of mandates – “insofar as this is compatible with the principles of proportional representation”. Accordingly, party candidates are only elected in the constituencies if they achieve a relative majority of the constituency votes *and* are eligible according to proportional representation. There are no longer any surplus mandates. Instead, the winners of the electoral districts elections whose mandate is not covered by proportional representation will not be part of the Bundestag. The respective constituency remains unallocated. The draft calls this “main vote coverage” (Hauptstimmendeckung). To allocate the mandates, the constituency winners of each party are ranked according to their constituency vote share (section 6 (1)). If the “main vote coverage” is not sufficient for all of them, only the constituency winners with the largest shares of the vote will be elected.

The draft aims to “consistently” implement the fundamental character of proportional representation. One could also say “radically”, as the proposal takes federal electoral law back to its root: proportional representa-

tion. Since the new procedure requires a great deal of explanation and communication, the votes are given a new name and a new order: the vote relevant to proportional representation (previously called “second vote”) is to be called the “main vote” and is to be placed first on the ballot paper. It alone will ultimately determine the distribution of seats among the parties. The previous “first vote” will move to second place and be called the “constituency vote”. It is indeed subordinate to the “main vote” because it can only be effective if it is covered by a sufficient share of “main votes”.

III. “Organized Electoral Fraud”?

It was to be expected that the reform proposal would primarily provoke criticism from the CSU. After all, the CSU reliably wins the majority of constituencies in Bavaria (2021: 45 out of 46) even though their proportional representation is less than 40 percent (2021: 34 %). Consequently, the personal election narrative and its ideal of strengthening the personal bond between voters and MPs is particularly popular with CSU politicians. It is therefore only surprising in terms of the choice of words, but not in substance, that the CSU secretary general accuses the traffic-light coalition of “organized electoral fraud” and puts Germany on a par with “rogue states” (“Schurkenstaaten”) in which directly elected representatives are denied a seat in parliament (FAZ).

The CSU’s polemic is, of course, only plausible if based on the personal election narrative. It does not challenge the reform proposal, which relies consistently on proportional representation. Thus, according to the draft, there are no personal elections that could be falsified and no directly elected deputies who could be denied a seat in parliament. Party candidates who garner the most votes in a constituency are not “elected”, but merely given a better chance of winning a mandate than their rivals. In the constituency, candidates no longer win mandates, but chances for mandates, the final allocation of which is decided solely on the basis of proportional representation. Since the draft elevates proportional representation to the central criterion for the allocation of mandates, the appeal to electoral equality (Wahlgleichheit) also comes to nothing: every constituency winner receives the same chance of winning a mandate. Whether this chance is materialized depends solely on proportional representation, which, therefore, also forms the basis for electoral equality.

The draft law abolishes personal election. There are (in principle) no more directly elected members of parliament, but only constituency candidates who – if they have sufficient “main vote coverage” – are given priority in the allocation of mandates. The radically honest draft could even have been a little more honest and could have dispensed entirely with the term “election in the constituencies” (still in section 1 (2) sentence 2). The “election” in the constituency is not a mandate-providing election in the narrower sense, but rather a *preselection* in the competition for mandates.

IV. Relics of Personal Electoral Law

The fact that the draft did not completely give up the phrase “election in the constituencies” is probably due to some personal election relics. For example, the draft retains the “basic mandate clause” (Grundmandatsklausel) as an exception to the five-percent threshold (section 4 (2) number 2). This is hardly plausible in view of its understandable skepticism toward the significance of constituency results. Those who want to abandon the personal election system can hardly argue that a win by relative majority in three constituencies justifies considering the party in the distribution of seats according to proportional representation, in which, due to its poor performance in the main vote, the party would not have participated. The retention of the “basic mandate clause” can only be understood as a compromise offer to the parliamentary group DIE LINKE, which depends on the clause for its very existence.

The other remnant of the personal electoral narrative in the draft is due to the Federal Constitutional Court, which in 1976 declared the “possibility to nominate electoral candidates” a “core element of the citizen's right to active participation in the election”. It would be incompatible with that right for only political parties to be able to nominate their candidates. Thus, the reformers feel compelled to adhere to the candidacy of candidates not bound to political parties in the constituencies and to provide them directly with a mandate in the (highly improbable) event of their election (section 6(2)). The fact that the election of candidates with no party affiliation has no place in a genuine proportional representation system reveals the questionable premise of the Federal Constitutional Court's decision. The nomination of candidates without party affiliation is only plausible in a system with a personal election element. The electoral sys-

tem, however - as the same Court has consistently ruled - is subject to the political disposition of the legislature.

In view of the practical irrelevance of independent candidacies (no independent candidate has ever gained a seat in the Bundestag), it may be understandable that the draft did not want to expose itself to criticism by abolishing it. On the other hand, this remnant of the personal election system gives rise to a daring *thought experiment*: What happens if, for example, the CSU, in order to escape the capping of constituency mandates due to the “main vote coverage” principle, nominates its candidates as independent ones? The party membership alone does not make candidates party candidates; even a placement on the party list would not attribute their candidacy in the constituency to the party. For a comparable situation under the current electoral law, the objection of abuse of rights could be considered (Wolf, in: Schreiber, BWahlG, section 20 para. 18). However, a reform legislator should not take the chance.

V. Radical Enough?

The draft delivers what it promises, it guarantees party proportional representation - i.e. it is “fair” according to the proportional representation narrative – and also ensures that the number of MPs does not exceed 598 (with two insignificant exceptions). In view of their skepticism about the personal election by relative majority, one wonders however why the reformers did not completely abandon the election in the constituencies. Even though it will only be a preselection, constituency voting nevertheless shapes the overall system and, above all, electoral practice and campaigning. The principle of “main vote coverage” also leads to constituencies that are not “represented” by any MP. This will not be without criticism among the electorate, because the “Personenwahl” narrative of close ties between the electorate and the MPs is not as easy to abandon as the personal election itself. It will take a great deal of explanation and education to convey the rationale of the new electoral law (and knowledge of the electoral system was already poor).

From a systematic viewpoint, it would be more consistent to abandon (single member) constituencies altogether. On the other hand, their importance for the German democratic system as a whole must not be overlooked. Their virtue does not lie in the personal ties – more claimed than proven – between deputies and voters, nor in regional representation, which all MPs can en-

sure (not only the directly elected). Rather, the nomination of constituency candidates strengthens the democratic structures within the parties. It gives the lower levels of the parties a leading role in preparing the elections, which the party elites cannot (easily) interfere with. Section 21 of the Federal Electoral Act, which regulates the nomination of constituency candidates in meetings of party members or delegates, is probably of greater relevance to the bottom-up structure of the parties than some provisions of the Political Parties Act (PartG). By electing candidates locally, the central role of parties in the democratic process can be experienced in a low-threshold manner, not only by party members but also by the interested local public. Of course, there are other ways to involve the party base in the electoral process, such as

multi-candidate constituencies or regionally structured electoral lists. Given the long tradition of single-member constituencies, however, it is understandable that the draft denied itself an even more radical step. The first experience with the reformed electoral law, should it find a majority, will be gained as early as 2025. After that, it will become clear whether the constituencies have a future in their current form. One thing is already certain: the narrative of personal elections will be a thing of the past if the draft is adopted.

This is the English version of the article “[Abschied von der Personenwahl](#)”, which was published on 17 January 2023.

All translations by the authors.

Alexander Hobusch

Daumenschrauben für den Gesetzgeber

Eine Einordnung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Parteienfinanzierung

doi: 10.17176/20230130-201842-0



Was haben Annalena Baerbock, Marco Buschmann und Gregor Gysi gemeinsam? Sie und 213 andere Bundestagsabgeordnete von Grünen, FDP und Linken waren Antragsteller einer abstrakten Normenkontrolle, welche sich gegen die Erhöhung der staatlichen Parteienfinanzierung richtete, die die damalige Große Koalition 2018 beschloss. CDU und SPD hatten die absolute Höhe der staatlichen Mittelzuweisungen an die Parteien außerhalb eines Inflationsausgleichs außerordentlich erhöht und dies maßgeblich mit besonderen Kosten durch die Digitalisierung und neuartige Partizipationsformen wie Mitgliederentscheide oder -befragungen begründet. Besonders aufgestoßen war damals das besondere Tempo des Gesetzgebungsverfahrens – zwischen Einbringung und dritter Lesung lagen lediglich zehn Tage –, die schmale Begründung und die für den Bereich der Parteienfinanzierung untypische fehlende Einbindung der übrigen Fraktionen.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Erhöhung mit [Urteil vom 24. Januar 2023](#) für verfassungswidrig erklärt. Zwar hat es deutlich gemacht, dass die Gründe für eine außerplanmäßige Erhöhung wohl vorliegen und eine Erhöhung im Ergebnis gerechtfertigt gewesen wäre, aber die nicht ausreichende Begründung der Höhe der Anhebung im Gesetzgebungsverfahren selbst zur Verfassungswidrigkeit führe. Daneben hat das Gericht – ein wenig versteckt, da nicht entscheidungserheblich – die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren nach Art. 77 Abs. 1 GG konkretisiert, es im Ergebnis jedoch offen gelassen, ob das Gesetz bereits formell verfassungswidrig ist.

1. Festigung der Obergrenzen-Rechtsprechung

Das Urteil vom 24.01.23 ist kein „drittes Parteienfinanzierungsurteil“, dafür mangelt es der Entscheidung an einem wirklichen inhaltlichen Umbruch. Denn letztendlich behandelt das Urteil vornehmlich die Konkretisierung von und die Subsumtion unter Anforderungen, die richterrechtlich mit dem zweiten Parteienfinanzierungsurteil (BVerfGE 85, 264) eingeführt wurden. Das Urteil ent-

hält zunächst eine lehrbuchartige Herleitung (Rn. 106 ff.) und die Verteidigung der Obergrenzen-Rechtsprechung (Rn. 116) gegen vereinzelte Kritik aus der Literatur, die sich insbesondere an der Festlegung einer betragsmäßig bestimmten absoluten Obergrenze entzündete (aktuell hierzu [Volkman im Verfassungsblog](#)). Neuland betritt das Gericht dann in der Folge durch die Herausarbeitung von prozeduralen und inhaltlichen Anforderungen an eine Erhöhung der absoluten Obergrenze.

2. Prozedurales Sicherungselement: Begründungspflichten

Eng verwoben mit der Frage, ob die Voraussetzungen für eine Erhöhung der absoluten Obergrenze erfüllt sind (dazu sogleich) sind die vom Gericht eingeforderten Begründungsanforderungen, welche das Gericht konkretisiert.

Das Gericht gibt dem Gesetzgeber auf, bereits im Verfahren sowohl die Gründe für die Anhebung der Obergrenze, also die einschneidenden Veränderungen als auch das abgeleitete Anpassungsvolumen zu begründen und die Ermittlung und Abwägung der berücksichtigten Bestimmungsfaktoren nachvollziehbar darzulegen (Rn. 130). Diese prozedurale Sicherung diene der Einhegung des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers durch Selbstvergewisserung angesichts des Fehlens quantifizierbarer Vorgaben (Rn. 128), denn der Gesetzgeber verfüge über einen Gestaltungsspielraum, da sich aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit eine exakt bezifferte absolute Obergrenze nicht ergebe (Rn. 127). Entscheidend sei, dass Ermittlung und Abwägung bereits im Verfahren erfolgten, eine Begründbarkeit der Entscheidung reiche nicht (Rn. 131), somit sei auch ein Nachschieben von Gründen nicht möglich. An anderer Stelle referiert es dann noch die Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle, bejaht hier lediglich eine Vertretbarkeitskontrolle (Rn. 132) und relativiert dies auch augenscheinlich mit Blick auf eine Entscheidung in eigener Sache nicht (Rn. 133 f.).

Diese erhöhten Begründungsanforderungen für den

Parteienfinanzierungsgesetzgeber sind im Ergebnis ohne weiteres richtig. Indes ist die Begründung relativ knapp und kommt auch ohne parteispezifische Besonderheiten aus. Das Gericht hat die besondere prozedurale Absicherung mit dem Fehlen quantifizierbarer Vorgaben und dem daraus resultierenden Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers begründet. Letztendlich hat es die Prozeduralisierungsanforderungen aus anderen Bereichen übernommen und etwa Bezug genommen auf die Entscheidung zur Richterbesoldung und zur Sicherung des Existenzminimums (Rn. 131). Folge des Prozeduralisierungsgebotes ist denklogisch auch dessen Befolgung im Verfahren selbst, sodass das Nachschieben von Gründen grundsätzlich ausgeschlossen sein muss. Auch dieser Aspekt ist damit nicht neu entwickelt, sondern aus anderen Materien auf das Parteienrecht übertragen.

Es wäre in meinen Augen naheliegend gewesen, erhöhte Begründungsanforderungen über das Vehikel der Entscheidung in eigener Sache zu rechtfertigen, denn bei der Parteienfinanzierung handelt es sich um den geradezu klassischen Anwendungsfall: Es fehlt am Korrektiv gegenläufiger Interessen, womit eine erhöhte Kontrolldichte einhergeht, die nur mit einer erhöhten Darlegungslast durchsetzbar ist. Denn die Anhebung der Parteienfinanzierung ist eben nicht auf ein reines „Quantifizierungsproblem“ wie die Richterbesoldung zu reduzieren, sondern in besonderem Maße missbrauchsanfällig. Eleganter wäre daneben die Möglichkeit gewesen, an bestehenden Entscheidungslinien zu verfahrensrechtlichen Transparenzpflichten anzuknüpfen: Bereits in BVerfGE 40, 296 hat das Gericht aus dem demokratischen Prinzip bei einer derartigen Entscheidung in eigener Sache gefolgert, dass „der gesamte Willensbildungsprozess für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies ist die einzige wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.“ (BVerfGE 40, 296, 327). Schöner kann man es eigentlich kaum auf den Punkt bringen. Ohne Probleme wäre bei dem vorliegenden Gesetzgebungsverfahren begründbar gewesen, dass die Erhöhung nicht ohne weiteres durchschaubar und transparent war, hieraus ließen sich Anforderungen auch an eine Begründungspflicht gewinnen. Im Übrigen ließen sich auch aus dem inhaltlichen Gesamtkontext Argumente für erhöhte Begründungsanforderungen schöpfen: Die Erhöhung

der absoluten Obergrenze „außer der Reihe“ ist mit Blick auf den Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien, aus dem sich die absolute Obergrenze nach BVerfGE 85, 264 ohne weiteres verfassungsunmittelbar ergeben soll, besonders rechtfertigungsbedürftig und bedarf daher auch entsprechend transparenter und umfassender Darlegung und Begründung.

Dem Gesetzgebungsverfahren nähert sich das Gericht auch aus Richtung der formellen Verfassungsmäßigkeit: Das Gericht bringt im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit gegen das in der Tat im negativen Sinne bemerkenswerte Gesetzgebungsverfahren einen Verstoß gegen Art. 77 Abs. 1 GG in Form des Öffentlichkeitsgrundsatzes und eine mögliche Verletzung der Teilhabe aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ins Spiel (Rn. 92 ff.). Trotz Weiterentwicklung der Anforderungen aus den bisherigen Entscheidungen lässt das Gericht am Ende offen, ob sich hieraus bereits die formelle Verfassungswidrigkeit ergibt. Aus den Rn. 100 ff. lässt sich jedenfalls herauslesen, dass das Gericht einer Verfassungswidrigkeit zuneigt. Maßgeblich hierfür waren neben der kurzen Dauer von nur 10 Tagen von Entwurfsverteilung bis zur dritten Lesung auch der fehlende sachliche Grund für die eilige Behandlung, den jedenfalls niemand offen aussprechen wollte (Rn. 102). Der Gesetzgeber hielt es in seiner Eile noch nicht einmal für nötig, die Protokolle der (kontroversen und nicht einhelligen) Sachverständigenanhörung vorliegen zu haben, als er abschließend entschied. Insoweit dürfte in der Tat zweifelhaft sein, ob ein derartiges – völlig ohne sachlichen Grund im Eiltempo durchgeführtes – Gesetzgebungsverfahren den Anforderungen an eine gleichberechtigte Teilnahme an der parlamentarischen Willensbildung genügt. Jedenfalls hat das Gericht diese – im Ergebnis überschießenden und nicht tragenden – Erwägungen wohl auch mit dem Hintergedanken eingestreut, dem Gesetzgeber den mahnenden Zeigefinger zu zeigen: Wir können auch anders, wenn ein Gesetzgebungsverfahren derart „am Limit“ durchgeführt wird.

3. Digitalisierung und neue Partizipation als „einschneidende Veränderung der Verhältnisse“

Eine Erhöhung der absoluten Obergrenze im Sinne eines Inflationsausgleichs hat das BVerfG im zweiten Parteienfinanzierungsurteil in Form einer Indexierung für unbedenklich gehalten, eine darüber hinausgehende Erhöhung hat es indes nur als zulässig angesehen, wenn eine

„einschneidende Veränderung der Verhältnisse“ vorliegt. Kern des vorliegenden Urteils ist die Konkretisierung der Frage, was eine solche Veränderung ist und ob eine derartige Veränderung vorliegt (Rn. 121 ff.).

Um eine Änderung der Verhältnisse soll es sich handeln, wenn „im Vergleich zum maßgeblichen Zeitpunkt der letztmaligen Bestimmung der Höhe der absoluten Obergrenze – unter Außerachtlassung von Anpassungen an die allgemeine Preisentwicklung – Umstände eingetreten sind, die die Parteien in ihrer Gesamtheit betreffen (1), von außen auf die Parteien einwirken (2) sowie den Bedarf an personellen und sachlichen Ressourcen zur Erfüllung der den Parteien durch Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG übertragenen Aufgaben nachhaltig in einem deutlich spürbaren und von den Parteien aus eigener Kraft nicht leistbaren Umfang erhöhen (3)“.

Dieser Versuch einer Definition hat für das vorliegende Urteil hingereicht. Die eingestellten Tatbestandsmerkmale erscheinen auf den ersten Blick plausibel, um eine wesentliche Veränderung sachgerecht abzubilden. Ob diese Definition hält, was sie verspricht, wird sich in Zukunft zeigen. Diese Formel ist ab sofort nämlich die „Brandmauer“, welche inhaltlich das Gebot der Staatsfreiheit und mit ihm die absolute Obergrenze inhaltlich absichert.

Dem Gericht ist jedenfalls zuzustimmen, dass es sich um von außen einwirkende Veränderungen auf das gesamte Parteiensystem handeln muss, um die Veränderung der Verhältnisse nicht der Disposition der Parteien zu überlassen. Zeitlicher Ausgangspunkt der Betrachtung ist der „Ursprung“ der Berechnungsgrundlage und das ist das Parteienfinanzierungsurteil 1992, denn die seitdem erfolgten Erhöhungen haben die Einnahmen letztlich nur inflationsbereinigt fortgeschrieben. Unklar ist, wie streng das Gericht bei der Frage sein wird, wann eine Partei eine Aufgabe aus eigener Kraft nicht leisten kann.

Betrachtet man nun die Veränderungen seit Anfang der 90er-Jahre, so ist unschwer erklärbar, dass sich die Umstände jedenfalls hinsichtlich der Herausforderungen durch die Digitalisierung wesentlich geändert haben und hier ein unabweisbarer, nicht anders erfüllbarer Finanzbedarf entstanden ist. Das Gericht verweist hier zu Recht auf die bereits im Gesetzgebungsverfahren benannte Betreuung neuer Kommunikationsplattformen, den Anforderungen an die Datensicherheit usw. (Rn. 139). Auch der zutreffende Einwand, durch Digitalisierung ließen sich auch Kosten sparen, wird aufgegriffen, indem Vor- und

Nachteile bei der Bestimmung zu saldieren sind (Rn. 126).

Zweifelhaft ist die Annahme des Gerichts, dass auch der verstärkte Einsatz innerparteilicher Partizipationsinstrumente eine Anhebung der absoluten Obergrenze rechtfertige (Rn. 143 ff.). Damit setzt sich das Gericht zu seiner Grundannahme in Widerspruch, dass es sich bei einer Veränderung der Verhältnisse um eine von den Parteien nicht beeinflussbare Einwirkung handeln muss (Rn. 124). Denn bei der Eröffnung neuer Abstimmungswege, etwa durch verbindliche oder unverbindliche Mitgliederbefragungen, handelt es sich um eine durch die Parteien selbst freiwillig eröffnete Möglichkeit, gesetzlich vorgeschrieben oder überhaupt gesetzlich geregelt ist diese nicht. Einige Parteien nutzen derartige Formate auch gar nicht. Die Erhebung basisdemokratischer Teilhabe zu einem gesamtgesellschaftlichen Phänomen, welches es früher, Anfang der 90er-Jahre nicht gegeben habe und das die Parteien nun allesamt von außen getroffen habe, suggeriert einerseits, dass die Parteien aktuell alle denkbaren Fragen unmittelbar durch ihre Mitgliederbasis entscheiden und Parteitage an Kraft verloren hätten – was nicht ohne Weiteres und auch nicht für alle Parteien oder das Parteiensystem allgemein haltbar erscheint –, andererseits klingt es so, als ob ein Parteimitglied der 90er-Jahre nicht so viel Lust auf Einfluss in der Partei gehabt hätte, sondern dies ein völlig neues Phänomen wäre, was alles auf den Kopf stellt. Überraschend ist hier auch, dass man hinsichtlich dieser Änderung der Verhältnisse und ihrer Darlegung auf eine Sachverständigenanhörung in der mündlichen Verhandlung verweist (Rn. 145), später aber ein Nachschieben von Gründen untersagt: Hätten dann diese Erwägungen nicht bereits in der Gesetzesbegründung stehen müssen bzw. im Gesetzgebungsverfahren vorliegen müssen? Augenscheinlich genügte die Gesetzesbegründung in diesem Punkte dann eben nicht, wenn das Gericht zur Begründung auf die Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung zurückgreifen musste.

Im gerichtlichen Verfahren waren weitere Gründe zur Änderung der Verhältnisse nachgeschoben worden. Hier wurden insbesondere gesteigerte Plakatkosten, der Rückgang ehrenamtlichen Engagements und die zunehmenden Erschwernisse bei Koalitionsbildungen vorgebracht. Diese Gründe wurden aber wegen des Prozeduralisierungsgebotes nicht mehr inhaltlich geprüft (Rn. 149). Man darf gespannt sein, wie diese im nächsten Versuch des Gesetzgebers substantiiert werden. Auf den ersten

Blick erscheinen diese allesamt nicht überzeugend.

Trotz des Vorliegens – nach Ansicht des Gerichts zwei – tauglicher Gründe für eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse ließ das Gericht die Begründungspflicht hinsichtlich des Volumens der Erhöhung zuschnappen: Hier hatte der Gesetzgeber gar nicht dargelegt, wie er auf den Sprung zu einem Betrag von 190 Millionen Euro gekommen ist (Rn. 150 ff.).

4. Wo verbleibt der Spielraum des Gesetzgebers?

Betrachtet man die beträchtlichen Anforderungen an die Begründung im Gesetzgebungsverfahren, so fragt man sich, wo der in der Entscheidung stets betonte große Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers verbleibt. Denn die inhaltlichen Anforderungen an die Änderung der Verhältnisse sind hoch, daneben muss im Verfahren anhand der Bestimmungsfaktoren quantitativ plausibel dargelegt werden, welche konkrete Höhe das Anpassungsvolumen haben soll (Rn. 130). Diese Darlegung wird dann benötigt, damit das Gericht seine Kontrollfunktion ausüben kann und beurteilen kann, ob der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum aus Art. 21 Abs. 1 GG beachtet hat (Rn. 129). Somit verbleibt lediglich bei der konkreten Höhe der Anhebung ein zurückhaltender Vertretbarkeitsmaßstab, der aber durch eine vorgelagerte Begründungspflicht kompensiert wird.

Insoweit bekräftigt das Urteil, auch wenn es sich in Teilen nicht so liest, eine erhebliche Begrenzung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers hinsichtlich der Erhöhung der absoluten Obergrenze. Man kann das häufige Betonen des Spielraums und die Darlegung, dass dem Grundsatz der Staatsfreiheit eine exakte Obergrenze nicht zu entnehmen ist (etwa Rn. 129, 134) wohl lediglich als eine leichte Distanzierung zu BVerfGE 85, 264 deuten. Lediglich von dem Weg, eine absolute Obergrenze durch das Gericht zahlenmäßig selbst festzulegen, scheint sich das Gericht abzuwenden und hier dem Gesetzgeber etwas Spielraum zurückzugeben.

Insgesamt ist die Beschränkung des Spielraums mit Blick auf die erhöhte Kontrollintensität durchaus sachgerecht, allerdings erscheint es verfehlt, floskelhaft den großen Spielraum zu betonen, wenn er faktisch kaum vorhanden ist.

5. Ergebnis und Ausblick

Das Urteil entwickelt die Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung folgerichtig weiter, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an eine Anhebung der Obergrenze. Mit einem Prozeduralisierungsgebot gibt das Gericht dem Gesetzgeber auf, die wesentlichen Umstände für eine Änderung der Verhältnisse und den Umfang der Erhöhung bereits im Gesetzgebungsverfahren darzulegen, wobei ein Nachschieben von Gründen ausgeschlossen sein soll. Dieses Gebot ist zwar nachvollziehbar, die Begründung entfernt sich aber ohne Not von bereits bestehenden, rechtsgebietsspezifischen Argumentationslinien wie der Entscheidung in eigener Sache oder dem Transparenzgebot, welches aus dem Bereich der Abgeordnetendiäten anerkannt ist. Zuletzt gibt das Gericht zu erkennen, dass es auch hinsichtlich des formalen Gesetzgebungsverfahrens willens ist, zukünftig schärfer auf die Einhaltung von Verfahrensrechten zu achten, wenn der Gesetzgeber ohne Not ein Gesetz in wenigen Tagen „durchpeitscht“. Aber auch für die Parteien hat das Urteil etwas Gutes: Sie haben nun einen klaren inhaltlichen Ansatzpunkt, an dem sie für eine außerordentliche Erhöhung der absoluten Obergrenze ansetzen können.

Es bleibt abzuwarten, wie das Urteil die Parteienfinanzierung verändern wird. Nachdem das zweite Parteienfinanzierungsurteil die Materie – auch durch eine gewisse Zementierung der Verhältnisse durch Vorgabe einer bezifferten absoluten Obergrenze – befriedet hatte, könnte das vorliegende Urteil mit der nun greifbaren Möglichkeit auf außerordentliche Anhebungen der absoluten Obergrenze die Parteien in Versuchung führen, mit spitzer Feder weitere Veränderungen des Parteiensystems seit den 90er-Jahren zu „suchen“ und diese für eine erneute Anhebung der absoluten Obergrenze einzusetzen: Die nachgeschobenen Gründe im Gerichtsverfahren und insbesondere der eher kleinliche Verweis auf die gestiegenen Plakatkosten deuten ein wenig in diese Richtung. Es bleibt zu hoffen, dass die vom Gericht eingezeichnete Brandmauer in Form der Definition der „einschneidenden Veränderung der Verhältnisse“ hält und es nicht die Büchse der Pandora geöffnet hat.

Uwe Volkmann

Ein bisschen kleinlich

Zum jüngsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Parteienfinanzierung

doi: 10.17176/20230130-202701-0



Nachdem es um die Parteienfinanzierung bald dreißig Jahre schon fast verdächtig still geworden war, hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem [Urteil vom Dienstag dieser Woche](#) erneut ein Ausrufezeichen gesetzt. Das Gericht kippte den Aufschlag, den der Gesetzgeber den Parteien mit dem [Gesetz zur Änderung des Parteiengesetzes und anderer Gesetze vom 10. Juli 2018](#) genehmigt hatte; dadurch war das Gesamtvolumen der staatlichen Zuwendungen nach § 18 II PartG von 165 auf 190 Millionen Euro erhöht worden. Das Ergebnis war von meisten Beobachtern und auch von den Parteien selbst, die sich schon vorsorglich auf mögliche Rückzahlungsansprüche eingestellt hatten, so vorhergesehen worden, aber die Begründung fiel am Ende doch anders aus als noch vor der mündlichen Verhandlung erwartet. Nur beim Echo war es im Wesentlichen wie immer: ganz überwiegend lebhafter Beifall, der „Selbstbedienung“ oder „Vollkaskotalität“ der Parteien wieder einmal ein Riegel vorgeschoben, nur einmal gab es Kritik, das Gericht habe hier doch „arg schulmeisterlich“ geurteilt. Gerade dies könnte freilich die Entscheidung am besten charakterisieren.

1. Die „absolute Obergrenze“ als Wunder der Auslegungskunst

Die zentrale und letztlich einzige Frage des Verfahrens war, ob die vorgesehene Erhöhung des Gesamtvolumens der staatlichen Zuwendungen an die Parteien auf nunmehr 190 Mio. Euro gegen die „absolute Obergrenze“ der Parteienfinanzierung verstieß, die das BVerfG in seiner [Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1992](#) selbst eingeführt hatte. Damals hatte es in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung und einem der seltenen Fälle, in denen eine solche Abkehr einmal explizit ausgewiesen wird, einerseits erklärt, der Staat sei von Verfassungs wegen nicht gehindert, die Parteien für ihre allgemeine Tätigkeit zu finanzieren. Andererseits hatte es den möglichen Umfang der Finanzierung in zweifacher Hinsicht begrenzt, nämlich sowohl im Verhältnis zu den Eigenein-

nahmen der Parteien als auch in der Gesamtsumme. Die Einführung dieser Begrenzungen ist damit ein anschauliches Beispiel dafür, wie sich einfach die Menge des Verfassungsrechts im Laufe der Zeit vermehrt hat und noch immer weiter vermehrt: Aus dem aus sich heraus ziemlich nebulösen Satz „Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit“ sind nun immer neue und andere Verfassungsätze entwickelt und abgeleitet worden, auf einer mittleren Ebene zunächst das Postulat einer hinreichenden Verwurzelung der Parteien in der Gesellschaft sowie ein „Grundsatz der Staatsfreiheit“, aus dem [zuvor](#) auf der untersten Stufe der Konkretisierung noch gefolgert worden war, die Parteien dürften abgesehen von der Erstattung der Wahlkampfkosten überhaupt keine Gelder vom Staat erhalten. Heute wird diese unterste Stufe bestimmt durch die beiden Sätze aus der Grundsatzentscheidung von 1992, zunächst durch den Satz „Das Gesamtvolumen [...] staatlicher Zuwendungen an eine Partei darf die Summe ihrer selbsterwirtschafteten Einnahmen (vgl. § 24 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 und 8 PartG) nicht überschreiten („relative Obergrenze“)“ und sodann durch den weiteren Satz, der sich aus den Zuwendungen der Jahre 1989 bis 1992 als Mittelwert für ein Jahr ergebende Betrag bilde das „Gesamtvolumen staatlicher Mittel, die den Parteien von Bund und Ländern insgesamt zugewendet werden dürfen („absolute Obergrenze“)“.

Gerade an diesem letzten Satz wurde damals einige Kritik geübt: Wie kommt man angesichts der textlich ganz offenen Ausgangslage eigentlich auf diesen – und genau diesen – Betrag? Gegen frühere Festsetzungen dieser Art hatte schon Ernst Forsthoff eingewandt, mit keinem Mittel induktiver oder deduktiver Logik könne ein ziffernmäßiger Wert als der allein richtige ausgewiesen werden; seine Bestimmung sei Sache der Erfahrung und der politischen Überlegung. Darin wird man ihm kaum widersprechen können. Aber es gibt Festsetzungen dieser Art, die sich im Nachhinein als klug und weise herausstellen, weil sie sich einfach praktisch bewährt haben, was vielleicht nicht von allen, die sie damals – der Ver-

fasser dieser Zeilen eingeschlossen – kritisiert haben, gesehen worden ist: Es war nicht zuletzt die Festsetzung dieser Obergrenze, die zusammen mit einigen weiteren Konkretisierungen – etwa zum Ausschluss der Spenden juristischer Personen von jeder steuerlichen Begünstigung – dazu beigetragen hat, ein so notorisch skandalträchtiges Gebiet wie die Parteienfinanzierung für nun fast drei Jahrzehnte einigermaßen zu befrieden. Gerade im Ausland blickt deshalb mancher neidvoll auf die Problemlösungen, die man aus diesen Grundsätzen nach einer langen Geschichte von Irrungen und Wirrungen bei uns entwickelt und festgeschrieben hat. Mit Rechts-Interpretation im üblichen Sinne hat das – anders als es das Gericht nun in Rn. 116 nach außen darstellt (und auch darstellen muss, um seine eigene Legitimität nicht zu beschädigen) – zwar immer noch nichts zu tun, aber das heißt vielleicht nur, dass Rechts-Interpretation nicht der richtige Begriff ist, um das, was das Gericht tatsächlich tut, angemessen zu beschreiben.

2. Die sachliche Berechtigung der Erhöhung

So gesehen gab es in der Sache durchaus gute Gründe, an der absoluten Obergrenze festzuhalten und sie auch gegen ihre qualitative Relativierung zugunsten der relativen Obergrenze zu verteidigen, wie es die Bundesregierung im Verfahren versuchte (vgl. Rn. 148). Andererseits war gerade die absolute Obergrenze schon damals entwicklungs offen konzipiert, weil niemand ernsthaft davon ausgehen konnte, dass die Verhältnisse zwischen 1989 und 1992, an denen ihre Bemessung orientiert war, auf ewig so bleiben würden, wie sie damals waren; ihre Festlegung war deshalb ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass diese Verhältnisse „keine einschneidende Veränderung erfahren“. Die Frage war dann, ob eine solche Veränderung hier angenommen werden konnte und wodurch sie konkret bedingt wäre.

An dieser Stelle beginnt das Problem der Entscheidung, weil nämlich die beiden zentralen Gründe, aus denen die Erhöhung seinerzeit vorgenommen wurde, in der Sache vom BVerfG gar nicht beanstandet wurden: Sowohl die Erweiterung der Kommunikationsmöglichkeiten im Zuge der Digitalisierung als auch der verstärkte Einsatz innerparteilicher Partizipationsinstrumente stellen, führt der Senat aus, eine einschneidende Änderung der Verhältnisse dar, die eine Anhebung der absoluten Obergrenze rechtfertigten; für nicht tragfähig hielt er lediglich den – ersichtlich nur ergänzend gemeinten

– Verweis auf erhöhte Transparenz- und Rechenschaftspflichten sowie den weiteren Hinweis in der Gesetzesbegründung, die zwischenzeitlich erfolgte Anhebung der maßgeblichen Bemessungsgrößen für die Finanzierung lieferte bei fehlender Anhebung der absoluten Obergrenze ins Leere. Tatsächlich hatte auch die Anhörung der Sachverständigen sowie der Schatzmeister in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar ergeben, dass gerade die Digitalisierung nicht nur Einsparpotentiale biete, sondern – etwa in Gestalt des Aufbaus entsprechender Stäbe – gerade für die Parteien erhebliche Zusatzkosten verursache, was im Urteil weitgehend zustimmend referiert wird (Rn. 142 ff.). Dies reichte dem BVerfG aber nicht, weil im Gesetzgebungsverfahren seinerzeit nicht ausreichend dargelegt und entsprechend „dokumentiert“ worden sei, dass dies eine Anhebung auf den nun festgesetzten Betrag von 190 Mio. Euro erfordere. Aus diesem Grund verwarf der Senat auch die erst im Verfahren erfolgte Berufung auf gestiegene Plakatkosten sowie einen Rückgang des ehrenamtlichen Engagements; dies sei angesichts der Begründungspflicht des Gesetzgebers „ein unzulässiges Nachschieben von Gründen“ (Rn. 149). Auch hier könnten also mögliche Rechtfertigungen für eine Anhebung liegen, man hätte es nur vorher hinreichend belegen müssen.

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, hätte es freilich keiner mündlichen Verhandlung bedurft, die über weite Strecken gerade der Aufklärung der Tatsachengrundlage gewidmet war. So aber kann man sich in etwa vorstellen, was demnächst passieren wird: Die Schatzmeister der Parteien weisen ihre Leute an, Berechnungen anzustellen und vorzulegen, die nun unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG ziemlich genau auf den Betrag – oder vielleicht aus Anstandsgründen etwas weniger – hinauslaufen, den man im nun aufgehobenen Gesetz gerade festgelegt hatte; möglicherweise werden dabei auch die gestiegenen Plakatierungskosten näher erklärt. Diese Berechnungen werden dann über die Fraktionen oder möglicherweise auch die Ministerialverwaltungen in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt und fließen dort in die Begründung eines Gesetzentwurfs ein, der kurz darauf vom Bundestag mit einer mehr oder weniger großen Mehrheit als Gesetz beschlossen wird. Nur die Grünen und die FDP als Mitglieder der Regierungskoalition könnte das in argumentative Schwierigkeiten bringen, weil sie zusammen mit der Linkspartei das nun unterschiedene Normenkontrollverfahren als – damals noch –

Opposition selbst mit auf den Weg gebracht und seinerzeit vorgetragen hatten, es bestehe gar kein Anhebungsbedarf. Wenn sie diesen nun plötzlich doch sehen, trägt ihnen das leicht den Vorwurf ein, sie seien wieder einmal umgefallen und letztlich seien die Parteien doch alle gleich, wenn es ums Geld gehe. Möglicherweise unterbleibt die Anhebung dann aus Angst vor der öffentlichen Reaktion, obwohl ein Bedarf dafür erkennbar besteht und sie genau durch die sachlichen Gründe geboten wäre, die das BVerfG nun ausdrücklich als solche anerkannt hat. War es das alles wert?

3. Gesetzgebung im Modus der Verwaltung

Der Grund für die Nichtigerklärung der Neuregelung liegt insofern nicht in ihrem Inhalt, sondern in der Verletzung eines „Prozeduralisierungsgebots“, das das BVerfG nun auch für die Parteienfinanzierung – ebenso wie schon [in anderen Bereichen](#) – als einen weiteren Verfassungssatz aufstellt. Als Gegenbegriff zur Materialisierung verweist der Begriff ursprünglich auf eine sinnvolle Strategie, um die Dichte der inhaltlichen Vorgaben, mit denen das BVerfG die Verfassung im Laufe der Zeit anreichert hat, stückweise zu reduzieren und den Ball stattdessen in die Politik zurückzuspielen, die für die nähere Konkretisierung auch an erster Stelle zuständig wäre. In diesem Sinne ist Prozeduralisierung vom früheren Vizepräsidenten des Gerichts, Winfried Hassemer, vor Jahren einmal in die Debatte geworfen worden. Sie wird aber hier nicht zur Rückführung der materiellen Vorgaben, sondern mit ihnen zusammen und gerade als Mittel ihrer größtmöglichen Umsetzung und Realisierung eingesetzt; die Anforderungen an das, was als einschneidende Änderung der Verhältnisse gegenüber dem Maßstabszeitraum 1989 – 1992 angesehen werden kann, werden ja noch einmal durch drei weitere Unteranforderungen ausbuchstabiert (Rn. 121 ff.). Die primär geforderte Dokumentation hat in diesem Sinne vor allem den Zweck, dem BVerfG die Überprüfung zu erleichtern, ob die so noch einmal nachverdichteten Anforderungen auch eingehalten werden (Rn. 129). Die Explikation und das Verhandeln der Gründe in einer politischen Öffentlichkeit und gegenüber einem Publikum von Staatsbürgern, aber auch im Parlament selbst treten demgegenüber in ihrer Bedeutung zurück; wichtig ist vor allem die bestmögliche Sicherung der gerichtlichen Kontrolle.

Man kann dies speziell im Bereich der Parteienfinanzierung durch die Erwägung rechtfertigen, dass der poli-

tische Wettbewerb hier tendenziell ausfällt, weil die Parteien in dieser Frage üblicherweise keine gegenläufigen, sondern gleichgerichtete Interessen vertreten. Es führt aber für das Gesetzgebungsverfahren zu einer eigenartigen Schiefelage, indem nun dessen politischer Kern in den Hintergrund tritt und stattdessen Elemente wichtiger werden, wie man sie eher aus dem Verwaltungsrecht kennt. In den Entscheidungsgründen zeigt sich das anschaulich in der Behandlung der Frage, ob das Verfahren hier nicht viel zu kurz und undurchsichtig war, um eine so heikle Materie wie diese angemessen zu regeln (Rn. 91 ff.). Das war in der Tat ein Punkt, unter dem man die Anhebung der Obergrenze seinerzeit berechtigterweise kritisieren konnte: Das Gesetz wurde im Hauruck durch das Parlament gepeitscht und segelte zudem im Windschatten der Fußball-Weltmeisterschaft, die einen Großteil der öffentlichen Aufmerksamkeit absorbierte. Dass dies durchaus „Fragen aufwirft“, sieht ausdrücklich auch das BVerfG (vgl. Rn. 97). Es lässt sie aber am Ende offen, weil es darauf für die Entscheidung letztendlich nicht ankommt, wenngleich das seitenlange Ausführungen dazu nicht verhindert. Am Ende zählt aber eben nur die Verletzung des Prozeduralisierungsgebots, das wesentlich als ein Darlegungs- und Dokumentationsgebot entfaltet wird.

Dieses unterscheidet sich zuletzt auch noch einmal von der bloßen Begründungspflicht, wie sie auch für Gesetze gelegentlich und mit Argumenten, die sich hören lassen, gefordert wird: Begründet hatte der Gesetzgeber seine Entscheidung hier ja, er hatte nur versäumt, die Gründe nun aber auch hieb- und stichfest und möglichst mit entsprechenden Zahlen zu unterlegen. Unterworfen wird er damit einem Anforderungsprofil, das lange Zeit der Kontrolle der Verwaltungsbehörden durch die Verwaltungsgerichte vorbehalten war. Das wird beiläufig an der Stelle erkennbar, wo das BVerfG, möglicherweise in einer Freudschen Fehlleistung, die erstmalige Einführung eines im Gesetzgebungsverfahren nicht zur Sprache gekommenen Gesichtspunkts als „unzulässiges Nachschieben von Gründen“ zurückweist. Das ist bekanntlich eine Figur aus dem Verwaltungsprozessrecht, das ein solches Nachschieben seit jeher argwöhnisch beobachtet (vgl. § 114 VwGO); erfasst sind mit ihr etwa Fälle, in denen eine Behörde das Abschleppen eines Pkw aus einem bestimmten Grund angeordnet hat, dann aber bemerkt, dass sie mit diesem vor Gericht wahrscheinlich nicht durchkommt, und deshalb rasch einen neuen Grund hinzukon-

struiert. Das geht so natürlich nicht. Aber ist damit auch der Kern von Gesetzgebung angemessen begriffen?

Man kann das alles etwas kleinlich finden.

Cengiz Barskanmaz

Rechtsstaatliche und strafverfahrensrechtliche Ernüchterung nach der „Berliner Silvesternacht“



doi: 10.17176/20230113-121813-0

Nach gut zwei Wochen bietet die Berliner Silvesternacht weiterhin Anlass für Schlagzeilen und Talkshows. Kein Wunder – so kurz vor den Berliner Wiederholungswahlen. Insbesondere die rechtspopulistisch angehauchte Anbiederung der Berliner CDU, die nach den Vornamen der Tatverdächtigen fragt, erhitzte noch einmal die ohnehin wahlbedingt leicht reizbaren Gemüter in Berlin. Die Regierende Bürgermeisterin von Berlin Franziska Giffey (SPD) wiederum forderte ein Umdenken der Strafjustiz, um so mit schnellen Strafen ein schlagkräftiges und rechtsstaatliches Zeichen gegen diese verrohten Jugendlichen zu setzen. Eine Vornamensabfrage hält sie hingegen für den falschen Ansatz.

Für eine Versachlichung der anhaltenden und sehr polarisierten Debatte ist es jedoch erforderlich, (I.) die CDU-Forderung nach den Vornamen zu kontextualisieren und dieses auch als populistisch zu entlarven. (II.) Hierzu bedarf es einer wissenschaftlichen Einordnung der Jugenddelinquenz. (III.) Des Weiteren soll das politisch eingeforderte „Neuköllner Modell“ und auch das vereinfachte Jugendverfahren diskutiert werden (IV.), um abschließend die rechtsstaatlichen beziehungsweise verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung von beschleunigten Strafverfahren zu erläutern.

I. Statistiken als politisches Erpressungsmittel

Am 4.1.2023 teilten die [Berliner Polizei und die Staatsanwaltschaft](#) mit, dass bezüglich der Ereignisse an Silvester 281 Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden. In einem vom linken Abgeordneten Niklas Schrader getweeteten Dokument wurde öffentlich, dass die CDU im Rahmen einer Anfrage im Berliner Innenausschuss um Differenzierung nach Staatsangehörigkeit, nach den Vornamen und bei deutschen Staatsangehörigen nach einer möglichen zweiten Staatsangehörigkeit gebeten habe. Das erinnert stark an die Frage der saarländischen AfD vor circa zwei Jahren, die anlässlich von Messerstechereien un-

ter anderem nach Vornamen von Tätern in den Polizeistatistiken fragte. Warum? Weil sich die AfD nicht zufrieden geben wollte, dass im Zeitraum von Januar 2016 bis April 2018 von den insgesamt 1490 erfassten Tatverdächtigungen wegen vergleichbarer Delikte 842 Tatverdächtige eine deutsche Staatsangehörigkeit aufwiesen. Da nicht sein kann, was dem eigenen Weltbild nicht entspricht, erweiterte die AfD ihre Anfrage dahingehend, ob die Tatverdächtigen mit deutscher Staatsangehörigkeit womöglich noch eine zweite besäßen. Die Antwort: 14. Diese Art trivialer Ahnenforschung förderte offenbar nicht die von der AfD erwartete Gewaltkausalität zu Tage: Der 1. Platz unter den Vornamenshäufungen ging an Michael, gefolgt von Daniel, Andreas, Sascha, Thomas, Christian, Kevin, Manuel, Patrick, David, Jens, Justin und Sven. Also bei weitem keine Spur von „Migrationshintergrund“ ersichtlich. Von den 1490 Fällen ermittelte die Polizei 120 syrische, 36 afghanische und 96 EU-Bürger*innen als Tatverdächtige. In 289 Fällen konnten keine Tatverdächtigen ermittelt werden.

Kehren wir zurück zur Berliner Statistik. Anfangs war die Rede von 145 Festnahmen mit 18 Staatsangehörigkeiten. Doch darunter fielen laut [Tagesspiegel](#) verschiedene Delikte in ganz Berlin. Diese Tatverdächtigen lassen sich nach Staatsangehörigkeit wie folgt unterscheiden: 45 Deutsche, 27 Afghanen, 21 Syrer, 9 Iraker, jeweils 5 Polen, Türken und Libanesen; des weiteren Franzosen, Italiener, Australier, Inder, Iraner, Serben, Jordanier und Tatverdächtige der Kategorie „afrikanische Länder“ (wohl kaum Zufall, dass bei „Afrika“ eine Nuancierung nach Staaten für den Tagesspiegel oder auch die Polizei redundant erscheint!). Die Vielfalt in Berlin spiegelt sich also erwartungsgemäß auch bei den Tatverdächtigen wider.

Während zu Beginn [Schlagzeilen](#) bekanntgaben, dass die Tatverdächtigen mehrheitlich Ausländer seien, gibt es nach letztem Stand nur 38 Festnahmen im Zusammen-

hang mit den Böllerattacken auf Polizeibeamte und Feuerwehrkräfte, von denen zwei Drittel die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Das Alter aller Tatverdächtigen liegt unter 21 Jahren. Dass in Neukölln mit einem Migrationsanteil von 48% (Deutsche mit Migrationshintergrund und Ausländer*innen) auch vermehrt Jugendliche mit Migrationshintergrund straffällig auffallen, ist statistisch wenig überraschend.

Kein Hahn in Berlin oder München kräht jedoch danach, wenn auch im sächsischen Borna über Angriffe auf die Polizei mit „Sieg Heil“-Rufen [berichtet](#) wird. Es ist diese Art der Selektivität, die die Ethnisierung beziehungsweise Rassialisierung dieser überhitzten und unsachlich geführten Debatte gut vor Augen führt. Inzwischen wurde berichtet, dass am 9.1. erneut Rettungskräfte im Berliner Stadtteil [Hellersdorf](#) bei einem Einsatz mit Pyrotechnik angegriffen wurden. Ein Verweis auf sehr ähnliche Gewaltphänomene mit Pyrotechnik, der diese Debatte ein wenig versachlichen könnte, ist im Übrigen die Gewalt in Fußballstadien. Wer einen Blick in die Polizeistatistiken der [Zentrale Informationsstelle Sporteinsätze](#) wirft, wird nachlesen können, dass Angriffe auf Ordner*innen und Polizeibeamt*innen trotz (!) Pyrotechnikverbot an Stadien zum Standardrepertoire der Stadiengewalt gehört. Soweit ersichtlich, wurde in der Öffentlichkeit nie nach Vornamen gefragt, oder mit einem vergleichbaren Reflex wie nach „der Berliner Silvesternacht“ behandelt.

II. Kriminologische Einordnung von Jugenddelinquenz

Dringend notwendig ist auch eine kriminologische Einordnung (statt vieler [hier](#) und [hier](#)) jugendlicher Delinquenz, zumal es inzwischen gesichert ist, dass es sich um Tatverdächtige im jungen Alter handelt, die auch im Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts liegen. In der Jugendforschung ist es einhellige Meinung, dass die Jugend eine sehr herausfordernde Zeit mit zahlreichen Umbrüchen darstellt, in der ein erhöhtes – aber auch ein vorübergehendes – Risikoverhalten zu beobachten ist. Vielmehr gehören Risikoverhalten und strafrechtliche Grenzüberschreitungen regelmäßig zum Erwachsenwerden (vgl. Goldberg/Trenczek 2022, S. 264). Die pandemiebedingten Einschränkungen dürften zusätzliche Herausforderungen für den [entwicklungspsychologischen](#) Reifungsprozess darstellen (vgl. [Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung](#)). Das Risikoverhalten an Silvester wird zusätzlich durch Alkohol- und Drogenkonsum gefördert.

Silvester erfährt so allmählich eine Ventilfunktion für gesellschaftliche Missstände. Vor diesem Hintergrund und der Vergleichbarkeit mit Gewalttaten im Rahmen von großen Sportveranstaltungen ist auch bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft in [Berlin](#) gerade diese Abteilung für die Ermittlungen der Taten in der Silvesternacht zuständig erklärt worden.

In einer Leistungsgesellschaft verlieren Jugendliche nicht selten ihre Orientierung und Anker im Alltag, Bildung oder auch auf dem Arbeitsmarkt. So wird seit Jahren beobachtet, dass die Lebenswelt von Jugendlichen, die strafrechtlich auffällig werden, regelmäßig von vielfältigen und teilweise massiven sozialen Problem- und prekären Lebenslagen durchzogen ist. Eingeschränkte Teilhabemöglichkeiten, teilweise durch aufenthaltsrechtliche Restriktionen, in dem Bereich der Bildung und Ausbildung, des Berufs, der Gesundheit, des Wohnungswesens weisen hier eine Korrelation mit Delinquenz und deviantem Verhalten auf (siehe Goldberg/Trenczek 2022, S. 261). Die Jugendgerichte und die Jugendhilfe sind nicht zuletzt durch Einsparungen völlig überfordert, mit diesen sozialen Missständen angemessen umzugehen. Zur Binsenweisheit gehört auch, dass die [Wirkung von strafrechtlichen Sanktionen](#) kaum zur Lösung dieser Probleme beitragen können. So gesehen wird die Jugenddelinquenz seit den 1970ern als die strukturelle Addition einer fehlgeschlagenen Interaktion zwischen delinquenten Jugendlichen und Institutionen der sozialen Kontrolle etwa Eltern, Jugendhilfe, Schule, Ermittlungsbehörden und Gerichten betrachtet (vgl. Quensel 2014, KJ 1970, 375-382, Wiederabdruck in ZJJ 2014, 24-28).

Aus diesem Grund warnt die Jugendforschung seit Jahren vor einer diskursiven Fehldarstellung von Jugendkriminalität. Insbesondere in Massenmedien werden Jugendliche und vor allem (post-)migrantische Jugendliche aufgrund von spektakulären Fällen oft als gefährlich dargestellt. Dadurch werden subjektive Unsicherheit- und Angstgefühle im öffentlichen Raum gefördert. All dies verhindert langfristig einen rationalen Umgang mit Jugendkriminalität, verstärkt bei Jugendlichen mit Migrationshintergrund. Leider sind auch die polizeilichen Statistiken nicht *per se* dienlich, zumal Jugenddelinquenz überrepräsentiert ist, etwa weil Jugendliche durch ihr oft unüberlegtes Verhalten und Anzeigeverhalten schneller und öfter überführt werden.

Drei empirisch gesicherte Aussagen über die Jugenddelinquenz können getroffen werden (Goldberg/Trenczek

2022, S. 264). Erstens bleibt der Großteil der Jugenddelinquenz im Dunkelfeld. Zweitens ist die Jugenddelinquenz statistisch und entwicklungspsychologisch normal und ubiquitär und zwar unabhängig von sozialer Herkunft und Bildungsniveau. Drittens handelt es sich in aller Regel um episodenhafte Devianzen, die erscheinen und wieder verschwinden, sogar bei mehrfacher Auffälligkeit. Umgekehrt kann strafrechtliche Sanktionierung gerade zu weiterer Delinquenz und Stigmatisierung führen und so die Prekarisierung von Jugendlichen befördern. Dies betrifft insbesondere junge Menschen mit Migrationshintergrund, die in prekären Stadtgebieten wie Neukölln leben und vermehrt Armut ausgesetzt sind. Diese korrelative Intersektionalität zwischen Schichtzugehörigkeit (Armut), Raum und Migrationshintergrund gilt es auch sozialpolitisch zu thematisieren.

III. Vereinfachtes Jugendstrafverfahren und das „Neuköllner Modell“

Basierend auf empirisch gesicherten Erkenntnissen ist auch mit dem Jugendgerichtsgesetz ein ergänzendes materielles und prozedurales Strafrecht (*lex specialis*) geschaffen worden, um die spezifischen Herausforderungen jugendlicher Delinquenz zweispurig zu bewältigen. Zum einen sind strafrechtliche Sanktionierungen vorgesehen, zum anderen sollen möglichst Regelungen des Jugendhilferechts greifen, konkret §§ 31 ff. SGB VIII. Das JGG ist so gesehen stärker am beschuldigten Jugendlichen und Heranwachsenden orientiert als das allgemeine Strafrecht (dazu Cornel/Trenczek 2019, 142 ff.) und ist durchzogen vom sogenannten „Erziehungsgedanken“. So ist nach § 2 JGG das Ziel des Jugendstrafrechts, vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenzuwirken. Das SGB VIII wiederum hat das Ziel, junge Menschen in ihrer Entwicklung und Erziehung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu stärken (§ 1 SGB VII), konkretisiert also einfachgesetzlich eine Intervention in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) mit der normativen Rechtfertigung seiner sozialen Konturierung in Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes (Art. 6 Abs. 2 GG). Jugendkriminalität bewegt sich hiermit im Spannungsverhältnis zwischen Jugendstrafrecht und Jugend-

hilferecht (dazu DVJJ 2022, [Jugend, Recht und Öffentlichkeit](#))

Ein anderer Grundsatz des Jugendstrafrechts ist die Beschleunigung, um für eine zeitnahe Aufarbeitung und Selbstreflexion der jungen Straffälligen zu sorgen und dem Erziehungsgedanken gerecht zu werden. Geregelt wird dies unter anderem durch das vereinfachte Jugendverfahren nach den §§ 76 ff. JGG. Die Staatsanwaltschaft kann dieses beantragen, wenn zu erwarten ist, dass das Jugendgericht Weisungen, Hilfe zur Erziehung, Zuchtmittel, ein Fahrverbot oder die Entziehung der Fahrerlaubnis sowie Einziehung aussprechen wird. Es handelt sich also um Fälle der leichten bis mittleren Jugendkriminalität. Nach [Angaben des Justizsenats](#) wurden zwischen 2018 und 2022 insgesamt 7.384 vereinfachte Verfahren nach § 76 JGG durchgeführt, einschließlich Verfahren nach dem Neuköllner Modell.

Heranwachsende, also Personen im Alter von 18 bis 20 (vgl. § 76 iVm § 109 JGG), können von einem vereinfachten Jugendverfahren nicht profitieren. Bereits aus diesem Grund scheidet etwa die Anwendung des § 76 JGG für den wohl überwiegenden Teil der Tatverdächtigen der Silvesternacht aus. Ebenso scheiden – und im Kontext der Neuköllner Silvesternacht möglicherweise relevant – strafunmündige Kinder unter 14 Jahren aus.

Derzeit wird darüber diskutiert, ob nicht auch § 76 JGG in Form des sogenannten Neuköllner Modells Anwendung finden soll. Im Neuköllner Modell wird § 76 JGG mit einer vorgelagerten Beschleunigung optimiert beziehungsweise ergänzt. Voraussetzung ist, dass die Beweislage einfach ist. Mit einem behördenübergreifenden Netzwerk aus Jugendrichter*innen, Staatsanwält*innen, Polizeibeamt*innen und Vertreter*innen der Jugendgerichtshilfe wird die Akte in drei Wochen antragsreif gemacht. Wichtig bleibt dabei die einschränkende Voraussetzung, dass die Erforschung der Wahrheit nicht beeinträchtigt sein darf und beachtet werden muss, dass die schnelle Aufarbeitung der Tat nicht dem Erziehungsgedanken widersprechen darf.¹

Würdigt man die öffentlichen Forderungen nach härteren und schnelleren Strafverfahren insbesondere gegen migrantisierte Jugendliche und Heranwachsende vor diesem Hintergrund, so besteht zum anderen die Gefahr, dass nicht das strafwürdige Handeln selbst, sondern die Jugendlichen und Heranwachsenden mit Migrationshin-

¹Vgl. Schatz in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2020, § 76 Voraussetzungen des vereinfachten Jugendverfahrens, Rn.2.

tergrund öffentlichkeitswirksam bewertet und stigmatisiert („kleine Paschas“, so Friedrich Merz bei Markus Lanz am 10.1.2023) werden.

IV. Verfassungs- und menschenrechtliche Vorgaben

In der aktuellen Kakophonie darf nicht aus dem Auge verloren werden, dass Neuköllner Jugendliche nach wie vor Grundrechtsträger sind und die (nicht nur) Verfahrensgrundrechte auch für diese gelten. Bereits aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Konventionsrecht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) folgt, dass Strafverfahren ohne Verzögerungen durchzuführen sind. Im Hinblick auf die Belastung für Jugendliche wird deutlich, welche zentrale Bedeutung einem rechtsstaatlich durchgeführten Strafverfahren zukommt. Auch Punkt 20 der Rahmenbedingungen der UN für die Jugendgerichtsbarkeit (die sog. Beijing Rules) schreibt vor, dass Jugendverfahren nicht unnötig verzögert werden dürfen. Im Bereich des Jugendstrafverfahrensrechts ist auch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, das die Vorgaben der EU-Richtlinie 2016/800 umsetzt, verabschiedet worden.

Allerdings dürfen aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit Strafverfahren auch nicht dahingehend verkürzt werden, dass elementare Verfahrensgrundrechte und -garantien – etwa Recht auf Verteidigung, Beweisführungsregeln, Akteneinsicht, Anhörung und Fristen – ausgehöhlt werden. Gerade beim sogenannten Neuköllner Modell besteht das Risiko, dass Verfahrenskürzungen auf Kosten der jugendgerichtlichen Hilfe gehen. Letztere spielt eine wesentliche Rolle: Untersuchung der Persönlichkeit des Täters sowie des sozialen Umfelds, um sinnvolle Maßnahmen vorzuschlagen und diese auch zu prüfen. Darüber hinaus darf die freiwillige behördenübergreifende Zusammenarbeit nach dem Neuköllner Modell allerdings nicht um der Beschleunigung willen wie bei dem damaligen [Bochumer-Modell](#) zu einer Kooperation führen, die zur Verkürzung der justiziellen Kompetenzen führen würde. Denn schnell würde die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage des Neuköllner Modells laut werden, neben den ohnehin rechtsstaatlichen Bedenken, die es mit sich bringt.

Nach dem Stand vom 11.1.2023 sieht es danach aus, dass 33 Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden, davon 17 gegen unbekannt. Kein Verfahren ist anklagefähig. In einigen Fällen wird sogar versuchte Tötung geprüft, also

keineswegs ein Bagatelldelikt. Im Hinblick auf diese Ermittlungslage muss aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit konstatiert werden, dass die Voraussetzungen für das vereinfachte Jugendverfahren schlicht nicht vorliegen.

Beim Neuköllner Modell besteht in der relativ wenig regulierten Ermittlungsphase, durch die der Polizei mehr Ermessensspielraum zukommt, ein erhöhtes Risiko der Stigmatisierung. Denn neben objektiven Kriterien können auch Kriterien wie Vornamen und Migrationshintergrund in die Würdigung einfließen (vgl. [Nadira Working Papers](#)). Dies stünde allerdings in einem Spannungsverhältnis mit verfassungsrechtlichen Vorgaben, die aus Art. 3 Abs. 3 GG folgen. So warnt das Bundesverfassungsgericht in seinem *Rasterfahndung II*-Urteil (BVerfGE 115, 320, 352 f.) davor, Vorurteile gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen zu fördern. In der Ermittlungsphase Kriterien zur Ermittlung des Migrationshintergrunds heranzuziehen birgt daher die Gefahr, ein Bild von „gefährlichen, kriminellen Jugendlichen mit Migrationshintergrund“ zu befördern, die mit härteren Mitteln zu bestrafen seien.

Auch völkerrechtliche Vorgaben sind einzuhalten. So enthält Art. 2 Abs. 1 ICERD (Antirassismuskonvention) positive Verpflichtungen, einschließlich Unterlassungs- und Gewährleistungspflichten, um staatliche Maßnahmen wie Ermittlungen im Hinblick auf rassische Diskriminierung zu überprüfen. Stigmatisierende Ermittlungen waren zuletzt Gegenstand der Allgemeinen Empfehlung Nr. 16 v. 24.11.2020 des UN-Ausschusses, in der der Ausschuss die Vertragsstaaten vor missbräuchlichen, rassistisch kriminalisierenden Ermittlungen in der Polizeiarbeit warnt. Ebenso die Allgemeine Empfehlungen Nr. 30 und 31 bekräftigten bereits früher, dass das polizeiliche Handeln stets im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse zu beurteilen ist.

V. Fazit

Dass aktuell gerne auf das Argument des Rechtsstaats zurückgegriffen wird, kann nur begrüßt werden. Allerdings spricht die Durchsetzung des Rechtsstaats hier *für* die Tatverdächtigen und nicht umgekehrt, wie manche politischen Akteure dies derzeit verstehen wollen. Das strafverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot steht selektiven Verdächtigungen von bestimmten Gruppen in der Ermittlungsphase entgegen (zu Selektivität, Diskriminierung und Strafgerechtigkeit im Strafverfassungsrecht, [Singelstein 2022](#)). Die aktuelle Herausforderung besteht darin, die Bewältigung der Jugenddelinquenz,

die Jugendgerichtsbarkeit und Jugendhilfe aus polizeilicher und sozialarbeiterischer Perspektive diskriminierungsfrei zu gestalten. Dabei ist Vorsicht geboten, Strafen nicht als Erziehungsmaßnahme, sondern Erziehung vor Strafe zu bevorzugen, will man langfristig an die sozialen Probleme von Jugendlichen in benachteiligten Stadtteilen herangehen. Notwendig sind niedrigschwellige Maßnahmen und Intervention auf der Ebene der Sozialen Arbeit, z.B. Streetwork, Schulsozialarbeit, etc. Um dem jugendstrafrechtlichen Erziehungsprinzip noch mehr Entfaltung zu verschaffen, ist die Politik gefordert, flächendeckend in die Sozialarbeit zu investieren, um so

die misslungene Integrationspolitik (siehe [Stellungnahme des Rats für Migration](#)) der letzten Jahrzehnte zu beheben.

Die normative Grundlage hierfür hat der Gesetzgeber bereits durch § 1 Abs. 3 SGB VIII geschaffen. Nach dieser Vorschrift soll die Jugendhilfe „jungen Menschen ermöglichen oder erleichtern, entsprechend ihrem Alter und ihrer individuellen Fähigkeiten in allen sie betreffenden Lebensbereichen selbstbestimmt zu interagieren und damit gleichberechtigt am Leben in der Gesellschaft teilhaben zu können.“

Tjarda Tiedeken

Vorschlag mit Ablaufdatum

Warum eine Änderung der Verfahrensrichtlinien zur Entkriminalisierung des Containerns zu kurz greift

doi: 10.17176/20230118-001707-0



In einer [Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums](#) vom 10. Januar 2023 findet sich folgende Bekanntmachung: „Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann und Bundesernährungsminister Cem Özdemir setzen sich dafür ein, dass Strafverfahren wegen des sogenannten Containerns eingestellt werden sollten, wenn dies die Umstände im Einzelfall zulassen.“ Dies soll eine ursprünglich vom Land Hamburg ausgestaltete Änderung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) erreichen und einen wichtigen Schritt im Kampf gegen die hohe Lebensmittelverschwendung in Deutschland darstellen. Doch handelt es sich bei diesem Vorschlag um eine „echte“ Entkriminalisierung des Containerns, wie [Grüne](#) und [Linke](#) sie jeweils erfolglos angestrebt hatten, oder betreiben die Minister in der Klimakrise Symbolpolitik?

Annäherung an die Rechtspraxis, aber (quasi) rechtliches Nullum

Nach der deutschen Rechtslage erfüllen die Täter*innen beim Containern regelmäßig den Diebstahlstatbestand. Oft liegen zudem die Voraussetzungen eines Hausfriedensbruchs oder einer Sachbeschädigung vor. Aufgrund der Geringwertigkeit von Lebensmittelmüll und des generellen Strafantragserfordernisses des Hausfriedensbruchs dürfte die überwältigende Anzahl der „Containerverfahren“ aber einen Strafantrag erforderlich machen. Liegt dieser nicht vor, wird im Regelfall schon gar nicht ermittelt – Ausnahme ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses. Doch auch Verfahren gegen containernde Personen, in denen zunächst ermittelt wird, stellt die

Staatsanwaltschaft im Verlauf häufig ein.¹ Der Vorstoß der beiden Minister sieht also hinsichtlich des Bestrebens zur Verfahrenseinstellung keine Neuerung vor – er bietet vielmehr eine „Lösung“, welche die Rechtsprechung schon seit Jahren praktiziert und die auch in der Literatur viel Zuspruch findet.² Damit bleibt der Vorschlag allerdings hinter dem zurück, was er suggeriert – einer Neuerung im Umgang mit dem Containern durch welche die Lebensmittelverschwendung in Deutschland besser bekämpft werden kann

Auch bezieht sich der in der Pressemitteilung beworbene Vorschlag allein auf solche Verfahrenseinstellungen, in denen nur die Erfüllung des Diebstahlstatbestands in Betracht kommt. Damit kann dieses verfahrensrechtliche Korrektiv nicht die notwendige und ressourcenaufwändige Ermittlung der jeweiligen Umstände im Einzelfall verhindern, muss doch jedes Mal geprüft werden, ob nicht etwa ein Hausfriedensbruch oder eine Sachbeschädigung vorliegt. Zur Entlastung der Justiz wäre der Vorschlag mithin nur äußerst eingeschränkt geeignet. Die aufwändigen Ermittlungen erscheinen überdies in Anbetracht der Tatsache unverhältnismäßig, dass es sich – so auch das AG Düren (Urteil vom 24.1.2013 – 10 Ds 288/12, BeckRS 2013, 199454, Rn.14) – um Bagatellkriminalität handelt.³

Kein zeitgemäßer staatlicher Umgang mit Sanktionsmechanismen und Lebensmittelmüll

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigte 2020 in seinem vieldiskutierten [Beschluss](#), dass Containern nach geltendem Recht nicht straflos ist, eine Strafbar-

¹Oder mit milden Urteil beschieden. Zu beidem *Malkus, Max*: Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345. 2020, 15. *Kubiciel, Michael*: Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345. 2020, 2.

²*Rennicke, Jan*: Zur strafrechtlichen Behandlung des Containerns de lege lata und de lege ferenda. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 7-8/2020, 343 (347f.). *Britz, Guido/ Torgau, Moritz*: Cora und Franz gegen die Welt? – Containern und Strafrecht, *Juris* 2020, 257 (259). *Jäger, Christian*: Zur Strafbarkeit des Mülltauchens. *JA* 2020, 393 (396). *Schiemann, Anja*: „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig? *KripoZ* 4/2019, 231 (232) (235f.). *Schiemann, Anja*: Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drs. 19/9345. 2020, 2.

³*Malkus* Stellungnahme (Fn.1), 14.

keit aber nach dem Grundgesetz auch nicht zwingend erscheint. Zudem sehen viele Personen in diesen Aktionen einen milden und daher gerechtfertigten Ausdruck des Protests gegen Lebensmittelverschwendung.⁴ Es liegt also nicht fern, die Strafwürdigkeit des Containers zu hinterfragen.

Dafür spricht, dass Lebensmittelmüll weder einen materiellen noch immateriellen Wert aufweist. Der sehr umfassende Schutz des Eigentums durch den Diebstahlstatbestand ist nicht nachvollziehbar, besteht an den ohnehin in jeder Hinsicht wertlosen Gegenständen nicht mal ein genuines Verfügungsinteresse der Eigentümer*innen, sondern lediglich ein durch haftungs- und lebensmittelrechtliche Vorschriften aufgezwungenes Vernichtungsinteresse. Das Interesse daran, die Nahrungsmittel ihrem eigentlichen Zweck zuzuführen, dem Verzehr, tritt vollkommen in den Hintergrund. Dies ist insbesondere mit Blick darauf unverstänlich, dass durch die [Subventionierung der Agrarwirtschaft](#) staatliche Mittel in nicht unerheblicher Menge in die Produktion von Lebensmitteln fließen. Das Eigentum wird bei der Einordnung des Containers als Diebstahl folglich „nur symbolisch (...) um seiner selbst willen geschützt“⁵.

Zudem handelt es sich wie erwähnt beim Containers überwiegend um ein strafrechtliches Delikt im Bagatellbereich. Das Strafrecht hat „[nur gewichtige Formen schädigenden Sozialverhaltens \(...\) zu sanktionieren](#)“. Welcher gewichtige soziale Unwert aber soll dem Containers innewohnen? Weder verursacht es einen materiellen oder immateriellen Schaden, noch beeinträchtigt ein solches Verhalten die Gesellschaft negativ. Im Gegenteil: Diese profitiert sogar von der Reduzierung von Lebensmittelmüll. Dagegen ist Lebensmittelverschwendung „[unstreitig für sich genommen sozialschädliches Verhalten](#)“. Eine Entkriminalisierung auf materieller Ebene aber soll, trotz der mehr als fragwürdigen Strafwürdigkeit des Containers,⁶ nicht erfolgen.

Der Änderungsvorschlag greift auch nicht die Chance auf, materiell-rechtlich auf Fragestellungen zum Umgang mit Lebensmitteln zu reagieren, die das Containers

aufwirft. So werden insbesondere die haftungsrechtliche Problematik bei der Entsorgung unbrauchbarer Lebensmittel, aber auch an das französische Modell angelehnte Pflichten zum Spenden noch genießbarer Nahrungsmittel nicht vertieft.

Der ausformulierte Vorschlag enthält zwar die Passage, dass eine Einstellung „[insbesondere \[in Betracht kommt,\] wenn sich durch die anschließende Verwendung der Lebensmittel keine Gesundheitsgefahren oder Haftungsrisiken des Eigentümers realisiert haben](#)“. Dies klärt allerdings keinesfalls, wie das sichergestellt werden soll, führt zu einem erheblichen Ermittlungsaufwand und wohl auch dazu, dass Supermärkte ihre Waren zukünftig noch weiter sichern werden, um diesen Risiken nicht etwa ausgesetzt zu sein. Wenn nun Schlösser aufgebrochen oder Hindernisse überwunden werden müssen, um an die Lebensmittel zu gelangen, würden wiederum die Tatbestände des Hausfriedensbruchs und/oder der Sachbeschädigung vermehrt verwirklicht. Damit dürften schließlich weniger Verfahren eingestellt werden, als vor der Umsetzung des Vorschlages. Auf die Bekämpfung von Lebensmittelverschwendung durch das Containers wirkt sich dieser also sogar negativ aus.

Zudem reduziert der Staat Lebensmittelmüll höchstens mittelbar: Es sind immerhin Personen der Zivilgesellschaft, die – unter Hinnahme eines Prozessrisikos – containers. Wenn eine Entkriminalisierung nur auf Verfahrensebene stattfindet, erzeugt sie dabei keine Änderungen der aktuellen Lage. Dass im Einzelfall geprüft werden soll, ob eine Einstellung zu erfolgen hat, relativiert den Reformvorschlag erheblich und beschränkt ihn schließlich auf das, was das geltende Recht ohnehin vorschreibt – eine Einzelfallprüfung. Der Vorstoß bleibt damit ein Scheinbeitrag. Nachdem der Staat sich länger gegen die Entkriminalisierung versperrt hatte, das nun als eigenen Beitrag zu loben, scheint zynisch. Sich außerdem auf die Reduzierung von Lebensmittelmüll durch Bagatellkriminalität zu verlassen, statt Lebensmittelverschwendung strukturell zu bekämpfen, lässt an der Ernsthaftigkeit der Bestrebungen zweifeln.

⁴Ogorek, Markus: Anmerkung zu BVerfG, Kammerbeschluss v. 5. 8. 2020 2 BvR 1985/20, JZ 18/2020, 909 (909).

⁵Britz/ Torgau (Fn.1), (259).

⁶Eine fehlende Strafwürdigkeit nehmen an: Schieman KripoZ (Fn.2), (232). Kritisch auch Schmitt-Leonardy, Charlotte: Anmerkung zu BVerfG 2. Senat, Beschluss vom 05.08.2020 - 2 BvR 1985/19, BVerfG 2. Senat, Beschluss vom 05.08.2020 - 2 BvR 1986/19, juris PraxisReport Strafrecht 20/2020, Anm. 1. Wohl auch Lorenz, Manuel: BayObLG: Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ob in der Besitzaufgabe ein Eigentumsverzicht liegt - Grundsatzentscheidung zum Containers. Fachdienst Strafrecht 2019, 422440.

Was bleibt?

Bei all der Kritik muss aber festgestellt werden, dass der Vorschlag von Marco Buschmann und Cem Özdemir mehr Rechtssicherheit dahingehend schaffen dürfte, wann Ermittlungen überhaupt aufgenommen werden. Zwar dürfen die Staatsanwaltschaften im Einzelnen von den Vorgaben abweichen, wie sich aus der Einführung zum RiStBV ergibt, dies scheint aber weniger wahrscheinlich. Damit eignet sich die Regelung für die jeweiligen Akteur*innen zur Risikoeinschätzung der eigenen Handlungen.

Allerdings ergäben sich für die Rechtspraxis kaum Änderungen, ebenso wenig für den Ermittlungsaufwand. Aufgrund berechtigter Sorgen vor einer Haftbarmachung der Lebensmittelhändler*innen dürfte auch der Lebens-

mittelverschwendung nicht entgegengewirkt werden, sondern eher umgekehrt. Da die Rechtssicherheit für containernde Personen erhöht werden kann, sollte der Vorschlag im Sinne einer Übergangslösung unterstützt werden. Es bedarf aber mit Blick auf die Zukunft einer umfassenden Überarbeitung der materiellen Rechtslage im Hinblick auf die Strafbarkeit des Containers sowie ernstzunehmende Maßnahmen gegen Lebensmittelverschwendung. Soweit diese nicht folgen, handelt es sich wohl tatsächlich nur um Symbolpolitik.

Dieser Artikel entspricht im Ergebnis: Tiedeken, Tjarda: Rette nicht, wer kann! Containern als Konflikt von Recht und Moral in: FoR, Heft 3/22 (Veröffentlichung ausstehend).

Patrick R. Hoffmann

Zur geplanten Liberalisierung des Staatsangehörigkeitsrechts

doi: 10.17176/20230120-220139-0



Die Ampel-Koalition plant eine Liberalisierung des Staatsangehörigkeitsrechts, mithin eine Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes (StAG), und verfolgt damit ihre im [Koalitionsvertrag](#) gesetzten Ziele. Dort heißt es auf S. 118 zum Thema Staatsangehörigkeit unter anderem: „Wir schaffen ein modernes Staatsangehörigkeitsrecht. Dafür werden wir die Mehrfachstaatsangehörigkeit ermöglichen und den Weg zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit vereinfachen. Eine Einbürgerung soll in der Regel nach fünf Jahren möglich sein, bei besonderen Integrationsleistungen nach drei Jahren.“ Inzwischen liegt ein Referentenentwurf (StAG-E) des BMI vor, der eine „Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts“ anstrebt.

Einige Facetten zu den Reformplänen wurden bereits an anderer Stelle beleuchtet (siehe [hier](#) und [hier](#) und [hier](#)). Deshalb fokussiert sich dieser Beitrag auf die folgenden beiden Punkte, die – obwohl auch andere Änderungen geplant sind – Politiker der CDU/CSU und andere Stimmen aus dem konservativen Lager sowie Politiker der AfD besonders scharf kritisieren: Die Hinnahme von Mehrstaatigkeit und die Absenkung des Aufenthaltserfordernisses auf in der Regel fünf Jahre. Nach dem Abebben der ersten reflexartigen Kritikwelle Ende November/Anfang Dezember 2022, scheint eine kurze Einsortierung der geplanten Änderungen angezeigt. Diese zeigt, dass sich Deutschland damit in guter Gesellschaft vieler europäischer Nachbarstaaten befinden würde. Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, sowohl Mehrstaatigkeit hinzunehmen als auch das Aufenthaltserfordernis abzusenken.

Verschiedene Wege führen zur deutschen Staatsangehörigkeit

Es gibt zahlreiche Wege eine Staatsangehörigkeit zu erlangen¹ und auch die deutsche Staatsangehörigkeit

kann auf vielen verschiedenen Wegen erworben werden. Grundlegend lässt sich anhand des Erwerbzeitpunkts unterscheiden: Man kann eine Staatsangehörigkeit bereits bei Geburt oder im Laufe des Lebens durch Einbürgerung erwerben.

Erwerb einer Staatsangehörigkeit bei Geburt

Hinsichtlich des Erwerbs einer Staatsangehörigkeit bei Geburt kennt das StAG zwei maßgebliche Regelungen. Das deutsche Regime folgt – wie die meisten europäischen Staaten – grundsätzlich dem *ius-sanguinis*-Grundsatz beziehungsweise dem Abstammungsprinzip: Ist ein Elternteil deutscher Staatsangehöriger, so erhält das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit, vgl. § 4 Abs. 1 StAG. Daneben kennt das StAG allerdings auch den *ius-soli*-Grundsatz beziehungsweise das Geburtsortprinzip: Nach § 4 Abs. 3 StAG erwirbt ein Kind ausländischer Eltern durch die Geburt in Deutschland die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat (Nr. 1) und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt (Nr. 2). Da die Verleihung der Staatsangehörigkeit an die Geburt im Inland anknüpft, handelt es sich um eine – durch Nr. 1 und 2 eingeschränkte – *ius-soli*-Regelung. Nach der damaligen [Gesetzesbegründung](#) »soll den [in Deutschland] aufwachsenden Kindern ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit frühzeitig zuerkannt werden, um ihre Integration in die deutschen Lebensverhältnisse zu verbessern. Langfristig wird ferner die angestrebte Kongruenz zwischen inländischer Wohnbevölkerung und Staatsvolk (Staatsangehörigen) gesichert.«²

Der nun vorliegende Referentenentwurf sieht eine (minimale) Änderung dieser *ius-soli*-Regelung vor, indem er das Aufenthaltserfordernis in Nr. 1 von acht auf fünf Jahre senkt, vgl. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StAG-E. Damit wird ei-

¹ Ausführlich hierzu *P. R. Hoffmann*, Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit, 2022, S. 97–173.

² BT Drs. 14/533 v. 16.03.1999, S. 14.

ne Kongruenz zur gewöhnlichen Einbürgerung nach § 10 StAG aufrechterhalten, schließlich liegt das Hauptaugenmerk der geplanten Änderungen auf den Einbürgerungsvoraussetzungen.

Einbürgerung: Erwerb einer Staatsangehörigkeit im Laufe des Lebens

Es gibt zahlreiche Wege die deutsche Staatsangehörigkeit nach Geburt, also im Laufe des Lebens zu erlangen. Die in der Praxis quantitativ bedeutendste Rechtsgrundlage für eine Einbürgerung ist § 10 StAG, der die Anspruchseinbürgerung normiert. Dieser enthält in Abs. 1 – neben dem erforderlichen Antrag – zahlreiche Voraussetzungen. Etwas vereinfacht ausgedrückt muss ein Einbürgerungsbeerber grundsätzlich folgende Voraussetzungen erfüllen:

- rechtmäßiger, gewöhnlicher Aufenthalt im Inland seit acht Jahren;
- Handlungsfähigkeit nach § 37 Abs. 1 S. 1 StAG oder gesetzliche Vertretung;
- unbefristetes oder auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht zum Zeitpunkt der Einbürgerung;
- geklärte Identität und Staatsangehörigkeit;
- Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes;
- Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit;
- ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache (mündliche und schriftliche deutsche Sprachkenntnisse auf dem Niveau B 1 des Gemeinsamen europäischen Referenzrahmens für Sprachen);
- Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse in Deutschland (in der Regel durch Bestehen des Einbürgerungstests);
- eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts für sich und die unterhaltsberechtigten Angehörigen;
- keine Verurteilung wegen einer Straftat;
- Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse, insbesondere keine Verheiratung gleichzeitig mit mehreren Ehegatten.

An dieser Aufzählung sieht man, dass die Einbürgerung recht voraussetzungsreich ist. Insbesondere ist der erforderliche Aufenthalt im Vorfeld der Einbürgerung nur eine von vielen Voraussetzungen. Unbenommen bleibt, dass von bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise abgesehen werden kann, vgl. zum Beispiel § 10 Abs. 6, § 12 StAG.

³Vgl. BVerfG, 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BVerfGE 83, 37 (51 f.) – Ausländerwahlrecht I (1990).

Erleichterung der Einbürgerung

Der Referentenentwurf zielt auf eine Erleichterung der Einbürgerung, unter anderem indem das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit aufgegeben und das Aufenthaltserfordernis für die gewöhnliche Einbürgerung abgesenkt wird.

Zwei allgemeine Punkte sollten sich bezüglich der geplanten Liberalisierung vergegenwärtigt werden. Zum einen müssen Einbürgerungsvoraussetzungen generell vor dem Hintergrund demokratischer Teilhabe betrachtet werden: Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte, also den Staatsangehörigen, und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen dem Grunde nach der demokratischen Idee entspricht.³ Allein schon diese Überlegung spricht gegen überzogene Einbürgerungsvoraussetzungen.

Zum anderen steht Deutschland nach dem [Migrant Integration Policy Index von 2020](#) – ein internationaler Vergleich, der Staaten unter anderem hinsichtlich des Zugangs zur Staatsangehörigkeit vergleicht – auf Platz 30 (von 56) und damit etwa hinter Frankreich, Norwegen, Polen und dem Vereinigten Königreich. Einfach zu erlangen ist die deutsche Staatsangehörigkeit also derzeit nicht. Auch bei Umsetzung der geplanten Änderungen gäbe es zahlreiche Staatsangehörigkeiten die einfacher zu erlangen wären.

Hinnahme von Mehrstaatigkeit

Mehrfache Staatsangehörigkeit wird nach der derzeitigen Konzeption des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts nur ausnahmsweise zugelassen. Das Leitbild des StAG ist weiterhin ihre Vermeidung, wie unter anderem § 10 Abs. 1 Nr. 4 StAG zeigt, wonach Einbürgerungsvoraussetzung ist, dass der Einbürgerungswillige »seine bisherige Staatsangehörigkeit aufgibt oder verliert«. Zwar kann hiervon nach § 12 StAG ausnahmsweise abgesehen und mithin die Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit gestattet werden, allerdings sind die Kriterien für die Hinnahme von Mehrstaatigkeit eng – es sei denn der Einbürgerungswillige besitzt die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates oder der Schweiz, denn für diese Gruppen von Staatsangehörigen gilt gemäß § 12 Abs. 2 StAG die Voraussetzung des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StAG

nicht. Insofern werden obige Gruppen von Staatsangehörigen bei der Einbürgerung bevorzugt und das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit nicht stringent aufrechterhalten. Diese Bevorzugung kann man aus Gleichbehandlungserwägungen hinterfragen. Für sonstige Einbürgerungswillige wird nach § 12 Abs. 1 S. 1 StAG von der Voraussetzung des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StAG abgesehen und Mehrstaatigkeit mithin hingenommen, »wenn der Ausländer seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen aufgeben kann.« Satz 2 von § 12 Abs. 1 StAG führt auf, wann solche Bedingungen anzunehmen sind. Es handelt sich um enge Fallgruppen, sodass Nicht-EU-Ausländern Mehrstaatigkeit regelmäßig nicht gestattet wird.

Die Vermeidung von Mehrstaatigkeit wird allerdings oft der Lebenswirklichkeit vieler Menschen nicht gerecht, da sie eine Verbundenheit zu mehr als einem Staat haben und auch ein legitimes Interesse, mehr als eine Staatsangehörigkeit zu besitzen. Zudem wird die nicht bestehende Möglichkeit der Mehrstaatigkeit regelmäßig als Einbürgerungshemmnis beschrieben: Zwar erfüllen zahlreiche in Deutschland wohnhafte Menschen die Voraussetzungen der Anspruchseinbürgerung, allerdings müssten sie ihre bisherige Staatsangehörigkeit ablegen – und dies wollen die betroffenen Personen oftmals nicht. Dadurch geht der integrationsfördernde Aspekt einer Einbürgerung verloren (siehe hierzu auch den [Beitrag von den Sina Fontana](#)).

Zu begrüßen ist deshalb, dass der Referentenentwurf eine ersatzlose Aufhebung von § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 und § 12 StAG vorsieht und somit das Prinzip der Vermeidung von Mehrstaatigkeit aufgibt. Damit würde auch die bisherige, oben beschriebene Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit des Einbürgerungsbewerbers abgeschafft.

Gegen die Hinnahme von Mehrstaatigkeit führen Kritiker vermeintliche Loyalitätskonflikte ins Feld. Dies entspringt im Kern einer subordinationsrechtlichen Sichtweise und dem – in früheren Zeiten oft geäußerten – Gedanken, dass ein Mensch nicht Diener zweier Herren sein könne. Deutlich formulierte dies zum Beispiel der deutsche Rechtsgelehrte Ferdinand von Martitz im Jahre 1875: »Niemand kann zwei Herren dienen. [...] Niemand

kann zwei Staaten angehören. Wer ein guter Deutscher ist, kann nicht zugleich Franzose sein; [...]«.⁴ Zwar hat – soweit ersichtlich – kein Kritiker der geplanten Änderungen eine Aussage in dieser Schärfe getätigt. Allerdings fragt man sich, worin die behaupteten Loyalitätskonflikte wurzeln sollen, wenn nicht in diesem Gedanken. Die Kritiker übersehen offenbar, dass die Staatsangehörigkeit die Mitgliedschaft in einem politisch verfassten Gemeinwesen darstellt und nicht eine subordinationsrechtliche Beziehung zu einem Landesherrn. Vielmehr muss aus der Perspektive des liberalen Rechtsstaates Folgendes hervorgehoben werden: Staatsangehörige (unabhängig von dem Besitz weiterer Staatsangehörigkeiten) trifft über den normalen Gesetzesgehorsam keine hinausgehende Loyalitätspflicht. Prägnant formulierte der ehemalige Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde: »Zum rechtsstaatlichen Freiheitsprinzip gehört, daß der Bürger, der sich im Rahmen der Gesetze, also legal, verhält, ein loyaler Bürger ist.«⁵

Auch die oft beschworenen zwischenstaatlichen Kompetenzkonflikte existieren in der Realität nicht. Hierzu ein kurzer Hintergrund: Das diesbezügliche *theoretische* Problem der Mehrstaatigkeit besteht darin, dass durch die Staatsangehörigkeit von mindestens zwei Staaten keine ausschließliche Zuordnung zu nur einem Staat erfolgen kann und dadurch das traditionelle Konzept der Staatsangehörigkeit als Zuordnungsinstrument gestört wird. Vielmehr konkurrieren mehrere Staaten um eine Person. Keine Staatsangehörigkeit (und der damit einhergehende Regelungsanspruch) kann aufgrund der Gleichheit souveräner Staaten die andere Staatsangehörigkeit automatisch überwiegen. Trotz der Mehrstaatigkeit darf daher jeder Heimatstaat die Person so behandeln, als ob diese nur seine Staatsangehörigkeit besitzen würde. Dies kann für den Einzelnen – nicht für den Staat – theoretisch zu Konflikten führen. Plakativ – wenngleich in Bezug auf Deutschland wenig realitätsnah – ist das oft bemühte Beispiel der doppelten Inanspruchnahme bei kriegerischen Auseinandersetzungen, wenn beide Heimatstaaten miteinander in Krieg stünden. Zwar sind zuordnungsrechtliche Konflikte bei Mehrstaaten, vor allem bzgl. der einzelnen Ausflüsse der Personalhoheit als Rechtsfolge der Staatsangehörigkeit, zwar theoretisch denkbar, aber

⁴F. v. Martitz, Das Recht der Staatsangehörigkeit im internationalen Verkehr (Teil 1), Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 8 (1875), S. 793 (793).

⁵E.-W. Böckenförde, Verhaltensgewähr oder Gesinnungstreue?, in: Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 277 (279).

heutzutage in der Realität kein ernsthaftes Problem. Etwasige Konfliktlagen – wie zum Beispiel eine doppelte militärische Inanspruchnahme – sind durch entsprechende Vereinbarungen entschärft. So bestimmt beispielsweise Art. 21 Abs. 1 Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit (EÜStA): »Wer die Staatsangehörigkeit von zwei oder mehr Vertragsstaaten besitzt, braucht seine Wehrpflicht nur gegenüber einem dieser Vertragsstaaten zu erfüllen.« Überdies erscheint zweifelhaft, wie Fragen doppelter Verpflichtungen gegen die Möglichkeit von Mehrstaatigkeit ernsthaft ins Feld geführt werden können. Mehrstaatigkeit eröffnet die (theoretische) Möglichkeit, dass eine Person bezüglich eines Sachverhaltes von mehreren Staaten in Anspruch genommen wird. Dies kann, wenn überhaupt, zu einem Nachteil für den jeweiligen Menschen werden, nicht für die Heimatstaaten. Unbenommen bleibt, dass aufgrund der mehrfachen Zuordnung in Ausnahmefällen politische Konflikte denkbar sind. Allerdings sind solche Konflikte immer möglich, sobald mehrere Staaten eine Person – aufgrund eines legitimen Anknüpfungspunktes, wie der Gebietshoheit – in Anspruch nehmen.

Die Staatsangehörigkeit ist ein Zuordnungsinstrument mithilfe dessen die einzelnen Menschen den verschiedenen Staaten zugeordnet werden. Allerdings ist diese Zuordnung nicht exklusiv konzipiert: Einer mehrfachen Mitgliedschaft, sprich Mehrstaatigkeit, stehen keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Insofern verwundert es nicht, dass zahlreiche Staaten Mehrstaatigkeit offen gegenüberstehen und sich hier in der Praxis keine ernsthaften Schwierigkeiten zeigen.

Absenkung des Aufenthaltserfordernisses

Ein weiterer zentraler Punkt der geplanten StAG-Novelle ist die Absenkung der erforderlichen Mindestaufenthaltsdauer im Vorfeld der gewöhnlichen Einbürgerung. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StAG ist derzeit ein Aufenthalt von acht Jahren erforderlich. Dieses Erfordernis soll auf fünf Jahre gesenkt werden, vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StAG-E. Vorab sei betont, dass sich Deutschland mit dem Aufenthaltserfordernis von derzeit acht Jahren am oberen Ende der – für Deutschland verbindlichen – völkerrecht-

lichen Vorgaben befindet: Art. 6 Abs. 3 S. 2 EÜStA schreibt vor, dass bei der Festlegung der Einbürgerungsbedingungen kein Vertragsstaat eine Aufenthaltsdauer von mehr als zehn Jahren vor der Antragstellung vorsehen darf. Insofern sind den von zum Beispiel der AfD zuweilen ins Spiel gebrachten Verschärfungen der Einbürgerungsvoraussetzungen völkerrechtliche Grenzen gesetzt.

Die Absenkung des Aufenthaltserfordernisses würde den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit erleichtern. Von einem »Verramschen« – so die Wortwahl von Politikern der Union – kann aber keine Rede sein. Wenn man bei dieser Markt-Terminologie bleiben möchte, müsste man sich den »Staatsangehörigkeits-Markt« ansehen. Hierbei würde man erkennen, dass eine Aufenthaltsdauer von fünf Jahren im europäischen Vergleich nichts Ungewöhnliches ist: Zahlreiche europäische Staaten – wie z.B. Belgien, Bulgarien, Tschechien, Finnland, Frankreich, Irland, Lettland, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Schweden, die Türkei, die Ukraine und das Vereinigte Königreich – sehen ebenfalls ein Aufenthaltserfordernis von fünf Jahren für die gewöhnliche Einbürgerung vor. Mit den geplanten Änderungen würde sich Deutschland also gut in seine europäische Nachbarschaft einfügen.

Für die Absenkung des Aufenthaltserfordernisses spricht ferner unter anderem folgendes sozialwissenschaftliches Argument: Studien zeigen zum einen, dass eine Einbürgerung die Integration in den Zielstaat fördert und zum anderen, dass diese Wirkung am stärksten ist, wenn der Erwerb der Staatsangehörigkeit nach ca. vier bis sechs Jahren möglich ist.⁶

Fazit

Jeder Staat respektive jede staatlich verfasste Gesellschaft muss sich fragen, wie offen sie für Ausländer sein möchte. Eine der damit zusammenhängenden Facetten betrifft die Frage des Zugangs zum Staatsvolk, also der Verleihung der Staatsangehörigkeit. Hierbei gibt es (selbstverständlich) verschiedene legitime politische Positionen. Allerdings sollte trotz aller Emotionalität dieses Themas eine sachliche Diskussion hierüber geführt werden.

⁶Vgl. F. Peters/M. Vink/H. Schmeets, [Anticipating the citizenship premium: before and after effects of immigrant naturalisation on employment](#), *Journal of Ethnic and Migration Studies* 44 (2018), S. 1051–1080; M. Vink, [Citizenship and legal statuses in relation to the integration of migrants and refugees](#), in: Bauböck/Tripkovic, *The integration of migrants and refugees: an EUI forum on migration, citizenship and demography*, 2018, S. 24–47.

Daniel Thym

Stille Revolution im Schatten des künftigen Punktesystems

Der Referentenentwurf zum Fachkräfte-Einwanderungsgesetz

doi: 10.17176/20230123-215932-0



Nachdem die Ampelkoalition abgelehnten Asylbewerbern zum Jahresbeginn ein [großzügiges Bleiberecht gewährte](#), rückt nun der Fachkräftemangel ins Zentrum. Viele Betriebe suchen händeringend Personal. Noch vor Weihnachten beschloss die Bundesregierung deshalb ein [Eckpunktepapier](#), das Innen- und Arbeitsministerium zwischenzeitlich in einen ersten Referentenentwurf übersetzten, der derzeit von den anderen Ministerien kommentiert wird. [Medien berichteten](#), und auch in Fachkreisen zirkuliert der Entwurf. Final ist dieser nicht – und bietet doch spannende Einblicke.

Im Zentrum steht ein Punktesystem, das als „Potenzialsäule“ die Einreise zur Jobsuche ermöglicht. Vor allem die FDP hatte darauf bestanden, um sichtbar etwas zu verändern. Ein Blick hinter die Kulissen des Entwurfs zeigt, dass eine zweite Neuerung mindestens ebenso wichtig ist. Versteckt in der Beschäftigungsverordnung findet sich ein neuer Zugangsweg für Menschen, die keine Uni- oder Berufsausbildung nach deutschen Standards absolvierten, aber aufgrund alternativer Kriterien dennoch als qualifiziert gelten. Diese „Erfahrungssäule“ könnte mehr Menschen anziehen als das Punktesystem und dürfte noch für manche Debatte sorgen.

„Fachkräftesäule“: Nachjustierung des Status quo

Rechtspolitisch spannend ist die Nachjustierung des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes nicht. Wichtig aber dennoch. Völlig zu Recht weist die aktuelle Gesetzesbegründung daraufhin, dass die Große Koalition bereits „wesentliche Erleichterungen“ realisierte. Die damalige Reform trat pünktlich zum Pandemiebeginn in Kraft und konnte daher ihre volle Wirkung noch nicht entfalten. Das liegt freilich nicht nur am Coronavirus. Die Verfahren dauern ewig, weil [Visastellen](#) und [Ausländerbehörden dramatisch überlastet](#) sind. Der [Beinahe-Kollaps der Frankfurter Behörde](#) war ein Weckruf. Gewiss wird die Digitalisierung forciert, aber das dauert.

Die Ampelkoalition will das bestehende Recht nunmehr punktuell weiterentwickeln. Zur [Umsetzung der reformierten EU-Hochqualifiziertenrichtlinie](#) wird die Gehaltsschwelle für eine Blaue Karte für Akademiker auf knapp unter 50.000 € pro Jahr abgesenkt; Berufseinsteiger und Mangelberufe müssen rund 40.000 € verdienen. Doch auch Fachkräfte mit geringerem Gehalt dürfen weiterhin einwandern, wenn sie einen Arbeitsvertrag vorweisen und der Lohn lokalen Gepflogenheiten entspricht. Hinzu kommt freilich eine weitere Hürde. Als „Fachkraft“ gilt bisher nur, wer im Ausland einen Hochschulabschluss erwarb oder eine berufliche Ausbildung absolvierte, die deutschen Standards genügt ([§ 18 Abs. 3 AufenthG](#)).

Akademiker überwinden diese Hürde einfacher, weil Studienabschlüsse international besser vergleichbar sind. Für anderer Jobs besteht die Option dagegen häufig nur auf dem Papier, weil es andernorts schlicht keine Berufsausbildung für viele Tätigkeiten gibt, die der deutschen dualen Ausbildung entspricht. Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz beruht auf einer Voraussetzung, die [ausweislich der Statistik nur wenige erfüllen](#).

Schon die Große Koalition hatte daher auf „Hilfe zur Selbsthilfe“ gesetzt. Ausländer sollen dazu animiert werden, die Ausbildung in Deutschland ganz oder teilweise nachzuholen. Hierfür gibt es weitere Liberalisierungen: die Einreise zur Nachqualifikation wird erleichtert; Studierende dürfen etwas mehr arbeiten; Pflegehilfskräfte können einreisen, obwohl sie formal keine Fachkraft nach der aktuellen Definition sind; und eine neue „Anerkennungspartnerschaft“ will Arbeitgeber und -nehmer davon überzeugen, einen Vertrag zu schließen, wie die Nachqualifikation gelingt.

Der Gedanke hinter diesen Reformen ist gut, allein sie dürften nicht die notwendigen Fallzahlen produzieren. Größere Programme, um Azubis anzuwerben, gibt es bisher nur im Gesundheitsbereich ([hier](#), S. 36–41). Das liegt auch daran, dass viele Unternehmen es verpassten, rechtzeitig attraktive Programme aufzubauen. Hinzu kommt

ein kommunikatives Problem. Die Regierungen Merkel öffneten den Arbeitsmarkt in einer zehnjährigen **Liberalisierungskaskade** scheinbar unterhalb des Radars der Öffentlichkeit. Auch deshalb hält sich hartnäckig die Meinung, das Recht sei restriktiv, obwohl dies nicht stimmt: für **Akademiker schon länger** und für die berufliche Ausbildung seit dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz.

„Erfahrungssäule“: Paradigmenwechsel im Verborgenen

Punktesysteme klingen spektakulär und werden daher viel beachtet. Dabei übersieht man leicht, dass der aktuelle Referentenentwurf an anderer Stelle eine stille Revolution anstößt. Grundlage hierfür ist eine Öffnungsklausel, die die Große Koalition vor drei Jahren eingeführt hatte, um ohne Gesetzesänderung neue Zugangswege ausprobieren zu können. Konkret können die Behörden einem „Ausländer mit ausgeprägten berufspraktischen Kenntnissen eine Aufenthaltserlaubnis ... erteil(en), wenn die Beschäftigungsverordnung“ dies zulässt (§ 19c Abs. 2 AufenthG).

Die Crux dieser Öffnungsklausel besteht darin, dass sie die zentrale Voraussetzung des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes aufhebt. Die zugrunde liegende Idee ist simpel. **Qualifikationen misst man nicht nur durch Zertifikate** in Form von Uni- oder Ausbildungsabschlüssen. Alternativ kann man nach dem Humankapital fragen, also sonstige individuelle Fähigkeiten. Sprachkenntnisse, praktische Berufserfahrung, eine Ausbildung unterhalb deutscher Standards und inländische Kontakte können als Indizien anzeigen, ob jemand hierzulande beruflich erfolgreich sein wird.

Die Große Koalition nutzte diese Experimentierklausel für IT-Fachkräfte im aktuellen § 6 BeschV. Diese Regelung wird nun verallgemeinert und liberalisiert. Bei IT-Fachkräften wird künftig auf jegliche formale Qualifikation verzichtet; es reicht aus, dass man zwei (statt bisher drei) Jahre irgendwo auf der Welt als IT-Kraft arbeitete. Außerdem muss man einen deutschen Arbeitsvertrag vorweisen, aufgrund dessen man etwas mehr als 40.000 € verdient; bei Tarifbindung reicht ein geringerer Lohn, soweit dieser lokalen Gepflogenheiten entspricht. Es ist dies letztlich ein Punktesystem im Kleinen, wenn auch mit unflexiblen Kriterienkatalog: Kandidat/innen müssen alle Voraussetzungen erfüllen. Auf Deutschkenntnisse soll

erstaunlicherweise ganz verzichtet werden; jede Sprache reicht aus, soweit der Arbeitgeber sie akzeptiert. Bisher war Deutsch B1 die Regel.

Vor allem jedoch will der Referentenentwurf diese Regelung verallgemeinern – allerdings unter einer zusätzlichen Voraussetzung. Während IT-Kräfte künftig gar keine Ausbildung mehr benötigen, brauchen alle anderen Neuzugänge zusätzlich eine formale Qualifikation in Form eines Hochschulabschlusses oder einer zweijährigen Berufsausbildung, die den Regeln des Herkunftslandes genügt. Damit ist die zentrale Hürde des Fachkräfteeinwanderungsgesetz aufgegeben, ohne dass der Wortlaut des AufenthG geändert würde: Als qualifiziertes Personal gilt künftig auch eine Person, deren Ausbildung nicht deutschen Standards genügt.

Viel Einfluss für Arbeitgeber, Herkunftsländer und Behörden

Wie weit die Regelung geht, zeigt sich daran, dass alle Berufe erfasst sind. Regelungstechnisch ist dies zulässig, wenn man § 19c Abs. 2 AufenthG so auslegt, dass der Verordnungsgeber entscheidet, wer als „qualifiziert“ gemäß § 19c Abs. 2 AufenthG gilt (**hier**, Rn. 10). Die **Wesentlichkeitslehre** wird häufig bemüht, greift aber selten. Vor dem BVerfG würde die Neuregelung im Klagefall wohl Bestand haben.

Rechtspolitisch wird dennoch diskutiert werden. Schließlich sollen künftig private Arbeitgeber und die Herkunftslandregeln entscheiden, wer die Einwanderungsvoraussetzungen erfüllt und wer nicht. Man muss nur einmal nach „professional training two years“ und den Namen eines Landes suchen, um etwas über die Angebotsvielfalt zu lernen (z.B. **Venezuela, Uganda, Kambodscha**). In Schwellenländern wie **Ägypten** oder **Brasilien** studieren inzwischen sehr viele junge Menschen. Sie alle werden künftig unabhängig vom Studienfach von § 6 BeschV erfasst werden, auch wenn der Entwurf nicht so weit geht, den Arbeitsmarkt generell zu öffnen.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Nicht jeder, der im Heimatland studiert oder eine zweijährige Berufsausbildung abschließt, darf automatisch einwandern. Man braucht einen Arbeitsvertrag; es muss Tariflohn gezahlt oder, alternativ, die Mindestgehaltsschwelle überschritten werden; außerdem sind zwei Jahre Berufserfahrung in einem Job obligatorisch, für den man ausgebildet ist. In Zweifelsfällen können außerdem die Behörden das Vi-

sum verweigern, denn sie entscheiden nach Ermessen.

Damit gewinnt die Behördenpraxis viel Einfluss darauf, wer künftig einwandern darf und wer nicht. Offenbar wird derzeit hinter den Kulissen darum gerungen, wer diese Aufgabe übernimmt (Visastellen, Ausländerbehörden, BAMF, etc.); die Begründung des informellen Entwurfs enthält hier eine eckige Klammer. Das ist alles andere als trivial. Hat Berufserfahrung „auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologie“, wer gegen Geld Webseiten betreute? Wenn ja, braucht man künftig gar keine formale Ausbildung mehr. Reicht ein Diplom als Hotelkraft sowie eine zweijährige Tätigkeit? Wenn ja, braucht man nur noch einen hinreichend dotierten Arbeitsvertrag, nicht jedoch Deutschkenntnisse.

Angesichts dieses sehr weiten Anwendungsbereichs sollte das Arbeitsministerium bei der Begründung nachbessern. Zu den Kriterien der Ermessensbetätigung steht dort bisher nämlich gar nichts. Dürfen fehlende Sprachkenntnisse doch ein Aspekt sein? Vermutlich nein, solange die Begründung auf diese explizit verzichten will. Andererseits sollen die Erwerbsmigrationsregeln nach dem künftigen § 18 Abs. 1 AufenthG „die nachhaltige Integration ... in den Arbeitsmarkt und die Gesellschaft“ fördern. § 1 AufenthG betont ganz allgemein öffentliche Interessen.

Zur Klarstellung könnte man im Wortlaut des künftigen § 6 BeschV ergänzen, dass diese Zielsetzungen bei der Ermessensbetätigung zu berücksichtigen sind. Das gäbe den Behörden hinreichenden Spielraum, um negativen Auswüchsen zu begegnen. Alles weitere hinge maßgeblich davon ab, wer die Anträge prüft. Eine dezentrale Zuständigkeit der ohnehin überlasteten Ausländerbehörden würde absehbar zur Kritik führen, die Behördenpraxis sei uneinheitlich und schlecht vorhersehbar.

„Potenzialsäule“: Ein schlankes Punktesystem

Befürworter eines Punktesystems hatten immer das Problem, dass allein der sichtbare Name einen großen Wurf verspricht, obwohl das geltende Recht schon liberal ist. Viele der bestehenden Regeln darf man nicht abschaffen, weil sie europarechtlich vorgegeben sind – und selbst wenn man alles reformierte, müssten die Behörden ihr Personal umschulen. Das braucht Monate und blockiert die ohnehin langen Verfahren.

Aus diesem Grund war absehbar, dass das Punktesystem zwar viel Aufmerksamkeit erhält, letztlich jedoch

nur ein Zugangsweg unter anderen bleibt. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber die bereits erwähnte Erfahrungssäule außerhalb des Punktesystems in § 6 BeschV realisieren möchte. Das Punktesystem selbst soll in § 20a AufenthG stehen. Wer hiernach einwandern will, muss eine doppelte Hürde überwinden.

Erstens soll zum Punktesystem nur zugelassen werden, wer einen Hochschulabschluss erwarb oder eine zweijährige Berufsausbildung absolvierte, die die Regeln des Herkunftslandes entsprechen (§ 20a Abs. 2). Damit gelten dieselben Kriterien, die mit Blick auf die Erfahrungssäule bereits erörtert wurden. Wessen Ausbildung deutsche Standards erfüllt, bekommt sofort eine Chancenkarte, ohne dass zusätzlich die Mindestpunktzahl erreicht werden muss (§ 20a Abs. 1 Nr. 1). Damit überführt der Gesetzentwurf den aktuellen § 20 Abs. 1 f. AufenthG in die Chancenkarte.

Zweitens müssen all diejenigen, deren Bildungsabschluss nicht deutschen Standards genügt, mindestens 6 Punkte vorweisen. Diese werden nach einem leicht verständlichen System vergeben, das von den Behörden vergleichsweise einfach angewandt werden kann. Nur die Berufserfahrung erfordert eine kompliziertere Prüfung, erneut wie bei § 6 BeschV.

	4 Punkte	3 Punkte	2 Punkte	1 Punkt
Berufserfahrung gemäß Ausbildung	Teilerkennung durch deutsche Behörden	drei binnen sieben Jahre	zwei binnen fünf Jahre	
Deutsch		B2	B1	
Alter			max. 35 Jahre	> 35 < 40 Jahre
Inlandsbezug				Patenschaft durch Inländer mind. sechs Monate rechtmäßiger Aufenthalt binnen fünf Jahren

Die Patenschaft durch Inländer ist auf den ersten Blick ungewöhnlich, macht jedoch Sinn. Die Migrationsforschung lehrt uns, dass persönliche, familiäre und ethnische Netzwerke ein zentraler Faktor für jede Einwanderung und auch für den Arbeitsmarkterfolg sind. Missbrauch soll dadurch vorgebeugt werden, dass nur natürliche Personen, die sich seit fünf Jahren rechtmäßig hierzulande aufhalten, maximal zwei Patenschaften übernehmen können. Finanzielle Verpflichtungen gehen sie hierbei nicht ein.

Die Kriterien sind bei genauer Betrachtung sorgsam

austariert. Es gibt nur eine Konstellation, in der die 6-Punkte-Schwelle ohne eine mindestens zweijährige Berufserfahrung im Ausbildungsjob überschritten wird (B2 Deutsch, nicht älter als 35 Jahre, doppelter Inlandsbezug). Wir werden sogleich sehen, dass der Gesetzgeber damit sicherstellt, dass die allermeisten, die über das Punktesystem einreisen, im Inland rechtmäßig einen Job ausüben können. Das reduziert die Gefahr eines Misserfolgs.

Damit ist zugleich gesagt, dass jede Änderung des Punktekatalogs die Gefahr birgt, einen Mismatch zwischen Einreisemöglichkeiten und späterer Anschlussverwendung zu bewirken. Besonders spannend würde es, wenn es für ein Jobangebot ebenfalls Punkte gibt. In diesem Fall könnte man nämlich Zusatzpunkte vergeben, wer bereits ein Wohnungsangebot besitzt oder im ländlichen Raum arbeitet. Die für die [Arbeitsmigration zuständige FDP-Abgeordnete](#) verwies auf diese Steuerungsoptionen, die der Referentenentwurf mit seinem schlanken Modell bisher nicht nutzt.

Das Punktesystem gewönne an Bedeutung, wenn man die bereits diskutierte Erfahrungssäule statt im künftigen § 6 BeschV in das Punktesystem integrierte. Eine solcher Schritt wäre hinsichtlich der Punktejustierung zwar ungenau kompliziert, erlaubte es jedoch, den derzeit großen Einfluss der Arbeitgeber und Herkunftslandregeln durch zusätzliche Anforderungen wie zum Beispiel ein Wohnungsangebot oder Jobs im ländlichen Raum zu relativieren. Nach dem aktuellen Vorschlag ginge das bei der Erfahrungssäule allenfalls im Rahmen der Ermessensbetätigung, wozu der Verordnungsentwurf jedoch, wie dargelegt, bisher schweigt.

Chancenkarte nur zur Jobsuche

Eine „Chancenkarte“ erhält, wer das Punktesystem erfolgreich absolviert. Bereits der Name signalisiert, dass die Einreiseerlaubnis nichts darüber aussagt, ob jemand dauerhaft in Deutschland bleiben darf oder nicht. Wer die 6-Punkte-Schwelle überspringt, bekommt ein einjähriges Einreisevisum, das nicht verlängert werden kann. Während dieser Zeit darf man qualifikationsunabhängige Nebenjobs (20h/Woche) sowie zweiwöchige Probebeschäftigungen ausüben. Sinn und Zweck der Chancenkarte ist es, dass die Inhaber eine qualifizierte Beschäftigung finden.

Während der Jobsuche muss man vom Ersparten leben. Beim Antrag auf ein Einreisevisum ist nämlich darzulegen, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. In der

Praxis erfolgt das häufig über den Nachweis von Geldmitteln auf einem Sperrkonto. Wer ohne Deutschkenntnisse bereits auf sechs Punkte kommt, muss außerdem mindestens das Niveau A2 vorweisen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Jobsuche erfolgreich verläuft. Englische Sprachkenntnisse sind nach dem derzeitigen Entwurf irrelevant.

Soweit das Punktesystem vor allem von denjenigen genutzt werden wird, die keinen Uni- oder Berufsabschluss nach deutschen Standards haben, würde der dauerhafte Verbleib in vielen Fällen über die geplante Neufassung von § 6 BeschV erfolgen. Die „Erfahrungssäule“ verlangt nämlich eine Berufserfahrung in einen Job, der einem Uni- oder Ausbildungsabschluss nach Herkunftsstaatsstandards entspricht, ohne den man in der Regel auch die Maximalpunktzahl nicht erreicht.

Wenn man nach der Einreise aufgrund des Punktesystems keinen deutschen Job findet, der dem künftigen § 6 BeschV genügt oder einen solchen nicht anstrebt, kann man eine Stelle als Azubi oder zur Nachqualifikation antreten. Unqualifizierte Jobs auf Helferniveau reichen für den dauerhaften Verbleib nicht auf. Wenn die Jobsuche scheitert, muss man ausreisen. Hartz IV-Leistungen gibt es aufgrund von [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b SGB II](#) nicht. Es bleibt zu hoffen, dass dies allenfalls in Einzelfällen zu Schwierigkeiten führt, die das Punktesystem zu diskreditieren drohten.

Punktesystem: ein Scheinriese?

Nicht alles, was am grünen Tisch theoretisch entworfen wird, funktioniert in der Praxis auch. So besteht durchaus die Gefahr, dass die Nachfrage nach dem Punktesystem gering bleibt. Schon heute gibt es bereits Suchtitel für berufliche und akademische Fachkräfte nach deutschen Standards in [§ 20 Abs. 1 f. AufenthG](#), die jedoch im Jahr 2021 von gerade einmal 196 Personen genutzt wurden, die neu nach Deutschland einreisten ([hier](#), S. 14). Deutlich höher sind die Zahlen für diejenigen, die zuvor in Deutschland ein Studium abschlossen oder eine Ausbildung machten und danach zum „Statuswechsel“ über den Suchtitel einen Job finden.

International ist das verbreitet. So wird das kanadische Punktesystem überwiegend von Menschen genutzt, die bereits in Kanada wohnen ([hier](#), S. 26). Meistens sind dies Absolventen kanadischer Unis. Auch in Deutschland soll das Punktesystem all denjenigen offenstehen, die bereits zur Ausbildung oder Arbeit in Deutschland leben

(§ 20a Abs. 2 S. 2). Dadurch stellt man sicher, dass mehr Personen eine Chancenkarte erhalten, gewinnt in der Sache jedoch nichts. Die Suchoption besteht ja bereits.

Doch auch das umgekehrte Phänomen ist denkbar. Das Punktesystem könnte mit einer wahrhaftigen Antragsflut konfrontiert werden. Die 6-Punkte-Schwelle überwindet jeder, der eine ausländische Uni- oder Berufsausbildung absolvierte, zwei Jahre Berufserfahrung im Ausbildungsjob hat, nicht älter als 35 ist und **B1-Deutschkenntnisse** besitzt. Wenn die Familie zusammenlegt, dürften auch die **Lebensunterhaltssicherung gelingen**. Angesichts der großen Zahl an Uniabsolventen im globalen Süden könnten schnell hohe Antragszahlen zusammenkommen.

Für diesen Fall sieht der Gesetzentwurf eine doppelte Korrekturoption vor: zum einen entscheiden die Behörden nach Ermessen; zum anderen sollen Innen- und Arbeitsministerium mit dem Auswärtigen Amt jederzeit zahlenmäßige Kontingente einführen können (§ 20a Abs. 9). In der Begründung heißt es etwas verklausuliert, dass die Kontingente auch einzelne Berufsgruppen oder Herkunftsländer betreffen können.

Über die Kriterien für die Ermessensbetätigung oder die Priorisierung innerhalb des Kontingents erfahren wir nichts. In der Praxis wäre beides ungemein wichtig. Wornach richtet es sich, welche Personen mit sechs Punkten ausgewählt werden, wenn sich mehr Leute bewarben als das Kontingent hergibt? Im Zweifel würden darüber die Gerichte entscheiden, denn Ermessen heißt bekanntlich **keine rechtliche Vogelfreiheit**.

„Vierte Säule“: Koppelung mit der Asylumigration

Man kann darüber diskutieren, ob Personen, die eine Ausbildung nach Herkunftslandstandards besitzen, automatisch auch in Deutschland als „Fachkraft“ bzw. „qualifiziertes“ Personal gelten. Doch selbst wenn man dies mit der Bundesregierung tut, verbleibt ein Segment geringqualifizierter Tätigkeit in Helferjobs, für die die Unternehmen ebenfalls Personal suchen. Es gelingt offenbar nicht, diese offenen Stellen durch inländische Potenziale zu besetzen. Darunter sind übrigens viele Flüchtlinge und ausreisepflichtige Personen mit Duldung, die stati-

stisch meistens keinen Berufs- oder Uniabschluss haben und länger brauchen, bis sie einen Job finden, der noch dazu häufig im Helfersektor angesiedelt ist ([hier](#), S. 4, 8 f.).

Es ist verständlich, dass die Bundesregierung hier keine Kehrtwende vollzieht. Der Entwurf will „nur“ das **Kontingent für die Westbalkanstaaten** auf 50.000 Personen pro Jahr verdoppeln. Außerdem soll die Bundesagentur für Arbeit künftig Kontingente für eine kurzfristige Beschäftigung aufsetzen können, um qualifikationsunabhängig sechs Monate pro Jahr hier zu arbeiten, wenn der Arbeitgeber die Reisekosten zur Hälfte trägt (§ 15d BeschV). Das ist eine sinnvolle Neuerung, die freilich nur für benachbarte Länder in Betracht kommt, weil sonst die Reisekosten für eine kurzfristige und unqualifizierte Beschäftigung schlicht zu hoch sind.

Hier wären weitere Innovationen notwendig, um die Migrationspolitik insgesamt zu stärken. Der Koalitionsvertrag verspricht nämlich Abkommen mit wichtigen Asylherkunftsländern, die unter anderem legale Zugangswege dafür erhalten sollen, abgelehnte Asylbewerber effektiv zurückzunehmen ([hier](#), S. 112). Bei den Westbalkanstaaten funktioniert das bereits gut ([hier](#), S. 5-7). Auch **Spanien nutzt legale Zugangswege als Anreiz**, um mit Marokko zusammenzuarbeiten, **US-Präsident Biden vereinbarte mit Mexiko** jüngst Ähnliches und selbst **Italien verhandelt mit Tunesien**.

Die Bundesregierung behandelte die geplanten Migrationsabkommen bisher stiefmütterlich, ebenso wie die **angekündigte „Rückführungsoffensive“**. Zwar gibt es eine erste **Vereinbarung mit Indien**, die dem Vernehmen nach inhaltlich jedoch unspektakulär ist. Wenn der neue **Migrationsbeauftragte Joachim Stamp** erfolgreicher sein will, muss er auf weitere Innovationen drängen. Die kontingentierte Kurzarbeit ist für entfernte Herkunftsländer wegen der hohen Reisekosten uninteressant. Gleiches gilt für die Westbalkanregelung, die einen Arbeitsvertrag voraussetzt, den Menschen mit weniger Kontakten nach Deutschland seltener erhalten. Stamp könnte daher auf länderspezifische Kontingente drängen, um bei den Verhandlungen über einen passenden Instrumentenkasten zu verfügen.

Anne Sanders, Elisabeth Faltinat

Judges, Political Mandates and Judicial Independence in Germany



How to Deal with Radicalised Judges?

doi: 10.17176/20230120-220008-0

In Germany, 2022 has been a turbulent year regarding former (extreme) right-wing Members of Parliament (MP) returning to their original office as civil servants and judges. Even though this topic does not seem to be completely new,¹ two cases created special great media attention:² Two judges, Jens Maier and Birgit Malsack-Winkemann, demanded (and partly succeeded) to return to serve as judges again. They had failed to re-win their seats as MP for their political party Alternative for Germany (AfD) during the federal election 2021. In an area of worldwide political polarisation, the topic of radicalised judges is not limited to Germany. However, the German cases bring the (often problematic) relationship between judges and politics into sharper focus. Therefore, we would like to provide access to the German debate on to an English reading audience as food for possible comparative insights.

The Right to be Elected as MP and the Right to Return to Former Positions

In other countries, judges may not be members of political parties and are not supposed to be politically active. Thus, the German approach may be surprising. While judges are required to act impartially (Art. 97 para 1 Ger-

man Basic Law (GG)), German law does not expect them to stay out of politics completely. Rather, judges who are active in the democratic process are in principle seen as more desirable than judges rejecting democracy, such as judges in the Weimar Republic or under the Nazi-Regime. Judges shall identify with the free, democratic, federal and social basic order (so called *freiheitlich demokratische Grundordnung*) governed by the rule of law and not with a current government policy (BVerfGE 39, 334 (346)). Therefore, German law seeks to reconcile an impartial judiciary with judges who support democracy and are active in democratic institutions. Judges may be party members but must – even during political activity – refrain from any action that could endanger public confidence in their independence. Judges can in principle be elected as MP to the German Federal Parliament (Bundestag) or any Parliament of one of the 16 States, Art. 137 para 1 of GG. However, section 4 para 1 of the German Judiciary Act (DRiG) states that judges may not simultaneously perform duties of adjudication and legislative or executive duties. Therefore, specific duties and rights arising from salaried membership of the permanent civil service – including the position as judge – shall be suspended, according to section 5 para 1, section 8 para 1 of the Member of Bundestag Act (AbgG). At the same time section 6

¹ See for example the removal of a former public attorney and MP, which was approved by the competent court: Judges Disciplinary Court OLG Stuttgart, Decision of 18 March 2021, DGH 2/19.

² See for an extract of the discussion in German: Fischer-Lescano, Andreas, Kein Ruhestand für AfD-Richterin: Berliner Dienstgericht erschwert Vorgehen gegen Rechtsextreme, *VerfBlog*, 2022/11/22, <https://verfassungsblog.de/kein-ruhestand-fur-afd-richter-in/>; Fischer-Lescano, Andreas, Warum der Rechtsextremist Jens Maier nicht wieder Richter werden darf, *VerfBlog*, 2022/1/10, <https://verfassungsblog.de/warum-der-rechtsextremist-jens-maier-nicht-wieder-richter-werden-darf/>; Gärditz, Klaus Ferdinand, Zum Rückkehrrecht extremistischer Abgeordneter in den öffentlichen Dienst, *VerfBlog*, 2022/2/04, <https://verfassungsblog.de/zum-rueckkehrrecht-extremistischer-abgeordneter-in-den-offentlichen-dienst/>; Cremer, Hendrik, Rassistische und rechtsextreme Positionierungen im Dienste des Staates? Warum ein Eintreten für die AfD mit der verfassungsrechtlichen Treuepflicht nicht vereinbar ist, *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hrsg.), *Analyse*, Berlin, 2022; Voßkuhle, Andreas, Extremismus im Öffentlichen Dienst – Was tun?, in: *NVwZ* 2022, 1841; Möllers, Christoph, Tatbestandliche Voraussetzungen des grundgesetzlichen Verfahrens der Richteranklage im Freistaat Sachsen – in Anwendung auf den „Fall Maier“, *Rechtsgutachten im Auftrag der BÜNDNISGRÜNEN-Fraktion im Sächsischen Landtag*, 21.03.2022; https://www.gruene-fraktion-sachsen.de/wp-content/uploads/2022/03/Rechtsgutachten_Richteranklage.pdf; all last viewed 12.01.2023.

para 1, section 8 para 1 of the AbgG establishes the right to reinstatement after the expiry of a mandate. Of course as MPs, such judges cannot be expected to be neutral but must engage in political debate. However, the question arises, if some behaviour just cannot be forgotten when they return to their positions as judges. Drawing lines here is extremely difficult. On the one hand, public confidence in an independent and neutral judiciary must be protected. On the other hand, there is a danger that both members of opposition parties and judges could be punished for unpopular political views which are an important part of a free democratic society.

Controversial Legal Debate on the Reinstatement Procedure

In case of far-right-wing civil servants applying to return to their office after their term as MP, the interpretation of section 6 para 1 AbgG is at the heart of the current debate. The [Minister of Justice in Saxony has argued](#) that the section does not leave any margin of appreciation and thus, if an application is filed, the applicant must be reinstated. According to this interpretation, it does not matter if the applicant has openly discredited and distanced him- or herself from the free democratic basic order within the meaning of the GG during the time as MP. This is justified by the fact that during the time as MPs, political moderation is not required as it is for civil servants and the fact that MP enjoy the independence of their mandate.

Others have argued instead that reinstatement could be prevented by an interpretation of section 6 para 1 AbgG that is sensitive to the constitution. Protecting the constitutional order against its enemies and preventing a second failure of democracy in Germany was a central goal in the drafting of the GG. Consequently, in cases where a former judge had made unconstitutional statements, it was doubtful if and how such a judge could be accepted back on the bench. Loyalty to the constitution (as enshrined in [Art. 33 para 5 GG](#)), it is argued, is a fundamental requirement for any civil service, including judges. According to this line of argument, the requirement of loyalty to the constitution is not only connected to the specific duties and position as a judge, which are suspended with the judge's active service status as MP. But the underlying – even though suspended – status as judge is not terminated but only dormant, ready for later reinstatement. This underlying status, it is argued, still

demands basic loyalties. Thus, this very basic duty, also enshrined in [section 9 no. 2 DRiG](#), must be taken into account when reinstating a judge. While this approach is possible, deciding when a basic loyalty is violated is not easy. Being a member of a political party that has not been declared unconstitutional but which is classified by the Office for the Protection of the Constitution (Verfassungsschutz), the German domestic intelligence agency designated to gather intelligence on efforts against the liberal democratic basic order as right-wing extremist – [confirmed by a first-instance decision in the case of the AfD](#) – is still not enough for such an assumption. It may be an indicator but the assessment must depend on the personal conduct of the concrete judge (see further and for contextualisation in German [here](#) and [here](#)). Still, the competent superiors – in each case the Minister of Justice – involved in the reinstatement of the two currently debated judges chose a different approach. They reinstated the two former MP as judges but initiated (disciplinary) measures simultaneously. Thus, the courts concerned with the cases did not take a decision on the concrete interpretation of section 6 para 1 AbgG, but through procedures of disciplinary measures and regulations on judges' duties (Richterdienstrecht).

Measures Protecting the Independence of Judges and Disciplinary Measures

Apart from a refusal of reinstatement, other possible measures are at hand. Even though a judicial impeachment procedure is provided by the GG, its legal requirements are highly debated and it has never been successfully applied. Initiating this procedure was discussed in the recent cases, but not ultimately pursued. Instead, these cases have been responded to with disciplinary measures, which can be initiated against civil servants, including judges. Measures against judges, however, can only be taken by a special court (Richterdienstgericht).

The Case of Jens Maier

Jens Maier was chairman of the far-right wing section of the AfD, called the "Flügel", which has been, however, dissolved by the party itself. Despite its official dissolution, it is still relevant in practice. The Office of Saxony for the Protection of the Constitution (Verfassungsschutz) rates Maier as [extreme right-wing](#). He has publicly

and repeatedly revealed his racist and unconstitutional views, in Parliament as well as outside.

After his application of reinstatement, the Minister of Justice of Saxony applied to the Judges Disciplinary Court for a preliminary decision. The court is solely concerned with disciplinary measures and regulations on judges' duties. The Minister submitted that according to section 46 of the Judiciary Act of Saxony in conjunction with [section 35, 30, 31, 39 of the DRiG](#) Maier should be prohibited to perform his official functions as judge. The Judges Disciplinary Court of Saxony, LG Leipzig (66 DG 1/22) complied with the application with a decision in March 2022. The Court held that the extra-parliamentary statements of Maier during his time as parliamentarian could be used for a prognosis in respect to whether the judge's actions – when back in office – could endanger public confidence in his independence as a judge.

At the same time, the Minister of Justice filed an application for early retirement based on [section 31 No. 3 DRiG](#). The statute regulates that judges (who have been appointed for life) can be dismissed from office, where facts unconnected with their judicial occupation make a measure of this kind imperative in order to avoid grave prejudice to the judiciary. The oral hearing took place on 1st December 2022 and the court held that the application for early retirement was admissible. The court was convinced that the public's trust in the judge had been damaged by his comments during his time as MP to such an extent that his jurisprudence no longer appeared credible. If he remained in the judicial office, public trust in an independent and unbiased judiciary would be eliminated or diminished. The court held that even during a judge's time in Parliament, while the judge's active status was suspended, the underlying basic status and thus its basic duties of loyalty to the constitution still remained intact. His comments made outside the parliament could be used. With his racist and antidemocratic comments, the judge had violated these duties and could not be accepted in a judicial position any longer. Accordingly, the transfer to early retirement was imperative and proportionate (Press release in German, [here](#)).

However, without further procedures, Maier can still claim a full pension. In order to reduce or prevent this consequence, another disciplinary proceeding is needed. This was, thus, commenced in March 2022 and is still ongoing at the LG Dresden (in German [here](#))

The Case of Birgit Malsack-Winkemann

The second case concerns Birgit Malsack-Winkemann, a former MP, who has been able to return as civil judge to the Berlin judiciary in 2021. She was recently arrested together with other suspects for planning to overthrow the government in a far-right coup (summary in English [here](#), in German [here](#)). The suspects belong to the so called "Reich Citizens' Movement" which is an unconstitutional group rejecting the legitimate existence of the German state. Before these events, the Minister of Justice of Berlin had tried to apply for the admissibility for early retirement after her application for reinstatement. However, different from the case concerning Jens Maier, the Judges Disciplinary Court of Berlin held that a serious impairment of the judiciary was not to be feared (Judges Disciplinary Court of Berlin, Decision of 13 October 2022, DG 1/22). The decision has been criticised for erecting hurdles that are too high to deal with extremist judges. The court interpreted [Art. 46 para 1 GG](#) in a way that nothing that has been said outside parliamentary discussions could be used for the prognosis decision within the scope of [Art. 31 DRiG](#) (in German, see [here](#)).

Following the new allegations of her participation in the planning of a coup, the Ministry is now commencing section 74, 75 of the Judiciary Act Berlin (RiGBln) which allows preliminary decisions concerning the early retirement and removal of a judge from office without the entitlement to a retirement pension.

A Well-Fortified Democracy and Judicial Independence

These recent events caused a controversial political debate, demanding a tougher approach against extreme right-wing civil servants and judges. The Federal Ministry of the Interior published a [legislative proposal](#) in December 2022 for civil servants (discussion in German [here](#)) and the Ministry in Saxony even made [proposals](#) for concerning the reinstatement and removal of (extreme) right-wing judges.

The question of (extreme) right-wing civil servants and judges, even though having been troublesome for decades, going back to a high presence of former National Socialists in German ministries and courts in the 1950s and 1960s, has now reached a broader public and legal debate. The two cases concerning the judiciary show the need to prevent judges who actively support inhuman, racists and antidemocratic views, from (re)entering

the judiciary. This is consistent with the idea of a well-fortified democracy (wehrhafte Demokratie). This is especially important in Germany, where judges have supported the failure of democracy in the Weimar Republic and the Nazi-Regime afterwards. However, the rule of law requires judicial independence as well. In less unambiguous and clear cases, finding the right balance between measures against extremist judges and upholding judicial independence is no easy task. Experiences all over the world show that disciplinary measures can be misused

to suppress undesired opposition and independent judges. The German history also offers a lesson in this respect. In the 1970s, when there was great fear of communism, left wing, often progressive civil servants faced difficulties based on the so called Radikalenerlass. Today, we must be aware both of the danger of curtailing political freedoms and judicial independence as well as the need to protect our institutions against enemies of democracy, basic human rights and the rule of law.

Tristan Rohner

Google zähmen

Das Bundeskartellamt wird seiner Vorreiterrolle gerecht
doi: 10.17176/20230123-220023-0



Das Bundeskartellamt (BKartA) versucht sich an der Zähmung des Datenkraken Google und zeigt, dass es trotz europäischer Regulierung weiterhin eine Vorreiterrolle im Kampf gegen die großen Digitalunternehmen einnehmen wird. Auf Grundlage des bisher kaum erprobten § 19a Abs. 2 GWB sollen Alphabet und Google Verbraucher*innen mehr [Wahlmöglichkeiten bei der Einwilligung in das „Superprofiling“ geben](#). Damit zielt das BKartA in das Herz des Geschäftsmodells der digitalen Giganten. Ob das gelingt, hängt maßgeblich davon ab, ob der für diesen Zweck geschaffene § 19a GWB in der Anwendung schlagkräftiger ist als das „alte“ Kartellrecht.

Die Premiere: § 19a Abs. 2 GWB in der Anwendung

Am 11.01.2023 machte das BKartA öffentlich, dass es Alphabet und Google Germany schon Ende letzten Jahres eine „Abmahnung“ übermittelt hat. Das BKartA rügt in einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung die fehlende Wahlmöglichkeit von Nutzer*innen der Google-Dienste bei der Einwilligung zur Datenverarbeitung. Der Text der Abmahnung ist nicht öffentlich. Damit erreicht ein erstes Verfahren zur neuen Regelung des § 19a Abs. 2 GWB diesen wichtigen Meilenstein. Lenkt Google nicht ein, ist noch dieses Jahr mit einer Entscheidung des BKartA zu rechnen.

Der Gesetzgeber hat § 19a GWB mit der 10. GWB-Novelle 2021 eingeführt. [Die Norm soll die Marktmacht der großen Plattformunternehmen adressieren](#). Ihre Durchsetzung erfolgt in zwei Schritten. Zunächst stellt das BKartA fest, dass einem Unternehmen, das auf mehrseitigen Märkten tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Nach oder mit dieser Feststellung kann es dem Unternehmen besonders schädliche Verhaltensweisen untersagen, die in § 19a Abs. 2 GWB abschließend aufgeführt sind. Bisher hat das BKartA Alphabet/Google, Meta (vormals Facebook) und Amazon als Unternehmen mit überragender [marktübergreifender Bedeutung eingestuft](#). Das Verfahren gegen Apple läuft noch. Amazon geht gegen die

Feststellung gerichtlich vor. [Das Bundeskartellamt führt eine Reihe von Anschlussverfahren nach § 19a Abs. 2 GWB](#).

Laut BKartA lässt sich Google das Recht einräumen, Daten aus verschiedenen Diensten zu kombinieren. Neben der Google-Suche sind das Daten aus YouTube, Google Play, Google Maps, Google Assistant und weiteren Apps und Webseiten Dritter. Mit den so erstellten detaillierteren Profilen über Verbraucher*innen („Superprofiling“) kann Google sein Werbeangebot verbessern und hat bessere Trainingsdaten für die eigenen Dienste. Die damit erlangte Datenmacht ist der Kern des Geschäftsmodells von Google. Das Verfahren könnte Google also an einer empfindlichen Stelle treffen.

Das BKartA rügt, dass die Verbraucher*innen keine ausreichenden Wahlmöglichkeiten haben, wenn Google die nötige Einwilligung zum „Superprofiling“ einholt. Die bisherigen Wahlmöglichkeiten seien – soweit überhaupt vorhanden – zu intransparent und pauschal. Das BKartA beanstandet außerdem eine präventiv erfolgende flächendeckende dienstübergreifende Vorratsdatenverarbeitung.

Erst Facebook, jetzt Google

Beim Lesen drängt sich auf: Das kennen wir doch schon alles aus dem Facebook-Fall? Korrekt. Mit der Entscheidung vom 6. Februar 2019 untersagte das BKartA Facebook, die Nutzerdaten von Facebook.com ohne freiwillige Einwilligung mit Daten aus den Facebook-Diensten WhatsApp und Instagram, sowie sogenannten [„off-Facebook-Daten“ zu kombinieren](#). Es ging also auch um Superprofiling. Für das BKartA war damals mitentscheidend, dass Meta gegen die DSGVO verstoßen habe. [Darin sah es einen Ausbeutungsmissbrauch und eine Behinderung des Wettbewerbs](#).

Die Entscheidung war aufsehenerregend – auch international. Das Verfahren ist komplex. Die Entscheidung umfasst über 300 Seiten. Die Begründung ist – je nach Sichtweise – neuartig. Im Eilrechtsschutz hat das OLG

Düsseldorf sie nicht geteilt. Auch der BGH war nicht überzeugt, hielt die Entscheidung dennoch, wenn auch mit anderer Begründung. Im Hauptsacheverfahren ist noch kein Ende in Sicht. [Das OLG Düsseldorf hat dem EuGH mehrere Fragen vorgelegt. Dabei geht es um die Frage, ob das BKartA europäisches Datenschutzrecht prüfen durfte, obwohl doch die irische Datenschutzbehörde zuständig ist.](#) Auch hier steht die Entscheidung noch aus. [Der Schlussantrag des Generalanwalts Rantos liegt mittlerweile vor.](#)

Die Missbrauchsverfahren in der digitalen Ökonomie sind komplex. Der Nachweis eines Verstoßes ist schwierig, da es sich oft um neuartige Verhaltensweisen handelt. Die Verfahren ziehen sich in die Länge, ohne dass Abhilfe geschaffen wird. So auch im Facebook-Verfahren. Das Bundeskartellamt setzt die Entscheidung nicht durch, obwohl sie vollstreckbar wäre. Es bleibt also bei dem mutmaßlichen Kartellrechtsverstoß. § 19a GWB sollte die Lösung dieser Probleme sein. Die Facebook-Entscheidung stützte das BKartA noch auf § 19 Abs. 1 GWB. Das Verfahren gegen Google ist nun der perfekte Test für die neue Vorschrift, da es um einen sehr ähnlichen Verstoß geht. Der Vergleich der beiden Verfahren wird zeigen, ob § 19a GWB die Erwartungen erfüllen kann und endlich effektive Abhilfe schafft.

Richtig schnell geht es auch mit § 19a GWB nicht. [Das Bundeskartellamt hat das Verfahren schon am 25. Mai 2021 eingeleitet.](#) Die Entscheidung wird frühestens zwei Jahre nach Einleitung ergehen. Im Facebook-Verfahren waren es knapp drei Jahre nach Einleitung. Die Gerichtsverfahren schließen sich noch an. Hier dürfte es schneller gehen als bei Facebook. Bei § 19a GWB geht es unter einer gewagten Verkürzung des Instanzenzugs gemäß § 73 Abs. 5 GWG direkt zum BGH.

Etwas stutzig macht eine Formulierung aus der Pressemitteilung. Das BKartA hat danach eine „ausführlich begründete Abmahnung“ übermittelt. Man kann nur hoffen, dass die Entscheidung nicht ganz so ausführlich und aufwändig ausfällt wie im Facebook-Verfahren, da sonst die Erleichterungen des § 19a GWB ins Leere gehen würden. Schwierigkeiten könnte bereiten, dass das BKartA nachweisen muss, dass Google den Verbraucher*innen keine ausreichende Wahlmöglichkeit bei der Einwilligung eingeräumt hat.

Consumer Choice

Das Wort „Wahlmöglichkeiten“ findet sich besonders häufig in der Pressemitteilung. Es geht um den Schutz der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher*innen und damit um den [Kern des Wettbewerbs](#). Die Verbraucher*innen sind diejenigen, die entscheiden sollten, welcher Dienst und welches Produkt sich im Wettbewerb durchsetzt. Sie werden zu Schiedsrichtern, indem sie in eigener Sache entscheiden. Das setzt voraus, dass sie überhaupt entscheiden können. Wie aber sollen sie entscheiden, wenn die Marktgegenseite von einem Unternehmen dominiert wird, das nur sehr eingeschränkte Wahlmöglichkeiten eröffnet? In dieser Situation können die autonome Entscheidung der Verbraucher*innen, der Auswahlprozess und damit der Wettbewerb ausgeschaltet werden.

Da mag es selbstverständlich wirken, die Wahlmöglichkeiten zu schützen. International ist das aber hochumstritten. Die sogenannte Chicago School propagierte eine Fixierung der Wettbewerbspolitik auf die Verbraucherwohlfahrt. In Europa ist dies seit der Jahrtausendwende als ‚more economic approach‘ bekannt. Sieht man eine Maximierung der Verbraucherwohlfahrt als Ziel des Wettbewerbs und des Kartellrechts, ist es im Ergebnis unerheblich, ob Verbraucher*innen ausreichende Wahlmöglichkeiten haben. Es kommt allein darauf an, ob Effizienzen weitergereicht werden. Bei niedrigen Preisen und guten Produkten wäre also ein behördliches Eingreifen nicht gerechtfertigt – auch wenn die Unternehmen die Wahlmöglichkeiten massiv einschränken. Das verkennt aber die Bedeutung des dezentralen Koordinierungsprozesses, der nur von autonom entscheidenden Individuen geleistet werden kann.

Die Fokussierung des BKartA auf die Wahlmöglichkeiten rührt zunächst aus dem Gesetzestext: § 19a Abs. 2 Nr. 4a GWB sieht diese als maßgeblich an. [Der BGH hat im Facebook-Verfahren](#) ebenfalls die freie und unabhängige Entscheidung der mündigen Verbraucher*innen in den Mittelpunkt gestellt – darin lag die Abkehr von der Kartellamtsbegründung, die noch viel stärker auf den DSGVO-Verstoß ausgerichtet war, statt auf den Schutz des Wettbewerbsprozesses.

Wann ausreichende Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stehen, könnte sich nun aber wiederum aus der DSGVO ergeben. Der europäische Ordnungsgeber hat festgelegt, welche Anforderungen an eine Einwilligung zu stellen sind und wie die Daten verarbeitet werden dür-

fen. Es folgen dann aber die Probleme, die wir schon aus dem Facebook-Verfahren kennen: Darf das BKartA Datenschutzrecht prüfen? Wie kann man eine einheitliche Anwendung der DSGVO sicherstellen? Hier ist das Urteil des EuGH abzuwarten.

Das war erst der Anfang

Das Bundeskartellamt wird weiterhin seiner Vorreiterrolle im Kampf gegen die großen Digitalunternehmen gerecht. Da drängt sich die Frage auf, ob das überhaupt noch möglich und nötig ist. Mit dem Digital Markets Act (DMA) ist Ende letzten Jahres ein europäischer Rechtsakt in Kraft getreten, der – wie der Name schon sagt – [die digitalen Märkte fair und bestreitbar machen soll](#). Die EU hat sich damit ein Internet-Regulierungsrecht gegeben, das bewusst die Durchsetzungsschwächen des Kartellrechts ausgleichen soll.

Ein Tätigwerden des Bundeskartellamts [ist und bleibt dennoch möglich](#). Nach Art. 1 Abs. 6 lit. b DMA bleiben nationale Wettbewerbsvorschriften unberührt, soweit sie nicht auf Gatekeeper nach Art. 3 DMA angewendet werden oder Gatekeepern weitere Verpflichtungen auferlegen. Die Gatekeeper müssen aber erst noch benannt werden. Nach der [Timeline der DG Comp zum DMA](#) geschieht dies frühestens Mitte des Jahres, spätestens am 6. September 2023. Bis dahin ergibt sich kein Konflikt. Auch

danach wird es noch neue Verfahren auf Grundlage von § 19a Abs. 2 GWB geben. Dessen Tatbestände sind offener formuliert als der Pflichtenkatalog des DMA. Hieraus können sich Abweichungen und damit „weitere Verpflichtungen“ ergeben. Relevant wird das insbesondere bei neuartigen Verhaltensweisen, die der DMA noch nicht erfasst.

Das Bundeskartellamt hat die Europäische Kommission vor sich hergetrieben. Es wird sich nicht an den Rand drängen lassen, wenn der DMA greift. Dafür ist das Verfahren gegen Googles Datenpraktiken ein machtvolles Signal. In der Pipeline sind [weitere Verfahren auf Grundlage von § 19a GWB](#). So sollen [Google Maps](#), die Preiskontrolle von Amazon und sein sogenanntes „Brandgating“, das App-Tracking-Transparency-Framework von Apple und die Datenverarbeitung von Meta bei der Nutzung von VR-Brillen im Fokus stehen. Vom BKartA gehen wichtige Impulse für die Zählung der digitalen Giganten aus. Ohne das Verfahren gegen Facebook hätte es keinen § 19a GWB gegeben und in der Folge auch den DMA nicht in seiner jetzigen Form. Wie die Enforcement-Aktivitäten von Datenschutz-, Kartell- und Internetregulierungsbehörden künftig koordiniert werden, bleibt eine offene Frage. Vielleicht braucht es aber all diese Hebel, um überhaupt die mächtigen Digitalkonzerne noch rechtlich zähmen zu können.

Philipp Hacker, Andreas Engel, Theresa List

Understanding and Regulating ChatGPT, and Other Large Generative AI Models

With Input From ChatGPT

doi: 10.17176/20230120-220055-0



Passages taken over from ChatGPT are found in the section on technical foundations, all italicized and marked with “ ”, and referenced by the prompt used. They were all collected on January 17, 2023. We deem them factually correct. This post benefitted from strictly human comments by Jeremias Adams-Prassl and Ulrike Klinger. All errors remain entirely our own.

Large generative AI models (LGAIMs) are shaking up the research community, and society at large, rapidly changing the way we communicate, illustrate, and create. New models are unveiled on almost a daily basis (see, e.g., Google’s recent [Muse](#)), pushing the state-of-the-art to ever new frontiers, while incumbents are harnessed by millions of users to generate human-level text (e.g., ChatGPT), images (e.g., DALL·E 2), videos (e.g., Synthesia), and even art (e.g., Stable Diffusion).

What has rarely been noticed, however, is that the EU, since the spring of 2022, has quietly been preparing far-reaching rules to explicitly regulate LGAIMs, even if their providers are based outside of the EU. First and foremost, this concerns rules on so-called General-Purpose AI Systems (GPAIS) in the proposed EU AI Act, which are currently hotly debated both [in the European Parliament](#) and [in the tech community](#). Significantly, LGAIMs, such as ChatGPT, may take manipulation, fake news, and [hate speech](#) to unprecedented levels if not properly reined in, marking a crucial new frontier for trustworthy AI. While the EU has recently enacted the [Digital Services Act](#) (DSA), it was passed with human users, or your favorite Twitter bot, posting on social networks in mind, not large AI models running wild.

This post therefore examines the emerging regulatory landscape surrounding large AI models, and makes sug-

gestions for a legal framework that serves the AI community, the users, and society at large. To do so, it proceeds in three major steps. First, we sketch some technical foundations of state-of-the-art large AI models to the extent that this is necessary for the following discussion. The second part delves into the developing regulation, reviewing and critiquing the proposed EU AI Act and the already enacted DSA. The third and final part then makes three concrete proposals on how to better regulate large AI models with a view to (i) transparency obligations (including for sustainability); (ii) mandatory yet limited risk management; and (iii) expanded content moderation.

Technical Foundations of Large Generative AI Models

LGAIMs “are advanced machine learning models that are trained to generate new data, such as text, images, or audio”.¹ This “makes them distinct from other AI models [... only] designed to make predictions or classifications”² and is one of the reasons why the size of their training datasets significantly exceeds the amount of training data needed for other AI models. LGAIMs are then trained using [various techniques](#) “to find patterns and relationships in the data on its own, without being [explicitly] told what to look for. Once the model has learned these patterns, it can generate new examples that are similar to the training data”³ – and novel content mixing and repurposing training data examples in striking, outlandish, or truly surprising ways. The technical [intuition](#) behind this is to represent training data (for example, images) as [probability distributions](#), and then to blend distributions of different data types (for example Van Gogh and Rembrandt paintings) to create new output. Large Language Models, like GPT-3, are [added](#) to enable output

¹In the following, we detail what prompts we used, here: What are large generative AI models?

²What distinguishes large generative AI models from other AI systems?

³Can you explain the technical foundations of large generative models in simple terms, so that an inexperienced reader understands it?

generation based on human text input (**prompts**, such as: “write an essay about successful entrepreneurs”). However, as the output is ultimately based on training data often found openly on the Internet, LGAIM-generated content may reflect **societal biases** and **prejudice** if not properly **curated**.

Hence, a major challenge for the developers of LGAIMs is the implementation of effective **content moderation mechanisms** to prevent the generation of harmful or inappropriate content. This is because “*the models are designed to generate new content that is similar to the training data, which may include offensive or inappropriate content. [...] Furthermore, large generative models can generate synthetic content that is difficult to distinguish from real content, making it challenging to differentiate between real and fake information.*”⁴ As if this wasn’t enough, “*the sheer volume of content generated by these models can make it difficult to manually review and moderate all of the generated content.*”⁵

With these problems in mind, the creators of ChatGPT have **used** “*a combination of techniques to detect and remove inappropriate content. This process includes pre-moderation, where a team of human moderators review and approve content before it is made publicly available. Additionally, ChatGPT uses filtering, which involves using natural language processing and machine learning algorithms to detect and remove offensive or inappropriate content. This is done by training a machine learning model on a dataset of examples of inappropriate content, and then using this model to identify similar content in new inputs.*”⁶ However, even if the creation of harmful or inappropriate content could thus be successfully prevented, the generation of **fake news** induced by user prompts arguably cannot. This raises important regulatory challenges.

Regulating Large Generative Models: The European AI Act

In May 2022, the French Council presidency made an amendment to the compromise text of the AI Act discussed in the Council of the EU. At that time, it was not much debated outside of specialist circles. The **amend-**

ment concerned GPAIS, defined as models able to perform well on a broad variety of tasks they had not been explicitly trained for. Importantly, the definition covers the new generation of LGAIMs. This seemingly innocuous amendment has thus not only become the nucleus of LGAIM regulation, but also one of the most **contested** provisions of the AI Act altogether. Shortly put, the version of the **AI Act agreed**⁷ upon by the Council stipulates that any GPAIS which may be used for *any* high-risk application (such as employment; medicine; credit scoring; administration; law enforcement; see Article 6 and Annexes II and III AI Act) must, *prima facie*, comply with the full load of the AI Act’s obligations for high-risk systems (Article 4b AI Act). This not only concerns performance testing for all intended purposes (Article 15(1) AI Act), but also the establishment of an encompassing risk management system (Article 9 AI Act). These rules apply irrespective of the location of the AI developers, as long as the AI tool or its output is used in the EU (Article 2(1) AI Act).

The problem is quite clear: precisely because they are general purpose, LGAIMs may be put to a thousand uses. At least one of them will practically always be high risk, as defined by the AI Act. For example, LGAIMs could be part of a decision engine used to rank and automatically reply to job candidates, asking them to supply further materials or to invite the top 100 candidates to the next round. Or they might draft patient letters in hospitals based on patient files, freeing up doctors’ much-needed time for actual patient treatment. Such applications harbor great potential. At the same time, they also need **regulatory oversight** – but not the sort the AI Act envisages.

First, as noted, virtually all LGAIMs will qualify as high-risk systems under Article 4b AI Act due to their flexibility.⁸ As a consequence, a comprehensive risk management system needs to be established for all possible uses of the system – a task that borders on the impossible, given the amount of potential applications. The provider would have to list all possible applications, consider risks to all applicable fundamental rights and other legal positions of interest, and develop mitigation strategies for all of them. Ironically, the more powerful the

⁴What are the objectives, what are the obstacles when it comes to content moderation within large generative AI models?

⁵Ibid.

⁶How does content moderation work at ChatGPT?

⁷To reference the draft AI Act, we cite to the general approach **adopted** by the Council on December 6, 2022.

⁸The exception under Article 4c AI Act will generally fail due to the good faith restriction, Article 4c(2) AI Act.

model, the more unlikely it is that the provider will be able to comply with the AI Act, by virtue of the model's sheer versatility – there will just be too many scenarios to contemplate.

Second, some providers of LGAIMs are non-commercial [open source](#) developers. For them, at the very least, regulatory compliance with the generic risk management and other provisions of the AI Act will often prove prohibitively costly. Third, in conjunction with the recently published [AI liability proposals](#), providers run a real risk of [being held liable](#) if their “high-risk” generative models make a “mistake”, for example by committing an unrecognized translation error. Fourth, if the provisions deter providers from making LGAIMs available in the EU, downstream users seeking to develop concrete applications will need to integrate less powerful, and presumably less rigorously vetted, AI tools into their decision-making systems – possibly making them less trustworthy and less safe. The rules may therefore undermine the very purpose of the AI Act. The AI Act section on GPAIS should, therefore, urgently be amended before enactment (see policy proposals below).

AI Content Moderation: The European Digital Services Act

Things do not look much better when it comes to content moderation. The DSA, like the AI Act, applies to services offered to users in the EU, irrespective of where the providers have their place of establishment (Article 2(1), 3 (d) and (e) DSA). It is the EU's new flagship legislation to mitigate harmful speech online, such as hate speech, fake news, or manipulative content. For example, platforms regulated by the DSA, such as Facebook or Twitter, need to establish a notice and action system under which users may flag potentially illegal content, which must then be reviewed and, if deemed illegal, deleted by the platform (Article 16 DSA). Larger platforms have to implement an entire internal complaint and redress system (Article 20 DSA) and offer out-of-court dispute settlement (Article 21 DSA), so that users do not have to go to court to challenge content. Accounts of repeat offenders must ultimately be suspended (Article 23 DSA). So-called trusted flaggers may register with Member States; content raised as problematic by them must be expeditiously reviewed (Article 22 DSA). Very large online platforms, in addition, need to establish a full-fledged compliance system, consisting, *inter alia*, of proactive risk management strategies and independent audits (Articles 33-37 DSA).

Is this of relevance for LGAIMs? It sure is. While the developers of ChatGPT have gone to great lengths to [internalize content moderation](#) by virtue of an AI supervisory instance blocking problematic requests and output (e.g., concerning discrimination or political violence), it is likely that this technical solution will never be watertight. Savvy users will find workarounds, using [prompt engineering](#), as recent experiments show in which ChatGPT was convinced to [launch a hate-filled shitstorm](#) (the developers reacted promptly, though). Moreover, other LGAIMs do not feature these internal guardrails. The [European Parliament is currently investigating](#) Russian-based LENSEA, which apparently enables rather unfettered, [problematic image generation](#). Moreover, all LGAIMs, quite naturally, may equally be used to generate stories used for putting your kids to bed at night, as well as for launching mass-scale [fake news attacks](#) against democratic institutions, businesses, or individuals. The speed and syntactical accuracy of the generated content is rendered even more problematic, in this context, as users may prompt LGAIMs to adopt a seemingly knowledgeable, scholarly, or just highly confident tone. This makes them the perfect tool for the mass creation of highly polished, seemingly fact-loaded, yet deeply twisted fake news. Even for text generated by *bona fide* prompts, its factual accuracy may not match its astounding syntactical elegance. Hence, users must beware. And, of greater interest here, society must beware, particularly of users with malevolent intentions: in combination with the factual dismantling of content moderation on platforms such as Twitter, a perfect storm is gathering for the next global election cycle.

Again, regulation is not ready to meet this challenge: the DSA only applies to so-called intermediary services (Article 2(1) and (2) DSA). These are conclusively defined in Article 3(g) DSA. They cover Internet access providers, caching services, and “hosting” services such as social media platforms. LGAIMs, arguably, do not qualify as either of these instances. [Hosting services come closest](#), but they require the storage of information *provided by*, and at the request of, a user (Article 3(g)(iii) DSA). The trick with LGAIMs, however, is that the relevant content is decidedly not provided by the user, but by the LGAIM itself, having been prompted by the user via the insertion of certain query terms (e.g., “write an essay about content moderation in EU law in a lawyerly style”). With the DSA arguably inapplicable, the regulation of LGAIM con-

tent is left to the thicket of Member State speech regulation, which not only varies considerably across the EU, but also generally lacks the DSA instruments aiming to guarantee the speedy removal of harmful speech from the online sphere.

Of course, the DSA will apply if a user posts AI-generated content on a social network, such as Twitter. But at this point, it is often already too late to stem the tide of disinformation, hate speech, or manipulation. With LGAIMs, it is the creation that matters.⁹ Furthermore, the DSA generally does not regulate closed messenger groups on WhatsApp or Telegram (Recital 14 DSA), adding further to the deficiencies of reining in harmful AI content. If nothing is changed, the dark side of LGAIMs will go largely unaddressed.

Policy Proposals

How may sensible regulation look like going forward? Given the marked risks just sketched out, it seems unavoidable to regulate LGAIMs to a certain extent. But obligations must be tailored to their specific challenges, and compliance must be feasible for providers large and small alike. This is crucial not only for a healthy and competitive AI Act ecosystem, but also for [environmental sustainability](#). Recent studies have shown that the impact of IT on climate change is [real and significant](#), and [AI's contribution is skyrocketing](#). Training, [in particular of LGAIMs](#), is highly resource intensive. However, in the long run, these models may achieve significant [sustainability advantages](#): they may be pre-trained once for, for example, 1000 different applications. In the alternative, 1000 less potent systems would have to be trained, quasi from scratch, generating potentially much higher greenhouse gas (GHG) emissions.

Against this background, we make three concrete, workable suggestions for LGAIM regulation: (i) transparency obligations; (ii) mandatory yet limited risk management; and (iii) expanded content moderation.

Transparency

First, LGAIMs should, irrespective of their qualification as high risk, be subject to two different transparency obligations. On the one hand, providers (e.g., LGAIM de-

velopers) should be compelled to report on performance metrics and any harmful content issues that arose during development (cf. Article 11, Annex IV AI Act). In addition, developers should also have to [inform about](#) the model's [GHG footprint](#), to enable comparison and analysis by agencies, watchdogs, and other interested parties. Such disclosures could also be the basis for a [Sustainability Impact Assessment](#) for AI.¹⁰ On the other hand, users of AI-generated content should be under an obligation to disclose which parts of the content they make publicly available were produced by LGAIMs, or adapted from LGAIM-created content. As such a duty will be virtually impossible to enforce across the board, however, it would have to be backed up by technical strategies drawing on digital rights management. This may include conspicuous and inconspicuous [watermarks](#) woven by the LGAIM into its very content, in ways not easily removable by users. While particularly tech-savvy users may find a way to defeat them, average users may not. Currently, LGAIM developers are [already exploring](#) options to this effect, and the idea has been [picked up by members of the European Parliament](#).

Risk Management

Second, risk management strategies, and other obligations reserved for high-risk applications in the AI Act, must be tailored to LGAIM realities. For instance, powerful models could be [released in stages](#) so that they can be thoroughly vetted. The full force of the high-risk section of the AI Act, however, should apply only if and when a certain LGAIM, or another GPAIS, is [indeed used for high-risk purposes](#). For example, it would be the entity using the LGAIM for résumé screening that has to ensure compliance with the AI Act concerning this specific deployment – and not the often distinct LGAIM provider regarding the entire portfolio of possible purposes. This prevents prohibitive and inefficient regulation of the LGAIM at its source and tailors the obligations to the specific high-risk application for which it is used. Such a strategy corresponds to a well-known principle in product safety law. For example, screws in general do not have to be fit to hold together combat airplanes. Otherwise, nobody could afford simple screws for piecing together the latest IKEA unit. If, and only if, screws are used to manufacture com-

⁹Note that we mean the creation of content in and for a specific use case.

¹⁰See also the recent push by [MEPs for a Fundamental Rights Impact Assessment for AI](#), which would include an environmental dimension.

bat airplanes, then indeed they have to comply with the strict regulations for products used in airborne military equipment. What is common sense in physical products should also apply to LGAIMs.

Content Moderation

Finally, third, the rules of the DSA must be adapted – *mutatis mutandis* – to generative AI systems. We need trusted flaggers, notice and action mechanisms, and the possibility of comprehensive audits for these models, just

as we need them for social networks and other platforms. In fact, in the future, the dividing line between LGAIMs and platforms will probably become blurred, anyway, as Microsoft's pitch to [invest another \\$10 billion](#) in OpenAI, potentially for the integration of LGAIMs into its Bing search engine, clearly shows. Regulation needs to keep track, for the sake of the civility of our discourses, and to generate a level playing field for developing and deploying the next generation of AI models, in the EU and beyond.

Merve Hickok, Marc Rotenberg, Karine Caunes

The Council of Europe Creates a Black Box for AI Policy

doi: 10.17176/20230124-220003-0



The Council of Europe (CoE) Committee on AI has made a startling decision to carry forward future work on the development of an international convention on AI [behind closed doors](#), despite the Council's [call](#) for the Democratic Governance of Artificial Intelligence in a 2020 resolution. It is a surprising move from an international organization that has been at the [forefront of efforts](#) to promote greater transparency and accountability for the technology that is transforming the world. The decision is at odds with the [Terms of Reference](#) for the Committee on AI (CAI) and it is of particular concern to those who are closely following the impact of AI policy on democratic institutions.

The Meaning of Transparency for AI

The Center for AI and Digital Policy report [Artificial Intelligence and Democratic Values](#) (AIDV) set out to assess national AI policies and practices on a consistent methodology that could guide future policymaking. The aim is to provide the basis for both comparative assessment and longitudinal analysis. AIDV also provides an early warning system when countries take a sharp turn from democratic values. The alarm bells have just gone off.

Several of the metrics in the AIDV report consider the importance of transparency for the protection of democratic values. One factor is whether countries have established a formal right to “examine the logic of automated systems.” These words can be found in the original EU Data Protection Directive, as well as the modernized Council of Europe Privacy Convention, “108+.” In the report's methodology, positive scores are assigned to those countries subject to these laws and other similar provisions.

The work to date at the CoE reflects a clear commitment to transparency in automated decision-making. Building on this work, and following an open and inclusive process, the final report of the Council of Europe Ad hoc Committee on AI (the CAHAI) called for [strong provi-](#)

[sions](#) to ensure accountability in the proposed AI convention. As the expert committee explained, ‘the concepts of “transparency”, “explainability” and “accountability” are considered by the CAHAI to be of paramount importance for the protection of the rights of individuals in the context of AI systems.

Transparency is the cornerstone of accountability in digital systems. Without transparency, it is not possible to assess outcomes or maintain explainability. And as the Court of Justice has recently [determined](#), systems that do not allow meaningful transparency, such as AI systems that incorporate Machine Learning techniques, may be simply incompatible with the protection of fundamental rights.

Transparency is also the foundation of democratic governance. That is the second meaning set out in the methodology of the AIDV report – to assess whether governments had created a *meaningful* process for public participation and whether governments made relevant documents available to the public. This is the essence of democratic governance. Over the last several years, many countries developed national AI strategies to promote innovation and growth, and also to address ethical issues and social impacts. Many countries created inclusive processes that gathered input from academics, and civil society, educators, social scientists and others. The national strategies reflected these diverse inputs.

Not all governments followed this path. In the first edition of the report, the United States received low scores on transparency because the secretive National Security Commission on AI met behind closed doors, under the leadership of tech CEOs and the defense industry. That Commission, ignoring the concerns of the American public, which is more [worried about the AI future](#) than it is enthusiastic, put forward recommendations to advance the military-industry alliance and ignored proposals to establish necessary safeguards. In recent years, the US has taken a [more open and inclusive approach](#) to national

AI policy. Identifying these changes in the practices of national governments and international organizations is critical to assess the impact of AI policy making on democratic institutions.

Back to the CoE

So, what are we to say of the recent developments at the Council of Europe? In brief, the CoE is moving in precisely the wrong direction. For two years, as observers of the CoE expert group on AI, [civil society participated in all of the meetings](#), contributed suggestions, and worked with others, including national delegations and the secretariat, to help ensure that the mandate was fulfilled. Like all political processes, civil society did not achieve everything hoped for, but there was substantial progress and areas for further work were clearly identified. The final report of the CAHAI set out the basic elements of the Convention to follow. But now the Committee on AI, at the urging of non-Member States, has [chosen](#) to move the process behind closed doors.

Why did this happen? Part of the problem is that the CoE looked to a precedent created by the drafting of the [Cybercrime Convention](#) (2001), which took place shortly after 9-11, when law enforcement cooperation was paramount. The CoE became the vehicle for an international convention to promote cooperation among police agencies. By way of contrast, the drafting of the more recent [modernized Privacy Convention](#), focused on updates to protect fundamental rights in the realm of digital technologies, was open and inclusive. Civil society was welcome at the table and helped shape outcomes.

Part of the problem is also that the work of the CoE became entangled with similar work at the EU. The CoE began work on the AI Treaty at the same time the EU started up the EU AI Act, a risk-based framework to establish coherent regulations for the internal market. In the past, these two institutions have moved forward on parallel tracks without much conflict. That was the experience, for example, with the development of the GDPR and the Council of Europe Modernized Privacy Convention.

In this instance, Brussels decided that the EU AI Act should take priority. The European Commission's [ambition](#) is to internationalize the EU AI Act through the CoE so that it will have the same influence as the GDPR, widely regarded as establishing the Brussels Effect and giving the EU global influence in the realm of digital policy. But the

success of the GDPR came about without the need to co-opt the CoE process. The GDPR reflected the leadership of the Parliament, the close collaboration of the EU institutions, and the hard work of the advocacy community on a matter of global concern. The challenge to replicate the success of the GDPR will remain with the Commission regardless of the outcome at the Council of Europe.

Nonetheless, late last year the Commission [told its delegates](#) to Strasbourg to slow the work on the Convention until the EU AI Act was completed. This was a risky strategy for both the EU and CoE member states as many were eager to see the international convention move forward, and the EU AI Act itself is subject to delay as the incoming Swedish Presidency of the EU Council recently indicated.

The entanglement creates other problems as well. The attempt to reflect the work of the Commission at the CoE Committee on AI means that many of the delegates at the CoE are now those with the economic portfolio, who managed country positions on the risk-based framework negotiations for the internal market, not the experts in the human rights mandate of the CoE that one would typically expect to see in Strasbourg. Here again, the CoE rules of procedure, which anticipate the participation of high-level officials with the relevant expertise, are stretched to accommodate Brussels and the non-Member States.

This is not the outcome that should result. Jan Kleijssen, the outgoing director of the CoE Directorate on the Information Society, repeatedly [emphasized the need for “complementarity”](#) to align the work of the CoE and the EU and to preserve the mandate of the two.

The Path Ahead

All is not lost. The final report of the CAHAI provides a good basis for the text of the Convention. Civil society organizations have urged the CoE to build on this foundation. In a public statement to the Committee on AI, civil society organizations also urged the Committee to ensure that the Convention reinforces existing human rights frameworks and does not undermine human rights standards applicable to AI systems.

In a widely regarded report, the former chair of the UN High Commission for Human Rights [urged a moratorium](#) on the deployment of AI techniques that fail to comply with international human rights standards. UNESCO has [recommended a ban](#) on the use of AI techniques

for mass surveillance and social scoring. The recent judgment of the Court of Justice in the *Ligue des droits humains* case raises the very real possibility that machine learning techniques are incompatible with the protection of fundamental rights, and in a statement to the UN Digital Envoy, CAIDP identified a dozen provisions of the IC-CPR that could be adversely impacted by AI techniques. At a minimum, these human rights benchmarks for AI should be incorporated in the final text of the CoE Convention on AI.

The CoE must also pay particular attention to the structural gender, racial and socio-economic inequities embedded in datasets, and the impact of AI on marginalized communities, particularly those who are already subject to **amplification of bias** in the deployment of AI systems. Data analytic techniques provide powerful tools to uncover and correct bias in automated decision-making systems. But outputs derived from opaque systems challenge fundamental concepts of fairness and

transparency.

Civil society organizations also **urged** the CAI ensure that the Convention includes within its scope national security and dual-use applications of AI. These recommendations follow from growing awareness that AI-powered drone swarms pose enormous concerns for democratic societies as do facial surveillance techniques that are presented in the context of national security but quickly become the default when mission creep and authoritarian mandates converge.

These are the points that civil society groups were prepared to debate and discuss at the upcoming meetings of the Drafting Committee. Although civil society is no longer in the room, it will be important to monitor the outcomes closely. Leaders at the CoE should turn their attention to this work to ensure that the mandate is fulfilled and the democratic governance of AI is established. *The CoE must 'remain the benchmark for human rights, the rule of law and democracy in Europe.'*

Konstantinos Komaitis

Internet collapse made in Europe

The Commission's misguided desire to undo decades of an open Internet

doi: 10.17176/20230119-143716-0



Nothing has changed since the last time there was a debate regarding the relationship between telecommunication providers and online content providers. Yet, at the same time, everything has changed. The Internet has changed, the number of actors participating has grown, and the whole Internet ecosystem has become more complex and more interdependent.

For more than a decade, European telecommunications network operators have lobbied hard for the European Commission to regulate so-called “Over-The-Top” (OTT) service providers and to force them to share the costs of telecom networks. OTT services refer to any type of content that is offered to users via the Internet. Since the dawn of the Internet, European telecommunications network operators have been arguing that these services are the cause for increased bandwidth consumption, and, therefore, their providers (Facebook, Google, Netflix, etc.) should pay a “fair share” contribution. Historically, the European Commission has [rejected](#) such calls on the basis that they would violate the network neutrality principle; the idea that all Internet traffic should be treated equally and without any discrimination. Over the past few months, however, telecommunication providers have renewed their lobbying efforts. This time, they seem to have found a favorable European Commission, which is willing to take a massive gamble and, in fact, entertain the possibility of regulation; this regulatory shift could risk an Internet collapse in Europe.

Any Internet business, present and future, small or big, should be mindful of the European Commission's plans, as they could be subjected to a domino effect of potential abuse. This is what happened in 2020, in a somewhat underreported case. The German Research Network (DFN), anticipating an increase in traffic due to the shift in online lectures because of COVID, requested to peer - i.e. exchange traffic - directly with Germany's telecoms champion, Deutsche Telekom. Deutsche Telekom denied the request, resulting in a “[chargeable global upstream](#)”. The end result was unnecessary [bottlenecks](#) that

degraded the users' experience, at a time when Internet connectivity was vital for the continued and smooth functioning of societies. The European Commission now appears willing to normalize this kind of abusive behavior by legitimizing the ability of telecom providers to determine what content users can access and under what terms.

Prior to the Internet, telecommunication providers enjoyed a ‘terminating access monopoly’, the ability of a consumer-facing network provider to have “[monopoly power vis-à-vis third-party senders of communications traffic to its customers](#)”. The Internet changed that, introducing a more level-playing field; nonetheless, the European Commission seems willing to reinstate this old status quo. According to a recent [report](#) by Analysis Mason, “a network usage fee would enable ISPs to fully express the termination monopoly they have over delivering traffic to their subscribers, requiring complex, long lasting regulatory oversight”.

This is a bad idea because it will create barriers to entry in the most unpredictable of ways. The main thing about the Internet is that there is not one player more important than another; the more networks connect with each other, the greater the value for themselves and for their customers. Interconnection truly places the “inter” in the Internet, ensuring different networks become one single system that permits one connected device to reach other connected devices. Unlike in the case of termination monopolies, the true value of IP interconnection is that it does not require regulatory intervention to sustain low barriers to entry. Interconnection is the manifestation of the collaborative relationships the Internet can foster.

Why change this?

Lack of a clear policy objective

For Europe, and to an extent for [South Korea](#) and also [India](#) where similar models have emerged, there is a false sense of claiming back their digital sovereignty. It is not a secret that the current European Commission

views American technology companies as wielding too much power within Europe, both in terms of process and decision-making. Though this sentiment has been a driver for Europe to deliver some pretty impressive [regulatory initiatives](#), which is by no means a small feat, this feeling is, at the same time, being exploited and used as a justification for repositioning Europe's national telecoms champions as monopolies.

Of course, the Internet is no stranger to monopolies with certain technology companies becoming unprecedentedly big and raising significant competition concerns. Creating new monopolies, however, will not solve the problems with the existing ones. As far back as 2012, when the same debate was held before the International Telecommunications Union's (ITU) World Conference on International Telecommunications (WCIT), significant concerns were raised about how telecom operators, providing access, could exploit "[the physical bottleneck for traffic exchange and derive monopoly profits, requiring regulatory intervention](#)". This possibility is as real now as it was back then.

Things get more bizarre if one considers the lack of any market failure that would deem such a regulatory intervention necessary. Overall, the Internet economy in the EU has been a market success and a key economic driver. A recent [study](#) by the GSMA points to the fact that Internet access segment revenues have grown significantly between 2012 and 2022, and that telecom operators have benefitted from this traffic growth. Meanwhile, revenue is declining on legacy services (traditional telephone calls, SMS, private lines) but this has more to do with the lack of innovation from telecom providers and nothing to do with the increase of Internet traffic. The reality is that Internet traffic is not a burden for telecom operators and - the fact that they themselves encourage the consumption of online services through zero rating offers is a testament to that. To this end, it is important that the European Commission does not confuse size with success. Instead, it should focus on the reasons telecom operators have failed to become competitive and scalable, given the availability of the open and global Internet. The answer to this seems pretty simple: a certain degree of complacency and lack of innovation are the main reasons; it is not the existence of content providers and the demand for content.

To make matters worse, the European Commission fails to ask some pretty fundamental questions in this de-

bate. For instance, how sustainable can a model that is premised on big technology companies paying out telecom operators be in the long run? No commercial reality dictates that technology companies will stand by and pay for someone else's infrastructure long-term, especially when they can lay down the foundations for their [own infrastructure](#), hook up their own networks and offer their own services. There is a probable scenario that, once large technology companies manage to get unprecedented access to Europe's infrastructure via their funding, they will take steps to gain ownership over part of this infrastructure. This will not only defeat the whole idea of minimizing the access points of US companies to the EU market but it will also lead to increased market concentration.

Concern and confusion

It becomes, therefore, rather difficult to identify exactly which policy objective drives this mind-shift in Europe. Across the board, actors invested in this discussion have rejected the idea of transferring money from one sector of the Internet economy to another as dangerous and potentially harmful. Civil society has expressed its deep [concerns](#) about what seems to be a fundamental change "underpinning the free and open Internet. In the meantime, the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), as part of its [preliminary assessment](#), mentioned how Internet service providers (ISPs) could be provided with "the ability to exploit the termination monopoly and it is conceivable that such a significant change could be of significant harm to the Internet ecosystem". Other experts concur, see [here](#), and [here](#) and [here](#).

Such views also seem to be consistent with the experience from South Korea. In 2016, South Korea was the first country to enforce the idea of network fees, requiring ISPs to pay network usage fees for the traffic they sent to each other. Since then, the impact of the law, which has now been amended to cover content providers, has been significant. As OpenNetKorea, a civil society group [reports](#): "Since 2016, Seoul's Internet access fees (IP Transit Fee measured by Telegeography) have become higher than other regions: 5-6 times to New York and London, 8 times to London and Paris, 10 times to Frankfurt. Many startups and content providers left Korea because of this". It is in this light that one should see the unpredictability surrounding any "fair share" regulatory intervention:

it makes it almost impossible for potential investors to know if they can handle traffic costs, should a service become popular in the future.

Transparency breakdown

Given the considerable unintended consequences that all this could create for the Internet in Europe, one would think that, at the very minimum, the European Commission would ensure a transparent process. Unfortunately, this has not been the case. Up until recently, the Internet community has been operating on the assumption that the Commission's proposal would be for the so-called "Sending-Party-Network-Pays" (SPNP) model. Most of the contributions and analyses have been based on this idea. However, in a recent [response](#) from the European Commission to a [letter](#) drafted by 29 experts, the Commission seems to change course, indicating that the "fair share" contribution "could be implemented in a variety of ways other than the Sending Network Party Pays mechanism, and therefore should not be assimilated with it". However, no more information is shared as to what exactly this means. Similarly, the European Commission appears to be [dismissive](#) of any concerns regarding how network fees would end up undermining network neutrality, despite the valid questions about the effect that such rules will have on the ability of telecom operators to discriminate against the content that reaches consumers. The [reality](#) is that, if Europe proceeds with its plans and "allows the imposition of a mandatory fee, telecom com-

panies will assume the right to block or throttle the content of those providers that turn out to be disobedient". This contradicts network neutrality.

Crunch time

The Internet is at an inflection point. We tend to think that its attacks come only from authoritarian countries that have the tendency to impose conditions on the way information travels. Ideas about network fees may not impose such conditions on information flow, but they do impose conditions on how traffic moves around the Internet. They attempt to bypass the Internet's normative framework: in the Internet, each network joins voluntarily and makes autonomous decisions with which other networks to interconnect. Absent a central authority, this means that collaboration sits at the core of this framework. The "fair share" discussions want to fundamentally change this and impose commercial arrangements between the parties. They seek to create a central authority that can decide, on the basis of financial rewards, what content users can and cannot see. This will change the Internet in Europe forever.

If Europe gets this wrong, there is an open question about whether it can be reversed. There is no reason to try to find out. Europe is reopening an issue unjustifiably and without clear support from its wider stakeholder community. This policy only guarantees the future of telecommunication providers; it does not guarantee Europe's nor the Internet's.

Francesca Palmiotto

Preserving Procedural Fairness in The AI Era

The Role of Courts Before and After the AI Act

doi: 10.17176/20230105-121527-0



In the past years, scholars and civil society organisations have raised concerns regarding the use of automated systems in public decision-making. The [child benefit scandal](#), which led the Dutch government to resign in 2021, is just an example of poor human decision-making aided by flawed automated systems. In the same year, the European Commission proposed a [Regulation for AI systems](#), the so-called “AI Act”, to address the challenges and concerns raised by the increasing use of AI while encouraging businesses to develop them in the EU single market. While the proposal is still under [discussion in the European Parliament](#), AI systems have been used and challenged by individuals affected by their output. In the absence of a regulatory framework, national courts in Europe have been called upon to address claimants’ demands for fairness and legal protection. This post investigates the role of courts in preserving procedural fairness in the era of AI. I focus on six cases where automated systems were used to inform public decision-making to detect tax and social welfare fraud ([eKasa case](#) and [Syri case](#)), to grant permission for agricultural businesses ([AERIUS case](#)), and to recruit and transfer high school teachers ([Altomare](#) and [C.P.](#) cases) in Slovakia, Italy and in the Netherlands.¹ I show how national courts have been activists in preserving individuals’ procedural rights by setting requirements for AI systems. Their role is, however, doomed to change when the AI Act enters into force.

Automated decisions in the public sector: what is at stake for procedural fairness?

The use of AI systems to replace, support and aid human decision-makers raises several concerns, especially in terms of non-discrimination, data protection and compliance with fundamental rights. When focusing on the

relationship between AI systems and procedural rights, three key legal issues emerge from the selected cases. Firstly, the lack of awareness of individuals about the use of an automated system in decision-making hinders their possibility of seeking an effective remedy. Even if access to information and knowledge about automated processing are cornerstone principles of the [Regulation 679/2016](#) (see Articles 5, 12, 13, 14 and 15 GDPR), particularly when a decision is “solely based on automated processing” (see Articles 22 and related access rights in Articles 15(1)(h), 14(2)(g) and 13(2)(f) GDPR), in some specific contexts, such as law enforcement and migration control, opacity is the rule rather than the exception. It is not a coincidence that the [Directive 2016/680](#) (hereafter LED) - which applies to data processing by law enforcement authorities - contains broader restrictions for the data subjects’ rights to information compared to the twin GDPR (see, for instance, Article 15 LED). Interestingly, some EU Member States demand opacity of their fraud detection systems by law to prevent “gaming” by individuals and preserve the State’s interests in the effective prosecution and investigation of crimes ([Hadwick 2021](#)). The lack of awareness and transparency about the use of automated systems explains why, except for cases concerning platform workers, the vast majority have been brought before Courts by civil society organisations, activists, or political representatives, rather than individual citizens affected by automated decision-making.

The second legal issue emerging from case law is the protection of design information as trade secrets, hampering the claimant’s possibility to challenge the accuracy of the system. Design information, such as algorithms, source code, and training data, are generally trade secrets, which, if disclosed, could harm the competitive advantage of the system developer. Therefore, disclosure of design information requires a careful balancing be-

¹The cases have been selected from the caselaw collection that my colleagues and I are creating for the [AFAR Project](#). This collection is planned to be published as an online resource, the Newtech Caselaw Database.

tween public and commercial interests, individual rights, and companies' intellectual property entitlements.

US Courts anticipated this debate years ago in “driving-under-influence” cases, where defendants attempted to compel the disclosure of breath analysers' source codes used to bring evidence against them at trial. The main argument in these cases was that, notwithstanding the protection of the source code as a trade secret, courts should have compelled its disclosure to satisfy their right to confrontation. A similar argument was advanced in the widely known *State v Loomis*, where the Wisconsin Supreme Court held that the use of an algorithmic risk assessment in sentencing did not violate the defendant's due process rights, even though the methodology used to produce the assessment was disclosed neither to the court nor to the defendant. In recent years, courts in Europe are starting to approach similar legal questions due to the increasing litigation in the field of automated decision-making (see [FPF Report](#)).

Finally, the third legal issue relates to the opacity of AI systems. Not only do AI systems not explain *how* they reached a conclusion, but neither do they justify *why* they have reached it. In *Altomare* and *C.P.*, two cases where an AI system was used to transfer teachers across Italy, the claimants complained that the system was taking decisions without justifying why it did not consider their listed preferences. When decisions are (fully or partly) automated, the opacity of AI challenges the right to have a reasoned decision and effective judicial review.

Filling a regulatory gap: the activist role of national courts

While AI systems increasingly inform public decision-making, the opacity and secrecy surrounding their use adversely impact the protection of procedural rights. If individuals are not aware that an AI system has been used in their case, they cannot challenge its use. If individuals do not know how the system works, they cannot identify errors and obtain redress. How have national courts addressed these legal issues?

Firstly, while the importance of the GDPR for the regulation of automated assessments was acknowledged, courts considered that additional safeguards were needed to ensure that the constitutional guarantees were met. For this purpose, they set specific requirements for automated systems, including the reliability and non-

discriminatory nature of the criteria, data and models used (especially in *eKasa*) and the principles of transparency and interpretability of algorithms (in particular in *CP* and *Altomare*). Even in the more sensitive field of tax enforcement, transparency must be guaranteed, according to the Slovak Constitutional Court, which held that the individual concerned must have knowledge about the *existence, scope and impact* of the assessment by automated means, whether through public registers, specific instructions or otherwise. In the Court's view, this requirement is crucial for the right to “effectively defend himself or herself against possible errors” (§133 *eKasa judgment*). The Hague Court adopted a similar approach in the *Syri* case, which concerned a system used to prevent and combat fraud in social security and income-related schemes, tax and social insurance contributions, which they found to be insufficiently “transparent and verifiable” and, therefore, incompatible with Article 8 ECHR. Moreover, according to the Higher Administrative Court of Italy, automated systems must also be interpretable, which requires information to be comprehensible both for citizens and for the judge. For this purpose, the algorithm should be accompanied by explanations which clarify how the legal rule was translated into the technical formula.

Additionally, national courts also established obligations for public authorities using automated systems, such as the duty to publish and provide information about the systems used (in *AERIUS*) and to carry out a human rights impact assessment (in *eKasa*). More specifically, in *AERIUS*, the Dutch Council of State decided that public authorities must publish the choices made, the data and the assumptions at the basis of the system in a complete, timely and accessible manner ([Jurgen & Goossens, 2019](#)). In the Court's view, this duty for public authorities enables effective legal protection against decisions based on automated systems and allows courts to review the legality of these decisions.

Finally, courts recognised the link between transparency and the effective exercise of procedural rights, ruling against the protection of intellectual property when conflicts arose. In the *eKasa* judgment, the Court strongly supported the prevalence of fundamental rights over trade secrets. In the words of the Court: “Intellectual property rights cannot be a reason for denying effective access to the necessary information” (§ 135 *eKasa judgment*). In the Court's view, the State must comply

with the same conditions of transparency even when a third party provides the technology. For this purpose, public authorities should act from the procurement stage to ensure adequate access to information. Access to design information and algorithms was also a key conclusion of the Italian Higher Administrative Court in two cases where they assessed, for the first time, the legitimacy of the adoption of an algorithm for the performance of an administrative activity (Altomare and C.P.). In the twin judgments, the Court held that the principle of “full upstream knowability” of the algorithm used and the criteria applied must be respected.

Conclusively, in the absence of a regulatory framework for AI, courts have played an activist role in preserving procedural fairness in the era of AI by setting requirements for automated systems, establishing obligations for users, and granting transparency to individuals. However, their role is doomed to change in the future when the regulatory gap is filled by the AI Act.

The day after the AI Act: from activist to referring courts?

Courts have done in the past what the AI Act will do in the future: setting requirements for high-risk AI systems, obligations for users (including public authorities) and granting transparency and access to (some) information. The differences between the proposed AI Act and the courts’ rulings are, however, stark. Just to mention a few, the AI Act provides limited transparency to the individual affected by the system (apart from some general information in Article 52 AIA); it does not require

the system to be interpretable to the end-user but only to the trained user (Article 13 AIA); it demands data be relevant and free of errors, but does not mention non-discrimination (Article 10 AIA); it requires registration in a public database, but excludes systems used in law enforcement and migration control (Article 51 AIA). Finally, the AI Act does care about trade secrets (Explanatory Memorandum point 3.5). The lack of rights for individuals affected by the use of AI systems in the AI Act in the current proposal has been criticised by scholars and civil society organisations (see, for instance, the [report by Lilian Edwards for the Ada Lovelace Institute](#)). Looking at the future, it is therefore important to ask what role will remain for Courts in preserving fundamental rights in the AI era.

While national courts have been activists in the past, the same approach will be problematic once the AI Act enters into force. The AI Act aims to ensure the proper functioning of the internal market by setting harmonised rules on essential elements regarding the requirements for AI products and services, their marketing, their use and liability regime. In light of the primacy of EU law, national courts will have to abide by these rules or refer to the CJEU for a preliminary ruling on the validity and interpretation of the AI Act ([Article 267 TFEU](#)). In the “day after the AI Act”, the protection of fundamental rights will be addressed through judicial dialogue between national courts and the CJEU, offering the Luxembourg Court the opportunity to safeguard individual rights for the entire EU and develop common values of digital constitutionalism in Europe.

Eduardo Gill-Pedro

No New Rights in Fedotova

doi: 10.17176/20230130-202753-0



In *Fedotova and others v Russia* issued on 17 January 2023, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court), held that Russia had breached its positive obligation to secure the applicants' right to respect for their private and family life under Article 8 of the Convention by failing to provide any form of legal recognition and protection for same sex couples.

In a [post](#) published on 24 January 2023, Zuzana Vikarská argued that this is a significant judgment worthy of greater attention. While I agree with this, I want to challenge the claim advanced in the post that the ECtHR, in this judgment, does not merely interpret an existing right in present day conditions but “creates a new right”. I argue that this is an unconvincing reading of the case, both from a legal doctrinal perspective and from a normative perspective. The ground-breaking aspect of the judgment is, in my view, the clear rejection by the Court of the justifications advanced by the Contracting State.

Fedotova as a departure from previous caselaw

According to the author, the previous Court's judgments in *Oliari v Italy* and *Orlandi v Italy* “have often been misconstrued as having articulated a positive obligation under Article 8 for all States to legally recognise same-sex couples. However, that happened only in Fedotova”. Unfortunately, Dr. Vikarská does not provide us with her own analysis of the way in which Fedotova departs from previous caselaw, but links instead to early blog posts (by Dmitri [Bartenev](#), Renáta [Uitz](#), and Giulio [Fedele](#)). As I read them, none of these posts argue that the Court introduced a right in Fedotova which had not already been recognised in the previous cases. Bartenev agrees that ‘Fedotova “should be viewed as the logical development of well-established principles”. It differs from the Italian cases because it is “the first judgment against a Member State which has fiercely opposed the very concept of the legal recognition of civil unions between same-sex couples”. This may well have practical, as well as symbolic implications. But from a legal doctrinal perspective, it is

not a relevant difference. A state either has a duty under the Convention to secure a right or it does not. Whether the state itself agrees that it has that duty is not relevant.

It is true that, in *Oliari*, three of the Judges issued a concurring opinion in which they stated that they “do not see the need to argue that Article 8 imposes on Italy what our colleagues characterise as a positive obligation”, and they indicated that they wanted to restrict the reasoning of the case to the factual circumstances in Italy. However, the concurring opinion is evidence that the majority did not restrict the applicability of the positive obligation to the particular Italian circumstances but laid down a general positive obligation on all Contracting States. This position was reaffirmed in *Orlandi*, where the majority asserted that Italy had failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions

As the Grand Chamber put it in para 164 of the Fedotova judgment “It can [...] be seen from the case-law of the Court that Article 8 of the Convention has already been interpreted as requiring a State Party to ensure legal recognition and protection for same-sex couples by putting in place a “specific legal framework”. The Grand Chamber merely reiterated that interpretation, albeit against a more openly recalcitrant state.

Fedotova as an illegitimate imposition on Contracting States

Dr. Vikarská insists that, in its judgment, the Court “made the most political judgment of all times”. Questions concerning the legal status of same sex couples are ‘mega political’ in that they concern “matters of outright and utmost political significance”. Such questions should, according to the author, be left to the States and to legislative processes, rather than being decided by the Court.

I agree that the decision is of great political significance. I disagree that this means that the court should

not have taken it.

Under Article 1 ECHR, the Contracting States agreed to secure the rights in the Convention to “everyone within their jurisdiction”.

These rights include the right, under Article 8, of respect for private and family life. The Court has found, and the Contracting States have not disputed, that sexual orientation and the ability of an individual to develop their social identity in a manner consistent with that orientation, falls within the personal sphere protected by Article 8 of the Convention. Similarly, the Court found, in *Schalk and Kopf v Austria* that “cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, fell within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”.

Where a Contracting State fails to ensure legal recognition and protection for same-sex couples by putting in place a “specific legal framework”, that state fails to provide sufficient protection of the private and family life of same sex couples. As the Court noted in *Oliari* (para 115) the lack of recognition of their union affected and disadvantaged the applicants in many specific and concrete ways.

This is not a ‘new right’. The right of individuals to develop their personal lives, together with ‘significant others’, to have their relationship recognised and respected by the State and by society at large, is a right that has been recognised in the Convention since its inception. The only difference is that the founders perhaps did not consider that such a right should extend also to homosexual couples. But they were wrong. The text of the Convention requires states to extend the protection to ‘everyone’. Just as the French revolutionaries were wrong when they affirmed that the Declaration of the Rights of Man did not extend to women, even as they put Olympe de Gauges to death for claiming the rights which they sought to deny her, so are Contracting States wrong when they argue that the Convention does not require them to respect the private and family life of the LGBTQ+ commu-

nity.

Fedotova as a ground-breaking judgment

Where I agree with Dr. Vikarská is in her observation that this judgment is highly significant and should receive greater attention. The ground-breaking aspect of the judgment is, in my view, the clear rejection by the Court of the justifications advanced by the Contracting State.

Russia argued that its refusal to recognise, in any way, same sex couples were required by the need to protect the traditional family. The Court insisted that “recognition of same-sex couples does not in any way prevent different-sex couples from marrying or founding a family corresponding to their conception of that term”.

Russia argued that the refusal was necessary in order to respect the feelings of the majority of the Russian population. The Court reiterated that “it would be incompatible with the underlying values of the Convention if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority”.

Finally, Russia argued that the measures were necessitated by the need to protect children from the promotion of homosexuality. The Court responded that such arguments embodied “a predisposed bias on the part of the heterosexual majority against the homosexual minority” reinforced stigma and prejudice and encouraged homophobia and were therefore “incompatible with the notions of equality, pluralism and tolerance inherent in a democratic society”.

As Prof. Uitz notes in an earlier [Verfassungsblog post](#), a number of European states are introducing measures rowing back on LGBTQ+ rights. These measures are deliberate efforts by those states to “harm individuals on the basis their sexual orientation and gender identity”. The only principled response to such measures by the ECtHR is to unambiguously declare that they are entirely incompatible with the values underscoring the Convention.

Lenka Kříčková, Iva Fellerová Palkovská

Battling the Hydra in EU Anti-Discrimination Law



ECJ Judgment Raises More Questions About Discrimination Against Self-Employed Workers

doi: 10.17176/20230131-174523-0

Can a company refuse to conclude or renew a contract with a self-employed person because he is gay? And may contractual freedom prevail over the prohibition of discrimination in such a situation? The European Court of Justice (ECJ) has recently tackled these questions in case *C- 356/21, J.K. v. TP*. A short answer stemming from the judgment would be a resounding no. Yet, a further analysis is in order because the judgment also brings a significant shift in the ECJ's anti-discrimination case law. We argue that by interpreting the scope of the EU anti-discrimination directives as covering the conclusion of contracts by self-employed workers, the ECJ has extended the protection against discrimination to unexpected areas. That raises questions about how the directives will be applied in practice when self-employed workers claim discrimination.

A perfect case for litigation

J.K. worked for TP, a Polish public television company, on the basis of consecutive short-term contracts for specific work within his independent economic activity. Specifically, he prepared various audiovisual materials, while working two one-week shifts per month. His contract was not renewed after he and his male partner published a YouTube video promoting the equality of same-sex couples. In response, he sued TP for discrimination based on sexual orientation.

The referring Polish court requested a preliminary ruling on the interpretation of [Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation](#) (Directive). The ECJ was mainly asked to rule whether (i) the applicant's activity constitutes self-employment falling within the Directive's scope, and (ii) whether the protection against discrimination applies in relation to refusal to conclude or renew a contract with a self-employed per-

son due to his sexual orientation. If so, the referring court was (iii) interested in whether such refusal could be justified by contractual freedom guaranteed by Polish law.

Strategically, one could hardly find a better case to litigate these issues. After 7 years of working for the company, the applicant's contract was suddenly not renewed. The facts of the case show quite clearly that this happened because the applicant is gay, as the contractual relationship ended soon after he published the video and although his work had been positively evaluated shortly before. The image of a worker being disadvantaged particularly because of his sexual orientation arouses an instant sense of unfairness, since such unequal treatment is nearly impossible to justify. If the applicant were an employee, the Directive would, without any doubt, apply. Thus, it may seem inappropriate to not afford him protection against discrimination only due to the nature of the contractual relationship which otherwise closely resembles employment. Additionally, the case occurred in Poland, where the lives of homosexuals have become increasingly difficult, and a public television station owned by the state committed the alleged discrimination. Altogether, these circumstances made it relatively easy - almost irresistible - for the ECJ to interpret the Directive broadly, in order to protect the applicant and other people in similar positions.

In the end, that is what the ECJ did. It held that the Directive, according to its Art. 3, protects self-employed workers like the applicant and covers even the conclusion, renewal or termination of their contracts for specific work. Furthermore, under Art. 2(5) of the Directive, contractual freedom cannot justify discriminatory conduct in these situations.

However simple this conclusion may appear at first sight, we argue the case brings noteworthy novelties to EU anti-discrimination law. As we explain below, the ECJ

for the first time clarified the Directive's scope regarding self-employed people, while also creating new uncertainties about the practical application of the Directive.

Extending the scope of the EU anti-discrimination directives

The ECJ mainly had to interpret Art. 3 of the Directive. The key provisions state that the Directive shall apply in relation to “**conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion**” (Article 3(1)(a) of the Directive) and to “**employment and working conditions, including dismissals and pay**” (Article 3(1)(c) of the Directive).

It may seem obvious that the Directive protects self-employed people like the applicant, since Art. 3(1)(a) explicitly mentions self-employment. The actual challenge for the ECJ was to explain what falls within the wording of Art. 3(1)(a) and what not. The ECJ decided to interpret the provision broadly.

In the judgment, the ECJ reasoned that the Directive's scope extends beyond protecting workers as the weaker party in employment relationships and covers all occupational activities regardless of their legal form, including activities carried out by self-employed workers in order to earn their livelihood. Simultaneously, the ECJ distinguished occupational activities from mere provision of goods or services that the Directive does not affect. Additionally, although the national court should assess the facts of the case at hand, the ECJ clearly hinted that the applicant's situation falls within the Directive's scope.

Next, the ECJ held that “conditions for access” to self-employment include the conclusion of a contract for specific work (such as the applicant's contract). This may arguably be considered the most important aspect of the case, although the ECJ downplayed it by devoting it considerably less space in the reasoning than to the other points. The ECJ merely stated that the conclusion of such a contract may be essential for the applicant as a self-employed person to pursue his occupational activity effectively. Such interpretation is certainly possible and reflects the ECJ's case law on access to employment that the ECJ understands very broadly as well (including e.g. [public statements ruling out recruitment of homosexual persons](#)). However, the Polish government argued that

“conditions for access to self-employment” only involve general conditions for entering and exercising the profession, not the self-employed worker's subsequent contractual relationships. In the past, the [Czech ombudsman](#) or the [UK Supreme Court](#), for instance, promoted the same view in their decision-making. Therefore, the broader reach of anti-discrimination law in this regard may come as a novelty in some Member States. It is a pity that the ECJ did not elaborate on this point more thoroughly.

Moreover, the ECJ added that Art. 3(1)(c) addressing “employment and working conditions” applies to self-employment, too. Thus, the Directive's protection extends to the professional relationship in its entirety, including termination or non-renewal of the contract. Again, the ECJ chose the broadest available interpretation, despite Art. 3(1)(c) not referring to self-employment.

In our opinion, the ECJ sufficiently supported its reasoning with textual and teleological arguments, as well as with its previous case law (especially case [C-587/20, HK/Danmark and HK/Privat](#)). Nevertheless, it is important to note that the ECJ interpreted the Directive very broadly, as the Directive's scope is now confirmed to extend to potentially unexpected areas where contractual freedom used to prevail. In addition, the same extensive interpretation should be given to the other EU anti-discrimination directives (prohibiting discrimination based on race, ethnic origin and sex) whose scope is defined by identical wording (see Art. 3 of the [Directive 2000/43/EC](#), Art. 14 of the [Directive 2006/54/EC](#)).

Practical consequences

The ECJ's decision-making often resembles fighting a hydra. Once the ECJ cuts one head off (provides one answer), two more heads (issues) emerge. That has certainly happened in this case. While the ECJ has clarified the Directive's scope regarding self-employed workers, several new problems consequently arise.

First, the prohibition of discrimination now clearly applies to contracts of self-employed people, who are predominantly entrepreneurs. The ECJ has thus left the safe harbor of standard employer-employee relationships, where the protection of the weaker party rules, and entered the wild entrepreneurial waters of business-to-business (B2B) relationships, where contractual freedom is paramount. Yet, many B2B relationships conceptually differ from other areas falling within the scope of EU anti-

discrimination directives, where special interest in regulation exists, typically because essential services (e.g. education, healthcare) or weaker parties (e.g. employment, consumers' access to goods and services) are involved. On the contrary, it could be argued that entrepreneurship requires self-employed people to handle the tough environment of the free market themselves.

Second, the ECJ has tried to distinguish occupational activities from provision of goods and services, in order to limit the wide range of situations when self-employed people conclude work contracts and could thus claim discrimination. Without any guidance from the Directive's text, the ECJ made up criteria that specify the occupational activities covered by the Directive. Namely, such occupational activities cannot consist of "*mere provision of goods or services to one or more recipients*" (para. 44), but need to be "*genuine*" and pursued within "*a legal relationship characterized by a degree of stability*" (para. 45). Regarding the applicant, the ECJ emphasized that he engaged in "*a genuine and effective occupational activity, pursued on a personal and regular basis for the same recipient, enabling the applicant to earn his livelihood, in whole or in part*" (para. 47).

By introducing these limits, the ECJ probably wanted to especially protect self-employed people like the applicant, whose contracts in many ways resemble employment. If that was the intention, however, the ECJ did not manage to fulfill it very effectively. For instance, looking at the criteria (quoted above) that the ECJ used to distinguish self-employment from provision of goods and services, none of them excludes business-to-consumer (B2C) relationships, once a self-employed person serves a particular customer regularly. Even B2C relationships often involve genuine and personal work which is carried out on a stable, long-term basis. Therefore, service-providers could sue their customers for discrimination, which is uncommon in anti-discrimination law, as the protection against discrimination usually works the other way round. It is hard to imagine how every ordinary Joe (likely ignorant of anti-discrimination law intricacies) with a professional cleaner or caretaker visiting every week may face discrimination claims. And, if so,

why would discrimination be allowed if the same service providers worked for the customer only once or sent their employee to do the work? Quite possibly, the ECJ have not foreseen the possible consequences for B2C relationships, as neither the judgment nor the [Advocate General's opinion](#) address them at all.

Last but not least, it is not clear how other provisions of the Directive will work in relation to self-employment. For example, Art. 3(1)(c) includes pay among employment and working conditions, but striving for equal pay in entrepreneurial relationships might prove to be very complicated in practice. Also, the shared burden of proof under Art. 10 of the Directive may create problems. Business deal negotiations usually do not look like a transparent recruitment of employees, so proving non-discrimination will probably be extremely challenging for the respondent.

Conclusion

All of this does not necessarily mean that the ECJ was wrong. The judgment could actually be perceived as a step in the right direction because it might help anti-discrimination law react to the digital transformation of the economy, and related changes in society and work relations. Broad protections against discrimination in self-employment make it significantly easier for all gig workers, who perform their jobs under various types of precarious contracts, to defend themselves against discrimination, irrespective of the precise legal nature of their work relationships.

Still, we find it important to point out that the judgment has silently brought a little game-changer into EU anti-discrimination law. Self-employed workers can now file anti-discrimination lawsuits in many situations that may have previously been considered as falling outside the Directive's scope. And many alleged perpetrators of discrimination might be surprised that the Directive applies to their behavior. How well this will be accepted, particularly in Member States where anti-discrimination law does not exactly flourish, remains to be seen. In the meantime, the ECJ will hopefully have an opportunity to further clarify the newly emerged issues.

Zuzana Vikarská

The many troubles of the Fedotova judgment

doi: 10.17176/20230124-215932-0



On 17 January 2023, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR/Court) ruled in *Fedotova v Russia* that the absence of any legal recognition and protection for same-sex couples amounts to a violation of Art. 8 of the Convention. For 30 Member States of the Council of Europe (CoE), this judgment changes nothing since their legal orders already allow same-sex couples to enter into marriage (18 countries) or into other forms of legally recognised relationships (12 countries). For the remaining 16(+1) countries, however, the *Fedotova* judgment amounts to an external judicial pressure to change their legal landscape in a politically very sensitive area of LGBT+ rights.

I find it very difficult to write a coherent blogpost about *Fedotova*. As a staunch proponent of equality, I am far from criticising the result that leads (at least in theory) to better protection of LGBT+ rights. As a human rights lawyer, however, I am quite alarmed. The ECtHR has crafted a new right in a sensitive *mega-political* area, has based this decision on a ‘*clear ongoing trend*’ (as opposed to the *European consensus* that previously used to be the threshold), and the majority’s reasoning does not even attempt to refute the pressing issues raised by the dissenting judges. Furthermore, one might be puzzled to see that the former Russian judge still participates in the Court’s decision-making in 2023, despite Russia’s exit from the CoE in September 2022. I address these issues in turn.

Nothing new under the sun?

I was surprised that news of this judgment did not flood (my) social media. It seemed like no one noticed, neither in my const-law bubble, nor among the general public. I can think of two explanations: firstly, for most of the European countries, this judgment brings nothing new as they already recognise same-sex partnerships. Second, the Court’s judgments in *Oliari v Italy* and *Orlandi v Italy* have often been misconstrued as having articu-

lated a positive obligation under Art. 8 for all States to legally recognise same-sex couples. However, that happened only in *Fedotova*.

Ms Fedotova and her partner brought their case to the ECtHR in the summer of 2010, less than a month after the judgment in *Schalk and Kopf v Austria* where the ECtHR had refused to articulate a positive obligation for the States to legally recognise same-sex couples. Yet, 11 years later, in the *chamber ruling in Fedotova*, the Court unanimously held Russia liable for a violation of Art. 8 under similar factual conditions. Others have already done an excellent job explaining what *Fedotova* added to *Oliari* and *Orlandi* (see posts by [Dmitri Bartenev](#), [Renáta Uitz](#), or [Giulio Fedele](#)). For a better understanding of pre-*Fedotova* case-law, I also highly recommend [this long-read by Laurence R. Helfer and Clare Ryan](#) on litigating LGBT rights before the ECtHR.

Last week, the Grand Chamber [confirmed](#) the chamber ruling by a 14:3 majority, holding that member States are “*required to provide a legal framework allowing same-sex couples to be granted adequate recognition and protection of their relationship*” (para 178).

LGBT+ rights as a mega-political issue...

So far, two Grand Chamber judgments have been delivered in 2023. In *Fedotova v Russia*, the ECtHR stated for the first time that same-sex couples have a right to legal recognition. In *Macatè v. Lithuania*, the Court ruled that labelling a book of fairy tales as ‘*harmful to minors*’, because it featured same-sex couples, amounted to a violation of freedom of expression.

Both these cases are equally *mega-political* as they both concern LGBT+ rights, i.e., “*matters of outright and utmost political significance that often divide whole polities*,” as Ran Hirschl famously wrote. Both cases would have been decided differently a decade ago, both thus serve as great examples of societal change and of evolutive interpretation of the Convention. Yet, a significant

difference can be spotted between the two: while *Macatè* interprets an existing right in present-day conditions, *Fedotova* creates a new right. I submit that while the former is unavoidable, the latter is unfortunate.

...to be decided by (national) legislature rather than (international) court...

In his dissenting opinion, Judge Wojtyczek argues that new rights should be introduced by means of additional protocols to the Convention, not through the Court's case-law. At the outset, his argument seems unpersuasive when he claims that the States “*have not undertaken to protect undetermined rights whose precise content could change in time and could be adapted without their clear consent*” (para 1.1). In fact, the establishment of the ECtHR shows that the States were well aware of the inevitable indeterminacy of legal provisions and were open to further interpretation of their obligations. Moreover, meetings of the high contracting parties in Brighton (2012) and Copenhagen (2018) have not upheld the challenges to the Court's legitimacy, but “*strongly reaffirmed the central role of the Court, and its approach to rights protection.*”

However, Wojtyczek continues with an interesting claim: if the Court opted for more self-restraint, such approach would not hinder progress “*but would only incite the States to introduce the necessary reforms and improvements more frequently by way of new treaties (additional protocols), ratified through democratic procedures...*” (para 2.2). In this argument, Wojtyczek follows in the originalist footsteps of Scalia, to whom he also refers. His argumentation furthermore resembles [Waldrón's position](#) that “*ultimately important decisions in the polity should be made by the people or their elected representatives.*”

Absolutely! In highly political questions, decision-making by elected representatives definitely presents a better alternative than adjudication of an international court. That, however, fails to address the more challenging question: what is the Court's role if the elected representatives remain silent, either due to their genuine beliefs, or as a result of “*rise of nationalist sentiments and forms of political populism*”, and if this inactivity cuts deep into private lives of individuals?

...unless existing rights are at stake

In *Fedotova*, the ECtHR emphasised that the case did not concern the right to marry (Art. 12). Furthermore, a majority of judges did not see a need to examine the case under the non-discrimination provision (Art. 14). Although I fully understand the legal-technical need to decide the case solely on Art. 8, I am convinced that in the heart of the litigation there is the desire to gain equal access to marriage as the highest a noblest form of state recognition of personal relationships. That, however, would run counter to the text of the Convention.

Instead of the *European consensus* required in previous cases, in *Fedotova* the Court settled for a lower threshold of a *clear ongoing trend* observed in slightly less than two thirds of the contracting States. That, however, makes the Court's (otherwise strong) argumentation rather unpersuasive. How are we to trust the judges that they won't overrule the very wording of Art. 12 in a couple of years when another *clear ongoing trend* is observed in European states?

For this reason, I offer an – admittedly controversial – proposition. Until the European countries reach a consensus that all people should be treated equally, not only with respect to *some* recognition of their relationship but also in respect to marriage as the *highest* form of recognition, the Court should not impose any “right solution” on the contracting Parties. Two main reasons support this claim. First, pragmatically, the ECtHR does not have the tools necessary to force the States to comply with its judgment. Especially in this area (and especially with Russia showing no interest to implement the Court's judgments), the risk of non-compliance remains high and poses a risk to the Court's legitimacy. Second, the problems stemming from the non-recognition of same-sex partnerships can always be framed as individual breaches of Art. 14 in connection with Art. 8 (or other provisions) – just like in [Vallianatos v Greece](#). Albeit this requires bringing more cases illustrating the inequalities encountered by same-sex couples in various everyday situations, it represents an approach more respectful to what the States have actually signed up for when they ratified the Convention.

And what is the Russian judge still doing on the bench?

Last but not least, how is it that although Mikhail Lobov does not appear on the [list of the current ECtHR judges](#),

is listed on the webpage of the Court as a judge whose tenure [both began and ended in 2022](#), and was [apparently not invited to join the family photo](#) of the Court's composition on 28 November 2022, he still sat on the bench in *Fedotova*, decided in January 2023?

The [Rules of the Court](#) contain a provision (Rule 24-4) that judges who have already been involved in a case continue to sit in the Grand Chamber until the case is finished. *“Even after the end of their terms of office, they shall continue to deal with the case if they have participated in the consideration of the merits.”* This rule explains why we can sometimes witness judges deciding cases after the end of their nine-year mandate.

But should that rule apply to the situation of Russia's exit from the Council of Europe?

As has been pointed out by Judge Poláčeková in her dissenting opinion, it is true that the national judge should sit on the bench as an *ex officio* member of the Court (as per Art. 26-4 of the Convention); but *“the position of ‘national judge’ presupposes the existence of a mandate of a judge as such, which in the present case ceased to exist after 16 September 2022”* (para 11 of her dissenting opinion).

The lack of information on Judge Lobov's position after Russia's exit from the CoE is alarming. Russian exit from the CoE is a difficult legal question and the Strasbourg stakeholders have undoubtedly invested lots of time and energy to resolve the issue. On 16 September 2022, the ECtHR issued a [press release](#) that referred to an unnumbered [Resolution of 5 September 2022](#) by which the Plenary of the Court *“takes formal notice of the fact that since the Russian Federation ceases to be a High Contracting Party to the Convention on 16 September 2022, the office of a judge in the Court with respect to the Russian Federation also ceases to exist.”* Given this background, it is

all the more unfortunate that the judgment issued in January 2023 contains no information as to why the Russian judge was involved. (The information is also missing in 7 other chamber cases where Judge Lobov appears after 16/9/2022.)

First, it is not a given that the situation falls under Rule 24-4. Second, if the Court believes that Rule 24-4 does apply to the situation, it should explain why – or at least make a brief reference to support that conclusion. Third, the lack of any explanation as to Judge Lobov's appearance in the Court's composition is even more disturbing given that there is a dissenting opinion by Judge Poláčeková raising concerns about that very issue, and another dissenting opinion of Judge Lobov himself on the substance of the case. All in all, as a reader of the Court's case-law, I would like to hear why a judge from a non-member country is included in the Court's composition.

Whatever the conclusion on this issue, seeing Mikhail Lobov's name in a judgment that postdates the end of his mandate feels like a *déjà vu*. Last spring, [Rick Lawson invited the ECtHR](#) to handle the personnel situation better than the CJEU had handled [the end of Eleanor Sharpston's mandate](#); yet, the ECtHR seems to have missed the opportunity to be clear and transparent about the issue.

Conclusion

Today, conservatives and liberals are at war when it comes to LGBT+ rights. By criticising the Court for its ruling in *Fedotova*, I am not saying that LGBT+ rights do not deserve protection by European apex courts. However, ends do not justify the means – and even as a strong advocate of LGBT+ rights, I must conclude that the Court made a mistake when it issued what probably amounts to the most political judgment of all times.

Alina Mungiu-Pippidi

Das Postfaktische über Korruption in der Europäischen Union

doi: 10.17176/20230113-001558-0



Es mag viele Europhile überraschen, aber 53 Prozent der europäischen Bürgerinnen und Bürger sind der Meinung, dass private Interessen, und nicht die allgemeinen, ihre Regierung kontrollieren. Das sind keine Fake News eines russischen Medientrolls, sondern ein Bericht der Transparency International Umfrage [Global Corruption Barometer](#). In der ärmeren Hälfte Europas, in der erst seit 1989 Wahlen abgehalten werden, werden die Parlamente und politischen Parteien als am korruptesten wahrgenommen. In den älteren und reicheren Demokratien, in denen noch vor 30 Jahren Bestechungsgelder als Geschäftsausgaben von der Steuerliste eines Unternehmens abgesetzt werden konnten, halten die Bürger die Banken für die wichtigsten Förderer der Korruption. Laut [europam.eu](#), einem interaktiven Instrument zur öffentlichen Rechenschaftspflicht, haben die meisten Länder mit dem schlechtesten Ruf in Bezug auf Korruption (mit Ausnahme von Zypern und Malta) die umfangreichsten Vorschriften (z. B. gegen Interessenkonflikte oder zum Schutz des öffentlichen Auftragswesens) erlassen, da sie sich bemühten, das Problem unter Kontrolle zu bringen. Umgekehrt haben die Länder, die den besten Ruf genießen, nur wenige Vorschriften, dafür aber umfassende Transparenz. Finnland ist da das beste Beispiel: Die Einkommen und Steuererklärungen aller Bürger sind öffentlich. Der Druck der öffentlichen Meinung in Skandinavien ist so stark, dass in Island (das 2009 den EU-Beitritt beantragte und dann einen Rückzieher machte) ein Ministerpräsident, bei dem in den Panama-Papieren festgestellt wurde, dass er ein Offshore-Konto unterhielt, nach nur wenigen Stunden aufgrund eines Massenprotests vor dem Regierungsgebäude zurücktreten musste, obwohl er gegen kein formelles Gesetz verstoßen hatte.

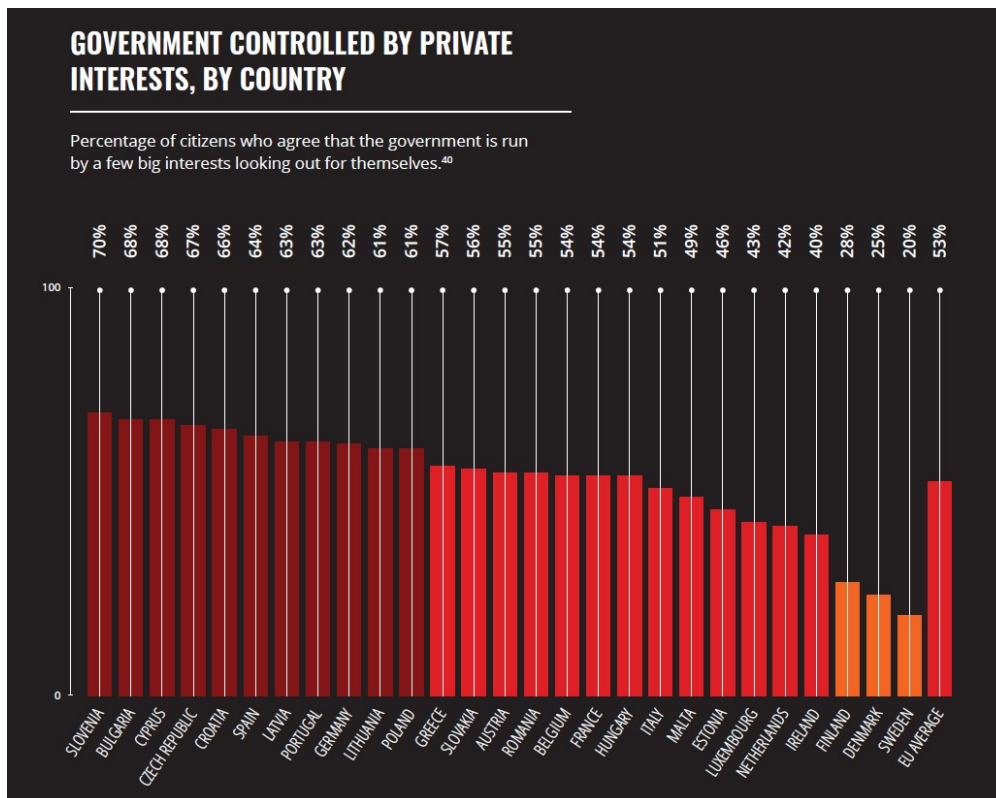
Was passiert nun, wenn man all diese Länder in einer internationalen Organisation wie dem Europäischen Parlament zusammenfasst, dessen Wählerschaft in 27 Mitgliedsländern mehr als das Tausendfache der isländischen beträgt (weniger als eine halbe Million) und daher

weitaus größere Schwierigkeiten hat, zu erfahren, was vor sich geht, geschweige denn, sich auf einem einzigen abgelegenen Platz zum Protest versammeln kann? Der FIFA-Skandal von 2015 oder der UN-Skandal um „Öl für Lebensmittel“ von 2005 haben eine Blaupause für die institutionelle Korruption in internationalen Organisationen geliefert. Im Großen und Ganzen ist es so, dass Korruption bei solch komplexen Rahmenbedingungen, in denen es keine oder nur eine geringe Rechenschaftspflicht gibt, auf den kleinsten Nenner fällt, nicht auf den Durchschnitt.

Der Rücktritt von Maria Arena, der Vorsitzenden des Unterausschusses für Menschenrechte des Europäischen Parlaments, die zu denjenigen gehörte, die mit dem Geld von Katar reisten und dies nicht meldeten, ist eine weitere Bestätigung dafür, dass wir es mit institutioneller Korruption zu tun haben. Nach der Definition des [Harvard Safran Center of Ethics](#) (übrigens in Verbindung mit dem US-Kongress, einer anderen Legislative) kann man von **institutioneller Korruption** sprechen, wenn eine systematische und strategische Beeinflussung vorliegt, die sogar innerhalb der gegebenen rechtlichen Grenzen die verfassungsmäßige Aufgabe einer Organisation untergräbt, in diesem Fall des Menschenrechtsausschusses, dessen Mitglieder niemals Zuwendungen von einem Land annehmen sollten, das sie beurteilen.

Katargate

Auch wenn es dem Europäischen Parlament in den letzten Jahren gelungen ist, eine Mehrheit zu finden, um die Mitgliedstaaten Ungarn, Polen, Rumänien, die Slowakei, Bulgarien und Malta wegen Korruption zu schelten, ist es weitaus schwieriger, seine eigenen Mitglieder zu kontrollieren. Das aktuelle Katargate betrifft bisher nur wenige Abgeordnete sowie die Vizepräsidentin des EP, Eva Kaili von der griechischen Partei PASOK. Katar bezahlte jedoch Luxusreisen für weitere Abgeordnete, obwohl sich einige weigerten, und noch andere Abgeordnete hatten



Quelle: Global Corruption Barometer

Katar bereits öffentlich ihre Unterstützung angeboten.

In den letzten Jahren zeigte sich Katar sehr großzügig: Mein Antikorruptionskurs und ich haben darüber abgestimmt, ob ich einen Antikorruptionspreis annehmen sollte, für den man nur die Bühne eines großen internationalen Antikorruptionstreffens neben den führenden Politikern Katars besteigen muss. Welche Gefallen kann ich jemandem erweisen? Ich habe natürlich kein Stimmrecht bei der Visafreiheit oder bei der Steuerbefreiung für Fluggesellschaften, den Zielen Katars im Europäischen Parlament. Trotz ihrer Jugend kannten meine Schüler die Antwort darauf: Was man mit einem kostenlosen Mittagessen kaufen kann, ist die Verpflichtung zur Gegenleistung. Was Katar mit seiner Auszeichnung will, ist ein Glaubwürdigkeitstransfer: und es scheint zu funktionieren, denn die Auszeichnung gibt es nun schon seit einigen Jahren.

Verwirrung über Korruptionsvorschriften

Wenn Abgeordnete des Europäischen Parlaments betroffen sind, scheint es offensichtlich, dass sie nicht mit Geldern von Ländern oder Unternehmen reisen oder dinieren sollten, die unter der Aufsicht des Europäischen Parlaments stehen. Sollte ein solch offensichtlicher Interes-

senkonflikt sogar ein spezielles Verbot rechtfertigen, oder können wir uns auf ihr moralisches Gespür verlassen? Es scheint nicht so.

In einigen EU-Institutionen herrscht offenbar Verwirrung darüber, was Korruption ist. Das sieht man beispielsweise bei der Antwort eines Ad-hoc-Ethikausschusses der Europäischen Kommission an den Europäischen Bürgerbeauftragten im Jahr 2016 im Zusammenhang mit dem Wechsel von Kommissionspräsident José Manuel Barroso zu Goldman Sachs nach dem Ende seiner Amtszeit. Die Bedeutung des Begriffs „Integrität“ ist unklar, da der Europäische Gerichtshof nie die Gelegenheit hatte, ihn zu definieren. Eine Studie von Transparency International EU ergab, dass mehr als 50 Prozent der ehemaligen Kommissare und 30 Prozent der ehemaligen Mitglieder des Europäischen Parlaments (MdEP), die aus der Politik ausgeschieden sind, Organisationen beigetreten sind, die im EU-Lobbyregister eingetragen sind. Wenn ihre Namen nicht in irgendeinem Justizskandal auftauchten, dann deshalb, weil keine Ermittlungsbehörde jemals das unternahm, was die Journalisten der *Sunday Times* 2011 taten, als sie sich *undercover* an 60 MdEP wandten, sich als Lobbyisten ausgaben und als Gegenleistung für die Unterstützung bestimmter Änderungsanträge Schweigegeld

anboten. Nur drei von ihnen akzeptierten auf Tonband Zahlungen im Tausch gegen Stimmen: Der Rumäne Adrian Severin, der Österreicher Ernst Strasser und der Slowene Zoran Thaler. Daraufhin versuchte OLAF einzugreifen, was vom Europäischen Parlament jedoch kaum unterstützt wurde. Nach dem Skandal musste das EP seine Regeln für die Aufhebung der Immunität überarbeiten, da es Jahre dauerte, die Immunität des Abgeordneten Adrian Severin aufzuheben, der als einziger nicht zurückgetreten war. Er wurde schließlich in seinem Heimatland verurteilt, wie auch die beiden anderen. Im Jahr 2012 organisierte ich einen öffentlichen Wettbewerb (Poster unten von Dan Perjovschi), um Severin zum Rücktritt zu bewegen, und ließ Studierende Plakate im EP-Gebäude verteilen.



Das EP musste auch die Regeln für die Wahlbeobachtung überarbeiten, da sich diese als ein weiteres Betätigungsfeld für abtrünnige Abgeordnete erwies. Im Jahr 2013 beobachteten einige Abgeordnete des Europäischen Parlaments die Wahlen in Aserbaidschan ohne einen offiziellen Auftrag, nur um sie als frei und fair zu loben, im Gegensatz zur OSZE, die Mängel im Prozess feststellte; 2019 versuchten vier Abgeordnete des Europäischen Parlaments, sich als Wahlbeobachter in der Republik Moldau anzumelden, um Ilan Shor zu unterstützen, einen von Interpol gesuchten Politiker, der im „Diebstahl des Jahrhunderts“ (Betrug in Höhe von 1 Milliarde USD) verurteilt wurde und im Verdacht steht, ein trojanisches Pferd Putins zu sein. Zwei von ihnen (Fulvio Martusciello, ein italienischer Mitte-Rechts-Abgeordneter des Europäischen Parlaments, und Barbara Kappel, eine Europaabgeordnete der rechtsextremen Freiheitlichen Partei Österreichs) filmten ihre Wahlunterstützung für Shor und stellten sie ins Internet. Das EP rügte schließlich alle vier. Die politischen Zugehörigkeiten gehen über ideologische Grenzen

hinweg.

Natürlich sind alle diese Schwachstellen Chancen für Schurkenstaaten um Einfluss zu nehmen. Pier Antonio Panzeri, der ehemalige italienische Europaabgeordnete, in dessen Haus die Polizei im Rahmen von Ermittlungen Hunderttausende Euro in bar fand, hatte eine NGO mit dem ironischen Namen Fight Impunity (Kampf gegen die Straflosigkeit), in deren Vorstand er mehrere ehemalige Kommissare und Europaabgeordnete aufgenommen hatte. Ohne im offiziellen Transparenzregister für Lobbyisten aufgeführt zu sein, hatte die NGO dennoch einen bedeutenden Zugang zum Unterausschuss für Menschenrechte, in dem sich Schurkenstaaten bemühen, ihren Ruf zu reinigen, um sich für EU-Hilfen zu qualifizieren. OLAF ist neben der österreichischen Regierung, UNODC und Interpol Gründungsmitglied einer internationalen Organisation mit Sitz in Wien, der Internationalen Antikorruptionsakademie (IACA), in der Russland, China und Saudi-Arabien, ganz zu schweigen von Aserbaidschan, dem neuesten Freund der EU und der Alternative zur Energieabhängigkeit (9 von 100 Punkten im Menschenrechts-Score von Freedom House, wo selbst Russland 19 Punkte hat), als Hauptsponsoren aufgeführt sind. Obwohl Saudi-Arabien neben China und Aserbaidschan im Wilmer-Hale-Prüfbericht der Doing-Business-Rangliste der Weltbank auftaucht - ein Projekt, das wegen internationaler Einflussnahme eingestellt wurde -, sponsern die Saudis ein aufwändiges IACA-Programm, das den G20-Ländern bessere Korruptionsrankings als die von Transparency International liefern soll.

Eine Geschichte der Korruption

Die Bedrohung durch institutionelle Korruption ist in der EU nichts Neues. Im Jahr 1999 spielte das Europäische Parlament eine wichtige Rolle beim Rücktritt der gesamten Santer-Kommission aus Gründen der Integrität. Im Jahr 2017 wäre die Parlamentarische Versammlung des Europarats beinahe der „Kaviardiplomatie“ des ölreichen Aserbaidschans erlegen, als sie im Gegenzug eine Sanktion gegen die Pressefreiheit zurückhielt. Die Möglichkeiten sind gerade in Zeiten des Konflikts und des Realismus zahlreich, und die Aufsicht lückenhaft. Die EPPO hat gerade ein neues Verfahren gegen Kaili wegen missbräuchlicher Verwendung von Arbeitsmitteln durch Assistenten eingeleitet, aber alte Verfahren gegen französische Europaabgeordnete ziehen sich seit Jahren hin, ohne dass ein Abschluss erreicht wurde. Sowohl der erste (und

einzig) Korruptionsbericht als auch die Rechtsstaatlichkeitsberichte der Kommission konzentrierten sich bisher nur auf die Mitgliedstaaten und klammerten die EU-Institutionen und die grenzüberschreitende Korruption aus, obwohl gerade diese zwischen den nationalen Rechtsprechungen liegen und mehr Aufmerksamkeit seitens der EU brauchen. Auch die Medien sind zurückhaltend, aus Angst, den Euroskeptikern in die Hände zu spielen. Die großen Fälle – Airbus, Siemens, Banken – sind auf die US-Behörden und die grenzüberschreitende Durchsetzung ihres Foreign Corrupt Practices Act zurückzuführen.

Fazit

Das Europäische Parlament ist der absolute Herrscher über seine eigene Integrität. Wenn es seine Möglichkeiten einschränken will, indem es vollständige Transparenz bei Sitzungen, Zugang, Ausgaben und Reisen bietet, kann es das tun - gute Vorschläge liegen seit Jahren vor. Wenn es Regeln zur Verschärfung der Auflagen erlassen will, genügt es, unter europam.eu die umfassendsten in jeder Kategorie auszuwählen. Es werden keine weiteren externen Agenturen zusätzlich zu OLAF, ERH und EPPO be-

nötigt, da niemand mehr Macht haben kann als das EP selbst. Aus diesem Grund ist es so schwierig, die Parlamente von Korruption zu befreien. Im Jahr 2004 leitete ich in Rumänien eine erfolgreiche Koalition für ein sauberes Parlament (CPC). Die Open Society Foundation und andere Geber haben diese Initiative seither in vielen Ländern ausgeweitet, darunter auch in der Ukraine im Jahr 2011, aber nirgendwo mit so großer Wirkung wie beim ersten Mal. Vielleicht sollte das, was wir damals taten - Kandidaten aus Gründen der Integrität auf schwarze Listen zu setzen, ihre Parteien aufzufordern, problematische Kandidaten von den Listen zu streichen und schließlich die Medien und Wähler aufzufordern, die bösen Buben auszuschließen - bei den Europawahlen wiederholt werden. Allerdings waren wir damals verzweifelt, weil wir befürchteten, dass Rumänien seine EU-Bewerbung verpassen würde: Es hat funktioniert, aber ich habe Jahre vor Gericht verbracht, um mich gegen Verleumdungsvorwürfe von Spitzenpolitikern zu verteidigen. Sollten wir so verzweifelt sein, die Lücke in der Rechenschaftspflicht in Europa durch eine solche Kampagne an der Basis zu schließen? Sicherlich könnte das Parlament dieses Problem viel einfacher lösen und dabei sich selbst und die EU retten.

Tilman Hoppe

Tougher Integrity Rules for the European Parliament

doi: 10.17176/20230113-122437-0



In 2011, several [MEPs](#) were caught on camera offering to propose amendments to European legislation in exchange for 100,000 EUR. “Of course, I am a lobbyist,” one MEP stated when agreeing to the bribe offer by journalists posing as lobbyists during the sting operation. Such flagrant corruption at the most influential [legislator](#) globally did not remain an isolated incident: In December 2022, the Vice-President of the European Parliament was allegedly [caught](#) with bags of cash around her, at least 750,000 EUR in total, allegedly paid by Morocco and Qatar. European politicians were quick to reaffirm the importance of strict integrity measures at the Parliament. Going through the [demands](#) of various stakeholders, three points are striking:

1. Publishing lobbying contacts with third-country diplomats or governments, while being an understandable demand in light of the recent scandal, would be a globally unprecedented step.
2. The calls for “tougher” sanctioning fail to recognize that the EU has no competence for adopting any significant sanctions on lobbyists.
3. Surprisingly, the option of toughening the outstandingly weak disclosure system of finances and interests of MEPs does not seem to be on the table.

Should foreign governments influence parliament at all?

At least 23 [countries worldwide](#) have a specific statutory or sub-statutory regulation on lobbying. None of these, to the best of my knowledge, applies to representatives of foreign governments. On the contrary: Explicit exceptions are the standard for “public officials in the course of their duty” or for “the pursuit of foreign policy interests in diplomatic or consular dealings”.¹ At first glance, this

exception seems surprising. Why should questionable stakeholders such as Azerbaijan or Qatar have the privilege of unfettered lobbying, while Facebook or Philipp Morris have to register and disclose? The answer lies probably in the overly uniform approach of most lobbying laws, covering executive and legislative activities by the same standards, while in fact, both are different.

In the executive branch, contacts between domestic and foreign officials are a necessary daily routine. It would be practically impossible to register or disclose the thousands of weekly contacts between numerous ministries and agencies on all levels of hierarchy, and with all sorts of countries (and international organisations). Furthermore, many, if not most of these contacts would be pointless if they were to be disclosed to the public: preparing future cross-border data exchange with banks and tax authorities in Switzerland, to name but one example, or protecting maritime traffic around the Horn of Africa, or preparations for a possible official visit by Taiwan’s President. At the same time, information would not be of much use, as it is a matter of course that prosecutors cooperate on criminal cases, and health ministries coordinate measures in a pandemic.

For legislation, the situation is different: In contrast to governments, parliaments are not mandated by the constitution and international law to represent the state towards foreign governments. Parliamentarians and legislation shall represent the will and interests of the domestic electorate, not the will of foreign governments (see for example Art. 20 para. 2 and Art. 38 para. 1 German Constitution). Allowing foreign governments to influence domestic legislation, for example through political donations, would erode national sovereignty. Thus, prohibiting foreign governments to donate to domestic political parties (or parliamentary factions) is an in-

¹ [Austrian Lobbying Act](#), § 2; see also the exceptions in the laws in [Canada](#), Section 4 para. 1 lit. e and f, for “diplomatic agents, consular officers or official representatives in Canada of a foreign government”; [Germany](#), § 2 para. 2 no. 6, for “public offices or mandates”, and para. 3 no. 5, for “diplomatic or consular activities”; [Ireland](#), Section 5.5.b-c, for “communications by or on behalf of a country or territory

ternational standard (OSCE/ODIHR/Venice Commission [Guidelines](#) on Political Parties at no. 172 “Contributions from foreign sources are generally prohibited”). Similarly problematic is legislative lobbying by foreign governments. In light of this, the current scandal at the European Parliament might trigger an overdue discussion: Foreign officials should be either prohibited to lobby on legislation or be subject to rigorous disclosure rules.

No competence, no sanctions

It takes two to tango (or to lobby): a public official and a lobbyist. International organisations such as the Council of Europe, the OECD, or the United Nations have the power to draw some boundaries for their own representatives and staff when coming into contact with lobbyists. However, they have minimal power to impose binding obligations on lobbyists: They can deny lobbyists access to their premises or publish violations, as is foreseen in the European Union’s “[Interinstitutional Agreement of 20 May 2021 on a mandatory transparency register](#)”, Annex III no. 8 (and Annex II no. II lit. d footnote 3). Otherwise, the regulatory power of international organisations is limited: They have no regulatory competence for any administrative or [criminal fines](#), and they cannot even impose obligations on lobbyists outside their premises.

As for the EU, it could aim for sanctions in national criminal or administrative legislation, based on future EU legislation on lobbying transparency at EU institutions (for example based on Article 298 of the [Treaty](#) on the Functioning of the European Union (“In carrying out their missions, the institutions, bodies, offices and agencies of the Union shall have the support of an open, efficient and independent European administration.”). Or, member states include “their” MEPs in national legislation on lobbying. So far, [Ireland](#) is the only country worldwide that has included at least some representatives of international organisations in the scope of its [lobbying law](#): “members of the European Parliament for constituencies in the State” of Ireland (Section 6.1.c). Still, this provision misses several constellations: If an Irish lobbyist contacts an official of the European Commission or a member of the European Parliament for a constituency from outside Ireland, no lobbying regulation applies. Plus: Only about a quarter of EU-member states

so far have any statutory lobbying regulation at all ([AT](#), [DE](#), [FR](#), [IR](#), [LT](#), [PL](#), [SL](#)).

Obviously, lobbying an international organisation often occurs outside the premises of the organisation itself. Thus, lobbyists can influence representatives within the premises of international organisations without real, deterring sanctions in case of any misconduct, or contact them outside the premises without even any obligations having a binding effect on them.

A feasibility [study](#) for the Council of Europe preparing the adoption of the “[recommendation](#) on the legal regulation of lobbying activities” identified this problem of international organisations already in 2014 (at 4.6 lit. f) and proposed an international standard according to which “obligations and sanctions under national laws targeting transparency and ethical conduct of lobbyists should extend to lobbying of international organisations” (at B.8). Unfortunately, the recommendation adopted by the Council of Europe in 2017 remains silent on lobbying of international organisations – a rather awkward achievement for an international organisation caught in an undignified lobbying and bribery scandal (“[caviar diplomacy](#)”), whose Parliamentary Assembly received a scathing integrity [review](#) by GRECO in 2017.²

How much disclosure fits on a fig leaf?

Compared to advanced systems in member states such as [France](#), [Lithuania](#), [Poland](#), or [Romania](#), the system of publicly disclosing personal and financial interests of MEPs (and other EU politicians) is strikingly weak. First, the European Parliament represents the interests of all European citizens. Therefore, publicly disclosing personal and financial interests requires that the European public can actually understand the disclosures. If one looks up the respective disclosures of the (now former) Vice-President on the European Parliament’s website, one finds [links](#) to pdf documents in the Greek language (only). This is an amazingly low standard, given the multilingualism [principle](#) of the EU and given how important (and transparent) integrity of its legislators should be. Second, even if one understands Greek, the disclosures contain superficial information at best. The leading NGO in Europe for access to information [deplored](#) already in 2012 the poor state of financial disclosure at the Euro-

²Recommendation vi of that review remains largely unaddressed in the new [code of conduct](#) of 2022: “to introduce a robust and consistent set of rules for PACE members on how to engage in relations with lobbyists and other third parties seeking to influence the parliamentary process”

pean Parliament. Nonetheless, recommendations such as for a “central searchable online database”; a “translation of declarations into at least one ‘procedural language’”; and for “proactive monitoring” of the declarations fell on deaf ears. At the same time, the [ECJ](#), in the summer 2022, followed the [ECtHR](#) and confirmed that

rigorous systems of public financial disclosure are in principle in line with the right to privacy: Thus, if the European Parliament was serious about stricter disclosure of finances and interests, it would have the backing of the ECJ.

Emilio de Capitani

Qatargate: The Tip of the Iceberg?

doi: 10.17176/20230110-121653-0



When Qatargate made headlines some weeks ago, it reminded me of the *mani pulite* or “clean hands” scandal in Italy in the early 90’s. The question is whether the Qatargate scandal is confined to a few rotten apples in the European Parliament or whether it is symptomatic of a much more widespread disease. I am inclined to believe that the second diagnosis is the right one. I am also convinced that the European Parliament is just the most visible perpetrator. Even though the Parliament’s President Metsola has come out and denounced the scandal as an external attack on EU democracy, I am certain that such attacks would not have had the impact that is emerging if the European Parliament and the European Union had organised themselves adequately to counter them or at least limit their effects.

Moreover, we all know that since the Treaty of Maastricht, the increase in power of the democratic institutions of the European Union has attracted the attention of lobbyists from all over the world, including some who are more than willing to bribe their way to achieving their economic and political goals. Most of the [interinstitutional legislative agreements](#) are achieved through opaque negotiations.

So, the question is how can we prevent external influence in a European Union which should remain open to society while promoting participatory democracy as required by Articles 11 TEU and 15 TFEU? In my opinion, some measures need to be taken at the general level while others should be adopted by the European Parliament itself.

Enshrining the principles of transparency and good administration in binding legislation

It is strange that the European Union, which is so insistent that Member States and third countries should comply strictly with the rule of law, does not yet have a binding global framework for implementing the principles of transparency and good administration enshrined in Articles 41 and 42 of the Charter of Fundamental Rights.

Those articles could be implemented using Article 15 TFEU, which requires legislative transparency and a right of access to documents, and Article 298 TFEU, according to which “*In carrying out their missions, the institutions, bodies, offices and agencies of the Union shall have the support of an open, efficient and independent European administration*” and the European Union shall establish provisions to that end.

Unfortunately, 13 years after the entry into force of the Lisbon Treaty, legislative transparency is far from being ensured and Article 298 TFEU on good administration has only been triggered this year for the first time and then only in order to frame the security of [classified information](#). The current rules for the EU Civil Service (the [Staff Regulation](#) and the [Financial Regulation](#)) remain very general and do not cover, for instance, the need for transparency or the complex problems arising from the growing importance of an integrated supranational/national administration (take, for instance, the case of Schengen Cooperation or of [Integrated Border Management](#), where it still hard to distinguish what falls under the responsibility of Frontex and what under the responsibility of the national administrations...) Now, can we still delude ourselves that an administration of more than 60.000 officials, seven institutions and over thirty [decentralised agencies](#) and several others in charge of executive tasks can function properly in the absence of a common administrative culture? In my opinion, more than seventy years after the founding Treaties, the time has finally come to put some order into the EU public administration, as was [formally requested](#), to no avail, by the EP itself years ago.

Strengthening the accountability of the Members of the EU Institutions

As Qatargate has shown, the risk of lobbying and corruption does not only concern EU officials who are required to comply with the Staff Regulations but also the members of the institutions such as the members of the Com-

mission or the MEPs themselves, who are only indirectly affected by the Staff Regulations (see the case of whistle blowers covered by Article 22c of the Staff Regulations).

Of course, in order to cover this gap, the institutions have provided in their respective rules of procedure for a number of constraints and mechanisms, but these have unfortunately proved to be rather generic. Codes of conduct have been adopted and registers of lobbyists created but only on a voluntary basis, rather than constructing them on a legislative basis (Art.15 TFEU). Regrettably, these are just soft law which does not create real obligations and rights and can be regarded as mere fig leaves that can be easily circumvented.

Foreseeing credible sanctions

Preventing maladministration is not enough. We also need stronger rules on the prosecution of active and passive corruption on the part of members of European institutions, agencies and bodies. Now, the crime of corruption is included in Article 83 of the Treaty on the Functioning of the European Union among the so-called Euro-Crimes, but, once again, the current rules mainly concern the Member States and are limited in scope, such as the “PIF” [Directive 2017/1371](#), on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law, or procurement rules, or money laundering. It now seems as though the Commission is finally preparing a legislative proposal on the fight against corruption, also because the European Union is party to the United Nations Convention against Corruption (UNCAC) and wants to join the coordination group (GRECO) of the Council of Europe countries fighting corruption. In light of the Qatargate scandal, however, it is now a question of whether the same rigour will be applied in the fight against corruption also within the institutions and in areas other than the protection of financial interests, such as illegally favouring the interests of a third country.

Enforcing new rules and sanctions

In any case, even clear rules and sanctions become a dead letter if there are no authorities capable of enforcing them. Now, it is true that, according to the Treaty, there are already structures that could be activated in cases of maladministration or mismanagement of resources, such as the [Ombudsman](#) or the Court of Auditors itself, but in fact the latter have so far proved to be paper tigers be-

cause, in defining their powers, the Member States and the European Parliament itself have been careful not to provide them with adequate instruments of inquiry.

The same can be said of [OLAF](#), an independent structure but internal to the Commission that does an excellent job with regard to the EU “machine” but which, having no judicial powers, has to pass the papers to national prosecutors, who are not always as reactive as the Belgian prosecutor was in the case of Qatargate. The question, therefore, arises as to whether it would not be appropriate to extend the competence of the European Public Prosecutor (EPPO) beyond the protection of financial interests under Article 86 TFEU.

In its first [resolution on Qatargate](#), the European Parliament referred to the creation of a new ethics body [via an interinstitutional agreement](#) for protecting and promoting ethical principles within the institutions and agencies.

Speaking of the European Parliament

My impression is, however, that founding such a new entity via a simple interinstitutional agreement could be an erroneous “good idea”, notably in the absence of a clear framework of rules on transparency, good administration and the prevention and prosecution of corruption, and, thus, liable to turn out to be yet another fig leaf. Moreover, I am still convinced that a specialised authority should be created notably for the European Parliament to preserve and even develop its powers as well as its organisational independence but also to prevent future abuses while maintaining and strengthening its openness to society, as it is the only EU institution directly elected and accountable before EU citizens.

There is already an EU Regulation establishing an [“Authority for European political parties and European political foundations”](#) in compliance with Article 224 TFEU which is in charge of verifying compliance with the values on which the Union is founded, as expressed in Article 2 TEU; why not widen the scope of its competencies and empower it with credible powers of investigation also towards the EP Political Groups whose members have been elected based on a proposal by the same Political Parties?

Unfortunately, however, especially over the last decade, the European Parliament has acted, to say the least, in a contradictory way precisely when it comes to transparency and good administration. On the one hand,

there have been repeated plenary resolutions in favour of these principles, and on the other hand, internal governing bodies such as the Bureau (which brings together the President and the 14 Vice-Presidents) have moved in the opposite direction, unfortunately with the support of the EP General Secretariat.

Thus, even today, after the [General Court declared in 2018](#) that documents exchanged with the Council in legislative trilogues are of a legislative nature, these documents are still not listed by the [EP Bureau Decision](#) along with the other preparatory legislative documents which should be published proactively. As a citizen, you may ask to have access to these documents but only after going through exhausting procedures (whereas lobbyists obtain them without difficulty). This lack of legislative transparency is even more in contrast with the advertisement campaigns financed by the EP and its representation offices set up in the Member States and third countries to “promote” the image of the institution.

But it is, in my opinion, at administrative level that the principles of good administration are violated now that posts of officials in the General Secretariat are filled almost systematically by officials of political groups through internal competitions (the so-called “*passerelle*”), with all due respect to those who delude themselves that they can enter the European Parliament through public competitions (as provided for in the Staff Regulations). It is, therefore, not surprising that former officials of the political groups are reluctant, once they become officials of the General Secretariat, to monitor or worse to denounce cases of corruption or maladministration on the part of Members in the appropriate forums.

But perhaps the most obvious example of this systematic occupation by the political groups of positions of power in the administration has been the establishment of 14 General Directorates and dozens of Directorates, not to speak of the appointment of the new EP Secretary-General which was in some way imposed by the Presidency of the European Parliament despite all the protests of the staff unions and the denunciations of the press.

Moreover, over time, the EP’s Rules of Procedure have become a 160-page book with different layers of rules and multifarious structures and procedures which gives no clear view of what is happening or should happen. On the other hand, some essential decisions such as the appointment of legislative rapporteurs are taken not in the light of the merits and competence of the MEPs concerned but according to scores and methods (such as the so-called d’Hondt method) which are absolutely abstruse and incomprehensible to people outside of the institution. In this context of opaque procedures and poor control by the political groups themselves, it is not surprising that some MEPs considered that they enjoyed a kind of impunity, and that the Brussels “bubble” could continue to remain impervious to external controls.

We are a year and a half away from the end of the parliamentary term. Our only hope as citizens is that under pressure from the hundreds of honest and competent MEPs who are still working in the House, it will be possible to relaunch the work and the image of the Institution starting from political groups and by the internal bodies of the EP, such as the Bureau and the Conference of Presidents, which appear to have lost their compass.

Laurent Pech

7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole

doi: 10.17176/20230118-001918-0



7 years after the activation of the [pre-Article 7 procedure](#) in January 2016, Poland has become a “[legal black hole](#)”, to borrow the expression used as a warning by Advocate General Bobek in a case concerning Poland’s [arbitrary](#) secondment regime for judges.

In short, the EU is faced with a Member State where all of its top courts are now unlawfully composed; where every single judicial appointment procedure since 2018 is inherently defective due to the involvement of an unconstitutional body; and where core EU *and* ECHR requirements relating to effective judicial protection and the fundamental right to an independent court established by law have been held “unconstitutional” in [2021 and 2022](#) by the body [masquerading](#) as Poland’s Constitutional Tribunal (CT).

This led the Secretary General of the Council of Europe to report last month that Poland’s obligation to ensure the enjoyment of the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal established by law to everyone under its jurisdiction “[is not, at this stage, fulfilled](#)”. Read that again and let it sink in.

In another unprecedented warning, the Secretary General identified a threat “[to the future efficiency of the Convention system](#)”. The reason? An exponential rise in the number of similar applications relating to Poland’s rule of law crisis: more than 70 complaints were communicated to Polish authorities by the European Court of Human Rights (ECtHR) with the Strasbourg Court also issuing more than 20 interim measures in respect of 15 judges *in the past year alone*.

It is difficult not to conclude that the ECtHR is paying the price of the EU’s persistent failure to act promptly and decisively *after years* of acting in a [too little, too late](#) fashion. In a period of seven years, the European Commission has indeed lodged with the ECJ a grand total of four infringement actions and has been sitting on a [fifth one](#) regarding Poland’s unlawfully composed CT for more than a year. By contrast, Polish judges have referred no fewer than 39 requests for a preliminary ruling to the ECJ. In doing the Commission’s job, the referring judges have

sacrificed their professional careers in addition to making themselves the target of repeated unlawful [proceedings, sanctions, abuse and threats](#).

It is not that the Commission is not aware of the gravity of the situation. In 2017, the Commission rightly emphasised how the situation “[has continuously deteriorated](#)” since the end of 2015 and how the combined effects of multiple legislative changes have “[put at serious risk](#)” the separation of powers. In 2019, the Commission went a step further and stressed how “[the executive and legislative powers now can interfere throughout the entire structure and output of the justice system](#)”. Most recently, in its submissions to the ECJ in Case C-791/19 and Case C-204/21, the Commission accurately stated that the combination and simultaneous introduction of various legislative changes “[have given rise to a structural breakdown](#)” and described the changes made to the disciplinary regime for judges as amounting to a “[systemic rupture](#)” with Poland’s pre-2015 regime.

Considering the above, Poland must no longer be considered as facing a rule of law crisis but rather a rule of law *breakdown* whose key features will be outlined below. This post will then very briefly address the [latest bill](#) of January 2023 and which offers more [façade of change](#) so as to get the Commission to unlock [EU recovery funding](#).

A bird’s eye view of Poland’s rule of law breakdown

Poland’s [rule of law breakdown](#) began with the capture of the Constitutional Tribunal. Where are we now, seven years later? Following a [judgment](#) of the ECtHR in May 2021, it can be concluded that the CT is no longer a tribunal established by law when deciding cases in formations including any of the three individuals occupying the seats of the properly elected judges due to the grave irregularities committed by the ruling coalition in December 2015. Most recently, Poland’s Supreme Administrative Court held that the whole CT is no longer a court as it is “[infected](#)” [with unlawfulness](#).

The second key body used to organise the autocratic

gangrenisation of Poland's judicial system is known as the National Council for the Judiciary (NCJ). The [capture of the NCJ](#) has enabled Poland's ruling coalition to interfere in all judicial appointment procedures. This has, in turn, led the ECtHR to [establish the neo-NCJ's lack of independence](#) and hold that any court composed of individuals (so-called neo-judges) appointed in a procedure involving the neo-NCJ is *systematically compromised*. Notwithstanding the ECtHR demanding [rapid remedial action](#) and Poland's Supreme Court finding the neo-NCJ to be an unconstitutional body, nothing has been done so one may expect a [continuous flow of ECtHR judgments finding against Poland](#).

A third (new) body, known as the Disciplinary Chamber (DC), was used to bully judges and prosecutors into submission. Multiple rulings have established that the DC is [no more than a kangaroo body](#). This explains why the lawful judges of Poland's Supreme Court ruled in [January 2020](#) that all of its resolutions must be held null and void. A key legal aspect the Von der Leyen Commission irresponsibly decided to [ignore last year](#).

Another new body, known as the Extraordinary Chamber, has been set up by Poland's ruling coalition to protect its [irregularly appointed "judges"](#) and itself from potential [adverse electoral results](#). It was also established not to be a proper court [by the ECtHR](#) and suspended, in part, [by the ECJ](#) in July 2021, yet it continues to operate.

Another chamber of the Supreme Court – the Civil Chamber – was held [by the ECtHR](#) not to be a court established by law when consisting of individuals appointed post 2018 via the neo-NCJ. It follows that any Supreme Court bench consisting of "neo-judges" must be considered an irregular bench in breach of Article 6(1) ECHR.

As of today, we have reached a stage where the fundamental right to an independent court established by law under the Polish Constitution, the ECHR and the EU Treaties is systemically violated with Polish authorities also casually and openly violating an increasing number of rule of law related rulings of the ECtHR and ECJ (non-exhaustive list):

- ECJ [judgment of 19 November 2019](#) in Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, AK (Independence of the DC)
- ECJ [judgment of 2 March 2021](#) in C-824/18, AB (Appointment of judges to the Supreme Court – Actions)

- ECtHR [judgment of 7 May 2021](#) in the case of Xero Flor
- ECtHR [judgment of 29 June 2021](#) in the cases of Judges Broda and Bojara
- ECJ [order of 14 July 2021](#) in Case C-204/21 R, Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)
- ECJ [judgment of 15 July 2021](#) in Case C-791/19, Commission v Poland (Disciplinary regime for judges)
- ECtHR [judgment of 22 July 2021](#) in the case of Judge Reczkowicz
- ECJ [judgment of 6 October 2021](#) in Case C-487/19, W.Ż. (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court–Appointment)
- ECJ [order of 27 October 2021](#) in Case C-204/21 R, Commission v Poland
- ECtHR [judgment of 8 November 2021](#) in the cases of Judges Dolińska-Ficek and Ozimek
- ECJ [judgment of 16 November 2021](#) in Joined Cases C-748/19 to C-754/19, Criminal proceedings against WB and Others
- ECtHR [judgment of 3 February 2022](#) in the case of Advance Pharma
- ECtHR [judgment of 15 March 2022](#) in the case of Judge Grzęda
- ECtHR [judgment of 16 June 2022](#) in the case of Judge Żurek
- ECtHR [judgment of 6 October 2022](#) in the case of Judge Juszczyzyn
- ECtHR [interim measure of 6 December 2022](#) in the cases of Judges Leszczyńska-Furtak, Gregajtys and Piekarska-Drażek

More lipstick-on-a-pig changes in latest attempt to unlock EU recovery funding

Last June, Polish authorities [pretended](#) to meet the Commission's ([irresponsibly inadequate](#)) judicial milestones by replacing the DC with a [new chamber](#) comprising a majority of neo-judges and introducing a new but bogus [judicial independence test](#). Nothing was done however regarding the unlawfully composed/presided CT; the unconstitutional neo-NCJ; the fake Extraordinary Chamber; the Supreme Court's usurpers; and the "unconstitution-alisation" of core requirements relating to Article 19(1) TEU and Article 6(1) ECHR as interpreted by the CJEU and

the ECtHR. Cherry on the autocratisation cake, Polish authorities continue to disregard all “inconvenient” CJEU and ECtHR rulings.

Last month, the Committee of Ministers of the Council of Europe stressed that the legislative amendments of June 2022 do “not constitute adequate remedial action” because, *inter alia*, they failed to address the neo-NCJ’s deficiencies; the status of judges appointed in deficient procedures; the decisions adopted with their participation; the lack of an adequate framework for examining judicial appointments; the continuing risks of disciplinary liability for judges who implement Article 6 ECHR requirements. In addition, and importantly, Advocate General Collins recently opined that the abolition of the DC “does not have the consequence that its resolutions are deemed

to be null and void” as required by EU law due to the “particularly grave” nature of the breach of Article 19(1) TEU committed by Polish authorities.

Does the latest (unconstitutional) bill approved by the Sejm last Friday fare better in this respect? Due to space constraints, let me put it bluntly: It does not and merely amounts to adding more lipstick on the proverbial pig while plainly disregarding the Commission’s law-making milestone and Article 7(1) recommendation (d).

It is to be hoped the von der Leyen Commission has learned from last June’s debacle and will not (again) prioritise political expediency over the strict enforcement of EU rule of law requirements, including its own (inadequate, in part unlawful) judicial milestones.

Alice Donald, Philip Leach

Adapt or Die?

The Council of Europe Seeks New Ideas to Address 'Seismic Change'

doi: 10.17176/20230131-174504-0



The year 2022 will be remembered as one of 'terrible violence and seismic change in Europe', in the words of the [High Level Reflection Group](#) (HLRG) established by the Council of Europe to consider the organisation's future and how best to protect its 'common heritage' of respect for human rights, democracy and the rule of law. Will 2023 be the year that the Council of Europe reinvents itself to meet the challenges posed not only by Russia's [barbarous invasion](#) of Ukraine but also systemic threats such as creeping authoritarianism and the climate emergency?

This is the organisation's ambition in calling a [summit of heads of state and government](#) on 16-17 May in Reykjavik. Unlike previous reform initiatives, the agenda for the summit focuses not on the European Court of Human Rights alone, but on the entire Council of Europe, and conveys a level of urgency and openness to change not seen for the past 25 years.

The Council of Europe has issued a [public call](#) for ideas, inviting input from international organisations, national human rights institutions, civil society organisations, academics, human rights defenders and others. Below, we outline how the Council of Europe reached this point and the likely agenda for the summit. The deadline for submissions is imminent – 20 February – and the need for radical thinking has never been greater.

Historic milestones

[Summits of heads of state and government](#) are rare: in the Council of Europe's 70-year history, only three have been held before – in Vienna in 1993, Strasbourg in 1997 and Warsaw in 2005, as the organisation responded to the fall of the Berlin Wall and the dramatic eastwards expansion of its membership. Other milestones in this reform process were [Protocol 11](#), which established the full-time European Court of Human Rights in 1998, and [Protocol 14](#), which from 2010 brought major changes to the Court's management of its (by then, mountainous) caseload.

The baton then passed to Interlaken, where a high-level conference in 2010 began a reform process span-

ning almost a decade, punctuated by further conferences in Izmir (2011), Brighton (2012), Brussels (2015), and Copenhagen (2018). The Interlaken process focused principally on reform of the Court and was preoccupied throughout by the caseload crisis (which in 2011 peaked at [more than 150,000](#)) and, especially at Brighton and Copenhagen, by some domestic discontent with the Court and ([largely spurious](#)) questions about its legitimacy and authority. The impact of the Interlaken process was incremental rather than profound – while the Court's capacity to filter and process cases has significantly improved, many proposals emanating from the high-level conferences [remain unimplemented or have had negligible impact](#).

The agenda for the summit in Reykjavik in May – as framed by the HLRG, priorities identified by the [Parliamentary Assembly of the Council of Europe](#), and our conversations with Council of Europe 'insiders' – appears significantly more ambitious.

Call for ideas to create an organisation fit for the future

It was a welcome development that in January, the Council of Europe issued the [public call](#) for submissions and ideas. The call emphasises that the organisation has a critical role to play as the region's guardian of human rights, democracy, and the rule of law and avers that the aim of the summit is to ensure that it is 'fit for purpose to meet current and future challenges as well as the expectations of future generations'. The questions posed by the call are broadly framed, focusing on a common vision, current and future challenges and the appropriate role for the Council of Europe 'in the evolving European multilateral architecture and global governance'.

Priorities and pathways

The climate emergency is rightly centre stage in advance of the summit. This will mean building on the Committee of Ministers' September 2022 [recommendation](#) on recognising a clean, healthy and sustainable environment as a

human right (reflecting the United Nations General Assembly [Resolution](#) in July 2022), and is of mounting interest given the [climate cases](#) pending before the Court. What might this mean in more concrete terms? We understand that the creation of a new post of Commissioner for Climate Change and Human Rights is a possibility, but that an agreement to amend the European Convention on Human Rights (as [recommended](#) by the Parliamentary Assembly) is unlikely.

Given the ongoing armed conflict in Europe, there is a highly laudable focus on bolstering accountability for the Russian invasion of Ukraine, including proposals for an international register of damage to be hosted by the Council of Europe, and a new [compensation claims mechanism](#), as well as political and technical support for an ad hoc [international tribunal](#) to try crimes of aggression (although such a tribunal [will not be created under Council of Europe auspices](#)).

As is well known, one issue that has been a continual focus for the Council of Europe over recent decades, albeit without achieving significant improvement, has been the ineffective implementation of judgments of the Court. For example, Turkey's continuing and unprecedented refusal to [free imprisoned human rights defender, Osman Kavala](#), in spite of a 2019 European Court judgment and 2022 Grand Chamber infringement proceedings judgment ordering his release, is emblematic of the gravity of this problem. Improving implementation was a priority for the [HLRG](#) which made a number of specific recommendations, including formalising the practice of calling ministers or other senior government officials of states whose judgments are not implemented on a systematic basis to attend meetings of the Committee of Ministers, and graduated sanctions for persistent non-compliance.

The European Implementation Network has championed calls for a [special representative on the implementation of the Court's judgments](#), amongst other proposals, which, we understand, has been increasingly gaining traction. In our view, the Reykjavik summit should not be limited to further political commitments about the need for effective implementation, which have repeatedly featured in declarations during the Interlaken process, but must address the persistent calamity of non-intervention with specific reforms which will lead to measurable progress.

A more 'political' Council of Europe?

More broadly, there is clearly a drive to reform the Council of Europe as a more 'political' organisation, which begs the question as to what exactly that may mean. The Parliamentary Assembly has [underlined](#) the need to strengthen the Council's work on democracy, proposing a new 'democracy checklist' for states and establishing a post of Commissioner for Democracy and the Rule of Law. States reportedly also want an organisation that is seen as being more modern, visible and relevant, especially among young people. We understand, for example, that even a change of name is being considered, to include terms such as 'rights' and 'democracy' - might this mean a rebranding and relaunching for the organisation's seventy-fifth anniversary in 2025?

There are also more fundamental questions as to how the organisation should position itself within Europe, given the dominance of the European Union, and the emergence last year of the [European Political Community](#). There will surely be strong support now for a final resolution of the long-standing problems which, to date, have prevented [EU accession](#) to the ECHR - and, as signalled by the HLRG, for stronger political dialogue between the EU and the Council of Europe and more coordinated action to put pressure on recalcitrant states that are EU members (as has begun to happen with the inclusion of non-implementation of Strasbourg judgments in the EU's annual [Rule of Law reports](#)).

In this short blog, we cannot do justice to the full range of issues which have been raised (which we will discuss in greater depth in a special issue focused on the summit of the [European Human Rights Law Review](#) in April). For example, the HLRG laid great emphasis on the importance of preventing and combating violence against women and domestic violence. The public call makes specific reference to issues of inequality, as well as digital rights. Also very much on the agenda is how the European Court should respond to inter-state cases, especially those concerning armed conflict and how the Council of Europe could engage more productively on the issue of 'grey zones' (see [here](#)). As regards Belarus, we understand that there is support for the creation of a new post within the Council of Europe akin to the [UN Special Rapporteur on Belarus](#).

The need for resources

Any such ambitious reform must be matched by resources. The HLRG - [echoed](#) by the President of the Court, Judge Siofra O’Leary - [laments](#) that the resources provided by states to the Council of Europe are ‘unquestionably insufficient’ to fulfil its current mandate, amounting to less than half a euro per person protected by the system. Contributions have lagged behind inflation for the past decade and the real-terms decrease in the organisation’s ordinary budget make it reliant for around [25% of its staff budget](#) on top-up voluntary contributions by states, which fluctuate dramatically year by year. The HLRG welcomes the move towards a four-year programming cycle, coupled with a biennial budget, and encourages states to consider a ‘fully integrated programming and budgeting process’, in which the mandate and objectives of the organisation drive the budget, not the other way around.

Countdown to the summit

Submissions to the [open call](#) will, it is promised, ‘inform the ... outcome documents’, which we understand are likely to include both a political declaration and a

forward-looking agenda for the next chairmanship of the Council of Europe, which passes from Iceland to Latvia in May. On 28 February to 1 March, CURE (the Campaign to Uphold Rights in Europe) will hold a [Civil Society Summit](#) in The Hague to agree recommendations to be sent to the official summit (see also CURE’s [submission](#) to the HLRG).

When heads of state and government meet in Reykjavik in May, the future direction and strategy of the Council of Europe, and indeed the wording of the political declaration, will already have been negotiated by diplomats behind closed doors. Given the limited achievements of state-dominated reform processes in the past, it is all the more important for ideas and proposals (whether big, bold and beautiful, or more focused and technical) to be put forward as soon as possible to the open call. Although there are already some very significant issues on the agenda, as we have discussed above, our understanding is that there is still openness to innovative proposals, which may never have been considered before. As the conflict in Ukraine approaches its grim anniversary, and amid multiplying threats to the Council of Europe’s core values, the stakes could not be higher.

Tamar Hostovsky Brandes

Annexation is in the Details

Why There Will be no Formal Annexation of the Occupied Territories

doi: 10.17176/20230104-001547-0



The influx of news coming out of Israel these days renders it difficult to grasp the full scale and meaning of the constitutional and legal changes Israel is facing. In this blogpost, I wish to focus on one aspect of the upcoming changes, namely those that regard Israel's control of the Occupied Territories. On December 28, 2022, Israel's incoming Minister of Finance, Bezalel Smotrich, published an [op-ed in the WSJ](#) in which he argued, among other things, that the changes regarding the division of responsibilities concerning the Occupied Territories among Israeli bodies do not "entail changing the political or legal status of the area". However, an examination of the changes included in the Coalition's Basic Principles, published on December 12, 2022, and the coalitionary agreement between Netanyahu's Likud Party and the Religious Zionist party, portrays a very different picture.

The West Bank's Legal Framework

Following the six-day war in 1967, Israel annexed East Jerusalem and the Golan heights. Accordingly, Israel applies its own law in these territories. The West Bank, however, has not been formally annexed to date. Thus, even from an internal Israeli perspective, the [legal framework that Israel applies in the West Bank](#) is the international law of occupation (although Israel recognizes the applicability of only parts of the law of occupation, notably, excluding the application of the Fourth Geneva Convention). Practically, this implies that the legal framework that applies in the parts of the West Bank held by Israel is a two-tiered framework. In accordance with Article 43 of the Hague Regulations, the first tier includes the Jordanian law that applied in the territory at the time of occupation. The second tier includes the subsequent orders of the Military Commander from 1967 to date.

This legal framework has been applied by the Israeli Supreme Court in numerous petitions regarding the Occupied Territories. As [David Kretzmer and Yaël Ronen demonstrate](#), the Court has allowed the state considerable leeway in conducting actions in the Occupied Terri-

tories, particularly through its refusal to address the legality of the settlement project, a question the Court defined as non-justiciable. Nonetheless, the Court did provide recourse in particular cases. These include, for example, cases concerning the building of settlements on private Palestinian land, including the invalidation of the Land Regularization Act.

The maintenance of separate legal frameworks between Israel and the West Bank served Israel in rejecting claims that it was conducting annexation, and in justifying the existence of different legal regimes in Israel and the West Bank. The commitment to this framework was made expressly, for example, in a [2019 memorandum issued by Israel's Attorney General](#) in connection with the ICC's exercise of jurisdiction on the "situation in Palestine". The memorandum states that "the bilateral Israeli-Palestinian agreements continue to form the applicable legal framework governing the conduct of the parties" and the "the international community, too, has reiterated on numerous occasions its support for the existing bilateral agreements as an applicable legal framework for settling the Israeli-Palestinian conflict and determining the sovereign status of the territory in dispute".

While Israel's outward-facing discourse thus maintains a formal commitment to the distinction between Israel and the West Bank and to the application of the Law of Occupation legal framework to the West Bank, Israel's internal legal and political discourse is considerably different. With respect to the settlements, the distinction between Israel and West Bank [has long been eroded](#) through a combination of military orders, court decisions and legislation that effectively render the settlements Israeli enclaves in a long process of "creeping annexation". From the perspective of the Israeli public, the settlements are perceived as part of Israel. Accordingly, the distinction between Israeli citizens living in the settlements and those living in Israel - the same distinction required by international law of occupation - is framed in Israeli public discourse as a "discrimination on the basis of place of

living”. This phrase is included, for example, as a recognized discriminatory classification under the Prohibition of Discrimination in Products, Services, and Entry into Places of Entertainment and Public Places Law, 5761-2000.

In 2019, Netanyahu announced that the formal annexation was to take place. [In analyzing the possible effects of such an annexation](#), I argued that despite steps that have already been made, such an annexation will have dire effects on both the ability of Palestinians to exercise their right to self-determination and the individual rights of Palestinians. A review of the guidelines and plans of the incoming government reveals a set of changes that are likely to gravely compromise both collective and individual rights of Palestinians.

Pushing the Settlements Project

The overarching principle that appears in the heading of all coalitionary agreements is that “the Jewish people have an exclusive and uncontested right on the entire land of Israel. The government will advance and promote settlement in all parts of the land of Israel, in the Galilee, the Negev (south of Israel), the Golan Heights and Judea and Samaria”. It is difficult to see how this statement can be consistent with the recognition of Palestinian self-determination, not to say Palestinian statehood.

Specific reforms included in the agreement indicate that this overarching principle is more than a mere statement. These reforms may appear like bureaucratic measures to those who are not familiar with the day-to-day management of the Occupied Territories, but their aggregate effect is to remove hurdles to the expansion of the settlements, to regularize settlements that are considered in Israel as unauthorized under the existing legal regime, and to ensure that the settlements are treated as if they are part of Israel.

Thus, for example, the coalitionary agreement between the Likud party and the Religious Zionist movement stipulates that the government will regularize unauthorized settlements, will improve the services delivered in Judea and Samaria, and will authorize within 60 days of the constitution of the government a five-year plan to “strengthen and develop” settlements in Judea and Samaria.

The more significant changes, however, are included in the addendum to the said agreement. Article 6 of the addendum determines that the Ministry of Defense will

include a second minister, in addition to the defense minister. This minister will head a new administrative unit, dedicated to settlements. The unit will have its own manpower, including a general manager and staff. It will be in charge of the Coordination of Government Activities in the Territories unit and the Civil Administration in the Occupied Territories. The legal advisory department regarding the Occupied Territories, which is currently under the Military Advocate General, will be transferred to the Ministry of Defense. Seven new legal advisors will be appointed, who will provide legal advice to the Settlement Unit. The agreement stipulates that “the project” of applying Israeli law to the settlements is to be given priority, with three legal advisors dedicating their time to this project. The mechanism to achieve this would formally be through Military Orders that apply Israeli law in the settlements. This mechanism maintains the formal appearance of a law of occupation framework. However, this formality appears to be, to a large extent, an empty shell – the content of the orders and their form is to be drafted by the lawyers in the Settlement Unit, and the goal – ensuring that the law that applies in the settlements is identical to the law that applies in Israel – is stated explicitly.

The establishment of a Settlement Unit, headed by what can effectively be called a “settlements minister”, is not a mere bureaucratic restructuring. The practical implications of the existence of an independent unit, with its own monetary sources and personnel, dedicated to furthering the political project of the settlements cannot be understated. The transfer of the authority to provide legal advice regarding the Occupied Territories from the Military Advocate General to the settlement unit itself is especially alarming in this regard. While the military legal unit in charge of the Occupied Territories has often been criticized for allowing the state much leeway in its actions in the Occupied Territories, it did impose some constraints on state action. More importantly, however, the military attorneys perceived themselves as subject to the general framework of the law of occupation and the Interim Agreements between Israel and the PA, and, accordingly, as guardians of the existing legal structure as an interim measure until the reach of a final agreement. The insistence on seizing their authority, and transferring it to a political unit dedicated to the settlement project, raises serious concerns regarding ongoing commitment to the constraints imposed by international

law.

Creeping annexation - the more effective tool

The addendum states that the project of equalizing law in the settlement with Israeli law will be carried out “through military orders”. Thus, formally, the operation through a law of occupation framework will thus apparently be maintained. The concentration of all authority in the dedicated political unit, and the removal of independent legal checks on the exercise of the political power of such a unit, may empty such a framework from any meaningful content. Despite the fact that Article 118 of the agreement between the Likud and the Religious Zionism parties states that the “the Jewish people have a natural

right to the land of Israel”, and that “the Prime Minister will develop and promote a policy for application of sovereignty in Judea and Samaria”, it is fair to predict that no formal annexation will take place. The price for such a move is simply too high, both in terms of the international response and in terms of the duties such an annexation would impose on Israel towards Palestinians living in the annexed territories. However, the plan laid out in the coalitionary agreements demonstrates that formal annexation may not be needed to achieve the goals of those who support annexation. The “creeping annexation” may prove to be as effective as a means to promote the settlement project, with less political and legal implications.

Kai Ambos

A Ukraine Special Tribunal with Legitimacy Problems?

A Reply to Günter Krings (CDU), Volker Ullrich (CSU) and Sergey Lagodinsky (Bündnis 90/Die Grünen)

doi: 10.17176/20230107-001550-0



The call for a Special Tribunal for the Russian war of aggression in Ukraine ('UkrTrib') is also getting louder in the German political discourse¹. The proposal goes back to an initiative by the British international lawyer and writer Philippe Sands, who was quickly joined by a number of prominent politicians and international (criminal) lawyers². Sometimes, a comparison is drawn with the Nuremberg International Military Tribunal (IMT)³, but this is misleading for several reasons, not least because the IMT was a consequence of the defeat of Nazi Germany and the following regime change, which in the case of Russia is unforeseeable⁴.

From a legal perspective, the proposal is necessary since the jurisdiction of the International Criminal Court ('ICC') in the case of a crime of aggression is limited to State Parties (Art. 15bis(5) ICC Statute e contrario), so both the attacking State (Russia) and the victim State (Ukraine) must be parties to the Statute. It was of course already known before the Russian invasion of Ukraine that this jurisdictional regime is much too narrow – why should the victim State, which is also a territorial State, not have jurisdiction over a crime of aggression committed on its territory?⁵ Yet, when the crime of aggression was included in the ICC Statute in the course of the first [review conference in Kampala in 2010](#), a broader jurisdic-

tional regime was politically not feasible. In fact, the existing jurisdictional straightjacket was also promoted by France, the United Kingdom and the USA, i.e., the very Western States which now feel compelled to demand a UkrTrib⁶, albeit being unclear whether they will join a respective treaty at all or whether they will refrain from doing so for fear of setting a precedent which could later turn against them⁷.

Russia's war of aggression now painfully reveals that the ICC is a toothless tiger with regard to that crime. The possibility to circumvent the narrow jurisdictional regime by an UN Security Council referral (Art. 15ter ICC Statute) is doomed to fail due to the Russian veto power⁸. To change this jurisdictional regime, in particular waiving – for good reasons – the State Party requirement with regard to the victim/territorial state, is not easy, because it would have to be made via the ICC's [Assembly of States Parties](#) ('ASP'). Surprisingly, however, the issue was not even discussed at the ASP's [21st session](#) just held in December; in fact, the Western State Parties calling most loudly for aggression liability, including Germany, did not even table a non-paper or proposal in that regard. At any event, such an amendment would require the approval of seven eighths of the State Parties (Article 121(4) ICC Statute), i.e. 108 of 123, a very qualified majority diffi-

¹ See Krings, ZRP 2022, 129; Ullrich and Lagodinsky.

² See [here](#) und [here](#); from a Ukrainian perspective see Nuridzhanian. This must be distinguished from the proposal for a "High War Crimes Court of Ukraine", which would have jurisdiction over all international core crimes and operate as a special national court (like the "High Anti-Corruption Court of Ukraine"), cf. Scharf/Williams/Dutton/Sterio.

³ In this vein also Lagodinsky.

⁴ Crit. also Heller.

⁵ The International Law Commission's ('ILC') argument in that regard rests on the par in parem (state immunity) rule and thus only applies to the horizontal inter-State level, cf. most recently ILC Report 73th session, 2022, p. 238, para. 21; concurring the influential, but largely conservative 2022 [Report of the Dutch Advisory Committee on Public International Law](#) ('CAVV'), p. 8

⁶ Crit. Heller; Dannenbaum, *Journal of International Criminal Justice* ('JICJ') 20 (2022), 859, 860-1, 871 (but also rightly, at 868-9, pointing to Russia's role in limiting the ICC's aggression jurisdiction).

⁷ Crit. McDougall

⁸ On a possible abuse of rights for the use of the veto power in this context see Tomuschat, *ZfStW* 2022, 648, 649 f.

cult to achieve.⁹ Moreover, it is disputed whether such an amendment could have a retroactive effect (which depends on whether one wants to subject subsequent jurisdictional extensions to the principle of legality within the meaning of Art. 22-24 ICC Statute).

Against this background, it is understandable that especially Ukraine (which, however, also prosecutes the crime of aggression itself)¹⁰ wants to close the resulting gap in criminal prosecution by creating a UkrTrib. However, there are quite a few issues to be solved, it is not – contrary to [Lagodinsky](#) – just about “formalistic concerns” but also about “weighty counter-arguments”. First of all, as will be shown in the first section, it is not easy to provide a UkrTrib with sufficient legitimacy in the eyes of the world, above all in the eyes of the Global South (which is fundamentally sceptical about the Western Ukraine policy). There (and elsewhere) one wonders, among other things, why such a tribunal was not set up during the unlawful (US-led) invasion of Iraq. While it is disputed whether this invasion qualifies as a clear-cut war of aggression and, in any case, did not amount to a war of conquest, the complete absence of any accountability for those responsible at the leadership level at the time shows a strange understanding of the so-called rule-based international legal order, which should guarantee the same application of the law for everyone.¹¹ Follow-up questions and problems, arising or separate from this, are discussed in the second section. All of these and pos-

sibly other questions need to be explored thoroughly and impartially before hastily demanding the establishment of a UkrTrib.

Questionable Legitimacy

The main problem is the legitimacy of such a Special Tribunal. This problem can only be overcome, if at all, by involving the UN, in particular the General Assembly (‘GA’).¹² In contrast, regional initiatives (e.g. at the level of the Council of Europe, ‘CoE’) or a multilateral treaty between interested States and Ukraine (Nuremberg model)¹³ may only produce a limited (only European) legitimacy. This also corresponds with the practically unanimous view of the tribunal advocates¹⁴, which is why it is surprising that Krings, [Ullrich](#) and [Lagodinsky](#) focus so strongly on the European (EU/Council of Europe) and national-German level (Bundestag), even calling for a German leadership role.¹⁵

Thus, a GA-Resolution is not only desirable but necessary. In this resolution, the GA would have to recommend to the UN Secretary General the establishment of such a tribunal by concluding a bilateral treaty with Ukraine; or a bilateral agreement between the UN and Ukraine would be negotiated in advance and then be submitted to the GA for approval. The first procedure was chosen when the

⁹Sceptical also [McDougall](#). Whether the jurisdictional regime of the crime of aggression is (materially) part of the crime or independent of it, is controversial and has an influence on the procedure in the event of a possible statutory amendment, see Clark/Heinze, in [Ambos](#), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, 4th edition 2022, Article 121 marginal numbers 23 ff. (who themselves prefer Art. 121(5)).

¹⁰Article 437 of the Ukrainian Penal Code punishes “Planning, Preparation and Waging of an Aggressive War” and is thus based on the broad offense of the Nuremberg “Crimes against peace”: “planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression ...” (Art. 6(a) IMT-Statute). [Ullrich](#) seems to overlook this when he (with reference to §§ 1, 13 of the [German Code of Crimes against International Law](#), CCAIL) states that the “domestic jurisdiction of Ukraine ... is subject to similar restrictions”. The Russian Federation and Belarus contain largely identical aggression offences, but the Ukrainian parliament, on May 20, 2021, approved Law No. 2689 adjusting the domestic offence to Art. 8bis ICC Statute, which has however not yet come into force, cf. [Reisinger Coracini](#), *ZfStW* 2022, 651, 655.

¹¹Crit. also [Heller](#); [Dannenbaum](#), *JICJ* 20 (2022), 859, 871-2; general on western “double standards” in this context [Ambos](#), [here](#) and [here](#).

¹²Originally [Johnson](#).

¹³[Krings](#), *ZRP* 2022, 129 equates the Nuremberg IMT with the Sierra Leone Tribunal, although its origins and legal basis, as explained in the main text, are quite different.

¹⁴See only [Trahan](#) and [Hathaway](#).

¹⁵Both [Krings](#), *ZRP* 2022, 129, and [Ullrich](#) equate the UN with the CoE and the EU, but [Krings](#) at least concedes that a GA Resolution “would be desirable”. According to [Lagodinsky](#), Germany must “also become the driving force here”, “courageous leadership from Berlin” is expected in Brussels and hoped for in Kyiv. Germany “should ... deliver what we can really do: leadership in the area of global justice and criminal prosecution”, it should “not voluntarily give up its leadership role in the area of judicial accountability”. Is that then the new Green foreign policy: German leadership instead of humility and modesty, and this, in ad-

Special Court for Sierra Leone ('SCSL') was founded¹⁶, although the UN Security Council (Res. 1315/2000) – without invoking its Chapter VII powers – mandated the UN Secretary General (see the agreement [here](#)), an option unavailable in this context given the Russian veto power.¹⁷ The second procedure was used when establishing the [Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia](#) ('ECCC') (A/RES/57/228 B, 22 May 2003). The UkrTrib's jurisdiction would then ultimately be based on the territorial jurisdiction of Ukraine, which it would delegate to the UkrTrib. Given the practically worldwide recognition of the principle of territoriality, this is, in principle, legally unproblematic.¹⁸ However, such an establishment of an international criminal justice institution by way of delegation of the territorial State has legal implications, to which we will have to return below.

The recourse to the UN GA, albeit necessary from a practical and legitimacy perspective, is also confronted with the problem that GA resolutions are not binding (Art. 10, 13 (1), 14 UN Charter). A further legal effect, for example as an *opinio juris* contributing to the creation of customary international law, and also the political weight of such resolutions largely depend on the concrete voting result and the resolution's concrete content, with the [Uniting for Peace](#) mechanism employed here by the UN Security Council (S/RES/2623 (2022)) having certainly strengthened the GA's mandate.¹⁹ Also, while enforcement action is reserved to the UN Security Council, the GA certainly has a role to play with respect to international peace and security, namely by recommending certain "measures for the peaceful adjustment of any situation" which may involve "some kind of action"²⁰.

dition, – astonishingly ahistorical – in competition with France, which [Lagodinsky](#) mentions as the only country in this context? For a more sophisticated discussion of an involvement of the CoE see [Dannenbaum, JICJ 20 \(2022\), 859, 872](#).

¹⁶Contrary to [Ullrich](#), this was not a "military court".

¹⁷Note, that the "concurring votes of the permanent members" are only required for non-procedural, substantive legal matters ("all other matters") (Art. 27 (2), (3) UN Charter), with the delimitation between substantive and procedural matters sometimes difficult to make. A procedural decision, in which a majority of nine votes is sufficient (Art. 27 (2)), is in any case the referral of a matter to the GA if the Security Council is unable to act due to the veto (see [S/RES/2623 \(2022\)](#) referring the Ukraine situation to the GA).

¹⁸See also [Hartwig, ZfStW 2022, 642, 643](#).

¹⁹Likewise [Reisinger Coracini/Trahan](#).

²⁰Cf. Article 14 UN Charter and International Court of Justice ('ICJ'), [Certain Expenses of the United Nations \(Article 17, paragraph 2, of the Charter\), Advisory Opinion of 20 July 1962](#), p. 163/16.

²¹SCSL, [Prosecutor against Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, SCSL-2003-01-I](#), para. 38; also [Reisinger Coracini/Trahan](#), who however do not further qualify the concrete requirement of such a GA resolution.

²²I note in passing that [Ullrich](#) only mentions the GA Res. from March 2022, but fails to mention the ones receiving much less support; nor does [Hartwig, ZfStW 2022, 642, 644-5](#) mention the resolutions with a lower approval.

²³Sceptically also [McDougall](#), who therefore supports the treaty option – without a GA resolution (!).

As far as the voting result is concerned, it should be as overwhelming as the condemnation of the Russian aggression on 2 March 2022 (Res. A/ES-11/1, 141 votes in favour [out of 193 member States]) and the condemnation of the so-called annexations on 7 October 2022 (Res. A/ES-11/L.5, 143 votes in favour). Only then can one say that such a tribunal sufficiently reflects "the will of the international community" as a whole and can be considered as "truly international".²¹ Such a voting result is however by no means certain. On the contrary, other resolutions passed in this context, such as the Russian exclusion from the UN Human Rights Council (Res. A/ES-11/3, 8 April 2022, 93 votes in favour) and on Russian reparation obligations (Res. A/ES-11/L.6, 7 November 2022, 94 votes in favour),²² have received significantly less support and show that the western Ukraine policy does not enjoy global support.²³

The voting result of such a resolution will also depend on its content. This, in turn, can prejudice the jurisdiction of the UkrTrib and other important legal issues, unless the bilateral agreement between the UN and Ukraine has been agreed upon in advance. The more explicit and prosecution-friendly the text of such a resolution, the more resistance can be expected from States that are critical of international criminal justice anyway and want to avoid a precedent that may possibly turn against them later. If, on the contrary, the text is vague and leaves crucial questions open, such as about immunity (see below), it can most probably count on greater support but will tend to limit the tribunal's capacity to act.

In addition, what makes matters worse in case of these kind of special tribunals is that they are exposed to se-

rious legitimacy challenges anyway, precisely because of their exceptional character and their *ex post facto* nature. It should be recalled in this context that the establishment of the ICC – on the basis of an international treaty – is also to be seen as a response to these legitimacy challenges and, taken at its word, as a departure from the international *ad hoc* criminal justice *à la carte* common up to that date. Of course, the UN Security Council cannot be prevented from creating such tribunals directly under its Chapter VII powers; yet, this does not make the legitimacy challenges disappear. This may be different in the case of so-called hybrid or internationalized tribunals²⁴, which are established on the regional/national level with international staff, but on the basis of a (sole or additional) national law.²⁵ At any rate, it appears at least as an ambivalent signal when the same (Western) States that are among the most important supporters of the ICC, including Germany, now want to set up a UkrTrib instead of focusing their combined efforts on the ICC as the only universal international criminal tribunal (albeit in need of reform²⁶). Chief Prosecutor Khan pointed to the implicit risk of a weakening of the ICC in his recent remarks before the ASP.²⁷ Khan is right and it is indeed, as already noted above, surprising if these same States did not use the [last session](#) of the ASP to kick off the discussion process on the (necessary) amendment of the ICC's jurisdictional regime regarding aggression. Such an amendment could also consist in enabling the GA, given its role in securing international peace mentioned above, to request the ICC, in combination with the consent of the territorial State, to exercise its jurisdiction. At any rate, with the total passivity at the last ASP, precious time has been lost and it is by no means certain that the setting up of a whole new Special Tribunal would be quicker than amending the ICC Statute (we will return on this practical issue at the end).

All in all, it is clear that a GA resolution passed by only

a weak majority would prove a heavy mortgage on the legitimacy of a UkrTrib. There is a risk that a debate on legitimacy will arise and that the tribunal will not be able to concentrate fully on its actual task – investigating, prosecuting and trying the Russian war of aggression. Instead, it may have to defend its existence, possibly even more than other special tribunals, not least the UN Former Yugoslavia Tribunal (ICTY), given that the latter could at least rely on the authority of a UN Security Council resolution.

²⁴More on these [Ambos, Treatise on international Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, 2nd edition 2021](#), p. 62 ff.

²⁵See, for example, the above-mentioned Sierra Leone Special Tribunal, the [Kosovo Specialist Chambers](#) or the [Cour Pénale Spéciale de la République Centrafricaine](#).

²⁶See [Ambos/Aboueldahab, Deutsche Richterzeitung 2022](#), 316.

²⁷Khan diplomatically but unequivocally demanded a “focus on the institutions we have built together” and warned against a “dilution”: “We don’t want dilution, we want consolidation”, [Opening Remarks, 21th session of the ASP, 5 December 2022](#); crit. regarding similar previous statements [Dannenbaum, JICJ 20 \(2022\)](#), 859, 863.

²⁸See for example, the Lithuanian Foreign Minister Landsbergis in a [video message](#) to the ASP on 5 December 2022.

²⁹In our context, see [Nuridzhanian](#).

Further Questions and Problems

Beyond these fundamental concerns related to legitimacy, there are further problems, some due to the nature of such a tribunal, some of them independent of it:

(1) First of all, it is misleading when it is repeatedly argued that the crime of aggression is on the one hand the “supreme crime” and on the other hand the trigger for all further crimes.²⁸ The latter is incorrect because most armed conflicts, and thus the international core crimes committed as part of them, are not triggered by a war of aggression. In fact, for the first time we are now talking about a clear-cut war of aggression in connection with the Ukraine invasion, while this has been disputed in other cases, including the US-led Iraq invasion. Indeed, there is a fundamental and conceptual distinction between a violation of the prohibition of the use of force within the meaning of Art. 2 (4) UN Charter as the basis of an “act of aggression” (in the sense of [GA-Resolution 3314 \(XXIX\) of 14 December 1974](#) forming the basis of Art. 8bis (2) ICC Statute) and a “crime of aggression” (within the meaning of Art. 8bis (1) ICC Statute). The former issue – the question of the position of the crime of aggression in a normative hierarchy of international core crimes – is controversial from the outset since many reject the possibility of such a hierarchization in the first place²⁹. Even if one believes it to be feasible, there are good reasons for considering genocide, aimed at the complete destruction of a protected group, as the most serious international crime. Ultimately, this is a purely terminological discussion without great substantive importance, because all international crimes, including mere war crimes (as *ius-in-bello*-acts),³⁰ constitute serious criminal wrongs, which is why impunity is not really an option. Nevertheless, international criminal law, enforced centrally or decentrally, is selective with regard to the acts and the actors (perpetrators), so that the supposed avoidance of

selectivity is not *per se* an argument for prosecuting aggressive wars in particular.

(2) Also, the argument is misleading that only by way of the crime of aggression the Russian leadership can be held responsible and that there are no evidentiary problems in this respect³¹. In fact, the crime of aggression as defined by Art. 8bis (1) ICC Statute, which would serve as a blueprint for the statute of a UkrTrib³², raises considerable problems of interpretation:³³ Who belongs to the leadership level and thus can be a perpetrator of the crime, i.e. who “is actually in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State”?³⁴ What is a “manifest” violation of the UN Charter by “character”, “gravity” and “scale”? Of course, these problems are also linked to intricate questions of evidence: who – apart from Putin – was specifically involved in the decision to invade Ukraine? Who effectively made the decision to invade? What evidence do we have and how reliable is it? The *prima facie* advantage of the peculiar doctrinal structure of the crime of aggression as a leadership crime can easily turn out to be a problem because it requires a downward demarcation to those involved who do not belong to the relevant leadership level. This demarcation is dispensable in the case of the other international core crimes but there, too, the direct crimes of the subordinates can of course be attributed to the superiors at the leadership level using the well-known instruments of criminal law doctrine (indirect perpetration by virtue of organizational control, joint criminal enterprise, command responsibility).³⁵

(3) The above-mentioned establishment of a UkrTrib by delegating the territorial jurisdiction of Ukraine implies that this Tribunal is fundamentally to be regarded as a kind of jurisdictional annex of the territorial State. In terms of the law on immunity, this means that it does not act vertically-autonomously vis-à-vis (third) State (like a proper international tribunal), but horizontally-derived,

³⁰I only note in passing that [Lagodinsky](#) apparently conflates the difference between *ius in bello* (war crimes) and *ius ad bellum* (aggressive war) when he speaks of “other war crimes” as opposed to aggressive war.

³¹See [Ullrich](#).

³²Cf. [CAVV](#), p. 10

³³Cf. [Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing, 2nd ed. 2022](#), p. 196 ff.

³⁴On that also recently [CAVV](#), p. 9

³⁵Misleading therefore [Ullrich](#): “Aggression ... in contrast [in contrast to other international core crimes] a leadership crime, which is why top Russian politicians can also be held accountable”, and [Lagodinsky](#): “Only the investigation of this crime [of aggressive war] would lead us to the actual responsible ... - the Russian President, the Foreign Minister, the Prime Minister.”; in a similar vein, although more sophisticated [Dannenbaum, JICJ 20 \(2022\), 859, 864](#) (“Omitting aggression ... facilitate impunity of Russian leaders.”).

as in a system of inter-state legal assistance. As a consequence, the Russian leadership, at least the troika (Putin as President, Mishustin as Prime Minister and Lavrov as Foreign Minister)³⁶ would benefit from (absolute) personal immunity derived from state immunity³⁷ (as long as they are in office).³⁸ In terms of the law of cooperation, State obligations to cooperate would only arise for those States which accede to the founding treaty of a UkrTrib. For these and other reasons, an internationalization of the Tribunal would be necessary and this could only be achieved through the GA resolution mentioned above. However, this presupposes, on the one hand, an overwhelming support of such a resolution since only then can it claim to actually express the will of the international community. On the other hand, this resolution should also unequivocally commit itself to the exclusion of immunity (in the sense of Art. 27 ICC Statute), call on the UN Member States to cooperate³⁹ and regulate other relevant issues. Should it be possible to create an international or at least internationalized UkrTrib in this way, at least the exclusion of immunity including vis-à-vis third States (such as the Russian Federation) could be justified – as indeed done before the ICC.⁴⁰ In other words, an UkrTrib could at best, if internationalised, get around the immunity issue in line with ICC law but it could not – as wrongly claimed by some of its supporters, including the EU(!)⁴¹ – overcome the immunity obstacle more

easily or directly. Last but not least, one should recall in this context that, a UkrTrib could not – just like the ICC – get hold of the most responsible as long as they remain in power. Only if a regime change took place inside Russia, there would be fundamentally different perspectives, such as the possibility of a UN Security Council referral of the crime of aggression to the ICC (not blocked by a veto of a new Russian government) pursuant to Art. 15ter ICC Statute and/or the ICC’s jurisdiction by way of a Russian accession to the ICC Statute pursuant to Art. 15bis (4) ICC Statute. Both scenarios would, however, make a UkrTrib superfluous.⁴²

(4) Those in favour of a UkrTrib would also have to explain how this should relate to the ICC. It will certainly not be “affiliated” (Ullrich) to the ICC, but would a “cooperative relationship” analogous to the [Relationship Agreement](#) between the UN and the ICC be possible?⁴³ Would such a Special Tribunal be a national jurisdiction within the meaning of the principle of complementarity (Art. 17 (1)(a), (b) ICC-Statute: “State which has jurisdiction”)? ICC President Hofmanški rightly affirmed this before the ASP with regard to the above-mentioned Central African Cour Pénale Spéciale,⁴⁴ but this tribunal rests on a purely national legal basis and not – like an internationalized UkrTrib – on a GA resolution in conjunction with a bilateral or multilateral treaty. Due to the different relevant *ratione materiae* jurisdiction of the ICC (genocide,

³⁶Against an extension to a defence minister [CAVV](#), pp. 10-1.

³⁷On the more flexible functional immunity see for the current state of the debate [CAVV](#), p. 11-2 concluding, at p. 14, that “a good case can be made for restricting functional immunity for international crimes.”

³⁸The absolute personal immunity of these highest officials ends with their term of office, cf. ICJ, [Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2002, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment of 14 February 2002](#), para. 61.

³⁹However, it should be noted, as already mentioned, that a duty to cooperate can only result from a voluntary treaty obligation of the respective States since, on the one hand, GA resolutions are not binding and, on the other, the GA cannot transfer any powers that it does not possess itself (Correctly [Reisinger Coracini/Trahan](#)).

⁴⁰For the exclusion of personal immunity before “certain international criminal courts” see ICJ, [Arrest Warrant Case](#), op. cit., para. 61; SCSL, [Decision on Immunity](#), op.cit., para. 37 ff.; ICC, [Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Prosecutor v. Al Bashir \(ICC-02/05-01/09-397\)](#), 6 May, 2019, paras. 1, 103-117 (113). See also in this context [Johnson](#), [Reisinger Coracini/Trahan](#); critical [Heller](#) and [CAVV](#), p. 13-4 (invoking as counter-argument especially the principle of the relative effect of treaties pursuant to Art. 34 of the [Vienna Convention on the Law of Treaties](#)).

⁴¹The EU – in an “Options paper ... on ensuring full accountability” regarding Ukraine – misstated the ICC’s law on immunities (pp. 3-4, overlooking, inter alia, the Jordan Appeals Judgment just quoted and considering that immunity applies to nationals of non-State Parties) and implied that a UkrTrib may be advantageous in that regard allowing “for the prosecution of top Russian leaders who would otherwise enjoy immunity.” (p. 7, emphasis added). Given that misreading of the ICC law the ICC Prosecutor rightly complained of a lack of clarity in discussions with the EU to date. The Options paper is not publicly available but there is a [press release](#) of 30 November 2022 referring to it.

⁴²See also [Vasiliev](#); concurring [Heller](#).

⁴³In favour [Scheffer](#).

⁴⁴In the same vein [Nerlich/Waespi](#), [ZfStW 2022](#), 673, 678.

crimes against humanity and war crimes) and a UkrTrib (aggression), there would, in principle, be no concurring jurisdiction with regard to the applicable crimes. In practice, however, there would surely be parallel investigations into overlapping criminal complexes with the same suspects (in fact, the ICC Prosecutor now already collects and preserves evidence relevant for the crime of aggression too). How would these investigations then be coordinated? Would the ICC or the UkrTrib have priority?⁴⁵ How would the prohibition of double jeopardy (*ne bis in idem*, Art 20 ICC Statute) operate? Would such a tribunal be “another court” within the meaning of Article 20(2) ICC Statute, so that the same adjudication of an “idem” (“a crime” within the meaning of Article 20(2) or “same conduct” within the meaning of Article 20(3)) would represent a reciprocal obstacle to criminal prosecution?⁴⁶

(5) The organization and financing of a UkrTrib also raise numerous questions: from which States would the personnel, in particular prosecutors and judges, be recruited?⁴⁷ Here, too, exists a risk of a lack of legitimacy, if only supporting States provided the (most important) staff. Where would the seat of the tribunal be? How would the UkrTrib be funded? Even if the costs may appear *quantité négligeable* in comparison to the past and future support of Ukraine,⁴⁸ the question is not entirely

trivial, because the largest contributors to the ICC are – apart from the USA – also the main supporters of Ukraine and may not be able or willing to bear further expenditures of this kind. It is clear that funding within the framework of the UN is out of question because it could easily be torpedoed by Russia, China and other opponents of such a tribunal. But then only a system of voluntary payments remains – with its known challenges⁴⁹ –, be it through supporting States or private-sector instruments.⁵⁰ Last but not least, the UkrTrib supporters seem to underestimate the practical difficulties and the timeline in setting up a wholly new special tribunal. The creation of its proper and legitimate legal basis is, as explained above, difficult enough but in addition the actual implementation until having an operational tribunal (with building, staff etc.) takes years, not just months. It may then be quicker to amend the ICC’s jurisdictional regime, using especially the GA-option mentioned above. It will certainly also be cheaper to increase the funding of an existing institution like the ICC than to finance a wholly new institution.

This is an enlarged version as compared to the one published on 31 December 2022.

⁴⁵The Central African Cour Pénale Spéciale gives priority to the ICC, cf. [Nerlich/Waespi, ZfStW 2022, 673, 678](#).

⁴⁶See also [Scheffer](#).

⁴⁷On this, for example, [Reisinger/Coracini](#).

⁴⁸See [McDougall](#): “trivial criticisms”; rightly demanding “cost mitigation” and an “economically efficient” tribunal [Dannenburg, IICJ 20 \(2022\), 859, 865-6](#) (as to the “accordion structure” rightly citing the KSC’s founding Law, Art. 26 [fn. 32] which however only refers to the “Roster of International Judges” and not to the whole structure).

⁴⁹Recall the experience of other special tribunals, especially the [Special Tribunal for Lebanon](#) which basically had to close down for lack of further funding

⁵⁰Cf. [Scheffer](#).

Maarten den Heijer

The Dutch Asylum Policy for Russian Draft Evaders

doi: 10.17176/20230111-001559-0



In a one page [letter of 13 December](#), the Dutch state secretary for immigration Eric van der Burg (of the right-wing liberal VVD party) explained to Dutch parliament how asylum claims made by Russian draft evaders will be dealt with. The new Dutch policy makes a distinction between Russian conscripts and Russians reservists who attempt to evade the mobilisation which the Russian president announced last September. Conscripts will continue to enjoy a form of temporary protection in the Netherlands. Asylum claims of Russians who evade mobilisation will, however, be decided on an individual basis. Importantly – and controversially – the state secretary suggests that claims of the latter category may now be denied because the Russian mobilisation has been completed.

Russian conscripts

In response to the Ukraine war, the Dutch government decided in the summer to suspend individual asylum procedures of Russian conscripts who are in the age of 18 to 27. This was because it was unclear, according to the Dutch government, whether Russian conscripts were being deployed in Ukraine. Because this is still unclear, van der Burg has now decided to extend the suspension for a further six months period – until 29 June 2023. The Dutch Foreign Ministry is expected to publish a new report on the situation in Russia, including the position of conscripts, in the first quarter of 2023. That would allow for better guidelines on how to decide on asylum claims made by Russian conscripts. The suspension means that for the time being, Russian conscripts who have asked for asylum in the Netherlands are treated as asylum seekers. They are temporarily allowed to stay and entitled to reception conditions as guaranteed by the [EU reception conditions directive](#). They are not treated as refugees and, for example, not allowed to freely enter the labour or housing market.

Russians evading mobilisation

While the predicament of Russian conscripts is characterised as unclear, the state secretary says to have “sufficient information” to decide individually on asylum applications made by Russians who claim a fear of being mobilised. Contrary to what was suggested by [some Dutch media](#), this is no formal change of policy. Up to now, there was simply no special Dutch asylum policy for this category of draft evaders. Back in September, in response to the Russian mobilisation, van der Burg [told the press](#) that claims of Russians evading the draft would be decided on an individual basis. He added, however, that Russians refusing to fight would not be expelled because “we know for sure that they will be persecuted”.

That assessment now seems to have changed. Firstly, van der Burg’s letter says that the Russian mobilisation formally ended on the 31 October. This suggests an instruction to the Dutch immigration service to deny asylum claims on the basis of there no longer being a well-founded fear of being mobilised. Secondly, in the [underlying advice of his ministry](#) that was made public together with the letter, it is suggested that Russians can avoid being mobilised by bringing legal or other complaints. According to the advice, such appeals are “in practice almost always granted because the Russian authorities wish to prevent negative public attention for mobilisation efforts”.

Although both assumptions may find some basis in factual reports on Russia, they are not fully convincing. First, it has been [reported](#) that – in the absence of a formal decree ending it – Russia’s mobilisation has covertly continued. The Dutch assessment would anyhow become obsolete if Russia [indeed decides](#) on a new major mobilisation effort. Second, information on the circumstances in which Russia allows for exemptions to mobilisation are scarce and contradictory. A [Reuters report](#) mentions that appeals before multiple Russian courts against draft decisions “led nowhere”. Overall, the picture that emerges

from Russian mobilisation efforts is one of chaos and arbitrariness. To say that asylum claims may be denied because the mobilisation is over or because Russian law facilitates conscientious objection therefore seems to be an oversimplification – and would be open to legal contestation.

No common EU approach

One may sum up the Dutch policy as one that meets EU and international obligations on asylum on paper, but that in practice aims at withholding Russian asylum seekers from formal refugee status. Tellingly, the ministerial advice stipulates that it would be undesirable if the Netherlands would become “the first EU Member State that signals that Russian asylum seekers cannot return to Russia.” This fits the [well-known asylum dynamic of “the race to the bottom”](#): EU Member States lowering national asylum standards for a fear of become more attractive than their European neighbours.

In theory, this dynamic should be countered by the establishment of common norms and guidelines set by Brussels. But the EU remains highly divided on the matter of granting Russians asylum. The [guidelines of the](#)

[European Commission](#) on how to deal with the influx of Russians avoiding mobilisation that were published in September focus on security concerns only. They merely voice the platitude that Russians have the right to seek asylum. It is welcome that the European Union Agency for Asylum (EUAA) published a [66-page country of origin report on military service in Russia](#) on 16 December, dealing specifically with the period since 24 February when war broke out. The report was drafted by the EUAA together with the migration departments of France and Germany. It was reviewed by both the Dutch Ministry of Foreign Affairs and the Dutch Migration Department. The report deals extensively with the position of Russian conscripts and mobilised Russian personnel, including the possibilities to avoid military service and the question whether conscripts are deployed in Ukraine.

The Dutch policy could and arguably should be based on the report. The Dutch ministry knew fully well that it was forthcoming. But ever since the creation of the EU agency for asylum, the Dutch immigration service prefers to rely exclusively on country reports of the Dutch Foreign Ministry. This go-it-alone attitude is lamentable as it frustrates European solidarity and mutual trust.

Sergii Masol

Is Criminality a Russian Virtue Worth Cultivating?

The Bill on Crimes Committed in the Interests of Russia and Its Proxies

doi: 10.17176/20230125-201918-0



On 13 December 2022, the State Duma, the Russian parliament's lower house, [unanimously approved](#), in the first reading, the bill on the imposition of Russian criminal law and criminal procedure upon the Donetsk, Kherson, Luhansk and Zaporizhzhia provinces of Ukraine (hereinafter, the Bill). The Bill's temporal scope covers acts committed until 30 September 2022, i.e. the date when [Russia attempted to illegally annex these territories](#). To become law, the Bill shall be approved in a second and third reading by the State Duma, then approved by the Federation Council and finally signed by the President. Whereas the Bill is extremely problematic in several respects, my blog post focuses on [Article 2\(2\)](#), which reads as follows:

An act, the responsibility for which is established by the legal acts of Ukraine, shall not be criminal and punishable if it contains elements of a crime provided for by the Criminal Code of the Russian Federation, but was aimed at protecting the interests of the Russian Federation, the Donetsk People's Republic, the Luhansk People's Republic or the legally protected interests of citizens or organisations of the Russian Federation, the Donetsk People's Republic, the Luhansk People's Republic, the population and organisations of the Zaporizhzhia province, the Kherson province.

Unconstitutional and Imperial

When presenting the Bill in the State Duma, Irina Pankina, a co-drafter of the Bill, [beat around the bush](#): 'We perfectly understand the conditions in which the new territories lived for many years [...]. It is important to try to integrate the new regions into the single legal space of the Russian Federation as soon as possible'. She passed over the fact that the residents of the Donetsk, Kherson, Luhansk and Zaporizhzhia provinces of Ukraine had lived

in peace and had experienced no atrocities before Russia invaded these regions. Importantly, the elephant in the room was not addressed: the Bill flagrantly infringes the Russian Constitution, criminal legislation and international law, essentially transforming the occupied territories of Ukraine into a lawless area. Yet again, the Bill underscores the [imperial](#) nature of the Russian war of aggression.

The Russian Criminal Code [shall be based](#) on the Russian Constitution and 'generally recognised principles and norms of international law'. Article 15(4) of the Russian Constitution [stipulates](#) that 'generally recognised principles and norms of international law as well as international treaties of the Russian Federation shall be an integral part of its legal system'. In case of conflict between domestic legal rules and rules of such treaties, the latter [shall be applied](#). Nevertheless, the Bill does not live up to any of these standards.

Firstly, the Bill's blanket abrogation of Ukrainian criminal law and criminal procedure in the occupied provinces of Ukraine [amounts to a breach](#) of international humanitarian law. Pursuant to Article 64 of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, the occupying power, Russia, [is bound](#) not to repeal the penal laws of Ukraine, except for cases where such laws constitute a threat to Russia's security or an obstacle to the application of this Convention. The arguments of legal integration and unity of the legal space, both [put forward](#) by the Bill's drafters, [do not suffice](#). Even if one admits that Russia [may enact](#) provisions necessary for the orderly government of the occupied territories, it is unfathomable how rubber-stamping virtually all crimes would help to maintain public order.

Secondly, Article 2(2) of the Bill does not comply with the international legal obligations of Russia concerning the prosecution of international crimes. Article IV of the Convention on the Prevention and Punish-

ment of the Crime of Genocide **obliges** Russia to punish persons committing—or directly and publicly inciting to commit—genocide. If the Bill is adopted, the Russian legislation will cease ‘to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of’ these crimes, thereby violating Article V of the Convention. In addition, **customary international law** imposes a duty on Russia to prosecute alleged perpetrators of war crimes regardless of any antithetical interests.

Thirdly, Article 2(2) of the Bill **deprives** victims of their human rights, notably the right to an effective remedy. At the national level, the Russian Constitution **guarantees** the judicial protection of human rights and **forbids** the adoption of laws cancelling or impairing human rights. At the international level, the right to an effective remedy is enshrined *inter alia* in **the International Covenant on Civil and Political Rights** and **the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, to both of which Russia is a state party.

Enigmatic Interests

Crucially, Article 2(2) of the Bill **defies common sense**. Russian law itself refers to **crimes as socially dangerous acts**. Which social interests can then justify criminality? Since no list of interests is attached to the Bill or the Explanatory Note, the judiciary is given *carte blanche* to determine them on a case-by-case basis, opening the door to arbitrariness.

Likewise, the introduction of such a vague concept into the fabric of criminal law **undermines** the principle of legal certainty. Although this principle is not explicitly set forth in the Russian Constitution, the Russian Constitutional Court **derived** the criterion of legal certainty from the constitutional principle that all persons are equal before the law, ‘because such equality can be ensured only if all law enforcers uniformly understand and interpret a legal norm’.

Moreover, the ambiguity of the term ‘interests’ **is expected to create a vast array of corruption schemes**, where defendants can resort to bribery and evade responsibility. This problem is exacerbated by another appalling legal development in Moscow. In his decree of 29 December 2022, President Putin **exempted** the military personnel, law enforcement officials and persons seconded to the occupied provinces of Ukraine from filing tax declarations

from the start of Russia’s full-scale invasion of Ukraine onwards. He also **allowed** all these persons to receive gifts and rewards ‘of humanitarian (charity) character’ in connection with their activities in the occupied provinces of Ukraine.

Domestic Impunity

Many Russians are reported to endorse the activities of their army in Ukraine (see e.g. [here](#), [here](#) and [here](#)). As long as President Putin and his minions remain in power and the Russian people do not come to grips with their deep-rooted **chauvinism** and **imperial arrogance**, it is highly unlikely that the Russian courts will hold any Russian government officials, members of the Russian army or other pro-Russian persons accountable for committing crimes in the Donetsk, Kherson, Luhansk and Zaporizhzhia provinces of Ukraine. Against this background, however, what is the point in amending the legislation? There are at least two reasons: practical and propagandistic.

In practice, it will be easier for the Russian investigators, prosecutors and judges, whose understanding of law is traditionally grounded in **ultra-formalism and hyper-positivism**, to make politically desired choices. Nobody will have to **bother President Putin** with requests to pardon certain persons.

For propaganda purposes, Article 2(2) of the Bill reinforces **the Kremlin’s fallacious narrative about Ukraine as a failed state**. Andrey Klishas, a co-drafter of the Bill, presumptuously **envisaged** an extension of the Bill’s applicability to other Ukrainian provinces after their occupation by Russia. Hence, Russian government officials, members of the Russian army and other pro-Russian persons, **emboldened** by the Bill, get a green light to continue to commit atrocities, further engulfing the occupied territories of Ukraine in an environment of mayhem and savagery.

Finally, it is somewhat ironic to contextualise the Bill within the framework of Russia’s larger propaganda campaign of ‘**denazify[ing] Ukraine**’. As **stated** by some of the world’s leading experts on the Holocaust, Nazism and World War II, the equation of Ukraine with the Nazi regime is not only factually wrong but also morally repugnant. At the same time, it is Russia that is increasingly being compared to the Third Reich (see e.g. [here](#), [here](#) and [here](#)). Indeed, the Bill bears a striking resemblance to the Decree on the Exercise of Martial Jurisdiction in the ‘Barbarossa Area’ and on Special Measures of the Troops,

signed by Wilhelm Keitel on 13 May 1941. The German legal instrument infamously **laid down** that '[t]here is no obligation to prosecute acts committed by members of the Wehrmacht and its entourage against enemy civilians, not even if the act is concurrently a military crime or offence'. The German troop commanders **had to confirm** only 'verdicts which are in accord with the political intentions of the leadership'. The fate of Wilhelm Keitel, sentenced to death by the International Military Tribunal in Nuremberg, may serve as a reminder for the Russian advocates of impunity that justice will prevail sooner or later.

Seeking Justice

Ukrainians **need** justice as a *sine qua non* for peace. Contrary to the talking points of some **westsplainers** and **russplainers**, justice is an indispensable component of a future peace in Ukraine and the continent as a whole. Oleksandra Matviichuk from the Centre for Civil Liberties, a Nobel Peace Prize laureate, **stressed**:

[T]here will be no lasting peace in our part of the world without justice. Because when impunity is sewn into the social culture of the Russian people, it will [...] only be a temporary freeze. We fight not only to achieve justice

for Ukrainians, but also to prevent crimes that Russia may commit in [...] other states.

In his timely monograph, Michael Riepl **outlined** three types of Russian approaches to international humanitarian law: (i) denying the existence of a war; (ii) outsourcing warfare to private military companies; and (iii) denying facts about wrongdoings. Article 2(2) of the Bill deals with a novel scenario, born of Russia's full-scale invasion of Ukraine, where none of these malicious tactics succeeded. It heralds the argument of last resort: yes, Russians and pro-Russian persons commit heinous crimes, but this outrageous misconduct is permitted, if not **glorified**, by the authorities. As a result, impunity is cemented in an utterly misanthropic way. Although the Russian criminal legislation formally **rests on the ideas of humanism**, the adoption of the Bill—an acme of legal cynicism—will sever the ties of Russia with humanity.

Is criminality a Russian virtue worth cultivating? Unless we want the world to plunge into an abyss of barbarity, the answer must be an emphatic no. The international community ought to support all existing and nascent accountability mechanisms, notably **a special tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine**, as they can help to bring the culprits to justice.

Rivka Weill

War over Israel's Judicial Independence

doi: 10.17176/20230125-201849-0



In mid-November 2022, I warned of the “[tangible and imminent threat to Israel's judicial independence](#).” My warning was based on a legal analysis of the [platform](#) of the Religious Zionist Party, which has since become a prominent member of Prime Minister (PM) Benjamin Netanyahu's hard-right coalition government.

The government was [sworn into office](#) on December 29, 2022. [Its coalition agreements](#) require all parties to support all bills proposed by the Minister of Justice to reform the judicial system, and in particular the judicial selection method. The coalition parties further committed to grant these bills “absolute priority” over any other legislation. The government wasted no time in initiating an all-out attack on the independence of the judiciary. It is promoting in full speed two parallel proposals to reform the judiciary in the hope that at least one of them, or a hybrid of both will be codified. The government claims that its proposed judicial reform will promote a more democratic and representative judiciary. Yet, a careful analysis of its proposed reform suggests that the government intends to fully politicize the judiciary. It will change the process of appointment to the Judicial Selection Committee, placing control in the hands of the government. Simultaneously, it will neutralize the ability of the opposition in the Knesset and the professional elites (the Justices and the Bar Association) to protect judicial independence from governmental takeover.

Currently, Basic Law: The Judiciary, [which forms part of Israel's supreme yet largely flexible constitution](#), provides for judicial independence, but its provisions may be amended [by a 2 to 1 legislative majority](#). Without judicial independence, neither democracy nor the rule of law may exist.

Bill to Amend Judicial Selection Process

The new Minister of Justice, Yariv Levin, is a member of Netanyahu's Likud political party. He has been an ardent proponent of judicial reform for many years. Netanyahu hadn't appointed Levin as a Minister of Justice in his pre-

vious governments, because Netanyahu used to advocate judicial independence as a vital feature in the survival of a democracy and blocked any proposal that threatened it. Levin admitted that Netanyahu's “[unjustified](#)” [criminal indictments](#) and trial convinced the government that judicial reform is essential.

[Levin's bill](#) intends to restructure the Judicial Selection Committee in order to give politicians control over the composition of the Court. It will be composed of eleven members: (1) The Minister of Justice, who will chair the Committee; (2-3) two additional ministers appointed by the government; (4) Chair of the Knesset's Constitution, Law and Justice Committee (Constitution Committee); (5) Chair of the Knesset's State Comptroller Committee; (6) Chair of the Knesset Committee; (7) President of the Supreme Court; (8-9) two additional Supreme Court Justices chosen by the Court members; (10-11) two representatives from the public selected by the Minister of Justice, one of whom must be a lawyer. The bill further states that the Committee members will enjoy independent discretion: no governmental authority, including the Court, may intervene in their discretion, proceedings or decisions. Furthermore, the bill provides that the President and Deputy-President of the Court will be appointed for a single term of six years in the same way that judges are generally appointed, and may come from outside the judiciary. Removal of judges may be achieved by a decision of nine out the eleven members on the Committee, even without cause.

Democratic Pretext for the Proposal

The bill's explanatory notes reject the current composition of the Judicial Selection Committee as inapt. Currently, [the Committee](#) consists of three Supreme Court Justices, one of whom is the President of the Supreme Court; two members of the Israeli Bar; two ministers, one of whom is the Minister of Justice; and two Knesset members elected [by secret ballot](#). Each of the four bodies represented in the Committee (Legislature, Government,

Supreme Court and Bar Association) chooses its representatives. Neither body enjoys a majority in the Committee. Furthermore, in 2008, Gideon Sa'ar, as an Opposition member, and the Minister of Justice at the time, Prof. Daniel Friedman, reformed the process of appointing Justices to the Supreme Court. They changed the requirement from the support of a simple majority to seven out of nine Committee members. They aimed to grant the politicians veto power over appointments to the Supreme Court.

Levin's bill aims to prevent the Justices from enjoying a veto power over the appointment of their successors. It also seeks to secure the politicians, rather than the professionals (Justices and lawyers), a majority in the appointment process. The bill claims that the proposed appointment process is more democratic, because it will lead to a more diversified judiciary that will better reflect public opinion. Furthermore, it explains that the Committee's current composition does not account for [the occurrence of the constitutional revolution in Israel](#) in the mid-1990s, which resulted in the exercise of judicial review over primary legislation. The judicial power that the Court has been enjoying since the revolution involves policy determinations. The new composition will supposedly ensure that a Court with such power is held accountable more effectively. The bill claims to grant "equal weight to the three branches of government," because three Justices, Ministers and Members of Knesset (MKs) will sit on the Committee. It seeks to replace the Bar Association representatives with public representatives chosen by the Minister of Justice, since the Bar Association does not represent the general public. In fact, the bill claims it doesn't even represent the attorneys, since many of them don't participate in electing their administration despite having the power to vote. The bill even states that the membership of the Chair of the Knesset's State Comptroller Committee *guarantees* for the first time in Israel's history that the Opposition will be represented on the Committee.

The Rule of the Few

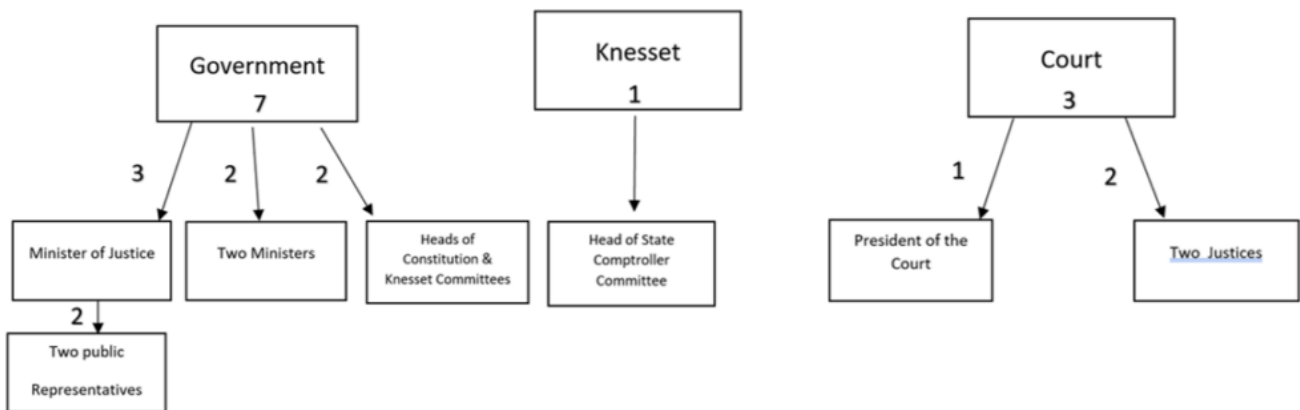
What's not to like? A careful examination of the proposal suggests that it intends to concentrate the power to appoint judges in the hands of a few individuals, not even a majority of the government, let alone the legislature. Members of the Judicial Selection Committee must exercise independent judgment [under Israeli law](#). Thus,

there is no way to translate governmental, or legislative, will to votes on the committee. This is why the current Committee's composition is advantageous. It ensures a consensual process in the sense that representatives of the four bodies (Knesset, Government, Judiciary and Bar) must strike deals to appoint Justices to the Supreme Court. This, in turn, affects appointments to the lower courts as well. This process prevents the appointment of inappropriate people, including candidates with radical positions, who do not reflect the Israeli population.

Who will compose a majority of the Judicial Selection Committee and thus the power to appoint judges and Justices under Levin's bill? The Minister of Justice will have three representatives on the Committee, since the Minister will also appoint the two public representatives. They will thus muster half the threshold to appoint judges. Since the 1960s, Ministers of Justice have [typically been members of the ruling party](#), though there were exceptions such as the former Minister of Justice Gideon Sa'ar, who represented [a faction of 6 MKs](#). Since Israel abolished direct elections to its PM in 2003 and until 2020, coalitions have included [on average 63 out of 120 MKs](#), with the ruling party comprising on average 53% of the coalition. Thus, even if the Ministers of Justice will come from the ruling party, they will represent at most 33 MKs, or 27.5% of MKs.

Moreover, in light of Israel's [proportional representation election method](#), which has a low electoral threshold of 3.25%, we may expect that small political parties will demand to run the Ministry of Justice. A small faction might leverage its bargaining power and condition its support of the government on gaining the power to determine the composition of the judiciary. Never before did the Minister of Justice hold such potentially irrevocable appointment power in its hands. If Levin's proposal is adopted, it will present a very tangible and imminent danger to Israel's fragile democracy.

The bill further suggests that two additional members will be the Heads of prominent legislative committees: [the Knesset Committee](#) and the [Constitution Committee](#). The government's representatives chair the two Committees. Thus, the bill does not guarantee equal representation for the government and legislature in the Judicial Selection Committee. On the contrary, it promises 3 votes to the Minister of Justice, and 4 additional votes to the government through two additional ministers (whose identity is not specified in advance) and two heads of



A diagram of political control over the Judicial Selection Committee under Levin's proposal.

Knesset Committees. The difficulty is augmented when considering that often the same political party controls both the Ministry of Justice and the Knesset Committee. In fact, an examination of Israel's history since its founding suggests that the Minister of Justice, the Head of the Knesset Committee and the Head of the Constitution Committee represented cumulatively on average (per government) approximately at most 42% of MKs. Yet, they will together enjoy the power to control 83% of the majority needed to appoint judges. They will only need one more vote to appoint a judge, a vote they may get from one of the other ministers.

It seems that the better question is thus which votes on the Committee the government will not control? These amount to three or four at most. The bill suggests that the Judicial Selection Committee will elect the President of the Supreme Court for a single six-year term. Thus, the government will indirectly possibly control the vote of the President as well. The Court will elect two Justices and the Opposition will have one representative through the appointment of the Head of the Knesset's State Comptroller Committee. But, even that is not a guaranteed vote for the Opposition. [The Knesset by-laws](#) currently grant the Opposition the power to chair this supervising Committee, but the bylaws may be easily amended by a simple majority vote.

Simcha Rothman, a member of the Religious Zionist Party, currently heads the Constitution Committee. He proposed an alternative bill to expedite the legislative proceedings. Under his bill, the Judicial Selection Committee will remain with nine members, but its composi-

tion will change. The Knesset will be represented by the Heads of the Knesset Committee, Constitution Committee and State Comptroller Committee. The government will appoint three ministers, including the Minister of Justice. The Minister of Justice, in turn, with the consent of the President of the Supreme Court will appoint two Presidents (ret.): one of the District Court and the other of the Magistrate Court. Under this proposal, the government will still control at least a majority (3 Ministers and 2 Heads of Knesset Committees). In other words, this bill is not a better alternative. It still undermines Israel's judicial independence.

The Grim Implications for Israeli Democracy

Not only will a few individuals enjoy the power to appoint judges, but the Judicial Selection Committee will be able to remove judges by a vote of nine members without cause. Since there is no guaranteed independence of the four non-governmental members of the Committee, Israel's principle of judicial independence is on the line. But, it goes beyond that. The fact that government directly or indirectly controls seven members of the Committee means that they may easily initiate proceedings to remove judges, from the Supreme Court as well as other courts. This potential abuse might have a chilling effect on any judge who considers ruling contrary to the dominant political opinion. Even if judges may overcome their fear and rule according to their judgment, judicial independence is lost if judges operate under the threat of such political abuse.

The Israeli public is awakening to the dire threat to

the principle of judicial independence, which is a cornerstone of Israel's democracy. For three weeks in a row, tens of thousands of people have been amassing in growing numbers in Tel-Aviv to protest against the proposed reforms. The demonstrations grew from 30,000 to 80,000 to [130,000 people](#). People protest in other cities around the country as well. Yet, the government declares that

there is one plan it does not intend to back down from: [taking control of the judiciary](#).

*I thank Noam Kozlov and my daughter, Elisheva Feintuch,
for their excellent research assistance*

Eli Salzberger

A Possible Regime Change in Israel

doi: 10.17176/20230118-001857-0



Israel is rapidly undergoing a regime change/constitutional revolution - Hungary style - as reflected by various draft bills placed on the Knesset's agenda during the past days, accompanied by a [grand plan of reform](#) presented by the Minister of Justice on January 4th.

Two background notes:

1. Israel's structure of government lacks important checks and balances. It is a parliamentary democracy with a unicameral legislature of 120 members, elected nationally on the basis of proportional representation, resulting in strong party discipline (in contrast to most democratic countries, which have some district or constituency representation balancing the strict loyalties to the party). Israel lacks a rigid constitution. Basic laws, which are regarded superior to regular legislation, can be enacted by simple majority. Hence, the government, which enjoys a parliamentary majority, has enormous power. The only mechanisms to counterbalance the raw majority are the public legal institutions, the judiciary and the Attorney General's office, which are at present comparatively [independent](#).
2. The 5th general election within three and a half years was held in November 2022, and resulted in the current coalition - the most right-wing and religious government Israel has ever had. The political deadlock of the past years was not a consequence of socio-economic or ideological divides, but a divide between a pro-Netanyahu alliance versus a left, center and right-wing anti-Netanyahu alliance, surrounding corruption charges against Netanyahu, which materialized during this period in an indictment and an ongoing trial. The November elections gave a victory to Netanyahu's camp, with 64 out of 120 seats in parliament. This result, however, does not mean that the 50-50 split of the Israeli public has changed; the 8-seats gap (64:56) is the consequence of two left-wing parties which did

not pass the 3.25% threshold.

The new government only took office a few weeks ago. Within a few days, the new Minister of Justice laid down his plans, which were evidently prepared carefully over several years. He has already published draft bills that the Knesset began deliberating this week. With the Prime Minister and coalition partners' united support, the reforms can be enacted very quickly.

They include:

A change in the judicial appointments' procedure - de facto providing the ruling government the power to appoint all judges.

The current system, in place since 1953, is that all judicial appointments are made by a nine-member committee, comprising representatives of the three branches of government and the Bar (3 Supreme Court justices, 2 ministers, two Knesset members, traditionally one from the opposition, and 2 representatives of the statutory lawyers' association). The support of seven members is needed for appointments to the Supreme Court (note that the Israeli Supreme Court, in line with the Anglo-American tradition, is a court of last resort in criminal and civil matters, as well as the top administrative and the constitutional court). This system balances between political and professional considerations. It was lauded by numerous international scholars and even served as an inspiration for reforms by [other countries](#) (e.g. the UK).

The [draft bill](#) proposes small changes in the composition of the committee, which makes a very significant difference - to increase the committee members to 11, adding two ruling coalition members (an additional minister and an additional coalition Knesset member), and to replace the two Bar representatives with public representatives chosen by the Minister of Justice. It also proposes to cancel the requirement for a special majority for Supreme Court appointments. Thus, the six ruling coalition members and representatives will be able to dom-

inate and secure all judicial appointments, including to the Supreme Court.

The draft bill also proposes to abolish the seniority principle which guided the appointment of the President of the Supreme Court and the Deputy, stating that candidacy for these positions is not exclusive to the serving judges of the Supreme Court and that Presidents and Deputies will be appointed to a fix term of six years. These arrangements, together with the introduction of public hearing in the Knesset for all candidates to the Supreme Court, means that not only the appointment of judges will be in the sole power of the government, but that politics and power struggles within the judiciary would increase.

Amendments to the Basic Laws that will practically annul judicial review of legislation.

Among other changes [the draft proposal](#) includes an overriding clause, allowing the Knesset to overturn almost any court decision by simple majority vote (61 out of 120 legislators). As noted above, Israel does not have a rigid constitution. Instead, the Knesset decided in 1950 that it will enact Basic Laws that are meant to be amalgamated into a constitution in the future. After various Basic Laws dealing with the structure of the different branches of government, the Knesset enacted in 1992 two Basic Laws protecting several civil and human rights, such as the right to dignity, liberty and property. These rights cannot be violated, save by “a law that corresponds to the values of the State of Israel, which serves an appropriate purpose, and to an extent that does not exceed what is required” (Section 8 of Basic Law: Human Dignity and Liberty). On that basis, the Supreme Court began to preform judicial review of legislation. It has struck down 22 laws (or specific articles of laws) in the course of the last 30 years; a very small number when compared to most other countries which practice judicial review of legislation. In recent years, and as the result of the political deadlock, the Knesset enacted various amendments to the Basic Laws, as well as new Basic Laws, such as [Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People](#), which were challenged at the Supreme Court. The Court rejected all the petitions, leaving open the question of its jurisdiction to review the constitutionality of Basic Laws.

The draft bill published by the Minister of Justice bans altogether judicial review of Basic Laws. It further holds

that judicial review of “regular” legislation must be undertaken by a panel of all judges of the Supreme Court (in contrast to smaller panels which currently hear such cases), and has to be decided by an 80% majority. Even such a super-majority decision can be overruled by a simple majority of Knesset members, save if the Court’s decision was unanimous, and in such a case it can be overturned only by the next Knesset.

Adopting the proposed reforms means not only that judicial review of laws infringing basic rights would be much more difficult (due to the requirement of a super majority of all judges), and subject to the Knesset’s overturning power, but also that all Basic Laws, adopted by a simple majority of the Knesset, would be immune from any review. Theoretically, the current government could simply enact a Basic Law that extends its term by another 4 years, with no possibility to challenge it constitutionally.

Abolishing “lack of reasonableness” as a ground for judicial review

This doctrine, inherited from English law, has been further developed by the Israeli courts throughout the last 70 years. It is the primary foundation for judicial review of administrative decisions, and served, for example, as early as 1993, to strike down appointments of ministers who were indicted for corruption charges (one of these appointees, Aryeh Deri, who was convicted three times since the 1993 affair, was again appointed as a minister in the current government, and a petition against this appointment is [pending](#)).

Abolishing lack of reasonableness as ground of review means that ministers and other officials will have an almost unlimited discretion within their statutory authorities; their discretion in exercising their powers would be above review.

A major reform of the governmental legal counselling service.

As noted, the only checks on raw political power in Israel are by the courts and the Attorney General’s office. The Attorney General wears three hats – the head of criminal prosecution, the legal advisor to the government, and the head of the legal advisory apparatus serving the government ministries. The legal opinions of the Attorney

General bind the government, and the legal opinions of the legal advisors to the ministries bind the ministers. Already during his first term as Prime Minister in 1996, Netanyahu tried to appoint as Attorney General a [close political ally](#), in contrast to the professionally orientated tradition until then. The affair resulted in the establishment of an appointments committee, comprised of politicians and professionals. The appointment process for ministries' legal advisors is also professionally orientated and under the supervision of the Attorney General. These legal advisors are the first trench against corruption and unconstitutional/illegal measures taken by ministers.

The [new reforms](#) put forward by the Minister of Justice propose to change the procedure for the appointment of legal advisors to the ministries, transforming them into so-called "trust appointments" of each minister. They also propose to state by law that the legal opinions of the Attorney General and the ministries' legal advisors will not be binding upon the government or its ministers.

Evaluation

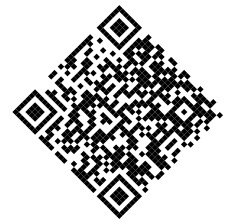
These are only part of the proposed legal reforms, but even these alone amount to a regime change - driven by the loss of the independence of the judiciary and the legal advisors to the government, on the one hand, and the blocking of the Supreme Court's power to review government and legislature actions, on the other.

The initiators of the reform are well prepared. As part of their public relations campaign, they show comparative data that in all four areas of proposed reforms – judicial appointments, judicial review, administrative review and the Attorney General powers - the current arrangements are exceptional to Israel. In some of these claims there may be a grain of truth, but of course this comparison ignores other crucial factors relevant to mechanisms of checks and balances which exist elsewhere, such as a federal structure, the construction of parliament and the election system, review by transnational courts such as the European Court for Human Rights, etcetera. Taking these variables on board will result in the grim picture that Israel's system of government will become exceptional in the wrong way: it will grant the executive and the legislature absolute rule by simple majority vote.

The government's coalition agreements inform us of other reforms in the pipeline in other areas: increasing the religiosity of Israel and limiting the freedom from religion, scrapping the prohibition against discrimination in the provision of products and services (with Arab and LGBTQ citizens first in line for negative discrimination), tough law and order policies, the politicization of the police and the army, and, of course, enhancing Jewish settlements in the occupied territories. We face an immense increase of human rights violations with no effective legal avenues to challenge them. Israel may fully lose its democracy.

Aeyal Gross

The Populist Constitutional Revolution in Israel



Towards A Constitutional Crisis?

doi: 10.17176/20230119-143757-0

On January 11th 2023, Israel's Minister of Justice, Yariv Levin, published memorandums outlining the first two major steps in the constitutional overhaul planned by Netanyahu's new government – an overhaul at the epicenter of the rise of constitutional populism in Israel. This essay will outline the proposed changes, explain the paradoxes of Israeli constitutional law that make it vulnerable to a populist attack, and point to the unique context of “democratic backsliding” in Israel, which occurs within a specific ethno-national context involving ongoing military occupation.

Proposed Reforms to the Basic Laws

The memorandums include major reforms to two of [Israel's Basic Laws](#). Basic Laws are laws enacted by parliament in its “constitutive” role, based on a 1950 compromise to legislate a series of Basic Laws that are supposed to be chapters in a future constitution. Since the mid-1990s, the Israeli Supreme Court took the position that all Basic Laws enjoy supremacy over regular legislation in a way that enables constitutional judicial review, even if they are in fact legislated in the same forum and by the same procedure and majority as regular legislation. As will be shown below, this paradox is part of what allows for the current abuse of constitutional power by the new coalition government.

One of the memorandums entails a major revision to [Basic Law: The Judiciary](#). The main proposed changes are as follows:

1. [An overhaul of the judicial appointment committee](#). So far, this committee is comprised of two government ministers, two members of the parliament, two representatives of the Bar and three Supreme Court justices. The new proposal: (1) enlarges the number of government ministers to three; (2) increases the members of parliament to three, determining they will no longer be chosen by the Knes-

set but rather be the chairs of three parliamentary committees, two of which are usually headed by the coalition, and one by the opposition; and (3) most significantly, replaces the representatives chosen by the Bar with two public representatives personally chosen by the Minister of Justice. The number of judges on the committee remains unchanged. The result of this overhaul would be a committee controlled by the government, which would have seven representatives out of eleven. The committee would transform from a balanced one into one that allows the coalition government to appoint judges at will. According to the proposal, a six-member majority would be required to appoint a Supreme Court judge and a nine-member majority to remove one.

2. A reform to the process of judicial review of primary legislation that contradicts [Basic Laws](#). According to the proposal, a statute can be struck down only if held unconstitutional by 80% or more of all Supreme Court Justices. This change will make judicial review of statutes based on the Basic Laws almost impossible.
3. A determination that a decision regarding the judicial review of a statute will not serve as a precedent regarding any other statute.
4. An [“override clause,”](#) meaning that parliament can re-legislate, by a majority of its members, a law struck down as unconstitutional, as long as the statute states explicitly that it is valid “notwithstanding” the Court's ruling. This law will be immune from judicial review for four years and if it will be re-enacted again by a subsequent parliament – indefinitely.
5. A prohibition of judicial review regarding Basic Laws – in a way that preempts the [nascent “unconstitutional constitutional amendment”](#) doctrine

and the parallel doctrine concerning [abuse of constitutive power](#). This will allow parliament to protect from judicial review certain norms that may be struck down if included in a regular statute. One example already in the pipeline is [a proposed Basic Law on immigration](#) that seeks to revive – and entrench – provisions previously struck down in regular legislation, which allowed indefinite detention of asylum seekers. The proposed bill will also restrict asylum seekers' access to the judicial system.

6. A prohibition against reviewing administrative action based on the reasonableness doctrine.

Similar changes are proposed in a [parallel bill](#) proposed by Simcha Rotman, the Chair of the Knesset's Constitution, Law and Justice Committee. In spite of some important differences, his proposal shares the main tenets of Levin's proposal.

An additional proposal includes [suggested changes to Basic Law: The Government](#). The main proposed changes are:

1. The government may determine its legal position on any matter.
2. The Prime Minister and any minister may determine the positions of their offices on any legal matter.
3. Any legal advice given to the government, to the Prime Minister or to any government minister will not bind them; they can reject it and act in contradiction. (This is complemented by a proposal in the pipeline to turn legal advisors in government ministries into personal appointees by the sitting minister, rather than professional appointees.)

Constitutional Backlash

These proposals, which are going to be discussed in the Knesset's Constitution, Law and Justice Committee over the new few weeks, form a major anti-constitutional revolution that must be understood as part of a major turn to authoritarian populism by the [new Israeli government](#). While populism and [democratic backsliding](#) are not novelties in Israel, and we have already witnessed populist constitutional changes such as the [“Nation State” Basic Law](#), the current changes are of dimensions not seen before. This is enabled by the fact that unlike in the past, [this time Netanyahu is not dependent for his coalition](#)

[on any centrist party – whereas in the past his coalition partners had vetoed such steps. Instead, this coalition includes extreme right-wing politicians](#), who are backed by [right-wing think tanks](#) that have been preparing for this moment for years.

The proposed changes are part of an ongoing backlash to the so-called “constitutional revolution” of 1992, when the Court, under the leadership of Justice Aharon Barak, developed the concept of judicial review based upon the Basic Laws, following the legislation of Basic Law: Human Dignity and Liberty. Like other populist leaders, the advocates of change argue they want to reinforce democracy by letting the people rule, while in fact abolishing the judicial independence that is required for democracy. In the Israeli context, they argue that the development of judicial review by the Court based on the Basic Laws, absent a full constitution, was itself not legitimate.

In the Israeli context, no discussion of ‘democratic backsliding’ can ignore the reality of the [ongoing military occupation](#) of the Occupied Palestinian Territory (OPT) – a prolonged occupation that entails military control over millions of people whose rights are trampled upon regularly, by a government they did not choose, [in a way that undermines democracy](#). To a large extent, the current reforms are intended to entrench this control, by removing any legal obstacles even to those few measures regarding the occupation that [the legal system had struck down, such as the takings of private Palestinian lands for Jewish settlements](#).

Overall, given the control the coalition government *de facto* has over the parliament, the result of these changes is a consolidation of power by the government, which would no longer be bound by the legal system. If these proposals (even in a somewhat tweaked version) were made into law – and there is no reason to think they will not, given that Netanyahu's coalition currently enjoys a strong majority in the Knesset – the coalition government will have total control over judicial appointments, but at the same time will also be able to override any holding of the Supreme Court concerning the constitutionality of statutes, unbound by any opinion of its own legal advisors. This comes in addition to the ability to entrench any arrangement within “Basic Laws” that will be immune from judicial scrutiny.

The abolition of the reasonableness doctrine seeks to curtail judicial review of administrative action. Arguably, courts will be able to bypass this prohibition by turning to

other administrative law doctrines such as proportionality, equality, etcetera; yet nonetheless, its expressive and potentially chilling effects are significant.

Taken together, the proposals seek to erase the idea of a government limited by law and to concentrate all power within the ruling coalition. Accordingly, [all seven of Israel's living previous Attorney Generals](#) described the plan as one that threatens to destruct Israel's legal system. Even more dramatically, [Supreme Court President Esther Hayut](#) called the program an [attack on the judicial system](#), intended at its destruction and at giving a fatal blow to Israel's democratic identity.

Constitutional and Administrative Capture

The changes in judicial appointments, as well as restrictions on judicial review, will probably [remind readers of constitutional capture](#) processes that occurred in Hungary, Poland and other countries where authoritarian populism displaced democracy. However, for the purpose of fully understanding the extent of the what we are witnessing, it is necessary to consider not only the constitutional changes regarding judicial appointments and review. This post is too short to list all the changes in Israeli political life; but perhaps one of the most important and sometimes overlooked elements of the populist tsunami in Israel is the disintegration of Israeli governmental ministers, with the aim of subordinating specific areas of the government to specific ministers or deputy ministers from the coalition, so they can promote reactionary and authoritarian agendas. These changes are detailed in the [coalition agreements](#) Netanyahu struck with his coalition partners. They are accomplished by appointment of an "additional minister" in an existing government department (something enabled by a constitutional change to [Basic Law: The Government, enacted already on December 27th 2022](#)), or of a deputy minister, or by shifting departments from one ministry to another.

A few examples illustrate this:

First, the subordination of the "civil administration," which in practice governs the daily life in the OPT, to an "additional minister" in the Ministry of Defense, rather than to the Military command chain. The Minister in question is Bezalel Smotrich from the Religious Zionist Party, whose agenda entails expanding settlements significantly.

Second, the appointment of Avi Maoz from the Noam Party, which has a strong "anti-gender" homophobic

agenda, to Deputy-Minister in the Prime Minister's office. Under his purview – rather than with the Ministry of Education – now falls [the authority to approve of external programs that are offered in schools](#), most likely to the detriment of any democratic, feminist or pro-LGBT program that schools may choose to incorporate if approved by the division now torn out of the Ministry of Education's control and entrusted to Maoz.

Third, another reform that already took place is [an amendment to the Police Ordinance](#), enacted on December 28th 2022. It undermines the independence of the police by giving the Minister in charge of it, now renamed Minister of National (in place of "internal") Security, the authority to determine the police's policies and priorities, including its investigations policy. This is especially significant given the appointment of [Kahane](#) disciple Itamar Ben-Gvir from the Jewish Power Party to this office. Ben-Gvir has multiple previous convictions for criminal offences, including incitement to racism and supporting Jewish terrorist groups. He already attempted to influence police policy in a political way by ordering the police to ban Palestinian flags in demonstrations (a move which is [legally dubious](#), to say the least) and to arrest demonstrators who block roads in the anti-government demonstrations that have been taking place weekly since January 7th. Additionally, according to the coalition agreements, the Israeli Border Police, a powerful agency involved in the control of Palestinian populations and in various internal security issues, will be detached from the police and directly subordinated to Ben-Gvir.

These changes are supplemented by media law reform plans, which include a plan to privatize the [public broadcasting corporation](#), which has been a steadfast of fair reporting and quality programming, without being influenced by economic interests that affect private media outlets. It has managed to maintain its independence despite its governmental nature. No less important are plans, according to the coalition agreements, to amend Israel's anti-discrimination law in a way that will create broad religious exceptions, in ways that may be detrimental especially to LGBT and women's rights.

The Frankenstate and the Elephant in the Room

As we have learned from other countries, no singular move can be looked at separately. As [Kim Lane Scheppele](#) and other have shown, we see the process whereby measures are supposedly adopted from other countries

in order to justify them. For almost each measure, there is supposedly a parallel somewhere. Political appointments of judges in the US, a “notwithstanding clause” in Canada, etcetera. However, what we are witnessing is the partial adoption of tools that do exist in some countries, without their broader context and without the constitutional guarantees that accompany them elsewhere. Instead, we see an adoption of the least democratic provisions from a few countries and their aggregation together into a [monstrous reality](#) Scheppele decried as the Frankenstate. For some, this process will be seen as a natural continuation of the autocratic control Israel already deploys towards the Palestinians in the OPT, now creeping into Israel. Others see Netanyahu as agreeing to all this in the hope that he will eventually get his way with further reforms that will undermine his ongoing corruption trial. In the Israeli case, the paradox whereby Basic Laws enjoy constitutional status even if they can be legislated with a regular majority paves the way for populist authoritarians to introduce major constitutional reforms, thus entrenching their anti-democratic moves, and further securing them by installing a prohibition of judicial review of the Basic Laws themselves.

While the various moves by the government instigated big protests that may continue to expand over the next few weeks, a long breath seems to be needed for the battle over Israeli democracy, especially given that the current proposals are probably only the first steps and additional “reform” proposals are waiting down the line. A fractured opposition that [could not hold a government together](#) faces a coalition of like-minded parties.

The popular protests already include contentions about the elephant in the room – should the demonstrations also address the question of the occupation. As discussed above, the Israeli case is unique in its ideological ethno-national features and the relationship between the “backsliding” and the continuation of a regime that has never been democratic towards its Palestinian subjects.

Accordingly, while many argue that there is no democracy with occupation, and that the current processes cannot be understood out of this context, others believe that raising the issue of occupation distracts from

the immediate battle against constitutional reform and alienates centrist voters who don’t share the leftist opposition to the occupation. It is this author’s view that the current constitutional changes advanced by the new coalition are not just about entrenching its own rule and protecting Netanyahu from the corruption trial, but are largely about entrenching the occupation, and more generally securing Israel’s Jewish “character” against decisions upholding rights of asylum seekers, LGBTs, and in some cases Palestinians.

Any battle for democracy in Israel that ignores this will fail in the long run. However, the first constitutional crisis that may occur has to do with the [judgment issued by the Supreme Court](#) on January 18, 2023, in the petition concerning the appointment of Aryeh Deri as Minister of the Interior, notwithstanding his recent conviction for tax offences. This appointment required a change ([as part of the December 2022 amendment](#)) to Basic Law: The Government relaxing the rules about appointment of convicted criminals as cabinet ministers. While the Supreme Court refrained from giving a holding on the argument that the amendment is an abuse of the Basic Laws framework, it decided to strike down Deri’s appointment based mostly on the “reasonableness” doctrine. Following this holding, the government may accelerate the legislative processes that will prohibit review on this basis. This, notwithstanding that the holding actually proves that such a move will not necessarily fulfill the government’s wish to curtail judicial review of administrative action, as a significant number of judges relied on other administrative law doctrines instead of or in addition to reasonableness. Whether the Court will consider proposals curtailing its powers as constituting “unconstitutional constitutional amendments,” or whether Netanyahu will attempt at re-appointing Deri, provoking further petitions centering on other administrative law doctrines, we may witness a head-on collision with the government. In any event, the collision may occur sooner or later, when Levin’s legislative plan, if and when it becomes law, will be attacked directly in the Supreme Court. Either of these scenarios may lead to a [constitutional crisis](#) of dimensions that Israel has not witnessed before.

Mahir Tokatlı

The Sultan's Last Dance

doi: 10.17176/20230124-095933-0



Long-time ruler Recep Tayyip Erdoğan recently declared that he would run for president for the last time in the upcoming elections in 2023, indicating the end of his political career that stretched over four decades. This may sound like a strategic move to mobilize voters but it is actually not possible for him to run again according to the current constitution. The possibility for a renewed or “last” run for office does not lie in the hands of Erdoğan alone. Rather, it depends on parliament and its decision to call early elections with a 3/5th majority. Nevertheless, despite serious constitutional concerns, Erdoğan's candidacy is very likely and will hardly be genuinely called into question, but rather will be acquiesced by the opposition. After all, as Turkey has devolved into a semi-competitive autocracy, there have been fundamental violations of the rule of law, with the result that authority – rather than the constitution – imposes law, rendering a candidacy highly probable but neither legal nor legitimate.

There is also a dispute over the proper count of how many times Erdoğan ran for office: While there is no disagreement at all that Erdoğan won the race for the presidency in both 2014 and 2018, with 2023 possibly marking his third term, his supporters argue that the extensive constitutional amendments in 2017 essentially changed the system of government. Thus, 2018 should be considered as his first term, disregarding that the Constitution was not replaced by a new one, as only constitutional amendments were enacted while not changing the relevant paragraph on re-eligibility in Article 101.

The evolution and relevance of the office

The head of state's position has been prestigious since its establishment in 1923, but already lost its sparkle after a multiparty system was introduced and the first change of government took place in 1950. It became almost powerless in political terms with the 1961 constitution before receiving a political upgrade with the constitution of 1982. Since then, this office has been pivotal in the political system and steadily strengthened over the years

to follow, reaching its peak in 2018 with the implementation of the constitutional amendments adopted a year earlier. The elimination of the position of prime minister resulting in the president becoming the undisputed chief of the executive branch, emphasizes its importance. Also, its new powers, such as the ability to pass laws by decree, are remarkable.

Though the first step towards an upgrade was taken in 2007, as a result of a conflict over the 2007 presidential election, the popular election of the president was constitutionally adopted via referendum for 2014 and Article 101 underwent extensive amendments. The previous version only allowed the president to serve one seven-year term. The tenure was shortened by two years to five as well as permitting (solely) one reelection. Abdullah Gül, one of the founders of the Justice and Development Party (AKP, Adalet ve Kalkınma Partisi) was the last president who served a seven-year term. After his presidency, then-Prime Minister Erdoğan expressed his willingness to run for the highest office of state and became the first popularly elected Turkish president on August 2014.

Among the reasons to switch his position within the executive was an internal rule of AKP which stipulated that Members of Parliament should not run for more than three consecutive legislative terms which was reached by Erdoğan already in 2011 and made him theoretically ineligible to be re-elected as prime minister in 2015, as he needed to be elected from the ranks of the deputies. After serving three consecutive stints as prime minister, Erdoğan switched positions early and became president for the first time.

Four years later he was confirmed a second time in office by defeating the opposition candidate, Muharrem İnce, in presidential elections. Thus, his second and, according to the constitution, final term will expire in 2023, when the Turkish Republic celebrates its 100th anniversary.

A possible third term

Nevertheless, a third term remains an option. Following the constitutional amendments, Article 116 has been introduced and is relevant in case: if, during the second term, Parliament removes the president from office by calling early elections, a third term is allowed. This is quite ironic because the very possibility of parliament ending the term of the head of government contradicts the main principle of a presidential system and is undisputedly *the* typical feature of parliamentary systems. As [Tal Lento and Reuven Hazan](#) put it, in all parliamentary systems, parliaments can remove the head of government, but not in all of them the latter may also be elected by the legislature. Therefore, the popular election of the head of government does not automatically mean equal the introduction of a presidential system.

This being said, it is very unlikely that a 3/5th majority could be reached in parliament for this purpose. The required 360 votes are neither achievable for the AKP alone nor in addition to the votes of right-wing extremists Nationalist Action Party (Milliyetçi Hareket Partisi, MHP) and Great Unity Party (Büyük Birlik Partisi, BBP). Indeed, this long-standing voting alliance (“People’s Alliance”) amounts to a total of 335, missing 25 representatives, making this constitutional process almost impossible.

However, it should not be disregarded the fact that the biggest opposition party, the national Kemalist Republican People’s Party (Cumhuriyet Halk Partisi, CHP), has served the AKP as a majority provider in the past, for example, in the context of lifting parliamentary immunities in 2016. At the end of the day, it is an unlikely speculation, but still a theoretical possibility. On top of that, there is another peculiarity, for the Turkish parliament passed modifications to the electoral law on [6 April 2022](#), such as lowering the ten-percent election threshold to 7 percent. However, this will not come into effect until next year, which is why the current “Republican Alliance” will not worry about new elections and the organization of the qualified majority until after 6 April.

What complicates matters is that elections in Turkey are not held on that day, but the whole election phase is set to commence 60 days before the election itself. Regularly, the election is scheduled for 18 June and 60 days before that, the election phase has to begin. This means if the “People’s Alliance” wants to take the constitution-

ally proper path and implement the new election law, the only possible option is to let the parliament declare early elections in the week after 7 April. In other words, Erdoğan, in order to legally run for a third time, would have to convince a total of 25 opposition representatives to let parliament declare snap elections, and it has to be announced in that one week in spring.

Re-counting Erdoğan’s terms in office

Far more important than this constitutionally legal option is another argument made by supporters in favor of Erdoğan continuing to run for office: The extensive constitutional amendments of 2017 would have introduced a new system of government by shifting from a parliamentary to a presidential system. Therefore, under the new system, the first presidency from 2014–2018 shall not be considered a term served, so that the second term is still to come. Here, at least two arguments should be mentioned that oppose counting from 2018 onwards: First, no new constitution was drawn up, but rather the script, which has been in effect since 1982, was modified, with the consequence that all articles that were not changed in 2017 have been valid since their enactment.

Since 2007, Article 101 states that a president must be elected not more than twice. This passage has explicitly not been modified, although other provisions in the same article have been changed (nomination of a candidate) or removed (lifting the party-political neutrality). Not even a – quite common – interim rule has been written down, setting previous terms of office [to zero, like Vladimir Putin did](#), when Russia amended its constitution. Similarly, the [case of Gül’s presidency](#) and constitutional amendment that followed his election triggered controversy over whether Gül should be allowed to serve five or seven years. Also, a potential reelection was disputed.

Secondly, changes have occurred within the framework of a parliamentary system and do not constitute a transition to another, a presidential system. In a truly presidential system, parliament would not have the power to end the president’s term early. The fact that the well-defined limitation on terms has remained unaffected by the numerous changes means that no new counting mode may be legitimized in hindsight. In addition, no system-related necessity justifies setting the terms to zero. If, however, an explicit amendment of the paragraph and thus the lifting or zeroing of term limits

was not carried out because the constitutional amendments supposedly necessitate such a change and because it is plainly obvious, then the question arises as to why this was done in the case of party-political neutrality of the president, which since 1982 should guarantee a non-partisanship representation, and which was removed without replacement in the same paragraph in 2017.

Unlike critics of the amendments in general may argue, the president must lose his party-political neutrality since the executive office now consists of one person, similar to parliamentary systems with a unified one-person executive (e.g. South Africa or German states). Thus, its tasks (representing and governing) are merged into one person. In the end, the architects of these constitutional changes not only missed the actual and announced transition to a presidential system, but also involuntarily made it nearly impossible for Erdoğan to be re-elected in the symbolic year 2023; 100 years after the Treaty of Lausanne or a century after the proclamation of the republic. However, a technical error will hardly prevent the incumbent president from throwing his hat into the (rigged) ring once again.

Conclusion

An unfortunate scenario would be if some members of the opposition would pave the constitutionally possible path for the president claiming not to be afraid of the polls and wanting to defeat the president via elections. That would be careless, for elections in Turkey have been under serious allegations of fraud for some time now. Thus, the opposition should not fool itself into thinking it would be wise to invite Erdoğan for a last dance. The president's recent statements indicate that the constitutional path will not be followed, and instead new elections will be scheduled – [officially due to seasonal conditions](#) – for the symbolic 14 May. In 1950, the first free and fair elections under a multiparty system in Turkey took place on that date. Although it is unconstitutional for Erdoğan to run again, he will probably do so once more. Whether it will be the final bid, however, remains to be seen. In authoritarian regimes political leaders have difficulties leaving the arena. They also have difficulty respecting existing law. It was shown that Erdoğan's candidacy would have no legal basis and would be illegitimate. Per the constitution, the dance is over for Erdoğan by 2023, but since it is not the constitution that rules but power, a “last dance” is highly probable.

Aytekin Kaan Kurtul

Interfering with Free Speech and the Fate of Turkey

The Criminal Defamation Case of Ekrem İmamoğlu

doi: 10.17176/20230106-001527-0



On 21 April 1998, the then mayor of İstanbul, Recep Tayyip Erdoğan was [sentenced to one year \(subsequently reduced to ten months\) in prison and a hefty fine by the State Security Court of Diyarbakır for “incitement to hatred and hostility on grounds of religious discrimination”](#). His criminal act was that of reading two provocative verses from the poem “Divine Army” by Cevat Örnek (*“the minarets are bayonets, the domes are helmets / mosques are our barracks, the faithful our soldiers”*) during a rally of the Islamist Welfare Party (of [“Strasbourg fame”](#)) in 1997. After serving four months of his ten-month prison sentence and having his “political ban” lifted, Erdoğan emerged as the leader of the “pro-Western wing” of Turkey’s Islamist movement and his new Justice and Development Party (hereinafter AKP) came to govern Turkey for two decades with an iron fist.

Twenty-five years after the aforementioned rally, Turkey experienced a free speech case involving another conservative-leaning political figure on the rise: on 14 December 2022, İstanbul’s mayor Ekrem İmamoğlu was [sentenced by İstanbul’s 7th Criminal Court of First Instance to a term of imprisonment of two years, seven months and fifteen days for criminal defamation](#) which, if finalised, will also consist of a “political ban”. The timing of the verdict and the prospect of a “political ban” [came as a surprise](#) to the prominent figures of both [the opposition](#) and [the ruling AKP](#) since the opposition was on the verge of declaring its presidential candidate for the fateful elections in 2023 – not to mention the fact that İmamoğlu has been [one of the favoured presidential candidates of the opposition’s right-wing components](#). The İstanbul court’s interpretation of the facts of the case also [drew criticism](#) in that İmamoğlu was sentenced for uttering the same word (“fool”) that was directed against him by the Minister of the Interior, Süleyman Soylu, and the İstanbul court did not properly apply the “condition of clarity in attribution” (*matufiyet şartı*).

Due to the deeply political nature of the case, it is impossible to avoid the non-legal ramifications of this first-degree judgment. Nonetheless, the case of İmamoğlu is not an unprecedented interference with political speech in Turkey even though having a more profound impact on the future of Turkish politics. Thus, it is of primary importance to stress that the İstanbul court ignored reasonable grounds to acquit İmamoğlu while underlining that a potential conviction would result in an illegitimate interference with the right to freedom of expression within the framework of international human rights law.

The İstanbul Court’s Judgment and Its Basis in Turkish Law

The series of events which led to the prosecution of İmamoğlu began when he [travelled to Strasbourg to address the Council of Europe’s Congress of Local and Regional Authorities](#). There, he argued that President Erdoğan had shown utter disregard for pre-election restrictions and stated that the AKP had sought to erase the electoral defeat in İstanbul via the Supreme Election Council (hereinafter YSK). His comments drew the ire of Turkey’s “fiery” Minister of the Interior, Süleyman Soylu, [who called İmamoğlu a “fool” for “ratting on Turkey before the European Parliament \(sic\)”](#). İmamoğlu [fired back during an interview on the same day and stated](#): “I hereby invite Soylu to act like a statesman. [...] The real fools are the ones who embarrassed us (as a nation), those who annulled the result of the (mayoral) election on 31 March”, referring to the [“first” mayoral election which he had won by a small margin](#), only to score a [landslide victory in the renewed election](#).

In short, İmamoğlu’s remarks [hinted at the perceived lack of independence of the YSK](#) and constituted a reply to Soylu. However, the remark was deemed defamatory against the members of the YSK, which led to a [consequent investigation](#) on grounds of “defamation of public

officials in the form of a commission.”

A clarification needs to be made in this regard: even though the “defamation of public officials” is defined under the same article as general (criminal) defamation in the Turkish Criminal Code of 2004 and both offences have the common aggravating circumstance of “public commission”, the former has distinct qualities. In that respect, three aspects ought to be mentioned:

- In order to determine whether a defamatory statement can be considered within the framework of “defamation of public officials”, said statement must relate to the official duties of a public official. In other words, any defamatory statement concerning a public official’s private life would fall under general defamation.
- Unlike general defamation, the “defamation of public officials” is an *ex officio* offence.
- When a “defamatory” statement is made against a group of public officials in the form of a commission, the statement is considered a “successive offence” (*zincirleme suç*, borrowed from the Italian *concorso di reati* – specifically *concorso formale omogeneo* in this case) and the lower limit of the envisaged penalty cannot be less than a one-year term of imprisonment. However, the İstanbul court could have assessed the case as “mutual defamation” since İmamoğlu was arguably replying to Soyly’s remarks. Such an interpretation of the facts could have allowed the İstanbul court to refrain from punishing İmamoğlu, especially since the word “fool” does not relate to the official capacity of Soyly. Furthermore, given that İmamoğlu had not mentioned the YSK once in his [speech](#), it is difficult to presume that İmamoğlu had clearly targeted the institution with the word “fool”.

Evidently, the İstanbul court did not view the facts of the case accordingly: as one can gather from the [detailed ruling](#) (in remarkably poor Turkish) released on 28 December 2022, the prosecution’s arguments as to the commission of an act of “public and successive defamation of a group of public officials in the form of a commission” were largely upheld by the İstanbul court. To “add salt to the wound”, the public nature of the so-called “criminal act” and the İstanbul court’s [explicit insistence](#) on “moving away from the lower limit” on the basis of the provisions related to “successive offences” have conceived a

relatively lengthy prison sentence.

What may sound more surprising to the foreign reader is the so-called “political ban” attached to an eventual conviction. In Turkish law, “political bans” are implemented when an individual is convicted and sentenced to a term of imprisonment of [at least a year](#) for the intentional commission of an offence. The “ban” itself consists of a prohibition concerning the exercise of political rights such as voting, holding a public office or being nominated for one. In other words, if convicted, İmamoğlu would not be able to maintain his status as mayor of İstanbul let alone become the opposition’s hope against Erdoğan. In essence, this measure does not differ much from those envisioned in (*inter alia*) the United Kingdom’s [Representation of the People Act 1981](#) (also known as the “Bobby Sands Act”), the [Local Government Act 1972](#) or the [Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009](#) – which is why it is unnecessary to “draw a line” between a “democratorship” and an “advanced democracy” in this respect.

Nevertheless, it must be stressed that the İstanbul court’s judgment is not final as both İmamoğlu and [the prosecution lodged an appeal](#). However, this does not impede us from dwelling on the human rights implications of a potential conviction.

Defamation and Political Speech under International Human Rights Law

Prima facie, one must consider that the majority view among human rights scholars is that defamation should not be a matter of criminal law. As a matter of fact, the [UN Human Rights Committee](#) (hereinafter HRC) and the [Venice Commission](#) have repeatedly advised states to consider the decriminalisation of defamation whereas the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) has taken a [somewhat nuanced approach](#) despite [the Council of Europe’s alignment with the HRC](#). However, with regard to matters of public interest and individuals under public scrutiny, the ECtHR’s approach has been much closer to the other bodies specialising in international human rights law.

The early case of [Oberschlick v Austria \(no. 2\)](#) is a fine example in that regard, as the applicant had been convicted for using a word similar to the one used by İmamoğlu (namely ‘Trottel’ which can be translated as “idiot” or “fool”) against the then leader of the Austrian

Freedom Party due to the latter's comments as to how Nazi soldiers had "fought for freedom". In ruling that there had been a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR), the ECtHR had stressed that the applicant's statement had "factual basis" as he referred to a previous statement by a politician and that the applicant had "sought to draw the public's attention in a provocative manner" to the politician's equally provocative statement.

It can be said, however, that the ECtHR's landmark judgment in *Lingens v Austria* had laid the foundations for cases like *Oberschlick*. Indeed, in *Lingens*, the ECtHR had notably held that "the limits of acceptable criticism are [...] wider as regards a politician as such than as regards a private individual" since a politician "inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed". This ruling was later cited by the representatives of applicants from Turkey such as the Marxist student activist *Ömür Çağdaş Ersoy* who had been convicted for "defaming" the then PM Erdoğan, only to win the case in Strasbourg. Beyond the realm of criminal law, the same principle has also been applied in defamation cases arising from civil lawsuits: case in point, both the late socialist journalist *Erbil Tuşalp* and the leader of the Republican People's Party (hereinafter CHP), *Kemal Kılıçdaroğlu*, had lost civil lawsuits brought against them by Erdoğan before the ECtHR ruled that civil sanctions amounting to large sums could also result in illegitimate interferences with free speech.

Of course, the link between the case of İmamoğlu and the aforementioned judgments is rooted in the hypothesis that İmamoğlu had replied to Soyulu. Nevertheless, even if one is to presume that the word "fool" had targeted the YSK, it is important to note that the ECtHR deems the harsh criticism of constitutional institutions under the protection of Article 10 ECHR. Moreover, in the case of *Belpietro v Italy*, the Strasbourg court ruled that the sanction of imprisonment constituted a disproportionate interference with an editor's right to freedom of expression in a case involving the criminal defamation of (*inter alia*) prosecutors, underscoring that "the limits of permissible criticism may in some cases be wider for public officials acting in the exercise of their powers than for private individuals."

Considering the circumstances of İmamoğlu's case, it

is clear that a prison sentence for defamation may culminate in yet another Article 10 application against Turkey. This is not the whole picture, however, in that a conviction may also illegitimately interfere with İmamoğlu's rights under Article 3 of Protocol no. 1 to the ECHR – since interferences with opposition figures' right to free speech requires particularly stringent scrutiny and charges brought against them should not (in principle) be directly linked to their political activity.

Potential Political Outcomes and the Prospect of a "Beneficial SLAPP"

From a human rights standpoint, it may be possible to label "the İmamoğlu case" as the result of a strategic lawsuit against public participation (abbr. SLAPP). However, a brief look into Turkey's political history would show that SLAPPs usually "work" against impoverished progressives whereas conservative figures like Erdoğan have been able to benefit from their "judicial martyrdom". Ironically, in an Erdoğan-like move, the pious contractor İmamoğlu had held a liturgy in the mayoral office following his "second" electoral victory and his presidential candidacy has reportedly been supported by the pan-Turkist/Turanist (Jobbik-like) Good Party led by Turkey's "iron lady" Meral Akşener. By contrast, İmamoğlu's own party, the CHP, openly supports the candidacy of Kılıçdaroğlu – a position shared by İmamoğlu himself.

Notwithstanding the fact that İmamoğlu may politically benefit from this "SLAPP", the legal risks are far too great for his candidacy: regardless of the outcome of the proceedings, İmamoğlu's candidacy would result in the AKP seizing the mayorship of İstanbul via its majority in the municipal assembly and a conviction might leave the opposition without a candidate in midst of an electoral campaign. This leaves Kılıçdaroğlu, an Alevi from Tunceli province, as the only viable candidate – especially since he can potentially win over the votes of the left and the "kingmaking" Kurdish voters.

The opposition may be far from signalling a return to the golden era of *laïcité de combat* under founding father Mustafa Kemal Atatürk; however, what is left of Turkish democracy cannot bear another heavy-handed attempt at silencing the opposition – hence the necessity to advance a consistent human rights argument in opposing the victimisation of İmamoğlu.

Marija Bartl, Nena van der Horst

The Transfer of Ownership in the 'Patagonia Case'

Tax Avoidance or a Step toward a Non-Extractive Economy?

doi: 10.17176/20230104-001519-0



September 15th 2022 was a big day for the climate movement. The owner of Patagonia – a large multinational corporation producing wearables – transferred 98% of his shares (worth 3 billion dollars) to the newly established Holdfast Collective, a foundation aimed at fighting climate change. The right to Patagonia's dividends was transferred with the shares. Such a step was not entirely surprising; the owner of Patagonia, Yvon Chouinard, has been a climate activist and nature lover all his life, devoting his company to producing wearables sustainably and durably throughout its existence. But what was surprising was the degree of his commitment – transferring *all* the company's future profits, not to his children and grandchildren, but to a climate foundation. The climate movement has rightly rejoiced in response to this move. Are we at the dawn of [a new type of capitalism](#), where profit is made to work for nature rather than against it?

It may be too soon to tell. Amongst the praise there are some more [cautious](#), even [critical](#) voices. The legal structure that Yvon Chouinard has chosen is that of 'steward ownership' (which is, in fact, a movement of its own). To achieve this structure, 98% of Patagonia shares were donated to a newly created climate foundation (the Holdfast Collective). The other 2% – the ones with the voting rights – were transferred to a foundation for the governance of the business itself, The Patagonia Purpose Trust. The governing foundation is fully controlled by the Chouinard family. Importantly, the transfer of the voting shares to the Purpose Trust was the only transaction that Patagonia had to pay tax on. Under US law, the transfer of the other 98% to the Holdfast Collective was tax free, due to its classification as a 'Social Welfare organization'.

Much of the criticism against Chouinard's move focuses on the fact that no taxes were paid on the transfer to the Holdfast Collective. In this blogpost, we analyse both the legal framework and different considerations related to this tax-free transfer through a comparative lens.

We conclude that Patagonia's move, in its present form and at this particular juncture, can be embraced as a move toward non-extractive economy - depending however on some crucial aspects of the design of the governance arrangements of the Holdfast Collective that have not yet been disclosed. Importantly, we caution that every such assessment should be case specific, dependent both on the legal structuring as well as the broader political economic context. This blog post will be the first of two (the second will be focused on 'steward ownership') on what the Patagonia case can teach us about the transition to a more sustainable, 'non-extractive' economy.

Tax Exemptions in the US and Europe for Organisations with a Public or Social Purpose

In both the US and Europe, governments provide various tax benefits to not-for-profit organisations with a so-called 'public' or 'social' purpose. They do so because they consider that pursuing such public and/or social purposes is so valuable for society that the [government alone should not be responsible for pursuing them](#). Usually, such charitable organisations are exempt from paying income, donation or gift taxes on income raised in relation to tax-exempt activities. Another important tax benefit related to not-for-profit organisations is the tax deductibility of donations to these organisations.

Sometimes, a distinction is made between a *public* or *social* purpose. In the US, Patagonia's home country, section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code applies to so-called 'Charitable organisations', which must have one of the *public* purposes outlined in an exclusive list. Section 501(c)(4) is more flexible and applies to 'Social Welfare organisations', which 'must operate primarily to further the common good and general welfare of the people of the community' – a *social* purpose. Social welfare organisations can also use part of their money (up to 49%) to engage in political activities. Only donations to 501(c)(3)

organisations are tax deductible, as these public purpose organisations are considered to contribute more to the common good than social purpose organisations. Similar categories exist in many European countries, like the Netherlands and Austria. Other countries, like France and Germany, have slightly different regimes.

The Rampant Abuse of Tax Relief Regimes

These tax relief regimes are beset by problems, often employed in many ‘[smart structures](#)’ to avoid paying tax. For example, families have made large tax-deductible donations to their own non-profit organisations to avoid paying any income taxes *at all*. They sometimes even keep the ‘right to use’ of gifted shares for themselves personally, allowing them to continue receiving dividends following the donation. Another way to extract resources from foundations is to make large ‘expenditure’ declarations by the board members. A famous foundation-owned enterprise, IKEA, has been previously [accused](#) of using their complicated corporate structure to avoid 1 billion in European income tax between 2009 and 2014.

The public and social purpose are often also very broadly interpreted by organisations, opening the door to all kinds of [questionable uses of tax relief by ‘philanthropic organisations’](#) – including those promoting conversion therapy and female circumcision. In the US, an important issue is the possibility of the exemption under 501(c)(4) being used to [fund political campaigns](#). Individuals can transfer shares tax-free to 501(c)(4) organisations and then use those dividends to further their own political preferences *without* needing to disclose where the money has come from (‘dark money’). Interestingly, in Europe donations to political parties or campaigns are generally more accepted as they are considered to be in the public interest.

Perhaps the greatest problem in the examined jurisdictions is the lack of supervision over these organisations. In the US, an [investigation](#) revealed that thousands of complaints about social welfare organizations breaking the rules – often the rule of spending less than 50% on political campaigning – have never been investigated or addressed by the IRS. In Europe, initiatives are coming up to improve the supervision on such organisations. This is especially true for tax regimes in countries such as the [Netherlands](#), which are often used in smart tax avoidance structures.

How Should We Think About Tax Concerns in the Patagonia Case?

Patagonia moved shares with profit rights to a 501(c)(4) climate foundation. As such, the Chouinard’s did not have to pay any taxes over this gift. By splitting the profit from the control rights and ensuring that the profits serve the mission of the organisation, Patagonia has created ‘a steward ownership’ structure. Both the Patagonia Purpose Trust and the Holdfast Collective seem to be created and controlled by the Chouinard family itself. The Holdfast Collective is set up as a (501)(c)(4) foundation, which means that it is a ‘social welfare organisation’ and can be (partly) organised or operated for the benefit of ‘private interests.’ Such a foundation thus can donate its funds not only to public causes, but also to political campaigns.

The decision to opt for (501)(c)(4) rather than (501)(c)(3) designation is an interesting one. On the one hand, this choice means that the Chouinard family cannot deduct this donation from their taxes, which can be interpreted as an attempt *not* to curtail tax payments beyond what is required by the public cause pursued. Moreover, there exists no dubious structure (such as those outlined above) in which the profit remains with the family. In fact, the entire ownership of the shares, including the profit rights, is transferred to the Holdfast Collective. However, the main issue that remains is that the ‘public purpose’ in this form of foundation is widely construed, which begs the question of whether it is desirable that any person or family can freely decide what happens with donated money that would otherwise have been transferred to the government in the form of taxes.

This ‘democratic governance’ concern could be somewhat alleviated via suitable governance arrangements of the Holdfast Collective itself. We do not know if others, except for the Chouinard family, are part of the board of the foundation. Indeed, if power was not entirely concentrated with the family, but genuinely shared with several other (ideally established) organisations with a similar purpose (such as Greenpeace or Friends of Earth), one could have more trust in the truly public nature of such purposes. This would be even more so if Patagonia’s owners vested all the shares with an existing, established public purpose organisation.

But there are also more broader issues at stake, which concern all types of (corporate) philanthropy. When does redirecting tax revenues into socially valuable causes

as chosen by private actors become a problem? If the idea behind such tax exemptions is that the government should not or cannot address all matters of public interest on its own, it makes sense to enable people to pursue such public interest goals themselves. Moreover, we may hope that such charitable activities also have beneficial cultural effects, teaching those practicing them compassion, sharing and solidarity.

But is there a point when this rationale becomes unsustainable? A quantitative limit of some sort? If all companies forward their funds to charitable causes at once, without paying tax, how would we pay for social services, infrastructure, social benefits, political and judicial institutions – the things underpinning a (relatively) ordered and pleasant society? Nevertheless, even where the Chouinard family remains in the minority, we must ask whether it is socially desirable to enable similar initiatives?

Finding ourselves at a particular historical juncture – namely the major climate catastrophe around the corner – the 'special treatment' of funds invested into countering the most existential threat to humanity seems justifiable and even necessary. Yet do all 'public' and 'social' purposes, that currently qualify for tax relief in relevant

legal regimes, justify vesting major power in a few rich individuals to 'short' society, which has enabled their success, of major tax income? We believe that the response to this question should be no. The degree of 'publicness' of such purposes should weigh in. The public interest of combating climate change deserves a different status than the public interest in fostering equestrianism. Any attempt, however, to rank the 'public' and 'social' causes will be highly sensitive, touching on some of the most strongly held values and dipping into raging political controversies. It will be also a particularly difficult task due to the growing polarisation across the world.

The public discussion on the purposes that can justify similar tax advantages is however still to start. The growing popularity and recognition of steward ownership will add an important set of reasons as to why to embark on it. Which tax regime should apply to steward ownership models? How can we make sure that the tax relief regime is not an incentive for creating steward ownership models, but a tool supporting the right kind of motivations? Importantly, under what governance, social conditions, and supervision, is this model acceptable? We take up these questions in the next blogpost on Patagonia and Steward Ownership.

Agustín Ruiz Robledo

An Institutional Crisis that Dissolved Like a Sugar Cube

doi: 10.17176/20230106-001557-0



Thursday, 15 December, was a particularly hectic day in the Spanish Congress of Deputies because there were harsh accusations between the majority and the minority, blaming each other for attacks on democracy. At one point, it was even claimed that a *coup d'état* was underway and that the aim was to paralyse legislative action using a “Tejero with a lawyer’s robe”, a reference to the surname of the colonel who interrupted Congress on 23 February 1981¹. The main opposition party, the Partido Popular, decided not to vote on the “[Non-governmental Proposal Organic Law on the transposition of European directives and other provisions for the adaptation of criminal legislation to European Union law](#)” and the second, Vox, left the chamber. What were they discussing that caused such harsh language?

The bitter dispute in Madrid’s Carrera de San Jerónimo (the seat of Congress) on that sunny autumn day was not over the repeal of the crime of sedition nor over the reduction of the penalty for the crime of embezzlement of public funds, the two major controversial issues that had been occupying the focus of Spanish political attention in recent months and which were being voted on that December day. The dispute was over the introduction of two amendments to the non-governmental proposal, [Amendments 61 and 62](#), the technical appearance of which gave a little foreshadowing of the confrontation: The first modified Organic Law 6/1985, of 1 July 1985, on the Judiciary [LOPJ] to change how the General Council of the Judiciary [CGPJ] votes to elect the two judges of the Constitutional Court. This is attributed to it by the Constitution when after three months from the date on which the CGPJ had to make the election, no agreement is reached through the standard procedure (in this, each of the 21 members of the CGPJ has two votes and to be elected a majority of 3/5 is necessary; in the subsidiary procedure, each member would only have one vote and the two most voted candidates would be se-

lected, with no minimum quorum). Amendment 62 modified Organic Law 2/1979, of 3 October, on the Constitutional Court [LOTC] to expressly allow the two judges of the Constitutional Court to be elected by the Government every nine years to take office without waiting for the CGPJ to appoint its own two judges. It was not clear that this could be done without an express legal mandate, since the Constitution stipulates that the renewal shall be by thirds (Congress/Senate/Government+CGPJ), without specifying what happens if the CGPJ does not choose its own. Moreover, this amendment removed the Constitutional Court’s ability to check that the proposed jurists met the requirements of the law, until then, a pure formality: the *approval* has always been granted to those elected, but the parliamentary majority feared that the Constitutional Court (controlled by conservatives) would not give it to the two appointed by the Government in November, as they had been part of it until recently.

The Popular’s Party strategy

The great confrontation in Congress stemmed from the strategy adopted by the Popular Party to prevent the approval of these amendments: on 14 December, it filed an [appeal for constitutional protection](#) (amparo appeal) before the Constitutional Court against the Agreement of the Bureau of the Justice Committee of 12 December 2022, by which amendments 61 and 62 were admitted for processing. The appeal asked the Court to immediately suspend the processing of these amendments (a “precautionary measure” in Spanish judicial terminology).

Evidently, the authors of the amendments could have adopted another strategy that same day to achieve their goal of turning the two amendments into law: to present a new bill, which, because of the speed at which Congress was processing the reform of the Penal Code, would not take much more than a month to be approved. So much

¹Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, no. 234, 15/12/2022. An interesting summary of this long debate can be read in EL PAÍS of 15 December.

noise over so few nuts? To understand this, one has to briefly forget about this debate and first talk about the Constitutional Court and its role in the Spanish political system.

The composition of the Constitutional Court

Article 159 of the Spanish Constitution establishes that the Constitutional Court is composed of twelve members appointed by the King, four of whom are proposed by Congress by a three-fifths majority of its members; four by the Senate, with the same majority; two by the Government; and two by the CGPJ, which the LOPJ also requires to be by a three-fifths majority. While these reinforced majorities were designed to ensure that the jurists elected were chosen by consensus, which should lead to independent personalities with a high technical profile being appointed to the Court, the political practice has been to divide the posts between the major parties, which has meant that the majority of those elected have been jurists close to the parties, or even party activists. In recent years, this has led to judges being labelled as “conservatives” and “progressives” and judgments being analysed in this light. In general, the PSOE and the PP have divided the eight magistrates elected by the Cortes equally; in the same way, the two selected by the CGPJ were divided, one for the conservatives and the other for the progressives. Thus, the big difference is made by the Government when it elects its own two. The last renewal of these two was in 2013, with a Popular Party government, which appointed two close jurists (a professor and a judge). Since then, a conservative majority has been established, first 7-5 and from August 2021, 6-5, when a conservative judge fell ill and resigned in July 2022.

The division between conservatives and progressives within the Constitutional Court has proved to be of great importance in the current decade as the Court has dealt with cases promoted by the PSOE-Unidas Podemos coalition government. Thus, for example, the Court decided by a majority of 6-5 that the two “states of alarm” proclaimed by the Government in 2020 and extended by Congress were unconstitutional (SSTC 148/2021, of 14 July and 183/2021, of 27 October). However, as more than fifty appeals filed by the opposition against laws and decree-laws (some of them highly ideological and politically and socially controversial) passed during this legislature with a left-wing majority, the Government was

very interested in changing the composition of the Court as soon as the nine-year mandate of the two magistrates proposed in 2013 by the conservative Government expired. The deadline passed on 12 June, but the Government ran into an unforeseen obstacle: for many jurists (but not including *myself*), the constitutional mandate to renew the Constitutional Court “by third parties” (art. 159.3 CE) meant that the Government would have to wait for the CGPJ to appoint its own. For some months, the Government waited for the CGPJ to comply with its constitutional obligation, but the conservative members were in no hurry, not even after the parliamentary majority changed the LOPJ to oblige the CGPJ to propose the two judges “within a maximum period of three months from the day following the expiry of the previous mandate” (Organic Law 8/2022, of 27 July, modifying articles 570 bis and 599 of Organic Law 6/1985 on the Judiciary). For this reason, on 29 November, the Government proposed its two magistrates, a judge and a professor of Constitutional Law, who had one characteristic in common: both had been part of the same Government that appointed them, one as Minister of Justice (until July 2021) and the other as Director General (until April 2022), proposals that received little support and much criticism.

The President of the Constitutional Court decided not to immediately convene the Plenary of the Constitutional Court, which, according to the LOTC, must verify that the proposed jurists meet the requirements, but instead decided to wait a few days so that the CGPJ could appoint its own. Faced with this delay and considering that it was just a ploy to waste time, the PSOE and Unidas Podemos presented the famous amendments 60 and 61 to the bill to modify the Penal Code to quickly obtain legal backing for their strategy of renewing the Constitutional Court. The PP reacted with the appeal for protection on 12 December, before which the President of the Constitutional Court urgently called a plenary session for 15 December to discuss whether or not the amendments would be admitted for processing and whether or not the provisional freezing of the amendments would be ordered. Faced with the concern that this suspension would be decided, the coalition political forces acted legally by submitting briefs to the Constitutional Court and politically with the aforementioned severe accusations of “attack on popular sovereignty”, “hijacking of democratic institutions”, “silencing of the Cortes”, etc.

When this suspension was adopted on 19 December

2022, by six votes to five ([Order of 19 December 2022](#)), the official reaction of Congress, the Senate and the Government was one of compliance, but with [harsh criticism](#). Strangely, neither the PSOE nor UNO Podemos immediately presented a bill containing the suspended amendments. The Senate did challenge the suspension, but it was quickly rejected by the Constitutional Court, once again by six votes to five ([Order of 21 December 2022](#)).

When the situation seemed to be heading towards a serious institutional crisis, on 27 December, the [CGPJ unanimously elected its two](#) corresponding jurists (a conservative Supreme Court judge and a progressive Supreme Court judge). On 29 December, the Constitutional Court, also unanimously, gave [its approval to the four proposed jurists](#), who were sworn in or promised their posts before the King on 31 December and will take office on 9 January. The Constitutional Court will thus be made up of seven progressive and four conservative judges. All that remains is for the Senate to propose a replacement for the magistrate who resigned due to illness, which, given political practice, will probably have a conservative tendency. But for the composition of the Constitutional Court this will not be of much importance, given that the conservatives will foreseeably remain in the minority for the next nine years. The crisis has dissolved without a trace, like a sugar cube in tea. But in my opinion, it has left a very bitter aftertaste: the sad division within the Constitutional Court by blocs has become evident, even on very technical issues (such as whether or not to admit an *amparo* appeal or whether or not to consider the recusal of some judges), where it is not easy to see ideological differences but rather strategies of action to achieve a previously desired result.

Legal analysis of the amendments

The 12 December decision of the Bureau of the Justice Committee of the Congress admitting the two amendments to the draft organic law amending the Penal Code that sought to change two other laws had all the appearance of being an unconstitutional decision - as the Committee's legal advisor warned - because there is a clear precedent on a similar issue (only with the protagonists

changed): in 2003 the draft Organic Law on Arbitration was amended in the Senate by the PP to add to the Penal Code the illegal calling of referendums; the Socialist senators filed an appeal for constitutional protection, which was upheld by the Constitutional Court and therefore annulled "the agreements of the Senate Bureau of 2 and 3 December 2003, by which amendments no. 3 and 4 presented by the Popular Party's Senate Group to the draft Organic Law complementary to the Law on Arbitration were admitted for processing" ([STC 119/2011, 5 July](#)).

We also know that this ruling, which recognised the violation of the socialist senators' right to political participation eight years later, had no practical effect as it did not affect the validity of the law, which could only have been annulled by the Constitutional Court using an appeal of unconstitutionality. Precisely for this reason, the PP's appeal for constitutional protection called for the suspension of the processing of the two controversial amendments as a precautionary measure. By acting in this way, it placed the Constitutional Court between Scylla and Charybdis: if it were suspended, it would interrupt the legislative activity of the Cortes, the representative of the Spanish people, for the first time in Spanish constitutional history. But if it did not do so, it could not effectively redress the apparent violation of the deputies' rights to political participation.

Therefore, the [Order of 19 December 2022](#) only innovates on one point, the provisional suspension of the processing of the two fraudulent amendments, which is the one that has raised doctrinal criticism, even accusing it of creating a constitutional crisis comparable to the Tejero *coup d'état* in 1981 and the Catalan pro-independence process in 2017². This would be an unjustifiable interference in legislative activity, protected by the classic theory of the internal *corporis acta*, which prevents control over decisions on the legislative procedure adopted by the Cortes Generales. I see it in a more optimistic light: the suspension was a decision to ensure that the *amparo* appeal would have some effect and that it would not happen as it did in 2011 when the Constitutional Court's ruling did not serve to repair the violation of the PSOE's right to political participation. For this reason, it seems to me to be a step forward in what Rudolf von Ihering called the

²Vid. Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, "La desestabilización constitucional de España", *EL PAÍS* of 19 December 2022. The Asociación de Constitucionalistas Españoles (Association of Spanish Constitutionalists) collects the interventions of its members in the media on its blog <https://www.acoes.es/nuestros-socios-en-los-medios/>.

³Rudolf von Ihering, *Der Kampf ums Recht*, 1872 [Jon J. Lalor tr: The Struggle for Law, 1915].

never-ending “struggle for the law” to control the arbitrariness of political power³. Today the PSOE has been prevented from doing what would be, in classical terminology, an arbitrary decision. Tomorrow this precedent could be used against any government, including that of a hypothetical PP, which, given the amnesia of politicians, cannot be ruled out. After all, the legislative procedure is not only a way of transforming the political decisions

of the majority into binding laws for all but also a way of guaranteeing the rights of the minority and, in general, of all citizens. In short, I believe that the famous telegram that Mark Twain sent in 1897 to the New York Journal when it published the news of his death can be applied to the controversial and - for many specialists - transcendental decision of the Constitutional Court: “The reports of the order are greatly exaggerated.”

Jerzy Zajadlo, Tomasz Tadeusz Koncewicz

Hostile Constitutional Interpretation

Sending a Warning in Rebuilding the Polish Constitutional Court

doi: 10.17176/20230107-001611-0



What to do with the façade institution that was once known as the Polish Constitutional Court in a way that would respect the Constitution? Recently, the Supreme Administrative Court stated the obvious when it remarked that the Constitutional Court [has been infected with illegality](#) and that “the Constitutional Court in its entirety has therefore lost, in a material sense, its ability to adjudicate in accordance with the law”.

The question “what after the constitutional crisis” touches not just on the three usurpers that have been [unconstitutionally forced on the bench in December 2015](#), in clear contravention of the judgments of the “old” Constitutional Court - a fatal flaw that has contaminated the institution ever since. It also brings to the fore equally fundamental questions on the future of those judges of the Court who were elected legally by the Parliament but who accepted the unconstitutionality by adjudicating willingly and hand in hand with the usurpers, thereby undermining the very foundations of the Polish legal order with their decisions.

While the usurpers must let go unconditionally, the persons elected by the Parliament were, at least formally speaking, elected lawfully and are the “judges”. A recent and [important proposal](#) has argued that the judges who were legally elected by the current Parliament though they have supported the politicization of justice should enjoy the same right to retire as their legal predecessors. They would be given the opportunity to decide whether they want to continue as judges or retire. Otherwise, the argument goes, by refusing these judges the same privilege that their predecessors have enjoyed, we would be introducing unconstitutional discrimination.

We have serious doubts as to the long-term desirability of such a solution. We need a theory that explains why also these lawfully elected judges should be let go as a result of their blatantly unconstitutional adjudication, and why the entire unconstitutional body should be [extinguished](#), rather than simply be tinkered with here and there. This must happen in accordance with the Consti-

tution, because otherwise we would commit the same sins as those who brought about the demise of the Court. In these extraordinary times, formality of the election alone must not suffice. We cannot simply accept “business as usual” (on the danger of internalizing the unconstitutionality as a way of life, see [here](#)), because it would create the appearance of legality.

Own up to your sins

“A retired constitutional judge” sounds honorable. In normal times, the status is a privilege automatically tied to the status of a judge and serves as one guarantee of judicial independence. However, this assumption only works if the judge carries himself with dignity, integrity and lives up to the title of “a constitutional judge”. However, the basic assumptions and paradigms must be revisited in case of a manifest and serious unconstitutionality. The solution adopted must serve as a warning for the future.

Hence, our argument comes down to refusing the judges behind the constitutional abuse and well-documented excesses of judicial review their right to retire as constitutional judges. Simply put, these judges must be reinstated to the situation *status quo ante* that corresponds to their positions held at the moment of their election to the Court. We realize that this might seem radical at first. Radical does not mean unconstitutional, though. Let us be clear that our proposal is not about revenge or punishment. What we are concerned with here is simply making sure that these judges are not rewarded and that the practice of manifestly unconstitutional adjudicating and succumbing to political power will never be repeated. Would our proposal be creating a precedent? Yes, but a precedent that responds directly to the unthinkable constitutional debacle of these judges’ direct doing. Distorting the judicial mandate beyond recognition and harnessing it for political justice must not be left unanswered. One scenario, contrary to our proposal, is

that a retired judge responsible for perpetrating manifest unconstitutionality would have their accountability be subject to disciplinary proceedings. While we take this solution seriously, we suggest that such a *modus procedendi* should be reserved for situations where the rule of law is embraced and observed. Poland 2015 - 2023 does not meet these criteria. Of course, nothing would prevent judges who claim to have been wronged by a refusal to grant them the status of retired judges to seek judicial protection in the courts. However, in our proposal, it should be up to these persons to prove that they have not participated in the political justice that “their Court” was responsible for. *Onus probandi* matters here: given the widespread constitutional abuse and manifest unconstitutionality, the fitness for retirement as a constitutional judge must be proven by the interested persons, rather than being simply presumed with all the attendant privileges. While this presumption should, and rightfully so, prevail in a state ruled by law, the changed burden of proof as espoused here must be reserved for exceptional situations of an entrenched and manifest unconstitutionality. Poland A.D. 2023 is the latter, not the former, and we lawyers should be ready to adapt our thinking accordingly.

In our view, the concept of hostile constitutional interpretation helps to better understand and to put in more systemic context our proposal. It responds to the novel challenges entailed by the unprecedented assault on the constitutional order paradoxically by those who were elected to protect it.

“Hostile constitutional interpretation” - what is in a name?

Hostile constitutional interpretation is a political strategy, adopted in this instance by the constitutional judges, and accompanied by specific perverse political rhetoric with primitive populist undertones. The authors of this strategy usually demonstrate the will or duty to observe the constitution, but at the same time they call the constitution “internally contradictory and conflictogenic,” “postcommunist,” “a constitution for elites, not for ordinary people,” etcetera. This strategy is deeply concealed behind the screen of showy slogans. In the current situation, the often-repeated phrase “our legislation is compliant with the Constitution because it was confirmed by a verdict of the Constitutional Court” is particularly per-

fidious. It creates a false appearance that the conflict is allegedly between the Constitution and the EU law, whereas the true conflict is created repeatedly by the blatantly unconstitutional statutes which pass the muster of the unapologetic rubber stamping from the usurpers and their acolytes. Therefore, *interpretatio constitutionis hostilis* is an example of extreme instrumentalization of the process of interpretation for the needs of current politics, ergo an example of recognizing the primacy of politics over the law, even at the level of the basic law.

Understanding the animus behind the hostile interpretation

In the Polish context, the examples of ‘hostile constitutional interpretation’ by the Constitutional Court are multiple, including a recent “decision” on abortion or rulings entailing a *factual POLEXIT* from both the ECHR and the EU legal order. The Constitution has been torn apart and cast away by the very judges that were called upon to protect it.

While hostile constitutional interpretation is a *sui generis* phenomenon, the post-2015 trajectory of the body that was once the Polish Constitutional Court allows us to identify its basic characteristics. First, while it is a hidden strategy, it is applied fully consciously and intentionally, sometimes aided and abetted by other constitutional institutions, for example, the presidential veto or the referral of a law to the Court under the pretense of doubts as to its constitutionality. Sometimes the hostility may refer to a specific provision of the basic law or a certain interpretation resulting from it, but sometimes it may simply involve the contestation of constitutional axiology as a whole or the creation of a negative atmosphere with regard to individual constitutional values. Second, this strategy is based on acting in bad faith. This is logical: after all, *mala fides* must naturally be an inherent part of *hostilitas constitutionis*. Again, it is obviously hidden behind the screen of catchy declarations of respect for the Constitution and the obligation to observe it. But this camouflage is hard to reconcile with the hostile narrative around the Constitution, because then the mask of “fabricated friendliness” towards the Constitution quickly disappears and the true motives of the enemies of the Constitution are revealed. An expression of this bad faith is reflected by the excessive use of various legal tricks (*apices iuris*) and involves the formation of

new principles of interpretation and rules that lead to often vicious circles of argumentation. Third, ‘hostile constitutional interpretation’ does not recognize any commonly accepted paradigms of jurisprudence. Rather, it creates its own illegal reality and new paradigms that nobody could have imagined before. The aggressive deviations from the constitutionality become more and more obvious and manifest, as the institution grows emboldened by its own illegality and abuse of power. Normative acts that are known from the beginning to be contradictory (hostile) to the constitution and its axiology are then validated with equally hostile entrenching interpretation. Legal chaos and relativity ensue.

Moving forward and revisiting Fuller

For us, the rationality of the basic question “[what after the constitutional crisis?](#)” makes sense only based on the assumption that the constitutional order will nevertheless survive, and that we will not only seek solutions to eliminate the effects of the crisis, but also determine the causes of its emergence and think honestly about the responsibility of its perpetrators. While the problem of [restoring the rule of law after lawless times](#) is complicated and multifaceted, the discussion is neither new nor unfamiliar to legal philosophy. In modern philosophy of law, the question of the choices we have when it comes to cleaning up the consequences of the excesses of an autocratic regime have long been debated. In the essay *The Problem of the Grudge Informer*, published in his revised edition of “*Morality of Law*”, Lon L. Fuller explored a not all that fictional scenario. After the fall of a regime, called the Purple Shirts, the new Minister of Justice calls his five deputies and asks them what to do “after”. Five different answers are given, which for the sake of our argument might be presented as follows. First - there is nothing we can do: the Purple Shirts regime was a legal regime. Despite all our negative assessment, it was nevertheless the law. Second - even though the Purple Shirts regime was a state of lawlessness, let’s drop the veil of silence over this dark period, cross it off with a thick line and move forward without burying ourselves in the past, and without resorting to their methods. Third - we must be ready to distinguish and separate the wheat from the chaff: while some of the actions of the Purple Shirts regime were normal and lawful, others constituted a manifest lawlessness. Those behind lawless acts must be held accountable in an eq-

uitable way and according to our legal standards. Fourth - in the name of restoring elementary justice, a new law should be passed that would provide a legal basis for holding the Purple Shirts’ accountable for their crimes, even if it is retroactive. Fifth - we should stay put and do nothing and leave it to the people, who will handle the problem in their own way and deliver the Purple Shirts the justice that they deserve. Simply: let’s “give an outlet to the human instinct for revenge”.

Fuller ends his text with the following question: “As Minister of Justice, which of these recommendations would you adopt?”. Our analysis should be read as embracing the third option. As he puts it: “Where the Purple Shirt philosophy intruded itself and perverted the administration of justice from its normal aims and uses, there we must interfere”. We agree. Our theory explains why the judges of the Court who are behind hostile interpretations and who have willingly entrenched the manifest unconstitutionality, have never earned through performance their right to retire as constitutional judges.

Rebuild as a warning and a fidelity, not a revenge

Anyone who feels ill at ease after reading our analysis, must understand that extraordinary times call for extraordinary measures not simply to clean up, restore the rule of law, but also warn against similar excesses in the future (“it has happened, and now we know that it might happen again”). Otherwise, those bent on destroying the constitutional document will always have a leg-up on those who want to defend it. Simply put, the Court as presently constituted and the many instances of manifest unconstitutionality and abuse that it has helped to entrench are an affront to the rule of law. As we try to ponder the question “what’s after the constitutional crisis?” and crucially, how to support public opinion formation on what should happen to the judges who are responsible for constitutional abuse, the many acts of constitutional hostile interpretation must be unequivocally called out, stigmatized, never rewarded or swept under the rug. Our interference must be resolute and calibrated to the gravity of the perversions committed and always stay true to the Constitution. This must be the only way forward.

Today our commitment to “never again” must be tangible and serious. If we get the rebuilding of the Constitutional Court in Poland wrong from the very beginning, that will taint all future ambitions and legislative projects

aimed at recapturing the rule of law. All our efforts aimed at rebuilding must be solidly anchored by and driven by

the fidelity to the spirit of our constitutional document, downtrodden and humiliated for too long.

Kim Lane Scheppele

A House in Disorder

doi: 10.17176/20230107-121529-0



The world has been watching the new Republican majority in the US House of Representatives go through ballot after ballot without being able to agree on who should be Speaker of the House. Without a Speaker, the House is unable to swear in its members or to convene itself. So between 3 January and 7 January, the House did not function. The United States is/was operating with half of its parliament paralyzed.

Two years ago, the US Congress was invaded by a mob bent on preventing the lawful transfer of power from one president to another by shutting down the count of presidential electors. Today, the very party that has persistently refused to condemn that mob has shut down the operation of one-half of Congress. The symbolism is lost on no one. In both cases, ordinary government functions cannot be conducted and the government has been brought to a halt by those who have stopped following the rules.

In this post, I'll explain what has been going on as the House of Representatives has cast an unprecedented number of ballots for Speaker of the House. There are quaint legal reasons why all of this is happening. But then I want to ponder what this says about the ability of the Republican Party to govern the United States because this early-days shutdown of the House follows a pattern in which, for nearly 40 years, the Republicans have wanted to both dominate the federal government and shut it down.

How (Not) to Choose a Speaker

The US Constitution says very little about very much, and this is one of those cases. It specifies that there shall be a Speaker of the House of Representatives and says that the House "shall chuse" this Speaker (Article I, section 2, last clause). But it says nothing about how that selection process should occur.

First, there is a chicken and egg problem. Which comes first, the convening of the House or the choosing

of the Speaker? Logically, the convening of the House should come first because it is the House members – who need first to be recognized as such – who are to choose the Speaker. But the actual practice is the other way around. Those who have been voting repeatedly on the Speaker this week have not yet been sworn into office and so they have not officially "taken their seats." Even stranger, the rules of the House that say the rules of the House themselves are to be voted on after the House has convened, and so technically the rules are not in effect until such time as the House adopts them – which can't happen until House members are sworn in, which by tradition doesn't happen until there is a Speaker.

So then, how can there be any rules in effect for this process at all? An obscure statute from 1948 (1 U.S. Code Sec. 25) provides a circular answer:

At the first session of Congress after every general election of Representatives, the oath of office shall be administered by any Member of the House of Representatives to the Speaker; and by the Speaker to all the Members and Delegates present . . .

But how anyone can be a member to swear in the Speaker if the Speaker must swear in all the members?

The fact that a member can swear in the Speaker before being sworn in herself suggests at least that one must a member of the House before swearing the oath of office. While Article 6 of the Constitution says that members of the House are bound by their oaths "to support this Constitution," nothing in Article 1, Section 1, which lays out the qualifications to be a member of the House, says anything about an oath being required for membership.

In fact, a similar question arose recently under EU law, when some of the Catalan MEPs elected from Spain were denied the oath of office that, under Spanish law, they were required to take to be able to represent Spain in the European Parliament. The Spanish government refused to administer the oath to these elected MEPs due

to their involvement in the Catalan independence movement. The one who brought the case was, in fact, in jail for his participation. On 19 December 2019, the Grand Chamber of the Court of Justice found in *Junqueras Vies (C-502/19)* that “the acquisition of the status of Member of the European Parliament . . . occurs because of and at the time of the official declaration of the election results carried out by the Member States” (para. 71). In short, election alone conferred the status of MEP and no subsequent requirements could be added by national law after the certification of the election.

The same rule could usefully apply here – that certification of the election of Members of the House by the states in which they have run for office should be sufficient to become a member. In US law as in EU law, federal/Union elections are certified state by state so that should be enough to establish that one is a member-elect of the Parliament. If so, then the puzzle of how those who have not yet been sworn into office can nonetheless vote on a Speaker would disappear. Under this theory, House members are already House members before they are sworn in.

The 1948 Statute, however, does say that swearing oaths of office must take priority over all other business, so it seems that one cannot act as a member of the House until the oath is sworn which might be usefully distinguished from being a member of the House, which one can be before the oath. On that reading, the 1948 statute makes sense. Members-elect can vote on the Speaker who will, when one is finally selected, swear them in as members who can do the House’s business.

So then we can proceed to the second puzzle: Why is everyone so certain that a Speaker must be elected before anything else can be done? The answer lies in a precedent of the very House that is deciding (or rather, not deciding) on its fate. In 1869, Congress established as a “legislative precedent” that “The duty of the House to organize itself is a duty devolved upon it by law, and any matter looking to the performance of that duty takes precedence in all parliamentary bodies of all minor questions,” according to *Hinds’ Precedents of the House of Representatives of the United States* (pp. 120-121.) In the example cited in that volume, the question of election of a Speaker was ruled to have taken precedence over all other business pending before the House, which is why people now believe that the Speaker’s election must proceed before anything else. (Hat tip to [Mike Dorf](#) for finding this gem.)

From this ancient custom comes the authority that the Speaker must be elected by a majority of those present who will eventually be sworn in as members of the House and that this question takes priority over all other business, including actually swearing in the members. Determining both how a Speaker is elected and why the Speaker must be elected first reveals some surprising but general features of US public law.

The partial and cobbled-together nature of the rules in question reveals how surprisingly little of US public law is codified. Because the US Constitution says so little about anything, the detailed workings of the branches of government created by that Constitution are determined by the historical operation of those branches and by the rules and precedents they set – often accidentally – along the way. Despite bragging about having practically invented the single-text written Constitution, the US is in its day-to-day constitutional practice far more like the UK than it is like any other modern European state. In the UK, working out parliamentary rules of practice one requires consulting historical sources about how things had been done since time-out-of mind and those old rules then rise through history to bind us today. Just like the country from which it went to war to separate, the US operates like the UK when it comes to elaborating how its constitutional institutions should operate. It’s even worse in the executive branch than in the legislative one, because most of the “law” binding the president is contained in legal memos from the White House Counsel’s office or from the Office of Legal Counsel and those memos are secret unless expressly declassified. At least the “legislative precedents” upon which the spectacle of endless ballots for Speaker are founded are public. None are properly codified to smooth out contradictions.

Because the US relies so heavily on conventions – rules held to be binding out of sheer practice but without any possibility of legal enforcement – a great deal relies on political actors behaving themselves properly by earnestly attempting to follow the rules. But the days of political civility are long since over in the US. Instead, gaming the rules has become a favored political pastime, more on one side of the political spectrum than the other, if truth be told. And that is why I am concerned that not governing is going to win out over governing in this new Congress – to the detriment of all.

As the number of ballots for Speaker mounted, the Republican side of the aisle in the House started look-

ing around to see whether the rules could be changed to achieve their desired outcome. Maybe a plurality vote would be sufficient? That idea was nixed by the fact that the Democrats stayed together as a caucus and so the plurality winner of the first 11 votes on Speaker was none other than the Democratic leader Hakeem Jeffries. Maybe a majority vote of the majority party in the House would be sufficient? Something else? In short, when the rules didn't produce the results they wanted, the Republicans were considering abandoning the rules. After all, the rules about the selection of the Speaker are mere conventions whose origins are (almost) lost in the mists of history and unenforceable as law, so why bother to follow them? Even if this is a stupid way to design the rules, it doesn't mean that one should stop following the rules in an individual case when the rules lead to an outcome one doesn't want.

In the end, because these endless Speaker's ballots and the endless failings of Kevin McCarthy as Speaker took place on national television, the Republicans felt constrained in the degree to which they could game the rules. C-SPAN, the public television channel that does nothing more than start the cameras any time either house of Congress is in session without providing any commentary, [kept its cameras rolling](#) the whole time that the House met to decide on its leadership. With the whole country watching – and with C-SPAN gaining its highest ratings of all time – the Republicans kept balloting and balloting and reaching the same result. The man who would be speaker – Kevin McCarthy – failed to unify his caucus again and again, while backstage offering to give away more of his power each time he failed.

As a [joke making the rounds](#) goes, “to Kevin” is becoming a verb meaning “to engage futilely and ceaselessly in the same action, without hope of success.” And its use in a sentence? “We tried to start the car, but it was so cold that the engine kept Kevining and Kevining. Finally, we gave up.”

The Art of Not Governing

Constitutions are meant to constitute and empower governments, to enable them to exercise public power with accountability and legality. Most modern constitutions build in checks on public power to prevent overreaching. Thus branches check each other, courts ensure the legality of public action, “fourth branch” institutions rang-

ing from audit offices to human rights ombudsmen ensure that public law principles are realized in everyday life. Preventing executive overreach is a major preoccupation of modern constitutions, from term limits to curbs on executive lawmaking to the judicial review of administrative action. The assumption behind constitutions has been that those who seek public power want to do something rather than nothing and they have to be prevented from doing too much.

As a result, modern constitutions are much less successful at preventing what [David Pozen and I have called “underreach.”](#) We identified “executive underreach” in the context of the pandemic when both President Donald Trump in the US and President Jair Bolsonaro in Brazil refused to recognize the gravity of the virus, pretended it wasn't happening, touted fake cures and failed to use the power that they had to do something about it, undermining a concerted public health effort and racking up huge death tolls in both countries.

Given that both presidents were governing by not governing, we asked: Who could make a president do something if he didn't want to do it? For US law, we concluded that there were few legal levers to press that could generate an affirmative obligation of the president to act even in a high-stakes matter like a global pandemic. In Brazil, the courts were more likely to recognize positive obligations, though even then only obliquely. The Brazilian courts prevented the president from intervening when state governors attempted to do something about the pandemic, ordered the federal government to provide a public health plan for indigenous groups and even ordered Bolsonaro himself to wear a mask. Even so, in no country I know of can courts order the president to take his job seriously and act effectively with the full range of his legal powers when disaster strikes.

The failure to organize the orderly opening of the House of Representatives this year suggests that underreach is a more general problem. What if a branch of government simply wants to do nothing at all? Can anyone make a crucial part of the government act? As the number of ballots for Speaker climbed into double digits with no end in sight, the sheer helplessness of public law at a time like this has become evident. There is no way to force the government to do its job, at least not in US law. And this is where the vote for Speaker presages a difficult time ahead.

The contemporary Republican Party in the United

States has for decades been practicing the art of not governing. Trump's failure to act in the most recent pandemic is but one example. Since the early 1970s, disagreements between the two big political parties have led to [nearly two dozen government shutdowns](#), most lasting a few days but some lasting a few weeks. Shutdowns occur when Congress fails to fund the government and so the money runs out. In a shutdown, all federal agencies must discontinue all [“non-essential discretionary functions”](#) until the funding is authorized.

While each side customarily tends to blame the other, [the Republican Party has been blamed](#) by the public for most of the shutdowns because it has long stood for smaller, leaner and meaner government, if there must be government at all. Having government simply not functioning is less of a philosophical problem for the Republicans, who would rather rein government in, than for the Democrats, who would rather that government be more active. The two longest shutdowns before the Trump Administration occurred when the Republicans who controlled both houses of Congress refused to fund President Bill Clinton's agenda in 1995-1996 and then opposed funding President Barack Obama's Affordable Care Act in 2013. During the Trump Administration in 2019, President Trump shattered the record for shutting down the government when the Democratic Congress refused to fund his border wall. Trump refused to even discuss a compromise and he openly bragged about how he [closed the government for 22 days](#) rather than back down as if that made him a stronger leader.

Promising to not govern is a political strategy that apparently now passes to the House Republicans, the only branch of the national government that the Republicans presently control. In the 2020 presidential election, [the Republic Party refused to issue any platform](#). The Republican majority in the House has no affirmative agenda. [The very thin platform](#) that the Republican House members ran on in 2022 included a number of issues that are not within Congress's jurisdiction (e.g. preventing trans women from engaging in women's sports) and listed other priorities so vague as to be meaningless (e.g. promoting tax cuts and reductions in government spending, without any details on either). Mostly, however, the House Republicans promised to engage in “rigorous oversight” – that is to say, investigating the Democrats in the White House. In short, this is a negative agenda, designed to tear down the other side more than to build up a policy agenda that requires that things get done.

So – government shutdown anyone? Fine with them! They want to spend less money anyhow. And what about doing what has to be done? That's going to be optional. After all, nothing can force them to do anything. Doing nothing is a policy choice that the current Republican Party actively embraces.

But some items on the congressional agenda for 2023 require action, in particular meeting the peculiar and uniquely American requirement known as [“raising the debt ceiling.”](#) Whenever Congress votes to authorize deficit spending, it must by law do so twice – once to authorize the specific spending in the first place and then again to authorize actually paying the debt thus incurred. “Raising the debt ceiling” is required whenever the already incurred debt exceeds the previously set limit on debt, which does not automatically increase with newly authorized spending. Raising the debt ceiling has become a high-stakes drama that occurs every few years. If Congress fails to raise the debt ceiling, the United States defaults on already-incurred debts.

As part of the negotiations to become Speaker, Kevin McCarthy seems to have set no limits on what he is willing to bargain away in order to gain power. He has apparently promised [to disable the Ethics Committee](#) since so many Republicans (including himself) are now under investigation for ethics violations and more may come under scrutiny as indictments issue for the January 6 insurrection. He has apparently promised some of the more extreme members of his caucus seats on plum committees. He has agreed to allow a vote of no confidence in himself if only one member of his caucus wants to challenge him. But perhaps most disturbingly of all, he has apparently agreed to hold [raising the debt ceiling hostage to “conditions.”](#) In his drive to become the Speaker, he has given up all of the power that he had to set the agenda. Now, under pressure from the far-right part of his party, he has bargained away his ability to commit the House to doing what is required to prevent a major default on US debt or to ensure accountability for anti-democratic and unlawful action on the part of his caucus members.

So, as Republican power at national level has passed from former President Trump to potential Speaker McCarthy, the art of not governing has passed along with it. Rather than taking seriously the constitutional obligation to act in the nation's interest, the new leadership in the House seems to be demonstrating in its opening act that it is perfectly ok with the government simply shutting down and not governing at all.

Thomas Bustamante

Political Terror in the Shade of Bolsonarism

doi: 10.17176/20230110-001635-0



The attacks of Bolsonarist supporters on democracy and the rule of law in Brazil have reached an extent that has never been witnessed in Brazil since the promulgation of the Constitution of 1988.

On 8 January 2023, emulating the events of 6 January 2020 in the USA, a mob of 3,000 Bolsonaro supporters invaded and destroyed the buildings of the National Congress, the Federal Supreme Court, and the Presidency of the Republic in Brazil, which are all located in the famous quarter known as the “Three Branches Square”.

In a way, the invasion of the US Capitol has been more tragic, given that human lives have been lost. But there is a sense in which the assault in Brazil was more devastating from a symbolic point of view. To begin with, the attack was more intense and affected all of the branches of power. Very few pieces of furniture, computers, equipment, artistic work, or memorabilia in governmental buildings are still standing as I write. In the [National Congress](#), a part of the building was set on fire, while another part of it (the plenaries of both Houses) was flooded and vandalized. In the Presidency of the Republic, the [pictures](#) of all previous Presidents have been destroyed and some priceless works of art (including one of the most celebrated works of Brazilian painter [Di Cavalcanti](#)) have been torn apart. In the Federal Supreme Court, not even the chair of the Chief Justice, the Coat of Arms of the Republic, and the crucifix that stands above the plenary section have survived.

When night fell in Brasília, President Lula had already decreed [Federal Intervention](#) in the Federal District, and Justice Alexandre de Moraes, from the Federal Supreme Court, had issued a temporary restraining order to [remove](#) the Governor of the Federal District from office for an initial period of 90 days. The assault was a general attack on political authority, and the ugliest face of it is that it has been supported and incentivized not only by former President Jair Bolsonaro, but also by some police officers and by authorities like the recently re-elected Governor of the Federal District, Ibaneis Rocha, and his Secretary

of Security, Anderson Torres (who until 31 January 2022 was Bolsonaro’s Ministry of Justice).

Fighting the Law: Bolsonarism in “Terror-Mode”

Since the election of Luiz Inácio Lula da Silva for his third term as President of Brazil, Jair Bolsonaro has not accepted the electoral results and urged his supporters to gather in front of Military buildings around the country, camping and demonstrating in defence of a coup to remove Lula da Silva from office and install a military dictatorship in Brazil.

Although there is an [inquiry](#) in the Federal Supreme Court to investigate the omissions of governmental authorities and the responsibility of the financiers of these demonstrations, the authoritarian camps in front of the military headquarters have been going on for more than two months, with structures that provide catering, lodging, and transport for the Bolsonarist supporters who camp therein.

When on 12 December 2022 the Superior Electoral Court [formally acknowledged](#) Lula da Silva as the winner of the 2022 presidential election it became clear that some participants in these camps were planning terrorist attacks.

Shortly after the Superior Electoral Court pronounced Lula as the legitimate winner of the presidential elections, a mob attempted to enter the Headquarters of the Federal Police in response to the arrest of a Bolsonarist indigenous and evangelical leader who is accused of being one of the organizers of some of these illegal camps and roadblocks. Although the trespassers failed to enter the building, several cars and buses were burned and an [atmosphere of terror](#) was installed, without any form of resistance by the Federal District’s local police or any statement by President Bolsonaro, who was still in office at that time.

In a similar way, on 24 December 2022, the police arrested a man who placed a [bomb](#) on a fuel tank and at-

tempted to blow it in the International Airport of Brasília, aiming to create a chaotic scenario and to prevent the inauguration of Lula as President of the Republic. When interrogated by the police, he revealed that the act was planned, prepared, and initially executed inside the camp that was erected in front of the headquarters of the Army.

As [Conrado Hubner Mendes](#) described in a comment on this episode, “stirred up by the President of the Republic and tolerated by public officials, the perpetrators of terror can kill you under the screams of ‘homeland’ and ‘freedom’. That’s not delirious, it’s a plan that is thought through, financed, and authorized.”

The threat to democracy in Brazil has become, in fact, *permanent, predictable, and authorized*, such that the attacks of 8 January 2023 cannot be said to come as a surprise.

Another January Assault

It is against this background that Lula took office. In his inauguration speech, the new President committed to offering an effective [response](#) to this threat. “What the Brazilian people suffered in these last years”, he said in response to Bolsonaro’s denialism about COVID-19, “was a slow and progressive construction of a genocide. We have lived through one of the worst periods in our history: an age of shadows, uncertainty and suffering. But this nightmare has come to an end”.

It would not take long, however, for the emergence of another threat. After receiving the news that another raid was being plotted by the organizers of the anti-democratic acts, Lula’s Minister of Justice, Flávio Dino, announced that he requested help from a federal elite squad (the [Força Nacional](#)) to provide additional support to the local police of the Federal District.

Nevertheless, the federal squad’s numbers are small and there is little they can do without support from a larger force. The primary responsibility for public safety is held by the state governments, or, in the case of the city of Brasília, the government of the Federal District.

According to Dino, in preparation for the upcoming demonstrations that had been announced in the press, he summed the Governor of the Federal District, Ibaneis Rocha, and the Secretary of Security of the Federal District, Anderson Torres, to request a security perimeter to protect the Square of the Three Branches.

The response, however, was very shy, with an astonishingly low number of policemen to protect the buildings

of the Presidency, the National Congress, and the Federal Supreme Court.

In a country where the police forces are by a vast majority identified with Bolsonaro’s extreme right-wing ideology, it was crucial to issue a firm directive to the members of the security forces. Nevertheless, the police response could not have been more timid. Governor Ibaneis Rocha is an enthusiastic supporter of Bolsonaro, and his Secretary of Security (and Commander of the Federal District police), Anderson Torres, was Bolsonaro’s Minister of Justice until Lula took office on 01 January 2023.

Moments before the invasion of the buildings, policemen declared the demonstration “[peaceful and right-ful](#)”, interacted with the protestors, made selfies and photographed themselves in front of the attack. In effect, the district government not only allowed demonstrations to come too close to the square but also used police cars and officers to [escort the terrorists](#) to the site of the attack.

The Federal Government’s Response

It took the assaulters less than one and a half hours to destroy almost the entirety of the buildings of the three branches of government. But the federal government’s response was equally fast.

Less than two hours after the assault, President Lula da Silva issued a decree of federal intervention in the government of the Federal District, to take control of the local police forces. Very soon thereafter, the police responded at full capacity and [regained control](#) over the three federal buildings in less than two hours.

More than [three hundred people](#) have been arrested *in flagrante delicto*, and the highway police intercepted dozens of buses that transported them to Brasília, to participate in the raid.

At the same time, the General Advocacy of the Union filed a claim in the Federal Supreme Court with a request for a large number of measures, including the arrest of the Secretary of Government of the Federal District and the removal from office of the Governor of the Federal District.

Justice Alexandre de Moraes’s Restraining Order

The judicial response was also prompt. Around midnight Brazilian time, Justice Alexandre de Moraes issued a [restraining order](#) acknowledging the following facts: first, “the terrorists and criminals have been escorted by cars

of the military police of the Federal District to the site of the crimes”; second, “the military police of the Federal District has not shown the resistance required for the severity of the situation, and there is even news of policemen who abandoned their positions”; third, “a part of the officers who have been posted to prevent the occurrence of violent acts has not adopted the appropriate and regular measures of security organs, having filmed, facetiously and for their personal entertainment, the terrorist and criminal acts; fourth, “Anderson Gustavo Torres [the Secretary of Security of the Federal District] has been dismissed from his post, at the moment in which the terrorist acts were occurring”.

Justice Moraes stated that “there is serious evidence that the conduct of the criminal terrorists only could occur through the participation or willful omission ... of the forementioned public authorities”. He called the omission “willful and criminal” and held that the omission of the public authorities “in addition to being potentially criminal” amounts to an “announced tragedy”, given the enormous amount of information disclosed in the media about the circumstances of the assault.

Based on these findings, Moraes went further than the Federal Government and decided to temporarily remove Governor Ibaneis Rocha from office, and ordered the immediate removal of all camps in front of military buildings around the country. Moraes determined also, in that energetic judicial statement, the arrest in *flagrante delict* of the people participating in these camps. As I conclude this article, on 09 Jan 2023 at 1pm at Greenwich Time, 1,200 more people (in addition to the 300 arrested yesterday) have already been arrested in the city of Brasília.

The Expected Legislative Response

During the acts, the chairman of the two Houses of the National Congress suspended the legislative recess and summoned the representatives and senators to an extraordinary session of the House of Representatives, to be held on Tuesday, 09 January 2023 at 10 am, and of the Senate, to be held on the same day in the afternoon period.

A motion to create a [parliamentary inquiry commission](#) in the Senate has been presented, and will be discussed in the next full days. The point of the parliamentary commission, according to Senator Renan Calheiros, is to “investigate the responsibility for the acts of vandalism that occurred this Sunday in Brasília”. Given

the publicity of this type of parliamentary commissions, which can be exemplified with the Senate’s inquiry commission to investigate Bolsonaro’s denialist attitudes towards COVID-19 (that weakened the federal government and contributed to preventing Bolsonaro’s re-election for office), it is expected that this inquiry will bring further light into the details of this serious threat to constitutional democracy.

Conclusion: Making Bolsonarism Explicit

As I finish this article, in the morning of 09 January 2023, I hear on Brazilian CNN a report that more than 100 buses carrying attackers have been identified and their passengers reported, along with the financiers of these trips.

There is still uncertainty about the circumstances of this attack, but it is expected that many further arrests will happen today. The significance of this assault is three-fold:

First, it made the principles endorsed by Bolsonarism explicit to everyone in the political system (even the supporters of Bolsonaro). Since the beginning of Bolsonaro’s term, he promised to destroy the Constitution of 1988 and to eliminate his opponents, and it looks like he’s managed to persuade several authorities to help in this malicious endeavour. In one of the most disturbing moments of this January 8th, a protestor stood on a stage holding a volume that he believed was the original document of the constitution of 1988, signed by the totality of the members of the Constitutional Assembly. Fortunately for us, the document was a copy and the original constitution (that stands in another room of the Federal Supreme Court building) survived unharmed. But the willingness to destroy that symbol is still there. If the constitution dies out, what dies with it is not only a vague principle, but a concrete way of life, which some of us call a “constitutional democracy”.

Second, it provides Brazilians with a unique, and perhaps the last, opportunity to rebuild. Lula has been elected with the most comprehensive political alliance ever reached since the creation of coalitional presidentialism in Brazil. He compromised with all of the democratic political spectre, and his vice-president (and faithful aide) is the man who ran against him in 2006. Yet despite the support of the whole democratic camp, Lula won an election against a fascist by a margin of less than 2%. We, Brazilians, need a stronger consensus on the value of

the rule of law. I hope we don't miss the chance to show to the other half of the Brazilian society the importance of democracy and the rule of law.

Third, the episode has put civil society under alert, isolating Bolsonaro and providing further support for the

federal government and the other branches of power. A quick [poll](#) made by *Quaest* Institute in the last few hours, revealed that more than 90% of Brazilians reprove these acts.

Jan Burda

Subsidy Fraud, Relevant Markets and Presidential Elections

doi: 10.17176/20230112-121613-0



Former prime minister and now a member of the Czech parliament Andrej Babiš scored a victory only a few days before the upcoming Czech presidential elections. On 9 January 2023, the Municipal Court in Prague finally issued a verdict in a criminal case involving him and his colleague Ms Nagyová on charges of grant fraud and damaging the financial interests of the European Union. The court concluded that the acts of Mr Babiš and Ms Nagyová, as framed by the prosecution, did not constitute a felony. Hence, to the surprise of many, including Mr Babiš' attorney, [the court acquitted both defendants](#).

The importance of the case can hardly be understated. Criminal prosecution of an important political person is always bound to attract public attention, but this case hits even closer for the Czechs as Mr Babiš, among his other political activities, is currently running for the Czech presidency. Hence it comes to little surprise that his prosecution has been a major talking point in the Czech public debate. In the following text, I will try to explain this admittedly rather complicated case and outline its political implications.

Agrofert's Stork Nest

A short recap of the story is in order. In 2007, a firm that belonged to the Agrofert business group, an agricultural giant owned by Mr Babiš, issued anonymous shares, obscuring its ownership structure. In the following year, the firm was renamed Farma Čapí hnízdo ("Stork Nest") and a construction of a modern recreational and conference centre some 50 kilometres from Prague begun. With anonymous shares being obtained by various, albeit at the time undisclosed, natural persons, the firm seemingly severed its ties with Agrofert, with the exception of its corporate organs in which people close to either Agrofert or Mr Babiš' family suddenly started to appear. Most importantly, however, Stork Nest then applied for a subsidy of around 2 million Euros from an EU funds programme aimed at small and medium enterprises, which

it received.

Around 2012, suspicions started to arise about the circumstances in which Stork Nest received the subsidy and around Mr Babiš' role as the press discovered that Stork Nest is built on an estate owned by Imoba, another firm that was part of the Agrofert group. A connection to Agrofert was confirmed in 2015 when, only a few weeks after the end of a five-year period, in which the enterprise receiving the subsidy is required to still satisfy the conditions prescribed by the subsidy, Stork Nest re-joined the Agrofert group.

The investigation and prosecution

What followed was a lengthy police investigation, repeated lifting of parliamentary immunity for Mr Babiš and another investigated person who were both MPs at the time, the involvement of OLAF and even Czech administrative authorities requiring Imoba to refund the subsidy after the Commission made a plea to have Stork Nest excluded from EU subsidies.

Ending the investigation, the police concluded that by purposefully dissociating Stork Nest from Agrofert, Mr Babiš and other accused persons had conspired to create conditions in which Agrofert, an economic giant, would effectively receive a subsidy aimed at SMEs. Upon receiving the case, the prosecution initially stopped the proceedings against all persons charged as it concluded that it was not proven that Stork Nest was not an SME. Later, an intervention of the Prosecutor General forced the prosecution to reopen the case, albeit now only in regards to Mr Babiš, as the person holding an effective control over Stork Nest, and Ms Nagyová, an expert on grant applications who filed the application and likely thought up the scheme. When the case finally reached the courts, the prosecution placed its focus slightly differently than the police. According to the prosecution, it was primarily the wilful concealment of personal connections between Stork Nest and Agrofert in the subsidy application, and

hence filing for a grant for SMEs in full knowledge that Stork Nest is not one, that constituted the crime. From a fraudulent scheme, the focus and evidence-presenting efforts thus shifted to whether the accused knew at the time that the firm was ineligible to receive the grant.

The verdict

The Municipal Court in Prague, however, disagreed with both points.

As for the purposeful disassociation of Stork Nest from Agrofert to receive the subsidy, the court found that the disassociation was not motivated by securing the grant but likely by other objectives. Rather, the idea of applying for the grant came only later, after it was decided that despite its financial losses, Stork Nest would continue its operation so as to allow Mr Babiš' family members to pursue business activities for the sake of their interest in the project. Hence, the disassociation was not a fraudulent scheme. Somewhat ironically, the court based these findings on a testimony of a key witness whose credibility was being vigorously attacked by the defence throughout the proceedings.

Secondly, as the prosecution focused on wilful withholding of information about personal interconnections, as well as the Stork Nest's ineligibility to receive an SME grant being known to the accused, the case came down to a technical question concerning relevant markets. In order for Stork Nest to be considered a linked enterprise in relation to Agrofert due to both being connected by the person of Mr Babiš, it would have to, pursuant to Article 3(3) d) of the Commission Recommendation of 6 May 2003 2003/361/EC concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, read in light of paragraph 12 of its preamble, operate on the same or adjacent markets as other businesses belonging to Agrofert. Yet, this has not been proven by the prosecution. Without establishing the operation on the same or adjacent markets, the SME eligibility of Stork Nest then needed to be examined without an account being taken of its relation with Agrofert and in such a situation, Stork Nest indeed satisfied the conditions to be considered an SME. With the company thus likely being eligible to receive a grant, no felony was committed through an application lodged to receive one.

Yet, not all was rosy for Mr Babiš. While the court struck down the prosecution, Mr Babiš received his fair share of criticism as well, mainly as regards inconsisten-

cies of his own testimonies. With two witnesses of the defence – a financial director of Agrofert and a member of board of directors of Imoba – the court even went as far as to suggest that the police should start perjury investigations. Lastly, the court found it sufficiently proven that someone, with Mr Babiš' full awareness, forged a signature of Mr Babiš' son to transfer shares onto the son without his consent.

The prosecution stated that it will consider whether to appeal the decision, but the decision is an important victory for Mr Babiš in any case. Exact intricacies of the court's reasoning are unknown at the moment as the full written verdict is expected to be published in 3 months, but the court went above and beyond of what is usual in Czechia in explaining its line of thinking. After a more than [3 hours-long reading of the verdict](#), the court organised a conference session with the press, in which the judge answered questions about the case. That is interesting in and of itself – it is not very common for judges of lower instance courts to communicate openly with the media. The interview (in Czech) is available [here](#).

The verdict's reception

The verdict has been received, rather unsurprisingly, with mixed reactions. The stakes were high, especially with the ongoing presidential elections, and the public expected an indictment rather than an acquittal. In the press, however, the judicial proceedings, while disappointing for many in their outcome, have been described as meticulous, correct and as a sign of an impartial and fair administration of justice. The few raised notions of mismanagement of the case were not aimed at the court but rather at the public prosecution.

For Mr Babiš, the verdict could not have been timed better as it came only 5 days before the first round of presidential elections and, thus, allows him to bank on his success and give credibility to a mantra about the corrupt establishment attempting to unjustly oust him from politics. What this really means for Mr Babiš' actual chances in the elections is, however, a difficult question. On the one hand, the notion of him running for president to gain immunity that comes with the office is no longer on the table. On the other hand, Mr Babiš' case has been in the focus of the public eye for more than 5 years now and the notion of a criminally prosecuted prime minister and even a presidential candidate is hardly anything new for the Czechs. As such, while it may help some to decide,

there won't be many who base their support or opposition to Mr Babiš on the outcome of these criminal proceedings. With the trenches already dug and the criminal prosecution hardly being the only line of attack for Mr Babiš' political opponents, the acquittal will most likely not in itself guarantee him the presidential office.

According to latest pre-election surveys preceding the acquittal, Mr Babiš is more or less tied with another candidate, former Chief of Staff and Chair of the NATO Military Committee Petr Pavel as regards the first round of the elections. Exact voter shift caused by the acquittal will not be known until the votes are counted as the Czech Statute on Presidential Elections forbids publishing pre-election surveys in the three days preceding the voting and, hence, surveys reflecting the acquittal will not be available. But while [the verdict boosts Mr Babiš' chances to emerge victorious in the first round](#), his biggest challenge will be the second round as it is expected that the majority of votes going to other unsuccessful candidates present in the first round will be secured by Mr Pavel in the second round, whereas Mr Babiš can expect only modest gains. At the moment, bookmakers predict a 58 percent chance of a victory for Mr Pavel and 29 percent chance for Mr Babiš. In third place is former rector of Mendel University Danuše Nerudová who until recently

tied with both Pavel and Babiš but recently saw significant losses in surveys.

Conclusion

Is the message of the acquittal strong enough to overcome Pavel's lead? The last weekend of January will tell. However, it is reasonable to assume that if Mr Babiš emerges victorious, the reasons go beyond the verdict. As surveys over the last few years and indeed Mr Babiš' political successes of the past show, the fact that criminal proceedings are underway against a politician does not carry much weight in Czechia.

No matter the outcome of the presidential elections and despite the possibility of the appeal by the prosecution, the most notorious criminal case in recent Czech history has been resolved. The verdict surprised many, probably including Mr Babiš himself. Elaborate legal analyses will surely follow once the full reasoning is out and maybe one will learn a thing or two about assessing relevant markets. Will we say in the future that designating a geographical relevant market for conference hosting in criminal proceedings has decided who the Czech president is? Probably not.

Charlotte Klonk

Angriff auf die Architektur der Demokratie



Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen dem Sturm auf Brasília und auf das Kapitol

doi: 10.17176/20230114-001655-0

Schon einen Tag nach der Erstürmung des Kapitols in Washington, D.C. am 6. Januar 2021 durch Anhänger des noch amtierenden Präsidenten Donald Trump, die seine Wahlniederlage nicht akzeptieren konnten, ließ sich Brasiliens Präsident [Jair Bolsonaro](#) mit der raunenden Voraussage vernehmen, dass das Gleiche in seinem Land passieren könnte. Zwei Jahre und zwei Tage später schien es so weit zu sein. Die Ähnlichkeit der Bilder von Menschenmassen um und im Parlamentsgebäude in Brasília, die Dominanz der Nationalflagge und ihrer Farben, die anfängliche Unterlegenheit oder Unsichtbarkeit der Sicherheitskräfte und die demonstrative Nichtanerkennung eines zuvor erfolgten Wahlergebnisses schufen eine scheinbar überwältigende Evidenz: Die jüngste amerikanische Geschichte wiederholte sich auf der Südhalbkugel. Es war bekannt, dass es nach der Wahlniederlage von Bolsonaro im Oktober ein [Treffen](#) des Präsidentensohns Eduardo mit Steve Bannon, dem ehemaligen Berater Trumps und Strippenzieher rechtsextremer Netzwerke, gegeben hatte. Es war auch bekannt, dass sich daraufhin Wahlbetrug-Hashtags flutwellenartig in den diversen sozialen Medien verbreiteten, so dass man meinte, von einem [Drehbuch](#), gar einer Blaupause aus den USA sprechen zu können. Aber stimmte dieser erste Eindruck? Sind die vielfach gezogenen Parallelen zur Erklärung der Ereignisse in Brasilien hinreichend oder verdecken sie nicht vielmehr entscheidende Abweichungen?

Niemeyers demokratische Staatsarchitektur in Brasília

Mit Blick auf die Architektur jedenfalls, die gewaltsam eingenommenen Bauwerke, liegen die Unterschiede zunächst näher als die Ähnlichkeiten. Fast festungsartig wirkt auf den Bildern das neo-klassizistische Gebäude des Kapitols aus dem 19. Jahrhundert mit seinem rustizierten hohen Sockelgeschoss, dem imposanten *piano nobile* hinter doppelgeschossigen korinthischen Säulen und der alles überragenden riesigen Kuppel. Fast fragil hin-

gegen scheinen die nur von schlanken, das Dach tragenden Stützen umgebenen Glaskuben der drei Regierungsgebäude am Platz der drei Gewalten in Brasília, die von den Anhängern Bolsonaros besetzt wurden. Sie gehören zu Oscar Niemeyers Meisterwerken. Entworfen und erbaut in Rekordzeit zwischen 1958 und 1960, setzten sie Standards für die Architektur der Demokratie in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts. Ihre Transparenz, Äquivalenz der Glieder und vermeintliche Zugänglichkeit war jedoch von Anfang an vor allem symbolisch. Am Ende der 8 km langen und 250 m breiten Monumentalachse gelegen, welche die auf dem Reißbrett entworfene Stadt Brasília wie für Giganten erschaffen von West nach Ost durchzieht, befindet sich der Kongress. Vor ihm liegt das Grün der Esplanade der Ministerien entlang der Achse, hinter ihm befindet sich der Platz der drei Gewalten mit dem Palast des Präsidenten und dem Obersten Gerichtshof, angeordnet entlang der Linien eines imaginären, perfekt balancierten, gleichschenkligen Dreiecks. Über eine lange, sich teilende Rampe gelangt man von Westen kommend zum Eingang des Parlaments und weiter auf das Dach. Hier befinden sich die weithin sichtbaren Kugelhälften, von denen eine als Kuppel den Senatsaal überwölbt, die andere umgekehrt als gefüllte Schale das Repräsentantenhaus.

Auf dieser obersten Ebene der Staatsarchitektur, die als öffentlicher Platz angelegt ist, sollte die Arbeit der Parlamentarier dem Volk buchstäblich zu Füßen liegen. Doch dazu kam es im Grunde nie. Noch bevor sich ein pulsierendes städtisches Leben in Brasília entwickeln konnte, putschte im Jahr 1964 das Militär. Für Jahrzehnte war während der Zeit der Diktatur die architektonische Sprache der Demokratie im Regierungsdistrikt Makatur. Heute ist der Zutritt zum Dach aus Sicherheitsgründen verboten. Ohnehin liegt das Ensemble so fern jeder städtischen Geschäftigkeit, dass sich in der Regel jenseits von Mitgliedern und Angestellten der Regierung nur Touristen dort einfinden. Entsprechend war der Anblick der

Mengen vor und auf dem Gebäude am 8. Januar genauso alarmierend wie zwei Jahre zuvor der Andrang der Massen auf den zahlreichen Treppenanlagen und Brüstungen des Kapitols. Die Aussage jedoch war eine andere.

Kein „Make Brazil Great Again“, sondern Zerstörungswut und Rufe nach dem Militär

Im Vergleich zu den Trumpisten in Washington, D.C., gab es vergleichsweise wenig geschriebene Botschaften. Die, die man dennoch sah, waren an Deutlichkeit kaum zu überbieten. Kein „Bolsonaro 2022“ zum Beispiel als Entsprechung zu den allgegenwärtigen „Trump 2020“-Fahnen im Januar 2021, kein „Make Brazil Great Again“, sondern zwei klare Forderungen und eine Selbstermächtigung: Entlang der Dachkante entrollte man ein weit hin sichtbares, sehr langes und offensichtlich für diesen Zweck vorbereitetes Transparent mit der auch für das Ausland lesbaren Aufschrift „Queremos o código fonte – we want the source code“, d.h. den Quellcode zu den Wahlmaschinen. Einige Demonstranten hatten die Kuppel erklimmt und hielten dort nicht nur die überall sichtbare brasilianische Nationalflagge hoch, sondern auch zwei ebenfalls in großer Zahl verbreitete Transparente. „Intervenção militar!“ war auf dem einen zu lesen und „Todo poder emana do povo“ auf dem anderen. Genau darum ging es. Das Militär sollte intervenieren und dies sollte der Wille des Volkes sein, von dem, so die Erklärung, alle Macht ausgehe.

Vor und im Kapitol zwei Jahre zuvor überraschte die Allgegenwärtigkeit des Bezugs auf die amerikanische Revolution. Von einem der Gerüste, die dort bereits für die Inauguration des neuen Präsidenten aufgebaut waren, hing ein Banner mit dem berühmten Anfang des ersten Satzes der Verfassung: „We the people“. Es waren Fahnen mit der Aufschrift „1776 – 2.0“ zu sehen und beim Eindringen ins Gebäude der Schlachtruf „1776 – jetzt oder niemals“ zu hören. Für die weitaus größte Mehrheit der Beteiligten, mit Ausnahme der paramilitärischen Gruppen, ging es nicht um die Abschaffung der Demokratie, sondern um ein Eingreifen in den parlamentarischen Prozess im Namen der Demokratie. In den Gerichtsverfahren, die seitdem stattgefunden haben, wurde deutlich, dass die Angeklagten vor allem meinten, im Namen eines noch amtierenden Präsidenten zu handeln, der den laufenden Prozess der Zertifizierung des Wahlergebnisses im Senat für illegitim erklärt hatte.

In Brasília, eine Woche nach der Inauguration des neuen Präsidenten, als der alte schon nicht mehr im Land war, wurde zwar ebenfalls der urdemokratische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass die Macht vom Volk ausgeht und gegen seinen Willen nicht regiert werden darf – hier wie dort eine unerhörte Anmaßung, die nur durch die von Trump und Bolsonaro verbreiteten Wahlfälschungsvorwürfe autosuggestiv plausibel erscheinen konnte. Doch die Besetzung der Gebäude, in denen zu diesem Zeitpunkt die Regierungsgeschäfte ruhten, hatte eine grundsätzlich andere Stoßrichtung. In einem Land, in dem die Erinnerung an den Putsch und die Diktatur noch lebendig ist, in dem die Aufarbeitung der Verbrechen erst 2010 durch eine Initiative während der ersten Amtszeit des neuen Präsidenten Lula da Silva begonnen wurde, weshalb er seitdem in einem angespannten Verhältnis zum Militär steht, forderten die Bolsonaro-Anhänger nicht mehr und nicht weniger als die Abschaffung der Demokratie im Namen des Volkes. Entsprechend respektlos drangen sie in deren zentrale Institutionen ein. Sie zerstörten noch von Niemeyer in Auftrag gegebene [Kunstwerke](#) in den seit 1987 zum Unesco-Weltkulturerbe gehörenden und seit 2007 auf der Liste des nationalen Kulturerbes geführten Gebäuden, zerrümmerten historisches Mobiliar, rissen Halterungen aus den Wänden und setzten mit Sprinkleranlagen ganze Stockwerke unter Wasser. Während sich die Sachschäden in Washington in Grenzen hielten, agierten die Eindringlinge in Brasília mit einer Zerstörungswut, die nichts als Verachtung für die hier Architektur gewordenen demokratischen Tugenden wie Transparenz, Gleichwertigkeit und Zugänglichkeit zum Ausdruck brachte.

In den USA gab es keinerlei Anzeichen, dass sich das Militär offiziell in die innenpolitischen Angelegenheiten nach der Wahl einmischen würde. In Brasilien hingegen wurden bereits die aus bisher noch unbekanntem Quellen finanzierten Camps der radikalen Bolsonaro-Anhänger vor Militäreinrichtungen von den Befehlshabern geduldet. Bolsonaro selbst spielte nach seiner Wahlniederlage öffentlich mit der Idee einer [Militärintervention](#) und am Tag des Angriffs vereitelte der Gouverneur des Bundesdistrikts zusammen mit seinem Sicherheitschef einen effektiven Polizeieinsatz, obwohl der Ansturm mit Ansage kam. Die Lage im Land ist prekär. Die zum Nulltarif mit kostenloser Verpflegung in den sozialen Medien angebotenen Busreisen nach Brasília machten es für die Zerstörungswütigen sehr einfach, am 8. Januar dabei zu

sein, so dass der Eindruck einer zahlenmäßigen Überwältigung entstehen konnte. Die Armeen von Arbeitern aus den armen Landesteilen im Nordosten, die die Stadt in den späten 1950ern und frühen 1960ern erbauten, hatten es sehr viel schwerer gehabt, dort einen Neuanfang zu realisieren. Im August 2011 fanden sich bei Reparaturarbeiten am Nationalkongress unter den Putz der Wände **Botschaften** der sogenannten „candangos“ an die zukünftigen Nutzer des Gebäudes. Es waren Wünsche an eine gute Regierung, mit der man die Hoffnung auf ein besseres Leben und eine gerechte Zukunft verband. Auch die Bolsonaro-Anhänger vom 8. Januar 2023 hinterließen Graffiti an den Wänden, ebenfalls Botschaften an die Regierenden, doch nun voller Hass und Verachtung. „Parlamento corrupto“ stand da und in höhnischer Wendung das Äquivalent von „We the People“: „Dizem que o poder

emana do povo!“ („Sie sagen, dass alle Macht vom Volk ausgeht“).

Es ist ein Irrglaube, dass mit der Architektur auch die politische Haltung der Menschen programmiert werden kann. Im Kapitol in Washington, D.C., das in der hierarchischen Formensprache der kaiserzeitlichen römischen Antike mit einer vom Petersdom des Vatikans inspirierten Kuppel erbaut wurde, zeigte zumindest der parlamentarische Untersuchungsausschuss, der nach dem 6. Januar 2021 eingesetzt wurde, was mit den Mitteln der Demokratie im Fall eines Angriffs auf sie zu erreichen ist. In Brasília hingegen hat sich schon einmal eine Militärdiktatur für Jahrzehnte in jenen Gebäuden der Regierung eingerichtet, die zum Inbegriff der Architektur der Demokratie schlechthin avanciert sind.

Kahfi Adlan Hafiz

Judicial Impartiality in Indonesia Under Attack

How Parliament and President Are Impinging on the Constitutional Court and Its Effects on the Forthcoming Election

doi: 10.17176/20230117-001820-0



The independence of judicial power in Indonesia is in a precarious situation. Lately, the parliament haphazardly dismissed Constitutional Judge Aswanto, a parliament-proposed Constitutional Judge who [oppositely reviewed and cancelled some of the parliament's and president's legislative products](#), including the [controversial Omnibus Law on Job Creation](#). This situation was exacerbated through the [inauguration](#) of the parliament-proposed substitute, Constitutional Judge Guntur Hamzah, by President Widodo who could have refused to authorize this illegal act. Instead, President Widodo took part in the destruction of the Constitutional Court. The President's weak commitment on democracy and supremacy of law is putting judicial independence in Indonesia in jeopardy, particularly facing the upcoming 2024 election.

Parliament's Hazardous Interference in the Constitutional Court's Composition

Indonesia is one of many countries who have two apex judiciary institutions at the top of the judicial system, the Supreme Court (Mahkamah Agung) and the Constitutional Court (Mahkamah Konstitusi). The [Constitution](#) of Indonesia clearly emphasizes both courts as the judicial power holder, also guaranteeing their independence and impartiality. While the Supreme Court administers the general courts (public, private, military, religious, and administration law), the Constitutional Court acts as a political court with various powers. The Constitutional Court has the authority to try judicial review cases, presidential impeachments, disputes among state institutions, and disputes over electoral results. The Constitutional Court is the sole interpreter of Indonesia's constitution.

The independent judiciary of the Constitutional Court is guaranteed by the constitution through several aspects, including the recruitment mechanism. The Con-

stitutional Court consists of nine judges, each three of them are proposed by the Supreme Court, Parliament, and President, as an effort to assure the check and balances by the three branches of power. They are then inaugurated by the President of Indonesia. Constitutional Judges have a certain tenure and they are irreplaceable during their tenure.

In the beginning, the Constitutional Court was designed as a separate court from other branches as a response to the lack of judiciary independence amid the Soeharto era. Unfortunately, the parliament prefers to consider the judges their company directors: The parliament assumes the Constitutional Court as a company, itself being the shareholder. Thus, the recruitment mechanism has been perfunctorily interpreted to serve their political interest.

This logic is putting judiciary independence in jeopardy, if we analyse it with several approaches. By the statutory approach, there is no such legal framework, especially in the constitution, legitimizing the parliament or other institutions to lay off constitutional judges. To protect their independence, the judges have a fixed-term of office which can neither be curtailed nor extended. The constitutional judges could only be dismissed mid-term, if they committed a crime or ethical violation. In this case, the dismissal procedure is to be moved to the Ethical Council of Constitutional Court, where the judge concerned is given the opportunity to defend him/herself.

The fixed-term model is the consequence of the proposal mechanism. Oppositely, under the logic of appointment, the appointee may change judges at any time. A certain tenure can prevent judges from being fired midway through their term of office. The process of dismissing is only based on statutory regulations and these provisions are designed to ensure the independency of constitutional judges ([Asshiddiqie, 2022](#)). Hence, carelessly dismissing constitutional judges midway through their

term could be considered unconstitutional regarding the proposed mechanism.

By the institutional approach, this unconstitutional action of parliament certainly affects the impartiality of the Constitutional Court, bringing the Parliament into a more powerful place, rather than other branches. By inaugurating the judge of parliament's choice, Guntur Hamzah, President Widodo not only showed support, but participated in this attack on the rule of law.

This situation adds to a long list of attempts undermining the state's commitment to judicial independence, particularly for the Constitutional Court. Previously, the Constitutional Court was deluded by a provision of Constitutional Court Law, which extended their terms of office. Moreover, the Chief of the Constitutional Court, Anwar Usman, became the President's brother-of-law after marrying his sister whilst refusing to resign from his office. Despite undermining the Court's dignity and dragging it into the vortex of political interest, those situations also enormously affected judicial impartiality in general.

These developments are illustrated by the [Rule of Law Index](#) released by the World Justice Project (2021), which shows a decrease of Indonesia's ranking from 59 in 2020 to 68 in 2021, with an overall score of 0,52. It has several aspects as indicators, one of them the constraint of governmental power with a score of 0,67. Meanwhile, on the civil justice aspect that contains judicial impartiality, Indonesia was ranked 105 with a score of 0,45. This emphasizes how hard Indonesia must improve its commitment to the rule of law, particularly to judicial impartiality.

Family Affairs Leaving The Electoral Process at Risk

With an eye to the upcoming elections, this becomes even more necessary. Under the Indonesian constitution, the Constitutional Court is placed at the top of the electoral justice system, having the power to try electoral result dispute cases. Such procedure would involve political actors across the board: political parties, legislative candidates, presidential candidates, and local head candidates that have various political concerns. Their prominent power in the legislative and executive branches could considerably affect the Court's decision on electoral disputes when the independence of the judiciary is mortgaged. It could also undermine the integrity of the elec-

toral process.

Another situation that determines the role of the Constitutional Court in an election is the phenomenon of judicialization of politics. According to Alec Stone Sweet (2002), this phenomenon is understood as an intervention by constitutional judges in the legislative process, establishing limits on law-making behaviour, reconfiguring policy-making environments, and drafting a precise term of legislation.

Political judicialization, especially in the electoral process, has been giving power to the Constitutional Court for designing the electoral system in Indonesia through its judicial review authority. An extensive influence of the Constitutional Court on electoral regulation and design can be shown by a large number of judicial reviews on Indonesian electoral law, Law No. 7/2017 (92 cases) and local head election law, Law No. 10/2016 (42 cases) *junto* Law No. 8/2015 (39 cases).

Following from this, several changes regarding electoral design have been established through the judicial review authority of the Constitutional Court. One of them is the concurrent election format that makes Indonesia the world's most complex election with five ballot papers in one national election. The latest is the design of the electoral justice system and the restoration of the authority for electoral district arrangement to the Indonesian Commission of Election.

Since the removal of Judge Aswanto, this judicial review function is crucial for the constitutional judges, putting them in a dilemma: If trying to improve the electoral provisions to guarantee free and fair elections, they will potentially get fired easily.

The family relationship between the Chief of the Constitutional Court, Anwar Usman, and President Widodo will also cause a conflict of interest in court, because of the weird presidential authority to be involved in the process of law-making, making the President a respondent beside parliament.

We can conclude that the electoral justice system is threatened after the political intervention in court. Moreover, the designing of the electoral system and management model which has been considered an essential component could be utilized for the interests of certain political groups. The electoral process in Indonesia would end up as a factor of democracy's regression.

Max Steuer

Searching for a Government

Referenda and Constitutional Changes in Slovakia Ahead of Early Elections

doi: 10.17176/20230125-201809-0



On Saturday, 21 January 2023, Slovak voters had the opportunity to use their constitutional right to vote in a referendum for the ninth time in the Slovak post-1993 history. More than one million individuals, slightly more than a quarter of eligible voters, [participated](#) in the referendum on a constitutional amendment on early elections, with more than 97 percent of participating voters supporting the amendment. The referendum was, however, invalid, because a valid referendum in Slovakia requires a turnout of at least half of all eligible voters. Still, the turnout was the fourth highest among the nine, making it one of the more successful referendum initiatives.

The referendum took place less than six weeks after the [no-confidence vote](#) to the Slovak executive by the National Council (Slovak parliament). This development prompted steps towards amending the Constitution so that early elections become constitutionally permissible. This post shows how, in this political context, the referendum result itself is of little significance for the current government. Early elections will most likely be held in September 2023 in any case. Nevertheless, the January 2023 referendum does point to the vulnerability of this constitutional institution vis-à-vis abuse by illiberal actors.

The referendum subject and its initiators

On Saturday, voters [addressed](#) only one question but with an impressive length of 218 words. The question concerned a constitutional amendment that would enable early elections, that is, early termination of the electoral term of the Slovak legislature, either via a referendum or a parliamentary resolution. The reason for the question being a mouthful is that it contained the specific constitutional changes that, had it been successful, would have amounted to the first-ever direct amendment of the constitutional text via a referendum.

The particular regulation of early elections as specified by the 218-word question raised a whole series of issues of constitutional design. These encompass one of

the evergreen controversies of Slovak constitutional law whether a referendum may directly amend the Constitution, in light of the convoluted provisions (Art. 98 and 99 of the Constitution) addressing this issue. In addition, the behaviour of partisan actors must not be left out of the equation. While formally launched on the basis of a petition of a minimum of 350,000 Slovak citizens (one of several avenues how to initiate referenda in Slovakia, as per Art 95(1) of the Constitution), the referendum is an idea of former three-times Slovak PM Robert Fico, who is presently in the opposition and is increasingly [embracing](#) illiberal rhetoric including in his [support of Russia](#) and [denouncing](#) of equal fundamental rights for all members of the political community. Setting aside his motivations (which may be very pragmatic, given that he is [under investigation](#) for crimes he may have committed while in the PM office), Fico embodies one of the main [threats](#) in relation to Slovakia's prospects for illiberalisation in 2023.

The profile of the referendum's initiator ensured that this referendum is best understood through the lens [proposed](#) by Erik Láštík over a decade ago, that is, as a means for unofficial, yet potentially effective partisan campaigns. Thus, those voters who did not want to unintentionally endorse the campaign even though they supported the introduction of a mechanism for early elections faced the difficult choice of whether to take part in the referendum at all. The same applied to those who, while supporting early elections in principle, did not agree with the design choices the sponsors have opted for (particularly the proposed competence for a simple majority of MPs to trigger early elections with no further safeguards).

After the referendum: Yet another rushed constitutional amendment

Given the [no-confidence vote](#) to the Slovak executive in December 2022, the parliamentarians have, independently of the referendum, been [deliberating](#) on a consti-

tutional amendment in order to enable early elections in a constitutionally conform manner. The amendment was enacted on 25 January, albeit not with the exact same wording as the one included in the referendum question.

Observers of Slovak constitutional developments can hardly be surprised that, once again, deliberation on important constitutional changes was minimal. The bill was initiated by MPs rather than the executive, which, given Slovak rules of legislative procedure, reduced the degree of public scrutiny of the legislative process. Moreover, an amendment to the bill was prepared by the former minister of justice (now an MP).

Moreover, this amendment encompassed an unrelated change which increases the threshold needed to implement changes to Slovakia's electoral system from a simple to a qualified (three-fifth) majority of deputies. The latter change cements the present electoral system in place with only small changes since 1998. It consists of two provisions. One articulates that the electoral system for parliamentary elections needs to follow 'the principles of proportional representation' (Art. 74 sec. 1). While this, in principle, rules out majoritarian or mixed systems to be implemented without a constitutional majority, the exact meaning of 'proportional representation' remains unclear.

The second, even more controversial, change requires a constitutional majority for increasing the number of electoral districts (Art. 74 sec. 2). Presently, the country as a whole uses a single electoral district. A single electoral district greatly increases the dominance of non-democratic internal party organizations centred around a single leader, which do not demonstrate continuity once the leader resigns or loses public support. Overall, such 'constitutionalisation' of the electoral system reduces the risk of a future parliamentary majority introducing outright unfair electoral rules. Yet, it has been done in a rushed fashion, with no expert and public discussion. For example, the official justification in the explanatory report for the constitutional majority requirement for increasing the number of electoral districts has exactly ten (10) lines.

The Constitutional Court against direct democracy and rushed constitutional amendments?

The amendment enabling the legislature to decide on early elections is one avenue (see Art. 81a of the Consti-

tution) for resolving the political stalemate exacerbated by the vote of no confidence to the executive in the legislature. The earlier practice of enacting ad hoc constitutional acts on shortening electoral terms was questioned by the Slovak Constitutional Court in its cases concerning referenda.

These cases (PL. ÚS 7/2021, PL. ÚS 11/2022), described elsewhere, run the risk of the Constitutional Court being vulnerable of accusations by political party actors of being 'against the will of the people', due to their invalidation of some of the referendum initiatives. These include banning the inclusion of a second question proposed by the petitioners for the January 2023 referendum, which could theoretically have brought about early elections directly, without a constitutional amendment and the parliament's decision. Such a question is arguably an example of what Richard Albert calls 'circumventing formal constitutional amendment rules' by the petitioners, who alone do not have the necessary majority to amend the Constitution.

Yet, if one reads the justifications of the Constitutional Court's decisions, they might find close connections between the referendum and the 'sovereignty of the people' that, in the majority of the judges' reading in these cases, seems to be the closest association to the constitutional principle of democracy (Art. 1 sec. 1 of the Slovak Constitution). If anything, subject to criticism may be the tendency (not only) in these two cases to separate democracy from the rule of law. Such separation may lead to misinterpretations whereby, for 'plain' democracy 'anything goes' in relation to referenda, and the rule of law alone is the source of some limits. However, limits such as the prohibition of referenda on matters of fundamental rights, taxes, duties or the state budget as stipulated in Art. 93(3) of the Constitution could well be read as required by democracy.

Beyond the referendum case law, the process of enacting the latest constitutional amendment (particularly the cementing of the electoral system rules which was not initially proposed by the bill and received virtually no scrutiny) might be among the challenges to be addressed by the Constitutional Court. In an important decision from December 2022, the Court invalidated selected (ordinary) legislative provisions because they were adopted in accelerated legislative procedure. The next level of this type of reasoning could consider the legitimacy of changes unrelated to the original intention of a bill in-

troduced in the legislative process (accelerated or not), as it was the case with the changes concerning the electoral system type and number of electoral districts in the latest amendment.

No time like the present—to reform the referendum in Slovakia?

While a new legal framework on early elections is now in place, reforms of the regulation of referenda are not on the horizon. In its current form, the referendum seems to be particularly welcoming towards illiberal abuse, with little prospects to contribute to Slovakia's democratic life. The only successful referendum reaching the turnout threshold of more than 50 percent of the electorate was on Slovakia's EU accession, held at a peak time of the 'return to Europe' narrative when almost no one opposed EU membership (2003). With its exception, all referenda held so far were *divisive*, polarising moments in Slovakia's political life, underscoring the unfinished democratic transition in questions of fundamental rights, accountability and the relationship between the government and the electorate.

The design of the referendum is arguably in part responsible for its flaws. Although the high turnout requirement represents a safeguard against an illiberal takeover, the relatively simple way to initiate a referendum and the restrictive content it may entail (only a binary 'yes' or 'no' question) makes it an effective tool for illiberal campaigns. Furthermore, it may *add* to populist narratives that simplify complex affairs into dichotomous choices. (The complex wording of the January 2023 referendum question somewhat decreases the latter tendency,

although it then also generates the dilemmas for the voters whose preference is not captured by either voting option.) As *shown* in neighbouring Hungary via the regular 'national consultations' initiated by the illiberal executive, as well as in the *notorious case of the Brexit referendum*, if not *combined* at least with political elite responsibility and with platforms for informed public deliberation, referenda may easily *backfire* and threaten the continuity of democratic regimes.

With *intensifying* discussions on the role of referenda and direct democracy in democratising the European Union, it is high time for Slovakia to consider the pros and cons of referenda, and their constitutional design, via public deliberation. Otherwise, they are likely to keep being utilised primarily by illiberal actors and alienate citizens from associating the moments when they are invited to ballot boxes with genuine, meaningful choices that may enrich Slovak political life.

In light of what is now the 21st or 22nd amendment to the Slovak Constitution (depending on whether one counts the *2019 decision* of the Constitutional Court invalidating parts of the Constitution), the need for some introspection regarding the legitimacy of rapid and un-systematic constitutional amendments process can be added to the list.

This post was written during the author's research stay at the University of Liverpool, School of Law and Social Justice, funded by a Jan Hus Educational Foundation Scholarship.

Jannani M

The Indian Supreme Court Collegium Picking its Battle

How the Supreme Court of India Stood up Against Discrimination and an Attack on Free Speech to Uphold the Independence of the Judiciary

doi: 10.17176/20230130-202432-0



In an unprecedented move, the collegium of the Supreme Court of India on the 17th and 18th of January, 2023, passed [resolutions](#) calling out the executive's delay in the judicial appointments of [five advocates](#) – Mr. Saurabh Kirpal, Mr. Somasekhar Sundaresan, Mr. John Satyan, Mr. Amitesh Banerjee and Mr. Sakya Sen – by publicly countering the government's objections against their appointment. In this piece, I discuss how the Supreme Court collegium has confronted the discriminatory treatment of persons who openly identify as a part of the LGBTQIA+ community in the process of judicial appointments by standing up to the executive's bullying. The piece also looks into how the collegium has confronted the union government's attempt to suppress dissent among advocates and why these resolutions are highly consequential.

What is the Supreme Court Collegium?

In India, the Supreme Court collegium is primarily in charge of appointments or transfer of judges in the High courts and the Supreme Court. The [collegium](#) consists of the Chief Justice of India and the four most-senior judges of the Supreme Court of India. This collegium recommends names of persons qualified to be judges to the Central Government and the latter may accept such recommendation or raise objections and [request clarifications](#) from the collegium. According to the [Memorandum of procedure of appointment of High Court Judges](#), in case any of the recommendations are sent back with objections, the Chief Justice of India has to [review](#) the recommendation and reasons mentioned by the Union. It is important to note that the Central Government is [bound to accept](#) the recommendations upon reiteration by the Supreme Court.

The primacy of the Supreme Court collegium though is not [expressly](#) rooted in constitutional provisions but has been developed over time by various [landmark ju-](#)

[dicial pronouncements](#). As previously highlighted in this blog by [Medha Srivastava](#), the collegium does suffer from flaws which includes the lack of transparency in its decision-making process. Despite these limitations, it must be noted that [several senior advocates](#) have endorsed this system as one that is essential in safeguarding the independence of the judiciary from the executive.

Discrimination Based on Sexual Orientation

[Five years ago](#), India was at the cusp of witnessing history as Mr. Saurabh Kirpal's name was recommended by the collegium for appointment to the bench. His appointment would make him the [first "openly gay" judge](#) in the nation. However, the Central Government did not accept the recommendation for years and due to the opaque nature of the process the public was unaware of objections to his appointment. This prompted the collegium of the Supreme Court to put on public record both the objections raised by the executive against Mr. Kirpal's appointment and its rebuttal against it, in a [recent resolution](#).

1. His partner is a swiss national (a citizen of a foreign country) and thus could pose a national security concern.
2. He is open about his sexual orientation, passionately advocates for the "cause of gay-rights" and is in an intimate relationship. The government stated that this is indicative of Mr. Kirpal's "bias".

The collegium, while rebutting the first objection stated that the partner was a citizen of a country which was not categorized as an 'enemy' country and thereby the individual conduct of Mr. Kirpal's partner would not compromise national security. It points out that the use of national security as an objection to Mr. Kirpal's appointment is inherently aimed at discriminating against him on the basis of his sexual orientation considering that

there are some persons in top leadership positions in the country with spouses who are foreign nationals.

Addressing the second objection, the collegium openly declared that not elevating a candidate on the grounds of his advocacy for rights or his sexual orientation would be “manifestly contrary to the principles laid down by the Supreme Court”. It goes a step ahead and even states that the advocate’s openness about his sexual orientation “goes to his credit” and his appointment to the bench would add to the diversity of the high court and bring about inclusion. This effectively countered the narrative of the Central Government which claimed that his involvement with the LGBTQIA+ movement in India is indicative of his “bias and prejudice”. The collegium also lauded his overall merit and highlighted the value addition that his experience would bring to the bench.

Thereby, in responding to the two objections, the Supreme Court has torn down the facade of the seemingly neutral “national security” concerns or accusations of “bias” and has effectively gone to considerable length to implement the judgment in *Navtej Johar v. Union of India* in judicial appointments which acknowledged that no person shall be subjected to direct or [indirect discrimination](#) against irrespective of their sexual orientation.

Protecting the Right to Dissent

Regarding the appointment of two advocates, Somasekhar Sundaresan and John Satyan, the collegium’s recommendation was objected on account of their criticism against the government. Mr. Sundaresan was [accused](#) by the Department of Justice for being a “highly biased opinionated biased person” for his “selective” criticism against the government’s policies. The appointment of Mr. Satyan on the other hand was objected on the basis that he had [shared a news article](#) that was critical of the prime minister.

It is important to note that, prior to the elevation as judge of the Supreme Court, one [of the sitting judges](#) had praised the prime minister as a “hero”. Some former members of the judiciary were also elevated despite apprehensions regarding their [political views](#). Thereby, holding a political opinion prior to elevation has in the past not necessarily stopped persons from being appointed as judges of the Supreme Court or the High Courts.

In effect, the objections raised against Mr. Sundaresan and Mr. Satyan in the respective Intelligence Bureau reports have the effect of curbing dissent against the government from members of the bar who aspire to be a part of the bench. The Supreme Court collegium in its recent resolution responding to the objections rightly points out that such a move by the Department of Justice compromises the right to freedom of speech and expression guaranteed under article 19(1)(a) of the Constitution of India. It also states that voicing such opinions in no way compromises the suitability and the integrity of the person who is to be appointed as a judge. By doing so, it resists the attempt of the Central Government in creating a chilling effect on free speech by protecting the right to dissent which the head of the collegium, Justice Chandrachud had earlier referred to as the “[safety valve of democracy](#)”.

Conclusion

On the 24th of January, 2023, the law minister flagged national security concerns over the extracts of the Intelligence Bureau report being referred to by the Supreme Court collegium in its resolutions (which is publicly accessible). However, it may be pertinent to note that the Supreme Court in *Manohar Lal Sharma v. Union of India*, has categorically held that the state cannot receive a “free pass” to justify its actions by using national security as a shield.

By virtue of the landmark judgment of the Supreme Court in the *Second Judges Case*, the Central Government is bound to approve the appointment of the persons whose name has been reiterated by the Supreme Court collegium. The reiteration comes at a time when the majoritarian union government has been attempting to undermine the independence of the judiciary by [trying to create inroads](#) into the process of appointing judges and [de-legitimizing well-recognized constitutional safeguards](#) developed overtime by judicial precedents to protect citizens’ rights against the state’s encroachment into fundamental rights and civil liberties. It sends a strong message that this collegium and especially the Chief Justice are unafraid to pick the right battles to ensure that equality of citizens, freedom of speech and expression and the autonomy of the judiciary are guarded.

About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.

The logo for Verfassungsblog, featuring the text "Verfassungsblog" in white on a dark grey square background with a blue border.

Verfassungsblog

The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 24 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our [website](#)). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.

The logo for Verfassungsblog debate, featuring the text "Verfassungsblog debate" in white on a dark grey square background with a red border.

Verfassungsblog
debate

We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.

The logo for Verfassungsblog pod, featuring the text "Verfassungsblog pod" in white on a dark grey square background with a yellow border.

Verfassungsblog
pod

Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.

The logo for Verfassungsblog editorial, featuring the text "Verfassungsblog editorial" in white on a dark grey square background with a teal border.

Verfassungsblog
editorial

Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a [donation](#).

Find all our journal issues on [Verfassungsblog.de/blatt](https://www.verfassungsblog.de/blatt).

We also have open access books available. Check them out at [Verfassungsblog.de/books](https://www.verfassungsblog.de/books).

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL