

03/2023

März

# Verfassungs blatt

Verfassungsbooks  
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20230526-125608-0](https://doi.org/10.17176/20230526-125608-0)

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](mailto: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/](https://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/](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).

# Inhalt contents

## Deutschland Germany

### Parteien & Wahlen Parties & Elections

<i>Fabian Michl, Johanna Mittrop</i> Abschied von der Personenwahl (Fortsetzung): Der überarbeitete Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform	365
<i>Uwe Volkmann</i> Kein schöner Zug	368
<i>Christoph Schönberger</i> Ein Nachruf ohne Tränen: Das Ende der Grundmandatsklausel	371
<i>Joachim Wieland</i> Entscheidungsfreudig, aber begründungsschwach	374
<i>Dominik Rennert</i> Ein ernsthafter Fehler	376
<i>Bernd Grzeszick</i> Zur fortbestehenden Bedeutung der Wahl im Wahlkreis	380
<i>Thorsten Kingreen</i> Vom Chancetod zur Chance: Ein wahlrechtlicher Vorschlag zur Güte	383
<i>Frank Schorkopf</i> Abschied von Adenauer oder weshalb die Wahlrechtsreform ein Verfassungsrechtsproblem ist	386
<i>Edoardo D'Alfonso Masarié</i> Nation ist auch im Wahlrecht kein Muss	390
<i>Simon Franzmann</i> Parteiausschlussverfahren im Spannungsfeld von Identitätsfindung und Transformation	393

### Klima, Umwelt, Aktivismus Climate, Environment, Activism

<i>Julia Wulff</i> Zwischen den Stühlen: Der Gesetzgeber als Kampfrichter im Umweltschutzrecht	396
<i>Lorenz Wielenga</i> Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes: Über die maßlose und gefährliche Kritik am Klimaschutz-Aktivismus der „Letzten Generation“	399
<i>Thomas Groß</i> Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Eine Zwischenbilanz der weitgehenden Rezeptionsverweigerung	402
<i>Jan-Louis Wiedmann</i> Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit: Zur „Weiterentwicklung“ des Klimaschutzgesetzes durch die Ampel-Koalition	406

## Kunstfreiheit & documenta fifteen Freedom of the Arts & documenta fifteen

- Nina Keller-Kemmerer*  
Antisemitische Werke: Kunst oder Nichtkunst? 409
- Hans-Jürgen Papier*  
Antisemitismus auf der documenta fifteen: Überlegungen zur Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und ihren verfassungsimmanenten Grenzen 412

## Berliner Wahlen Berlin Elections

- Thorsten Koch*  
Bezirksämter ohne Legitimation 418
- Christian Walter, Philip Nedelcu*  
Wann folgt die Begründung?: Die Berliner Wahlpannen und das Nachreichen der Entscheidungsgründe durch das Bundesverfassungsgericht im einstweiligen Rechtsschutz 421

## Verschiedenes Miscellaneous

- Thorsten Kingreen*  
Jenseits der Pandemie 424
- Luisa Zimmer*  
Literaturzeitschriften im Limbo: Staat, Wettbewerb, Grundrechte und das Urteil des Landgerichts Berlin zu „Lettre International“ und „Sinn und Form“ 429
- Dieter Grimm*  
A New Volume and an Old Error 433
- Weyma Lübke*  
Der einsamkeitsbedingte Alterssuizid im Lichte des Grundgesetzes 435
- Till Patrik Holterhus, Sven Siebrecht*  
Rosneft am Ende?: Zum jüngsten Urteil des BVerwG betreffend die Treuhandverwaltung von Rosneft Deutschland 442
- Ademir Karamehmedovic*  
Alles auf Los: Durch Losverfahren besetzte Gremien und ihre demokratische Legitimation 446
- Georg Freiß, Timo Laven*  
Entgleisung des Bundesrechnungshofs: Über die Zerschlagung der Deutschen Bahn AG und das politische Mandat der Bundesbehörde 449
- Kai Ambos*  
Die papierene Macht des Rechts und seine Perversion: Ein Review Essay 453
- Ekkehard Strauß*  
Good Things Take Human Rights: Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und die Diskussion über die Senkung des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit – ein Realitätscheck 461

## Europa Europe

### Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

- Lena Kaiser*  
A New Chapter in the European Rule of Law Saga?: On the European Commission's Attempt to Mobilise Art. 2 TEU as a Stand-Alone Provision 464
- Aytekin Kaan Kurtul*  
The Constitution under the Rubble: How Turkish Secularism Safeguards the Rule of Law and the Rights of the Child 468
- Johann-Jakob Chervet*  
Notrecht am Limit: Gilt der Rechtsstaat auch bei der Rettung einer Großbank? 472
- Gábor Polyák*  
Too Much for Others, too Little for Us: The Draft European Media Freedom Act from a Hungarian Perspective 475
- Olga Ceran, Ylenia Guerra*  
The Council's Conditionality Decision as a Violation of Academic Freedom? 480

### Israel Israel

- Lidia Averbukh*  
Israels Staatsumbau: Eine historische Kontextualisierung der israelischen Justizreformen 483
- Alon Harel*  
The Proposed Constitutional Putsch in Israel 487
- Alon Harel, Alon Klement*  
Separating Substance from Procedure: How to Address the Israeli Constitutional Crisis 490
- Aeyal Gross*  
The Battle Over the Populist Constitutional Coup in Israel: Spring of Hope or Winter of Despair? 492

### Migration & Staatsbürgerschaft Migration & Citizenship

- Luigi Ferrajoli*  
The New Populism is Responsible for the Massacres in the Mediterranean 497
- Davit Zedelashvili*  
Georgia's Bill on Foreign Agents and the Limits of the EU's Soft Power 499
- Anja Bossow*  
Shamima Begum's Banishment is a Threat to Us All 502
- Devyani Prabhat*  
The Begum Case: Why Ministerial Discretion Precludes Human Rights Issues 505
- David Owen*  
What is the Point of the UK's Illegal Migration Bill? 508

## Digitales Digital

- Sophie Duroy*  
Big Brother is Watching the Olympic Games – and Everything Else in Public Spaces 511
- Daniel Holznagel*  
Politische Werbung und Desinformation: Will die EU politische Jedermann-Tweets de-amplifizieren? 514
- Daniel Holznagel*  
Political Advertising and Disinformation: The EU Draft Regulation on Political Advertising Might De-Amplify Political Everyday-User Tweets – and Become a Blueprint for Stronger Online Platform Regulation 518
- Wojciech Lewandowski*  
Drive to Survive: Why the Privileges of a Russian F1 Driver are not a Good Reason to Lift EU Sanctions 522

## Abgasskandal Volkswagen Emissions Scandal

- Laura Neumann*  
Limitations of the Transnational ne bis in idem Principle in EU Law: Remarks on the ECJ's Diesel Scandal Volkswagen Case 526
- Johannes Herb*  
Die Deutschen und ihr Auto: Anmerkungen zur jüngsten EuGH-Entscheidung im Abgasskandal 529

## Sexuelle Identität Sexual Identity

- Teodora Petrova*  
Barring Legal Gender Reassignment in Bulgaria: Rights of Transgender People and Traditional Social Values 534
- Tessa Grosz*  
Inter\* Personen im menschenrechtlichen Warteraum 537

## Verschiedenes Miscellaneous

- Romy Klimke, Christian Tietje*  
Feminist Foreign Trade Policy is a Demand of the EU Treaties 540
- Eleonora Bottini*  
Constitutional? Perhaps. Democratic? Not so much: On the French Government's Maneuver to Pass the Law on Retirement 544
- Ylenia Maria Citino*  
Constitutionalising Insularity: The Challenge of Addressing Insularity for National and EU Policymakers 547
- Michele Massa*  
The Italian "No Jab, No Job" Law Passes Constitutional Muster 551

## Welt world

### Indien India

- Rohit Sarma*  
On the Road to Censorship: BBC and Freedom of Expression in India 555
- TPS Harsha*  
The Janus Face of Fetal Citizenship: A Tool of Inclusion or a Threat to Abortion Rights? 558

<i>Mariana Velasco Rivera</i> Mexican Democracy (and the Supreme Court) at a Crossroads	561
<i>Verena Kahl</i> Warming Up: The Chilean and Colombian Request for an Inter-American Advisory Opinion on the Climate Emergency and Human Rights	563
<i>Svenja Bonnecke</i> Verfassungsmüdigkeit: Chiles neuer Verfassungsprozess	567
<i>Robert Frau</i> Bemerkenswerte Haftbefehle aus Den Haag	569
<i>Patricia Wiater</i> Peaceful and Neutral Games: The Human Rights Perspective on Banning Russian and Belarussian Athletes from International Sports Competitions	572
<i>Moritz Vinken</i> A New York Moment for the Oceans to join the Paris Moment for the Climate?	575
<i>Josephina Lee</i> Freeing Political Expression: How a Milestone Decision of the South Korean Constitutional Court Might Transform Election Campaigns	578

Fabian Michl, Johanna Mittrop

# Abschied von der Personenwahl (Fortsetzung)

Der überarbeitete Entwurf der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform

doi: 10.17176/20230314-065116-0



Im Januar legte die Ampelkoalition ihren Entwurf für eine Wahlrechtsreform vor, der das Bundeswahlrecht auf seinen Grundcharakter – die Verhältniswahl – zurückführen sollte. Heute wurde eine überarbeitete Fassung des Entwurfs vorgestellt, die schon am Freitag vom Bundestag beschlossen werden soll. Die Stoßrichtung bleibt gleich: Durch den [Abschied von der Personenwahl](#) in den Wahlkreisen werden Überhang- und Ausgleichsmandate entbehrlich und so ein weiteres Anwachsen des Bundestages ausgeschlossen. Die Änderungen reagieren auf Kritik am Ausgangsentwurf, haben es aber ihrerseits in sich.

Zum besseren Verständnis sei vorab notiert, dass der überarbeitete Entwurf die traditionelle Benennung der Stimmen als „Erst-“ und „Zweitstimme“ beibehalten will, obwohl der Ausgangsentwurf mit „Haupt-“ und „Wahlkreisstimme“ deutlich präzisere Bezeichnungen gewählt hatte. Die systementscheidende Regelung der Reform heißt deshalb nicht mehr „Verfahren der Hauptstimmendeckung“, sondern „Verfahren der Zweitstimmendeckung“.

## Abschaffung der Grundmandatsklausel

Der Ausgangsentwurf beruhte auf der Prämisse, dass Wahlkreissiege angesichts immer geringer werdender Stimmenanteile der Sieger:innen nur von geringer Aussagekraft für die demokratische Repräsentation sind. Dass die Koalition dennoch an der Grundmandatsklausel als Ausnahme von der Fünf-Prozent-Hürde festhalten wollte, war daher inkonsequent: „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 [jetzt wieder Zweitstimme] eigentlich nicht an der Mandatsverteilung teilnehmen“ (Michl/Mittrop; die meisten Sachverständigen sahen das bei der öffentlichen Anhörung ähnlich). Der überarbeitete Entwurf beseitigt diese Inkonsequenz, indem er die Grundmandatsklausel

kurzerhand aus dem Wahlgesetz streicht: An der Mandatsverteilung sollen künftig nur noch Parteien teilnehmen, die mindestens fünf Prozent der gültigen Zweitstimmen erhalten haben oder eine nationale Minderheit vertreten.

Die Beibehaltung der Grundmandatsklausel hätte sich unter dem Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit zur Achillesferse der Reform entwickeln können. Diese Gefahr ist nun gebannt. Doch mit der Abschaffung der Klausel setzt sich der Entwurf neuer Kritik aus. Denn sowohl die Linke als auch die CSU erzielten zuletzt Zweitstimmenergebnisse um die fünf Prozent und könnten daher in einem künftigen Bundestag nicht mehr vertreten sein. Bei der Linken erscheint das – angesichts ihres gegenwärtigen Zustands – wahrscheinlicher. Doch auch die Christsozialen sind ernstlich bedroht. Ihre relative Stärke in den Wahlkreisen würde ihnen nicht nützen: Denn eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Hürde scheitert, erhält nach dem Entwurf überhaupt keine Mandate, auch keine Wahlkreismandate. Das entspricht im Ergebnis der Sperrklausel bei der Wahl zum Bayerischen Landtag, die vom [Bayerischen Verfassungsgerichtshof](#) wiederholt für verfassungskonform befunden wurde.

In Bayern hat die Fünf-Prozent-Hürde Verfassungsrang (Art. 14 Abs. 4 BV), im Bund muss sie sich hingegen als Beeinträchtigung der Wahlrechts- und Chancengleichheit rechtfertigen lassen. Mit dem Verweis auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung ist dies bislang stets gelungen. Nicht einmal nach der Bundestagswahl 2013, als 15,7 Prozent der Stimmen unberücksichtigt blieben – FDP und AfD lagen jeweils knapp unter 5 Prozent –, nahm das [Bundesverfassungsgericht](#) an der Sperrklausel Anstoß. Es betonte vielmehr, dass die Hürde sich grundsätzlich unabhängig davon rechtfertige, wie viele Stimmen bzw. welcher Stimmenanteil insgesamt auf die nicht im Parlament vertretenen Parteien entfallen sei. Ob das Gericht daran festhalten wird, wenn die Effekte der Fünf-Prozent-Hürde künftig nicht durch



die (nicht mehr haltbare) Grundmandatsklausel abgefordert werden, bleibt abzuwarten. Den Ausschlag dürfte das Ergebnis der Bundestagswahl 2025 geben, das sich derzeit nicht seriös prognostizieren lässt.

## Wahlkreise ohne Personenwahl

Kritiker:innen der Reformpläne sehen einen Widerspruch darin, dass trotz der Rückführung des Wahlsystems auf den „Grundcharakter“ der Verhältniswahl in den hergebrachten 299 Wahlkreisen Erststimmen auf Wahlkreisbewerber:innen vergeben werden. Für sie bleibt diese Stimmenvergabe im Wahlkreis eine Personenwahl, deren Konsequenzen der Gesetzentwurf nicht ernst nimmt: Wenn jemand mit der relativen Mehrheit der Erststimmen einen Wahlkreis „gewonnen“ hat, müsse er auch ein Mandat erhalten. Schließlich sei er durch die Direktwahl besonders demokratisch legitimiert. Eben darauf stützte die CSU ihre Polemik von der „organisierten Wahlfälschung“ (FAZ), die der CDU-Generalsekretär – in abgeschwächter Form – gegen den überarbeiteten Entwurf vorbringt: Es handle sich um ein „Wahlrecht zulasten der Wahlkreisgewinner“ (SZ).

Doch eine besondere demokratische Legitimation der Wahlkreisgewinner:innen, die schon im bisherigen Wahlsystem zweifelhaft war, ist jedenfalls im neuen System nicht mehr zu begründen. Eine Wahlkreisbewerberin ist nach dem überarbeiteten Entwurf nur dann als Abgeordnete gewählt, wenn sie die meisten Erststimmen auf sich vereinigt und im Verfahren der Zweitstimmendeckung einen Sitz erhält, wenn also der aufgrund der Zweitstimmen ermittelte Mandatsanteil der Partei ausreicht, um ihr Mandat zu legitimieren. Das ist konsequent, denn in einem reinen Verhältniswahlsystem kann sich Legitimation von vornherein nur aus dem (Zweit-)Stimmenverhältnis ergeben. Der von uns im Januar beobachtete [Abschied von der Personenwahl](#) wird in der Begründung des überarbeiteten Entwurfs explizit gemacht: „[D]ie Wahl in den Wahlkreisen dient der vorrangigen Besetzung der von den Parteien nach ihrem Zweitstimmenergebnis errungenen Sitze und nicht wie bisher der Personenwahl.“

Die Kritiker:innen, die unbeirrt am Personenwahl-narrativ festhalten, übersehen, dass die Wahlkreise auch ohne Personenwahl einen Sinn haben können, indem sie die Kandidatenaufstellung regionalisieren, die innerparteiliche Demokratie stärken und den Wahlkampf – im Idealfall mit Mobilisierungseffekt – personalisieren (vgl. Mi-

chl/Mittrop; Wischmeyer). Regionalisierung und Personalisierung durch eine Vorauswahl in den Wahlkreisen („vorrangige Besetzung“) ist auch ohne die Zuweisung eines legitimatorischen Vorsprungs möglich und sinnvoll. Dass es daneben andere Möglichkeiten der Personalisierung gibt (z. B. offene Listen), ist unbestritten. Wer es aber ernst meint mit der (System-)Gestaltungsfreiheit des Wahlrechtsgesetzgebers, darf ihn weder auf das bestehende System verpflichten noch andere Gestaltungsmöglichkeiten als verfassungsrechtlich zwingend ausgeben.

Gewiss ist die Regionalisierungs- und Personalisierungstechnik des Ampelentwurfs nicht ohne Makel. Vor allem die „unbesetzten“ Wahlkreise sind eine unerfreuliche Folge des Verfahrens der Zweitstimmendeckung. Der überarbeitete Entwurf versucht dieses Phänomen einzudämmen, indem er die Gesamtzahl der Mandate von 598 auf 630 erhöht. Wenn bei gleichbleibender Wahlkreiszahl mehr Mandate in die Verteilung gegeben werden, sinkt auch das Risiko ungedeckter Wahlkreismandate. Das dürfte vor allem die Kritiker:innen aus der SPD besänftigen, die in manchen Regionen Norddeutschlands ebenfalls von der Nichtzuteilung betroffen sein könnte. Völlig ausschließen lässt sich die Nichtzuteilung jedoch nicht. Am Ende bleibt der Entwurf daher, was eine wirklich demokratische Entscheidung stets ist: ein Kompromiss, der ohne gewisse Einbußen an legalistischer Ästhetik und Systemgerechtigkeit nicht zu haben ist.

## Echte und falsche Einzelkandidaturen

Weil das Bundesverfassungsgericht es verbietet, das Wahlvorschlagsrecht auf die politischen Parteien zu beschränken, hält der Entwurf an der Einzelkandidatur in den Wahlkreisen fest. Sollte ein Einzelbewerber – was seit 1953 nicht mehr vorgekommen ist – die Mehrheit der Stimmen im Wahlkreis erringen, zöge er in den Bundestag ein. Nur in diesem (unwahrscheinlichen) Fall ist die Abstimmung im Wahlkreis eine echte Personenwahl.

Bereits nach Bekanntwerden des Ausgangsentwurfs wurde die [Möglichkeit diskutiert](#), dass Parteibewerber:innen als verkappte Einzelbewerber:innen auftreten, um sich dem Verfahren der Zweitstimmendeckung zu entziehen. Der überarbeitete Entwurf reagiert auf diese Gefahr etwas halbherzig, indem er die Platzierung auf der Landesliste einer Partei für inkompatibel mit einer Einzelkandidatur im Wahlkreis erklärt. „Falsche“ Einzelkandidaturen bleiben damit immer noch möglich, wer-

den aber für die Kandidat:innen tendenziell unattraktiv, weil sie nicht durch die Liste „abgesichert“ sind. Wenn – wie bei der CSU – die Liste aber ohnehin nicht „zieht“, ist dieser Negativanreiz freilich gering. Dass die CSU jedoch überhaupt keine Liste einreicht und ihre Kandidat:innen als falsche Einzelbewerber:innen ins Rennen schickt, erschien den Entwurfsverfassern wohl politisch so unwahrscheinlich, dass sie für diesen Fall keine Vorsorge getroffen haben. Das Risiko der Zurückweisung solcher Vorschläge als rechtsmissbräuchlich (Wolf, in: Schreiber, BWahlG, § 20 Rn. 18) dürfte – neben dem Imageschaden, den eine solche Trickserei zeitigen könnte – zur Abschreckung genügen.

### Zuschnitt der Wahlkreise

Etwas überraschend ist schließlich eine Änderung im Bereich der Wahlkreiseinteilung, mit der der überarbeitete Entwurf Empfehlungen der [Venedig-Kommission von 2002](#) (!) umsetzen will. Bislang gilt, dass die Bevölkerungszahl der Wahlkreise nicht um mehr als 15 % nach

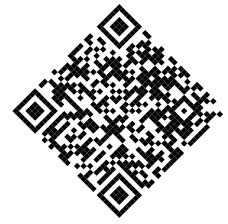
oben oder unten voneinander abweichen soll. Bei einer Abweichung von mehr als 25 % ist eine Neuabgrenzung verpflichtend. Diese Grenzen sollen nun auf 10 bzw. 15 % herabgesetzt werden, allerdings erst für die übernächste Bundestagswahl, da eine derart umfassende Neueinteilung der Wahlkreise vor der Wahl 2025 nicht mehr zu leisten ist.

Auf die künftige Neueinteilung darf man gespannt sein. Denn durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung erhalten auch die Wahlkreiszuschnitte eine besondere Relevanz. Für Bewerber:innen von erststimmestarken Parteien kommt es künftig nicht mehr nur darauf an, den Wahlkreis zu gewinnen, sondern einen möglichst großen Anteil der Erststimmen auf sich zu vereinen, um bei fehlender Zweitstimmendeckung innerparteilich die Nase vorn zu haben (vgl. die Reihung nach Zweitstimmenanteil). Das hierzulande nur wenig beachtete Problem des Gerrymandering (vgl. [Kaiser/Michl](#)) könnte dann in neuer Gestalt auftreten – aber das ist Zukunftsmusik.

Uwe Volkmann

# Kein schöner Zug

doi: 10.17176/20230315-185222-0



Vor etwa vier Wochen habe ich hier auf dem Blog [einen kleinen Text zur Frage verfasst](#), ob es gegen ein Gebot der politischen Fairness und eine ungeschriebene Regel der Demokratie verstößt, das Wahlrecht nicht in einem übergreifenden Konsens, sondern nur mit einfacher Mehrheit zu regeln. Meine Antwort war, kurz gefasst, dass es gute Gründe gibt, von einer solchen Regel auszugehen, von dieser aber ausnahmsweise abgewichen werden kann, wenn mehrere Bedingungen zusammenkommen: Zunächst muss es einen allgemein anerkannten Reformbedarf geben, man sollte sich um eine Einigung wenigstens bemüht haben und vor allem muss die vorgeschlagene Neuregelung wettbewerbsneutral ausfallen, d.h. sie darf nicht einseitig zugunsten oder zulasten einer bestimmten politischen Gruppierung in die vorgefundene Wettbewerbssituation eingreifen.

Dem damals vorliegenden Ampel-Entwurf hatte ich attestiert, sämtliche dieser Bedingungen zu erfüllen, und ihn an anderer Stelle sogar als einen wirklichen politischen Wurf bewertet. Daran kann man nach den nun vorgenommenen Änderungen, mit denen die Reform noch in dieser Woche durch den Bundestag gebracht werden soll, kaum festhalten, weil diese dazu führen könnten, dass im nächsten Deutschen Bundestag weder die Linkspartei noch die CSU vertreten sein werden. Auch wenn das nicht alle für einen Verlust halten mögen, beschert es der Reform doch ein Legitimitätsproblem, von dem man nur hoffen kann, dass es sich so nicht realisiert. Aber der Reihe nach:

1. Der [ursprüngliche Entwurf der Ampel](#) sah vor, die Gesamtzahl der Abgeordneten des Bundestages künftig auf 598 zu begrenzen und so aus der bisherigen Regelgröße nach § 1 Abs. 1 BWahlG („vorbehaltlich der sich aus diesem Gesetz ergebenden Abweichungen“) eine starre Größe zu machen. Erreicht werden sollte dies im Wesentlichen dadurch, dass sich die Verteilung der Sitze im Deutschen Bundestag künftig allein nach dem Verhältnis der für die Landeslisten der Parteien abgegebenen Stimmen (im damaligen Entwurf noch „Hauptstimmen“ genannt) richtet und in ihrem Wahlkreis siegreiche Bewerber

ber nicht mehr automatisch, sondern nur noch dann in den Bundestag einziehen, wenn dies von dem jeweiligen Hauptstimmenanteil der Partei gedeckt ist. Unter welchen Bedingungen eine Partei überhaupt im Bundestag vertreten ist, wurde dagegen nicht geändert. Beibehalten werden sollte – jedenfalls in der Sache – insbesondere auch die Grundmandatsklausel des bisherigen § 6 Abs. 3 BWG, nach der bei der Verteilung der Sitze auf die Landesliste auch Parteien unterhalb der 5-%-Hürde berücksichtigt werden, wenn sie in mindestens drei Wahlkreisen die Mehrheit der dort abgegebenen Stimmen errungen haben. Von dieser Regelung profitiert im derzeitigen Bundestag die Linkspartei, die zwar nur 4,9 % der Stimmen erhielt, aber drei Direktmandate gewann und deshalb mit ihrem vollen Zweitstimmenanteil in den Bundestag einziehen konnte. Ihre Streichung betrifft dann sicherlich zunächst und vor allem die Linkspartei, und dies ungeachtet des Umstands, dass diese ohnehin gerade dabei ist, sich selbst zu zerlegen. Sie könnte aber demnächst auch die CSU betreffen, die, da sie nur in Bayern antritt, bei der letzten Bundestagswahl tatsächlich nur auf 5,2 % der Zweitstimmen kam.

2. Gegen die Grundmandatsklausel ließen sich schon immer sachliche und zuletzt auch verfassungsrechtliche Einwände erheben, weil in ihr selbst ja ein Gleichheitsproblem steckt: Wenn bei einer Wahl die Partei A und die Partei B jeweils 4,9 % der Zweitstimmen erhalten, die Partei A aber drei Direktmandate gewinnt, zieht diese nicht nur mit den drei Wahlkreisgewinnern, sondern mit ihrem vollen Zweitstimmenanteil in den Bundestag ein, die Partei B dagegen überhaupt nicht. Das BVerfG hat die darin liegende Ungleichbehandlung allerdings im Jahre 1997 [mit der Erwägung gerechtfertigt](#), der Gesetzgeber habe im Gewinn dreier Direktmandate zulässigerweise ein Indiz dafür sehen können, dass die betreffende Partei besondere Anliegen aufgegriffen habe, die eine Repräsentanz im Parlament rechtfertigten. Darüber konnte man durchaus geteilter Meinung sein. Es war allerdings konsequent, die Grundmandatsklausel bei der jetzigen Reform unangetastet zu lassen, wenn man am

Ziel der Wettbewerbsneutralität – gemessen am derzeitigen Stand – festhält und politische Ergebnisveränderungen vermeiden will. So hatten es die von der Ampel benannten Sachverständigen in der entscheidenden Anhörung im Innenausschuss auch gesehen; einer hatte dies sogar ausdrücklich als „[Ausdruck eines fairen Kollegialitätssinns des Ampelentwurfs](#)“ gelobt. Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Grundmandatsklausel aber – in einem auch für diese Parteien ziemlich eindrucksvollen Akt politischer Kurzsichtigkeit – ausgerechnet von CDU/CSU immer wieder zum Thema gemacht und aus verschiedenen argumentativen Richtungen attackiert. In einem im jetzigen Gesetzgebungsverfahren in aller Eile formulierten [Beschlussantrag der CDU/CSU-Fraktion](#) fand sich dazu der Vorschlag, die Zahl der Grundmandate, die für den Einzug in den Bundestag ausreichen, von drei auf fünf zu erhöhen. Damit hätte man die Linkspartei aus dem nächsten Bundestag herausgekickt und so per Wahlrechtsänderung womöglich ein für allemal erledigt, die CSU hingegen bliebe mit ihren über 40 bayerischen Direktmandaten auf der sicheren Seite – netter Versuch, würde man dazu heute wahrscheinlich sagen.

Der von CDU/CSU benannte Sachverständige [Bernd Grzeszick](#) hingegen wandte sich in der Anhörung vor dem Innenausschuss gegen die Grundmandatsklausel als solche und wollte aus ihrer Beibehaltung die Verfassungswidrigkeit der Reform insgesamt ableiten: Die Grundmandatsklausel habe man zwar im bisherigen Wahlrecht verfassungsrechtlich so gerade noch rechtfertigen können, mit den nun daran vorgesehenen Änderungen werde sie aber endgültig „wohl zur verfassungswidrigen Systemausnahme“ (Stellungnahme Innenausschuss, S. 9 f.). Das deckt sich mit der Stellungnahme von [Fabian Michl und Johanna Mittrop](#) hier auf dem Blog, die den ursprünglichen Entwurf als „radikal ehrliche“ Grundentscheidung für ein Verhältniswahlssystem begrüßten, es dann aber für inkonsequent hielten, die Berücksichtigung von Parteien bei der Proporzverteilung doch noch an einen – in welcher Höhe auch immer zu bemessenden – Erfolg in den Wahlkreisen anzuknüpfen. Aber das folgt einer überzogenen Vorstellung an Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit, die man auch in anderen Bereichen, wo das BVerfG sie entwickelt hat, berechtigterweise kritisieren kann: Warum sollte die Rechtfertigung, die das BVerfG seinerzeit für die Grundmandatsklausel angeführt hat, nicht aus sich heraus weiterhin tragfähig sein, und zwar unabhängig davon, ob man sie in dieser Form teil-

te oder nicht? Der Erfolg in einer bestimmten Anzahl von Wahlkreisen spricht, vor allem wenn er sich regional konzentriert, jedenfalls für eine hinreichende Verankerung der betreffenden Partei in der Fläche, wie sie dem Sinn der Beibehaltung der Wahl in den Wahlkreisen insgesamt entspricht. So oder so war das Argument im Gesetzgebungsverfahren jedenfalls ein klassisches Eigentor, weil offenbar niemand die möglichen Folgen für das eigene Lager auch nur im Ansatz gesehen oder mitbedacht hat.

3. Ein Eigentor kann man nutzen, um das Spiel endgültig für sich zu entscheiden. Die Ampelkoalition nahm in ihrem überarbeiteten Entwurf, über den noch in dieser Woche im Bundestag entschieden werden soll, die Einwände nicht nur zum Anlass, die Gesamtzahl der Abgeordneten gegenüber den ursprünglich vorgesehenen von 598 auf nun 630 zu erhöhen (worüber sich natürlich reden lässt), sondern strich zusätzlich auch die Grundmandatsklausel. Damit ist es allerdings nicht nur mit dieser, sondern mit der Wettbewerbsneutralität der Reform insgesamt vorbei; wäre bereits der jetzige Bundestag ohne die Grundmandatsklausel gewählt, wäre die Linkspartei darin nicht vertreten. Bei einer der folgenden Bundestagswahlen ist darüber hinaus folgendes Szenario theoretisch denkbar und liegt jedenfalls nicht völlig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit: Der Stimmenanteil der CSU in Bayern sinkt gegenüber der Wahl 2021, wo sie bundesweit gerade noch 5,2 % der Zweitstimmen erhielt, noch einmal geringfügig ab, so dass sie nun knapp unter 5 Prozent landet. Nach der klaren Regelung der §§ 4 Abs. 2 und 3 sowie 6 Abs. 1 BWahlG zieht sie dann insgesamt nicht in den Bundestag ein, weil dieser Einzug eben von der Zweitstimmendeckung abhängig ist und für diese nur Parteien berücksichtigt werden, deren bundesweites Stimmenergebnis über 5 % liegt. Das gilt selbst dann, wenn die CSU – wie 2021 – weiter alle oder fast alle 46 bayerischen Direktmandate gewinnt; diese Sitze würden stattdessen auf die anderen Parteien aufgeteilt. Nun mag man der CSU auf Bundesebene keine Träne nachweinen, vor allem nicht ihren Verkehrsministern. Aber dass in diesem Fall die politische Mehrheit eines gesamten Bundeslandes im Bundestag nicht mehr abgebildet wäre, belastete diesen mit einer legitimatorischen Hypothek, an der er nicht nur in Bayern schwer zu tragen haben dürfte. In der CSU selbst gibt man sich einstweilen sicher, dass dieser Fall schon nicht eintreten werde; der damals – auf Bayern bezogene – Zweitstimmenanteil von 31,7 % sei ein historisch niedriges Wahlergebnis gewesen. Aber wie sich historisch

niedrige Wahlergebnisse nicht nur verstetigen, sondern immer noch einmal verschlechtern können, haben auch andere Volksparteien schon schmerzhaft erleben müssen. Die Überlebensversicherung der CSU auf Bundesebene ist jedenfalls erst einmal weg.

4. Macht diese mögliche Konsequenz die Streichung der Grundmandatsklausel dann schon verfassungswidrig? Das ist auf die Schnelle nicht zu sagen, weil – siehe oben – die Klausel bislang nie als in irgendeiner Weise verfassungsrechtlich geboten, sondern immer nur selbst als eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme galt, die man gegen mögliche Einwände so eben noch verteidigen konnte. Mit ihrer Streichung könnte sich dann einfach nur ein früheres Problem erledigt haben. Auf der anderen Seite ist es eine demokratische Grundanforderung, dass die politischen Präferenzen der Wähler im Parlament angemessen abgebildet werden. Zwar gilt dies seinerseits nur unter der Einschränkung der 5-%-Klausel, gegen deren Anwendung nach Auffassung des BVerfG sogar dann nichts einzuwenden sein soll, wenn sie dazu führt, dass am Ende über 15 % der Wählerstimmen für die Sitzverteilung unter den Tisch fallen. In einem Wahlsystem, das – wie das unsere in der Aufteilung der Stimmen nach Landeslisten – auch den föderalen Proporz sicherstellen soll, könnte aber auch der starken regionalen Konzentration einer Partei eine besondere Bedeutung zukommen, die sich dann in der Notwendigkeit einer hinreichenden Re-

präsenz im Parlament ausdrückt. Dass man sich derzeit schwertut, den konkreten Verfassungssatz zu benennen, in dem diese Forderung aufgehoben ist, sollte die Verantwortlichen nicht in zu großer Sicherheit wiegen; das Störgefühl, das viele hier empfinden werden, hat das BVerfG jedenfalls auch schon in anderen Fällen ausgesprochen kreativ agieren lassen, und aus dem Prinzip demokratischer Repräsentation mag einem durchaus das ein oder andere Argument dafür einfallen. Hängt die Verfassungswidrigkeit dann davon ab, für wie realistisch man ein solches Szenario hält? Müsste man nicht eine Ausnahme von der Sperrklausel zumindest für den Fall zulassen, dass eine Partei in einem einzelnen Bundesland die Mehrheit der Stimmen erringt? Oder liegt das Problem, wie Michl/Mittrop andeuten, umgekehrt in der 5-%-Klausel, die aufgrund der Summation verschiedener Effekte für das neue Wahlrecht möglicherweise zu hoch angesetzt ist?

Aber auch wenn es, wofür einiges spricht, für den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit am Ende nicht reichen sollte und der Union in einem möglichen Verfahren vor dem BVerfG ihr eigenes Anrennen gegen die Grundmandatsklausel auf die Füße fällt: Ein schöner Zug war deren Streichung nicht. Vielleicht nicht einmal ein besonders kluger.



Christoph Schönberger

# Ein Nachruf ohne Tränen

Das Ende der Grundmandatsklausel

doi: 10.17176/20230318-185118-0



Wahlrechtsreformen sind immer schmerzhaft. Grundlegende Wahlrechtsreformen sind es erst recht. Denn sie stellen viele über Jahrzehnte eingeübte Wahrnehmungsmuster des politischen Systems unter Politikern, Journalisten und in der Bevölkerung in Frage und werden von Parlamentsmehrheiten getroffen, die dabei ihre eigenen zukünftigen Erfolgsaussichten nicht vernachlässigen. Es ist ein Wunder, wenn sie überhaupt zustande kommen. Die gerade vom Bundestag verabschiedete Wahlrechtsreform ist die grundlegendste in der Geschichte der Bundesrepublik. Dass das hohe öffentliche Wellen schlägt, kann nicht überraschen. Besondere Aufregung verursacht die Streichung der sogenannten Grundmandatsklausel, von deren Existenz im Bundeswahlgesetz bis vor kurzem nur Eingeweihte überhaupt Notiz genommen hatten. Nach dieser Vorschrift im noch bis zum Inkrafttreten der Reform geltenden Bundeswahlgesetz sind Parteien, deren Bewerbern es gelingt, bundesweit drei Wahlkreise zu gewinnen, nicht an die Fünf-Prozent-Hürde gebunden. Diese Parteien erhalten also die Zahl von Mandaten, die ihnen nach ihrem Prozentanteil an Zweitstimmen zusteht, auch dann zugeteilt, wenn sie die Sperrklausel verfehlen. Es ist bemerkenswert, dass die Streichung einer Klausel, die seit jeher ernsthaften verfassungsrechtlichen Zweifeln unterliegt und vom Bundesverfassungsgericht nur mit äußerster Mühe noch für verfassungsgemäß erklärt wurde, eine derartige Debatte auslöst.

Das ist um so eigenartiger, als die Kritiker keinerlei auch nur von Ferne valides verfassungsrechtliches Argument gegen die Streichung vorbringen können. Die aus Sicht der Betroffenen nur allzu verständliche politische Klage über ein mögliches zukünftiges Scheitern der Linkspartei oder gar der CSU an der Fünfprozenthürde muss hier das verfassungsrechtliche Argument ersetzen. An dessen Stelle tritt allenfalls verfassungspolitisches Klagen und Raunen. So hat etwa [Uwe Volkmann](#) auf diesem Blog gemeint, die Abschaffung der Grundmandatsklausel sei zwar vielleicht nicht offenkundig verfassungswidrig, aber doch irgendwie sehr unschön.

Unschön sind grundlegende Wahlrechtsreformen aber immer, weil sie nicht von Engeln, sondern von Politikern gemacht werden. Man wird auch kaum sagen können, dass die Fraktionen der regierende Ampelkoalition sich hier in der Sache oder kommunikativ besonders professionell gezeigt hätten, haben sie doch die Streichung der Grundmandatsklausel erst spät in ihren Entwurf aufgenommen und diese berechtigte und im neuen Wahlrecht folgerichtige Entscheidung öffentlich nicht hinreichend gegen die absehbare Kritik verteidigt. Aber darauf kommt es auch nicht an. Entscheidend ist, dass gegen diese Streichung keinerlei irgendwie valides verfassungsrechtliches Argument vorgebracht werden kann.

Schon die Entstehung der Grundmandatsklausel im Jahr 1956 war ein wahlrechtliches Trauerspiel erster Güte. Es war die Zeit, in der die Unionsparteien der frühen Bundesrepublik langsam zum zentralen Faktor des bürgerlichen Lagers aufstiegen, dabei aber zunächst noch auf kleinere, mehr oder minder rechtsgerichtete Bündnispartner angewiesen waren, von denen im Bundestag nach 1961 nur die FDP überlebte. Besonders wichtig war dabei die vor allem in Niedersachsen starke Deutsche Partei (DP). Aus dieser Interessenlage der CDU/CSU in den 1950er Jahren heraus entstand die Klausel. Sie erlaubte es, einerseits über die Sperrklausel die Parteienvielfalt zu reduzieren, andererseits durch Absprachen über die Unterstützung von DP-Kandidaten durch die Union in einzelnen Wahlkreisen der Deutschen Partei mindestens drei Direktmandate zu sichern und damit einen verlässlichen Koalitionspartner ohne Rücksicht auf die Sperrklausel in den Bundestag zu hieven. Die Grundmandatsklausel ist ihrer Entstehung nach eine Vorschrift, die Manipulationen zur Umgehung der Sperrklausel Tür und Tor öffnen sollte und auch geöffnet hat. Der Staatsrechtler Hans Nawiasky nannte die Vorschrift damals völlig mit Recht eine „korrumpierende Bestimmung“.

Gemessen an der vom Grundgesetz verbürgten Wahlrechtsgleichheit war diese Vorschrift von Anfang an kaum zu rechtfertigen. Denn offenkundig liegt hier eine Un-

gleichbehandlung im Verhältnis zu anderen Parteien vor, die weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen erzielen und deshalb nicht im Bundestag vertreten sind. Warum genau soll der Gewinn von drei Direktmandaten diese Ungleichbehandlung rechtfertigen? Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtfertigung noch im Jahr 1997 versucht, indem es die besondere politische Kraft der jeweiligen Partei hervorhob, die aus ihrem mehrfachen Erfolg in der Mehrheitswahl im Wahlkreis abzuleiten sei (BVerfGE 95, 408 [422]). Das war nicht überzeugend, weil nie dargelegt werden konnte, warum bei einer bundesweiten Wahl gewissen örtlichen Stimmkonzentrationen eine derartige überragende Bedeutung beigemessen werden sollte. Angesichts der schwachen Mehrheiten, mit denen inzwischen einige Wahlkreise gewonnen werden, hat das Argument mittlerweile noch stärker an Überzeugungskraft eingebüßt. Vom Bundesstaatsprinzip, das Alexander Dobrindt nun ins Spiel zu bringen versucht, war beim Bundesverfassungsgericht erst recht nie die Rede. Ganz im Gegenteil hat das Gericht bereits in seiner auf Klage der Bayernpartei (!) ergangenen ersten Entscheidung zur Grundmandatsklausel aus dem Jahr 1957 klargestellt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Wahl zum Bundestag als dem unitarischen Verfassungsorgan des Bundes föderative Gesichtspunkte nicht zu berücksichtigen braucht (BVerfGE 6, 84, [99]) Ohnehin verlangt die Grundmandatsklausel gerade nicht, dass die drei Wahlkreise in demselben Bundesland gewonnen werden müssen und knüpft also gar nicht an die bundesstaatliche Struktur der Bundesrepublik an. Die Beseitigung einer Regelung, die, wenn überhaupt, nur als Ausnahme verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, wirft daher kein verfassungsrechtliches Problem auf.

Die Abschaffung der Grundmandatsklausel entspricht überdies dem Grundkonzept der nun vom Bundestag beschlossenen Wahlrechtsreform, auch wenn die Ampelkoalition und ihre Gutachter das erst verspätet erkannt haben. Denn Kern der Reform ist ein konsequenter Übergang zum Verhältniswahlrecht, bei dem die Wahlkreismandate nur noch dann zugeteilt werden, wenn dafür eine entsprechende Zweitstimmendeckung vorliegt. Gerade dadurch wird sichergestellt, dass der bisherige Spuk aus Überhang- und Ausgleichsmandaten verschwindet und der Bundestag in der Zukunft immer genau 630 Mandate haben wird. Das ist die nicht hoch genug zu preisende Leistung der Reform. Wenn aber Wahlkreismandate in der Zukunft nur noch auf hinreichender Zweitstimmen-

basis zugeteilt werden, wäre es widersinnig, die relative Mehrheit in drei Wahlkreisen – die als solche nach neuem Recht kein Wahlkreissieg mehr sein wird – für Parteien ausreichen zu lassen, welche die Sperrklausel und damit die hinreichende Zweitstimmendeckung gerade verfehlen.

Angesichts von alledem ist alles Geraune über eine mögliche Wiederbelebung der Grundmandatsklausel durch das Bundesverfassungsgericht ohne jedes verfassungsrechtliche Fundament. Es bleibt freilich das politische Geschmäckle, dass der derzeit regierenden Koalition ein Scheitern der Linkspartei oder der CSU bei der nächsten Bundestagswahl sicherlich nicht ungelegen käme und ihre Motive für die Reform insoweit nicht allein staatspolitisch-lauterer Natur sind. Aber solche mit-schwingenden Motive machen den Gesetzesbeschluss des Bundestages nicht verfassungswidrig.

Vielmehr entsteht durch die nun beschlossene Reform erstmals in der Geschichte der Bundesrepublik die begrüßenswerte Situation, dass die Fünfprozenthürde wirklich ausnahmslos für alle Parteien gilt. Wenn manche Akteure das als schmerzhaft erleben, liegt das in erster Linie daran, dass sie sich an das verfassungsrechtlich fragwürdige Privileg der Grundmandatsklausel zumindest als Sicherheitsnetz gewöhnt haben und es ihnen zugleich nicht mehr gelingt, verlässlich mehr als fünf Prozent der Wähler hinter sich zu versammeln. Insbesondere bei der CSU mutet es geradezu grotesk an, wie sehr diese Partei nunmehr versucht, ihre eigene Entscheidung, bei Bundestagswahlen ausschließlich in Bayern anzutreten, als Problem des zukünftigen Wahlrechts darzustellen. Es ist jedenfalls verfassungsrechtlich nicht Aufgabe des Wahlrechts zum nationalen Verfassungsorgan Bundestag, politische Geschäftsmodelle ehrgeiziger Regionalparteien zu fördern, die Sorge haben, vor Ort nicht länger fünf Prozent der Wähler für sich zu gewinnen. Solche politischen Geschäftsmodelle können durchaus eine ganze Zeit lang erfolgreich sein, wie es einst für ein paar Jahre der Deutschen Partei der Adenauerzeit gelang oder noch der CSU der letzten Wahlperiode, die auf ihre unnachahmlich burschikose Weise in das noch geltende Wahlrecht drei unausgeglichene Direktmandate hineinverhandelte. Aber das hält eben bestenfalls so lange vor wie die entsprechenden Mehrheitsverhältnisse im Parlament. Niemand im politischen Berlin hat die jahrelange Blockadehaltung der CSU bei der dringend gebotenen Wahlrechtsreform vergessen. Die CSU hat dort offenkundig keine

verlässlichen Freunde mehr, nicht einmal in einem großen Teil ihrer Schwesterpartei. Sie mag daraus politische Konsequenzen welcher Art auch immer ziehen. Auf die Wiederbelebung der Grundmandatsklausel in Karlsruhe sollte sie dabei jedenfalls nicht hoffen. Diese Klausel mag sich ungeachtet ihrer verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit in der Geschichte der Bundesrepublik gelegentlich politische Verdienste erworben haben: um stabile Bundestagsmehrheiten in den 1950er Jahren oder die politische Integration von Teilen Ostdeutschlands in

den 1990er Jahren. Aber derartige historische Verdienste liegen ohnehin allein im Auge des Betrachters. Ehemalige Volksparteien mit unsicheren Zukunftsaussichten in Bayern oder Ostdeutschland wird dieses dubiose Überbleibsel der Adenauerzeit nun jedenfalls nicht mehr vor einem etwaigen sinkenden Wählerzuspruch retten können. Das Ende der Grundmandatsklausel war überfällig. Sie möge in Frieden ruhen.



Joachim Wieland

# Entscheidungsfreudig, aber begründungsschwach

doi: 10.17176/20230320-185152-0



Mangelnde Entscheidungsfreude kann man der CSU nicht vorwerfen. Nur einen Tag nach der Verabschiedung der Wahlrechtsreform im Bundestag hat die Partei beschlossen, das Bundesverfassungsgericht mit dem Ziel anzurufen, die Reform für verfassungswidrig erklären zu lassen. Was aber ist die rechtliche Begründung für die beabsichtigte Klage? Darüber ist bislang nichts zu erfahren. Politische Empörung begründet noch keine Verfassungsklage. Nicht ohne Grund war die bisherige verfassungsrechtliche Diskussion zwar intensiv, hat aber keine Verfassungsverletzung aufgezeigt.

Der Regierungsentwurf des Reformgesetzes sah noch die Beibehaltung der Grundmandatsklausel vor. Die juristischen Berater der Regierungskoalition Jelena von Achenbach, Florian Meinel und Christoph Möllers hatten sie in der Anhörung des Bundestagsausschusses für Inneres und Heimat als für die Glaubwürdigkeit des Entwurfs unabdingbar, aber verfassungsrechtlich nicht für geboten erklärt. Die Chancenverteilung im politischen Wettbewerb könne aber nur dadurch sichergestellt werden, dass die Grundmandatsklausel beibehalten werden. Demgegenüber hatten die Sachverständigen der Union in der gleichen Anhörung die Beibehaltung der Grundmandatsklausel als verfassungsrechtlich nach der Reform nicht mehr haltbar (Philipp Austermann), nicht widerspruchsfrei begründbar (Stefanie Schmah) und als verfassungswidrige Systemausnahme (Bernd Grzeszick) qualifiziert. Die Grundmandatsklausel sei in dem reformierten Wahlrecht systemfremd und mit der Gleichheit der Wahl unvereinbar, weil sie das Direktmandat vom ansonsten bestehenden Erfordernis der Hauptstimmendeckung löse. Diese Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen. Schon für das bislang geltende Wahlrecht hatte das Bundesverfassungsgericht 1997 die Grundmandatsklausel nur mit erheblichem argumentativem Aufwand zu rechtfertigen vermocht. Ob das Gericht sie in einem konsequent als Verhältniswahl ausgestalteten System noch einmal billigen würde, war jedenfalls nicht sicher. [Michl und Mit-](#)

[trop](#) haben zu Recht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber nach der Verabschiedung der Personenwahl im Wahlkreis bei der Proporzverteilung schwerlich eine Legitimation für die Berücksichtigung von Parteien, die wegen ihres schlechten Abschneidens eigentlich nicht an der Mandatsverteilung teilnehmen, vorsehen könne. Der Gesetzgeber war deshalb gut beraten, das verfassungsrechtliche Risiko, auf das ihn die Sachverständigen in der Anhörung hingewiesen hatten, ernst zu nehmen und die Grundmandatsklausel aus dem Entwurf zu streichen.

Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Beibehaltung der Grundmandatsklausel hatte bislang noch niemand überzeugend begründet. Dominik Rennert sieht nun in diesem Blog ein verfassungsrechtlich ernst zu nehmendes Legitimationsproblem für das Wahlsystem und seine Integrationsleistung, wenn eine Partei, die nur in einem Land antritt und in diesem Land fast alle Wahlkreise gewinnt, mangels einer Grundmandatsklausel oder einer vergleichbaren Regelung nicht in den Bundestag einzieht. Warum soll das aber für eine Verhältniswahl auf Bundesebene gelten? [Uwe Volkmann](#) hat ebenfalls in diesem Blog eingeräumt, dass es schwer sei, einen konkreten Verfassungssatz zu benennen, mit dem die Streichung der Grundmandatsklausel nicht vereinbar sei. Er hat aber auf das weithin empfundene Störgefühl hingewiesen, dass sich aus der nicht hinreichenden Repräsentanz einer Partei im Parlament nähre. Auch [Maximilian Steinbeis](#) hat beachtliche verfassungspolitische Bedenken, aber keine Gründe für eine Verfassungswidrigkeit der Abschaffung der Grundmandatsklausel formuliert. Demgegenüber hat [Christoph Schönberger](#) im Verfassungsblog zu Recht von einem Nachruf ohne Tränen gesprochen, weil die Kritiker keinerlei auch nur von Ferne verfassungsrechtliches Argument gegen die Streichung der Klausel vorbringen könnten. Dem ist zuzustimmen.

Das Wahlrecht muss nicht auf die Strategien der politischen Parteien Rücksicht nehmen, sondern die Parteien müssen ihren Erfolg im geltenden Wahlrecht su-

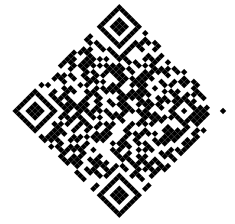
chen. Angesichts ihrer starken Stellung in Bayern konnte die CSU in den vergangenen Jahrzehnten als Regionalpartei auf der bundespolitischen Bühne agieren. Das ist keine Selbstverständlichkeit, sondern Ergebnis der Wählerentscheidung, eine Regionalpartei in einem Land so stark zu machen, dass sie als Akteur in der Bundespolitik die Interessen des Landes durchsetzen kann. Das ist der CSU bei der Lenkung von Ressourcen des Bundes nach Bayern seit langem gelungen. Solange die bayerischen Wähler dieses Vorgehen genügend stützen, kann die CSU ihre bundespolitische Rolle weiterspielen. Wenn aber ihr Rückhalt in Bayern dafür nicht mehr ausreicht, muss sie ihre Strategie ändern und sich mit der CDU zusammenschließen. Die Tradition der Fraktionsgemeinschaft im Bundestag spricht seit langem dafür. Der Gesetzgeber ist jedenfalls nicht verpflichtet, für die Perpetuierung der Machtstellung der Regionalpartei CSU in der Bundespolitik zu sorgen. Die Unionsparteien haben selbst noch am 24. Januar 2023 beantragt, die Grundmandatsklausel von drei auf fünf errungene Sitze zu erhöhen. Dieser

offensichtliche Versuch, die Privilegierung der CSU zu sichern und zugleich für einen Abschied der Linken aus dem Bundestag zu sorgen, zeigt eine machtpolitische Motivation. Eine Verschleierung machtpolitische Interessen mit Argumenten demokratischer Repräsentation überzeugt nicht. Ein Störgefühl hätte die Beibehaltung der Grundmandatsklausel im neuen System der Verhältniswahl hervorgerufen. Warum sollte in einer Verhältniswahl auf Bundesebene bei einem gleichen Wahlergebnis von 4,9 % eine Partei, die drei Wahlkreise gewonnen hat, in Fraktionsstärke im Bundestag vertreten sein, während eine andere Partei mit der gleichen Zahl von Stimmen, aber weniger als drei Direktmandaten keine Abgeordnete nach Berlin entsenden? Der darin liegende Verstoß gegen die Gleichheit der Verhältniswahl ist kaum zu übersehen. Wir können deshalb mit Spannung auf die verfassungsrechtliche Begründung der angekündigten Klage der CSU warten.

Dominik Rennert

# Ein ernsthafter Fehler

doi: 10.17176/20230317-185251-0



Am 24. Januar 2023 haben die Ampelparteien eine neue Wahlrechtsreform vorgelegt, die vorsieht, Überhangmandate abzuschaffen. Stattdessen sollen künftig über die sog. Zweitstimmendeckung die über die Verhältniswahl gewonnenen Stimmen vermittlels der Wahlkreise aufgefüllt werden. Das soll den jüngst stetig gewachsenen Bundestag verkleinern und auch künftig klein halten. Nach der ersten Lesung des Entwurfs haben die Koalitionsparteien den Entwurf jetzt um eine weitere Änderung ergänzt, die mit diesem Ziel nicht im Zusammenhang steht.<sup>1</sup> Nach dem bisherigen Bundeswahlrecht sieht die sog. Grundmandatsklausel eine Ausnahme von der 5 %-Hürde vor. Danach ziehen bisher auch Parteien, die an der 5 %-Hürde scheitern, mit ihren prozentualen Stimmanteilen in den Bundestag ein, wenn sie drei Direktmandate gewinnen. Über die Regelung ist bei der letzten Bundestagswahl Die Linke, die zwar nur 4,9 %, aber in den neuen Bundesländern drei Direktmandate hatte, in das Parlament eingezogen. Die CSU, die, weil sie nur in Bayern antritt, bundesweit 5,2 %, in Bayern aber 44 der 45 Direktmandate in Bayern gewonnen hatte, war knapp nicht auf sie angewiesen. Diese Grundmandatsklausel möchten die Ampelparteien jetzt streichen. Das ist nicht nur ein verfassungspolitischer Fehler ersten Rangs (1). Es trifft auch auf robuste verfassungsrechtliche Einwände (2).

## Verfassungspolitischer Fehler

Dieser Schritt begeht einen ernsthaften verfassungspolitischen Fehler. Wahlrechtsreformen sind auf besondere Weise auf die Fähigkeit der Parteien angewiesen, vom eigenen politischen Vorteil zu abstrahieren und staatspolitisch ein für alle Parteien gleichermaßen faires System zu entwickeln. Nur so schützen sie die Integrität des demokratischen Prozesses. Aus diesem Grund zählt der Allparteienskonsens zurecht als ideales Verfahren solcher Re-

formen. Konsensverfahren scheitern freilich dann, wenn eine Oppositionspartei die Gelegenheit ausschlägt, ihrerseits vom eigenen, schwer zu rechtfertigenden politischen Vorteil auf das Funktionieren des Gesamtsystems zu abstrahieren. Aber selbst in diesem Fall müssen die Mehrheitsparteien demokratietheoretisch das Funktionieren des Gesamtsystems im Blick behalten und dürfen nicht ihrerseits auf den nackten Vorteil schauen. Die Streichung der Grundmandatsklausel erscheint aber exakt so: Würde die CSU bei der nächsten Bundestagswahl „nur“ auf 4,9 % kommen, aber (was rechnerisch möglich ist), in Bayern wieder 44 von 45 Wahlkreisen gewinnen, zöge sie nach dem neuen Entwurf überhaupt nicht in den Bundestag ein. So erweckt die jüngste Änderung den ungunen Anschein einer Vorteilssuche politischer Mehrheiten vermittlels des Wahlrechts, die [in den Vereinigten Staaten](#) zurecht seit langem beklagt wird. Wie es in der [Sachverständigenanhörung](#) zum früheren Entwurf gesagt wurde: „Die Grundmandatsklausel beizubehalten, ist für die Glaubwürdigkeit des Entwurfs [...] unabdingbar.“

## Verfassungsrechtliches Problem

Nun übersetzt sich nicht jedes verfassungspolitische in ein verfassungsrechtliches Argument. Es kann gut sein, dass eine Reform verfassungspolitisch falsch, verfassungsrechtlich aber zulässig ist. Und überblickt man die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundmandatsklausel, scheint tatsächlich wenig gegen ihre Abschaffung zu sprechen. Weil die Klausel als Rückausnahme von der 5 %-Klausel kaum zur Geltung kam, hatte sich das Bundesverfassungsgericht lange nur beiläufig zu ihr geäußert.<sup>2</sup> Erst 1994, als die PDS wegen ihrer vier Direktmandate in Berlin über sie in den Bundestag einzog, hat das Gericht die Klausel 1997 für verfassungsmäßig erklärt: Indem sie Parteien trotz

<sup>1</sup> Daneben haben sie die Größe des Bundestags leicht von 598 auf 630 angehoben, um die Zahl der leer ausgehenden Wahlkreise zu vermindern. Zum fehlenden Zusammenhang gleich unten 2.

<sup>2</sup> S. aber BVerfGE 6, 84.

<sup>3</sup> BVerfGE 95, 408 (421).

der 5 %-Hürde wegen ihrer „politischen Bedeutsamkeit“ dennoch berücksichtige, diene sie der „Integration des Staatsvolks“.<sup>3</sup> „Gelingt es in seltenen Ausnahmefällen einer Partei, mit ihren Kandidaten mehrere Wahlkreismandate zu erringen, ohne aber in ihrem Gesamtergebnis die Sperrklausel zu überwinden, so kann der Gesetzgeber in diesem sich bereits in Parlamentssitzen niederschlagenden Erfolg ein Indiz dafür sehen, daß diese Partei besondere Anliegen aufgegriffen hat, die eine Repräsentanz im Parlament rechtfertigen.“<sup>4</sup>

## Nicht systemwidrig

Diese bisherige Rechtsprechung spricht so auf den ersten Blick dafür, dass die Klausel verfassungsrechtlich zwar zulässig, aber nicht geboten ist. Ein weiterer Punkt kommt zudem hinzu: Mit den Wahlkreisen knüpft die Klausel vordergründig an einem Element der Mehrheitswahl an. Die derzeitige Reform bewegt sich aber noch einmal deutlicher auf eine reine Verhältniswahl zu. Darauf beruft man sich, um die Streichung der Klausel zu rechtfertigen. Im neuen Modell stelle die Grundmandatsklausel einen „Systembruch“ dar. Denn die Wahl in den Wahlkreisen diene der vorrangigen Besetzung über die Zweitstimme errungener Sitze und nicht wie bisher der Personenwahl.

Dieses Argument knüpft an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht an. Danach ist der Gesetzgeber bekanntlich frei, auf dem Spektrum zwischen reiner Verhältniswahl und reiner Mehrheitswahl selbst ein Wahlsystem zu wählen. Hat er ein System gewählt, muss er dieses aber in sich „folgerichtig“ umsetzen.<sup>5</sup> Weil die Grundmandatsklausel mit der Personenwahl an ein Mehrheitswahlelement anknüpfe, sei sie im geplanten „reinen Verhältniswahlrecht“ jetzt nicht nur

nicht gefordert, sie verstoße auch gegen das neue Grundsystem. Man müsse sie daher streichen, um die Reform verfassungsmäßig zu halten.

Dieses Argument stimmt schon für sich genommen nicht. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Grundmandatsklausel in das neue System weniger selbstverständlich einfügt.<sup>6</sup> Sie markiert aber keinen solchen Systembruch mit einem reinen Verhältniswahlssystem, dass sie die Reform verfassungswidrig werden ließe. Genau genommen dient sie nämlich nicht der Personenwahl,<sup>7</sup> sondern sichert gegenüber der 5 %-Klausel den Parteien den Einzug ins Parlament, die (im Vokabular des BVerfG von 1994) eine – in aller Regel regionale – „politische Bedeutsamkeit“ besitzen, die sich dadurch zeigt, dass sie einzelne Wahlkreise gewonnen haben.<sup>8</sup> Indem er die Wahlkreise auch im neuen System – wenn auch in abgeschwächter Relevanz – weiterführt, macht der Reformgesetzgeber selbst deutlich, dass ihm diese regionale Komponente wichtig bleibt. Die Ungleichbehandlung gegenüber Parteien, die ebenfalls an der Sperrklausel gescheitert sind, aber keine drei Wahlkreise gewonnen haben, hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit zwar mit der Verbindung zwischen Verhältnis- und Personenwahl begründet.<sup>9</sup> Aber auch die abgeschwächten Wahlkreise können im neuen Modell diese Differenzierung tragen.

## Quantität schlägt in Qualität um

Die Grundmandatsklausel ist so auch im neuen System gut zu rechtfertigen. Aber ist sie umgekehrt geboten? Diese Frage hat sich bisher nicht gestellt, weswegen sich das Bundesverfassungsgericht zu ihr noch nicht hat äußern müssen.<sup>10</sup> Zwei Dinge sind für die Antwort zu beachten. Erstens will der Reformgesetzgeber zwar bei der

<sup>4</sup>BVerfGE 95, 408 (422 f.).

<sup>5</sup>BVerfGE 1, 208 (246); 131, 316 (334 f. Rn. 54).

<sup>6</sup>Zum Zusammenhang der Klausel mit dem alten System schon BVerfGE 6, 84.

<sup>7</sup>Dafür hätte es sie im alten System auch gar nicht gebraucht: Die Personen zogen ja so oder so über das Direktmandat in den Bundestag ein.

<sup>8</sup>Wie hier v. Achenbach/Meinel/Möllers, Ausschuss-Drs. 20(4)171 H, S. 7. Dabei ist tatsächlich irrelevant, ob die Klausel historisch nicht eindeutig diese Funktion haben sollte (wobei die DP, die bis 1994 am meisten von ihr profitierte, eine protestantisch-bürgerliche, regional in Niedersachsen verwurzelte Partei war). Was zählt ist, dass sie seit mindestens 40 Jahren diese Funktion erfüllt.

<sup>9</sup>BVerfGE 6, 84.

<sup>10</sup>S. allerdings gleich bei Fn. 14.

<sup>11</sup>Streng genommen war das schon der Fall, seitdem die Wahlrechtsreform 2013 die Ausgleichsmandate eingeführt hat. Die vollständigen Streichung der Überhangmandate würde diesen Schnitt aber noch einmal deutlicher ziehen, s. Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106 ff.).

Stimmzuteilung jetzt eindeutig<sup>11</sup> auf eine reine Verhältniswahl umstellen. Im „nachgelagerten“ Modus der Kandidatenwahl hält er aber an den Wahlkreisen fest und lässt auch die Listen weiterhin in den Ländern aufstellen. Er entscheidet sich so mit guten Gründen dafür, die Vorteile dieser Regelungen zu erhalten. Diese Vorteile sind, wie erwähnt, neben einer vergleichsweisen Personalisierung der Kandidatenauswahl vor allem ihre Regionalisierung.<sup>12</sup>

Dieses Nebenziel der Reform trifft sich zweitens in einem wichtigen Punkt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur 5 %-Klausel. Von Anfang an hat das Gericht die Klausel deswegen als gerechtfertigt angesehen, weil sie nur auf „Splitterparteien“ ziele. Sie dürfe aber nicht dem Ziel der Verhältniswahl entgegenlaufen, alle (in einer Formulierung von Hermann Heller) „bedeutsamen politischen Parteien“ ins Parlament gelangen zu lassen.<sup>13</sup> In seinem ersten Urteil hierzu hatte das Gericht die 7,5 %-Klausel in Schleswig-Holstein aus diesem Grund gekippt: Der Südschleswigsche Wählerverband war an ihr gescheitert, obwohl er im Schleswiger Landesteil über 20 % erhalten hatte.<sup>14</sup> So hat das Gericht nicht nur früh festgestellt, dass die Verhältniswahl selbst das Ziel hat, alle, auch regional, „politisch bedeutsamen“ Gruppen abzubilden; es hat auch im Konflikt zwischen diesem Ziel und einer Sperrklausel jedenfalls für gewichtige Fälle eine Lösung vorgezeigt. In seinem Urteil von 1997 hat das Gericht den Gewinn von drei Wahlkreisen, wie erwähnt, als ausreichendes Indiz für eine solche „politische Bedeutsamkeit“ akzeptiert und die

Grundmandatsklausel deswegen als gerechtfertigt angesehen.<sup>15</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die eigentliche verfassungsrechtliche Frage: Ab welchem Punkt wird dieses gemeinsame Ziel von Verhältniswahl und Regionalisierung, alle (auch regional) politisch bedeutsamen Richtungen ins Parlament zu bringen, durch die jetzt ausnahmslose 5 %-Klausel systemwidrig konterkariert?<sup>16</sup> Jedenfalls ab dem Punkt, an dem eine nur in einem Land antretende Partei ihre politische Bedeutsamkeit in dem Grad beweist, dass sie in diesem Land fast alle Wahlkreise gewinnt,<sup>17</sup> dann aber mangels Grundmandatsklausel (oder eines ähnlichen Mechanismus) nicht in den Bundestag einzieht, d.h. nach der neuen Regelung nicht nur praktisch alle Wahlkreisgewinner dieses Lands nicht in den Bundestag gelangen, sondern noch dazu ein gesamtes Land wahlrechtlich überhaupt nicht mehr proportional getreu abgebildet wird, erreicht ein Wahlrecht den Grad der Systemwidrigkeit und muss ihn erreichen. Spätestens in einem solchen extremen Fall schlägt, kurz gesagt, die Quantität in Qualität, in ein verfassungsrechtlich ernstzunehmendes Legitimationsproblem für das Wahlsystem und seine Integrationsleistung, um.<sup>18</sup> Das bedeutet nicht, dass ausgerechnet die Grundmandatsklausel in ihrer bisherigen Gestalt verfassungsrechtlich geboten ist. Aber ohne einen Mechanismus, der als notwendiges Bindeglied zwischen regional sensibler Verhältniswahl und Sperrklausel vermittelt, bleibt die Reform in ihrer derzeitigen Gestalt verfassungsrechtlich deutlich angreifbarer als zuvor.<sup>19</sup>

<sup>12</sup>Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106 f.).

<sup>13</sup>BVerfGE 1, 208 (254, auch 258 f.). S. auch BVerfGE 4, 31 (40 f.); 6, 84 (96 f.).

<sup>14</sup>BVerfGE 1, 208 (254).

<sup>15</sup>BVerfGE 95, 408 (423).

<sup>16</sup>Die Spiegelseite dieser Frage lautet: Ab welchem Zeitpunkt verliert die Sperrklausel punktuell ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung?

<sup>17</sup>Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die Wahlkreise potentiell mit niedrigeren Stimmenanteilen gewonnen worden wären. Das kann so sein und tritt tatsächlich mit der Zersplitterung des Parteiensystems häufiger auf. Unter anderem ist diese Entwicklung eines der besten Argumente, näher an ein reines Verhältniswahlsystem heranzurücken. Es ist aber erstens nicht zwingend so: Tatsächlich hat die CSU bei der **letzten Wahl** 36,9 % der Erststimmen gewonnen; die nächstbeste Partei, die SPD, lag bei 17,4 %. Zweitens und wichtiger ist es verfassungsrechtlich irrelevant: Es ergibt sich (anders als bei der Zweitstimmendeckung) jedenfalls die Möglichkeit, dass auch Wahlkreise mit absoluten Mehrheiten betroffen sein können.

<sup>18</sup>Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass mehr als fünfzehn unausgeglichene Überhangmandate verfassungswidrig würden, ist das prominenteste Beispiel eines solchen Kipppunkts, in dem Quantität in Qualität umschlägt, BVerfGE 131, 316 (369 f., Rn. 144).

<sup>19</sup>Dem lässt sich auch nicht der Hinweis entgegenhalten, dass CDU und CSU eine gemeinsame Liste bilden oder sogar ganz zusammengehen könnten. Da die CDU in Bayern nicht antritt, kann die Landesliste nicht gemeinsam aufgestellt werden. Und vor Art. 21 I GG wäre es ein ernsthaftes Problem, zwei Parteien über das Wahlrecht zusammen zu zwingen, die (mit ihren Vorgängern) seit 1918 getrennt auftreten.

Starke verfassungspolitische Intuitionen müssen sich, wie erwähnt, nicht notwendig in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen. In einem derart sensiblen

Bereich wie einer mit nur einfacher Mehrheit getragenen Wahlrechtsreform sollten sie es funktional aber, und hier tun sie es.



Bernd Grzeszick

# Zur fortbestehenden Bedeutung der Wahl im Wahlkreis



doi: 10.17176/20230316-065111-0

Der Bundestag wird nach aller Voraussicht in dieser Woche über den Gesetzesentwurf der Fraktionen der Ampelkoalition zur Wahlrechtsreform beschließen. Über die Einzelheiten des Entwurfs ist bereits hinlänglich berichtet worden.

Das Element der Verhältniswahl wird deutlich gestärkt: Bewerber können nur dann ein Mandat erhalten, wenn dieses durch Listenstimmen gedeckt ist.

Das Element der Personalwahl wird dagegen in seiner Bedeutung grundsätzlich reduziert zu einem Verteilungsmodus der nach Listenwahl bestimmten Sitzzahl: Für die Vergabe der auf die Landeslisten entfallenden Sitze werden vorrangig diejenigen Bewerber berücksichtigt, die in einer Wahl nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen ermittelt werden. Dabei werden diese Bewerber je Land nach ihrem Wahlkreisstimmenanteil gereiht. Dies hat zur Folge, dass Bewerber, die zwar die Wahlkreiswahl gewonnen haben, für die aber wegen ihrer kleinen Mehrheit im Wahlkreis kein Listensitz mehr zur Verfügung steht, kein Mandat erhalten; der Wahlkreis bleibt aus Sicht der Wahlkreiswahl unbesetzt.

Abgerundet wird der Entwurf durch eine Regelung zu unabhängigen Kandidaten. Für Bewerber, die nicht von einer Partei vorgeschlagen und daher auch auf keiner Liste aufgeführt werden, wird die Möglichkeit eröffnet, in einem Wahlkreis zu kandidieren und als Wahlkreissieger den Sitz allein aufgrund der Wahlkreiswahl zu erhalten.

Nicht mehr Teil der Reform ist dagegen der Vorschlag, das Verweisen von Wahlkreisen dadurch zu vermeiden, dass die Wähler mit einer dritten Stimme ersatzweise Wahlkreisandidaten wählen können, die aber anderen Listen bzw. Parteien angehören mussten als die eigentlich gewollten Wahlkreisandidaten. Dieser Ansatz wurde fallen gelassen, wohl auch wegen der damit verbundenen evidenten verfassungsrechtlichen Probleme.

Zu vermerken ist schließlich noch ein weiterer Wegfall: Anfang der Woche wurde bekannt, dass auch die Grundmandatsklausel nicht mehr enthalten sein soll; dazu unten mehr.

## Abschied von der Personenwahl?

Das Vorhaben der Ampel wurde [hier](#) und [hier](#) von *Michl/Mittrop* als Abschied von der Personenwahl gedeutet. Im Wahlkreis würden nun keine Mandate mehr gewonnen, sondern nur Chancen auf Mandate, über deren definitive Zuteilung allein die Listenwahl entscheide. Die Wahl im Wahlkreis sei keine mandatsverschaffende Wahl im engeren Sinne, sondern nur noch eine Vorauswahl in der Konkurrenz der Mandate. Daher sei es zulässig, Wahlkreissiegern kein Mandat zuzuteilen. Dem stehe auch die Wahlgleichheit nicht entgegen, da jeder Wahlkreissieger die rechtlich gleiche Chance auf ein Mandat habe, deren Verwirklichung allein vom Proporz der Listenstimmen abhängt.

## Wahlkreiswahl weiterhin wahlrechtlich relevant und nicht bloßes Narrativ

Eben dies trifft aber nicht zu. Die Wahlkreiswahl als reine Vorauswahl und als ein bloßes wahlrechtliches Narrativ zu deuten, überzeugt nicht. Die Wahl im Wahlkreis ist weiterhin wahlrechtlich relevant und daher an der Gleichheit der Wahl zu messen ist.

Trotz des erkennbaren Bemühens, im Gesetzesentwurf durch begriffliche und regelungssystematische Betonungen das Element der Verhältniswahl zu stärken, behält das personalwahlrechtliche Element der Wahl im Wahlkreis eine rechtliche Bedeutung, die erheblich ist. Parteibewerber sind in den Wahlkreisen nur gewählt, wenn sie eine relative Mehrheit der Wahlkreisstimmen erzielen und nach dem Proporz zum Zuge kommen. Beide Bedingungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit ein in einem Wahlkreis antretender Parteibewerber in den Bundestag einzieht.

Daraus folgt zum einen, dass es nun nicht mehr genügt, dass ein Parteibewerber im Wahlkreis gewinnt, sondern der Bewerber zudem stets eine Deckung durch Listenstimmen haben muss. Zum anderen folgt daraus aus umgekehrter Perspektive zugleich, dass ein in einem

Wahlkreis antretender Parteibewerber neben der Zweitstimmendeckung eben auch die Wahlkreiswahl gewinnen muss, um sicher in den Bundestag einzuziehen. Gelingt ihm dies nicht, kann er als Wahlkreisverlierer nur dann in den Bundestag einziehen, wenn auf die Landesliste seiner Partei mehr Sitze entfallen, als es Wahlkreissieger gibt, und er zudem einen Listenplatz hat, der noch zum Zug kommt; seine Erfolgchance ist also durch die Ausgestaltung des Wahlrechts deutlich reduziert.

Dieser – ganz erhebliche – Unterschied zwischen den Chancen der Wahlkreissieger und der Wahlkreisverlierer ist rechtlich bedingt, weshalb die Wahl im Wahlkreis weiterhin eine erhebliche rechtliche Bedeutung hat und kein bloßes Narrativ ist.

### **Gleichheit der Wahl aus Sicht der Mehrheitswahl im Wahlkreis**

Die im Vergleich zum geltenden Bundestagswahlrecht zwar reduzierte, aber weiter fortbestehende rechtliche Bedeutung der Wahlkreiswahl ist aus der Perspektive der wahlrechtlichen Gleichheit zu bewerten.

Die entsprechenden Einzelheiten habe ich bereits an anderer Stelle umfänglich ausgeführt (NVwZ 2023, 286 ff.), weshalb der Argumentationsgang hier nur in seinen wesentlichen Teilen skizziert sei. Da die Wahl im Wahlkreis weiterhin ein eigenständiges rechtliches Element ist, ist die Nichtzuteilung des Mandats an den Wahlkreissieger in Überhangsituationen eine rechtliche Differenzierung aus Gründen, die nicht bzw. nicht nur aus der Wahlkreiswahl folgen, sondern auch aus Aspekten der Verhältniswahl, und damit eine relevante Ungleichbehandlung. Die Nichtzuteilung bzw. Kappung durchbricht die Wahl nach Mehrheit im Wahlkreis und bedarf deshalb der Rechtfertigung durch einen zwingenden Grund. Der im Entwurf angegebene Grund der Reduktion der Bundestagsgröße genügt dazu aber nicht, den der Bundestag funktioniert erkennbar auch mit 736 Abgeordneten.

### **Die Alternative: Gleichheit der Wahl aus Sicht der Verhältniswahl nach Landeslisten**

Die vorstehend dargelegte Ansicht, dass die Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis weiterhin eine eigene Bedeutung hat, ist allerdings nicht unbestritten. Es wird geltend gemacht, dass der Gesetzesentwurf eine Systemscheidung für ein umfassendes Verhältniswahlrecht enthalte

und die Wahl im Wahlkreis nur unselbständiger Teil einer Verhältniswahl sei.

Dass mich dies nicht überzeugt, habe ich oben bereits dargelegt. Dennoch ist es aufschlussreich, sich auf die Gegenansicht einzulassen. Denn daraus folgt noch nicht, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelungen der Sitzzuteilung verfassungsgemäß sind. Die Gleichheit der Wahl ist vielmehr weiterhin relevant, nun aber mit dem für Verhältniswahlen einschlägigen Maßstab, also der Erfolgswertgleichheit in Abhängigkeit von Erfolg bei Listenwahl. Dies ist nun die maßgebliche gleichheitsrechtliche Anforderung an den Gesetzesentwurf, nicht mehr die Gleichheit der Mehrheitswahl im Wahlkreis.

Diese Umkehrung der Perspektive hat erhebliche Folgen. Denn mit der Annahme eines Systemwechsels zu einer umfassenden Verhältniswahl verändert sich die gleichheitsrechtliche Bewertung der „verbundenen Mehrheitsregel“ des Gesetzesentwurfs. Unter Druck gerät nun die Mehrheitswahl im Wahlkreis, da sie die aus der landesweiten Listenwahl folgende Sitzzuteilung verändert. Aus Sicht der Verhältniswahl nach Landeslisten führt die Mehrheitswahl im Wahlkreis zur Durchbrechung der landesweiten Verhältniswahl, die einer Rechtfertigung durch zwingende Gründe bedarf; daran fehlt es aber, wie oben bereits ausgeführt.

Dem kann auch nicht entgegnet werden, dass die Einflüsse der Wahlkreiswahl auf die Verteilung der Listensitze gleichheitsrechtlich irrelevant seien, weil maßgeblich sei, wie die Entscheidung über die Sitzverteilung auf der Basis eines Abstimmungsergebnisses einfachgesetzlich konkret organisiert ist. Würde die jeweilige konkrete Ausgestaltung der wahlgesetzlichen Regelungen als relevanter Maßstab für die Gleichheit der Wahl zugrunde gelegt, erzeugte der Gesetzgeber stets seinen eigenen Maßstab und entfele damit grundsätzlich die Möglichkeit einer begrenzenden Wirkung der Gleichheit der Wahl auf Verbindungen zwischen Mehrheits- und Verhältniswahl. Dies entwertete die Gleichheit der Wahl und stünde im Gegensatz zur einschlägigen Rspr. der BVerfG, wonach auch Wahlsysteme, die eine Verbindungen einer Mehrheitswahl von Personen mit einer Verhältniswahl nach Listen vorsehen, einer Kontrolle u.a. am Maßstab der Gleichheit der Wahl unterliegen.

### **Zur Abschaffung der Grundmandatsklausel**

Die Vorgaben der Gleichheit der Wahl sind auch für den Umfang mit der Grundmandatsklausel relevant. Dass ei-



ne Wahlrechtsreform, die das Element der Verhältniswahl nach Landeslisten stärkt und die Bedeutung der Wahlkreise zurücknimmt, die in der Grundmandatsklausel liegende Differenzierung aufgrund des Erfolges einer Partei in einigen Wahlkreisen in Frage stellt, ist offensichtlich und wurde u.a. im Jahr 2022 in der Kommission des Bundestages zur Reform des Wahlrechts bereits deutlich und mehrfach sowie aktuell auch von [Michl/Mittrop](#) thematisiert.

Aus Sicht der Position, die dem Ampel-Vorschlag kritisch gegenübersteht und die Mehrheitswahl im Wahlkreis stützen möchte, ist die nun vorgeschlagene vollständige Streichung der Grundmandatsklausel ein weiterer Beleg dafür, dass der von der Ampel eingeschlagene Weg in die falsche Richtung führt. Dass durch die Streichung der Grundmandatsklausel der Verbleib von gleich zwei Parteien im Bundestag – Die Linke und CSU – in Frage gestellt wird, verdeutlicht die problematische Grundanlage der Reform.

Daraus ein Eigentor der Unionsparteien konstruieren zu wollen und dazu u.a. auch auf eine Sachverständigenstellungnahme in einer Anhörung des Innenausschusses durch collagenhaft-partielle Bezugnahme hinzuweisen, wie dies [hier](#) jüngst *Uwe Volkmann* unternommen hat, dürfte dagegen ein untauglicher Versuch sein, durch narrative Konstruktion Verantwortung zu verschieben: Wenn in Kommissionsberatungen und Anhö-

rungen zu einem Gesetzesvorhaben Sachverständige sich zum Kern eines Vorhabens (verbundene Mehrheitsregel) verfassungsrechtlich kritisch äußern und zudem mehrfach darauf hinweisen, dass das Vorhaben aus rechtlichen Gründen eine weitere Änderung erforderlich machen könnte (Aufhebung der Grundmandatsklausel), die Fraktionen aber dennoch am Kern des Vorhabens festhalten und dafür auch die Änderung in Kauf nehmen, haben diese Fraktionen gehandelt und steht ihnen das „Tor“ zu.

### 630 als Chance

Dass die Folge der möglichen Ausgrenzung von zwei Parteien aus dem nächsten Bundestag insbesondere dann, wenn man zuvor die Reform noch als erhebliche politische Leistung gepriesen hat, nun – wie Uwe Volkmann hier (verfassungsblog) – nicht nur als kein schöner Zug, sondern vielleicht als nicht einmal ein besonders kluger angesehen wird, sollte die Akteure allerdings noch einmal zur kritischen Reflexion ihres Vorhabens bewegen. Das Schlagwort des zu großen Bundestages hat die Reform offenbar in die falsche Richtung getrieben. Die zuletzt genannte Zahl von 630 Abgeordneten ist hier möglicherweise eine Chance: Die Lösung von der Fixierung auf 598 Abgeordnete sollte dazu genutzt werden, anderen Reformoptionen oder zumindest Änderungen des Ampel-Entwurfs eine Chance zu geben.

Thorsten Kingreen

# Vom Chancentod zur Chance: Ein wahlrechtlicher Vorschlag zur Güte

doi: 10.17176/20230321-185249-0



Die ohnehin nicht gerade ruhmreiche Geschichte der Bemühungen um eine Reform des Bundestagswahlrechts ist am vergangenen Freitag um ein weiteres Kapitel ergänzt worden. Dabei hat alles so gut angefangen: Nach Jahrzehnten mit planlosem Rumgekicke hat die Ampel zunächst ein Spiel aus einem Guss hingelegt, hat vorbildlich Ball (= Verhältniswahl) und Gegner (= CSU) laufen und sich von den frenetischen Fans (= Freundeskreis einfaches Wahlrecht) zu Recht feiern lassen. Das neue Verhältniswahlrecht verkleinert den Bundestag, es macht aus wahlrechtlichen Absurditäten wie Überhangmandaten und negativem Stimmgewicht Rechtsfossile, und man kann es jetzt sogar wieder wagen, im Hörsaal das Wahlrecht zu erklären, ohne ins Schleudern zu geraten. Im Stadion verleihen wir für so ein Kabinettstückchen schon einmal den Ehrentitel „Fußballgott“.

Kurz vor dem Tor hat die Ampel dann aber alles verstopft. Im Stadion nennt man so etwas dann „Chancentod“. Die Rede ist nicht von der Grundmandatsklausel, zu der [Christoph Schönberger](#) einen treffend tränenlosen Nachruf verfasst hat. Dass südbadische Linke nur deshalb in den Bundestag einziehen, weil im fernen Berlin ein Parteikollege seinen Kiez erfolgreich bespielt hat, ließ sich auch mit dem vom Bundesverfassungsgericht beschworenen „Anliegen weitgehender integrativer Repräsentanz“ (BVerfGE 95, 408/420) [kaum erklären](#). Tränenlos wäre wohl auch ein Nachruf der SPD auf die LINKEN, die man ganz gerne als politische Konkurrentin um Wähler:innen los wäre, denen soziale Gerechtigkeit noch ein politisches Anliegen ist. Entsprechend groß soll hier das Engagement für die Reform gewesen sein. Ohne es öffentlich zuzugeben, würde auch manches CDU-Mitglied keine Träne über eine verblichene bayerische Regionalpartei vergießen, die ihre grotesken Privilegien gegenüber den 15 CDU-Landesverbänden in der Vergangenheit immer wieder dazu benutzt hat, Minister (hier nicht als generisches Maskulinum) nach Berlin zu entsenden, die die Grenze des Zumutbaren streifen und die – wie beim Länderfinanzausgleich, bei der Krankenhausreform und

beim Wahlrecht – das bundesweite Gemeinwohl nur interessiert, wenn es sich mit bayerischen Interessen deckt.

Aber es geht beim Wahlrecht eben nicht darum, wer wem nicht fehlt. Mehr als bei jedem anderen Thema müssen parlamentarische Mehrheiten beim Wahlrecht auf politische Fairness achten ([hier](#) und [hier](#)) – nicht nur, weil sie Gesetzgebung in eigener Sache betreiben, sondern auch, weil sie das Betriebssystem der Demokratie bearbeiten. Das vom U.S. Supreme Court akzeptierte, derzeit aber wieder [anhängige](#) Gerrymandering in den USA ist insoweit ein mahnendes Beispiel dafür, wie man mit der Ausnutzung von kurzfristiger politischer Macht der Demokratie (und letztlich auch sich selbst) langfristig schadet. Republikaner und Demokraten praktizieren den interessengeleiteten Neuzuschnitt von Wahlkreisen mittlerweile mit einer frappierenden Selbstverständlichkeit und führen zur Rechtfertigung an, dass es die anderen ja auch so machen. Auch die Ampel wird nicht ewig regieren. Nach dem Spiel ist vor dem Spiel.

„Vor dem Spiel“ sollte hier aber nicht bedeuten: Wir warten, bis es uns die anderen mit den gleichen Mitteln heimzahlen oder das Bundesverfassungsgericht den Daumen senkt. Beides kann man nicht ausschließen. Um das zu verhindern, müsste die Diskussion aber die bisherige Engführung auf die Grundmandatsklausel verlassen. Einige Ampel-Abgeordnete wollen sie aus politischen Gründen wieder [zurück haben](#); [Christoph Schönberger](#) und [Joachim Wieland](#) halten ihren Wegfall aber nicht für verfassungswidrig und möchten damit dann gleich die ganze verfassungsrechtliche Debatte beenden. Verfassungsrechtlich geht es aber nicht um die Frage, ob die Grundmandatsklausel zwingend ist oder nicht – natürlich ist sie es nicht. Eine auf Wiedereinführung der Grundmandatsklausel gerichtete Normenkontrolle wäre schon deshalb unzulässig, weil ihr Beschwerdegegenstand nur eine existierende Norm sein kann.

Durch den Wegfall der Grundmandatsklausel rückt aber die 5%-Klausel (§ 6 Abs. 3 BWahlG) wieder in den [verfassungsrechtlichen Fokus](#). Das Bundesverfassungs-

gericht hat die „Grundmandatsklausel als Mittel des Ausgleichs zwischen Funktionsfähigkeit und Integration“ (BVerfGE 95, 408/424) verstanden und damit auch zum Ausdruck gebracht, dass sie die Härten der 5%-Klausel abmildern soll. Nach ihrer Abschaffung bedeutet aber nun ein Zweitstimmenanteil von unter 5% das ultimative Aus bei der parlamentarischen Sitzverteilung. Der Eingriff in den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) ist erheblich: Hätte es bei der vergangenen Wahl keine Grundmandatsklausel gegeben, wären gut 2,2 Millionen Stimmen für die LINKEN verfallen. Würde die CSU bei der nächsten Bundestagswahl bei sonst gleich bleibenden Verhältnissen nur minimal schlechter abschneiden als bei der vergangenen, wären weitere **gut 2 Millionen Zweitstimmen betroffen**. Bei der Bundestagswahl 2013 sind der 5%-Klausel gar 6,8 Millionen Zweitstimmen zum Opfer gefallen, das waren 15,7% aller abgegebenen Zweitstimmen (vgl. BVerfGE 146, 327 Rn. 71). Bei solchen Zahlen muss man sich über das abnehmende Interesse an Wahlen nicht beklagen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht Sperrklauseln für Bundestagswahlen unter Hinweis auf die notwendige Funktionsfähigkeit des Bundestages stets akzeptiert (seit BVerfGE 1, 208) – obwohl sich der Parlamentarische Rat gegen sie ausgesprochen und daher das erste Wahlgesetz zum Bundestag keine Sperrklausel enthalten hat (Meyer, Handbuch des Staatsrecht III, § 46 Rn. 38). Aber es hat stets Wert darauf gelegt, dass dies im „gegenwärtigen Zeitpunkt“ (BVerfGE 1, 208/256) gelte und der Grad der zulässigen Differenzierungen „nicht losgelöst von dem jeweiligen Wahlsystem und dem Aufgabenkreis der zu wählenden Volksvertretung“ bestimmt werden könne (BVerfGE 51, 222/235). Tatsächlich hat es dann nicht nur die 5%, sondern später sogar die 3%-Klausel für Wahlen zum Europäischen Parlament als verfassungswidrigen Eingriff in die Gleichheit der Wahl angesehen und in diesem Zusammenhang betont, dass die Vereinbarkeit einer Sperrklausel mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit „nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden“ und daher eine „einmal als zulässig angesehene Sperrklausel [...] nicht als für alle Zeiten verfassungsrechtlich unbedenklich eingeschätzt werden“ könne (BVerfGE 135, 259 Rn. 54f.). Auch Sperrklauseln bei Wahlen zu kommunalen Vertretungskörperschaften wurden nicht akzeptiert (BVerfGE 120, 82/109ff.); der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof ist sogar so weit gegangen, eine in der Landesverfassung festgeschriebene 2,5%-Klausel für

Wahlen zu Gemeinderäten und Kreistagen als verfassungswidrig zu verwerfen (VerfGH NRW, NVwZ 2018, 159 Rn. 93ff.).

Über die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Wahlen zum Europäischen Parlament kann man natürlich mit Fug und Recht streiten, weil man sie auch als Geringschätzung des Europäischen Parlaments verstehen kann, das eben so unwichtig ist und möglichst auch bleiben sollte, dass seine Funktionsfähigkeit kein besonderes verfassungsrechtlich legitimes Schutzziel ist, das mit einer Sperrklausel geschützt werden müsste. Die Entscheidungen zeigen aber, dass es das Bundesverfassungsgericht mit dem Anspruch ernst meint, die 5%-Klausel im jeweiligen politischen System zu kontextualisieren und die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit bei grundlegenden Veränderungen des Wahlrechts neu zu stellen. Der faktische Übergang zu einem Verhältniswahlrecht könnte als eine solche Zäsur verstanden werden. Auf der einen Seite verlieren die Wahlkreise weitgehend an Bedeutung; die Gefahr, dass aus ihnen regionale Splitterparteien in den Bundestag kommen, ist durch den Wegfall der Grundmandatsklausel gebannt. Auf der anderen Seite bewirkt ihr Wegfall neue Härten, weil eben unter 5% ausnahmslos Schluss ist, wenn man einmal von den Parteien nationaler Minderheiten absieht.

Die verfassungsrechtlich notwendige Kontextualisierung der 5%-Klausel erfolgt zudem unter der Ägide eines im Vergleich zur früheren Judikatur schärfer gestellten Kontrollmaßstabs. In seiner Entscheidung aus 1979 zur Verfassungsmäßigkeit der 5%-Klausel bei Europawahlen hat das Bundesverfassungsgericht noch Zurückhaltung walten lassen. Es müssten „besondere Umstände des Einzelfalles“ vorliegen, die ein solches Quorum unzulässig machen würden; alles andere sei die freie Entscheidung des Gesetzgebers, und das Bundesverfassungsgericht könne nur prüfen, „ob die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens überschritten worden sind“ (BVerfGE 51, 222/237f.). Dies laxer Praxis ist seit der Entscheidung zur 5%-Klausel bei Kommunalwahlen vorbei. Seither betont das Bundesverfassungsgericht, dass an Differenzierungen innerhalb der Wahlrechtsgleichheit „grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen“ sei (BVerfGE 120, 82/106); für sie bleibe „dem Gesetzgeber nur ein eng bemessener Spielraum“ (BVerfGE 135, 259 Rn. 57). Daher wollte das Bundesverfassungsgericht selbst die 3%-Klausel bei Europawahlen nur durch „die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der

Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane aufgrund bestehender oder bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierender künftiger Umstände“ (BVerfGE Band 135, 259 Rn. 59) rechtfertigen.

Diese Maßstäbe wird das Bundesverfassungsgericht auch an die im veränderten Kontext des neuen Verhältniswahlrechts stehende 5%-Klausel anlegen. Ob sie ihnen standhalten wird, lässt sich kaum verlässlich prognostizieren. Einfluss auf die Entscheidung dürfte aber der Umstand haben, dass das neue Wahlrecht ausgerechnet zwei derzeit im Bundestag vertretene Oppositionsparteien in ihrer bundespolitischen Existenz **gefährdet**. Insbesondere in den Unionsparteien kann die harte 5%-Klausel tektonische Prozesse auslösen, an deren Ende entweder eine bayerische CDU oder eine bundesweit ausgedehnte CSU stehen könnten. Es geht hier also um möglicherweise weitreichende politische Dispositionen, und dies nur gut zwei Jahre vor der nächsten Bundestagswahl. Das Bundesverfassungsgericht könnte daher eine Idee wiederbeleben, die es aus Anlass der ersten gesamtdeutschen Wahl und ihrer besonderen Umstände entwickelt hat: eine regionalisierte 5%-Klausel (BVerfGE 82, 322), die nicht auf das gesamte Wahlgebiet bezogen ist, sondern alle Parteien am Verhältnisausgleich teilnehmen lässt, die in einem Bundesland 5% der für ihre Landeslisten abgegebenen Stimmen erreichen. Diese Regelung würde dann nur für die Bundestagswahl 2025 gelten und gäbe den Parteien hinreichend Zeit, ihre Aufstellung für die übernächste Bundestagswahl zu diskutieren – oder bei passenden Machtverhältnissen das Wahlrecht wieder zu ändern.

Für die politische Kultur wäre es aber am besten, wenn es gar nicht erst zu einer Entscheidung des Bundesver-

fassungsgerichts kommen müsste. Das verhindert aber sicher nicht die Revitalisierung der Grundmandatsklausel, die ein Relikt des überkommenen Mehrheitswahlrechts ist und dadurch ihrerseits verfassungsrechtlichen Konsistenzanfragen ausgesetzt wäre. Vorzugswürdig wäre eine dosierte Absenkung der Sperrklausel. In Betracht kämen hier beispielsweise die 3,5%, die das Europäische Parlament für die nächsten Europawahlen **vorgeschlagen hat**. Das hätte den positiven Nebeneffekt, dass Europäisches Parlament und Bundestag in ihrer notwendigen Funktionsfähigkeit als gleichermaßen schutzbedürftig behandelt werden könnten. Bei Zugrundelegung der Ergebnisse der vergangenen Bundestagswahl würde eine 3,5%-Klausel noch immer verhindern, dass Parteien, die bundesweit weniger als 1,5 Millionen Stimmen erhalten haben, nicht in den Bundestag einziehen; das sind immer noch sehr viele! Zugleich würde sie den betroffenen Oppositionsparteien die Zustimmung erleichtern oder, anderenfalls, die Erfolgsaussichten ihrer angekündigten Klagen minimieren.

Es liegt im Interesse aller demokratischen Parteien, den bösen Anschein, dass ein Wahlgesetz kein demokratisches, sondern ein demoskopisches Projekt ist, zu vermeiden. Wenn die negativen Erfahrungen nicht nur der vergangenen Wochen, sondern Jahre dann noch zu der Erkenntnis führen sollten, dass das Wahlsystem nicht allein in die Hände einfacher Mehrheiten gehört und daher in Art. 38 GG in seinen Grundzügen geregelt werden sollte, wäre aus dem „Chancetod“ eine echte Chance geworden.

Frank Schorkopf

# Abschied von Adenauer oder weshalb die Wahlrechtsreform ein Verfassungsrechtsproblem ist



doi: 10.17176/20230324-185228-0

Der Bundestag hat die Grammatik der Macht umgeschrieben. Mit der Änderung des Bundeswahlrechts wollte das Parlament zur gesetzlichen Regelgröße zurückkehren und den „Grundcharakter“ der Verhältniswahl konsequent in der Praxis umsetzen (BT-Drs. 20/5370, 10). Dazu hatten die Regierungsfractionen einen rechtswissenschaftlich inspirierten Entwurf vorgelegt, der tatsächlich die Normgröße von 598 Sitzen vorsah, deren paritätische Aufteilung zwischen Wahlkreis- und Listenmandaten beibehält und politische Ergebnisneutralität verspricht. Was die Reformfähigkeit der Politik belegen und für manche Beobachter ein endgültiger Abschied von der alten Bundesrepublik sein sollte, ist spätestens mit der beschlossenen Gesetzesfassung zu einem ernststen Verfassungsrechtsproblem geworden.

Die Wahlrechtsreform ist weder Reparatur noch Korrektur, sie ist ein Systemwechsel. Die zu Recht angestrebte „Rückkehr“ zur gesetzlich normierten Regelgröße von 598 Sitzen, die in der beschlossenen Fassung nun auf 630 Sitze erhöht wurde, geht nämlich einher mit der Entscheidung exklusiv für das Repräsentationsprinzip der Verhältniswahl. Maßgeblich für die Sitzzuteilung im Parlament soll demnach allein die jeweilige Anzahl der Wählerstimmen für die Landeslisten sein, während die relative Stimmenmehrheit im Wahlkreis für die Mandatzuteilung auf die Parteien zukünftig keine Rolle mehr spielen wird.

Der Gesetzentwurf hat diese Strukturänderung benannt, indem er die bisherige Zweitstimme zur „Hauptstimme“ umtaufte – die in der beschlossenen Fassung allerdings wieder ihren alten Namen zurückerhalten hat. Mit der „Wahlkreisstimme“ – nunmehr wieder Erststimme – äußert der Wähler in Zukunft nur noch eine Personalpräferenz, weil erst nach der Stimmauszählung aller Wahlkreise entschieden sein wird, wer in den Bundestag einzieht.

Obwohl die Begründung des ursprünglichen Ge-

setzentwurfs diese Hinwendung zur Verhältniswahl offenlegt, sind weitere Formulierungen und Äußerungen geeignet, das Prinzipielle des Gesetzentwurfs zu kaschieren. So behaupten die Entwurfsverfasser, dass der „Grundcharakter“ der Verhältniswahl nunmehr konsequent umgesetzt werde. Mit anderen Worten, schon bislang werde der Deutsche Bundestag in einer Verhältniswahl gewählt. Zu diesem Eindruck trägt der zitierte Schlüsselbegriff des „Grundcharakters“ bei, der aus der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – nicht erst aus dem Urteil zu den Landessitzkontingenten von 2012 (BVerfGE 131, 316) – übernommen ist. Wenn durch diese Rahmung in der laufenden Debatte der Eindruck entstanden ist, über das Wahlsystem sei im Grunde bereits in Karlsruhe entschieden worden, dann hat man in Berlin diesen Irrtum nicht ungerne auf sich beruhen lassen.

Doch diese Insinuation trifft nicht zu. Der Wahlgesetzgeber hatte „den Proporz nach Zweitstimmen nicht zum ausschließlichen Verteilungssystem erhoben“, wie das Bundesverfassungsgericht formulierte (BVerfGE 95, 335, 356). Das bislang geltende Wahlsystem vereint bekanntlich Elemente des Mehrheits- und des Verhältniswahlrechts. Der Gesetzgeber hat sich für die Personenwahl in den Wahlkreisen entschieden, die gleichzeitig neben der Verhältniswahl in Bezug auf die Landeslisten stattfinden soll. Das Bundeswahlgesetz spricht gerade nicht von der „personalisierten Verhältniswahl“, der Formel, die sich im allgemeinen Sprachgebrauch, aber auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion findet. Es spricht bislang von „einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BWahlG). Ein Mischsystem ist entstanden, wofür die Bundesrepublik auch im europäischen Vergleich exemplarisch steht. Aus der Notwendigkeit, die beiden Teilwahlsysteme für die Sitzverteilung miteinander zu verbinden, die zu einem politisch stabilen, an lokale Wählerschaft rückge-



bundenen Parlament als Grundlage eines parlamentarischen Regierungssystems führen soll, folgen wahlrechtliche Kompromisse. Ein Beispiel sind die Überhangmandate, deren vom Bundesverfassungsgericht angeordneter Ausgleich maßgeblich das Größenwachstum des Bundestages herbeigeführt hat.

In diesem seit Jahrzehnten praktizierten und den Wählern vertrauten Wahlsystem wird mit der Erststimme ein Wahlkreisbewerber in den Bundestag „gewählt“, der die Mehrheit erhält. Nun wird sich bereits mit Blick auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht sagen lassen, dass dieses Mischsystem verfassungsrechtlich geboten ist. Immer wieder hat der Zweite Senat demonstrativ betont, dass die Einführung eines Grabenwahlsystems oder sogar einer Mehrheitswahl verfassungskonform möglich wäre – diese weitreichenden Gestaltungsvollmachten sind allerdings in Karlsruhe bislang nicht auf ihre Tragfähigkeit getestet worden.

Hingegen ist es ein verfassungsrechtliches Gebot, dass das Wahlrecht normenklar und verständlich ist und, so wird sich hinzufügen lassen, dass es das Vertrauen der Bürger nicht frustriert. Ist ein Wechsel des Wahlsystems, der selten ist und nun erstmals seit 1956 für die Bundesrepublik erfolgen wird, nicht ein Ereignis, das die Abkehr vom Vertrauten ausdrücklich und unmissverständlich markieren sollte? Das „Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes“ erfüllt diesen Test jedenfalls in der beschlossenen, modifizierten Fassung nicht.

Die begriffliche Kontinuität des Bundeswahlgesetzes und die Erhöhung der Regelgröße des Bundestages auf nunmehr 630 Sitze legen die Vermutung nahe, dass alles wie bisher ist – nur besser. Die Terminologie von „Erst- und Zweitstimme“ ist „über lange Zeit in der Bundesrepublik praktiziert“ – der latente Wählerirrtum über die Hierarchisierung der Stimmen wird weiterhin durch einen aufklärenden Hinweis direkt auf dem Stimmzettel adressiert werden. Mit der Aufgabe der bisherigen Regelgröße von 598 Sitzen und der erhöhten Zahl von Listenmandaten soll die Nichtzuteilung von Wahlkreismandaten lediglich unwahrscheinlicher werden.

Das ändert an der juristischen Konstruktion des neuen Wahlsystems jedoch nichts. Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Wahlrecht das Wahlkreismandat nicht nur aus praktischen Gründen, also um eine gesetzliche Regelgröße strikt einzuhalten, umcodiert. In Zukunft wird mit der

Erststimme auch deshalb kein Wahlkreisbewerber zwingend direkt in den Bundestag gewählt, weil der Mandatstypus „Direktmandat“ – entgegen der Diktion im Entwurf, die das Gegenteil behauptet – abgewertet werden soll. Die begleitenden Erläuterungen zum Gesetzentwurf lassen keinen Zweifel an der prinzipiellen Neubewertung dieses Mandatstypus.

Zum einen wird auf ein vermeintliches Legitimationsproblem hingewiesen, dass Wahlkreismandate mit „nur“ relativer Mehrheit gewonnen werden können. Dabei übersieht man, dass das Mehrheitsprinzip nicht auf eine absolute Stimmenmehrzahl geeicht ist. Auch Listenmandate sind nicht mit absoluten Mehrheiten unterlegt, geschweige denn Koalitionsregierungen. Deren Mehrheit beruht auf einer Sitzmehrheit im Parlament, denen auch nur eine relative Mehrheit der Gesamtstimmen zugrunde liegen kann. Zum anderen wird der Nimbus des direkt gewählten Abgeordneten dekonstruiert, der in Wirklichkeit weder per se rebellisch sei noch besonders unabhängig auftrete. Im Gegenteil, ein Verhältniswahlrecht mit Parteilisten passe auch deshalb besser in die Zeit, wie einer der Gesetzesarchitekten zuletzt betonte, weil unter den aktuellen politischen und medialen Bedingungen ein „Mehrheitswahlrecht mit Wahlkreisen toxisch“ sein könne.

Das klingt nicht nach Rückkehr und Konsequenz, sondern nach einer – durchaus legitim angestrebten – Neuausrichtung des Wahlsystems aufgrund einer politischen Gesamtdiagnose. Der modifizierte Gesetzesbeschluss simuliert den Wahlberechtigten gleichwohl Kontinuität, wo sie Neues erwartet.

Mit der Erststimme wird in Zukunft nicht mehr im verfassungsrechtlichen Sinn „gewählt“, sondern eine Personalpräferenz geäußert. Das Listenmandat, nunmehr durch 31 zusätzliche Sitze auch quantitativ hervorgehoben, wird zum alleinigen Mandatstypus erklärt. Alle diese – und weitere – Änderungen treffen auf eine seit Jahrzehnten eingeübte und vertraute Demokratieerfahrung, ohne dass die anstehende Zäsur leicht erkennbar ist. Ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der Normenklarheit und Verständlichkeit des Wahlrechts durch genügenden Abstand zwischen dem bisherigen und dem neuen Wahlsystem unter diesen Umständen wirklich gewahrt?

Noch ein zweiter Gedanke sollte für die verfassungsrechtliche Würdigung des neuen Wahlsystems einbezogen werden. Der Bundestag hat in der beschlossenen Gesetzesfassung überraschend die Grundmandatsklau-

sel gestrichen. Bisher gilt: Erhalten die Landeslisten einer politischen Partei bundesweit weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen, scheitert sie an der Sperrklausel und bekommt keine Listenmandate entsprechend ihrem Zweitstimmenanteil zugeteilt – es sei denn, eine Partei erringt mindestens drei Direktmandate (§ 6 Abs. 6 Satz 1 BWahlG). Im ursprünglichen Gesetzentwurf war die Klausel beibehalten worden, um den Entwurf glaubwürdig auf das benannte Ziel – die Verkleinerung des Bundestages – auszurichten. Denn mit der Grundmandatsklausel war der Entwurf in seinen tatsächlichen Folgen im Wettbewerb der Parteien untereinander politisch neutral. Alle politischen Parteien hätten Sitze in mehr oder minder proportionalem Umfang eingebüßt, ohne ihre Präsenz im Bundestag prinzipiell zu bedrohen.

Im Gesetzgebungsverfahren hatten die von der Union benannten Sachverständigen die ursprünglich vorgesehene Beibehaltung der Grundmandatsklausel als inkonsequent kritisiert und zweifelten damit die Verfassungsmäßigkeit der Reform an – die Regierungsfractionen nahmen sie beim Wort, was befürwortende Beobachter nicht ohne Übermut registrierten. Als Konsequenz müssen die CSU und Die Linke damit rechnen, nicht mehr im Bundestag vertreten zu sein, weil die Fünf-Prozent-Sperrklausel greift. Eine Zuteilung von Direktmandaten – die Folgen des neuen Wahlsystems werden hier fassbar – unterbleibt, wenn die Landesliste nicht eine entsprechende Zweitstimmendeckung über fünf Prozent aufweist.

Nun lässt sich in der Tat kein verfassungsrechtliches Gebot für eine abstrakte Grundmandatsklausel konstruieren, die vom Bundesverfassungsgericht vielmehr zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme erklärt wurde (BVerfGE 95, 408, 420). Zugleich ist sie kein historisches Artefakt der Adenauer-Zeit, unterstreichen ihre Existenz und Anwendung doch die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Wahlkreismandat für die Repräsentation zugewiesen hat. Regionaler politischer Erfolg soll unter bestimmten Bedingungen im Parlament vertreten sein und zwar nicht begrenzt auf den erfolgreichen Wahlkreisbewerber, sondern proportional zur bundesweiten politischen Resonanz. Die Grundmandatsklausel korrigiert insoweit auch die erheblichen Folgen der Repräsentationslücken, die die Sperrklausel verursachen kann. In der Debatte ist seit dem Gesetzesbeschluss des Bundestages denn auch ein Unwohlsein selbst auf Seiten der Reformbefürworter wahrnehmbar; ein Sachverständiger distanzierte sich so-

gar von seiner Aussage, die gegen den ursprünglichen Gesetzentwurf erhobenen Einwände schlugen nicht durch – allerdings ohne sein Störgefühl an einem konkreten Verfassungssatz festmachen zu können.

Das Unwohlsein ist verständlich, denn mit der Grundmandatsklausel verliert das neue Wahlrecht auch seine politische Ergebnisneutralität. Die Regierungsfractionen müssen sich deshalb jetzt den Vorwurf gefallen lassen, mit einfacher Mehrheit parteipolitische Interessen in dem für die parlamentarische Demokratie bedeutendsten Sachgebiet zu verfolgen. Gibt es aber ein verfassungsrechtliches Argument gegen die Streichung der Grundmandatsklausel?

Auf den Gesetzesbeschluss hat die Oppositionsseite umgehend mit dem Hinweis geantwortet, bei einem Machtwechsel das Wahlrecht erneut zu ändern. Unabhängig davon, wie wahrscheinlich diese Ankündigung ist, deutet sie doch auf eine weitere Politisierung des Wahlrechts hin. Eine solche Politisierung zeichnet sich seit längerem ab. Denn über eine Reform des Bundeswahlrechts wird seit mindestens einer Dekade hinter den Kulissen kontrovers gesprochen – im Grunde waren bereits die älteren Verfahren gegen die Überhangmandate parteipolitisch motiviert. Aussagen, wie die zitierten Hinweise auf die Widerstandsfähigkeit des Wahlrechts und die Zeitgemäßheit des Verhältniswahlrechts, deuten auf einen verfassungspolitischen Dissens der beteiligten Kreise hin, was das Wahlrecht über die formale Übersetzung des Wahlergebnisses in Parlamentssitze hinaus leisten, welche Bedeutung etwa regionale politische Repräsentation haben soll.

Könnte diese Politisierung des Wahlrechts, die durch den Gesetzesbeschluss manifest wird, einen Grundsatz der Stabilität des Wahlrechts verletzen? Auf eine Wahlrechtsänderung mit einfacher Mehrheit folgt nach einem Machtwechsel die nächste Änderung wieder mit einfacher Mehrheit.

Die Venedig-Kommission des Europarats sieht in ihrem Verhaltenskodex für Wahlen in der „Stabilität des Rechts [...] ein wichtiges Element für die Glaubwürdigkeit des Wahlprozesses und selbst von wesentlicher Bedeutung für die Konsolidierung der Demokratie“ (CoE, CDL-AD (2002) 23, Ziff. 63). Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sich 2019 im Eilverfahren zum Wahlrechtsausschluss bei der Europawahl (BVerfGE 151, 152, 171) zurückhaltend und aufgeschlossen zugleich über diesen vergleichenden Seitenblick geäußert. Jener

europäische Verhaltenskodex enthält auch die Empfehlung, Entscheidungen über das Wahlrecht mit qualifizierter Mehrheit zu treffen. Es sei ratsamer, einen Konsens zu erzielen (CoE, Ziff. 80). Können wir Empfehlungen, die wir an andere Nationen selbstgewiss herantragen, ignorieren, weil diese juristisch unverbindlich sind?

Sicherlich ist (noch) verfassungsrechtliche Spekulation, ob dieses Argument vor Gericht gehört werden wird. Dass bislang jedoch kein konkreter Verfassungssatz existierte, der sich auf die Wahlrechtsänderung beziehen ließe, weil nichts geboten und vieles möglich sei, ist beinahe „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“. Es gibt durchaus Ansatzpunkte, das Verfassungsrechtsproblem der beschlossenen Wahlrechtsänderung auf einen Maßstab des Grundgesetzes zu beziehen. Eine mutige Prozessstrategie sollte das berücksichtigen.

Damit es so weit nicht kommt, wird augenscheinlich an Kompromisslösungen gearbeitet. Im Gespräch sind eine Absenkung der Sperrklausel, eine verfassungs-

rechtssichere Listenverbindung, eine Föderalisierung des Zweitstimmenerfordernisses oder eine Mindestzahl von Erstplatzierten in Wahlkreisen eines Landes, so dass bei entsprechenden regionalen Erfolgen eine Sitzzuteilung möglich wird. Ob dies ein Verfahren in Karlsruhe verhindern kann, ist offen. Vielleicht sollten die betroffenen politischen Parteien auch im Blick haben, dass der Zweite Senat eine Gelegenheit erhält, seine angestammten Obersätze – wie auch die eigenen Beiträge zur Einführung des Verhältniswahlsystems – zu überdenken und zu korrigieren. Der kürzliche Hinweis des Bundesverfassungsgerichts auf einen „Grundsatz der zeitlichen Stabilität des Wahlsystems“ in der Verhandlungsgliederung des anstehenden Normenkontrollverfahrens zur Wahlrechtsänderung von 2020 (2 BvF 1/21) ist ein konkreter Ansatzpunkt, möglicherweise auch ein Wink. Die Grammatik der Macht kann ihre Funktion nicht erfüllen, wenn sie fortlaufend umgeschrieben wird.



Edoardo D'Alfonso Masarié

# Nation ist auch im Wahlrecht kein Muss

doi: 10.17176/20230325-185142-0



Über die jüngst verabschiedete Reform des Wahlrechts für den Bundestag wurde bereits viel Tinte vergossen. Einer jahrelangen Blockade, die ganz offensichtlich auf sturem parteipolitischen Kalkül fußte, folgt nun die heiß ersehnte Bundestagsverkleinerung, jedoch auf eine Art gestaltet, nach der zwei Oppositionsparteien bei der nächsten Wahl aus dem Bundestag fliegen könnten. Mancher sagt, wer Schlechtes denkt, der sündigt, aber errät oft das Richtige. Alles in allem [kein schöner Zug](#).

Die Abschaffung der Grundmandatsklausel ließ und lässt auch in der Wissenschaft entsprechend viele Argumente hervorkommen, manche verfassungspolitische, manche verfassungsrechtliche. Ein Argument aber, das sowohl in der Bundestagsdebatte als auch in der Öffentlichkeit oft wiederholt wurde und wohl den in den novellierten Gesetzesvorschriften zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers ergibt, darf nicht unkommentiert bleiben: Das Argument, dass die nationale Dimension allein aussagekräftig für den politischen Wettbewerb sei und deswegen auch territorial konzentrierte Parteien mit nationalem Messstab zu messen seien.

Dieses Argument steht in einem Spannungsverhältnis mit der Freiheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 S. 1 und 2 GG). Diese schließt natürlich auch die Freiheit mit ein, dass Parteien ausschließlich oder überwiegend in einem oder mehreren Territorien tätig sind und nicht notwendigerweise national organisiert, auftreten oder erfolgreich sein müssen. Die These sei auf angelsächsische Weise vorweg gesagt: Obwohl die Grundmandatsklausel in der bisher geltenden Gestaltung nicht geboten ist, ist eine Form der Berücksichtigung territorialer Parteien verfassungsrechtlich unumgänglich. Dem Gesetzgeber steht wohl das *Wie*, nicht aber das *Ob* einer auch wahlrechtlichen Würdigung territorialer Parteien frei. So „sollten regional gebundene Parteien, die auch in einer gesamtdeutschen Nationalversammlung ihren gebührenden Platz beanspruchen dürfen, und nationale Minderheiten nicht ausgeschaltet werden“ (BVerfGE 1, 208/251, unter Berufung auf die Arbeiten des „Königsteiner Krei-

ses“). Und dies hat aufgrund der Chancengleichheit auch Folgen für diejenigen nationalen Parteien, die territoriale Stärke vorweisen können. Aber der Reihe nach.

## 1. Die Würdigung territorialer Parteien ist verfassungsrechtlich geboten

Parteien sind frei in ihrer Gründung (Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG) und folglich in ihrer Organisation. Die Entscheidung, wie breit das Tätigkeitsgebiet einer Partei sein soll, ist Sache der Partei selbst. So ist eine Partei bei ihrer Gründung und späterer Organisationsgestaltung unbenommen, ob sie bundeseinheitlich, also national agieren und auftreten möchte, oder nur in Teilen des Bundesgebiets. Diese Entscheidung ist vor allem eine politische, und sie kann sehr wohl mit genuin politischen Vorstellungen zusammenhängen, zum Beispiel mit der parteipolitischen Haltung zum Nationenbegriff oder zum Föderalismus. So gebietet richtigerweise § 7 PartG eine örtliche Gliederung „nach unten“ der Parteien, um deren interne Demokratie zu gewährleisten, schreibt jedoch nicht vor, wie breit sich Parteien „nach oben“ betätigen müssen. Denn Nation ist kein Muss.

Dies soll der Wahlrechtsgesetzgeber auch achten. Da die grundgesetzlich festgelegte Zielsetzung einer Partei die Mitwirkung in Parlamenten ist, muss der Wahlgesetzgeber dem tatsächlichen, frei gewählten Tätigkeitsgebiet der Parteien Rechnung tragen. Und sowohl aufgrund der „vorgefundenen Wettbewerbslage der Parteien“, die „die öffentliche Gewalt nicht ignorieren oder gar konterkarieren“ darf (BVerfGE 140, 1/24; 69, 92/109), als auch wegen der Freiheit der Parteien, die wohl national aktiv sein können, aber es keineswegs müssen. Entscheidet sich eine Partei in ihrer Gründungs- und Organisationsfreiheit für ein territorial konzentriertes Auftreten, so ist diese territoriale Dimension allein diejenige, an der Stärke und Relevanz dieser Partei gemessen werden dürfen. Oder anders formuliert: Die Relevanz einer Partei, die territorial konzentriert ist, kann wahlrechtlich nicht an ihrem Ergebnis in Landesteilen gemessen werden, in denen sie

aufgrund ihrer verfassungsrechtlich freien Organisation nicht aktiv sein will.

Der umgekehrte Fall zeigt es deutlich: Eine Partei existiert nur in einem Bundesland, für die Messung ihrer Relevanz werden jedoch auch die Ergebnisse von Landesteilen einbezogen, in denen sie in Folge ihrer freien Gründung überhaupt nicht existiert und keine Ergebnisse erzielt. Diese Partei hat dann also zwei Wege, um am politischen Wettbewerb weiter teilnehmen zu können: Entweder ihr Tätigkeitsgebiet auszuweiten oder sich mit einer anderen Partei zusammenzuschließen. Nicht zufällig waren diese beiden Wege als mehr oder weniger nett gemeinte Empfehlungen unter der Kuppel des Bundestages zu hören. Problematisch ist jedoch – und das ist entscheidend – dass beide Wege die freie Gründung und Organisation einer Partei erheblich einschränken, weil sie in die freie Wahl des Tätigkeitsgebiets oder gar in die selbständige Existenz einer oder mehrerer Parteien direkt eingreifen. Solche Eingriffe in die Parteienfreiheit bedürften einer Rechtfertigung, die es aber nicht gibt. Während der Schutz der innerparteilichen Demokratie den gesetzgeberischen Eingriff in die Organisationsfreiheit „nach unten“ rechtfertigt, ist die nationale Dimension kein Wert, der die Parteienfreiheit einzuschränken vermag.

In diesem Lichte erhält die zum Teil ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine neue Aktualität. Karlsruhe thematisierte nämlich bereits in seinem Urteil zum Südschleswigschen Wählerverband von 1952 die Pflicht des Wahlgesetzgebers, territoriale Parteien nicht mit „Splitterparteien“ zu verwechseln, denn allein „zahlenmäßig [...] ist das Wesen der Splitterparteien noch nicht erschöpft, [sodass] eine Partei, die in einem lokal abgegrenzten Wahlgebiet stark vertreten ist, repräsentationswürdiger ist als eine Partei, die ihre verstreuten Stimmen aus dem ganzen Lande zusammentragen muss“ (BVerfGE 1, 208/252). Dieser Gedanke stellt nicht bloß eine Nachwirkung „aus der vorhergehenden Epoche des Mehrheitswahlrechts“ dar, sondern ist vielmehr Folge des verfassungsrechtlich notwendigen Respekts für die Freiheit, Parteien nicht national bilden zu müssen. Dies galt zu Weimarer Zeit trotz der Festlegung auf die Verhältniswahl, die gar Verfassungsrang hatte (Art. 22 WRV), und verliert nicht an Gültigkeit, wenn der jetzige Gesetzgeber durch Abschied von der Personenwahl die Verhältniswahl als zentrales Kriterium identifiziert (§ 1 Abs. 2 S. 1 sowie § 4 Abs. 1 S. 1 BWahlG-E; Näheres schreiben Michl/Mittrop [hier](#) und [hier](#)).

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Verteilung der Sitze in Bezug auf das ganze Bundesgebiet, muss er Wege finden, um die Parteien adäquat zu berücksichtigen, die aus Ausdruck ihrer Freiheit nicht national sind. Das nicht nur, weil historisch „Parteien mit örtlichen Schwerpunkten [...] als bedeutsamer eingestuft“ wurden als homogen kleine Parteien (BVerfGE 95, 408/423), sondern auch weil die Relevanz einer Partei nur dort gemessen werden kann, wo diese in ihrer Freiheit aktiv sein will. Diese Relevanz dort zu messen, wo die Partei nicht existiert, verletzt ihre Freiheit und bringt eine nationale Denkweise zum Ausdruck, die freilich politisch strittig und kein brauchbares juristisches Argument ist. Nicht also ein gutsherrenartiger „Schutz regionaler Parteien“ ist verfassungsrechtlich geboten, sondern Respekt für die Freiheit der Parteien, dort aktiv zu sein, wo sie es wollen, und sich nicht in eine herausgehobene Dimension der Nation einordnen zu müssen.

Das bisherige Wahlrecht gewährleistete diesen Respekt durch die Grundmandatsklausel, die Bezug auf das Personenwahlelement des Systems nahm. Diese war verfassungsrechtlich zulässig, nicht aber in der Form geboten (BVerfGE 9, 408 ff.). Geboten ist jedoch eine adäquate Würdigung der Parteienfreiheit auch in ihrer geografischen Dimension, sie darf nicht „ignoriert oder konterkariert“ werden. Der gegenwärtige Gesetzgeber knüpft an die Länder als eine in mehrfacher Hinsicht entscheidende Dimension des Wahlsystems (Listenaufstellung, Sitzverteilung) an, was mit Blick auf die tragende Bedeutung des Bundesstaatsprinzips richtig erscheint. So kann er sinnvollerweise als Alternative zur abgeschafften Grundmandatsklausel die Relevanz territorialer Parteien auf Ebene der Länder messen. Dies wäre systemisch kohärent und würde auch die Gefahr einer exzessiven Zerkleinerung bannen, denn auch eine territorial konzentrierte Kraft braucht eine angemessene Mindestverbreitung, um politische Relevanz behaupten zu können. Auch in seiner Entscheidung zum SSW 1952 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass „naturgegebene Wahlbereiche“ in der Frage nach „Bedeutsamkeit“ einer Partei relevant sind (BVerfGE 1, 208/254). Solche „Bereiche“ können im föderalen Staat gut mit den Ländern konkretisiert werden. Erhalten territorial gerichtete Parteien einen signifikanten Zuspruch auf die Bundesländer gemessen, wo sie agieren, so ist ihre Ausnahme von einer national tarrierten Sperrklausel nicht systemwidrig, sondern systemisch notwendig. Das *Wie*, nicht das *Ob* dieser Notwendigkeit

steht der einfachgesetzlichen Konkretisierung frei.

## 2. Notwendige Gleichbehandlung von territorialen Parteien und territorial starken Bundesparteien

Wenn also eine adäquate Würdigung territorialer Parteien notwendig ist, stellt sich die Frage nach der Behandlung derjenigen nationalen Parteien, die territorial unterschiedliche Stärke vorweisen. Denn so wenig der Gesetzgeber den Parteien eine nationale Dimension aufkotroyieren darf, so sehr gebietet staatliche Neutralität eine Gleichbehandlung aller Parteien. Dies soll in der geografischen Dimension bedeuten, dass die Ausnahmen von einer nationalen Sperrklausel, die gemessen an einem Territorium (z.B. ein Bundesland) für territoriale Parteien gelten müssen, auch für national agierende Parteien zu gelten haben, wenn diese im selben Territorium über einen ähnlichen Zuspruch verfügen. Ansonsten würde der Gesetzgeber erneut eine unzulässige Differenzierung anhand der Organisationsform der Parteien vornehmen, nur diesmal zulasten national organisierter Kräfte. Eine solche Ungleichbehandlung stünde ihm aber ebenfalls nicht zu. Macht er eine in der Parteienfreiheit begründeten, territorial konkretisierte Ausnahme von einer nationalen Sperrklausel, soll diese auch aufgrund der Chancengleichheit auch für diejenigen Parteien gelten, die zwar national organisiert, aber nur territorial stark sind.

So zeigt sich auch, wieso die bisherige Grundmandatsklausel eigentlich übers Ziel hinausschoss. Denn sie garantierte, um das gute [Beispiel von Thorsten Kingreen](#) zu nehmen, dass „südbadische Linke nur deshalb in den

Bundestag einziehen, weil im fernen Berlin ein Parteikollege seinen Kiez erfolgreich bespielt hatte“. Nicht aber der Erhalt dieser Regelung in der bisherigen Form ist verfassungsrechtlich geboten, sondern bei der Systemwahl für eine Verhältniswahl mit national tarierter Sperrklausel eine möglichst klare territorial konkretisierte Ausnahmeklausel, die nicht-nationale Parteien als Solche berücksichtigt und territorial starke Bundesparteien mit diesen gleichbehandelt.

## 3. Ein Blick nach vorne

Das neue Wahlrecht hätte die Gelegenheit sein können, das vielerorts gewünschte Ziel einer Bundestagsverkleinerung mit fairen Teilnahmebedingungen für alle Parteien zu vereinen. Dies ist nun gescheitert. Problematisch an neuem Recht ist nicht die grundsätzliche Entscheidung für eine Verhältniswahl, sondern das Festhalten an einem diskussionswürdigen Bild der Nation als alleinig aussagekräftige Dimension des politischen Wettbewerbs, unter parteienfreiheitswidriger Nichtberücksichtigung territorialer Parteien und chancengleichheitswidrigem Ausschluss derjenigen nationalen Parteien, die einen vergleichbaren territorial konzentrierten Zuspruch haben. Die bundesweite 5 %-Hürde trifft besonders territoriale Parteien als im Gegensatz zu Splitterparteien verfassungsrechtlich anerkannte Kategorie. Damit verändert der Gesetzgeber die „vorgefundene Wettbewerbslage“ gewaltig. Grund genug, nun schnell an einer Reform der Reform zu arbeiten.

Simon Franzmann

# Parteiausschlussverfahren im Spannungsfeld von Identitätsfindung und Transformation



doi: 10.17176/20230317-185217-0

Seit es Parteien gibt, gibt es Parteiausschlussverfahren. In den letzten Jahren haben sich jedoch prominente Fälle gehäuft. Es scheint, dass die öffentliche Aufmerksamkeit für solche Verfahren stark zugenommen hat, wie die jüngsten Beispiele von Schröder, Palmer und Maaßen zeigen. Früher waren solche Verfahren in der Regel auf Parteien des linken Spektrums wie die SPD beschränkt, aber jetzt gerät auch die CDU verstärkt in die Schlagzeilen.

Eine mögliche Erklärung ist der beschleunigte Wandel der politischen Landschaft, der die Identität der Parteien besonders herausfordert. Parteiausschlussverfahren spiegeln stets ein Ringen um die Parteidentität wider. [Stets entsteht das Dilemma, Meinungsvielfalt zuzulassen ohne zugleich einen Präzedenzfall zu schaffen, von der offiziellen Parteilinie straflos abzuweichen.](#) In der Vergangenheit ging es bei der SPD häufig um die Verfassungstreue und die Auseinandersetzung um einen revolutionären oder demokratisch-reformorientierten Kurs. Dies betraf eher jüngere Parteimitglieder, und der Ausschluss wurde als „Erziehungsmaßnahme“ betrachtet. Heute stehen eher ältere Mitglieder im Fokus, die bereits Ämter für die Partei und das Land ausgeübt haben. Bei solch prominenten Politiker\*innen sind Ausschlussverfahren stets eine Gratwanderung zwischen berechtigten öffentlichen Interesse und internen Entscheidungsprozessen.

Wenn ein ehemaliger Ministerpräsident oder gar ein Bundeskanzler ausgeschlossen wird, ist das ungleich spektakulärer als bei einem „normalen“ Mitglied. Auch der Strukturwandel der öffentlichen Debattenkultur durch die Etablierung sozialer Medien verstärkt dies sicherlich. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, warum nun zunehmend die Parteiprominenz Gegenstand der Ausschlussverfahren wird. Und da scheint der sich wandelnde gesellschaftliche wie politische Kontext eine erhebliche Rolle zu spielen. Was in der Politikwissenschaft

als Wandel des politischen Raums bezeichnet wird, ist im Alltag oft schwer zu erfassen. Dieser Wandel umfasst die Abkehr von der Konfliktkonstellation des Industriezeitalters um die Ausgestaltung des Wirtschaftssystems und des Sozialstaats hin zu kulturellen Fragen, der Einbindung des Nationalstaats in eine entgrenzte Welt und der Transformation der Wirtschaft in eine klimaneutrale, digitale Wissensgesellschaft. Diese fundamentale Transformation bringt alte Gewissheiten und Parteiloyalität ins Wanken.

Die öffentliche Austragung von Parteiausschlussverfahren gibt dem Drama eine Bühne, wie Parteien versuchen, sich an die rasant verändernden Umstände anzupassen, dabei Wählerschaften verlieren, manchmal gewinnen, aber stets darum bemüht sind, ihre Identität zu erhalten.

## Erziehungsmaßnahme Benneter vs. Sündenbock Schröder

Wie unterschiedlich Parteiausschlussverfahren die Identitätsfragen einer Partei früher und heute widerspiegeln, lässt sich prototypisch an den SPD-Fällen Benneter und Schröder illustrieren. Erfolgt der Ausschluss Benneters vor dem Hintergrund klassischer sozialdemokratischer Narrative in Abgrenzung zum Kommunismus, geht es bei Schröder um seine politischen „Sünden“ der früheren Agendapolitik und heutigen Russlandnähe.

Benneter wurde 1977 als Juso-Vorsitzender aus der SPD ausgeschlossen. Wie bei zahlreichen Verfahren innerhalb der SPD zuvor ging es um die Abgrenzung gegenüber kommunistischen Strömungen und Parteien. Die damalige SPD-Führung war um die Unterstützung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung besorgt – so wie es Jahrzehnte zuvor in der SPD stets Auseinandersetzungen zwischen den reformorientierten und revolutio-

<sup>1</sup> STAMOKAP – Staatsmonopolistischer Kapitalismus.



nären Flügeln gab.

Benneter als Vertreter des Stamo-Kap-Flügels<sup>1</sup> galt hier als verdächtig – vor allem, nachdem er den Aufruf zu einer Abrüstungsdemonstration des "Komitees für Frieden, Freiheit und Abrüstung" unterstützte und Kommunisten als Gegner, aber nicht Feinde, bezeichnet hatte. [Trotz Rücknahme seines Aufrufs und seiner guten politischen Vernetzung wurde er ausgeschlossen.](#)

Sein Verfahren war durchaus typisch. Bis 1990 erwischte es häufig Vertreter\*innen des linken SPD-Flügels und des vermeintlich oder tatsächlich zu kommunistenfreundlichen Juso-Nachwuchses, die als Erziehungsmaßnahme und zur Abschreckung von Nachahmern aus der SPD ausgeschlossen wurden. Hatte diese Erziehungsmaßnahme gewirkt, konnten Ausgeschlossene wieder zurückkommen. Der Fall Benneter ist hier in gewissem Sinne spektakulär: Auf Betreiben seines Nachfolgers als Juso-Vorsitzender, dem späteren Bundeskanzler Gerhard Schröder, kehrte Benneter zurück in die Sozialdemokratische Partei. Seine Verfassungstreue wurde nicht mehr angezweifelt. Benneter stieg sogar 2004 bis 2005 zeitweilig zum Generalsekretär der SPD auf. Derjenige, dessen programmatische Ausrichtung einst als zu problematisch für die Zukunft der SPD galt, war nun genau für ebendiese aktuelle und künftige programmatische Ausrichtung zuständig.

Die Kontrastfolie zur „Erziehungsmaßnahme“ Benneter liefert ausgerechnet sein alter Förderer Gerhard Schröder. In seinem Fall geht es nicht mehr um die künftige Ausrichtung, sondern um eine Mischung aus Vergangenheitsbewältigung und persönlicher Wirkung.

Schröder war ursprünglich durch seine Wirtschaftsnähe und dann spätestens mit der Agenda 2010, die zur Abspaltung der WASG (offizieller Name: Arbeit & soziale Gerechtigkeit – Die Wahlalternative) und nach deren Zusammenschluss mit der vormaligen PDS zur Partei Die Linke führte, für Teile der SPD verdächtig geworden. Die späteren Wahlniederlagen wurden dem Kompetenz- und Vertrauensverlust in der Sozialpolitik der SPD durch die Agenda-Politik zugerechnet.

Aber nicht seine Agenda-Politik, sondern sein energiepolitisches Engagement holt Schröder nun ein. [Seine Nähe zu Russland und seine langjährige Tätigkeit für GAZPROM werden ihm angesichts des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine als parteischädigendes Verhalten ausgelegt.](#) Anders als im oben beschriebenen Fall Benneter ist hier aber klar, dass Schröder nicht mehr

die künftige Politik der SPD und ihren ideologischen Kurs aktiv beeinflussen möchte. Teile der SPD wollen sich von der Person Schröder distanzieren aus der Furcht heraus, ansonsten für seine unpopuläre Russlandnähe an den Wahlurnen bestraft zu werden, ähnlich wie es bei der Agenda-Politik der Fall war.

Aber es geht in diesem Verfahren nicht nur darum, Schröder als Sündenbock zu nutzen, es geht auch hier um die Identität der Partei, um die Idee, zu den „Guten“ zu gehören. Und diese Identität ist in unsicheren Zeiten nicht nur in der SPD gefährdet.

## Der Wandel des politischen Raums und Parteiausschlussverfahren

Die Zeiten sind unsicher angesichts des massiven gesellschaftlichen und politischen Wandels – schon vor dem außenpolitischen Zeitenbruch angesichts des Ukraine-Kriegs. Seit der Hoch-Zeit der Beschäftigung im Industriesektor in den 1960er und 1970er Jahren hat sich das Hauptfeld der politischen Auseinandersetzung allmählich von ökonomischen Fragen zu kulturellen Lebensstilfragen, der Umwelt- und Klimapolitik sowie des Umgangs mit offenen Grenzen und Migration verschoben. Diese Themen dominieren nun die Agenda und spalten die politischen Lager.

Die öffentlich ausgetragenen Diskussionen zum Parteiausschluss reflektieren diesen Wandel: Palmer, Sarrazin, Wagenknecht, Maaßen. Alle vier aufgeführten Fälle sind kulturelle „Rechtsabweichler“ in ihren Parteien.

Die Fälle Sarrazin und [Wagenknecht](#) sind ein Symptom des Wandels. Im alten, industriepolitisch geprägten Paradigma deutscher Politik kamen ihre Themen nicht auf die Agenda. Erst die Politisierung der gesellschaftlich-kulturellen Fragen zu Migration und der Rolle Deutschlands in der Welt lässt heute die Sollbruchstellen zu ihren eigenen Parteien erkennen.

Der Fall Boris Palmer hat wiederum einen eigenen Charakter. Palmers Abweichen in kulturellen Fragen bedroht direkt das Selbstverständnis der Grünen als Partei universalistischer Werte. Palmer stellt die orthodoxe Interpretation grüner Kernthemen infrage. Mit der Alltagsexpertise eines Bürgermeisters kann er mutmaßliche Grenzen grüner Migrationspolitik benennen. Rabiatt bringt er dies öffentlich zum Ausdruck – und verschärft damit den ohnehin stets schwelenden Flügel- und Richtungsstreit bei den Grünen.

Bei Palmer geht es um mehr als um einen Richtungsstreit. Ihm wird vorgeworfen, in einer Buchveröffentlichung den Boden des Grundgesetzes verlassen zu haben, als er von Migranten ein „gesetzstreuere Verhalten“ als von den Deutschen verlangte. Auch hier ist es eine Identitätsfrage, die über die Personalie Palmer ausgetragen wird. Bis Ende 2023 ruht die Parteimitgliedschaft Palmers.

Seit seines abermaligen Wahlerfolges als Tübinger Bürgermeister als unabhängiger Kandidat gibt es Bemühungen, ihn wieder zu integrieren. Innerhalb der Grünen findet er für seine Positionen zunehmend Unterstützung bei Kommunalpolitiker\*innen. Die Diskussion um Palmer veranschaulicht für ein großes Publikum das Ringen zwischen den grünen Idealen in der Flüchtlingspolitik und den Realerfordernissen bei der Flüchtlingsunterbringung.

## Die Identitätssuche der CDU

Angesichts des fundamentalen Wandels der politischen Landschaft verwundert es nicht, dass eine der aktuell spektakulärsten Diskussionen um einen Parteiausschluss in der CDU stattfindet. Die Auseinandersetzung über Hans-Georg Maaßen führte zu Forderungen nach Ausschluss und Gegenausschlussverfahren. So verlangte die südthüringische CDU jüngst den Ausschluss der schleswig-holsteinischen Bildungsministerin Karin Prien, weil sie im Bundestagswahlkampf 2021 indirekt dazu aufgefordert habe, Maaßens Gegenkandidaten Frank Ullrich (SPD) zu wählen. Freilich kam diese Gegenforderung erst 15 Monate nach der Wahl und war somit eher ein Instrument der Medieninszenierung.

Ein Muster wiederholt sich hier im Fall Maaßen, wie wir sie aus den anderen diskutierten Fällen kennen: eine ehemalige Person der Exekutive – allerdings kein Minister – vertritt Positionen, die für die Mehrheit der Partei nicht akzeptabel ist.

Der Fall Maaßen ist die Personifizierung der Ausein-

andersetzung über die gesellschaftspolitische Modernisierung der CDU in den Merkel-Jahren. Die programmatische Entkernung, die von der Werteunion beklagt wird, ist eine, die sich vor allem auf konservative Positionen im Bürgerschaftsrecht bezieht. Es geht hier um den Markenkern damit um die Debatte, was in der Vergangenheit Wählerrückhalt gekostet hat und künftig ebendiesen erhalten kann. Die Unterstützer\*innen von Maaßen sehen den Erfolg der AfD (nicht ganz zu Unrecht) als Folge der Politik der Merkel-Jahre und der (vermuteten) Aufgabe alter Positionen im konservativen Spektrum. Die Gegner wiederum können den gesellschaftlichen Wertewandel anführen, dass die alten konservativen Positionen selbst in der Union nicht mehr mehrheitsfähig waren und die 16jährige Regierungsführerschaft 2005 bis 2021 ohne diesen Kurs nie zustande gekommen wäre.

Während die einen also den Verlust der Regierungsbeteiligung auf die Modernisierung zurückführen, fürchten die anderen, in Zukunft nicht mehr mehrheitsfähig zu sein, sollte die CDU einen hart konservativen Kurs einschlagen. In der Person Maaßen kristallisiert sich der Kampf um Vergangenheit und Zukunft der CDU.

Parteiausschlussverfahren bei prominenten Persönlichkeiten sind stets eine Gratwanderung zwischen notwendiger öffentlicher Auseinandersetzung und internen Entscheidungsprozessen. Neben der höheren Transparenz dieser Verfahren gibt es mutmaßlich einen gesellschaftlichen Nutzen: Im persönlichen Drama prominenter Politiker\*innen in der Auseinandersetzung mit ihrer Partei wird der Kampf um die Anpassung in einer zunehmend komplexen politischen Landschaft sichtbar und für ein großes Publikum nachvollziehbar.

Für die Partei selbst ergibt sich zudem das Dilemma, Meinungsvielfalt zuzulassen ohne zugleich einen Präzedenzfall zu schaffen, wie stark von der offiziellen Parteilinie und Identität straflos öffentlich abgewichen werden kann.

Julia Wulff

# Zwischen den Stühlen

Der Gesetzgeber als Kampfrichter im Umweltschutzrecht  
doi: 10.17176/20230307-185251-0



Der Ausbau der Erneuerbaren Energien und das Artenschutzrecht geraten zunehmend in Konflikt. Am Freitag hat der Bundestag gemeinsam mit der Novelle des Raumordnungsgesetzes (ROG) die Einführung bzw. Änderung dreier unscheinbarer Paragraphen **beschlossen**: § 43m Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), § 72a Windenergieauf-See-Gesetz (WindSeeG) und § 6 Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG). Die drei Regelungen dienen der Umsetzung der **EU-Notfallverordnung**, die im Dezember auf EU-Ebene kurzfristig verabschiedet wurde. Sie soll zur Bewältigung der Energiekrise und Beschleunigung der Energiewende beitragen und ermöglicht befristet den weitgehenden Verzicht auf Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung. Klarer Sieger durch K.O. in der ersten Runde: Die Erneuerbaren Energien.

## Erstmals tiefgreifende Änderungen im materiellen Recht

Die Geschichte beginnt Ostern 2022. Mit dem „**Osterpaket**“ legte die neue Bundesregierung den Entwurf für ein umfangreiches Maßnahmenpaket vor, das endlich den erhofften Durchbruch in Sachen Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren bringen sollte. Am 7. Juli 2022 **beschloss** der Deutsche Bundestag das Paket. Die Regelungen sind teils bereits im letzten Jahr, **teils kürzlich zum 1. Februar 2023** in Kraft getreten.

Nachdem man in Sachen Beschleunigungsgesetzgebung über Jahrzehnte vor allem auf Modifikationen von Verwaltungsverfahren, Verwaltungsprozess und Rechtsschutzmöglichkeiten gesetzt hatte, brachte das „Osterpaket“ nun erstmals auch umfangreiche Eingriffe in das materielle Umwelt- und Naturschutzrecht mit sich. So erkennt der neue § 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) in der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der Erneuerbaren Energien ein überragendes öffentliches Interesse und das Anliegen öffentlicher Sicherheit. Außerdem legt er fest, dass dem Ausbau Erneuerbarer Energien im Rahmen einer jeden Abwägungsentscheidung Vorrang

eingerräumt werden soll – also auch gegenüber anderen umwelt- und naturschutzrechtlichen Belangen. Das ist neu, denn bisher lag es allein in der Verantwortung der Genehmigungsbehörde, die betroffenen Belange zu bewerten, die Abwägung durchzuführen und einen angemessenen Ausgleich zu finden. Und es weckt Begehrlichkeiten: So entbrannte plötzlich eine Diskussion, ob nicht vielleicht auch die Modernisierung und der Ausbau des **Straßennetzes** im überragenden öffentlichen Interesse liegen.

## Die Novelle des BNatSchG - vergebene Liebesmüh?

Mit dem § 2 EEG als Generalklausel im Rücken wagte sich der Gesetzgeber im Rahmen des „Osterpakets“ dann auch an das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG). Denn vor allem der besondere Artenschutz nach den §§ 44 ff. BNatSchG ist es, der in der Praxis als schier undurchdringlich empfunden wird und Vorhabenträger sowie Behörden regelmäßig zur Verzweiflung bringt. Fast in jedem Gerichtsverfahren zu einem großen Infrastrukturprojekt – ganz egal ob Straßen, Schienen, Wasserwege, Energieleitungen oder Windenergieanlagen – geht es immer auch zu einem großen Teil um den Artenschutz.

Auch die Artenschutzprüfung basiert auf Europarecht, insbesondere auf der **Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)** und der **Vogelschutz-Richtlinie (VS-RL)**. Anders als etwa die Umweltverträglichkeitsprüfung verfügt sie jedoch über kein formalisiertes Prüfungsverfahren, sondern schlägt sich vor allem in einer materiellrechtlichen Vorschrift nieder: dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot in § 44 Abs. 1 BNatSchG. EuGH und BVerwG kämpften über Jahre um Grenzen und Methodik und haben inzwischen eine dezidierte Rechtsprechung entwickelt, die in der Praxis nicht unbedingt zum besseren Verständnis beiträgt.

Also fasste sich der Gesetzgeber ein Herz und fügte den § 45b BNatSchG neu in das BNatSchG ein. Die ersten fünf Absätze sollen – zumindest für Windenergieanlagen an Land – die artenschutzrechtliche Prüfung strukturie-

ren und standardisieren. Sie arbeiten mit Vermutungsregeln für oder gegen das Überschreiten der in der Rechtsprechung entwickelten sog. „Signifikanzschwelle“ abhängig von der Entfernung des Brutplatzes bestimmter Brutvogelarten von der Windenergieanlage.

Diese Vorgehensweise ist insbesondere bei den anerkannten Umwelt- und Naturschutzverbänden [auf Kritik gestoßen](#). Denn in die Liste der kollisionsgefährdeten Arten (Anlage 1 zu § 45 BNatSchG), für die die Neuregelungen nun gelten, haben es nur fünfzehn Brutvogelarten geschafft. Verlangt worden waren bis zu dreimal so viele. Zunächst war unklar, was das für die übrigen Arten bedeutet. Inzwischen hat das [OVG Münster](#) als erstes Obergericht bestätigt, dass alle übrigen Arten erst einmal als nicht gefährdet gelten und daher auch nicht eingehend zu prüfen sind.

## EU-Gesetzgeber überholt Bundestag

Soweit, so unklar. Während nun der § 45b BNatSchG auf sein Inkrafttreten wartete, die Literatur sich in Diskussionen stürzte und die Praxis weitgehend verunsichert war, zog der europäische Gesetzgeber kurzerhand auf der Überholspur an Deutschland vorbei. Am 19. Dezember 2022 erließ der Rat der Europäischen Union die [Verordnung EU 2022/2577 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien](#) – umgangssprachlich „EU-Notfallverordnung“.

Darin vorgesehen: Der Verzicht auf Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung im Rahmen der Zulassungsentscheidung für Erneuerbare Energien – also auch das, was der deutsche Gesetzgeber sich in § 45b BNatSchG gerade mühevoll zurechtgelegt hatte. Die Verzichtsmöglichkeit gilt – zunächst befristet auf 18 Monate – umfassend für den gesamten Bereich der Erneuerbaren Energien, der Energiespeicherung und der Stromnetze, soweit das Projekt in einem Gebiet liegt, das der jeweilige Mitgliedsstaat als Gebiet für Erneuerbare Energien oder Stromnetze ausgewiesen hat und für das bereits eine Strategische Umweltprüfung (SUP) durchgeführt worden ist.

## Umsetzung in EnWG, WindSeeG und WindBG

Trotz Rechtsform der Verordnung brauchte es nun eine Umsetzung dieser Verzichtsmöglichkeit. Denn Artikel 6 der EU-Notfallverordnung ist als „kann“-Vorschrift formuliert, überlässt es also den Mitgliedstaaten, ob, in wel-

chem Umfang und in welchen Gebieten sie von der Verzichtsmöglichkeit Gebrauch machen wollen. Obwohl der neue § 45b BNatSchG damit – zumindest für die kommenden 18 Monate – weitgehend seinen Anwendungsbereich verliert, zeigte sich der Gesetzgeber nicht beleidigt und schritt umgehend zur Tat.

Die nun beschlossenen § 43m EnWG, § 72a WindSeeG und § 6 WindBG wurden nach bereits durchgeführter erster Lesung über die [Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses](#) für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen in das laufende Verfahren zur Novellierung des Raumordnungsgesetzes (ROG) eingebracht und am vergangenen Freitag gewissermaßen im Schnelldurchlauf beschlossen. Sie gelten für Energieleitungen sowie Windenergieanlagen an Land und auf See.

Vorgesehen ist der Verzicht auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung für diese Anlagen hauptsächlich in Gebieten

- die im Rahmen der Bundesfachplanung nach den §§ 4 ff. Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) oder als Präferenzraum nach § 12c Abs. 2a EnWG ermittelt wurden,
- die im Rahmen eines Flächennutzungsplans als Flächen für Windenergie auf See ausgewiesen sind, soweit sie nicht in der Ostsee liegen,
- oder die als Windenergiegebiet an Land im Sinne des § 2 WindBG ausgewiesen sind.

Artenschutzrechtliche Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen müssen trotz Wegfall der artenschutzrechtlichen Prüfung angeordnet werden. Hilfsweise (WindSeeG, WindBG) oder sogar zusätzlich (EnWG) soll der Vorhabenträger in das nationale Artenhilfsprogramm einzahlen. Dieses nationale Artenhilfsprogramm ist zwar seit Juli 2022 in § 45d BNatSchG vorgesehen – eingerichtet ist es aber noch nicht.

Auch für Photovoltaik-Anlagen gibt es Erleichterungen. Der neue § 14b UVPG ermöglicht aber nur den Verzicht auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und gerade nicht auf die Artenschutzprüfung. Zur Begründung verweist der Gesetzgeber darauf, dass bei PV-Anlagen regelmäßig weniger Konflikte mit dem Artenschutz auftraten und daher dort kein Beschleunigungspotenzial liege.

## Ein Schritt in die richtige Richtung?

Mit der EU-Notfallverordnung und der kurzfristigen Umsetzung in EnWG, WindSeeG und WindBG beweisen der



europäische und der deutsche Gesetzgeber Mut – und drehen an den richtigen Schrauben. Denn jahrzehntelange kleinteilige Herumbasterei an einzelnen Vorschriften hat gezeigt, dass im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess nicht mehr viel zu holen ist. Helfen würde hier langfristig nur eine Aufstockung und bessere Qualifizierung des Personals, das mit den komplizierten Vorschriften umgehen muss – oder eben eine Herabsetzung oder sogar Außerkraftsetzung der materiell-rechtlichen Anforderungen.

Wie so oft trifft der gut gemeinte europäische Ansatz aber auf ein deutsches Rechtssystem, das dafür nicht bereit ist. Denn natürlich will auch die EU-Notfallverordnung nicht, dass der Artenschutz und sonstige Umwelt- und Naturschutzbelange in Zukunft gar nicht mehr berücksichtigt werden. Die Prüfung und Konfliktlösung sollen vielmehr auf vorgelagerten Planungsebenen stattfinden. Wurden dort eine Strategische Umweltprüfung bereits durchgeführt und der Artenschutz bedacht, muss das auf nachfolgender Ebene ja nicht noch einmal geschehen – so der zutreffende Gedanke von Artikel 6 der EU-Notfallverordnung.

Nur gibt das deutsche Planungsrecht das gar nicht her. Artenschutzbelange werden auf Ebene der Bundesfachplanung, in Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, die wohl hauptsächlich die Ausweisung der Windenergiegebiete nach § 2 WindBG übernehmen werden, allenfalls überschlägig berücksichtigt. Mehr ist auch gar nicht möglich, denn es gibt in Deutschland keine landesweiten oder auch nur überregionalen artenschutzrechtlichen Kartierungen und Bestandsdaten. Im Normalfall wird die Erfassung konkret projektbezogen in einem kleinräumigen Umfeld durchgeführt. Zwar sieht § 8 Abs. 5 ROG bereits seit dem vergangenen Jahr eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesumweltministeriums vor, um Vorgaben zur Berücksichtigung des Artenschutzes auf Raumordnungsebene zu erlassen. Die Verordnung selbst aber fehlt bisher.

Etwas besser sieht es bei den Umweltprüfungen aus: Im Rahmen der Bundesfachplanung und Netzentwicklungsplanung, bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen wird regelmäßig eine Strategische Umweltprüfung (SUP) durchgeführt. Im Falle der Bundesfachplanung und der Festlegung von Prä-

ferenzräumen nach § 12c Abs. 2a EnWG allerdings ohne daran anknüpfende Rechtsschutzmöglichkeiten, in deren Rahmen die Umweltprüfung überprüft werden könnte.

## Verwirrung statt Erleichterung in der Praxis

Wer nun das Gefühl hat, nicht mehr ganz durchzublicken, ist sicher nicht allein. Der Gesetzgeber ist auf dem richtigen Weg, wenn er endlich die komplexen materiell-rechtlichen Anforderungen reduzieren will, die ein EE-Vorhaben bis zu seiner Zulassung durchlaufen muss. Die jetzt vorliegende, mit der heißen Nadel gestrickte Umsetzung der EU-Notfall-Verordnung wirft aber mehr Fragen auf als sie löst.

Denn wer einen Windenergie-Unternehmer fragt, wie viele Projekte er mithilfe der Neuregelungen nun einfacher umsetzen kann, wird nur ein müdes Lächeln ernten. Um die Erleichterungen in Anspruch zu nehmen, muss der Zulassungsantrag bis zum 30. Juni 2024 gestellt sein. Die Vorbereitung der Antragsunterlagen für große EEG-Anlagen nimmt jedoch in der Regel deutlich mehr als 18 Monate in Anspruch. Für bereits in der Planung befindliche Vorhaben sind Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung hingegen wahrscheinlich bereits durchgeführt oder zumindest beauftragt.

Für Windenergieanlagen an Land kommt hinzu, dass die Windenergiegebiete, die in § 2 WindBG gerade erst neu geregelt wurden, noch gar nicht existieren. Die Ausweisungspflichten für die Bundesländer laufen bis Ende 2027 bzw. Ende 2032. Zwar muss die Gebietsausweisung erst im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung vorliegen. Die Antragsunterlagen muss der Vorhabenträger aber trotzdem bis zum 30. Juni 2024 einreichen.

Das Ganze hat etwas von einer Lotterie: Reiche ich die Unterlagen ohne Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung ein und setze darauf, dass mein Bundesland mit der Ausweisung schnell und die Genehmigungsbehörde mit der Zulassungsentscheidung langsam genug ist oder gehe ich auf Nummer sicher und mache alles wie gehabt, einschließlich vollständiger Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutzprüfung?

Am Ende also vielleicht doch ein Punktsieg für den Artenschutz.

Lorenz Wielenga

# Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes

Über die maßlose und gefährliche Kritik am Klimaschutz-Aktivismus der „Letzten Generation“

doi: 10.17176/20230308-185211-0



Das „Grundgesetz 49“-Denkmal des israelischen Künstlers Dani Karavan unweit des Reichstags in Berlin zeigt die Art. 1-19 GG in ihrer Fassung von 1949 auf gläsernen Scheiben. Es mahnt zur Achtung und zum Schutz der Grundrechte. Am Samstag, den 4. März 2023 haben Klimaschutz-Aktivist:innen der „Letzten Generation“ es mit schwarzer Farbe übergossen. Auf die Glasscheiben klebten sie sodann Plakate mit den Aufschriften „Erdöl oder Grundrechte?“ und „In der Klimahölle gibt es keine Menschenwürde, keine Freiheit, kein Recht auf Leben“. Die breite und heftige Kritik, die die Aktion ausgelöst hat, hält einer juristischen Analyse nicht stand und stellt dem Zustand der freiheitlichen Demokratie in Deutschland kein gutes Zeugnis aus.

## Adressaten des Protests, Adressaten von Grundrechten

Adressat des Protests ist ausdrücklich die Bundesregierung, deren Klimaschutzziele der „Letzten Generation“ nicht ambitioniert genug sind. Diese reagierte bemerkenswert empfindlich: Bundesjustizminister Marco [Buschmann](#) (FDP) sah durch die Aktion „Freiheit, Demokratie und Rechtsstaat (...) in den Schmutz gezogen“. Laut Bundesinnenministerin Nancy [Faeser](#) (SPD) gebe es „keinerlei Rechtfertigung dafür, ausgerechnet die Grundrechte zu beschmieren“. Die „völlig unwürdige“ Aktion müsse „konsequent strafrechtlich verfolgt werden“. Aus dem Bundestag kamen nicht minder heftige Reaktionen: Bundestagspräsidentin Bärbel [Bas](#) (SPD) zeigte sich „erschüttert“. Für Frank [Müller-Rosentritt](#) (FDP) sind die „Hasser der Freiheit der letzte Abschaum“. Um den Unrechtsgehalt der „Schieß-Aktion“ (Konstantin [von Notz](#), Grüne) einzufangen, verglich der Vorsitzende des Auswärtigen Ausschusses Michael [Roth](#) (SPD) die „billige, würdelose Aktion“ mit der Kunst zerstörenden Taliban. Auch für den verteidigungspolitischen Sprecher der Unionsfraktion Florian [Hahn](#) (der den Tweet allerdings

mittlerweile gelöscht hat) waren die Klimaaktivist:innen „keinen Deut besser als die Taliban“.

Diese maßlosen Reaktionen sind vielleicht nicht überraschend, aber wegen des Einschüchterungseffekts, den sie auslösen können, erwecken sie gleichwohl Unbehagen. Entgrenzte Vergleiche mit einem Terrorregime, das laut [UN-Angaben](#) tötet, foltert, willkürlich festnimmt, Kunstwerke sprengt (!) und nicht zuletzt Frauen und Mädchen systematisch unterjocht, sollten nicht Teil des Instrumentenkastens demokratischer Auseinandersetzung sein. Ferner unterfallen nicht ohne Grund Stellungnahmen zu politischen Kundgebungen unter Inanspruchnahme der Autorität eines öffentlichen Amtes einem [Neutralitätsgebot](#). Die Amts- und Mandatsträger:innen sind nicht nur Adressat:innen der Kritik, sondern auch der Grundrechte.

Auch ein Großteil der Presse und Teile der Rechtswissenschaft haben in ihrer Kritik an der Aktion offenbar jedes Maß verloren. Für Deutschlands auflagenstärkste Tageszeitung [BILD](#) ist die „Attacke“ ([tagesschau](#)) der „Klima-Extremisten“ eine „Demokratieverachtung in Öl“. Die [FAZ](#) sieht „formal“ keinen Unterschied zu den „völkischen Hetzern“ der „AfD-Flügelmäner“. Laut [SZ](#) sei bei dieser „dämmlichen“ Aktion „kein tieferes Ziel zu erkennen“. Der „Letzten Generation ist die Gesellschaft völlig egal“, findet auch der [WELT-Chefredakteur](#). Der Bielefelder Verfassungsrechtler Franz [Mayer](#) rückt deren „Umgang mit der Verfassung“ gleich in die Nähe von Bücherverbrennungen. Welches Vokabular bleibt angesichts all dieser Verbalgeschosse eigentlich noch für tatsächliche Bücherverbrennungen?

## Den Protest missverstehen wollen

Die Aktion am Denkmal „Grundgesetz 49“ ist nicht Ausdruck eines demokratiefeindlichen Freiheitsverständnisses. Eine [Sprecherin](#) der Gruppe erläuterte die Botschaft:

„Erdöl verfeuern oder Grundrechte schützen? Im Jahr 2023 geht nur eines von beidem.“ Kern der Aussage ist die Befürchtung, das weitere Verfeuern fossiler Brennstoffe wie etwa Erdöl mache den Gebrauch grundrechtlicher Freiheiten perspektivisch schwerer oder gar unmöglich. Dieser Gedanke ist keine dystopische Fantasterei. Er ist eine basale Einsicht in Randnummer 117 im [Klimabschluss](#) des Bundesverfassungsgerichts: „Die Beschwerdeführenden könnten in ihren Freiheitsrechten verletzt sein, weil das Klimaschutzgesetz erhebliche Anteile der durch Art. 20a GG gebotenen Treibhausgasminderungslasten auf Zeiträume nach 2030 verschiebt. Weitere Reduktionslasten könnten dann so kurzfristig zu erbringen sein, dass dies (auch) ihnen enorme Anstrengungen abverlangte und ihre grundrechtlich geschützte Freiheit umfassend bedrohte. Potentiell betroffen ist praktisch jegliche Freiheit (...)“. Je mehr also die Gegenwart auf fossile Brennstoffe setzt, desto kleiner wird das verfassungsrechtlich vorgezeichnete CO<sub>2</sub>-Restbudget und desto geringer die künftige Freiheit.

Das symbolische Übergießen der Grundrechte mit „Erdöl“ ist der Versuch, die durch großzügige CO<sub>2</sub>-Emissionen entstehende verfassungswidrige Freiheitsgefährdung zu veranschaulichen. Darin liegt keine Verächtlichmachung grundgesetzlicher Freiheiten, sondern ein Hinweis auf den drohenden Verlust gerade jener. Die Sachnähe des Protests zum Thema Klimaschutz, die bei nicht allen Aktionen der „Letzten Generation“ ohne Weiteres einleuchtet, ist hier eindeutig gegeben. (Ob man die Aktion geschmack- und wirkungsvoll findet, ist eine andere, in diesem Kontext aber vollkommen irrelevante Frage.)

## Juristische Schnell-, Fehl- und Blattschüsse

Aber damit nicht genug. Verfassungsministerin Nancy Faeser macht sich für eine „[konsequente strafrechtliche Verfolgung](#)“ der Aktivist:innen stark. Die Polizei Berlin hat Strafverfahren wegen möglicher gemeinschädlicher Sachbeschädigung (§ 304 StGB) und Verstößen gegen das Versammlungsfreiheitsgesetz Berlin (VersFG Berlin) und das Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes (BefBezG) eingeleitet.

Die gemeinschädliche Sachbeschädigung setzt in § 304 Absatz 1 StGB die rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung von unter anderem öffentlichen Denkmälern oder öffentlich ausgestellten Gegenständen der Kunst voraus. Die Zerstörung fordert eine völlige Aufhebung der

Gebrauchsfähigkeit der Sache. Für die Beschädigung bedarf es einer nicht ganz unerheblichen Verletzung der Substanz oder eine Beeinträchtigung ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Ein äußeres Verunstalten ohne Verletzung der Sachsubstanz ist grundsätzlich nicht von § 304 Absatz 1 StGB umfasst. Bei überdeckenden Substanzen wie Farbe ist eine Substanzbeeinträchtigung nur gegeben, wenn die Verbindung von Sache und Farbe einen unverhältnismäßigen Beseitigungsaufwand verursacht oder den Eingriff in die Substanz der Sache erfordert. Gemäß § 304 Absatz 2 StGB ist auch die unbefugte, nicht unerhebliche und nicht nur vorübergehende Veränderung des Erscheinungsbildes strafbar. Letzteres Merkmal ist nicht erfüllt, wenn die Veränderung binnen kurzer Zeit entfernt werden kann, so etwa bei leicht abwischbaren Verschmutzungen. Das Überplakatieren mittels wasserlöslichen Klebers ist nicht vom Tatbestand umfasst. Beim von der „Letzten Generation“ verwendeten „Erdöl“ handelte es sich nach [Polizeiangaben](#) um eine Mischung aus Tapetenleim und Farbe. Sechs Stunden nach der Aktion waren die Tafeln wieder [gesäubert](#). Die Strafverfahren wegen Verstoßes gegen § 304 StGB dürften leerlaufen.

Die Bundesinnenministerin kritisierte nicht nur die Aktion als solche, sie verurteilte zudem, dass sie „auch noch am Bundestag, dem Herz unserer Demokratie“ umgesetzt wurde. Dieser Zusatz ist aus zwei Gründen juristisch bedenklich. Erstens obliegt die Wahl des Ortes zur Meinungskundgabe und Versammlung grundsätzlich den Grundrechtsträger:innen. Eingeschränkt wird dies für fremden Privatgrund und öffentlichen Grund, der nicht dem Gemeingebrauch gewidmet ist. Zweitens sind weder Meinungskundgaben noch Versammlungen am Bundestag anrücklich oder generell verboten. Zwar ist das Gelände um das Reichstagsgebäude als Sitz des Verfassungsorgans Bundestag nach dem BefBezG ein Sonderfall: §§ 2, 4 BefBezG verbieten die Teilnahme an und das Aufrufen zu öffentlichen Versammlungen innerhalb der befriedeten Bezirke als Ordnungswidrigkeit. Gleichwohl sind gemäß § 3 BefBezG Versammlungen im Sinne einer gebundenen Entscheidung zuzulassen, wenn eine Beeinträchtigung der Tätigkeit des Deutschen Bundestags nicht zu besorgen ist. Die Aktion fand an einem sitzungsfreien Samstag statt, was erst einmal dafür spricht, dass die Aktion zulässig war, § 3 Absatz 1 Satz 2 BefBezG. Nach § 3 Absatz 2 Satz 1 BefBezG muss man allerdings einen Antrag stellen, was die Aktivist:innen nicht getan haben. Angesichts des jedenfalls an sitzungsfreien

Tagen fraglichen Schutzguts des BefBezG spricht jedoch einiges dafür, diese Pflicht verfassungskonform auszulegen und eine Antragstellung für entbehrlich zu halten. Unabhängig davon ist im vorliegenden Fall das BefBezG nicht zwingend einschlägig. Macht gerade die Versammlungsform den Wirk- und Werkbereich einer hier nicht von vornherein auszuschließenden künstlerischen Betätigung der Aktivistengruppe aus, geht Art. 5 Absatz 3 Satz 1 GG vor. Für die Kunstfreiheit (und Meinungskundgaben im Sinne des Art. 5 Absatz 1 Satz 1 GG) gibt es rund um das Reichstagsgebäude keine Befriedung, vgl. § 5 BefBezG. Hinsichtlich der Strafverfahren auf Grundlage des VersFG Berlin kommt indes in der Tat eine Ordnungswidrigkeit nach § 27 Absatz 1 Nr. 1 mangels gemäß § 12 erforderlicher Anzeige der Versammlung in Betracht. Zwar entfällt eine Anmeldepflicht im Versammlungsrecht regelmäßig bei Spontanversammlungen, eine solche ist aber

nicht gegeben bei Versammlungen, die lediglich spontan wirken sollen.

Bei dieser Gelegenheit sollte man sich erinnern, dass diese Einschränkung der Versammlungsfreiheit durch „Bannmeilen“ ein Anachronismus ist, der in einer selbstbewussten und stabilen freiheitlichen Demokratie eigentlich keinen Platz mehr hat.

Freiheitlich ist eine Demokratie in dem Maße, in dem sie Widerspruch gegenüber den Regierenden Raum gibt. Da demokratische Partizipation sich nicht im Wahlgang erschöpft, ist kommunikativer Druck, auch von der Straße, auch vor dem Reichstag, geradezu eine Funktionsvoraussetzung einer freiheitlichen Demokratie. Wird friedlicher Protest in einem gegenwärtig zentralen Politikfeld derart hemmungslos verdammt, besteht Grund, besorgt inne zu halten.

Thomas Groß

# Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Eine Zwischenbilanz der weitgehenden Rezeptionsverweigerung

doi: 10.17176/20230318-185144-0



Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 wurde von der Deutschen Umwelthilfe als „die wohl bedeutendste Umweltschutz-Entscheidung in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts“ gelobt. Der BUND bezeichnete ihn als „bahnbrechendes Urteil“. Wenn man mit dem Abstand von zwei Jahren auf die Entscheidung und ihre (Nicht)Folgen sieht, muss die Bewertung deutlich nüchterner ausfallen. Zum einen wird meist übersehen, dass die unmittelbare Wirkung des Beschlusses denkbar gering war. Vor allem wird er aber von der Politik, von den Verwaltungsgerichten und sogar vom Bundesverfassungsgericht selbst nicht umgesetzt. Das Problem, wie effektiver Klimaschutz durchgesetzt werden kann, ist nach wie vor nicht gelöst.

## Der Inhalt der Entscheidung

Im ersten Satz der [Presseerklärung](#) des Bundesverfassungsgerichts vom 29. April 2021 wurde von einem Teilerfolg der Verfassungsbeschwerden gesprochen. Die Kostenentscheidung sprach den meisten Antragstellern die Erstattung der Hälfte ihrer Auslagen zu. Bei näherer Betrachtung ist das eine sehr großzügige Interpretation, denn die eigentliche Leistung der Entscheidung liegt allein in ihrer Begründung, nicht in ihrem Ergebnis.

Der Hauptantrag gegen das Unterlassen geeigneter gesetzgeberischer Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels wurde zurückgewiesen. Dabei ist zu beachten, dass die erste Verfassungsbeschwerde bereits vor dem Erlass des Bundes-Klimaschutzgesetzes eingereicht wurde. Nach dessen Verabschiedung wurden die Anträge darauf ausgeweitet, einige seiner Vorschriften für verfassungswidrig zu erklären, weil sie unzulänglich seien. Das Bundesverfassungsgericht knüpfte jedoch an die in den 1970er Jahren entwickelte Schutzpflichtenlehre an, die dem Gesetzgeber einen großen Entscheidungsspielraum einräumt, und erklärte, dass das gesetzliche Schutzkonzept „nicht offensichtlich ungeeignet“ sei und das konkrete nationale Klimaschutzinstrumentarium noch so

fortentwickelt werden könne, dass das für 2030 vorgegebene Minderungsziel für den Ausstoß der Treibhausgasemissionen eingehalten werde.

Erfolgreich waren die Verfassungsbeschwerden nur in Bezug auf einen eigentlich ganz untergeordneten Punkt. Es ging um die Quantifizierung der Vorgaben für die Reduktion der Treibhausgasemissionen in den Jahren nach 2030. Nach der ursprünglichen Fassung des Klimaschutzgesetzes sollten diese Schritte durch eine Verordnung der Bundesregierung festgelegt werden. Mit einer weit ausholenden Begründung, in der Klimaschutzpflichten aus dem Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG mit dem neuen Konzept der intertemporalen Freiheitssicherung verknüpft wurden, leitete das Gericht ab, dass diese Frage so wichtig sei, dass die Festlegung nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen könne. Im Ergebnis bedeutete dies aber nur, dass eine Anlage des Klimaschutzgesetzes ergänzt werden musste, was dann auch im Bundestag ohne politischen Streit zügig beschlossen wurde.

Weder der Tenor der Entscheidung noch die Begründung gehen dagegen darauf ein, welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, damit nicht nur Ziele für den Klimaschutz definiert werden, sondern tatsächliche Reduktionen der Treibhausgasemissionen in Deutschland erfolgen. Diese Konkretisierungsleistung verbleibt allein im politischen Raum, auch wenn die Begründung durchaus deutlich auf ihre Dringlichkeit hinweist.

## Missachtung durch die Politik

Das Planungskonzept des Klimaschutzgesetzes hat sich schon nach wenigen Jahren als unzureichend herausgestellt. In den beiden Sektoren Verkehr und Gebäude wurden die im Gesetz vorgegebenen Reduktionsziele im Jahr 2021 verfehlt, so dass die zuständigen Ministerien Sofortprogramme vorlegen mussten, um zusätzliche Emissionsminderungen zu erreichen. Beide Programme wurden vom Expertenrat für Klimafragen in seinem Prüfber-



richt vom August 2022 als unzureichend eingeschätzt. Insbesondere im Verkehrssektor sei eine deutliche Überschreitung der für 2030 definierten Emissionsmenge zu befürchten. Auch in seinem [Zweijahresgutachten vom November 2022](#) weist der Expertenrat darauf hin, dass die bisherigen Emissions-Reduktionsraten bei weitem nicht ausreichen, um die Klimaschutzziele für 2030 zu erreichen.

Seither sind jedoch keine weiteren bereichsspezifischen Maßnahmen beschlossen worden, um wieder auf den gesetzlich vorgegebenen Reduktionspfad zurückzukehren. Vielmehr hat die FDP stattdessen die Sektor-Ziele selbst sowie die Festlegung von Terminen für den Ausstieg aus fossilen Technologien wie Verbrenner-Motor sowie Öl- und Gasheizung in Frage gestellt.

In Folge der kriegsbedingten Entscheidung, die Gasversorgung umzustellen, wurden außerdem auf Bundesebene neue Beschlüsse gefasst, die mit den langfristigen Klimazielen kaum vereinbar sind. Besonders bedenklich ist, dass durch die staatlich finanzierte Schaffung von mehr als einem Dutzend LNG-Terminals eine Infrastruktur aufgebaut wird, mit der diese besonders ineffiziente und umweltschädliche Variante der Gasversorgung auf Jahrzehnte festgeschrieben wird. Sie ist ganz offensichtlich in diesem Umfang nicht notwendig, um die kurzfristig entstandenen Lücken zu schließen. Ob sie mittelfristig für grünen Wasserstoff genutzt werden kann, ist unklar.

## Weitgehende Nichtbeachtung durch die Verwaltungsgerichte

Die Umsetzung der Klimaziele wird durch eine Vielzahl von administrativen Einzelentscheidungen beeinflusst, über deren Rechtmäßigkeit Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben. Also sollte man meinen, dass sich der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts auch in deren Rechtsprechung niederschlägt. Dies ist jedoch bisher nur sehr eingeschränkt festzustellen. Dabei sind drei unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden.

Zunächst kann das Klimaschutzziel herangezogen werden, um Maßnahmen zu rechtfertigen, die Grundrechte von Bürgern oder Unternehmen einschränken. Hierfür gibt es einzelne Beispiele. So ist etwa die starke Erhöhung der Parkgebühren in Freiburg vom Verwaltungsgerichtshof Mannheim unter ausdrücklichem Hinweis auf den Klimabeschluss für rechtmäßig erklärt wor-

den. Seine Begründung wurde vom Gerichtshof genutzt, um eine politisch mehrheitsfähige Klimaschutzmaßnahme zu rechtfertigen, nachdem sie von Betroffenen vor Gericht angefochten wurde.

In einer zweiten Konstellation könnte das Klimaschutzziel genutzt werden, um klimaschädliche Projekte zu verhindern, die politisch beschlossen wurden. Hierfür ist bisher kein einziges Beispiel aus der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte bekannt. Vielmehr haben verschiedene Gerichte betont, dass sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht ergebe, dass der Klimaschutz in der planerischen Abwägung ein besonderes Gewicht habe. Prototypisch ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2022 über den Weiterbau der A 14 in Sachsen-Anhalt. Es verlangte zwar erstmals, dass der Belang des globalen Klimaschutzes überhaupt in die Abwägung einbezogen wird. Es sei aber nicht rechtswidrig, dass der Lückenschluss in diesem Teil des Autobahnnetzes für wichtiger erachtet werde. Zum einen gebe es keine konkretisierenden Vorgaben für die Gewichtung des Klimaschutzes. Zum zweiten stelle die CO<sub>2</sub>-Belastung durch das Vorhaben nur einen „äußerst untergeordneten Anteil“ der Sektor-Emissionen dar. Letztlich sei die Weiterführung des Autobahnbaus politisch gewollt.

Schließlich könnte der Beschluss drittens genutzt werden, um zusätzliche Klimaschutzmaßnahmen gegen politische Widerstände durchzusetzen. So hat etwa die Deutsche Umwelthilfe verschiedene Klagen eingereicht, u.a. zur Durchsetzung eines gesetzeskonformen Sofortprogramms im Sektor Verkehr, über die noch nicht entschieden wurde. In Baden-Württemberg wurde immerhin die Landesregierung vom Verwaltungsgerichtshof Mannheim verurteilt, ein aktuelles Klimaschutzkonzept zu erstellen. Auch hier ging es aber allein um das fehlende neue Konzept, dessen Verabschiedung gesetzlich vorgeschrieben ist, nicht um konkrete Maßnahmen zur Reduktion von Emissionen.

## Fehlende Durchsetzung durch das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat nach dem Klimaschutzbeschluss mehrere Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen, in denen mehr Klimaschutz eingefordert wurde. Dabei ist zu beachten, dass viele Kammerbeschlüsse gar nicht veröffentlicht werden, so dass unklar



ist, wie viele einschlägige Entscheidungen bereits getroffen wurden.

Mit [Beschluss vom 18. Januar 2022](#) wurden Verfassungsbeschwerden verworfen, die von verschiedenen Bundesländern verlangten, dass sie Landesklimaschutzgesetze erlassen bzw. geltende Gesetze so anpassen, dass für das Land ein Reduktionspfad für Treibhausgasemissionen zur Einhaltung des verbleibenden CO<sub>2</sub>-Budgets und hinreichende Instrumente zur Erreichung und Überprüfung der dafür erforderlichen Klimaschutzziele eingeführt werden. Zur Begründung führte die Kammer an, dass im Bundesstaat unterschiedliche Regelungen zur Koordination der verfassungsrechtlich erforderlichen Klimaschutzmaßnahmen denkbar seien, so dass keine Verpflichtung der Länder bestehe, eigene Reduktionspfade zu definieren. Diese Prämisse setzt allerdings voraus, dass die Zielumsetzung auf Bundesebene funktioniert, was wie gesehen durchaus zweifelhaft ist.

Ebenso abgewiesen wurde mit [Beschluss vom 15. Dezember 2022](#) eine Verfassungsbeschwerde, die auf die Einführung eines allgemeinen Tempolimits auf Bundesautobahnen zielte. Die Beschwerdeführenden hätten nicht substantiiert dargelegt, dass gerade das Fehlen eines allgemeinen Tempolimits eingriffähnliche Vorwirkung auf ihre Freiheitsgrundrechte entfalten könnte. Außerdem hätten sie ihre Annahme, das dem Verkehrssektor bis zum Jahr 2030 zugewiesene Emissionsbudget werde überschritten, nicht näher belegt. Das klingt fast so, als müsste man bis zum Jahr 2030 warten, denn vorher kann eine Zielverfehlung nicht bewiesen werden.

Auch eine [Verfassungsbeschwerde gegen den sogenannten Tankrabbat](#) wurde als unzureichend begründet verworfen, obwohl diese Steuersenkung gezielt zu einer befristeten Verbilligung fossiler Kraftstoffe führte und damit ein Anreiz für eine Erhöhung des Ausstoßes von Treibhausgasen gesetzt wurde, so dass das Gesetz aktiv zur Erderwärmung beitrug. Inzwischen steht fest, dass der [Benzinverbrauch in Deutschland im Jahr 2022](#) trotz des starken Preisanstieges sogar insgesamt zugenommen hat.

Auf der Habenseite des Klimaschutzes ist lediglich der [Beschluss vom 23. März 2022](#) zu nennen, wonach die in Mecklenburg-Vorpommern eingeführte Pflicht zur Beteiligung von Anwohnern und standortnahen Gemeinden an Windparks im Grundsatz zulässig ist. Hier ging es aber auch nur um die Rechtfertigung einer politisch mehrheitsfähigen Maßnahme.

## Fazit

Weder das Bundesverfassungsgericht noch die Verwaltungsgerichte haben festgestellt, dass die bisherigen Maßnahmen zum Klimaschutz unzureichend sind. Erst recht sind Klagen gescheitert, die verlangt haben, dass konkrete Maßnahmen wie z.B. ein Tempolimit vorgeschrieben werden. Aber auch erwiesenermaßen klimaschädliche Projekte wie z.B. der Neubau einer Autobahn wurden noch nie aus diesem Grund gestoppt. Die Justiz nutzt die verfassungsrechtliche Verpflichtung, der Erderwärmung entgegenzuwirken, bisher ausschließlich, um bereits beschlossene Maßnahmen zu rechtfertigen, oder um Präzisierungen auf der Zielebene zu verlangen.

Diese Strategie respektiert den politischen Entscheidungsspielraum der Parlamente und Regierungen. Sie setzt aber voraus, dass diese ihrerseits die in der Begründung des Klimaschutzbeschlusses durchaus deutlich formulierte Notwendigkeit von konkreten Maßnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen hinreichend ernst nehmen. Wie die Gutachten des Expertenrats Klima und die jüngeren Entwicklungen belegen, ist das aber auf Bundesebene nicht der Fall. Auch die meisten Bundesländer und Kommunen unternehmen zu wenig, um den Klimaschutz mit der erforderlichen Geschwindigkeit voranzubringen.

Erst dann, wenn die Entscheidungsträger und die sie kontrollierende Justiz wie auch die öffentliche Meinung ernst nehmen, dass die Erderwärmung ein irreversibler Kumulationsschaden ist, besteht die Chance auf eine Abkehr von der Verzögerungstaktik der letzten Jahre. Die Menge der emittierten Treibhausgase beruht auf Millionen von täglichen Einzelentscheidungen, die jeweils für sich nur einen äußerst geringfügigen Einfluss auf die Erderwärmung haben, in der Summe aber zu einer präzedenzlosen Veränderung des Klimas führen, deren schädliche Folgen immer offensichtlicher werden. Eine verstärkte Förderung der erneuerbaren Energien allein reicht als Strategie nicht aus.

Weitere Klagen gegen klimaschädliche Entscheidungen oder Unterlassungen bleiben deshalb notwendig, auch wenn die bisherige Bilanz dürftig ist. Die Annahme, der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts könne durch Überzeugung wirken, hat sich nicht als berechtigt erwiesen. Immerhin formuliert der Beschluss, dass sich eine Verletzung der Schutzpflicht „derzeit“ nicht feststellen lasse. Weil es sich um einen menschenrecht-

lich begründeten und wissenschaftlich fundierten Anspruch auf Maßnahmen zur Erhaltung von Gesundheit, Leben und Eigentum handelt, kann und muss er auch gegen die träge Mehrheit durchgesetzt werden, denn das ist die originäre Aufgabe der Rechtsprechung, insbesondere

der Verfassungsgerichtsbarkeit. Es wird Zeit, die juristischen Instrumente zu schärfen, denn die Freiheit der künftigen Generationen muss durch sofortiges Handeln gesichert werden.

Jan-Louis Wiedmann

# Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit

Zur „Weiterentwicklung“ des Klimaschutzgesetzes durch die Ampel-Koalition

doi: 10.17176/20230330-195213-0



Nach zwei langen Verhandlungstagen veröffentlichten die Koalitionspartner SPD, Grüne und FDP vorgeestern Abend das Ergebnis ihres Koalitionsausschusses: Ein „[Modernisierungspaket für Klimaschutz und Planungsbeschleunigung](#)“. Darin wird u.a. eine Novelle des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) angekündigt. So soll das KSG dahingehend „weiterentwickelt“ werden, dass die „Einhaltung der Klimaschutzziele [...] künftig anhand einer sektorenübergreifenden und mehrjährigen Gesamtrechnung überprüft“ wird. Konkreter heißt es:

*„Zukünftig werden alle Sektoren aggregiert betrachtet. Wenn die Projektionsdaten in zwei aufeinanderfolgenden Jahren zeigen, dass mit den aggregierten Jahresemissionen bis zum Jahr 2030 das Gesamtminderungsziel nicht erreicht wird, wird die Bundesregierung auf Basis der Vorschläge der maßgeblich für die Minderungsmengen der Sektoren verantwortlichen Bundesministerien Maßnahmen beschließen [...].“*

Dies deutet Änderungen in zweierlei Hinsicht an: Erstens kommt es künftig nicht mehr auf das einmalige Überschreiten der zulässigen Emissionsmenge an, sondern auf das Überschreiten in zwei aufeinanderfolgenden Jahren – ein klarer Rückschritt bei der Striktheit des KSG. Zweitens scheint wahr zu werden, was Klimaschützer:innen schon anhand einer ähnlichen Formulierung im Koalitionsvertrag<sup>1</sup> vermutet hatten: Die sektorenspezifischen Emissionsreduktionsziele sollen nicht länger rechtsverbindlich sein. An ihre Stelle tritt eine aggregierte Betrachtung und an die Stelle des Sofortprogramms des jeweiligen Ministeriums (§ 8 Abs. 1 KSG) treten „Vorschläge“ der verantwortlichen Ministerien. Diese

Entscheidung ist nicht nur rechtspolitisch verfehlt, sondern weckt auch verfassungsrechtliche Bedenken. Überzeugender wäre es daher, das Ziel des effektiven Klimaschutzes im Rahmen des bisherigen KSG zu erreichen.

## Aufgegebene Errungenschaften

Der Erlass des KSG verfolgte zwei zentrale klimapolitische Ziele: Einerseits sollte der Klimaschutz nicht länger einzelnen Ministerien obliegen, sondern zu einer Gesamtaufgabe werden.<sup>2</sup> Andererseits sollte Klimaschutz rechtsverbindlich werden. In Kombination begründen die Ziele die Erforderlichkeit rechtsverbindlicher, sektorenspezifischer Klimaziele.

Nach dem Vorschlag der Koalitionspartner wird diese Rechtsverbindlichkeit nun abgeschwächt. Dabei ist es wichtig, genau zu betrachten, was der Vorschlag ändert und was nicht: Nach wie vor wird das nationale Klimaziel auf einzelne Sektoren aufgeteilt und nach wie vor müssen die Vorschläge für Minderungsmaßnahmen von denjenigen Minister:innen ausgehen, die ihre Sektorenziele nicht erreicht haben. Diese Maßnahmen müssen sodann von der Bundesregierung beschlossen werden – auch dies entspricht der bisherigen Rechtslage (§ 8 Abs. 2 KSG). Einerseits ist bislang aber unklar, ob diese „Vorschläge“ in Zukunft nur noch regierungsintern zirkulieren oder weiterhin als Programm veröffentlicht werden müssen. Andererseits müssen sich die vorgeschlagenen Maßnahmen – anders als bislang (§ 8 Abs. 1 KSG) – nicht mehr ausschließlich auf den säumigen Sektor beziehen. Der Vorschlag beschränkt sich vielmehr auf die weiche Formulierung, dass „insbesondere jene [Minister:innen], in deren Zuständigkeitsbereich die Sektoren liegen [...] zu den Maßnahmen der Minderung beizutragen [haben].“ Defizite in einem Bereich können durch besondere Ambition

<sup>1</sup>Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 56.

<sup>2</sup>Vgl. etwa das Zitat der ehemaligen Bundesumweltministerin [Svenja Schulze, Südwestpresse vom 7.12.2018](#): „[Das alte Spiel,] dass nur die Umweltministerin die Vorschläge macht und alle anderen sagen, was alles nicht geht, [sei nunmehr] vorbei.“

anderer Bereiche ausgeglichen werden – aggregierte Betrachtung eben.

Damit entsteht erneut die Gefahr, dass künftig wieder die überwiegend „umweltnahen“ Ministerien – die aktuell zudem alle in der Hand der Grünen liegen – für die unangenehmen Emissionsreduktionen verantwortlich sind. Die weiche Formulierung des Vorschlags („insbesondere [die zuständigen Minister:innen]“) dürfte daran wenig ändern.<sup>3</sup> So gibt der Reformvorschlag eine der entscheidenden klimapolitischen Errungenschaften des KSG auf.

## Falsches Signal

Zudem geht von der vorgeschlagenen Änderung des KSG ein folgenreiches Signal aus. Hintergrund des Koalitionsstreits und des nun entworfenen Vorschlags sind (u.a.) die überschießenden Emissionen im Verkehrsbereich und die Weigerung des FDP-geführten Verkehrsministeriums, entsprechend § 8 Abs. 1 KSG ein Sofortprogramm mit hinreichendem Einsparungspotential vorzulegen.<sup>4</sup> Die nun vorgeschlagene Reform nimmt insoweit offensichtlich „Druck vom Kessel“. Dieser Schritt ist unvereinbar mit der Funktionsweise des KSG.

Funktion des KSG als gesetzliches Planungsinstrument ist es, die künftig im Sinne des Klimaschutzes erforderlichen Beschränkungen schon heute absehbar zu machen und damit Menschen und Industrie eine rechtzeitige (und damit wenig einschneidende) Verhaltensanpassung zu ermöglichen. Das betont auch das BVerfG in seinem Klima-Beschluss:

*„Grundlegend [...] für eine vorausschauende Schonung künftiger Freiheit ist [...], dass der Gesetzgeber einer möglichst frühzeitigen Einleitung der erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse [...] Orientierung bietet und diesen damit zugleich ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermittelt“ (BVerfGE 157, 30 [166]).*

Diese Funktion des KSG kann nur erfüllt werden, wenn die Bevölkerung auf die Einhaltung des gesetzli-

<sup>3</sup>Wenn die erforderlichen Sofortprogramme nicht einmal erlassen werden, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 8 Abs. 1 KSG), warum sollte das bei gelockerten Anforderungen anders sein?

<sup>4</sup>Die vom MBDV bislang vorgeschlagenen Maßnahmen erfüllen nach Ansicht des Expert:innenrats der Bundesregierung nicht die Anforderungen des § 8 KSG, Expertenrat für Klimafragen, Prüfbericht zu den Sofortprogrammen 2022 für den Gebäude- und Verkehrssektor, S. 81.

<sup>5</sup>Dieser Eindruck ist im Übrigen auch für die marktorientierten Instrumente des Klimaschutzes fatal. So entfaltet etwa die Ankündigung eines stufenweise steigenden CO<sub>2</sub>-Preises nur dann ihre Wirkung, wenn glaubhaft ist, dass die Preissteigerung durchgehalten wird.

chen Rahmens vertraut. Indem das KSG nun – keine vier Jahre nach seinem Erlass – bei erster Gelegenheit aufgeweicht wird, wird dieses Vertrauen in den Rahmen des KSG erschüttert und dessen Funktion (teilweise) unterminiert. So könnte der Eindruck entstehen, dass im Zweifel eher das KSG angepasst, als dass eine politisch unliebsame Maßnahme ergriffen wird.<sup>5</sup>

## Weniger Planungssicherheit

Hinzu kommt, dass die sektorenspezifische Aufteilung der Emissionsreduktionsziele eine spezifische Funktion hat: Sie schafft branchenspezifische Planungssicherheit. Dies erkennt auch das BVerfG in seinem Klima-Beschluss an. Dafür wählt es ausgerechnet das Beispiel des Verkehrssektors:

*„Legte der Gesetzgeber beispielsweise frühzeitig konkret fest, dass dem Verkehrssektor ab einem bestimmten Zeitpunkt nur noch geringe jährliche Emissionsmengen zur Verfügung stehen, könnte dies Anreiz und Druck für die Entwicklung und Verbreitung alternativer Techniken und der dafür erforderlichen Infrastruktur entfalten“ (BVerfGE 157, 30 [167]).*

Sofern lediglich die Gesamt-Reduktionsziele rechtsverbindlich und deren sektorenspezifische Erreichung weitgehend dem innerkoalitionellen Streit überlassen ist, können sich einzelne Branchen und Unternehmen gerade nicht mehr (oder wenigstens weniger klar) darauf einstellen, wann sie welche Reduktionen erreichen müssen. Im schlimmsten Fall – wenn etwa wie bislang der Verkehrssektor weitgehend unvermindert weiter emittiert – könnte es irgendwann zur „Vollbremsung“ (BVerfGE 157, 30 [135]) und zu den entsprechenden industriepolitischen Verwerfungen in der Automobilbranche kommen. Insofern sprechen auch jenseits des Klimaschutzes Gründe gegen die Änderung.

## Verfassungsrechtliche Zweifel

Die bislang angeführten Gründe haben auch verfassungsrechtliche Relevanz. Einerseits ist die rahmensetzende bzw. planende Funktion des KSG für die Argumentation des BVerfG in seinem Klimabeschluss – wie oben gesehen – essentiell.<sup>6</sup> Dabei sagt das Gericht zwar nicht ausdrücklich, dass es ihm auf sektorenspezifische Vorgaben ankommt, die folgenden Ausführungen des Gerichts legen dies aber nahe. So erläutert das Gericht:

*„Der nötige Entwicklungsdruck entsteht, indem absehbar wird, dass und welche Produkte, Dienstleistungen, Infrastruktur [...] oder sonstigen heute noch CO<sub>2</sub>-relevanten Strukturen schon bald erheblich umzugestalten sind“* (BVerfGE 157, 30 [166 f.], Hervorh. d. Verf.).

Noch deutlicher wird das Gericht in Rn. 254:

*„Jahresemissionsmengen und Reduktionsmaßgaben [müssen] so differenziert festgelegt werden, dass eine hinreichend konkrete Orientierung entsteht.“* (BVerfGE 157, 30, [169]).

Ob eine Aufweichung der Zuständigkeitsregelungen im KSG dem gerecht wird, erscheint zweifelhaft. Weiteren Grund für Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Änderung liefert auch Art. 20a GG. Diesem wird ein umweltrechtliches Rückschrittsverbot entnommen.<sup>7</sup> Zwar ist insoweit anerkannt, dass Art. 20a GG nur ein stabiles Gesamtniveau an Umweltschutz garantiert und punktuellen Rückschritten nicht entgegensteht. Zudem wurde das Rückschrittsverbot bislang nur im Kontext materieller Rechtsänderungen, nicht aber bei Veränderungen des institutionellen Rahmens diskutiert. Angesichts der enormen Bedeutung des KSG („Kerngesetz des Klimaschutzes“), die auch das BVerfG in seinem Klimabeschluss deutlich betont und noch gestärkt hat, erscheint

es aber denkbar, dass das Gericht die vorgesehene Änderung (mE zu Recht) als grundlegend bewertet. Es wäre eine besondere Ironie des Schicksals, wenn das, was mit einem „Modernisierungspaket Klimaschutz“ begonnen hatte, letztlich am umweltrechtlichen Rückschrittsverbot des Grundgesetzes scheitert.

## Fazit

Der Reformvorschlag erweist dem Klimaschutz einen Bärendienst. Zwar wurden im Koalitionsausschuss nach zähem Ringen auch einige Klimaschutzmaßnahmen vereinbart. Ohne die klare, rechtsverbindliche Verantwortung aller Minister:innen dürfte effektiver Klimaschutz in Zukunft aber noch schwieriger durchsetzbar sein, als bislang schon.

Im Übrigen lässt sich die Reform auch nicht damit rechtfertigen, dass erst der sektorenübergreifende Ansatz es ermögliche, Klimaschutz dort zu betreiben, wo er am effektivsten ist. Dieses Argument, **das vor allem von FDP-Politiker:innen vorgebracht wird**, suggeriert, dass in anderen Bereichen zahlreiche Maßnahmen bereitstehen, die nur darauf warten ergriffen zu werden und die auch auf keinerlei Widerstand in der Koalition stoßen würden – insoweit handelt es sich wahrscheinlich um einen ‚red herring‘ (Scheinargument). Doch selbst, wenn derlei Vorschläge tatsächlich bereitstünden, würde dies die Änderung des KSG nicht erfordern. Schon der aktuelle Rechtsrahmen ermöglicht es, die Sektorenaufteilung konkret anzupassen (§ 5 Abs. 4 KSG) und damit Raum für die effektiveren Maßnahmen in anderen Sektoren zu schaffen. Insoweit lässt sich die Änderung also auch nicht mit dem Ziel effektiven Klimaschutzes rechtfertigen. Tatsächlich scheint es bei dem Vorhaben darum zu gehen, die jeweiligen Minister:innen vom juristischen und politischen Druck zu befreien, den das KSG bislang liefert. Diesen Gefallen sollte man ihnen nicht tun.

<sup>6</sup>Das Wort essentiell ist hier nicht zufällig gewählt. Nachdem das BVerfG in seinem Klimabeschluss zunächst eine Verletzung von Schutzpflichten und des Staatsziels Umweltschutz verneint, wird die Verfassungswidrigkeit des KSG letztlich (nur) damit begründet, dass kein hinreichend klarer Planungshorizont geliefert wird.

<sup>7</sup>Siehe BVerfGE 157, 30 (148) m.w.N.



Nina Keller-Kemmerer

# Antisemitische Werke: Kunst oder Nichtkunst?

doi: 10.17176/20230325-185112-0



Antisemitismus ist in Deutschland kein Phänomen der Vergangenheit, sondern allgegenwärtig. In allen gesellschaftlichen Schichten und allen Lebensbereichen treten [antisemitische Ressentiments in vielfältigen Erscheinungsformen](#) auf.<sup>1</sup> So auch in der Kunst, wie die Ereignisse um die *documenta fifteen* im Sommer 2022 eindrücklich [gezeigt haben](#). Dank dieses Skandals sind längst überfällige Debatten über soziale, politische und rechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf Antisemitismus und im konkreten Fall auf antisemitische Kunst endlich an der Tagesordnung. Aus rechtlicher Perspektive stellt sich dabei insbesondere die Frage nach dem Verhältnis von Antisemitismus und verfassungsrechtlich gewährleisteter Kunstfreiheit. Ist antisemitische Kunst noch Kunst? Wo verlaufen die Grenzen der Kunstfreiheit? Darf der Rechtsstaat mit rechtlichen Mittel gegen antisemitische Kunst vorgehen? Ist der Staat vielleicht sogar auf Grund einer verfassungsrechtlichen „Anti-Antisemitismuswertung“ zum Einschreiten gegen antisemitische Kunst verpflichtet? Oder kritisieren Künstler:innen der *documenta* zu Recht die „[externen Eingriffe](#)“ in ihr Grundrecht auf Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG?

All diese Fragen wurden im Anschluss an den *documenta*-Skandal diskutiert und werden es hoffentlich auch weiterhin. Vor dem Hintergrund der politischen Brisanz und der Gefahren, die von Antisemitismus ausgehen, werden zurecht Antworten der Rechtswissenschaft auf diese Fragen erwartet und „[rechtsdogmatische Innovationen](#)“ verlangt. Was dabei aber nicht hilft, sondern gar kontraproduktiv wirkt, sind große, einfache und verallgemeinernde Antworten, wie sie sowohl in der Politik als auch im Kunst- und Kulturbereich sowie in der Wissenschaft in diesem Zusammenhang häufig zu beobachten sind. So auch der Vorschlag von Hannes Ludyga, antisemitischen Werken die Kunsteigenschaft im Sinne des Art. 5 III GG abzuspochen und sie somit *per se* aus dem

Schutzbereich der Kunstfreiheit auszuschließen.<sup>2</sup> Nichts anderes könne sich aus der Identität der Bundesrepublik als Gegenentwurf zum NS-Regime und einer historischen Auslegung der Verfassung ergeben, so der Autor in seinem kürzlich in der NJW erschienen Aufsatz „Kunstfreiheit und Antisemitismus“. Der Kunstbegriff, wie ihn der Parlamentarische Rat bei der Verfassung des Grundgesetzes vor Augen gehabt habe, knüpfe „an demokratische Werte vor der Zeit des Nationalsozialismus an“ und schließe folgerichtig antisemitische Kunst aus.<sup>3</sup>

## I. Einfache Lösungen für vielfältige Erscheinungsformen des Antisemitismus?

Der dogmatische Ansatz, Werken aufgrund von antisemitischen Inhalten die Kunsteigenschaft abzuspochen, mag aufgrund des eigenen politischen Verständnisses und Gerechtigkeitsgefühls legitim und als vermeintlich einfache und damit adäquate Lösung eines zentralen Problems erscheinen. Jedoch ist er aus grundrechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Perspektive weder zu rechtfertigen noch wünschenswert. Und mehr noch: Der Vorschlag ist nicht zu Ende gedacht, denn er würde Definitionsleistungen nach sich ziehen, die Rechtswissenschaft und Justiz nur bedingt leisten können und darüber hinaus den Dynamiken des Antisemitismus entgegenstehen.

### 1. Art. 5 III GG als Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Kulturdiktatur

Entgegen der Auffassung von Hannes Ludyga bietet die Entstehungsgeschichte des Art. 5 III GG keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss antisemitischer Werke aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit. Die Begründung, der Parlamentarische Rat habe aufgrund der Erfahrungen aus dem NS-Regime antisemitische Werke nicht als

<sup>1</sup> Siehe dazu insbesondere den [Jahresbericht 2021 des Bundesverbands RIAS e.V.](#)

<sup>2</sup> Hannes Ludyga, Kunstfreiheit und Antisemitismus, in: NJW 2023, S. 713-717 (713).

<sup>3</sup> Ebd., S. 716.



Kunst auffassen können, unterliegt sowohl einer anachronistischen als auch romantisierenden Betrachtungsweise. Das von den Mitgliedern des Parlamentarischen Rats zwischen September 1948 und Mai 1949 ausgearbeitete Grundgesetz und mithin auch die in Art. 5 III GG normierte Kunstfreiheit war ohne Zweifel geprägt von den Erfahrungen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft und bildete damit einen Gegenentwurf zur NS-Diktatur. Die Antwort auf diese Erfahrungen bestand aber nicht in einer erneuten Restriktion künstlerischer Freiheit, sondern in einer absolut liberalen und inhaltsneutralen Gewährleistung derselben. Gerade vor dem Hintergrund der totalitären Kontrolle der Kunst durch die Nationalsozialisten sollte der staatliche Einfluss auf die Kunst so weit wie möglich ausgeschlossen werden.<sup>4</sup> Somit war das vorrangige Ziel die „Befreiung der Kunst“.<sup>5</sup> Dass darüber zum größten Teil Einigkeit herrschte, zeigt unter anderem die Tatsache, dass es weder zur Kunstfreiheit im Allgemeinen noch zu ihren Grenzen eingehende Erörterungen im Parlamentarischen Rat gab.<sup>6</sup> Auch der dem Grundrecht zugrundeliegende Kunstbegriff wurde dabei nicht problematisiert.<sup>7</sup> Zu präsent war die „ideologische Kunstförderung“ der NS-Zeit.<sup>8</sup> Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Mitglieder des Parlamentarischen Rats antisemitische Kunst als Problem und Herausforderung vor Augen hatten.

## 2. Antisemitismus und die Kraft der öffentlichen Auseinandersetzung

Ebenso wenig kann der von Hannes Ludyga zitierte sog. [Wunsiedel-Beschluss](#) des Bundesverfassungsgerichts als Argument für eine Restriktion des Schutzbereichs der Kunstfreiheit bezüglich antisemitischer Werke herangezogen werden. Ganz im Gegenteil widerspricht die Entscheidung einer solchen Vorgehensweise. Denn die darin enthaltenen Ausführungen zur Ausnahme des Verbots des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze beziehen sich ausdrücklich allein auf die Schrankenregelung

des Art. 5 II 1. Alt. GG und lassen den materiellen Gehalt und damit den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit gänzlich unberührt (Rn. 67). Folglich und umso mehr muss das auch für den Schutzbereich der Kunstfreiheit gelten. Auch dieser muss davon unbeeinträchtigt bleiben.

Darüber hinaus betont das Gericht ausdrücklich, dass kein „allgemeines nationalsozialistisches Grundprinzip“ besteht, das NS-Gedankengut allein aufgrund seines Inhalts verbietet. Vielmehr gewährt das Grundgesetz die Meinungsfreiheit „im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung [ ... ] grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit“, so das Bundesverfassungsgericht (Rn. 67). Wenn es aber aus grundrechtsdogmatischer Perspektive schon nicht möglich ist, Meinungen aufgrund von nationalsozialistischen Inhalten zu verbieten, dann muss das gleichsam (und um so mehr) für antisemitisches Gedankengut gelten. Folgerichtig enthält die Verfassung auch keine „immanente Anti-Antisemitismuswertung“ wie sie [hier](#) gesehen wird und auch dem Vorschlag von Hannes Ludyga zugrunde liegt. Zumindest nicht in der Ausgestaltung, dass antisemitisches Gedankengut *per se* vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen ist. Denn Nationalsozialismus und Antisemitismus sind trotz ihrer Überschneidungen nicht gleichzusetzen. In der nationalsozialistischen Rassenideologie hat Antisemitismus seine extremste und tödlichste Erscheinungsform angenommen. Antisemitische Ressentiments gab es aber bereits lange vor 1933. Als Weltdeutungen haben sie sich „über Jahrhunderte in die Kultur eingeschrieben“<sup>9</sup> und manifestieren sich bis heute in ganz unterschiedlicher Weise. Eine Reduzierung von Antisemitismus auf NS-Ideologie, wie sie auch in gegenwärtigen Gerichtsentscheidungen häufig zu erkennen ist, greift somit zumindest aus rechtlicher Perspektive zu kurz. Denn dadurch werden gegenwärtige Erscheinungsformen des Antisemitismus ausgeblendet und relativiert, ja sogar normalisiert,<sup>10</sup> wie sich in den fachgerichtlichen

<sup>4</sup>Gabriele Britz in Dreier, GG Kommentar, Art. 5, Rn. 3.

<sup>5</sup>Ulrich Meyer-Cording, JZ 1976, 737-745, 739.

<sup>6</sup>Fabian Wittreck in Dreier, GG Kommentar, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 10.

<sup>7</sup>Peter Emmerich/ Joachim Würkner, Kunstfreiheit oder Antisemitismus?, NJW 1986, 1195, 1198.

<sup>8</sup>Bodo Pieroth, Kunstfreiheit im Verfassungswandel, 2021, S. 6.

<sup>9</sup>Klaus Holz/Thomas Haury, [Antisemitismus gegen Israel](#), 2021, S. 353.

<sup>10</sup>Ebd., S. 95.

<sup>11</sup>Siehe OLG Nürnberg, Urteil vom 22.10.2019 – 3 U 1523/18 sowie LG Regensburg, Endurteil vom 17.07.2018 – 62 O 1925/17; siehe dazu auch: Keller-Kemmerer/Löbrich, Antisemitismusvorwürfe vor Gericht, ASJust Working Paper Series (im Erscheinen).

Entscheidungen zum Antisemitismusvorwurf gegen Xavier Naidoo deutlich gezeigt hat.<sup>11</sup>

Dieser Komplexität des Antisemitismus kann folgerichtig nicht mit „einer großen Lösung“ begegnet werden, wie Christoph Möllers zurecht hervorhebt und eine solche sogar als verfassungswidrig ansieht (siehe [hier](#), S. 45). Vielmehr bedarf es eines differenzierten und dem Einzelfall entsprechenden juristischen Umgangs. Nicht jeder Person, die antisemitisches Gedankengut verbreitet, kann eine „weltumspannende Vernichtungsfantasie“ unterstellt werden, auch wenn diese in der „Logik des Antisemitismus“ angelegt ist, wie [Lukas Daum, Jeremias Düring und Constantin Luft](#) zurecht hervorheben. Im Lichte des Rechts kann eine Rudolf Heß-Gedenkkundgebung in Wunsiedel beispielsweise nicht mit den antisemitischen Verschwörungsmythen in den Liedzeilen von Xavier Naidoo gleichgesetzt werden. Letztere können im Gegensatz zur Gedenkveranstaltung für Rudolf Heß rechtlich wohl nicht untersagt werden. Gleichsam muss der Sänger jedoch damit leben, als Antisemit bezeichnet zu werden, wenn er antisemitische Ressentiments in der Öffentlichkeit verbreitet, wie das [Bundesverfassungsgericht überzeugend dargelegt](#) hat (s. Rn. 23). Denn genau hier zeigt sich die Kraft der öffentlichen Auseinandersetzung, da nur hier eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Positionen möglich ist.

### 3. Antisemitismus: eine Frage der rechtlichen Definition?

Somit spricht neben diesen grundrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen darüber hinaus bereits die Komplexität sowie die vielfältigen Erscheinungsformen des Phänomens Antisemitismus gegen den Ausschluss antisemitischer Kunst aus der Kunstfreiheit. Denn was ist unter dem Begriff „Antisemitismus“ und damit „antisemitischer Kunst“ zu verstehen? Was bedeutet Antisemitismus im Recht? Ist Antisemitismus überhaupt eine (Denk)kategorie des Rechts? All das wären Fragen, die bereits auf Ebene des Schutzbereichs der Kunstfreiheit zu klären wären, würde man dem Vorschlag von Hannes Ludyga folgen. Die anhaltenden Debatten in der Antisemitismusforschung zu diesem Thema zeigen, dass diese Fragen nicht leicht zu beantworten sind. Sofern es diesbezüglich überhaupt eindeutige Antworten geben kann und sollte. Als Nicht-Expert:innen auf diesem Ge-

biet wäre es mehr als vermessen, wenn jetzt Rechtswissenschaftler:innen mit einer Lösung daherkommen. Zumindest für rechtliche Fragen gilt, dass eine Definition des Antisemitismus als Rechtsbegriff – wenn überhaupt – nur in einem ganz eng abgesteckten Bereich und unter Beachtung der Relativität von Rechtsbegriffen realisierbar ist. Durch die Negierung der Kunsteigenschaft antisemitischer Werke wird das Problem somit lediglich verschoben und nicht gelöst. Der Diskurs und damit der Austausch über widerstreitende Rechte und Interessen wird dadurch von vornherein ausgeschlossen.

## II. Für eine antisemitismuskritische Rechtswissenschaft

Ob ein antisemitisches Kunstwerk von der Kunstfreiheit gedeckt ist, darf damit keine Frage des Schutzbereichs sein, sondern ist allein auf der Ebene der Grundrechtsschranken zu prüfen. Denn nur hier kann dem Konflikt entsprechend seiner konkreten Ausgestaltung Rechnung getragen werden. Dabei kommt es in jedem Einzelfall auf die Abwägung der sich im Konflikt multipolar gegenüberstehenden Verfassungsrechte an. Inwieweit in diesem Abwägungsprozess in der Praxis alle Schutzpositionen der Betroffenen gleichermaßen Beachtung finden, bedarf einer detaillierten Untersuchung. Dabei stellt sich auch die Frage, ob und inwieweit es auf der Grundlage der klassischen Struktur und Dogmatik des Grundrechtsschutzes tatsächlich gelingen kann, strukturellem Antisemitismus in seiner Vielschichtigkeit zu begegnen. Zentrale Voraussetzung dafür ist eine antisemitismuskritische Rechtswissenschaft, die sich den Herausforderungen der komplexen Dynamiken und Erscheinungsformen von Antisemitismus offen und selbstkritisch stellt. Dabei müssen eingefahrene Denkmuster sowie Perspektivverengungen ebenso hinterfragt werden wie blinder wissenschaftspolitischer Aktionismus. Auch ein interdisziplinärer Austausch insbesondere unter Einbeziehung der Erkenntnisse der Antisemitismusforschung ist eine essentielle Grundbedingung, will man sich ernsthaft mit dem Phänomen aus rechtlicher Perspektive befassen. Ein erster Anfang hierfür ist das Verbundprojekt [ASJust](#), das sich mit dem justiziellen Umgang mit Antisemitismus befasst. Weiterführende Forschung muss aber dringend anschließen, denn es bedarf einer kontinuierlichen und nicht nur kurzfristigen Beschäftigung mit dem Thema Antisemitismus in Rechtswissenschaft und Justiz.

Hans-Jürgen Papier

# Antisemitismus auf der documenta fifteen

Überlegungen zur Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und ihren verfassungsimmanenten Grenzen

doi: 10.17176/20230328-195202-0



Die documenta fifteen und das dort gezeigte Bild „People’s Justice“ von Taring Padi mit dessen unzweifelhaft antisemitischen Elementen und Darstellungen von Figuren hat bekanntlich eine bislang einmalige öffentliche Diskussion über Inhalt und Grenzen der Kunstfreiheit ausgelöst, in der allerdings politische und juristische Aspekte allzu oft und ziemlich unreflektiert vermengt wurden. Die Darstellung erfülle in Gänze und ohne Zweifel den Tatbestand der Volksverhetzung und hätte „keine Sekunde auf der documenta gezeigt werden dürfen“, so der bekannte Berliner Rechtsanwalt und Kunstmäzen Peter Raue in der Süddeutschen Zeitung vom 24. Juni 2022. Auch gegen weitere Werke wurden Antisemitismusrwürfe erhoben. Es erscheint angezeigt, nunmehr, in einem gewissen Abstand zum aktuellen Geschehen damals, eine präzise juristische Analyse zu erarbeiten. Diese soll allerdings durch politische Aspekte ergänzt werden.

## Art. 5 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht

Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei, so der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes. Damit ist neben der Wissenschaftsfreiheit die Kunstfreiheit als Grundrecht gewährleistet. Wie die Freiheitsrechte des Grundgesetzes allgemein, richtet sich auch die Kunstfreiheit in erster Linie als Abwehrrecht gegen den Staat und gegen staatliche Eingriffe, wie etwa gegen Verbote, Zensurakte oder strafrechtliche Verfolgung künstlerischer Betätigungen. In diesem Zusammenhang sei zunächst einmal festgehalten, dass es im Hinblick auf das hier in Rede stehende Kunstwerk „People’s Justice“ von Taring Padi bislang zu staatlichen Eingriffen in die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes nicht – möglicherweise noch nicht – gekommen ist. Vielmehr hat – wie allgemein bekannt – die künstlerische Leitung der documenta fifteen, „ruangrupa“, selbst entschieden, das Bild erst zu verhüllen und später ganz aus der Aus-

stellung zu entfernen. Dies geschah bekanntlich unter erheblichem politischem Druck, aber nicht aufgrund eines hoheitlichen Verbotes oder eines sonstigen Eingriffsakts der öffentlichen Gewalt.

Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes gewährleistet die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich umfassend. Daher sind nicht nur die künstlerische Betätigung, der sogenannte Werkbereich, sondern darüber hinaus auch die Darbietung, die Ausstellung und das Verbreiten des Kunstwerkes, der sogenannte Wirkbereich, als sachnotwendige Voraussetzung „für die Begegnung mit dem Werk“, von der Kunstfreiheitsgarantie umfasst. Die Entscheidung der künstlerischen Leitung der documenta, das Bild zunächst auszustellen und dann später wieder zu entfernen, war also von der Kunstfreiheitsgarantie zugunsten der künstlerischen Leitung als Wirkbereichsgarantie geschützt. Die spätere Entscheidung der Entfernung des Bildes ging zulasten der Künstler des Kollektivs Taring Padi, da ihr Bild auf der documenta nicht mehr zu sehen war. Aber die Kunstfreiheit der Künstler geht sicherlich nicht so weit, dass sie von dem für die Ausstellung, für Museen, oder sonstige künstlerische Einrichtungen künstlerisch Verantwortlichen das Zeigen beziehungsweise das Ausstellen ihres Kunstwerkes verlangen können. Ein solcher Ausstellungs- oder gar Vermarktungsanspruch des Künstlers scheidet unzweifelhaft an der Kunstfreiheitsgarantie zugunsten der Aussteller, künstlerischen Leiter oder Vermarkter von Kunstwerken.

Wie zu hören und zu lesen ist, hat allerdings die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts unter anderem der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 des Strafgesetzbuches eingeleitet. Käme es zu einer strafrechtlichen Verurteilung der Künstler und/oder der künstlerisch Verantwortlichen, läge ein klassischer staatlicher Eingriff in die Kunstfreiheit der eben Genannten aus Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes vor. Die Frage

der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines solchen staatlichen Eingriffs in die Kunstfreiheit stellte sich dann ganz offenkundig. Ihr soll im Folgenden im Einzelnen nachgegangen werden und in diesem Zusammenhang Inhalt und Grenzen der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes geklärt werden.

## Begriff der „Kunst“

Was heißt „Kunst“ im Sinne des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes. Wem steht die Definitionsmacht darüber zu, ob ein Kunstwerk oder eine künstlerische Betätigung vorliegt. Der verfassungsrechtlich geschützte Lebensbereich der Kunst und der künstlerischen Betätigung entzieht sich einer allgemeingültigen, verfassungsrechtlich verbindlichen Definition. Die Kunstfreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes ist keine statische Freiheitsverbürgung, sondern eine dynamische Garantie, die das dem Wesen der Kunst eigene Veränderungspotential anerkennt und in den Schutzbereich des Grundrechts mit einbezieht. Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt an, dass es letztlich unmöglich ist, Kunst generell zu definieren, es sei ein besonderes Merkmal der Kunst, dass die „Avantgarde“ gerade darauf abziele, „die Grenzen der Kunst zu erweitern“.<sup>1</sup> Dies entbinde allerdings nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht zu entscheiden, ob im konkreten Fall der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes eröffnet ist. Es besteht mit anderen Worten die verfassungsrechtliche Pflicht, zwischen Kunst und Nicht-Kunst zu differenzieren, womit allerdings keine staatliche Niveauekontrolle, also „eine Differenzierung zwischen hoher, guter und schlechter – und deshalb nicht weniger schützenswerter – Kunst einhergehen darf.

Man kann den Kunstbegriff zunächst formal verstehen und an den typischen Erscheinungsformen der Kunst ausrichten, also fragen, ob das betreffende Werk bestimmten tradierten Werktypen, also beispielsweise der Malerei, Bildhauerei, Dichtung, etc. entspricht. Zugleich orientiert sich die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aber auch an einem materiellen und zugleich offenen Kunstbegriff. Die künstlerische Betätigung ist materiell als „die freie schöpferische Gestaltung zu verstehen, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu

unmittelbarer Anschauung gebracht werden“.<sup>2</sup> Letztlich ist der Kunstbegriff im Sinne des Verfassungsrechts aber auch ein offener. Danach sei das Kennzeichnende einer künstlerischen Äußerung darin zu sehen, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes möglich ist, der Darstellung „im Wege fortgesetzter Interpretationen immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vieltufige Informationsvermittlung“ ergebe.<sup>2</sup> Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte kann es im Ergebnis nicht zweifelhaft sein, dass das Bild „People’s Justice“ von Taring Padi unter den Begriff der Kunst im Sinne des Verfassungsrechts fällt.

Kunstwerke sind vor allem in heutiger Zeit vielfach stark verknüpft mit Meinungsäußerungen der Künstler im politischen und gesellschaftlichen Bereich. So auch das hier in Rede stehende Kunstwerk. Auch für solche politisch engagierte Kunst und die darin enthaltenen Meinungsäußerungen gilt der Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes. Die Kunstfreiheitsgarantie ist insoweit *lex specialis* im Verhältnis zu den anderen Kommunikationsgrundrechten etwa aus Art. 5 Abs. 1 des Grundgesetzes. Es gilt allein der Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes, der anders als die Kommunikationsfreiheiten gemäß Art. 5 Abs. 1 nach Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes unter keinem Gesetzesvorbehalt steht und damit einen weitergehenden verfassungsrechtlichen Schutz gewährleistet als den der Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 Abs. 1 des Grundgesetzes. Der Schutz, den die Kunstfreiheit der politisch engagierten Kunst gewährt, darf damit in keinem Fall hinter dem zurückbleiben, was die Garantie der Meinungsfreiheit mit ihrem Gesetzesvorbehalt in Art. 5 Abs. 2 des Grundgesetzes zugunsten der allgemeinen Gesetze gewährt.

## Grenzen der Kunstfreiheit

Auch wenn die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes nicht mit einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt versehen ist, ist sie nicht schrankenlos gewährleistet. Sie findet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihre Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung, „die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentli-

<sup>1</sup>BVerfGE 67, 213, 224 f. – Anachronistischer Zug

<sup>2</sup>BVerfGE 67, 213, 227 – Anachronistischer Zug.

<sup>3</sup>BVerfGE 119, 1, 23 – Esra.



ches Rechtsgut schützen“.<sup>3</sup> Zu diesen auch der Kunstfreiheit Grenzen ziehenden verfassungsrangigen Schutzgütern gehört zum Beispiel auch das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes geschützte Persönlichkeitsrecht. Mit dessen Schutz befassen sich die beiden grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zur Kunstfreiheit und zu deren Grenzen – also die Entscheidungen *Mephisto* vom 24. Februar 1971<sup>4</sup> und *Esra* vom 13. Juni 2007. Es hat eine Abwägung der beiden verfassungsrechtlichen Schutzgüter zu erfolgen. Die Kunstfreiheit als vorbehaltloses Grundrecht hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes regelmäßig Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz. Allerdings genießt der Kernbereich privater Lebensgestaltung wegen seiner besonderen Nähe zur Menschenwürde einen absoluten Schutz, auch gegenüber der Kunstfreiheit. Zu diesem absolut geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes gehören insbesondere Ausdrucksformen der Sexualität. Eingriffe in die Privatsphäre außerhalb des Kernbereichs genießen dagegen regelmäßig einen nachgelagerten Schutz.<sup>5</sup>

Um dieses Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit einerseits und dem Schutz der Persönlichkeit andererseits geht es im vorliegenden Zusammenhang antisemitischer Darstellungen nicht. Hier stehen andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter zur Diskussion, nämlich der Schutz der Würde der Menschen als oberstes verfassungsrechtliches Prinzip (Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes) sowie das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes folgende, die uneingeschränkte Herrschaft und Durchsetzung des Rechts umfassende Gebot des Schutzes des „öffentlichen Friedens“. Daher ist das Verbot der Volksverhetzung eine immanente Schranke nicht nur der Meinungsfreiheit und der anderen Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 des Grundgesetzes, sondern auch der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes. Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes schützt mit anderen Worten nicht die Störungen des öffentlichen Friedens, insbesondere wenn diese von einem Angriff auf die Menschenwürde anderer ausgeht, etwa dadurch, dass Gruppen von Menschen beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden.

<sup>4</sup>BVerfGE 30, 173 ff.

<sup>5</sup>BVerfGE 119, 1, 29 f. – *Esra*.

<sup>6</sup>BVerfGE 124, 300, 334.

<sup>7</sup>BVerfGE 124, 300, 334.

Andererseits ist zur Wahrung des Freiheitsprinzips des Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes dem Begriff der Störung des öffentlichen Friedens ein eingegrenztes Verständnis zugrunde zu legen, das vom Bundesverfassungsgericht sehr eingehend in der *Wunsiedel*-Entscheidung<sup>6</sup> für die Grenzen der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes umschrieben worden ist und damit erst recht im Hinblick auf die immanenten Schranken der Kunstfreiheit gelten muss. Ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiven Beunruhigungen der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt, reicht für die Anerkennung immanenter Schranken der Kunstfreiheit nicht. „Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat. Der Schutz vor einer Beeinträchtigung des ‚allgemeinen Friedensgefühls‘ oder der ‚Vergiftung des geistigen Klimas‘ sind ebenso wenig ein Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder einer offenkundig falschen Interpretation der Geschichte“. „Die Verfassung setzt vielmehr darauf, dass auch diesbezügliche Kritik und selbst Polemik gesellschaftlich ertragen, ihr mit bürgerschaftlichem Engagement begegnet und letztlich in Freiheit die Gefolgschaft verweigert wird.“ „Demgegenüber setzte die Anerkennung des öffentlichen Friedens als Zumutbarkeitsgrenze gegenüber unerträglichen Ideen allein wegen der Meinung als solcher das in den Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes verbürgte Freiheitsprinzip selbst außer Kraft.“<sup>7</sup>

Der öffentliche Friede ist allein in einem Verständnis als Gewährleistung von Friedlichkeit ein verfassungslegitimer Zweck und ein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund für einen staatlichen Eingriff in die Kunstfreiheit. Das hat das Bundesverfassungsgericht in der bereits erwähnten *Wunsiedel*-Entscheidung für die Schranken der Meinungsfreiheit festgestellt. Bei der gesetzvorbehaltslosen Kunstfreiheit muss dies – wie bereits

allgemein betont – erst recht gelten. Nur wenn in der künstlerischen Äußerung ein Übergang zu Aggression und Rechtsbruch zu konstatieren, diese also erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen angelegt ist, kann von einer die Einschränkung der Kunstfreiheit legitimierenden Gefahr einer Störung des öffentlichen Friedens ausgegangen werden. Der Schutz des öffentlichen Friedens zielt auf die „Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders“. Es gehe um einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, „die sich in der Wirklichkeit konkretisieren“.<sup>8</sup>

Verfassungsrechtlicher Eingriffsgrund kann auch im Hinblick auf die Kunstfreiheit mithin nur sein, Rechts-gutsverletzungen zu unterbinden. Der Gesetzgeber kann insbesondere an Äußerungen anknüpfen, die über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können. Auch im Hinblick auf die Kunstfreiheit und ihre Grenzen ist zwischen rein geistigen Wirkungen und rechtsgutverletzenden Wirkungen zu unterscheiden.

Nur unter diesen einschränkenden Voraussetzungen trifft die Äußerung der Kulturstaatsministerin Claudia Roth unter rechtlichen Aspekten zu, die Kunstfreiheit finde ihre Grenzen in dem Schutz gegen Antisemitismus. Nur mit dieser verfassungskonformen Interpretation des Tatbestands der Störung des öffentlichen Friedens stellt der objektive Tatbestand der Volksverhetzung, § 130 Abs. 1 StGB, eine verfassungsunmittelbare oder verfassungsimmanente Schranke der Kunstfreiheit dar und setzt dem Prinzip der freien geistigen Auseinandersetzung verfassungslegitime Grenzen.

Dass das in Rede stehende Bild eindeutig antisemitische Elemente aufweist, bedeutet mithin nur dann eine Überschreitung der Grenzen der Kunstfreiheit, wenn die darin enthaltenen antisemitischen Kundgaben geeignet wären, einerseits unfriedlichen Widerstand dagegen auszulösen oder Einschüchterungen in Teilen der Bevölkerung zu bewirken oder wenn sie andererseits enthemmende Wirkungen bei der Anhängerschaft solcher Auffassungen auslösen könnten. Schutz vor subjektiven Beunruhigungen der Bürgerinnen und Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideolo-

gien würden allerdings – wie gesagt – nicht ausreichen, um von einer Störung des öffentlichen Friedens auszugehen.

Ein anderes Ergebnis im Hinblick auf den Schutz der Kunstfreiheit folgt auch nicht aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes, der eine Ungleichbehandlung aus Gründen unter anderem der Rasse und der religiösen Anschauungen verbietet. Zwar können aus den Individualgrundrechten als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe auch staatliche Schutzpflichten folgen, die den Staat und andere öffentliche Träger verpflichten, die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter gegen Beeinträchtigungen durch Dritte in Schutz zu nehmen. Dem Staat verbleibt im Hinblick auf die Wahrnehmung von Schutzpflichten ein weiter Spielraum, der einerseits im sogenannten Untermaßverbot, andererseits in der Beachtung der allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen seine Grenzen findet. Zu diesen rechtsstaatlichen Grenzen gehören die Freiheitsrechte des Grundgesetzes, sodass grundsätzlich auch die aus Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes folgenden staatlichen Schutzpflichten nicht ohne Weiteres Eingriffe in die Kunstfreiheit rechtfertigen können, die – wie gesagt – besonders verfassungsrechtlich als vorbehaltloses Grundrecht geschützt ist. Bei der Wahrnehmung von Schutzpflichten hat der Staat sich auf die Maßnahmen zu beschränken, die sich innerhalb der allgemeinen rechtsstaatlichen und damit vor allem grundrechtlichen Grenzen bewegen.

Auch für ein Kunstwerk gilt im Übrigen: Ist neben einer die verfassungsunmittelbaren Grenzen überschreitenden Interpretation des Werkes eine weitere, diese Grenzen wahrende Interpretation denkbar, so darf nicht ohne weiteres diejenige Interpretation als maßgeblich zugrunde gelegt werden, die die Rechtswidrigkeit beziehungsweise Strafbarkeit begründet. Diese vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung für die Grenzen der Meinungsfreiheit zugrunde gelegte, grundrechtsfreundliche Handhabung muss selbstverständlich auch für die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gelten.

Wenn das Bild „People’s Justice“ im Kontext mit dem Anliegen oder der Sichtweise der Urheber betrachtet und interpretiert wird, die auf angebliche postkolonialistische Verhältnisse hinweisen und die Perspektiven des globalen Südens ins Zentrum rücken möchten und wenn man

<sup>8</sup>BVerfGE 124, 300, 335.



berücksichtigt, dass das in Rede stehende Werk auf andere zeitliche und sachliche Verhältnisse als die deutschen hinweisen möchte, dann dürfte die Annahme, der objektive Tatbestand der Störung des öffentlichen Friedens im Sinne des § 130 Abs. 1 StGB sei erfüllt, zweifelhaft sein. Abgesehen davon, wird es wohl eindeutig an der Erfüllung des subjektiven Tatbestandes, also am Vorsatz, in der Person der Künstler und/oder der künstlerisch Verantwortlichen fehlen. Das betrifft allerdings nur die individuelle Strafbarkeit der Verantwortlichen, nicht die Frage der immanenten Grenzen der Kunstfreiheit. Hier ist allein der objektive Tatbestand der Volksverhetzung mit der eingefügten Einschränkung maßgeblich.

### Politische Aspekte und Verantwortlichkeiten

Die vorgetragene juristische Analyse mag viele ernüchtern, überraschen oder zum Widerspruch herausfordern. Deshalb soll nicht verschwiegen werden, dass die Ausstellung von „People’s Justice“ auf der documenta fifteen wenn schon nicht rechtlich verboten, jedenfalls in politischer Hinsicht ein großer Fehler war. Es ist bereits eingangs betont worden, dass kein Kunstschaffender auf Grund von Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes einen Rechtsanspruch auf Ausstellung seiner Werke durch Dritte, seien es Private, sei es die öffentliche Hand, hat. Die künstlerische Leitung einer Ausstellung ist aufgrund der auch für sie streitenden Kunstfreiheitsgarantie im sogenannten Wirkbereich rechtlich in der Lage, darüber zu entscheiden, welche Kunstwerke in die Ausstellung aufgenommen werden sollen, selbst wenn diese Ausstellung von der öffentlichen Hand rechtlich getragen und mit öffentlichen Mitteln finanziert wird und das Kunstwerk die rechtlichen Grenzen der Kunstfreiheit nicht überschreitet. Im vorliegenden Fall der documenta fifteen hätte die künstlerische Leitung also ohne jeden Zweifel die Ausstellung eines Werkes mit eindeutig antisemitischen Elementen aus wohl erwogenen politischen Gründen wegen der historischen, gesellschaftlichen und kulturellen Vorbedingungen in Deutschland nicht nur ablehnen dürfen, sondern ablehnen müssen.

Veranstalter der documenta ist die öffentliche Hand, genauer: eine eGmbH, deren alleinige Gesellschafter die Stadt Kassel und das Land Hessen sind. Staat, Kommunen und deren Gesellschaften können sich nicht auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen. Die öffentliche Hand ist grundsätzlich grundrechtsverpflichtet, nicht grundrechtsberechtigt.

Den Vorwurf des Versagens trifft neben der künstlerischen Leitung zweifellos auch diejenigen, die für die Auswahl und die Berufung der künstlerischen Leitung verantwortlich gewesen sind. Dies sind im Falle der documenta die zuständigen Gremien der Trägergesellschaft, die – wie gesagt – aus dem Land Hessen und der Stadt Kassel besteht. Eine staatliche oder kommunale Zensurpolitik und ein öffentliches Kulturrichtertum gegenüber der berufenen künstlerischen Leitung und den Kunstschaffenden selbst kommt zwar bei der Kunst, solange sie sich innerhalb der Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes bewegt, grundsätzlich nicht in Betracht. Dies verbietet die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes. Die vorhin angesprochenen staatlichen Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes können – wie gesagt – einen Eingriff in die Kunstfreiheit der „ruangrupa“ nicht legitimieren, sie können aber die Verantwortlichen des öffentlichen Trägers der Einrichtung zur besonderen Sorgfalt bei der Auswahl und Bestellung der künstlerischen Leitung und der präventiven Prüfung ihres kuratorischen Konzepts verpflichten, was offenbar im Falle der documenta fifteen nicht hinreichend geschehen ist. Vielmehr ist die Auswahl der künstlerischen Leitung einem internationalen Gremium übertragen worden, sodass man sich offenbar jeder Zuständigkeit und Einflussnahme freiwillig entäußert hatte.

### Verhältnis von Staat und Kultur - Rechtsstaatliche Strukturen erforderlich

Das Geschehen um die documenta fifteen bietet Veranlassung, über das Verhältnis von Staat und Kultur ganz allgemein neu nachzudenken. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes nicht nur ein individuelles Freiheitsrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern auf Grund seines objektiv-rechtlichen Gehalts zugleich eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung zugunsten der Freiheit und damit der Staatsunabhängigkeit der Kunst beinhaltet. Ähnlich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 und der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Alt. 2 muss daraus die Verpflichtung des Staates, soweit er etwa kulturelle Einrichtungen und Veranstaltungen in eigener juristischer Trägerschaft betreibt oder mit öffentlichen Geldern finanziert, abgeleitet werden, für ein Mindestmaß an rechtlichen Strukturen zu sorgen, damit aus einer öffentlich-rechtlichen Trägerschaft oder Finanzierung nicht eine staatliche Po-

litik der Kulturzensur und die grundrechtlich gewährte Staatsunabhängigkeit der Kunst mittelbar ausgehöhlt werden kann.

Im Falle wichtiger, anderer Kommunikationsgrundrechte, etwa im Falle der Rundfunkfreiheit sowie der Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre, ist von der Rechtsprechung in unterschiedlichem Maße eine solche Organisationsverpflichtung des Staates entwickelt worden, um der objektiv-rechtlichen Wertentscheidung zugunsten der betreffenden Freiheitsrechte selbst bei gleichzeitiger öffentlich-rechtlicher Organisation des Grundrechtsträgers oder der öffentlichen Finanzierung hinreichend Rechnung zu tragen. Im Falle der künstlerischen Betätigung ist eine solche organisationspezifische Konkretisierung der objektiv-rechtlichen Wertentscheidung des Grundrechts der Kunstfreiheit bislang unterblieben, sie ist aber meines Erachtens im Kulturstaat Bundesrepublik Deutschland für alle föderalen Ebenen überfällig. Das Verhältnis von Staat beziehungsweise Kommune einerseits und Kultur andererseits gestaltet sich derzeit weitgehend im rechtsfreien Raum oder – wie im Falle der documenta – „in einem undurchsichtigen Geflecht privatrechtlicher Vereinbarungen“. Daher sollte der staatliche und kommunale oder durch öffentliche Mittel finanzierte Kulturbetrieb nicht weiterhin dem rechtsfreien Raum oder der Flucht in ein Geflecht privatrechtlicher Absprachen überlassen werden.

Soweit Kunstschaffende öffentliche Räume oder öffentliche Einrichtungen der Städte und Gemeinden nutzen wollen, ist der gesetzliche Benutzungsanspruch gemäß den Gemeindeordnungen der Länder zu beachten. Dieser öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch schließt eine Nutzungsversagung aus politischen Gründen aus, das gilt selbstverständlich auch und gerade im Hinblick auf die Ausübung der Kunstfreiheit. Entsprechende Gemeinderatsbeschlüsse, aber auch diesbezügliche Parlamentsbeschlüsse sind rechtswidrig, solche Beschlüsse etwa von Landesparlamenten oder gar des Deutschen Bundestages sind ohnehin unverbindlich.<sup>9</sup> Dies gilt etwa für Künstler, die der Kampagne des sogenannten BDS gegen den Staat Israel zugerechnet werden und die mit einem städtischen Auftrittsverbot konfrontiert werden, obwohl deren künstlerische Betätigung die verfas-

sungsrechtlichen Grenzen des Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes nicht überschreitet.

### Schlussbemerkung

Die freiheitliche rechtsstaatliche Demokratie ist sicherlich eine „inhärent riskante Ordnung“.<sup>10</sup> Herausforderungen wie die durch Hass, Rassismus und Antisemitismus gehören schon immer zu den Risiken, die die freiheitlichen rechtsstaatlichen Demokratien um der Freiheit willen immer wieder eingehen und bestehen müssen. Der Staat hat sicherlich die freiheitliche demokratische und rechtsstaatliche Ordnung zu sichern, aber eben ausschließlich mit den Mitteln des Rechtsstaats. Konstitutives Merkmal des Rechtsstaats sind aber die Freiheitsrechte, wozu sicherlich das Grundrecht der Kunstfreiheit gehört. Sie darf nur auf gesetzlicher Grundlage und ausschließlich zum Schutz höher- oder zumindest gleichrangiger verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Einzelnen, nicht aber zur Durchsetzung einer „guten Moral“ eingeschränkt werden. Ich möchte hier den Satz des bekannten Bonner Staatsrechtslehrers Josef Isensee zitieren: „Die Sonne der Freiheit scheint über Weizen und Unkraut. Wer alles Unkraut, das in der Demokratie wächst, vernichten will, wird am Ende auch dem Weizen schaden“.<sup>11</sup>

Abschließend darf ich, unmittelbar auf die documenta fünfzehn zurückkommend, die Feststellung des Abschlussberichts des fachwissenschaftlichen Gremiums zur Begleitung der documenta fünfzehn zitieren, der ich mich grundsätzlich anschließen möchte: „Die in der *documenta fifteen* aufgetretenen Probleme lassen sich im Wesentlichen nicht mit den Mitteln des Rechts lösen“. Aber um das zu verstehen, muss man sich Klarheit über die Rechtslage verschaffen. Andererseits dürfen sich die politisch Verantwortlichen auch nicht hinter dem Recht verstecken und sie müssen ihrer politischen Verantwortung, innerhalb des rechtlichen Rahmens, auch nachkommen. Das Geschehen um die documenta fifteen offenbarte in dieser Hinsicht erhebliche Defizite.

*Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 14. März 2023 vor der Juristischen Gesellschaft zu Kassel gehalten hat.*

<sup>9</sup>Siehe auch Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung – ein Rechtsgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien, 2022, S. 35 ff.

<sup>10</sup>Stefan Magen, Kontexte der Demokratie: Parteien – Medien – Sozialstrukturen in: VVDStRL 77 (2018) S. 67 (99).

<sup>11</sup>Josef Isensee, Diskussionsbeitrag in: VVDStRL 77 (2018) S. 113.

Thorsten Koch

# Bezirksämter ohne Legitimation

doi: 10.17176/20230303-185243-0



## I. Ausgangslage

Mit deutlichen Worten hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin Mitte November vergangenen Jahres die Wahlen zum Abgeordnetenhaus und zu den Bezirksverordnetenversammlungen in Berlin vom 26. September 2021 für ungültig erklärt: Aufgrund einer „rechtsfehlerhaft unzureichende(n)“ Wahlvorbereitung sei es zu mehreren Wahlfehlern gekommen, die in ihrer Häufigkeit die Verteilung der Sitze beeinflusst hätten, was zur Ungültigkeit der Wahlen im gesamten Wahlgebiet führe – wegen der Häufigkeit und Schwere der Wahlfehler sei allein dieses Ergebnis der erfolgten Wahlanfechtungen geeignet, erforderlich und angemessen, „um eine Zusammensetzung des Abgeordnetenhauses und der Bezirksverordnetenversammlungen zu gewährleisten, die den rechtlichen Anforderungen an demokratische Wahlen entspricht“.<sup>1</sup> Aufgrund der Wiederholungswahl, die daraufhin am 12. Februar 2023 stattfand, haben sich nicht nur die Mehrheitsverhältnisse im Abgeordnetenhaus, sondern auch in einigen Bezirksverordnetenversammlungen verschoben.

Nach der Wahl 2021 hatten die Bezirksverordnetenversammlungen bereits ihre Aufgabe wahrgenommen, die Mitglieder der Bezirksämter (Bezirksbürgermeister/in und Stadträte/Stadträtinnen) „für die Dauer der Wahlperiode“ zu wählen (§ 35 Abs. 1 BezVG); diese Wahlperiode entspricht der des Abgeordnetenhauses (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BezVG) und bleibt von der Wiederholungswahl unberührt.<sup>2</sup> Das Bezirksamt wird grundsätzlich auf Grund von Wahlvorschlägen der Fraktionen in der Bezirksverordnetenversammlung (BVV) entsprechend ihrem Stärkeverhältnis nach Maßgabe des (fragwürdigen) Höchstzahlverfahrens nach d’Hondt gebildet (§ 35 Abs. 2 BezVG).

Dass sich diese Stärkeverhältnisse durch die Wieder-

holungswahl verändert haben, wirft die Frage auf, ob die Wiederholungswahl auch Auswirkungen auf die Wahl der Mitglieder des Bezirksamtes hat. Offenbar führt es zu einem demokratiethoretischen „Störgefühl“, dass die Bezirksbürgermeister / innen (und die anderen Mitglieder des Bezirksamtes) gleichwohl für die verbleibende Dauer der Wahlperiode – ca. 3,5 Jahre – im Amt bleiben sollen. Auch der Wissenschaftliche Parlamentsdienst des Abgeordnetenhauses hat in einem Gutachten von Anfang Februar 2023 in diesem Zusammenhang auf das Demokratieprinzip (Art. 20 GG) verwiesen.<sup>3</sup>

## II. Die „Legitimation der Entscheidung“

Ein solcher grundsätzlicher Zusammenhang zwischen der (demokratischen) Legitimation der Mitglieder der Bezirksämter und einem unveränderten Stärkeverhältnis der in einer BVV vertretenen politischen Kräfte kann indes bei näherem Hinsehen nicht angenommen werden. Für die Verbindlichkeit der von einer zuständigen Stelle getroffenen Entscheidungen, seien dies Sachentscheidungen („Beschlüsse“) oder auch Wahlen („Wahlbeschlüsse“), kommt es grundsätzlich nur auf die Entscheidungszuständigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung an, nicht aber den (unveränderten) Fortbestand der entscheidenden Stelle. Die Wahlentscheidung eines Kollegialorgans – etwa des Abgeordnetenhauses oder einer BVV – in seiner jeweiligen Zusammensetzung oder auch durch das „Wahlvolk“ als Ganzes entfaltet grundsätzlich eine legitimierende Wirkung für einen bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Zeitraum (Wahlperiode / Amtszeit). Diese Wirkung entfällt aber nicht dadurch, dass sich die personelle Zusammensetzung der wählenden Gruppe oder auch die politischen Stärke- / Mehrheitsverhältnisse ändern. Wenn ein Kollegialorgan – etwa eine Bezirksver-

<sup>1</sup>VerfGH, Urt. v. 16.11.2022 – 154/21, Umdruck, S. 32 f. = Rn. 42 f. (juris).

<sup>2</sup>VerfGH (Anm. 1), S. 150 = Rn. 254 (juris).

<sup>3</sup>Wiss. Parlamentsdienst, Gutachten v. 06./09.02.2023 zu den Rechtsfolgen des Urteils des VerfGH vom 16. 11.2022 für das Abgeordnetenhaus von Berlin und die Bezirksverordnetenversammlungen, S. 17 sub II.H.2. b) mit dem merkwürdigen - mit Blick auf das Demokratieprinzip verfehlten - Zusatz, bei der Tätigkeit einer BVV / des Bezirksamtes gehe es nicht „lediglich um die Selbstverwaltung eigener Angelegenheiten, sondern um die unmittelbare Wahrnehmung staatlicher Aufgaben“.

ordnetenversammlung – im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit eine Wahlentscheidung trifft, trägt diese vielmehr für die jeweilige Wahlperiode. Ein „Ausspruch des Vertrauens“<sup>4</sup> der neu konstituierten BVV gegenüber den Mitgliedern des Bezirksamts ist daher zumindest aus der Perspektive des Demokratieprinzips nicht erforderlich. In Berlin fehlt es sogar an einer Verknüpfung der Amtszeit der Regierung mit der Wahlperiode des Abgeordnetenhauses (dazu näher J. Klein)

Ein anderes Beispiel: Nach dem früheren („britischen“) Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen wurde die jeweilige Verwaltungsspitze (Gemeindedirektor/in, Stadtdirektor/in, Oberstadtdirektor/in) von der Vertretung (Rat bzw. Kreistag) für eine Amtszeit von 8 (§ 49 GO NW a.F.) bzw. 12 Jahren (§ 61 NGO a.F.) gewählt. Die Länge dieser Amtszeiten begegnete zwar mit Blick auf das Erfordernis der Erneuerung demokratischer Legitimation bei Wahlbeamten und -beamtinnen mit erheblichen Entscheidungskompetenzen durchaus Bedenken; die (auch mehrfache) Neuwahl und Neukonstituierung des wählenden (Kollegial-) Organs während der Amtszeit der Hauptverwaltungsbeamtinnen und -beamten ist hingegen nicht problematisiert worden; die Unabhängigkeit der Verwaltungsspitze von den Mehrheiten in der Vertretung war vielmehr beabsichtigt.

### III. Der einfach-gesetzliche Befund

Dies wiederum kann man mit Blick auf das Verhältnis zwischen Bezirksverordnetenversammlung und Bezirksamtsmitgliedern nach Maßgabe des einfachen Rechts durchaus anders sehen, da einfach-gesetzlich eine weitergehende Verknüpfung der Amtszeiten vorgesehen ist: Das Bezirksamt wird nicht nur für die Dauer der Wahlperiode der BVV gewählt, seine Zusammensetzung soll auch grundsätzlich die Mehrheitsverhältnisse in der BVV widerspiegeln (§ 35 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BezVG), seine Mitglieder bedürfen nach der ausdrücklichen Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 des Bezirksamtsmitgliedergesetzes (BAMG) des Vertrauens der Bezirksverordnetenversammlung. Ersichtlich ging der Gesetzgeber demnach von einem „politischen Gleichlauf“ von Bezirksverordne-

tenversammlung und Bezirksamt aus. Dessen Unterbrechung durch eine mehrheitsverändernde Wahlwiederholung innerhalb einer laufenden Wahlperiode würde demnach eine verdeckte Regelungslücke offenbaren, die nur schwer korrigierbar zu sein scheint. Der Verfassungsgerichtshof hat unter Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>5</sup> ausdrücklich entschieden, dass die Ungültigerklärung der Wahlen zum Abgeordnetenhaus und den Bezirksverordnetenversammlungen allein *ex nunc* wirke und alle bis zur erneuten Konstituierung dieser Organe ergangenen Rechtsakte wirksam bleiben.<sup>6</sup>

### IV. Wahlfehler und demokratische Legitimation

Dass dieses Diktum des Verfassungsgerichtshofes auch auf fortdauernde Wirkungen von Personalentscheidungen über die Konstituierung des neu gewählten Abgeordnetenhauses oder der Bezirksverordnetenversammlungen zu erstrecken ist, versteht sich indes nicht von selbst, denn die oben (II.) skizzierte Legitimation der Entscheidung setzt ihrerseits voraus, dass das wählende / beschließende Organ demokratisch hinreichend legitimiert ist. Das ist hier aber mit Blick auf die fehlerbehaftete Wahl der Bezirksverordnetenversammlungen zu bezweifeln.

Das Erfordernis demokratischer Legitimation erfordert zunächst eine Unterscheidung zwischen einer personellen und einer materiellen („sachlich-inhaltlichen“) Legitimationskomponente. Der Aspekt der personellen Legitimation betrifft die Frage, inwieweit sich Auswahl und Berufung der mit der Wahrnehmung von Staatsfunktionen betrauten Personen durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Volk zurückführen lassen. Demgegenüber geht es bei der materiellen Legitimation um die Rückbindung des Inhalts einer Entscheidung an den Volkswillen durch die Verpflichtung der handelnden Personen an inhaltliche Vorgaben und die Kontrolle ihrer Beachtung. Diese verschiedenen Formen demokratischer Legitimation haben Bedeutung „nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken“. Gefordert wird ein „bestimmtes Legitimationsniveau“, das bei den verschiedenen Erscheinungsformen staatlichen Handelns namentlich im Bereich der „vollziehenden Gewalt“ unterschied-

<sup>4</sup>Wiss. Parlamentsdienst, Gutachten v. 06./09.02.2023 (Anm. 2), a.a.O.

<sup>5</sup>BVerfG, B. v. 20.07.2021 – 2 BvF 1/21, Rn. 10; s. ferner BVerfG v. 11.10.1972 – 2 BvR 912/71, Rn. 38.

<sup>6</sup>VerfGH (Anm. 1), Umdruck, S. 149 f. = Rn. 253 (juris).

<sup>7</sup>Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, Rn. 37; B. v. 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, Rn. 135; s. ferner BVerfG, B. v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98 u.a., Rn. 132.



lich ausgestaltet sein kann.<sup>7</sup> Zwar ist daher eine Mediatisierung der personell-demokratischen „Legitimationskomponente“ bei sich verlängernden Legitimationsketten einer Kompensation durch Elemente der materiellen Legitimation zugänglich. Ein vollständiger Verzicht auf personell-demokratische Legitimation in Fällen, in denen einer Person oder Stelle in weitem Umfang eigene Entscheidungsbefugnisse zugewiesen sind, muss jedoch auf Bedenken stoßen. In einer Entscheidung betreffend die Hamburger Bezirksversammlungen hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt, dass eine Legitimation, bei der „einzelne Legitimationselemente zurücktreten“ nur ausreichend sei, wenn „die Aufgaben eines Amtsträgers einen besonders geringen Entscheidungsgehalt“ haben, weil nur gegenständlich eng begrenzte und inhaltlich vorstrukturierte Entscheidungskompetenzen sowie umfassende Evokations- und Letztentscheidungsrechte eines übergeordneten Organs bestehen.<sup>8</sup>

Mit Blick auf Spitzenbeamtinnen und Spitzenbeamten (sowie auch Regierungsmitglieder) wird danach auf eine personell-demokratische Legitimationskomponente nicht (vollständig) verzichtet werden können. Ist eine Wahl aber in so hohem Maße fehlerbehaftet, dass eine vollständige Wiederholung erfolgen muss, so muss bezweifelt werden, dass die Wahl den damit kreierte Kollegialorganen eine hinreichende demokratische Legitimation vermittelt, die diese dann auch „weitergeben“ können. Hierzu hat der Verfassungsgerichtshof in der Entscheidung vom 16. November 2022 festgestellt, dass bei den Wahlen vom 26. September 2021 die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verletzt wurden, weil Tausende Wahlberechtigte ihre Stimme am Wahltag nicht wirksam, nur unter unzumutbaren Bedingungen oder nicht unbeeinflusst abgeben konnten,<sup>9</sup> was auch Auswirkungen auf die Sitzverteilung gehabt habe,<sup>10</sup> wegen der Häufigkeit und Schwere der Wahlfehler sei allein eine Wahlwiederholung geeignet, eine den rechtlichen Anforderungen an demokratische Wahlen entsprechende Zusammensetzung von Abgeordnetenhaus und Bezirksverordnetenversammlungen zu gewährleisten.<sup>11</sup> Eine in diesem Maße fehlerbehaftete Wahl kann indes auch keine

demokratische Legitimation vermitteln.

Dieser Sachverhalt hindert andererseits nicht, entsprechend der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs im Interesse der Handlungsfähigkeit des Staates die Befugnis der fehlerbehaftet gewählten (Kollegial-) Organe zu Rechtsakten sowie deren (fortdauernde) Gültigkeit anzuordnen. Insoweit in Rede steht letztlich ein Konflikt zwischen Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip, wie er in ähnlicher Form auch der Diskussion um einen „Bestandsschutz“ für Parlamente zugrunde liegt. Nicht ersichtlich ist hingegen, aus welchem Grunde es mit Blick auf die Handlungsfähigkeit des Staates geboten sein sollte, eine von einem nicht hinreichend demokratisch legitimierten (Kollegial-) Organ getroffene Wahlentscheidung über die Zeit der Neukonstituierung des Organs hinaus aufrechtzuerhalten und damit weitergehende Personal- und / oder Sachentscheidungen zu ermöglichen. Die Funktionsfähigkeit des Staates ist insoweit nicht tangiert; die erneute Vermittlung demokratischer Legitimation ist kein prima facie demokratiewidriger Vorgang.<sup>12</sup>

## V. Konsequenzen

In Ermangelung hinreichender demokratischer Legitimation der im September 2021 gewählten Bezirksverordnetenversammlungen bedarf es nach deren Neukonstituierung auch einer Neuwahl der zwischenzeitlich gewählten Mitglieder der Bezirksämter. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes betreffend die Gültigkeit der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen und Rechtsakte erfordert insoweit eine einschränkende Interpretation, denn das Rechtsstaatsgebot und ein Gebot der Handlungsfähigkeit des Staates gebieten nicht die fortdauernde Anerkennung von Personal- und Sachentscheidungen von Personen, deren Wahl mangels hinreichender personell-demokratischer Legitimation des wählenden Organs ebenfalls fehlerhaft ist. Eine gesetzliche Regelung über die Neuwahl der Mitglieder der Bezirksämter, wie sie derzeit diskutiert wird, ist daher verfassungsrechtlich geboten.

<sup>8</sup>BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, Rn. 42.

<sup>9</sup>VerfGH (Anm. 1), Umdruck, S. 50 = Rn. 86 (juris).

<sup>10</sup>VerfGH (Anm. 1), Umdruck, S. 62 ff. = Rn. 122 ff. (juris).

<sup>11</sup>VerfGH (Anm. 1), Umdruck, S. 32 f. = Rn. 44 (juris).

<sup>12</sup>Krit. zum Gedanken des „Bestandsschutzes“ daher *Th. Koch*, DVBl. 2000, S. 1093 (1095 ff.).

Christian Walter, Philip Nedelcu

# Wann folgt die Begründung?

Die Berliner Wahlpannen und das Nachreichen der Entscheidungsgründe durch das Bundesverfassungsgericht im einstweiligen Rechtsschutz

doi: 10.17176/20230314-185305-0



Am 25. Januar 2023 lehnte das Bundesverfassungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab, mit dem die vom [Berliner Verfassungsgerichtshof angeordnete](#) vollständige Neudurchführung der Wahlen zum Abgeordnetenhaus und zu den Bezirksverordnetenversammlungen vorläufig bis zur Entscheidung über die in der Hauptsache [erhobene Verfassungsbeschwerde](#) unterbunden werden sollte ([2 BvR 2189/22](#)). Damit war der Weg frei für die Wiederholung der Wahl am 12. Februar 2023. Die Entscheidung erging nach § 32 Abs. 5 Satz 1 BVerfGG zunächst ohne Begründung.

Beim Jahrespresseempfang des Bundesverfassungsgerichts am 8. März 2023 hat der zuständige Berichtserstatter, Bundesverfassungsrichter Peter Müller, übereinstimmenden Presseberichten zufolge erklärt, dass das Abfassen der Gründe noch etwas Zeit beanspruchen werde, weil [eine belastbare Begründung in der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen sei](#) und es [einer Würdigung der Verfassungsbeschwerde in ihrer Gesamtheit bedürfe](#). Mit der Begründung sei erst im Mai zu rechnen. Diese Erwägungen sind vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Begründungspflicht von Eilentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts schon angesichts der für die Entscheidung tatsächlich zur Verfügung stehenden Zeit problematisch. Vor allem aber verwischen sie wesentliche Unterschiede zwischen Eilrechtsschutz und Hauptsacheverfahren.

## Grundsätzliche Begründungspflicht bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht

Es liegt in der Natur des einstweiligen Rechtsschutzes, dass die Entscheidungen des Gerichts unter Zeitdruck erfolgen. Gleichwohl sieht das Bundesverfassungsgesetz für einstweilige Anordnungen grundsätzlich eine Begründungspflicht vor (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG). Das ist insofern bemerkenswert, als es nicht unbedingt einer Begründung bedarf, wenn Verfassungsbeschwer-

den nicht zur Entscheidung angenommen werden (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG). In der Praxis führt dies dazu, dass es unter Umständen einfacher ist, bei einer offensichtlich nicht annahmefähigen Verfassungsbeschwerde, die gemeinsam mit einem Eilantrag erhoben wurde, direkt (und ohne Begründung) über die Hauptsache zu entscheiden, anstatt isoliert (und dann begründungspflichtig) den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz zu bescheiden. Sind die Rechtsfragen des Hauptsacheverfahrens aber komplex und fehlt es nicht offensichtlich an den Annahmeveraussetzungen, so muss über den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz isoliert entschieden werden, wenn die Sache entsprechend eilbedürftig ist. Diese Entscheidung unterliegt dann der bereits angesprochenen Begründungspflicht.

Seit 1993 besteht eine Erleichterung für die Begründung von Entscheidungen über Anträge im einstweiligen Rechtsschutz. Damals wurde die Regelung in § 32 Abs. 5 BVerfGG eingeführt. Hintergrund der Neuregelung war, dass es Fälle mit besonderer Dringlichkeit gibt, in denen zwar das Ergebnis feststeht, die Absetzung der schriftlichen Begründung aber wegen der Abstimmung unter den beteiligten Richterinnen und Richtern zeitaufwändig ist ([BT-Drs. 12/3628, S. 12](#)). In solchen Fällen sollte zunächst ohne Begründung entschieden und die Begründung anschließend nachgereicht werden können. Die vorherige Praxis hatte mit dem Problem zu kämpfen, dass es in solchen besonders eiligen Fällen tatsächlich unmöglich war, die Begründung rechtzeitig abzusetzen, das Bundesverfassungsgericht also letztlich gegen die Begründungspflicht verstieß. Diesem Problem sollte mit der Neuregelung abgeholfen werden. Der Entwurf geht dementsprechend davon aus, dass auch in diesen Fällen die Bekanntgabe „unverzüglich“ erfolgt. Es ist nicht einfach, die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts zum Nachreichen von Gründen und zur Dauer des Nachreichens zu ermitteln. Der Zeitpunkt des Nachreichens wird oft nicht explizit gemacht und lässt sich nur indirekt (z.B. an-



hand einer dahingehenden [Pressemitteilung](#)) ermitteln. Der Zweck hinter der Ausnahmeregelung ist aber klar: Es geht darum, dem Gericht in besonders eilbedürftigen Fällen zusätzliche Zeit zu verschaffen, in der es die Gründe für seine (den einstweiligen Rechtsschutz gewährende oder ablehnende) Entscheidung verschriftlichen und den Verfahrensbeteiligten übermitteln kann. Soweit ersichtlich, bewegt sich das in der bisherigen Praxis in einem Zeitraum von bis zu einem Monat.

## Der Prüfungsmaßstab im einstweiligen Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht

Für die Begründung der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz ist der Prüfungsmaßstab entscheidend. Er gehört zu den besonders komplexen Bereichen des Verfassungsprozessrechts und wird durch eine ausgefeilte Kasuistik und vor allem auch durch eine nicht immer einheitliche Praxis geprägt.

Grundsätzlich hat die Prüfung zwei Stufen: Auf der ersten Stufe wird geprüft, ob sich die Hauptsache als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist. Ist das der Fall, gibt es von vornherein keinen Grund für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Andernfalls kommt es zur zweiten Stufe, auf der – wiederum grundsätzlich – anhand der sog. „Doppelhypothese“ abgewogen wird: zwischen den Nachteilen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber später Erfolg hätte, und den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung zunächst erlassen würde, das Hauptsacheverfahren aber später doch erfolglos bliebe. Bei dieser Abwägung nach der Doppelhypothese sollen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichts grundsätzlich keine Bedeutung haben.

Abweichend von diesen Grundsätzen greift das Bundesverfassungsgericht in einigen besonderen Konstellationen ausnahmsweise (und nicht immer einheitlich) doch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zurück. Hierzu gehören namentlich Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz, mit denen unvermeidlich die Hauptsacheentscheidung ganz oder teilweise vorweggenommen wird.

## Die (spekulative) Anwendung dieser Grundsätze auf das Berliner Verfahren

Was bedeuten diese Grundsätze nun für den Eilantrag gegen die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichts? Für die in der Hauptsache erhobene Verfassungsbeschwerde wird man davon ausgehen dürfen, dass sie weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet ist. Im Weiteren käme es dann darauf an, ob die Entscheidung, keinen Eilrechtsschutz zu gewähren, die Hauptsache zumindest faktisch vorwegnimmt. Dafür könnte sprechen, dass es praktisch-politisch kaum vorstellbar erscheint, die Wiederholungswahl nachträglich für ungültig zu erklären mit der Begründung, die ursprüngliche Wahl hätte zumindest teilweise (nämlich in den nicht von Fehlern betroffenen Wahlkreisen) Bestand haben müssen.

Hält man diese praktisch-politische Überlegung für ausschlaggebend, so käme einerseits eine summarische Prüfung der Hauptsache in Betracht. Diese ist in mehrfacher Hinsicht komplex. Zum einen sind grundsätzliche Fragen des Verhältnisses von Bundes- und Landesverfassungsrecht (einschließlich des Verhältnisses der jeweiligen Verfassungsgerichtsbarkeit) zu klären. Außerdem müssen je nach dem sich ergebenden Kontrollmaßstab die Wahlfehler nachvollzogen und in ihrer Bedeutung für die Fehlerfolgen gewichtet werden.

Auch die nach der Doppelhypothese stattdessen anzustellende Abwägung bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich: Dass die Folgen massiv gewesen wären, hätte die bereits fest terminierte Wahl weniger als 14 Tage vor dem Wahltag verschoben werden müssen, ist offensichtlich. Dieser ohnehin unvermeidliche Effekt würde noch einmal verstärkt für den in der Doppelhypothese zu unterstellenden Fall, dass sich in der Hauptsache dann doch kein Verfassungsverstoß herausstellt. Umgekehrt sind auch die Folgen des Nichterlasses der Anordnung massiv, wenn sich in der Hauptsache die Verfassungsbeschwerde dann doch als begründet erweist. Der Erfolg der Hauptsache würde bedeuten, dass die Wiederholungswahl also entweder nicht oder jedenfalls nicht in dieser Form hätte stattfinden dürfen. Die bereits erfolgte Wiederholungswahl würde dadurch nachträglich delegitimiert.

In beiden Varianten der Doppelhypothese würde also ein nicht unerheblicher Schaden für die Demokratie drohen. Man kann sich gut vorstellen, dass sich der Zweite

Senat im Dickicht dieser Prüfungsalternativen und Abwägungsfragen nicht leichtgetan hat. Was die entscheidenden Erwägungen waren, die einstweilige Anordnung nicht zu erlassen, bleibt im Moment aber mangels vorliegender Begründung Spekulation. Vielleicht hat man angesichts der in jedem Fall schwerwiegenden Folgen und der unmittelbar bevorstehenden Wiederholungswahl doch eine summarische Prüfung der Hauptsache vorgenommen? Vielleicht hat man auch angesichts der in erster Linie landesrechtlichen Fragestellung der Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs eine besondere Bedeutung beigemessen? Immerhin gibt es eine **Senatsentscheidung aus dem Jahr 1997**, in der vom selbstständigen Nebeneinander der Verfassungsbereiche von Bund und Ländern die Rede ist und betont wird, dass der Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder vom Bundesverfassungsgericht möglichst nicht angetastet werden dürfe. Vielleicht waren aber auch noch ganz andere Gründe maßgeblich?

### Zur Funktion der Begründung und den Andeutungen des Berichterstatters auf dem Jahrespresseempfang des Bundesverfassungsgerichts

Die gerade angerissenen Abwägungs- und Entscheidungsprobleme führen zurück zu den eingangs wiedergegebenen Äußerungen von Bundesverfassungsrichter Müller auf dem Jahrespresseempfang. Dass die Sache komplex und politisch heikel war und ist, liegt auf der Hand und wird durch die gerade angestellten Erwägungen zu möglichen Gründen in der Abwägung nochmals unterstrichen. Dennoch, und vielleicht sogar gerade deswegen, ist das Vorgehen des Zweiten Senats jedenfalls dann problematisch, wenn es tatsächlich so sein sollte, dass die zusätzliche Zeit verwendet wird, um „die Verfassungsbeschwerde in ihrer Gesamtheit“ zu würdigen. Das ergibt sich vor allem aus der nachfolgenden Überlegung:

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat am 25.1.2023 entschieden, die begehrte einstweilige Anordnung nicht zu erlassen. Für diese Entscheidung muss es an diesem Tag eine Mehrheit gegeben haben, die für diese Position Gründe gehabt haben muss. Diese Gründe, die am 25.1.2023 die Entscheidung getragen haben, sind es, die jetzt noch verschriftlicht und veröffentlicht werden müssen. Problematisch wäre es dagegen, die Ent-

scheidung vom 25.1.2023 mit neuen, erst später erwo-genen Gründen zu versehen und zusätzlich abzusichern (oder darüber gegebenenfalls erneut zu beraten). Gerade weil es nicht ausgeschlossen erscheint, dass bei der Entscheidung vom 25.1.2023 eine summarische Prüfung der Hauptsache stattgefunden hat, erscheint es problematisch, wenn jetzt für das Abfassen der Gründe noch weiter über eine Würdigung der Verfassungsbeschwerde in ihrer Gesamtheit nachgedacht werden soll. Sollte eine summarische Prüfung stattgefunden haben, so dürften es ausschließlich die für diese Prüfung maßgeblichen Gründe sein, die niedergelegt werden, nicht später ange-reicherte Erwägungen, die sich aus weiterem Nachdenken über die Hauptsache ergeben haben.

### Schlussüberlegung

Die Begründung gerichtlicher Entscheidungen dient der Rationalisierung von Entscheidungsprozessen. Sie soll einen (gegebenenfalls kritischen) Diskurs über Entscheidungsergebnisse ermöglichen und damit insgesamt Transparenz herstellen. Diese Bedeutung der Begründung wird unterlaufen, wenn unklar ist, welche Erwägungen eine Entscheidung tatsächlich im maßgeblichen Zeitpunkt getragen haben und welche später hinzugetreten sind.

Dies spricht dafür, die Begründungspflicht und die in der Begründung für den Gesetzesentwurf zu § 32 Abs. 5 BVerfGG verwendete Formulierung „unverzüglich“ ernst zu nehmen. Das stattdessen auf dem Jahrespresseempfang angedeutete Vorgehen würde diesem Verständnis von Begründung und Begründungspflicht nicht gerecht. Die im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Gründe drohen durch die erst noch vorzunehmende Würdigung der Verfassungsbeschwerde in ihrer Gesamtheit mit neuen Erwägungen vermischt zu werden, wodurch schlussendlich nicht mehr nachvollziehbar wäre, was genau den Zweiten Senat am 25.1.2023 zu seiner Entscheidung bewogen hat.

Es mag sein, dass es angesichts der Komplexität der Erwägungen trotzdem nicht möglich war, die Begründung direkt mitzuliefern. Dies ändert aber nichts daran, dass es jetzt nur noch darum geht, die im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Gründe zu verschriftlichen. Vier Monate sollte das nicht dauern.

Thorsten Kingreen

# Jenseits der Pandemie

doi: 10.17176/20230307-185313-0



Als die WHO am 11. März 2020 COVID-19 als weltweiten Gesundheitsnotstand einstuft, wurde auch der größten Optimistin klar: Jetzt wird es ernst. Wenige Tage später erschienen die ersten Beiträge auf dem Verfassungsblog, der sich zur wichtigsten Plattform der rechtswissenschaftlichen Diskussion und Vergewisserung in der Pandemie entwickeln sollte. Nun, drei Jahre später, ist es auch hier still geworden. Das Virus, das so viel Unheil und Unfrieden angerichtet hat, ist auf Abschiedstournee in den endemischen Modus. Es beginnt die Zeit der öffentlichen Bilanzen, die mal selbstgerecht, mal selbstkritisch ausfallen.<sup>1</sup> Wir sind jenseits der Pandemie, aber nicht jenseits der großen globalen krisenhaften Umwälzungen. Jenseits der Pandemie stellen sich daher zwar nicht mehr die kleinen Fragen danach, ob die Maskenpflicht beim Joggen und die Absperrung von Kinderspielplätzen sinnvoll waren. Aber die großen Debatten der Pandemie – die Lockdown-Maßnahmen (1.) und die Impfpflicht (2.) – führen in ein weit verzweigtes Laboratorium für Krisengovernance und -kommunikation (3.).

1. Die auf der Rechtsgrundlage der §§ 28ff. IfSG ergriffenen Lockdown-Maßnahmen sind auf dem Verfassungsblog vor allem im ersten Pandemiejahr und dann noch einmal anlässlich der Bundesnotbremse-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Ende November 2021 kontrovers [diskutiert worden](#). In mehrfacher Hinsicht paradigmatisch sind die Schulschließungen, die jedenfalls in dieser Dimension (38 Wochen<sup>2</sup>) heute in vielen Bilanzen als politischer Fehler bezeichnet werden. Diese (zutreffende) Beobachtung wirft vor allem ein Licht darauf, wer auf welchen Rat und nach welchen Maßstäben in krisenhaften Zuspitzungen entschieden hat – und wer nicht:

a) Ebenso wie die meisten Schutzmaßnahmen sind die Schulschließungen – abgesehen von der Phase der

Bundesnotbremse zwischen April und Juni 2021 – in den Bund-Länder-Konferenzen vorbereitet und dann in den jeweiligen Landesrechtsverordnungen implementiert worden. Eine adäquate Rechtsgrundlage, die der Intensität des Grundrechtseingriffs gerecht geworden wäre, gab es zwar auch für flächendeckende Schulschließungen zunächst nicht. Das war angesichts der so nicht vorhersehbaren Situation aber nachvollziehbar wie überhaupt die Schulschließungen ab dem 13. März 2020 wegen der vielfältigen Wissensdefizite von der bilanziellen Kritik weitgehend ausgenommen werden. Manche Kritik (auch teilweise meine eigene) wurde dieser Sondersituation in der Frühphase der Pandemie nicht gerecht.

Dass der Gesetzgeber aber u.a. durch den Druck aus der Fachgerichtsbarkeit<sup>3</sup> „regelrecht zur Gesetzgebung getragen werden“<sup>4</sup> musste und dann erst nach acht Monaten den dürftigen § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG (heute: Nr. 17) zustande gebracht hat, verweist auf ein grundlegendes Problem der Krisengovernance. Diese war nämlich schon im Frühjahr 2020 ins Kanzleramt abgewandert, wo die Bund-Länder-Konferenzen vorbereitet wurden, regelmäßig unter Hinzuziehung ausgewählter Wissenschaftler aus den Natur- und Lebenswissenschaften. Noch nicht einmal bei der Auswahl der Virologen und Epidemiologinnen wurde Wert auf disziplinäre Vielfalt gelegt. So wurde daraus ein Lernstück über die grundrechtsschützende Funktion formalisierter Gesetzgebungsverfahren mit seinen transparent kommunizierten Abwägungsbegründungen. Das Gesetzgebungsverfahren ermöglicht nicht nur die Artikulation politischer Zielkonflikte zwischen Mehrheit und Minderheit, sondern in Form öffentlicher Anhörungen auch die Einspeisung von multidisziplinärem und pluralistischen Sachverstand in den politischen Entscheidungsprozess. So stehen die Schulschließungen exemplarisch für die Gefahr, dass durch die

<sup>1</sup> S. etwa die (selbst-)kritischen Kurzbilanzen von Verantwortungsträgern in: Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023, S. 10f.

<sup>2</sup> Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022, S. 92.

<sup>3</sup> VGH Bayern, Beschl. v. 05.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 11.

<sup>4</sup> Lepsius, JÖR 69 (2021), 705 (717).

politisch nicht geprüfte Übernahme von selektivem Expertenwissen „Exekutive und Experten zu einer grundrechtsinsensiblen Expertokratie verschmelzen“<sup>5</sup> und politische Entscheidungen als vermeintlich alternativlos dem Diskurs entzogen werden. Die Erfahrung, dass die Parlamente in der Pandemie zu jeder Zeit handlungsfähig geblieben sind, ist beruhigend; beunruhigend ist, dass sie sich derart den Schneid haben abkaufen lassen.

b) Dass Karl Lauterbach, der die Schulschließungen im Rückblick als Fehler bezeichnet, nun darauf verweist, diese seien aber „von den Wissenschaftlern, die die Bundesregierung beraten haben, **angeraten worden**“ zeigt, dass das Verhältnis zwischen beratender Wissenschaft und entscheidender Politik und das Problem der einseitig-klantestinen Entscheidungskultur schon im Ansatz nicht verstanden wurde. „Der Wissensstand“, der angeblich „**nicht gut genug**“ war, wird allein auf die Gefährdung der Kinder in den Schulen durch das Virus und dessen mögliche Weitergabe bezogen, aber nicht auf die psychosozialen Nebenwirkungen von Schulschließungen und Kontaktbeschränkungen für ihr Aufwachsen. Dazu gab es hinreichendes Wissen in **den Sozial- und Bildungswissenschaften und nicht zuletzt in der Pädagogik** – es wurde aber nicht abgerufen, weil der natur- und lebenswissenschaftliche Tunnelblick es überhaupt nicht zuließ, auch diese Disziplinen als relevante „Wissenschaft“ wahrzunehmen und das Virus als auch gesellschaftlichen Tatbestand zu verstehen. Auch die Klimakrise verlangt nicht nur nach naturwissenschaftlicher Expertise, und der Ukrainekrieg wird bestimmt nicht durch die vielen neuen Militärexperten beendet.

Bemerkenswert ist allerdings, dass selbst der multidisziplinär besetzte Ethikrat im Rückblick selbstkritisch einräumen muss, dass er „die komplexen Krisenerfahrungen von Kindern und Jugendlichen während der Pandemie stärker ins Zentrum der Debatten und der Aufmerksamkeit“ hätte rücken und „die Politik so beraten sollen, dass sie den Jüngeren mehr Unterstützung zukommen lässt“, wie es seine Vorsitzende Alena Buyx stellvertretend für „viele“ im Ethikrat formuliert hat.<sup>6</sup> Dieses anerkennenswerte Eingeständnis wirft Fragen nach der wissenschaftlichen Beratungskultur auf. Dem Ethikrat können ja nicht ernsthaft Wissen und Sensibilität für die psy-

chosozialen Folgewirkungen der Schulschließungen gefehlt haben; gerade im Bildungskontext ist auf das Problem, dass die Pandemie soziale Spaltungen weiter vertieft, schon frühzeitig hingewiesen worden. Es ist überhaupt deprimierend, wie schnell und einschneidend auf der einen Seite die junge Generation in der Pandemie zum Schutz der Alten in die Pflicht genommen werden konnte und wie unerträglich lange es auf der anderen Seite dauert, wenn es gilt, die Lebenschancen der Jungen in der Klimakrise zu schützen und dafür auch und gerade diejenigen in die Verantwortung zu nehmen, die mit ihrem Lebensstil zu eben dieser Krise beigetragen haben.

c) Vielleicht steckt hinter der Beobachtung der Positionierungen im Ethikrat eine zu optimistische Distanzerwartung. Offenbar bewahrt selbst seine wissenschaftlich-institutionelle Unabhängigkeit ein Gremium, das im öffentlichen Raum operiert und dessen Stellungnahmen stets auch politisch gedeutet werden, nicht vor politischer Rücksichtnahme in Krisensituationen. Die Distanzerwartungen zur Politik, die bisweilen an die Wissenschaft herangetragen werden, werden enttäuscht, wenn Wissenschaft politisch gedeutet wird und zur Legitimation von Entscheidungen erhalten muss, die im Kern politisch sind. So war die Pandemie ein „Laboratorium angewandter Wissenschaftstheorie im demokratischen Prozess“<sup>7</sup>, in dem der Beweis geführt wurde, dass Wissenschaft ihre Stärken am besten ausspielen kann, wenn sie frei von Vorannahmen und Rücksichten operiert.

Distanz zum politischen Prozess erwartet man aber jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht. Seine Performance im Rahmen der „Bundesnotbremse-Entscheidungen“ (eine davon zu Schulschließungen) war allerdings in Form und Inhalt suboptimal: Keine Amtsrichterin, die gemeinsam mit einem Prozessbeteiligten (hier: der Bundesregierung) auf dessen Kosten vor der Entscheidung zu Abend gegessen hat, würde einen Befangenheitsantrag überstehen – **Bundesverfassungsrichter schon**. Als Prozessbevollmächtigter im Verfahren „Bundesnotbremse I“ bin ich natürlich gebiast, aber ein solches Abendessen mit dem Recht auf eine thematisch einschlägige Tischrede hätte ich schon auch gerne gehabt und habe mir den Befangenheitsantrag nur ver-

<sup>5</sup> Kulick/Vasel, Das konservative Gericht, 2021, 144.

<sup>6</sup> Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023, S. 11.

<sup>7</sup> Gärditz, JÖR 69 (2021), 505 (534).



kniffen, um mich nicht in die Reihe derjenigen einreihen zu müssen, die solche Anträge als Instrumente zur Delegitimierung von Institutionen des demokratischen Rechtsstaats missbrauchen. Auch in der Sache sind die Bundesnotbremse-Entscheidungen nicht durch übertriebene Distanz geprägt. Ein Verfassungsgericht wird seinem Kontrollauftrag gegenüber der Politik nicht gerecht, wenn es seine Prüfungsmaßstäbe situativ so weit fasst, dass an ihnen kein Gesetz scheitern kann,<sup>8</sup> bei der Aufbereitung der Tatsachen selektiv nur diejenigen Studien erwähnt, auf die sich der Gesetzgeber gestützt hat<sup>9</sup> (obwohl es auch gegenläufige Stellungnahmen angefordert und bekommen hatte) und im Übrigen einfach nur nacherzählt, was sich der Gesetzgeber so bei seinen Entscheidungen gedacht hat<sup>10</sup>. Die wahren Hüterinnen des Grundgesetzes in der Pandemie waren die Fachgerichte.

2. Etwas zeitversetzt zur Diskussion über die Lockdown-Maßnahmen fand auf dem Verfassungsblog Anfang 2022 eine bisweilen arg hitzige Diskussion über die Verfassungsfragen einer Impfpflicht statt. Kaum zu glauben: Es ist noch nicht einmal ein Jahr her, dass der vor allem von SPD und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN verantwortete Gesetzentwurf für eine allgemeine Impfpflicht gegen das Coronavirus gescheitert ist. Aus Inhalt und Form der Debatte lässt sich Einiges mitnehmen.

a) Die Impfpflicht ist auf der einen Seite ein Grundrechtseingriff, der in seiner Dimension meines Erachtens nicht richtig erfasst wird, wenn man ihn lediglich auf die körperliche Unversehrtheit bezieht, wie es etwa das [Bundesverfassungsgericht tut](#). Der Eingriff in den Körper (der „Pieks“) ist eben minimal, und Nebenwirkungen für die körperliche Gesundheit sind bei den meisten zugelassenen Impfstoffen extrem selten und fast immer undramatisch. Gemessen an dieser Geringfügigkeit des Eingriffs müssen die Ziele einer Impfpflicht, Leben zu retten und Pandemien zu verhindern oder zu beenden, eigentlich immer überwiegen. Dabei gerät aber die [eigenständige Bedeutung des körperbezogenen Persönlichkeitsrechts](#) aus dem Blick, welches das Bundesverfassungsgericht etwa gegenüber Zwangsbehandlungen stark [gemacht hat](#). Die Angst vor der Impfung bezieht sich eben oft nicht auf den „Pieks“, sondern beruht auf dem grundsätzlichen Störgefühl, dass der Staat die „[Vernunftthoheit](#)“ über den

eigenen Körper beansprucht. Das mag irrational sein, ist aber durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.

Auf der anderen Seite unterscheidet sich die Impfung, die vor einem außerordentlich ansteckenden Virus schützt, fundamental von anderen Zwangsbehandlungen: Sie dient eben nicht nur dem Schutz des Einzelnen, sondern auch der Allgemeinheit; die Bewältigung einer Pandemie erfordert auch insoweit Solidarität und Gemeinsinn. Sie ist nicht nur Sache des Einzelnen. Man möchte sich nicht vorstellen, wie es in den Hochzeiten der Delta-Variante ohne Impfung um das deutsche Gesundheitssystem gestanden hätte; von der weltweiten Situation ganz zu schweigen. Selbstverständlich kann eine Impfpflicht daher verfassungsgemäß sein.

b) Impfung und der Impfpflicht stehen damit paradigmatisch für die Herausforderung, eine angemessene Sprache für individuelle Entscheidungen zu finden, die – wie die Ernährung, das Wohnen und die Mobilität – zwar persönlichkeitsrechtlich geschützt, aber erhebliche negative Auswirkungen für die Allgemeinheit haben können. In dieser Hinsicht gibt es leider noch Luft nach oben. Bis Ende 2021 wurde eine allgemeine Impfpflicht kategorisch ausgeschlossen – nach dem aus der Klimaschutzrhetorik bekannten Motto: Wir stehen zwar vor großen Herausforderungen, aber keine Angst: Niemand muss sich einschränken. Als es dann ernst wurde, waren binnen weniger Tage plötzlich alle für die Impfpflicht – keine besonders guten Startchancen für ein Projekt, dass sich nicht erst im Rückblick als „Kopf durch die Wand-Aktion“ [erweist](#): falscher Zeitpunkt, kein an Omikron angepasster Impfstoff, der zudem nur klinische Immunität verspricht und der naive Irrglaube, man könne als einziges Land der Welt mit einer allgemeinen Impfpflicht den Pandemieverlauf beeinflussen.

Auch die Kommunikation gegenüber Menschen, die sich nicht impfen lassen wollten, war letztlich toxisch. Natürlich ist es schwer zu ertragen, wenn Menschen lieber Zerfallsszenarien und Verschwörungstheorien anhängen als sich von wissenschaftlicher Evidenz leiten zu lassen. Aber auch ein Pranger trägt nicht dazu bei, sich zu hinterfragen, sondern führt eher zu falschen Solidarisierungen durch diejenigen, die überzeugt werden könnten oder überhaupt erst einmal Zugang zum Gesundheitssystem

<sup>8</sup> Rhein-Fischer/Nußberger EuGRZ 2022, 184 (195).

<sup>9</sup> Boehme-Neßler, NVwZ-Beilage 2022, 34 (35); Meßerschmidt/von Hesler, ZG 2022, 317 (330).

<sup>10</sup> Degenhart, NJW 2022, 123 (125f.); ferner Schoch, NVwZ 2022, 1 (34): „Rechtsschutzverweigerung“.

stem finden müssten. Auch 2G-Regelungen dürften im Rückblick – wie ich selbstkritisch feststellen **muss** – mehr spalterischen Schaden angerichtet als epidemiologischen Nutzen gestiftet haben. Leider hat auch die Kommunikation durch das RKI in dieser Hinsicht zu Fehleinschätzungen beigetragen: Den 2G-Regelungen durchaus legitimierenden Hinweis, dass „die Impfung das Risiko einer Virusübertragung in dem Maß reduziert, dass Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen“<sup>11</sup>, hat es nämlich zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt still und leise von seiner Website entfernt, weil er so nicht mehr haltbar war. Wenn Mediziner im Rückblick erkennen, dass „zu viel Optimismus dem Impfen geschadet“<sup>12</sup> hat, so belegt das nur, dass zu guter Wissenschaftskommunikation der Hinweis auf die Vorläufigkeit des Wissens gehört und Wissenschaft sich nicht von politisch-medialer Hysterie anstecken lassen sollte.

3. Nun ist der Wunsch zu vernehmen, das müsse alles noch einmal gründlich im Rahmen einer Enquete-Kommission **evaluiert werden**. Das ist keine gute Idee. Eine Kommission gab es bereits,<sup>13</sup> politisch vielleicht zu früh. Aber sie ist – ehrenamtlich und unter extrem schwierigen äußeren Bedingungen – ihrer Rechtspflicht (§ 5 Abs. 9 S. 1–4 IfSG) nachgekommen, die Pandemiepolitik bis zum 30. Juni 2022 multidisziplinär zu evaluieren. Auch eine – eher lustlose – **Stellungnahme der Bundesregierung** zu dem Evaluationsbericht (§ 5 Abs. 9 S. 5 IfSG) liegt bereits vor. Das IfSG braucht zwar baldmöglichst einen grundlegenden Relaunch, aber bestimmt keine Kommission, in der nur um Deutungshoheiten gerungen wird. Einigen wir uns einfach darauf, dass wir die Pandemie nicht üben konnten, Fehler gemacht wurden und sich alle mal gepflegt geirrt haben.

Die beiden Referenzen der Schulschließungen und der Impfpflicht machen die Pandemie aber zu einem Forschungsfeld dafür, wie verfassungsrechtlich geschützte Gegenwelten wie die freie Wissenschaft und die unabhängige Justiz in der Krise Distanzen abgebaut haben, die an sich ihren verfassungsrechtlichen Schutz legitimieren. So fehlt uns offensichtlich – wie die subkutane Verlagerung grundrechtswesentlicher Entscheidungen vom Par-

lament weg in exekutivistisch-expertokratische Hybridformate belegt – noch das richtige institutionelle Design für eine wissenschaftspluralistische Politikberatung, in der die funktionalen Unterschiede zwischen beratender Wissenschaft und entscheidender Politik schärfer gestellt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht, das sonst mit luziden Detailerkennnissen darüber glänzt, was Gesetzgeber im Sicherheitsrecht so alles nicht dürfen, könnte sich mit etwas selbstkritischem Abstand fragen, warum es ausgerechnet zu einem Zeitpunkt so wenig Wert auf Distanz gelegt hat, als diese am meisten gebraucht wurde, ist doch die Gefahr von Übergriffigkeiten durch die anderen Staatsgewalten in Krisen nun einmal typischerweise besonders hoch.

Auch was die Gegenwelt des Meinungspluralismus angeht, steht die Pandemie im Kontext der Krisen vor und nach ihr. Dass Initiativen wie „**Alles dichtmachen**“ so viel fiese Häme und gehässigen Spott ertragen mussten, lag eben nicht an der Qualität der einzelnen Videos (schlechte Videos gibt es millionenfach im Netz), sondern an einer das offene Wort abwürgenden Unkultur der Intoleranz für Minderheitsbetroffenheiten und -meinungen, die auch seriöse Medien und daueraufgeregte Twitter-Wissenschaftlerinnen gerne an die Ränder der Gesellschaft verfrachten und damit delegitimieren. Auch wenn ich selbst einige der folgenden Entwicklungen richtig fand: Wenn wir uns wieder darauf verständigen könnten, dass nicht automatisch Anti-Europäerin ist, wer gegen die Griechenlandrettung war, nicht schon deshalb ein Rassist, wer die Flüchtlingspolitik 2015 falsch fand, keine Putin-Versteherin, wer vorsichtig fragt, ob es in der allgemeinen Kriegsrhetorik vielleicht auch eine Tonlage tiefer geht und kein Zyniker, wer einzelne Corona-Maßnahmen kritisiert, dann wäre schon viel gewonnen. Die alle diese Herausforderungen überragende Klimawende braucht ein anderes gesellschaftliches Klima; zu ihm dürften abgekapselte privilegierte Lebenswelten, aus denen mit intellektueller Überheblichkeit und sozialer Abgehobenheit Belehrungen darüber verbreitet werden, was man gerade nicht sagen darf und was dringend machen muss, eher wenig beitragen. Jeder Spalt in einer Gesellschaft hat zu-  
mindest zwei Seiten.

<sup>11</sup>[https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Transmission.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html) (mein letzter Abruf 20.09.2021; Seite nicht mehr verfügbar).

<sup>12</sup>Nur beispielhaft *Montgomery*, in: Die Zeit 5/2023 v. 26.01.2023.

<sup>13</sup>Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022.



*Für wertvolle Kritik und weiterführende Anregungen  
danke ich Marje Mülder.*

*Transparenzhinweis: Der Autor war Mitglied des  
Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG.*

Luisa Zimmer

# Literaturzeitschriften im Limbo

Staat, Wettbewerb, Grundrechte und das Urteil des Landgerichts Berlin zu „Lettre International“ und „Sinn und Form“

doi: 10.17176/20230307-185239-0



Der Streit der Literaturzeitschriften ist entschieden: Die Akademie der Künste darf die Zeitschrift *Sinn und Form* zumindest zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr herausgeben, ansonsten droht ihr ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 Euro. Das Landgericht Berlin hat der Klage des Herausgebers der Kulturzeitschrift *Lettre International*, Frank Berberich, stattgegeben. Das war zu erwarten, nachdem der Versuch einer gütlichen Einigung gescheitert war. Überraschend ist aber die nüchterne Begründung des Gerichts, das sich allein auf das Wettbewerbsrecht fokussiert und den verfassungsrechtlichen Fragen, die der Fall aufwirft, aus dem Weg geht. Diese Fragen sind in der Tat nicht leicht zu beantworten.

## Neidgefühle oder ungerechtfertigte Ungleichbehandlung?

Die Akademie der Künste ist seit 2005 eine bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts, die sich selbst verwaltet und im Wesentlichen aus Mitteln des Bundeshaushalts [finanziert wird](#). Diese staatliche Eingliederung und Förderung, so die Argumentation des Klägers, sei mit der Herausgabe von *Sinn und Form* unvereinbar, behindere den freien Wettbewerb für Kulturperiodika und stehe im eklatanten Widerspruch zur verfassungsrechtlich geschützten (Staats-)Freiheit der Presse. Einen ähnlichen Vorwurf erhebt Berberich gegen zwei weitere aus öffentlichen Mitteln geförderte Kulturzeitschriften, deren Verfahren noch nicht abgeschlossen sind.

Ist das ein liberales Argument für eine von staatlicher Indoktrination freie Presse? Oder, wie der [Beirat von Sinn und Form](#) behauptet, eine Attacke auf die „Vielfalt des literarischen Lebens, das nicht nur marktwirtschaftlicher Logik folgt, sondern auf privates und öffentliches Engagement angewiesen ist“? Von solchen „moralischen Fragen“ will der [Lettre-Herausgeber](#) nichts hören, es gehe ihm ausschließlich um Wettbewerbsgerechtigkeit und Verfassungskonformität. Anders als andere Unternehmen des Literaturbetriebs hatte seine Zeitschrift

nicht einmal staatliche Coronahilfen erhalten.

## Irgendwo zwischen Gemeinden und Kulturinstitutionen

Welche Grenzen setzt der Grundsatz der Staatsferne der Presse der Akademie bei der Herausgabe einer Zeitschrift? Auf diese Frage, so das Gericht, komme es gar nicht an. Vielmehr fehle es bereits an einer Gebührenordnung, die § 14 AdKG und § 16 Abs. 1 AdK-Satzung aber fordere. Damit vermeidet das Gericht, sich sowohl zur Staatsfreiheit als auch zu der heiklen Frage positionieren zu müssen, ob bei deren Bestimmung nicht auch grundrechtlich geschützte Interessen der AdK zu berücksichtigen sind.

Gerade die Frage der Grundrechtsfähigkeit ist für die Akademie aber deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie durch ihre Organisationsform einerseits und ihre besondere Beziehung zum „Wirkbereich künstlerischen Schaffens“ andererseits gewissermaßen an einer grundrechtsdogmatischen Schnittstelle agiert. Das Landgericht verweist, obgleich es die Frage eigentlich offenlassen wollte, darauf, dass staatliche Organisationen grundsätzlich nicht grundrechtsfähig sind und eine Ausnahme im künstlerischen Bereich zumindest nicht in gefestigter Rechtsprechung anerkannt sei.

Das vom Gericht festgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis ist dem Grunde nach richtig und auch keine neue Erkenntnis. Für Kirchen, Rundfunkanstalten und Universitäten hat das [Bundesverfassungsgericht](#) Ausnahmen entwickelt, die Frage weiterer Ausnahmekonstellationen in seiner Rechtsprechung aber ausdrücklich [offen gelassen](#). Für Kulturinstitutionen findet sich vereinzelt fachgerichtliche Rechtsprechung, die eine Grundrechtsfähigkeit [ausdrücklich bejaht](#) oder sich zumindest in diese Richtung [offen](#) zeigt. Das Bundesverfassungsgericht macht derweil die Frage der Grundrechtsfähigkeit eher einzelfallbezogen an indiziellen Kriterien als an abstrakt feststehenden Kategorien fest, namentlich am Grad an organisatorischer Unabhängigkeit und Selbstständigkeit,

am Inhalt der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sowie an einer grundrechtstypische Gefährdungslage.

So gesehen scheint die Akademie der Künste ein regelrechtes Paradebeispiel dafür zu sein, wie eine Erweiterung der etablierten Ausnahmetrias aussehen könnte. Bereits der Begriff einer „Akademie“ verdeutlicht ihren Anspruch als „Ort des freien Gesprächs“ und des Zusammenschlusses von Gelehrten, Künstler:innen und Dichter:innen. Sie wurde 1696 vom späteren König Friedrich I. als „Academie der Mahl-, Bild- und Baukunst“ gegründet und entwickelte sich in der Folgezeit zur Künstler:innensozietät sowie zwischenzeitlich auch zur Ausbildungseinrichtung. Ihr Charakter als Gesprächsforum wurde in den zwanziger Jahren durch die Gründung der „Sektion für Dichtkunst“ ausgeweitet. Ein Ort kritischer Auseinandersetzung unterschiedlicher Kunstrichtungen sollte entstehen. Aus Respekt vor ihrer historisch gewachsenen Autonomie und ihrer Stellung als „Gelehrtenrepublik“ beschränkt sich der staatliche Einfluss auf die [Rechtsaufsicht](#). Die Ausgliederung der Akademie aus der unmittelbaren Staatsverwaltung hatte demgemäß keine vorrangig administrative Funktion, sondern beabsichtigt vor allem, die interne Organisation und Programmatik einer staatlichen Steuerung zu [entziehen](#). Ihre gesetzlich vorgesehene Autonomie begründet damit, entgegen der Behauptung des Landgerichts, nicht einfachgesetzlich verfassungsrechtsfreie Räume, sondern verweist auf einen historisch gewachsenen Zustand.

Aus diesem Grund lässt sich der Fall auch nicht mit kommunalen Publikationen vergleichen, wie das [der Kläger](#) tut. Aus der fachgerichtlichen Rechtsprechung dazu ergeben sich durchaus grundsätzliche Maßstäbe für die zulässige Reichweite staatlicher Publikationstätigkeiten. Dennoch lassen sich die Kommunikationstätigkeiten sämtlicher Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht über einen Kamm scheren. Bereits hinsichtlich der Frage der Grundrechtsfähigkeit sind Gebietskörperschaften und Kulturinstitutionen kaum vergleichbar. Gemeinden und Kreise sind gerade nicht Ausdruck gesellschaftlicher Freiheitsbetätigung, und ihre Selbstverwaltung dient vornehmlich dem staatlichen Interesse an einer sachnahen und dezentralen Verwaltung. Auch inhaltlich ist ein Stadtblatt mit Beiträgen über lokale Themen und Werbeanzeigen nicht mit einer Kulturzeitschrift vergleichbar, deren Inhalt von Erst- und Wiederveröffentli-

chungen von Prosa und Lyrik bis hin zu Essays und Künstler:innengesprächen reicht. Eine pauschale Parallelisierung würde also den spezifisch künstlerischen Gehalt negieren, der Kulturzeitschriften notwendigerweise inneohnt und sie einem grundrechtlich besonders geschützten Lebensbereich zuordnet.

Eine kategoriale Zuordnung von Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Staatsgewalt wäre also verkürzt. Die Akademie der Künste lässt sich eben nicht auf eine bloße Erscheinungsform des Staates reduzieren. Fest steht zumindest, dass die Akademie, ähnlich wie Universitäten, Theater oder Museen, in einer grundrechtlichke Ausnahmekonstellation agiert, die gleichzeitig dazu anregen sollte, die Begründungsmodalitäten des Staatsfernegrundsatzes für diese Bereiche zu überdenken.

### Pressefreiheit jenseits von Eingriffsdogmatik

Offen lässt das Gericht auch, ob die Satzung der AdK als Grundlage für die Herausgabe der Zeitschrift überhaupt dem Gesetzesvorbehalt genügt. Die Grenzen des AdKG und der Satzung seien ohnehin überschritten, daher komme es auf ihre verfassungsrechtliche Zulänglichkeit gar nicht mehr an.

Damit geht das Gericht der Frage aus dem Weg, ob aus potenziellen Einflussnahmemöglichkeiten des Staates auf bestimmte Presseerzeugnisse überhaupt ein grundrechtsrelevanter (Wettbewerbs-)eingriff gegenüber anderen Presseunternehmen folgt – eine Frage, die durchaus verfassungsdogmatische Kreativität erfordern würde.

Von der Pressefreiheit werden individuell Grundrechtssubjekte und institutionell die Presse geschützt. Die Einrichtungsgarantie der Presse, die den Topos der Staatsferne in sich trägt, strahlt auf die Grundrechtsträger:innen aus. Eine bloß abstrakte Gefährdung privater Presseunternehmen kann einen (auch mittelbarfaktischen) Grundrechtseingriff nicht begründen.<sup>1</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG normiert weder einen presserechtlichen Bestandsschutz noch den Schutz des Erhalts eines bestimmten Kundenstamms. Ebenso wenig pauschal lässt sich ein Schutz vor Konkurrenz aus den Wirtschaftsfreiheiten herleiten.

Die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung übergeht diese Dogmatik, indem sie einerseits die verfassungsrechtlich unzureichende Betroffenheit durch sehr gerin-

<sup>1</sup>Schoch, Information der lokalen Öffentlichkeit durch kommunale Amtsblätter und Telemedienangebote, 2019, S. 131 ff. Anders Degenhart, AfP 2018, 189 (193).

ge Anforderungen an ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ersetzt und andererseits eine abstrakte Gefährdung der „[Presselandschaft als solcher](#)“ ausreichen lässt, um den Grundsatz der Staatsferne als verletzt zu sehen, ohne dass es für diese Dogmatik eine konkrete Stütze in der Verfassungsgerichtsrechtsprechung gäbe.

## Verfassungsrechtlicher Eskapismus ist kein Formalismus

Stattdessen prüft das Gericht schematisch wettbewerbsrechtlicher Detailfragen. Die Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Vorschriften und damit die Frage, ob ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruchs wegen einer Verletzung des Staatsfernegebots überhaupt besteht, hängt davon ab, ob eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vorliegt. Das tut sie entweder dann, wenn die Akademie erwerbswirtschaftlich tätig wird, oder wenn sie zwar hoheitlich, also in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätig wird, aber nicht aufgrund oder innerhalb einer gesetzlichen Ermächtigung. An dieser Stelle beschreitet das Gericht einen eher überraschenden Lösungsweg: Die AdK handle geschäftlich, nicht weil sie erwerbswirtschaftlich agiere, denn die Zeitschrift könne ohne Zuschüsse der Akademie gar nicht kostendeckend herausgegeben werden und erfülle eine ausschließlich gemeinnützige Aufgabe. Geschäftlich werde die Handlung vielmehr dadurch, dass die Akademie die ihr durch das AdKG und die Satzung gezogenen Grenzen überschreite, indem *Sinn und Form* entgegen § 14 AdKG einen Deckungsbeitrag von der Akademie erhalte. Die Überschreitung gesetzlich vorgegebener Grenzen führe, vom Landgericht nicht näher begründet, gleichzeitig zu einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Staatsfernegebot, der eine Rechtsverletzung im Sinne des § 3a UWG begründe.

Was an diesem einfachgesetzlichen Verstoß die Annahme einer geschäftlichen Handlung begründet und was die Annahme einer verfassungsrechtliche Verletzung des Grundsatzes der Staatsferne, scheint hier etwas undifferenziert. Man kann all das als bloß „[formaljuristisches](#)“ Problem deuten. Aber man sollte sich nicht darüber täuschen, dass gerade die normative Verfeinerung des Grundsatzes der Staatsferne über Leben oder Tod dreier (oder vierer?) Kulturzeitschriften entscheiden kann.

## Ein Markt, ein Schlachtfeld?

Nach so viel verfassungsdogmatischer Zurückhaltung würde man um so größere wettbewerbsrechtliche Präzision erwarten. Auch hier enttäuscht das Gericht, was sich besonders deutlich an der Frage der Aktivlegitimation von *Lettre* zeigt.

Ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass zwischen Klägerin und Beklagter ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht. Das ist nach [ständiger Rechtsprechung](#) insbesondere dann der Fall, wenn gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abgesetzt werden sollen. Das Wettbewerbsrecht folgt also der Einsicht, dass sich gleichartige Produkte bei gleichartigem Kundenkreis in ihrem Absatz gegenseitig behindern können. So weit, so simpel. Etwas zu simpel erscheint dann aber die knappe Anwendung dieses Maßstabs durch das Landgericht: „Beide Parteien geben eine Kultur- und Literaturzeitschrift heraus, die sich an ein kultur- und literaturaffines Publikum richtet“. Das ist zwar zweifellos richtig, aber eine Tautologie. Ein kultur- und literaturaffines Publikum ist eben eines, das Kultur- bzw. Literaturzeitschriften liest. Durch diese fehlende Subsumtion geraten wettbewerbsrechtliche Schutzzwecke aus dem Blick. Wettbewerbsverletzungen sollen eben nicht aus abstrakten „finanziellen Interessen“ ([BT Drs. 19/12084, S. 26](#)) geltend gemacht werden. Das richtigerweise weiterhin großzügig auszulegende „konkrete Wettbewerbsverhältnis“ findet seine Grenze also dort, wo potenzielle Kollisions- und Substitutionslagen gar nicht auftreten oder Wechselwirkungen nicht bestehen. Im Fall des Crailsheimer Stadtblatts hatte sich der [BGH](#) zumindest noch im Ansatz mit den Lesebedürfnissen bestimmter Abnehmerkreise beschäftigt, dazu bedurfte es auch keiner umfassenden Marktanalyse. Ob ein wettbewerbsrechtlicher Bezug hier vorliegt, ist wohl doch etwas diffiziler, als dies in der Urteilsbegründung scheint, und erfordert zumindest einen kurzen Blick auf waren- oder endverbraucherbezogene Beeinflussungsmöglichkeiten. Die Frage, ob hier tatsächlich um dieselben Personenkreise gerungen wird oder ob es nicht vielmehr um das finanzielle Überleben einer einzelnen Kulturzeitschrift geht, bleibt unter Verweis auf die „geringen Anforderungen an ein konkretes Wettbewerbsverhältnis“ aber unbeantwortet.

Das Urteil des Landgerichts lässt also mehr offen als es klärt. Wie viel *Lettre* davon hat, ist ebenfalls unklar. Die

Zukunft des kleinen Marktes intellektueller Zeitschriften  
bleibt damit bis auf Weiteres: ungewiss.



Dieter Grimm

# A New Volume and an Old Error

doi: 10.17176/20230310-185247-0



It looked as if this useful series of red books had been dropped off or discontinued. The series I have in mind is the collection of judgments of the German Constitutional Court on certain subject matters in English translation: “Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany”, published by Nomos in Baden-Baden.

The idea for that series on the BVerfG’s key judgments was born during the seminal changes of 1989/90 when many countries had freed themselves from dictatorial, authoritarian, militarist or racist regimes and adopted new liberal-democratic constitutions and established constitutional courts. At that time, many judges of the newly established courts traveled to Karlsruhe, the seat of the German Constitutional Court, to inform themselves about the organization, the function and the jurisprudence of that court. It was perceived as a model court in this period, more so than the US Supreme Court. However, an intimate knowledge of the decisions met limitations because not many of the foreign visitors were familiar with the German language. The Constitutional Court therefore decided to translate the most important judgments of various legal fields into English. The judges selected the decisions and edited them in a slightly shortened version. Two positions for translators were created who undertook the translation.

The first two volumes appeared 1992 under the presidency of Roman Herzog. They contained decisions concerning public international law and European law. In 1998, two volumes concerning freedom of speech, freedom of media, freedom of art and freedom of assembly followed. A fourth volume in 2005 covered the most important judgments in matters of German unification. 2007 saw the publication of a volume on freedom of religion and state-church-relationships was published. In 2013 a volume on family law was added. The intervals were always quite long. But now it seemed as if no further volume would appear.

However, this impression was wrong. In 2022, the Court published a voluminous book on the “General Right

of Personality” (Article 2(1) Basic Law), now under the slightly modified title “Decisions of the Federal Constitutional Court” and with a modernized cover. The volume contains 45 judgments altogether. They are divided into nine chapters: Foundations; Self-determination and Limits to Personal Choice; Name and Identity; Image; Speech; Privacy and Intimacy; Health Data; Data Protection and Virtual Identity; Informational Self-Determination and Security.

The collection is interesting because it gives an impression of the many facets that the Court has found over time in Art. 2(1) Basic Law. Formally speaking, all are derived from that article. Substantively speaking, however, some have the quality of new rights. But beyond that, the collection is also interesting as correction of an initial error of the Court, which, however, was never recognized as an error by the Court itself.

## The Elfes case and the pitfalls of Art. 2(1) Basic Law

The right in [Art. 2\(1\) Basic Law](#) is extremely open-ended: it guarantees the free development of one’s personality. The first time, the Court faced the task to define its meaning was the famous *Elfes* case, decided in 1957. It became one of the most far-reaching decisions for the understanding of fundamental rights. Wilhelm Elfes was a politician who originally belonged to Adenauer’s CDU, but had alienated himself from the party because of Adenauer’s policy of West-integration, which, in Elfes’ view, threatened to make German unification illusory. Elfes expressed this view frequently in socialist countries including the GDR. When his passport expired, he was refused a renewal because his trips abroad violated the interests of the Federal Republic.

Elfes lost his case in the administrative courts and filed an individual complaint with the Federal Constitutional Court. The Basic Law contains a fundamental right to free movement within the Federal Republic (Art. 11). But it is silent with regard to a right to freely leave the Federal Republic. The easiest way for the Court would have

been to conclude that freely leaving the Federal Republic was not guaranteed in the Bill of Rights. But the Court was not a fan of strict textualism. On the other hand, it was not prepared to read the unambiguous Art. 11 Basic Law as including the right to leave the Federal Republic, either. Yet, it also shied away from denying Elbes any constitutional protection. The way out seemed to be Art. 2(1) Basic Law. But what did it mean? It would have suggested itself to ask, whether the possibility to leave the Federal Republic was of such an importance for the free development of one's personality that it deserved being included into the scope of Art. 2(1).

As a matter of fact, this was what the judge rapporteur had proposed in his memo, should the Court not follow his main suggestion to interpret [Art. 11 Basic Law](#) extensively so that it covered not only the free movement within the Federal Republic, but also freely going abroad. The Court did neither. It was rather determined to clarify the meaning of Art. 2(1) once and for all. In doing so, the Court saw itself in front of a choice that had been discussed in academic writings: a narrow interpretation according to which the right protects the very core of personhood, or an extensive interpretation according to which every human activity that is not covered by a special guarantee in the Bill of Rights is protected by this article.

The Court decided in favor of the broad understanding, which meant that the right had become borderless. From now on, any behavior enjoyed the *special* protection that fundamental rights are meant to confer on behavior that is regarded as particularly important for human development or particularly endangered by the powerholders. The Court only saw the chance to close the gaps between the enumerated rights and to make fundamental rights protection all-encompassing. It neglected the consequences: first, the banalization or trivialization of fundamental rights and the invitation of individual complaints about the pettiest claims; secondly, the levelling of good and evil because understood in such a broad way, Art. 2(1) extends its protection to the most evil behavior – murder, rape, child abuse, fraud etc. All these are now also regarded as exercise of a fundamental right in

the first place, even though subject to limitations. This is hardly the historic and systematic function of fundamental rights.

### To strike a balance

In 1957, the Court was not aware that the alternative between an extremely narrow and an extremely broad interpretation was not conclusive. It could have understood the two possibilities as two poles of a scale instead of seeing them as two mutual exclusive opposites. This would have opened a middle way so that Art. 2(1) protected those human activities or conditions that had not found special protection in the Basic Law but were of an impact comparable to that of the enumerated rights. This is what I suggested in my dissenting opinion in *Reiten im Walde*, yet without convincing the rest of the Court. The academic supporters of the Court's solution were afraid that this would create unsurmountable difficulties.

If we now return to volume 6 of the translations, its whole content proves that this third way would have been viable and apt to avoid the dubious consequences of the broad interpretation. Beginning with the micro-census decision of 1969, the Constitutional Court realized that Art. 2(1) was not only about a person's behavior, but also about a person's treatment by others, which impaired the right of personality, and furthermore that there was behavior not protected in the Bill of Rights, although of similar importance. So, step-by-step the Court enriched Art. 2(1) with meaning of concrete elements of the personality, but without giving up its original, extensively broad interpretation. Hence, there are now two unconnected lines of meaning: any activity not covered by an enumerated right on the one hand, and threats to the free development of personality that enjoy special protection with often special judge-made limitation clauses.

The most recent volume lets us hope that more volumes will follow, perhaps even in shorter intervals. There is no lack of subject matters that would deserve inclusion into the series.

Weyma Lübke

# Der einsamkeitsbedingte Alterssuizid im Lichte des Grundgesetzes

doi: 10.17176/20230313-185307-0



*Dieser Beitrag erscheint in Kooperation dem Gesundheitsrecht.blog und wurde dort erstveröffentlicht.*

## 1. Die Situation nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB

In der 2022 vorgelegten Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zum Thema Suizid finden sich im Abschnitt zur „Dynamik von Suizidgedanken“ einige eindrückliche Fallbeschreibungen. Zwei davon schildern das Aufkommen von Suizidwünschen bei zuvor nicht einschlägig aufgefallenen Personen in der Phase nach dem Ausscheiden aus dem Berufsleben.<sup>1</sup> Die Suizidalität stellte sich nach und nach aufgrund mangelnder sozialer Teilhabe ein – im ersten Fall wegen mangelnden Kontakts zu Nahestehenden, im zweiten aufgrund empfundenen Desinteresses an dem, was man mitzuteilen habe, und eines beherrschend gewordenen Gefühls der eigenen Überflüssigkeit. Über etwaige Absichten der Betroffenen, organisierte Suizidbeihilfe in Anspruch zu nehmen, wird in den Fallbeschreibungen nicht berichtet. Vielleicht liegen die Fälle dazu zu lange zurück. Naheliegend ist jedenfalls, dass sich bei frei verfügbarem Angebot die Thematisierung und gegebenenfalls auch die Nachfrage einstellt. Wäre das eine problematische Entwicklung, die es geraten sein lässt, bei tatsächlich zunehmender Inanspruchnahme die Verfügbarkeit des Angebots für solche Fälle einzuschränken?

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe vom Februar 2020 hat dem Gesetzgeber die Aufgabe überantwortet, einen Umgang mit dem Thema zu finden, der den Zugang zu solchen Angeboten unabhängig von Ursachen und Motiven des Suizidwunschs jedem Menschen offen lässt, der sich freiverantwortlich zur Inanspruchnahme entschließt (Rn. 210). Zugleich hat das Gericht die Anliegen, die der Gesetzgeber mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe

verfolgt habe – darunter die Abwehr einer „gesellschaftliche[n] Normalisierung“ der Suizidassistenz, die „eine Art Erwartungsdruck“ erzeugen und insbesondere alte und kranke Menschen dazu „verleiten“ könne, entsprechende Angebote in Anspruch zu nehmen – als legitim bezeichnet (Rn. 229, 231). In Abwägung mit dieser Schutzaufgabe hat aber das Gericht, so die herrschende Sicht auf das Urteil, das Selbstbestimmungsrecht höher gewichtet. Ungeklärt ist seither, ob es eine nach den Maßstäben des Urteils verfassungskonforme Regelung der organisierten Suizidbeihilfe, die zugleich dem Schutzzanliegen Rechnung trägt, überhaupt gibt.

Etablierten Argumentationsmustern folgend, haben einige Kommentatorinnen die im Urteil enthaltene Spannung dadurch aufgelöst, dass sie das Eintreten der fraglichen gesellschaftlichen Entwicklungen (zum Teil selbst bei gänzlichem Regulierungsverzicht)<sup>2</sup> für unwahrscheinlich erklärt haben. Andere Kommentatorinnen halten die Gefahr für real und schätzen das Urteil, in dessen Folge man ihr nun nichts mehr entgegensetzen könne, als Fehlentscheidung ein. Die gespaltene Reaktion war zu erwarten. Unterschiedliche Einschätzungen empirischer Verläufe sind aber nicht die Quelle, sondern eine rhetorische Zutat in diesem Konflikt. Der eigentliche Konflikt betrifft seit jeher die Bewertung der möglichen Entwicklungen. Wäre eine steigende Zahl von Suizidassistenzen, die betagte Menschen aufgrund von Vereinsamung und empfundenen Überflüssigkeit in Anspruch nehmen, ein Ausweis zunehmender Selbstbestimmung? Oder hätte eine solche Entwicklung, ganz im Gegenteil, mit zunehmender Selbstbestimmung nichts zu tun?

Im Folgenden geht es darum, ob das Gericht sich zu dieser Frage im Urteil positioniert hat und womit es das Recht auf Selbstbestimmung allenfalls abgewogen hat.

<sup>1</sup> Deutscher Ethikrat, Suizid – Verantwortung, Prävention und Freiverantwortlichkeit. Stellungnahme, 2022, Fallvignetten 3 (41 ff) und 7 (55).

<sup>2</sup> Vgl., gegen sämtliche bis dahin vorgelegten Regulierungsentwürfe argumentierend, Neumann, NJOZ 2021, 385, 390: „keine Evidenz“ für „soziale Pressionen bspw. auf alte und kranke Menschen“.

## 2. Das klassische Abwägungsnarrativ: Selbstbestimmung vs. Leben

Die Gegnerschaft der organisierten Suizidbeihilfe beruht ganz überwiegend auf einer weltanschaulichen Tradition, die nicht nur die Beihilfe, sondern auch den Suizid selbst als ethisches Problem eingeordnet hat. In dieser wie in anderen Fragen von Leben und Tod soll danach stets das Leben geschützt und ausschließlich die diesem Grundsatz entsprechende Selbstbestimmung von Dritten gefördert werden. Im Zuge des gesellschaftlichen Geltungsverlusts dieser Tradition hat sich im öffentlichen Diskurs eine Rhetorik etabliert, die die zu lösende Aufgabe als Problem der Abwägung zwischen Selbstbestimmung und Leben präsentiert.<sup>3</sup> Aber es sind nicht abwägungsfähige Rechtsgüter, sondern einander widersprechende Grundsätze im Spiel.<sup>4</sup> Wer in der Frage der Lebensbeendigung dem Grundsatz der Selbstbestimmung anhängt, kann das Leben des freiverantwortlich Suizidwilligen nicht unabhängig davon, d.h. auch gegen dessen Willen und Tätigwerden als schützenswertes Gut einordnen. Ist der Suizid genuin gewollt, gibt es nichts abzuwägen. Ist er eigentlich nicht gewollt, gibt es auch nichts abzuwägen. Die Selbstbestimmung ist, mit anderen Worten, der einzige relevante Wert, sofern man sie positiv bewertet.

Diesem Punkt trägt das Gericht Rechnung, indem es folgendermaßen formuliert: „Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen, der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht [...], tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und *darüber* auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen“ (aus Leitsatz 3b; ebenso Rn. 223; vgl. auch Rn. 227 und 232: „und *hierdurch* das Leben [zu schützen]“; Hervorhebungen WL). Der Lebensschutz kann danach bei suizidwilligen Menschen nur mittels des Schutzes ihrer Autonomie prozedieren (vgl. auch Rn. 338). Als unmittelbar – aus eigenem Recht sozusagen – mit der Selbstbestimmung kollidierendes Rechtsgut ist der „Höchstwert Leben“ damit abgeschafft. So jedenfalls sieht es aus, wenn man die im Urteil ebenfalls wiederholt

zu findende kumulative Formulierung, der Gesetzgeber habe „die Selbstbestimmung und das Leben“ zu schützen, als abkürzende Wiedergabe der im Leitsatz formulierten Verpflichtungsstruktur liest und nicht als schweigend vollzogene Abkehr davon.

Was kollidiert aber dann nach Auffassung des Gerichts noch – da im zitierten Satz von einer Kollision nach wie vor die Rede ist?

## 3. Ein verändertes Abwägungsnarrativ: Staatliche Achtung vs. staatlicher Schutz

Wörtlich heißt es, die „Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht“ des Suizidwilligen kollidiere (unmittelbar) mit der Pflicht des Staates, „die Autonomie Suizidwilliger [...] zu schützen“. Von unterschiedlichen Rechtsgütern ist hier nicht die Rede, sofern man, wie im Diskurs üblich, Selbstbestimmung und Autonomie für dasselbe hält. Vielmehr hat das Gericht offenbar eine Kollision zwischen unterschiedlichen Weisen des staatlichen Verpflichtetseins im Hinblick auf ein und dasselbe Rechtsgut im Auge: Die Pflicht zur Achtung des Selbstbestimmungsrechts kollidiere mit der Pflicht, die Selbstbestimmung zu schützen. Was genau ist damit gemeint? Inwiefern, und warum, wirken Achtung und Schutz nicht in dieselbe Richtung?

Der Urteilstext stützt folgende Antwort: Das Gericht ordnet das für nichtig erklärte Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe als legitimen und geeigneten (Rn. 226), aber nicht verhältnismäßigen Versuch des Gesetzgebers ein, Menschen vor Angeboten, die ihnen ohne ausreichende Beratung zum Suizid verhelfen (Rn. 249), sowie vor autonomiegefährdenden sozialen Pressionen infolge einer gesellschaftlichen Normalisierung der Suizidassistenten zu schützen (Rn. 250). Diesem gesetzesförmigen Schutzversuch bescheinigt das Gericht zugleich die Qualität eines Eingriffs (Rn. 214), der das Selbstbestimmungsrecht nicht ausreichend achtet, indem er es manchen Suizidwilligen im Effekt unmöglich mache, ihre tatsächlich freiverantwortlichen Entschlüsse (im Inland und auch sonst auf zumutbare Weise) umzusetzen (Rn. 264). Ein und dieselbe gesetzliche Regelung kann danach autonomieschützend und autonomiemissachtend sein. Wenn

<sup>3</sup>Siehe, exemplarisch, aus der [Erklärung des Zentralkomitees der Deutschen Katholiken](#) (zuletzt abgerufen am 26.02.23), Abschnitt IV: „Für das vom BVerfG geforderte, übergreifende legislative Schutzkonzept erwarten wir [...], dass es den Schutz der Autonomie und den Schutz des Lebens abgewogen berücksichtigt.“

<sup>4</sup>Näheres zu den nicht trivialen Voraussetzungen von Abwägungen bei Lübbe, in: Lübbe/Grosse-Wilde, Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden, 2022, S. IX ff.



sich keine Regelung findet, die beides, den Schutz und die Achtung leistet, besteht hier eine Kollision, die zu Lasten der einen oder anderen Seite aufgelöst werden muss. Das Urteil läuft dann darauf hinaus, dass dem Gericht zufolge das Achtungsgebot im Vergleich zum Schutzgebot im vorliegenden Fall von Verfassungs wegen höher zu gewichten sei, als der Gesetzgeber es eingeschätzt habe (vgl. Rn. 225). Das Gericht spricht an dieser Stelle von einem „Konflikt zwischen Freiheits- und Schutzdimension des Grundrechts“.

Verbreitete Kommentare, denen zufolge das Gericht mit seinem Urteil die Autonomie verabsolutiert oder entgrenzt habe,<sup>5</sup> treffen nach dem Gesagten offenbar nicht ganz zu. Das Gericht scheint die Autonomie Suizidwilliger gegen *gesetzesförmige Hindernisse* der Selbstbestimmung gestärkt und den *gesetzesförmigen* Schutz der Autonomie Suizidwilliger gegen mögliche *gesellschaftliche Hindernisse* der Selbstbestimmung geschwächt zu haben. Warum aber hat es das als geboten angesehen?

#### 4. Was trägt die Gewichtung?

Für die Deutung, das Gericht habe so geurteilt, weil es die autonomiegefährdenden gesellschaftlichen Entwicklungen für ausreichend unwahrscheinlich hält, findet sich im Urteil keine Basis (vgl. Rn. 239, 248). Vielleicht hatte das Gericht die zweite Komponente des Gefahrbegriffs im Sinn, nämlich das Schadensausmaß. Möglicherweise haben die fraglichen Entwicklungen, wenngleich als solche erwartbar, sich dem Gericht im Vergleich mit dem Autonomieschaden, der mit dem gesetzlichen Verbot der geschäftsmäßigen Beihilfe verbunden ist, als nicht ausreichend schädlich präsentiert. Die Autonomie der Betroffenen könnte durch diese Entwicklungen absehbar weniger tief oder weniger anhaltend verletzt werden.

Dass das letztere ausscheidet, versteht sich von selbst. Autonomiehindernisse, in deren Folge genuin gewollte Suizide (vorerst) unterbleiben, beeinträchtigen die Selbstbestimmtheit des Sterbens allenfalls weniger anhaltend, aber sicher nicht anhaltender als Autonomiehindernisse, in deren Folge es zu eigentlich nicht gewollten Suiziden kommt. Hinsichtlich der „Tiefe“ einer Autonomieverletzung fragt sich, woran sie zu messen wäre. Eine Differenzierung im Blick darauf, wie unzumutbar der

Verzicht auf das Objekt des genuinen Willens erscheint (man vergleiche eine selbstbestimmungswidrige Datenspeicherung mit einer selbstbestimmungswidrigen Beinamputation), ist jedenfalls nicht aussichtsreich. Wieso sollte es unzumutbarer sein, trotz genuinen Todeswunsches weiterzuleben als trotz genuinen Lebenswunsches zu sterben?

Es gibt eine weitere Differenzierungsmöglichkeit. Das Gericht hatte genau genommen (man lese im zitierten Leitsatz nach) nicht die Achtung vor der Selbstbestimmung mit dem Schutz der Selbstbestimmung, sondern den letzteren mit der Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht kontrastiert. Das Verbot der organisierten Suizidbeihilfe gilt dem Gericht jedenfalls als Eingriff in dieses Recht. Nicht genuin gewollte Suizide, zu denen es kommt, weil die Suizidassistenz sich als normale Option etabliert, belegen aus Sicht des Gerichts dagegen vermutlich nicht *eo ipso* Eingriffe in Rechte der Suizidenten. Gefühlter Erwartungsdruck ist kein Phänomen, das sich typischerweise als zurechenbare Wirkung unrechten Verhaltens fassen lässt (vgl. Rn. 259: „Einflüsse unterhalb der Schwelle von Zwang, Täuschung und Drohung“). Bereits zunehmendes Desinteresse von Personen, zu denen ehemals lebendige Kontakte bestanden, kann offenbar das Gefühl erzeugen, jetzt sei „der Augenblick gekommen, abzutreten“.<sup>6</sup> Hier scheint allenfalls ein Autonomiedefizit, nicht ein Autonomieeingriff vorzuliegen. Ist die Gewichtung, die das Gericht vorgenommen hat, von dieser Differenz gestützt? Trägt es im Urteil vor, dass das Grundrecht auf Selbstbestimmung durch Autonomieeingriffe grundsätzlich stärker beschädigt wird als durch unterlassenen Schutz vor Autonomiedefiziten?

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Gericht die Schutzdimension des Grundrechts auf Selbstbestimmung ausdrücklich nicht auf die Pflicht zum Eingriffsschutz beschränkt. Der Staat, so das Gericht, „genügt seiner Schutzpflicht für ein Leben in Autonomie gerade nicht allein dadurch, dass er Angriffe unterbindet, die diesem von anderen Menschen drohen. Er muss auch denjenigen Gefahren für die Autonomie und das Leben entgegenreten, die in den gegenwärtigen und absehbaren Lebensverhältnissen begründet liegen und eine Entscheidung des Einzelnen für die Selbsttötung und gegen das Leben beeinflussen können“ (Rn. 276). Zudem dürfe der Schutz

<sup>5</sup>Zum Beispiel *Dabrock*, SZ vom 28. Februar 2020, 2; *Uhle/Wolf*, Entgrenzte Autonomie? Die assistierte Selbsttötung nach der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 26. Februar 2020, 2021.

<sup>6</sup>Wie Fn. 1, Fallvignette 7.



grundsätzlich auch, generalpräventiv, mittels strafrechtlicher Unterbindung von lediglich abstrakt gefährlichen Handlungen (wie im Falle von § 217 StGB) prozedieren. Für die Berechtigung zu abstraktem Rechtsgüterschutz sei letztlich „die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts“ maßgeblich (Rn. 271). Danach scheint es nicht auf die Zurechenbarkeit zu einem konkreten Eingriff anzukommen.

Die Gewichtung findet also auch insoweit im Urteil keine offensichtliche Basis. Im Folgenden wird zur weiteren Klärung zunächst das dem Urteilstext zu entnehmende Konzept des Autonomieschutzes näher untersucht. Abschließend nehmen wir die Frage nach dem Grund der Gewichtung wieder auf.

## 5. Autonomiedefizitschutz vs. Belastungsschutz

Das erste Zitat im vorvorigen Absatz (Rn. 276) ist, zumal in seiner Allgemeinheit, nicht leicht zu deuten. Von gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen beeinflusst dürften praktisch alle Suizidvorhaben sein. Immerhin scheint der Passus zu belegen, dass eine Entscheidung für den Suizid aus Sicht des Gerichts auch deshalb *nichtautonom* sein kann, weil der Betroffene unter dem Einfluss belastender Lebensverhältnisse steht und sich unter weniger belastenden Lebensverhältnissen anders entschieden hätte. Das bringt uns direkt zur Eingangsfrage zurück: Wie steht das Gericht zu zunehmenden Suizidassistenzen, die Betagte aus Einsamkeit und empfundener Überflüssigkeit in Anspruch nehmen? Gelten sie ihm als Ausweis zunehmend gelingender oder zunehmend defizitärer Selbstbestimmung?

Eine explizite Antwort auf eine so formulierte Frage enthält das Urteil nicht. Das ist nicht überraschend. Eine Festlegung im Sinne der ersten Alternative klänge zynisch, weil, wer sich aus Einsamkeit suizidiert, eigentlich soziale Nahbeziehungen will und nicht den Tod. Bei einer Festlegung im Sinne der zweiten Alternative müsste das Gericht jedoch die Position vertreten, dass Personen mit einem so entstandenen Suizidwunsch von der Inanspruchnahme organisierter Suizidbeihilfe auszuschließen seien, da es ihrem Entschluss an der dafür erforderlichen Selbstbestimmtheit fehle. Eine Regelung dieses Inhalts als autonomieschützend zu bezeichnen wäre offensichtlich seinerseits zynisch, denn die Zugangsbeschränkung trägt nicht zur Beseitigung des Einsamkeitsproblems und damit auch nicht zur Möglichkeit der Betroffenen bei, ihren genuinen Vorstellungen von sinnhaf-

ter Existenz entsprechend weiterzuleben.

Für die Frage, ob ein unter belastenden Lebensverhältnissen ausgebildeter Suizidwunsch als nichtautonomer Wunsch zu behandeln ist, kann der Umstand, dass der Betroffene sich unter anderen Lebensverhältnissen anders entschieden hätte, offenbar nur insoweit eine Rolle spielen, als eine konkrete Möglichkeit zur Änderung der Lebensverhältnisse besteht und dieser Umstand dem Betroffenen in einem Beratungsgespräch in einer Weise nahegebracht werden kann, die ihn von seinem Suizidvorhaben Abstand nehmen lässt (Autonomiedefizitschutz durch Absicherung der Wohlinformiertheit). Diese Form des Autonomieschutzes kollidiert aber nicht mit der sog. Freiheitsdimension des Grundrechts auf Selbstbestimmung. Vielmehr sichert sie ab, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, die angestrebte Selbsttötung als Ausübung dieses Grundrechts überhaupt einordnen zu können. Die sog. Freiheitsdimension des Grundrechts gewährleistet ja, dem Gericht zufolge, nicht die Freiheit von staatlichen Hinderungen beliebiger, sondern von staatlichen Hinderungen autonomer Suizidwünsche. Insoweit kann das Gericht also keinen Anlass gehabt haben, staatliche Achtung und staatlichen Schutz der Selbstbestimmung als konfligierende Aufgaben miteinander abzuwägen.

Zur *generellen* Bekämpfung von Einsamkeit und von anderen Faktoren, die Lebensfreude und Lebenssinn im Alter gefährden, tragen nicht Zugangsbeschränkungen zur Suizidbeihilfe, sondern (soweit es denn Wirksames gibt) Präventionsprogramme bei, die die Wahrscheinlichkeit des Auftretens dieser Faktoren mindern. Auf solche Präventionsmaßnahmen zielt das Gericht in der vorhin zitierten Passage (Rn. 276, siehe auch Rn. 277). Solche Maßnahmen kollidieren aber, im Unterschied zu Zugangsbeschränkungen zur Suizidbeihilfe, ebenfalls nicht mit der sog. Freiheitsdimension des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben. Auch insoweit hatte das Gericht also keinen Anlass, diese Dimension mit der Schutzdimension abzuwägen.

Im Lichte des Bisherigen scheint es im Sinne des Gerichts zu sein, die Frage nach der Selbstbestimmtheit einsamkeitsbedingter Alterssuizide zu bejahen, sofern die Betroffenen geschäftsfähig und wohlinformiert (also über Möglichkeiten zur Änderung ihrer Belastungssituation beraten) sind und ihren Wunsch stabil und ohne rechtswidrige Einflussnahme äußern. Das Gericht hat jedoch nicht nur die Gefahr mangelnder Absicherung der Wohl-

informiertheit, sondern, wie berichtet, noch ein weiteres mögliches Autonomiedefizit angesprochen – nämlich die Empfänglichkeit namentlich alter und kranker Menschen für Erwartungsdruck, der sich aus einer Normalisierung der Suizidassistenz ergebe (Rn. 250, 257). Zur Normalisierungsabwehr sind offenbar sowohl Angebotsverbote als auch Beschränkungen der Inanspruchnahme organisierter Suizidhilfe grundsätzlich geeignet. In diesem Punkt kann daher das Gericht eine Abwägung der sog. Freiheits- mit der Schutzdimension des Selbstbestimmungsrechts vorgenommen haben, die aus seiner Sicht zugunsten der Freiheitsdimension ausschlägt. Aber was hat dann hier die Gewichtung getragen?

## 6. Autonomiedefizitschutz durch Normalisierungsabwehr

Einigermaßen direkt äußert sich das Gericht zur Gewichtung des Ziels der Normalisierungsabwehr mit den folgenden Worten: „Der Einzelne muss sich im Sinne seiner Gemeinschaftsbezogenheit [...] Schranken grundrechtlicher Freiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens [...] zieht. Allerdings muss dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben [...]. Anliegen des Schutzes Dritter, etwa die Vermeidung von Nachahmungseffekten oder die Eindämmung einer Sogwirkung geschäftsmäßiger Suizidhilfeangebote für in ihrer Selbstbestimmung fragile und deshalb schutzbedürftige Personen, können demnach zwar dem Grunde nach suizidpräventives Handeln legitimieren. Sie rechtfertigen aber nicht, dass der Einzelne die faktische Entleerung des Rechts auf Selbsttötung hinnehmen muss“ (Rn. 301).

In diesem Zitat ist von schutzbedürftigen Personen die Rede, ohne dass ausdrücklich gemacht wird, um welches Rechtsgut es geht. „Suizidpräventiv“, also lebensschützend können auch Maßnahmen sein, die Suizide auf anderem Wege als mittels Autonomieschutz verhindern. Im Zusammenhang mit der Normalisierung hatte das Gericht allerdings ausdrücklich von „autonomiegefährdenden“ sozialen Pressionen gesprochen (Rn. 250). Insoweit soll das Verbot der organisierten Suizidbeihilfe also autonomieschützend (und *darüber* lebensschützend) gewesen sein. Tatsächlich behebt ein solches Verbot aber weder

direkt noch indirekt (qua Verhinderung der Normalisierung) die Fragilität der Selbstbestimmung von Personen, die dazu tendieren, eine formal freigestellte Verhaltensalternative als normativ erwartet wahrzunehmen, wenn sie normal, d.h. kognitiv erwartbar wird. Auch die Fragilität der Selbstbestimmung von Personen, die dazu neigen, auf mehr oder weniger subtiles Nahelegen von Optionen mit deren Wahl zu reagieren, beheben Zugangsverbote nicht. Das Gericht kann hier nur so verstanden werden, dass das Verbot der organisierten Suizidbeihilfe geeignet gewesen sei, fragil selbstbestimmte Personen vor etwas Beabsichtigtem, aber eigentlich nicht Gewolltem (nämlich dem Suizid) zu schützen.

Aufgrund eines (nicht nur in diesem Gerichtsurteil)<sup>7</sup> verbreiteten mehrdeutigen Gebrauchs der Rede vom Schutz der Selbstbestimmung wird leicht übersehen, dass das nicht dasselbe ist. Autonomiedefizitschutz, verstanden als Schutz vor Defiziten der Selbstbestimmungsfähigkeit (vor „fragiler Selbstbestimmung“), kann man normalerweise<sup>8</sup> ebenso wenig mit Angebots- oder Zugangsverboten betreiben wie Autonomiedefizitschutz durch Absicherung der Wohlinformiertheit. Autonomiedefizitschutz, verstanden als Schutz vor der Realisierung von etwas Beabsichtigtem, aber eigentlich nicht Gewolltem, kann man dagegen grundsätzlich mit Verboten und auch sonst über das betroffene Subjekt hinweg betreiben. Das ist dann weder Schutz der Wohlinformiertheit noch Fähigkeitenschutz – es ist Schutz des Objekts des eigentlichen Willens. Die klassische Bezeichnung dafür ist nicht „Autonomieschutz“, sondern „Paternalismus“. „Autonomiedefizitschutz“ mag aber passen, sofern klar ist, dass es um den Schutz vor den Folgen eines Autonomiedefizits geht und nicht um die Verhütung des Defizits.

Das Gericht berichtet – ohne eigene Distanzierung – über die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dahingehend, dass dieser die Pflicht staatlicher Behörden, „vulnerable“ Personen „auch gegen selbstgefährdende Handlungen“ zu schützen, auf das Recht auf Leben (Art. 2 Satz 1 EMRK) gestützt habe (Rn. 305) – also nicht auf das Selbstbestimmungsrecht. Damit die Einordnung eines solchen Schutzes als autonomiedefizitschützend (anstatt *nur* lebensschützend) überhaupt infrage kommt, muss entweder offensichtlich sein, und zwar ohne dass die Betroffenen es

<sup>7</sup> Man lese etwa: Deutscher Ethikrat, Demenz und Selbstbestimmung. Stellungnahme, 2012.

<sup>8</sup> Ein spezieller Fall sind Angebots- und Zugangsverbote bei Substanzen, die körperlich abhängig machen. Die Fragilität von Entscheidungen, zu solchen Substanzen gar nicht erst zu greifen, beheben diese Verbote jedoch nicht.

mitgeteilt haben, was das Objekt des eigentlichen Willens ist; oder die einstweilige Hinderung des Beabsichtigten, und nur diese, muss die Behörden befähigen, den eigentlichen Willen zu eruieren, so dass er alsdann geachtet werden kann. In diese Kategorie gehören im Bereich der Suizidassistenten die prozeduralen Absicherungen der Freiverantwortlichkeit (Beratungspflicht, Einhaltung von Fristen, Mehraugenprinzip).

## 7. Projektionen zum eigentlichen Willen

Die bislang zitierten Passagen scheinen zu belegen, dass das Gericht sich der Auffassung der Gegner der organisierten Suizidhilfe, dass eine Normalisierung der Suizidassistenten Personen mit fragiler Selbstbestimmung zu Suiziden veranlassen werde, *die sie eigentlich nicht wollen*, stillschweigend angeschlossen hat. Empirische Evidenzen für das eigentlich Gewollte sind allerdings schwer zu beschaffen, wenn man dem Normalen solche Wirkung zutraut. Dass die weitaus meisten alten und kranken Menschen derzeit noch nicht mittels Suizidassistenten sterben wollen, zeigt vielleicht auch nur an, wozu sie durch die aktuell dominanten Üblichkeiten veranlasst werden. Dieser Gedanke scheint immerhin durch, wenn das Gericht erklärt, steigende Zahlen der Inanspruchnahme von Suizidassistenten könnten auch mit „dem gewachsenen Bewusstsein erklärt werden, dass der eigene Tod nicht mehr als unbeeinflussbares Schicksal hingenommen werden muss“ (Rn. 256). Die hier naheliegende Bemerkung, dass dieses Bewusstsein bislang wohl mangelhaft ausgebildet ist und dass auch dies ein Normalitätseffekt sein könnte, der Anlass zu Maßnahmen des Autonomiedefizitschutzes gibt, findet sich im Urteil freilich nicht.

Genau hier sitzt nun aber die Bewertungsdifferenz, die der Spaltung des Diskurses letztlich zugrunde liegt. Letztlich variiert die Antwort auf die Frage, vor welchen sozialen Üblichkeiten und Erwartungen alte und kranke Menschen geschützt werden sollten, mit der je eigenen Antwort auf die Frage nach der Sinnhaftigkeit, zum Beispiel, einer Existenz ohne Kontakte mit Nahestehenden, ohne Gebrauchtwerden und mit anderen alterstypischen Belastungen, die sich voraussichtlich eher verschlimmern als verbessern. Wen eine solche Existenz schreckt – und letztlich mehr schreckt als ein schnellerer und schmerzloserer Weg aus dem Leben, das man gewollt und als sinnvoll erlebt hat –, der hält es auch nicht für offensichtlich, dass Menschen in solcher Lage eigentlich weiterleben wollen.

Dass das Gericht sich in der Frage des Normalisierungsschutzes wie selbstverständlich auf die Seite des Lebenwollens geschlagen, zugleich aber die Frage der Sinnhaftigkeit der eigenen Fortexistenz dezidiert dem höchstpersönlichen Urteil der Grundrechtsträger überantwortet hat, ist ein interessanter Befund. Sich einmal gründlich auszumalen, wie – in diesem wie in anderen bioethischen Streitfällen – eine Rechtsprechung aussähe, die sich zur Frage der Sinnhaftigkeit belasteter (oder auch unbelasteter) Existenzen konsequent neutral verhielte, scheint mir ein lohnendes Unterfangen. Im vorliegenden Rahmen hat das aber keinen Platz. Hier bleibt noch, die Frage wiederaufzunehmen, warum das Gericht trotz seiner insoweit fehlenden Neutralität der sog. Freiheitsdimension des Selbstbestimmungsrechts den Vorzug vor der Schutzdimension gegeben hat.

## 8. Der Grund der Gewichtung

Im Kern lautet die im Urteilstext mehrfach wiederholte Begründung, dass auf der Schutzpflichtseite nicht mit Mitteln operiert werden dürfe, die zur Folge haben, dass das Recht des Einzelnen auf Selbsttötung „faktisch weitgehend entleert“ werde (Rn. 264, vgl. auch Rn. 278, 301, 331). Denn dann werde „die Selbstbestimmung am Lebensende in einem wesentlichen Teilbereich außer Kraft gesetzt“ (Rn. 264). Eben dies sei durch § 217 StGB geschehen.

Ob es sich hier überhaupt um eine Begründung (im Unterschied zu einer bloßen Setzung) handelt, hängt offenbar davon ab, ob es eine Regelung gibt, die die Entleerung des Selbstbestimmungsrechts bei den autonomen Suizidwilligen vermeidet, ohne umgekehrt das Selbstbestimmungsrecht der „Fragilen“ zu entleeren. Auf die Erwiderung, dass es bei den Letzteren nicht um Selbstbestimmungsschutz, sondern um Lebensschutz gehe, kann das Gericht natürlich nicht mehr zurückgreifen, nachdem es den Schutz vor dem Ins Werksetzen des eigentlich nicht Gewollten als Autonomieschutz eingeordnet hat. Nur mittels dieser Einordnung ist es ihm ja gelungen, auf Überlegungen zur sogenannten Abwägung des Selbstbestimmungsrechts mit dem Recht auf Leben, die ansonsten zu erwarten gewesen wären, zu verzichten.

Will das Gericht sagen, dass der Selbstbestimmung der Fragilen bei Normalisierung der Suizidassistenten zwar Gefahr drohe, dass sie aber immerhin nicht entleert werde? Auf der Seite der sog. Freiheitsdimension verlangt das Gericht bei ansonsten festzustellender Entleerung, dass

die Umsetzung des Suizidwunschs (sc. im Inland, in zumutbarer Form und soweit sich dazu bereite Helfer finden) dem autonomen Einzelnen rechtlich möglich bleiben müsse. Auf der Seite der Schutzdimension müsste das Gericht, analog, – was genau verlangen? Dass die Umsetzung des eigentlichen Wunsches (nämlich, weiterzuleben) dem fragilen Einzelnen rechtlich möglich bleiben müsse? Gewiss nicht. Dass die fragilen Betroffenen am Weiterleben rechtlich gehindert würden, steht nicht zur Debatte und wäre auch nicht ein Problem, das Anlass zur Aktivierung der Schutzpflicht gibt. Das zur Vermeidung des Leerlaufens zu Fordernde müsste hier vielmehr lauten, dass der Gesetzgeber für eine Regelung zu sorgen hat, die absichert, dass die Fragilen vor dem Eintritt des

eigentlich nicht Gewollten effektiv geschützt werden.

Vielleicht hat das Gericht angenommen, dass rein prozedurale Regelungen zur organisierten Suizidbeihilfe dies ausreichend leisten können. Dann wäre es hilfreich gewesen, das explizit zu machen, anstatt einen Konflikt zwischen sog. Freiheits- und Schutzdimension des Selbstbestimmungsrechts zu konstatieren, der Abwägung verlange. Gäbe es in Ermangelung einer Regelung, die Achtung und Schutz zugleich leistet, einen solchen Konflikt tatsächlich, müsste bei sich entwickelnder Normalisierung des Alterssuizids nochmals nachgedacht werden. Denn das Gericht hat nicht ausreichend expliziert, was die von ihm vorgenommene Gewichtung trägt.

Till Patrik Holterhus, Sven Siebrecht

# Rosneft am Ende?

Zum jüngsten Urteil des BVerwG betreffend die Treuhandverwaltung von Rosneft  
Deutschland

doi: 10.17176/20230317-065116-0



Als das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) im September des vergangenen Jahres zwei deutsche Tochtergesellschaften des russischen Staatskonzerns Rosneft unter Treuhandverwaltung der Bundesnetzagentur stellte (siehe [BAnz AT 16.09.2022 B1](#), jüngst verlängert durch [BAnz AT 15.03.2023 B2](#)), ließ die Reaktion aus Moskau nicht lange auf sich warten: Man werde mit allen zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln gegen diese „Zwangseignung“ vorgehen, verkündete Rosneft in einer [Pressemitteilung](#) und erhob über zwei an den betroffenen Tochtergesellschaften beteiligte Unternehmen Anfechtungsklagen vor dem BVerwG. Mit Urteil vom 14. März 2023 hat das BVerwG diese Klagen nun als unbegründet abgewiesen. Zwar steht die Veröffentlichung der Urteilsgründe noch aus. Gleichwohl offenbart eine entsprechende [Pressemitteilung](#) des BVerwG – bei aller juristischer Vorsicht, die solchen Mitteilungen entgegenzubringen ist – bereits entscheidende Erwägungen des Gerichts, die zugleich zentrale rechtliche Fragen sich voraussichtlich anschließender gerichtlicher Verfahren erkennen lassen.

## Hintergründe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

Gegenstand der nunmehr abgewiesenen Klagen vom 13. Oktober 2022 war die Anordnung der Treuhandverwaltung über zwei deutsche Tochtergesellschaften des russischen Staatskonzerns Rosneft: die Rosneft Deutschland GmbH und die RN Refining & Marketing GmbH. Mithilfe der streitgegenständlichen Treuhandanordnung hatte das BMWK am 14. September 2022 die Kontrolle über die PCK-Raffinerie in Schwedt erlangt, die überwiegend im Eigentum der betroffenen Tochtergesellschaften steht und als kritische Energieinfrastruktur für große Teile der ostdeutschen Heizöl- und Kraftstoffversorgung verantwortlich ist. Rechtsgrundlage dieses Vorgehens und damit auch zentrale Norm für das verwaltungsgerichtliche Verfahren war dabei § 17 Abs. 1 [Energiesicherungs-gesetz \(EnSiG\)](#). Danach kann ein Unternehmen, das kriti-

sche Energieinfrastruktur betreibt, durch das BMWK unter Treuhandverwaltung gestellt werden, wenn die Gefahr besteht, dass das Unternehmen anderenfalls seine gemeinwohlrelevanten Aufgaben im Bereich der Energieversorgung nicht erfüllt und damit eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht.

Das BMWK stützte seine Einschätzung einer solchen Gefahr bezüglich der von der Treuhandanordnung betroffenen Tochtergesellschaften auf drei Erwägungen: *Erstens* sei der Geschäftsbetrieb der PCK-Raffinerie nahezu unmöglich geworden, da wesentliche Geschäftspartner und Dienstleister (insbesondere in den Bereichen IT, Versicherung und Zahlungsverkehr) infolge des russischen Überfalls auf die Ukraine – trotz grundsätzlicher sanktionsrechtlicher Zulässigkeit und einer Patronatserklärung des BMWK – nicht mehr bereit gewesen seien, mit den betroffenen Tochtergesellschaften zu kooperieren (sogenannte Overcompliance). *Zweitens* hätten sich die Tochtergesellschaften geweigert, eine eigenständige Diversifizierung der Rohölbeflieferung der PCK-Raffinerie vorzunehmen und stattdessen weiterhin ausschließlich Rohöl aus der russisch kontrollierten Druschba-Pipeline bezogen (und den Geschäftsbetrieb der Raffinerie damit sehenden Auges dem Risiko eines plötzlichen russischen Lieferstopps ausgesetzt). Und *drittens* habe die begründete Vermutung bestanden, dass der Mutterkonzern Rosneft systematisch Kapital seiner Tochtergesellschaften abziehen würde, um so deren Insolvenz auszulösen und damit die deutsche Energieversorgungssicherheit gezielt zu sabotieren. Angesichts dieser Umstände sei eine Treuhandverwaltung geeignet und erforderlich gewesen, um die bestehende Gefahr abzuwenden und eine Diversifizierung der Rohölbeflieferung der PCK-Raffinerie – etwa durch die Ertüchtigung der Pipeline von Rostock nach Schwedt – sicherzustellen.

Dieser Rechtsauffassung des BMWK traten Rosneft und seine Klägerinnen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erwartungsgemäß entgegen. Die Treuhandanord-



nung sei formell wie materiell rechtswidrig und verletze die Klägerinnen (zumindest auch) in ihren Gesellschafterrechten. Das BMWK habe es unterlassen, die Klägerinnen anzuhören und die Treuhandanordnung hinreichend zu begründen. Zudem sei die Treuhandanordnung ermessensfehlerhaft, da sie die Klägerinnen unverhältnismäßig belaste. Schließlich habe das BMWK – so die Wiedergabe in der Pressemitteilung – „sein Ermessen missbraucht, um ein Importembargo für russisches Rohöl ohne gesetzliche Grundlage durchzusetzen“.

### Kernaussagen des Urteils vom 14. März 2023

Das BVerfG war damit vor eine Reihe komplexer, nicht nur verwaltungsrechtlicher, sondern auch verfassungs- und völkerrechtlicher Rechtsfragen gestellt. Eine abschließende Einordnung des Urteils ist in Ermangelung der Urteilsgründe zum gegenwärtigen Zeitpunkt schwerlich möglich. Gleichwohl lässt die Pressemitteilung bereits bestimmte Kernaussagen des Urteils sowie die Grundzüge der dahinterstehenden rechtlichen Argumentationsstruktur des Gerichts erkennen.

Dabei beginnt das Gericht, indem es die von Rosneft vorgebrachte formelle Rechtswidrigkeit der Treuhandanordnung – namentlich die unterlassene Anhörung und die vermeintlich unzureichende Begründung – mit wenigen Worten zurückweist. Eine Anhörung sei angesichts eines drohenden strategischen Kapitalabzugs wegen Gefahr im Verzug entbehrlich gewesen, die Begründung der Treuhandanordnung hinreichend vorgenommen worden.

Das Gericht wendet sich dann der materiellen Rechtmäßigkeit der Treuhandanordnung zu. Dabei befasst es sich zunächst mit der Verfassungsmäßigkeit des § 17 EnSiG als Rechtsgrundlage der Treuhandanordnung und stellt fest, dass § 17 Abs. 1 bis 4 EnSiG die unternehmerische Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG in verhältnismäßiger Weise einschränke. Bemerkenswert ist dabei, dass sich das Gericht in seiner Feststellung der Verfassungsmäßigkeit auf die Absätze 1 bis 4 der Vorschrift beschränkt. Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 17 EnSiG, die sich etwa aus einer Gesamtschau mit dem pauschalen Ausschluss ausländischer juristischer Personen von der Entschädigung nach § 17 Abs. 7 S. 3 EnSiG hätten ergeben können (siehe dazu bereits [hier](#)), scheinen hingegen keine Berücksichtigung gefunden zu haben – zu einer Vorlage an das BVerfG im

Wege einer konkreten Normenkontrolle ist es offensichtlich nicht gekommen.

Auf dieser Grundlage widmet sich das Gericht den Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 1 EnSiG. Dazu stellt es unter Bezugnahme auf die Erkenntnisse aus einer vor dem BVerfG unüblichen, hier aber aufgrund der Sonderzuweisung des § 17 Abs. 6 S. 2 EnSiG ausnahmsweise statthaften Beweisaufnahme fest, dass die nach § 17 Abs. 1 EnSiG erforderliche Gefahr für die Energieversorgungssicherheit angesichts der Overcompliance, der fortdauernden Abhängigkeit der PCK-Raffinerie von Rohöl aus der Druschba-Pipeline und der realen Möglichkeit eines strategischen Kapitalabzugs tatsächlich vorlag, und folgt damit im Wesentlichen der Argumentation des BMWK.

In einem nächsten Schritt behandelt das Gericht die von Rosneft vorgebrachte Ermessensfehlerhaftigkeit der Treuhandanordnung. Dabei weist es zunächst darauf hin, dass die Treuhandanordnung in sachdienlicher Weise auf eine Reduzierung der Overcompliance und eine Diversifizierung der Rohölbeflieferung hinwirke, und verwirft – erneut unter Bezugnahme auf Erkenntnisse aus der Beweisaufnahme – den recht pauschalen Vorwurf Rosnefts, dass das BMWK mittels der Treuhandanordnung ein gesetzlich nicht vorgesehenes Importembargo für russisches Rohöl habe etablieren wollen. Sodann nimmt sich das Gericht der Frage an, ob das BMWK durch eine mangelnde Berücksichtigung der Grundrechte der Klägerinnen die Grenzen seines Ermessens überschritten habe. Interessanterweise umschifft das Gericht dabei die zentrale Frage nach der Grundrechtsberechtigung fremdstaatlich kontrollierter juristischer Personen. Eine Ermessensüberschreitung des BMWK könne jedenfalls dann nicht vorliegen – so die Pressemitteilung –, wenn sich auch die Treuhandverwaltung eines zweifelsfrei grundrechtsberechtigten inländischen Unternehmens als gerechtfertigter Eingriff in die Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG darstelle, was angesichts der enormen gesellschaftlichen Folgen eines Ausfalls der PCK-Raffinerie jedenfalls der Fall sei. Insbesondere eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG scheidet aus, da es sich bei der Treuhandanordnung um eine verhältnismäßige, von der Sozialbindung des Eigentums gedeckte, nicht entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung handele.

In einem letzten Schritt widmet sich das Gericht schließlich der Vereinbarkeit der Treuhandanordnung mit solchen unions- und völkerrechtlichen Rechtsvorschriften, die über verschiedene verfassungsrechtliche

Hebel (insbesondere Art. 23 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 GG) in die deutsche Rechtsordnung einwirken und dementsprechend auch die deutsche Staatsgewalt einschließlich des BMWK und des BVerwG binden (Art. 20 Abs. 3 GG). Dabei geht das Gericht ausdrücklich davon aus, dass die Treuhandverwaltung nicht nur verfassungsdogmatisch, sondern auch nach investitionsschutzrechtlichen Maßstäben keine (indirekte) Enteignung darstelle. Infolgedessen stehe die Treuhandanordnung auch nicht im Widerspruch zum [deutsch-russischen Investitionsschutzvertrag von 1989 \(DE-RUS-Investitionsschutzvertrag\)](#). Die Treuhandanordnung sei außerdem – so der letzte Satz der Pressemitteilung – auch mit Unionsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar.

### Überlegungen zum Fortgang des Verfahrens

Nimmt man Rosneft beim Wort, so dürfte der Streit um die Treuhandverwaltung mit dem Urteil des BVerwG allerdings noch nicht an sein Ende gelangt sein. Zu erwarten ist, dass Rosneft nun im Wege der Verfassungsbeschwerde (gegebenenfalls mit einer sich anschließenden Individualbeschwerde vor dem EGMR) und eines völkerrechtlichen Schiedsverfahrens auf der Grundlage des DE-RUS-Investitionsschutzvertrags weitere rechtliche Schritte gegen die Treuhandanordnung ergreifen wird.

Im Falle einer Verfassungsbeschwerde wird sich das BVerfG dabei zunächst dahingehend positionieren müssen, ob die Klägerinnen als fremdstaatlich kontrollierte juristische Personen überhaupt grundrechtsberechtigt sind. Diese Frage hat das BVerfG – wie auch das BVerwG im hier besprochenen Urteil – bislang offen gelassen. Nach der Vattenfall-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2016 sollen fremdstaatlich kontrollierte juristische Personen aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten (insbesondere Art. 49, 54 AEUV) zwar „ausnahmsweise“ grundrechtsberechtigt sein, wenn sie von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union kontrolliert werden. Ob sich dieser spezifisch unionsrechtlich geprägte Gedanke auf sonstige fremdstaatlich kontrollierte juristische Personen übertragen lässt, ist jedoch zweifelhaft. Sollte sich das BVerfG gleichwohl zugunsten der Grundrechtsberechtigung fremdstaatlich kontrollierter juristischer Personen positionieren, so wird es auch zu klären haben, ob es sich bei einer Treuhandverwaltung im Sinne von § 17 EnSiG – entsprechend der Rechtsauffassung

des BVerwG – tatsächlich um eine nicht entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung handelt. Eine generelle Entschädigungslosigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmung nimmt das BVerfG nämlich seit seinen Entscheidungen in den Rechtssachen Pflichtexemplar und Denkmalschutz nicht mehr an.

Nach (erfolglosem) Abschluss einer etwaigen Verfassungsbeschwerde wäre darüber hinaus auch mit einer auf die Verletzung von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP 1 EMRK) gestützten Individualbeschwerde vor dem EGMR zu rechnen. Anders als im deutschen Recht bestehen angesichts der Weite des Wortlauts des Art. 1 ZP 1 EMRK und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 34 EMRK kaum Zweifel an der Eröffnung des Schutzbereichs für fremdstaatlich kontrollierte juristische Personen, soweit diese – wie in der hiesigen Konstellation – nicht unmittelbar Hoheitsgewalt ausüben. Dass die Russische Föderation seit dem 16. September 2022 kein Vertragsstaat der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle mehr ist, befreit die Bundesrepublik Deutschland dabei selbstverständlich nicht von der Bindung an die Konventionsgewährleistungen innerhalb ihrer Jurisdiktion. Für die Anwendbarkeit der EMRK ist es insoweit gänzlich unerheblich, ob die auf deutschem Staatsgebiet betroffene juristische Person von einem Staat kontrolliert wird, der kein Mitgliedstaat der EMRK ist.

Mit einiger Sicherheit dürfte Rosneft außerdem ein auf die Zahlung von Entschädigung gerichtetes schiedsgerichtliches Verfahren auf Grundlage des Art. 10 DE-RUS-Investitionsschutzvertrag anstrengen. Insoweit ist der Pressemitteilung des BVerwG zwar zu entnehmen, dass das Gericht zu der eigenen Beurteilung gelangt ist, dass die Treuhandverwaltung keine Enteignung i.S.v. Art. 4 DE-RUS-Investitionsschutzvertrag darstelle. Angesichts der umfangreichen schiedsgerichtlichen Spruchpraxis zu indirekten Enteignungen, die den Enteignungsbegriff regelmäßig deutlich weiter versteht als die deutsche Verfassungsdogmatik, dürfte diese Frage jedoch keineswegs als geklärt betrachtet werden.

### Fazit

Aus verwaltungsgerichtlicher Perspektive mag durch das Urteil des BVerwG vom 14. März 2023 alles gesagt sein. Im Bereich des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts sind indes viele Fragen offen. Der Streit um die Treuhandverwaltung (sowie einer sich demnächst wohl anschließenden

den Enteignung) wird Literatur und Rechtsprechung in den nächsten Monaten und Jahren weiter beschäftigen.

Im Ergebnis dürften die Erfolgsaussichten etwaiger weiterer Verfahren – insbesondere wegen eines auf sämtlichen Stufen des eigentumsrechtlichen Mehrebenensystems berücksichtigungsfähigen Mitverschuldens Ros-

nefts bzw. des russischen Staates – gleichwohl als gering einzuschätzen sein. Doch das ist ein anderes Thema (siehe bereits [hier](#) sowie demnächst ausführlich in der JuristenZeitung).

Ademir Karamehmedovic

# Alles auf Los

Durch Losverfahren besetzte Gremien und ihre demokratische Legitimation

doi: 10.17176/20230309-185201-0



Für einen kurzen Augenblick richteten sich alle Blicke der Berliner Stadtgesellschaft auf einen Wahlkreis in Berlin-Lichtenberg. Nach der Wiederholungswahl gab es bei der Auszählung von ursprünglich vergessenen Wahlstimmen ein Patt zwischen den Direktkandidat\*innen der CDU und der Linken. Dieses Patt hätte bedeutet, dass ein Los darüber entscheidet, wer ins Abgeordnetenhaus einzieht. Das entbehrt nicht einer gewissen Ironie, waren es doch Vertreter\*innen der Union, die vor einigen Wochen das Losverfahren mit deutlichen Worten kritisierten, als die sogenannte „Letzte Generation“ einen gelosten Gesellschaftsrat forderte. Es dauerte nicht lange, bis Konservative das Ende und den Untergang der parlamentarischen, grundgesetzlichen Demokratie an die Wand malten. Wäre also ein durch ein Losverfahren zusammengesetztes Gremium tatsächlich undemokratisch?

## Ein Gesellschaftsrat soll's richten

Doch der Reihe nach. Die Aktivist\*innen der Letzten Generation fordern einen [Gesellschaftsrat](#), der verbindlich die Klimapolitik der Bundesregierung bestimmen soll. Das Konzept ist nicht neu. Es ist stark angelehnt an das Partizipationsverfahren Bürgerrat, in dem zufällige und (deskriptiv) repräsentative Bürger\*innen ein Gutachten zu einem vom Auftraggeber vorher definierten Thema erarbeiten. Auftraggeber können verschiedene staatliche Stellen sein, regelmäßig ist es jedoch das Parlament. Im Bürgerrat werden Expert\*innen hinzugezogen und es wird in Kleingruppen delibertiert, um am Ende ein möglichst rationales Ergebnis im Sinne des Allgemeinwohls zu erhalten. Im Anschluss wird das Ergebnis an den Auftraggeber übergeben, der sich im besten Falle vom Gutachten für die eigene Politik inspirieren lässt. Im schlechtesten Fall verschwindet das teuer und aufwendig erarbeitete Gutachten in der Schublade. Auch der Gesellschaftsrat soll in diesem Modus arbeiten, mit dem Unterschied, dass eine Ergebnisverbindlichkeit dadurch hergestellt werden soll, dass die Regierung verspricht, die [Ergebnisse 1:1 umzusetzen](#).

In diese Debatte stoßen nun Politiker\*innen, die der Letzten Generation [vorwerfen](#), sie wollen die Demokratie abschaffen. Vorneweg äußerte sich Markus Söders Mann fürs Grobe, CSU-Generalsekretär Martin Huber, und warf den Aktivist\*innen Extremismus vor. Doch auch andere – differenziertere – Aussagen ließen aufhorchen. Das Los sei „[keine Demokratie](#)“, so die CDU-Politikerin und Mittelstands- und Wirtschaftsunionvorsitzende Gitta Connemann. Auch Parlamentarier\*innen der Regierungskoalition äußerten sich skeptisch. So stellt FDP-Politiker Konstantin Kuhle, sonst nicht im Verdacht vorschnelle verfassungsrechtliche Analysen anzustellen, fest: „[Sie können nicht Leute auslosen und mit der Macht ausstatten, über das Wohl und Weh des ganzen Landes zu entscheiden. Das ist undemokratisch.](#)“

Fakt ist, dass es zur Frage, inwiefern das Losverfahren einen demokratischer Auswahlprozess darstellen könnte, nicht allzu viel Forschung gibt. Das Vorgängermodell der Planungszelle, die im kommunalen Planungsrecht bereits seit den 1970er Jahren Anwendung fand, ordneten Jürgen Volz, Bernhard Losch und Jörg Guttmann in zwei Aufsätzen in einer strikt konsultativen Ausgestaltung in engen Grenzen für mit dem Grundgesetz vereinbar ein. Sie beschäftigten sich jedoch nicht tiefgründig mit der Frage, wie sich das Los in den grundgesetzlichen Demokratiebegriff einordnen lässt. Eine tiefergehende Beschäftigung gelang da schon eher Jan Ziekow in seinem [Rechtsgutachten für den Deutschen Bundestag](#). Dort versuchte er das Partizipationsmodell Bürgerrat auf alle verfassungsrechtlichen Punkte abzuklopfen. Zusammengefasst gesagt hält auch Ziekow den Bürgerrat für unproblematisch, solange er keine der Wahl legitimationsähnliche Wirkung suggeriere. Denn das Volk wirke beim Losverfahren eben nicht an der Staatswillensbildung mit. Doch auch Ziekow verzichtete auf eine detaillierte Einordnung des Losverfahrens in die verschiedenen Legitimationsmodi, die das Grundgesetz ermöglicht und das Bundesverfassungsgericht anerkennt. Wäre also ein durch ein Losverfahren zusammengesetztes Gremium tatsächlich undemokratisch?

Niemand scheint eine Antwort zu haben, die über ein bloßes (vereinzelt auch durchaus substantiiertes) Bauchgefühl hinausgeht.

## Gesellschaftsrat - keine Erfindung der Klimakleber\*innen

Dass die Verfassungsrechtswissenschaft auf diesem Feld so blank ist, darf durchaus überraschen. Schon die antike attische Demokratie setzte in ihren Personalfindungsprozessen intensiv auf ein ausgeklügeltes Losverfahren. Wenn dieses historische Vorbild gemeinhin als die Keimzelle moderner Demokratien gilt, verblüfft es, dass niemand seine Personalentscheidungsmechanismen auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz abgeklopft hat. Wie viel historischer Kern steckt in unserer demokratischen Verfassung?

Unser verfassungsrechtliches Demokratieverständnis beruht – da erzähle ich nun wahrlich nichts Neues – auf dem Böckenfördschen Drei-Säulen-Modell. Personelle, sachliche und funktionelle Legitimationsvermittlung wirken im Zusammenspiel, können einander zumindest teilweise ersetzen und sorgen am Ende für ein zur Ausübung von Staatsgewalt ausreichendes Legitimationsniveau. Doch auch wenn dieses Dogma sowohl in der Literatur als auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in die grundgesetzliche DNA übergegangen zu sein scheint, darf nicht übersehen werden, dass das Bundesverfassungsgericht sie nicht als exklusive Legitimationsmöglichkeit staatlicher Stellen ansieht. Mit der ausdifferenzierten Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung bietet uns Karlsruhe einen Anknüpfungspunkt, die allzu starre Fixierung auf Legitimationssketten unter bestimmten Voraussetzungen hinter uns zu lassen. Obwohl das Gericht einige dogmatische Punkte offenlässt, zeigt sich hier seine konsequente Auslegung des Demokratieprinzips als genau ebendas: ein Prinzip, das einer Weiterentwicklung durchaus zugänglich ist.

## Drei Punkte sind entscheidend

Welchen Voraussetzungen müsste eine solche Weiterentwicklung des Demokratieprinzips durch losbasierte Partizipation gerecht werden? Im Ergebnis muss sich ein solcher Vorschlag an den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG messen lassen, der jedoch mehr zulässt, als eine aufgeregte Debatte auf Twitter vermuten lässt. Nachfolgend sol-

len die wichtigsten verfassungsrechtlichen Fragen aufgeführt werden, die eine Adaption des Losverfahrens in das grundgesetzliche System beantworten müsste.

Sicherlich könnte das Losverfahren und die damit verbundene Partizipation das parlamentarische System lediglich ergänzen. Es muss geklärt und bestimmt werden, ob ein Bürger- bzw. Gesellschaftsrat in seiner konkreten Ausgestaltung auf das Volk i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG zurückzuführen ist. Dies pauschal zu verneinen, weil keine Legitimationsskette konstruiert werden kann, greift im Hinblick auf die oben bereits ausgeführten Hinweise auf die funktionale Selbstverwaltung zu kurz: Alles, was eine ununterbrochene Legitimationsskette ist, ist Demokratie. Aber nicht alles, was keine ist, ist *per se* undemokratisch.

Ein zweiter Punkt liegt in der demokratischen Gleichheit. Jede Mitwirkung an staatlicher Willens- und Entscheidungsfindung muss dem strengen demokratischen Gleichheitsgebot genügen, das die Ungleichbehandlung der Bürger\*innen bei Ausübung ihrer staatsbürgerlichen Rechte zur Teilhabe an staatlichen Entscheidungsfindungsprozessen grundsätzlich ablehnt. Vereinzelt wird darauf verwiesen, dass die Mitwirkung bei einem Bürgerrat nicht in den Händen, der Bürger\*innen selbst liege, sondern dem zufälligen Losglück überlassen bliebe. Somit könne diese Form der Partizipation nicht demokratischen Ansprüchen genügen. Dass dies allerdings nicht zutrifft, legt bereits der Vergleich mit dem sehr ausdifferenzierten Diskurs über die Wahlrechtsgleichheit offen. Hier wird nicht an die Mitarbeit im Parlament angeknüpft, um gleichheitsrechtlichen Maßstäbe zur Anwendung zu bringen; es wird vielmehr auf das Moment der Wahl abgestellt. Werden also alle in dem Moment beteiligt, in dem es darum geht, das Personal auszuwählen? Damit muss das Losverfahren den gleichen Anforderungen gerecht werden. Im Moment der Personalauswahl muss es demokratische Gleichheit erreichen. Jede Ungleichbehandlung ist lediglich unter engen Voraussetzungen zu rechtfertigen. Wenn also alle die gleiche Chance haben ausgelost zu werden, ist das demokratische Gleichheitsgebot erfüllt. Mit anderen Worten: Das Recht auf gleiche demokratische Teilhabe enthält weder einen Anspruch aktiv im Parlament mitarbeiten zu dürfen noch das Recht darauf, in den Bürgerrat gelost zu werden. Die Chancengleichheit des Zugangs zu den jeweiligen Gremien muss jedoch gleich ausgestaltet sein.

Schließlich muss das Losverfahren auch noch in das Repräsentationssystem eingeordnet werden. Die Letzte



Generation fordert – genau wie der ganz überwiegende Teil derjenigen, die das Partizipationsmodell Bürgererrat befürworten – eine Zusammensetzung, die Deutschland „im Kleinen“ widerspiegelt. Also eine Teilnehmerschaft, die nach bestimmten deskriptiven Merkmalen (Alter, Wohnsitz, Migrationshintergrund, Gender) der Zusammensetzung der Bevölkerung in Deutschland entspricht. Um die Verfassungsmäßigkeit dieser Forderung zu untersuchen, sei an dieser Stelle an die [Debatte zu den Parité-Gesetzen](#) erinnert, in der die Frage nach deskriptiver Repräsentation bereits gestellt wurde. Zwar gibt es mit den Entscheidungen aus Thüringen und Brandenburg bereits zwei Landesverfassungsgerichte, die einen solchen Repräsentationsbegriff bereits abgelehnt haben, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht steht jedoch noch aus. Doch selbst wenn man den grundgesetzlichen Repräsentationsbegriff nicht um deskriptive Merkmale ergänzen möchte, muss man die Augen vor der Zusammensetzung der Bevölkerung nicht vollkommen verschließen. Es war schließlich Ernst-Wolfgang Böckenförde, der höchstpersönlich den Begriff der „inhaltlichen Repräsentation“ prägte – ein Repräsentationsverständnis, das auf die dauerhafte und funktionierende Kommunikation zwischen Repräsentant\*innen und Repräsentierten angewiesen ist. Ein Bürgerrat könnte jedenfalls dazu beitragen, dass diese Kommunikationsbeziehung verbessert

würde.

### Um es auf Bayerisch zu sagen

Damit sind selbstverständlich nicht alle Fragen rund um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit losbasierter Partizipation beantwortet. Insbesondere die Frage der Kompetenzen eines solchen Gremiums wird für die Verfassungsmäßigkeit ein entscheidender Faktor sein. Die aus meiner Sicht wichtigsten abstrakten verfassungsrechtlichen Fragen sollten jedoch damit als Denkanstoß – auch für CSU-Generalsekretäre – gegeben worden sein: Eine pauschale Verneinung von Gesellschafts- bzw. Bürgerräten ist weder wissenschaftlich fundiert, noch der Sache angemessen ist. Die Ampelkoalition hat sich die Einführung von Bürgerräten in den Koalitionsvertrag geschrieben. Man hört aus dem Parlament, dass gerade intensiv nach einem Thema gesucht wird, das sich für den ersten offiziellen Bürgerrat des Bundestags eignet. Auch nach dessen Umsetzung wird die parlamentarische Demokratie höchstwahrscheinlich immer noch unbeschadet bleiben. Was den Erfolg des Partizipationsmodells angeht, rate ich zu bayerischer Gelassenheit. Auch wenn das CSU-Generalsekretären in Wahlkampfzeiten berufsbedingt natürlich schwerfällt. Schaumermal.

Georg Freiß, Timo Laven

# Entgleisung des Bundesrechnungshofs

Über die Zerschlagung der Deutschen Bahn AG und das politische Mandat der Bundesbehörde

doi: 10.17176/20230324-185209-0



In seinem Sonderbericht vom 15. März übte der Bundesrechnungshof vernichtende Kritik an der Deutschen Bahn, die die Presse in der vergangenen Woche dazu veranlasste, von der Notwendigkeit einer „Zerschlagung“ der Bahn zu sprechen. Zerschlagung meint in diesem Falle jedoch weniger eine Restrukturierung als solches, sondern als vor allem eines: Privatisierung. Der Bundesrechnungshof bewegt sich damit auf einem schmalen Grat zwischen ökonomischer Evaluation und politischer Intervention. Hinsichtlich seiner grundlegenden Kritik an der Organisation der DB AG ist dem Rechnungshof in vielen Punkten zuzustimmen. Die Schlussfolgerungen erscheinen allerdings keinesfalls notwendig und in Anbetracht des institutionellen Mandats des Bundesrechnungshofs diskussionswürdig. Insbesondere vor dem Hintergrund der verbreiteten restriktiven Auslegung des [Art. 15 GG](#) birgt die Forderung des Bundesrechnungshofs das Risiko einer juristischen Einbahnstraße

## „Was die Schiene nicht stärkt, gehört nicht in den Konzern“ - die DB AG als Global Player

Bereits 2019 veröffentlichte der Bundesrechnungshof einen Sonderbericht zur DB AG, dessen Kritik er in seiner neuen Evaluation in vielen Punkten bloß wiederholt wurde. Die DB wurde 1994 als erster Schritt eines Privatisierungsplans der früheren Reichs- und Bundesbahn als Aktiengesellschaft gegründet, deren einziger Aktionär allerdings der Bund blieb. Grundgedanke war eine Effizienzsteigerung durch schrittweise Einführung von Marktmechanismen in den Eisenbahnverkehr. Die Bahn sollte kundenorientierter arbeiten, Gewinne erwirtschaften und so den Anteil des Schienenverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen erhöhen. Eine vollständige Privatisierung in Form eines Börsengangs war vorgesehen, scheiterte allerdings 2008 im Zuge der Finanzkrise.

Die Folgen dieser unvollkommenen Privatisierung bilden den Kern der Kritik des Bundesrechnungshofes. Die DB AG expandiert mit ihren 600 Tochtergesellschaften

in über 130 Staaten stetig in bahnfremde Bereiche wie Logistik sowie in [Prestigeprojekte im Ausland](#). Das Kerngeschäft, also der gemeinwohlorientierte Betrieb des Eisenbahnsystems, bleibt hingegen seit Jahren [weit hinter den gesetzten Zielen zurück](#). Gravierend tritt hinzu, dass sich die Verschuldung des Konzerns mit täglich 5 Millionen Euro mittlerweile auf beinahe 30 Milliarden Euro summiert. Aufgrund unübersichtlicher Unternehmensstrukturen verliert der Bund als Alleineigentümer zunehmend an Einflussmöglichkeiten.

Die Kritik des Bundesrechnungshofs fällt entsprechend drastisch aus. Wer bei dem 33-seitigen Sonderbericht ein Fachgutachten erwartet, wird überrascht sein: Der Text ist auch für Laien ohne Weiteres verständlich und bedient sich eines unerwartet polemischen Stils, der die Frustration des Bundesrechnungshofs deutlich macht. So wird dem Vorstand der DB AG vorgeworfen, den Bund mit dem „Prinzip Hoffnung“ zu verträsten, welcher seinerseits angesichts der prekären Lage der Bahn AG „die Augen verschließe“ (S. 30). Die DB AG selbst sei ein „Sanierungsfall“ und ein „Fass ohne Boden“ (S. 5). Dieser drastische Sprachstil erklärt sich damit, dass Sonderberichte des Bundesrechnungshofs gem. § 99 BHO gerade dazu verwendet werden sollen, die Öffentlichkeit zu erreichen.

Der Bundesrechnungshof fordert sodann eine weitreichende Restrukturierung der Bahn. Zunächst habe der Bund konkrete Ziele für die kurz-, mittel- und langfristige Entwicklung der DB vorzulegen, an denen die Bahnpolitik konkret gemessen werden kann. Diese sollten sich an dem in [Art. 87e Abs. 4 GG](#) normierten Zweck der Gewährleistung eines gemeinwohlorientierten Schienenverkehrs orientieren. Daher seien bahnfremde Bereiche abzustoßen (S.4), schließlich müsse die Einflussmöglichkeit des Bundes auf sämtliche Bereiche der DB sichergestellt werden, um die Bundesinteressen konsequent umsetzen zu können.

Bis hierhin scheint die Kritik des Bundesrechnungs-

hofs nahezu evident, doch der Sonderbericht geht in seinen Forderungen weit über das bloße Evaluieren der Bahn AG hinaus. Den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag könne der Bund nicht nur durch eigene Tätigkeit erfüllen, sondern auch durch eine weitere Privatisierung. Öffentliches Eigentum sieht der Bundesrechnungshof nur beim Betrieb der Schieneninfrastruktur sowie der Bahnhöfe als notwendig an. Daher sollten diese gebündelt und alle darüber hinausgehenden Unternehmensteile abgestoßen werden. Die mit der Autorität ökonomischer Rationalität ausgesprochene Handlungsempfehlung lautet daher auf weitreichende Privatisierungen. So solle Konkurrenz auf der Schiene erreicht werden, die durch ein breiteres Angebot Vorteile für Kund\*innen bewirken sollen. Dem liegt offenkundig der Gedanke zugrunde, dass die Monopolstellung der DB AG sowie die Ineffizienz öffentlicher Wirtschaftsformen den Ursprung der Probleme bilden. Der Bundesrechnungshof positioniert sich damit öffentlichkeitswirksam in der hoch umstrittenen – und nicht zuletzt demokratisch zu entscheidenden – Frage der Privatisierung.

### Wie neutral kann der Bundesrechnungshof sein?

Diese Handlungsempfehlung wirft Fragen der Legitimation des Bundesrechnungshofs auf, schließlich geht sie über eine bloße Analyse der Unternehmensstruktur deutlich hinaus.

Der Bundesrechnungshof ist in Art. 114 Abs. 2 GG als Institution vorgesehen, dessen Mitglieder „richterliche Unabhängigkeit“ besitzen und die „Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes“ prüft.

Verfassungsrechtlich unklar bleibt dabei, welcher Gewalt der Bundesrechnungshof zuzuordnen ist. Einerseits hat er justizähnliche Kontrollbefugnisse inne und seine Mitglieder genießen richterliche Unabhängigkeit. Andererseits nimmt er Hilfsfunktionen bei der parlamentarischen Rechnungsprüfung und Haushaltsplanung wahr. Gleichzeitig dient er als Bundesbehörde auch der Exekutive bei ihrer verwaltungsinternen Kontrolle.

Die besondere Stellung im Verfassungsgefüge gründet sich jedenfalls unstrittig auf der Überlegung, dass Prüfungen unabhängig und frei von politischer Einflussnahme ablaufen sollen. Die Kontrollkompetenz des

Bundesrechnungshofes ist deshalb von der politisch-parlamentarischen Machtverteilung im Bundestag entkoppelt. Er soll als fachliche Kontrollinstanz agieren und nicht als politischer Entscheidungsträger.<sup>1</sup>

Auffällig ist in diesem Zusammenhang die Vorstellung, dass Wirtschafts- und Finanzpolitik eine rein vernunftbasierte Angelegenheit sei, die in politisch neutraler Art und Weise erfolgen könne. Der Prüfungsmaßstab des Bundesrechnungshofs orientiert sich am Merkmal der Wirtschaftlichkeit. Dieses ist im Gegensatz zur Sparsamkeitsprüfung wesentlich interpretationsanfälliger.<sup>2</sup> Im Idealfall sollte die Wirtschaftlichkeitsprüfung an einer vom Gesetzgeber klar kommunizierten Zielsetzung des öffentlichen Wirtschaftens orientiert sein. Dass der Bund keine deutlichen Ziele für die Bahnpolitik setzt, ist daher doppelt problematisch. So ist der Bundesrechnungshof gezwungen, eine Prüfung ohne Orientierungsrahmen vorzunehmen. Mit der Forderung einer fortschreitenden Privatisierung setzt er die Ziele nun selbst.

Die verschiedenen Mittel und Wege zum politisch gewollten Ziel müssen ebenso politisch abgewogen werden und können keinesfalls „neutral“ geprüft werden. Das Paradigma der Wirtschaftlichkeit enthält dabei in sich eine politische Stoßrichtung: Es nimmt die Entscheidung vorweg, dass ein Wirtschaftsbereich gewinnorientiert betrieben werden soll.

### (Verfassungs-) rechtliche Notwendigkeit von Privatisierungen?

Dass der Bundesrechnungshof keinen rein neutralen Maßstäben folgt, ist also schon in seinen rechtlichen Grundlagen angelegt. Das Gutachten kann daher nur im Lichte dieser Normen gelesen werden.

Die Prüfung des Bundesrechnungshofes orientiert sich am einfach-rechtlichen Maßstab der **Bundeshaushaltsordnung (BHO)**, die die rechtlichen Rahmenbedingungen des vom Parlament zu verabschiedenden Haushaltsplans vorgibt. **§ 7 Abs. 1 BHO** sieht das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vor, das den Bund dazu verpflichtet, bei wirtschaftlicher Tätigkeit des Bundes zu prüfen, ob diese Aufgaben auch durch Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden könnten. **§ 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO** enthält ebenfalls ein Subsidiaritätsprinzip staatlicher Aktivitäten gegenüber der Privatwirtschaft für

<sup>1</sup> Kube, Dürig/Herzog/Scholz GG-Kommentar, Art. 114 Rn. 110.

<sup>2</sup> Hufeld, Handbuch des Staatsrechts Bd. 3, § 56 Rn. 21f.

öffentliche Beteiligungen. Die BHO setzt damit Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit faktisch mit einer kontinuierlichen Privatisierung gleich. Ihr liegt die Annahme zugrunde, dass die Aktivitäten der Privatwirtschaft grundsätzlich effizienter und kostengünstiger sind. Damit unterwirft sie staatliches Handeln in genereller Form der (vermeintlichen) ökonomischen Rationalität, blendet aber gleichzeitig jegliche nicht-wirtschaftliche Aspekte aus. Mit anderen Worten: Dass die DB AG rote Zahlen schreibt, kann politisch vertretbar sein, wenn sie aus günstigen oder unprofitablen, aber notwendigen Fahrten entstehen. Zutreffend wäre es hingegen unvertretbar, wenn öffentliche Gelder versickern oder zu bahnfremden Geschäften genutzt werden. Diese (politische) Differenzierung wird durch die ausschließliche Ausrichtung an der Wirtschaftlichkeit nivelliert.

Der rechtliche Prüfungsrahmen des Bundesrechnungshofs enthält damit eine eindeutige Voreingenommenheit zu Gunsten von Privatisierungen. Dass der Bundesrechnungshof vor diesem Hintergrund eine Veräußerung der DB-Bereiche abseits der Schienen- und Bahnhofsinfrastruktur erwägt, wird kaum überraschen. Für den Bereich der Deutschen Bahn enthält das Grundgesetz in [Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG](#) eine Sonderregelung, die die Organisation als privatrechtliches Unternehmen in öffentlichem (Teil-) Eigentum mit Verfassungsrang versieht. Einzig Bau, Unterhaltung und Betrieb des Schienennetzes müssen danach im Eigentum des Staates liegen, darüber hinaus gibt das Grundgesetz den Weg zur Privatisierung frei, ohne ihn vorzuschreiben.

Als Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem bildet [Art. 87e GG](#) damit eine verfassungsrechtliche Ausnahme vom in ständiger Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der [wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes](#). Ihre Grundlage findet die Norm in den Privatisierungsplänen der ehemaligen Bundes- und Reichsbahn, die zuvor nach [Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG a.F.](#) in bundeseigener Verwaltung betrieben wurden. Dazu wurden 1993 und 1994 durch Verfassungsänderungen die Bundeseisenbahn aus [Art. 87 GG](#) entfernt und der [Art. 87e GG](#) in seiner heutigen Form eingefügt. Die Privatisierung der Bahn war also nur durch Verfassungsänderung möglich; dass dies in einer Form erfolgte, die die private Organisation auch für die Zukunft verfassungsrechtlich festlegte, war demgegenüber nicht notwendig.

[Art. 87e GG](#) ist demnach eine Vorschrift ganz im Geiste der 1990er Jahre. In Abweichung von der sonstigen Systematik des Grundgesetzes versah sie die Privatisierung der Bahn mit Verfassungsrang. Allerdings folgt aus [Art. 87e GG](#) abseits der Verpflichtung zur privatrechtlichen Form gerade nicht die Notwendigkeit von Veräußerungen, wie sie der Bundesrechnungshof vorschlägt. Die Deutsche Bahn könnte, solange sie privatrechtliches Wirtschaftsunternehmen bleibt, auch wieder durch stärkere Einbindung des Staates und Rückbau bereits ergangener Privatisierungen des Personen- und Güterverkehrs umgestaltet werden.

Soweit damit die Ziele eines flächendeckenden sozial inklusiven und klimafreundlichen Verkehrs verfolgt würden, stünden auch [§§ 7, 65 BHO](#) nicht entgegen.

### Privatisierung darf keine Einbahnstraße sein

Die Privatisierungspolitik der 1990er und frühen 2000er Jahre sowie die [Bahnreform 1994](#) werden heute in Politik und Wissenschaft kritischer gesehen. Ob der Bundesrechnungshof mit seiner Einschätzung, dass nur weitere Veräußerungen Besserung bringen, richtig liegt, kann bezweifelt werden. Jedenfalls ist es zweifellos eine politische Einschätzung, die die Grenzen neutraler Prüfung überschreitet.

Unumkehrbare Privatisierungen stoßen auch mit Blick auf das Grundgesetz auf Bedenken. Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch neutral ausgestaltet und überlässt es dem Gesetzgeber, aktiv zu gestalten. Dies setzt denotwendig voraus, dass Wirtschaftspolitik auch reversibel sein muss.

Prominentes Beispiel ist die Privatisierung [tausender Sozialwohnungen in Berlin](#) in den 1990er und 2000er Jahren, die heute viele als Fehler sehen. Im Rahmen des Volksentscheides „Deutsche Wohnen & Co. enteignen“ sprach sich eine Mehrheit der Berliner\*innen für die [Entprivatisierung und Vergesellschaftung](#) aus.

Dem wird vielfach der Einwand entgegengehalten, [Art. 15 GG](#) sei restriktiv zu verstehen. Zwar wird [Art. 15 GG](#) von den wenigsten als obsolet angesehen,<sup>3</sup> doch verbleibt bei vielen Kommentator\*innen durch eine Überhöhung des Eigentumsschutzes nur ein enger Anwendungsbereich der Vergesellschaftungsnorm. In Bezug auf die Bahn wäre besonders ein verengtes Verständnis des Sozialisierungsobjekts „Produktionsmittel“, wel-

<sup>3</sup>Ridder, [Enteignung und Sozialisierung](#), [VVDStRL 10 \(1952\)](#), S. 146.

ches das Verkehrswesen nicht umfasst, problematisch. Bei Zugrundelegung solch restriktiver Auslegungsansätze folgt die Einsicht, dass Privatisierung als wirtschaftspolitische Maßnahme praktisch nicht umkehrbar und somit endgültig wäre. Dies steht der Idee der wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes entgegen und verdeutlicht die zentrale Rolle, die Art. 15 GG in der grundgesetzlichen Wirtschaftsordnung einnimmt. Ein zu schwach ausgestalteter Art. 15 GG müsste daher als Mahnung vor Privatisierung verstanden werden

und könnte so eine politische Funktion erhalten, die ihm vom [Bundesverfassungsgericht auf rechtlicher Ebene nicht zugesprochen wurde](#): Die einer Privatisierungssperre. Eine offene Privatisierungsdebatte setzt daher spiegelbildlich eine [offene Anwendung des Art. 15 GG](#) voraus.

*Für Diskussion und Feedback danken wir Anna-Katharina König.*



Kai Ambos

# Die papierene Macht des Rechts und seine Perversion

Ein Review Essay

doi: 10.17176/20230329-195142-0



**Benjamin Lahusen, *Der Dienstbetrieb ist nicht gestört. Die Deutschen und ihre Justiz 1943-1948*, C.H. Beck, 2022**

Ausgangspunkt dieser Studie ist das Justitium, also der Stillstand der Rechtspflege („ius stat“), wie er in § 245 Zivilprozessordnung (ZPO) seinen einfachgesetzlichen Niederschlag findet:

„Hört infolge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Tätigkeit des Gerichtes auf, so wird für die Dauer dieses Zustands das Verfahren unterbrochen.“

Wann, wenn nicht in der berühmten „Stunde Null“, erfasst im Untersuchungszeitraum dieser Studie, sollte dieser Zustand eingetreten sein? Deutschland sah sich gegen Ende des Zweiten Weltkriegs verstärkten Bombenangriffen ausgesetzt, die natürlich auch Justizgebäude nicht verschonten, ganz abgesehen vom Personalschwund durch Abberufung von Richtern an die Front. Gleichwohl habe es, so Lahusen, einen Stillstand der Rechtspflege niemals gegeben. Jedenfalls haben die Rechtsarbeiter und ihr Hilfspersonal alles dafür getan, dass der ungestörte Dienstbetrieb noch lange aufrechterhalten werden konnte: „Für die Praxis war «Stillstand» keine Option.“ (S. 47)<sup>1</sup> Lahusen gründet diese und andere Erkenntnisse zur Justizpraxis zwischen 1943 und 1948, detailliert dargelegt in sieben Kapiteln, auf eine umfassende Analyse von Gerichtsakten, die er in Deutschland, Polen, Belgien, Israel und den Niederlanden ausgewertet hat. Trotz der Detailfülle bereitet die Lektüre selten Schwierigkeiten, vor allem dank Lahusens stilistischer Eleganz. Er beweist, dass auch (überarbeitete) juristische Habilitationsschriften Lesevergnügen bereiten können, selbst wenn das Thema dazu eigentlich keinen Anlass gibt.

## „Normalität“ im / trotz Krieg und Zerstörung

Mit der Beschreibung der Versuche der Justiz, die Normalität des Geschäftsbetriebs aufrecht zu erhalten, die teilweise bizarre Formen annimmt, macht Lahusen das schillernde Konzept der „Normalität“ auch für den Bereich der Justiz fruchtbar. Dies ist, soweit ersichtlich, zuvor erstmals durch eine Studie zur Rechtsprechung des Volksgerichtshofs durch ein Team um den Berliner Strafrechtswissenschaftler Klaus Marxen geschehen.<sup>2</sup> Wurde von Marxen damals gezeigt, dass die Verschränkung von Terror und Normalität nicht nur bis zum Schluss ein konstitutives Merkmal juristischer Darstellungs- und Argumentationstechniken blieb, sondern dass damit für die beteiligten Juristen auch stark selbstentlastende Effekte verbunden waren, so geht es Lahusen um etwas anderes, nämlich darum zu zeigen, „wie sich das Recht unbeirrt von den Widrigkeiten seiner Umwelt entfaltet und dabei ... selbst einen Krieg ausblenden kann“ (S. 15).

Schon 1937 hatten im Reichsjustizministerium die Vorbereitungen begonnen, die Justiz auf den Kriegsbetrieb umzustellen und es lagen nicht weniger als einunddreißig Gesetze und Verordnungen dafür parat (S. 18). Die Nationalsozialisten wollten sicherstellen, dass zum einen die Rechtsverwaltung und -ausübung dem Krieg möglichst nicht in die Quere komme, andererseits sollte die Zivilbevölkerung auf juristische Dienstleistungen nicht verzichten müssen: „Das Recht durfte den Krieg nicht stören, aber umgekehrt durfte auch der Krieg das Recht nicht zu sehr stören.“ (ebd.) Erst im Februar 1943, nach der Niederlage bei Stalingrad, gab es spürbare Konsequenzen, aber selbst da wurden von den gut 2000 Amtsgerichten gerade einmal 98 stillgelegt und es erging die Anweisung, alle Rechtsstreitigkeiten zurückzustellen, deren Erledigung „während des Krieges nicht dringlich“ sei (S.

<sup>1</sup>Hier und im Folgenden wird nach der Kindle-Fassung zitiert.

<sup>2</sup>Klaus Marxen, Einführung, in ders./Schlüter, Terror und „Normalität“. Urteile des nationalsozialistischen Volksgerichtshofs 1934-1945, Düsseldorf, 2004, S. 1-7.

19 m.N.). Doch was „kriegsdringlich“ bedeutete, wusste niemand und letztlich wurden nur 2-4% aller Eingänge im Zivilprozess zurückgestellt. Immerhin blieb der extreme Personalschwund – von den fast 14.000 Richterstellen waren 1944 nur noch gut 6.000 besetzt (S. 20) – nicht ohne Folgen, so wurden Strafverfahren nach Möglichkeit im Verwaltungswege erledigt und vermögensrechtliche Auseinandersetzungen im Zivilprozess waren um drei Viertel zurückgegangen. Die Justizbürokratie setzte sich sogar gegen Versuche der politischen Führung, den Rechtsweg im Prinzip und damit die Oberlandesgerichte ganz abzuschaffen, erfolgreich zur Wehr und verteidigte mit teilweise juristischem Starrsinn dogmatische Feinheiten, wie etwa das Kostenrecht (S. 20 ff.). Immerhin: Mit der Kapitulation im Mai 1945 wurde auch die Rechtspflege (zumindest zeitweile) zum Stillstand gezwungen, die Alliierten schlossen Gerichte, entnazifizierten fleißig, aber auch sie mussten eben irgendwann wieder die Fortsetzung des Dienstbetriebs erlauben, auch wenn es kein Papier gab und es auch an sonstigen notwendigen Utensilien fehlt (S. 23 ff.).

Doch selbst in diesem kurzen Interregnum eines faktischen Stillstands der Justiz, lebte man „in einer Fiktion des Fortbestehens des Dienstbetriebes“, wie sich ein Zeitzeuge im Rückblick erinnert (S. 30). Eine Stunde Null habe es tatsächlich nie gegeben, stattdessen personelle und normative Kontinuität (S. 30 ff.). Die Justiz hatte ihr Eigenleben während der NS-Herrschaft auf der Grundlage von Geschäftsverteilungsplänen, Aktenzeichen und anderer Symbolik bewahrt und nahm dieses Eigenleben mit in die nun von oben verordnete Demokratie, gestützt auf das gleiche Personal und den gleichen Normenapparat. Die Macht des Papiers repräsentierte die Normalität und diese hat auch die nationalsozialistische Diktatur mit der (Weimarer) Demokratie geteilt. Auch während der Diktatur wurden „normale“ Rechtsstreitigkeiten im Mietrecht, Eherecht, Strafrecht usw. in routinierter Sachlichkeit verhandelt. So existierte der Fraenkelsche Doppelstaat,<sup>3</sup> mit dem Normenstaat als Rahmen und Existenzgrundlage des exekutiven Maßnahmenstaats. Lahusen bezieht sich ebenfalls auf Fraenkel und bezeichnet das als „geteilte Normalität“, also die Normalität, die die Demokratie mit der Diktatur teilt. Er knüpft an früheren Forschungen, etwa Hannah Ahrendts zur Banali-

tät des Bösen oder Christopher Brownings zu den „Ordinary Men“, die hinter den NS-Totschlägern stehen, an (S. 36). Diese Normalität findet sich in den von Lahusen untersuchten Aktenbeständen. Der Fokus auf dieses Normale ist nicht unangemessen, denn das Buch setzt erst ein „als die systematische Entrechtung ganzer Bevölkerungsgruppen bereits abgeschlossen war“ (S. 38). An dieser Ausgrenzung hat die Justiz natürlich maßgeblich mitgewirkt, ganz im Sinne der schon von Fraenkel aufgestellten These, dass innerhalb der Gemeinschaft Friede, Ordnung und Recht galten, außerhalb aber Machtkampf und Vernichtung.<sup>4</sup> Entweder man gehörte zur Volksgemeinschaft und konnte sich als Teil dieser auch noch des „normalen“ Rechts bedienen, oder man war aus ihr ausgeschlossen und wurde als Feind behandelt. Das Recht abstrahiert die grausame Realität in Form von juristischer Fachsprache und papierener Formalität, mit der selbst so grausame Vorgänge wie eine Hinrichtung ein Flair von Normalität erhalten. Die Normalität des Rechts schafft eine Fiktion der Normalität der Realität: „Das ‚Normale‘ ist die Kulisse vor der Gebrechlichkeit der Welt.“ (S. 42) Die Normalität des Rechts der Diktatur sei – sei es die des Nationalsozialismus oder einer anderen – nicht eine moralische Normalität (vielmehr dieses Recht eine moralische Perversion), doch baut es „auf strukturellen und organisatorischen Prinzipien auf, die man heute noch immer als ‚normal‘ empfinden würde“ (S. 44). Damit rückt uns aber „der Nationalsozialismus näher, als uns lieb sein kann“ (ebd.).

### Dienstbetrieb trotz Endkampf

Im ersten Kapitel („Die Freuden der Pflicht“, S. 46 ff.) zeigt Lahusen, wie die Justiz versucht hat, auch im militärischen Endkampf den Dienstbetrieb im Wesentlichen aufrecht zu erhalten. Nehmen wir z.B. den Fall der Bombardierung Rostocks im April 1942, die zu einer nahezu vollkommenen Zerstörung der Innenstadt, einschließlich der Justizgebäude, geführt hat. Gleichwohl hat der Oberlandesgerichtspräsident schon ab dem 6. Mai „ein[en] geordnete[n] Dienstbetrieb der Rostocker Justizbehörden als gesichert“ festgestellt (S. 50). Das Beispiel zeigt zweierlei: Zum einen führte selbst die vollständige Vernichtung aller Justizgebäude und Akten allenfalls zu einer kurzen Pause der Gerichtstätigkeit; zum anderen blieb

<sup>3</sup>Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat. Recht und Justiz im Dritten Reich, 1940/1984.*

<sup>4</sup>Ebd., S. 193.

dieses Rostocker Justitium eine Ausnahme in der deutschen Justizlandschaft, denn einen weiteren Stillstand der Rechtspflege scheint es während des gesamten Zweiten Weltkriegs nicht gegeben zu haben (ebd.).

Die Justiz arbeitete kontinuierlich und systematisch an Gegenmaßnahmen, um solche unerwünschten Unterbrechungen des Dienstbetriebs zu verhindern. Dabei erwies sich der Schutz der Akten wichtiger als der Schutz der Gebäude, sie wurden „vervielfältigt, abgeschrieben, weggetragen, versteckt“ (S. 56). Der Glaube an die administrativen Selbstheilungskräfte des Justizapparats wurden auch bis zum Schluss nicht aufgegeben, selbst als ab Sommer 1944 die Alliierten Bombardements „die deutschen Städte reihenweise in Schutt und Asche legten“ (S. 61). So konnte in einem Bericht des NS-Sicherheitsdienstes (SD) vom 21. Februar 1944 selbstzufrieden festgestellt werden, dass ein Stillstand der Rechtspflege bislang „nicht oder nur für ganz kurze Zeit eingetreten“ sei (ebd.). Dabei wurde auch der Justizdienst als Kriegsdienst verstanden, in unbedingter Treue zum Führer sollte der Dienstbetrieb unter allen Umständen sichergestellt werden. Reichsjustizminister Thierack stellte klar, dass er gerade von den Richtern und Staatsanwälten den „restlosen Einsatz unter Hintansetzung persönlicher Belange“ erwarte (S. 63). Dazu passt die Freilersche Charakterisierung des Richters als „Soldat des Führers“, der eben notfalls auch das eigene Leben zu opfern habe.

Lahusen belegt an zahlreichen Beispielen das Pflichtbewusstsein, den Gehorsam und die Treue des Justizpersonals, um entgegen der Realität des Bombenkrieges den Dienstbetrieb aufrecht zu erhalten (S. 67 ff.). Dank dieser Einstellung und des damit verbundenen Einsatzes ging das Rechtsleben trotz umfassender und weitverbreiteter Zerstörung „irgendwie weiter“ (S. 73). Die Mühlen der Justiz mahlten weiter, ganz im Sinne des Weberischen Beamtenapparats, dessen Mitglieder mitunter gar zu Seelsorgern werden, zumindest aber Beruhigung unter der Bevölkerung verbreiten: *Fiat iustitia et pereat mundus* (S. 78 ff.). Die Justiz wurde so zu einem der wichtigsten Garanten der von Justizminister Thierack apostrophierten „Geschlossenheit der inneren Front“ (S. 79). Sie schaffte den Rahmen einer stabilen Ordnung, auf deren Grundlage der totale Krieg geführt werden konnte, den „belastbaren Grund“, den die „Kolonnen des Todes ... auf ihrem Marsch benötigten“ und zwar vor allem dort, „wo sie sich in einem vermeintlich unpolitischen Forma-

lismus erging“ (ebd.). „Die Rechtsarbeiter waren mit ihrem juristischen Dasein verschmolzen, der formale Rationalismus des bürokratischen Apparats imprägnierte ihr Leben gegen alle Anflüge des Uneigentlichen“, genauer noch, gegen alle Anflüge der um sie herum stattfindenden zerstörerischen Realität (S. 80).

### Eine deutsche Stadt guter Leute

Im zweiten Kapitel („Das Recht der guten Leute“, S. 83 ff.) konstruiert Lahusen ein fiktives Städtchen namens „Neustadt“ als Beispiel einer deutschen Provinzstadt guter Leute, repräsentativ für die deutsche Seele und mit einer weitgehend unpolitischen Justiz – eine Collage aus Quellenbeständen und somit eine realistische Darstellung des Dienstbetriebs in einer typischen deutschen Kleinstadt. Das Städtchen war schon im Jahre 1933 nationalsozialistisch gleichgeschaltet, vor allem auch klar antisemitisch ausgerichtet. Die räumliche Entfernung zum Krieg half dabei, ihn zu ignorieren. Noch im Endkampf, Anfang 1945, konnte die lokale Justiz in aller Seelenruhe Schneeballschlachten zwischen Bewohnern, kleine Sachbeschädigungen und Diebstähle strafrechtlich würdigen. Noch im März wurde eine zivilrechtliche Klage um die Kehrwoche zwischen Hausbewohnern erhoben (S. 104 ff.).

Als die Alliierten den Ort erreichten, schienen auch sie beeindruckt, denn weder wurde das Amtsgericht geschlossen noch der dortige Richter entlassen. Ein Stillstand der Rechtspflege trat also nie ein (S. 111). Der Richter wurde später zum Mitläufer erklärt, doch auch das war ihm zu viel und er ging dagegen gerichtlich vor – zwar ohne Erfolg, doch konnte er bis 1951 in einem 25 km entfernten Ort seine Richtertätigkeit fortführen. Das Leben ging in Neustadt weiter seinen gewohnten Gang, die deutsche Seele blieb unverletzt, sie „hatte ihren Sinn für das Wesentliche bewahrt, als im Schutt der Städte, von Leichen fett, die Ratten hausten, und jetzt, als die Nachkriegsjahre allmählich ihren begütigenden Mehltau verteilten, da war sie erst recht wesentlich. Die ‚guten Leute‘ waren im Kern gut geblieben.“ (S. 119) Neustadt könnte überall und nirgendwo sein, die historische Wahrheit wird dabei nur zur literarischen Spielerei (ebd.).

### Die Parzellierung des Todes (Auschwitz)

Im dritten Kapitel (S. 120 ff.) beschreibt Lahusen die „Parzellierung des Todes“ anhand der grundbuchmäßigen Erfassung von Auschwitz durch das dafür eigens ge-

gründete Amtsgericht. Man muss dazu wissen, dass Mitte der 1920er Jahre Grundbücher in nahezu allen deutschen Ländern fertig angelegt waren (S. 122). Diese zivilisatorische Errungenschaft, die alleine sachenrechtliches Eigentum an Grund und Boden dokumentieren konnte, musste natürlich auch auf die von Deutschland eroberten und okkupierten Gebiete übertragen werden. Der deutsche Angriffskrieg war grundbuchrechtlich nicht vorbereitet worden, das dortige Immobilienrecht war, wenn überhaupt sprachlich zugänglich und verständlich, sicher nicht dem deutschen Ordnungsverständnis und der deutschen Gründlichkeit angemessen.

Dies traf auch auf das kleine Örtchen Auschwitz zu, in dem deshalb zunächst ein deutsches Amtsgericht eingesetzt und ab 1. November 1939 von einem deutschen Juristen verwaltet wurde. Die Errichtung des Konzentrations- und Vernichtungslagers Mitte 1940 brachte Leben in die Stadt und zwischen NS-Berufsmördern und Sklaventreibern etablierte sich die IG Farben. Sie wollte aber nicht nur Land, Arbeiter und Wohnraum, sondern ihre Investitionen auch juristisch absichern und dazu bedurfte es eines Grundbuchs, in dem die Eigentumsrechte festzulegen waren. Im Oktober 1943 war Auschwitz inzwischen auf 28.000 Bewohner gewachsen und bei der IG Farben waren außer den 2825 Deutschen etwa 20.000 ausländische Arbeiter und gut 10.000 Häftlinge aus dem Lager tätig. Im Lager selbst arbeiteten vier Krematorien und „hüllten die ganze Gegend in den süßlichen Gestank von verbranntem Fleisch“ (S. 133). Davon unbeeindruckt machte die Rechtsabteilung der IG die „Frage der grundbuchmäßigen Behandlung unseres Geländeerwerbs“ zu einer Frage von vorrangiger unternehmerischer Bedeutung (S. 137). Später schrieb die IG an die Wehrersatzinspektion, dass „für den Erwerb und die Bebauung der umfangreichen Ländereien in Auschwitz“, auf denen man „einen Betrieb von allerhöchster Kriegswichtigkeit“ errichte, „die Anlegung eines Grundbuchs nach deutschem Muster unbedingt notwendig“ sei (S. 140 f.).

Damit war auch die Arbeit des Richters am Amtsgericht Auschwitz unentbehrlich, das Grundbuch wurde für ihn zum „Garanten gegen die Einberufung“ an die Front (S. 141). Da jedoch eine ordentliche Katastrierung des Gemeindebezirks Auschwitz nicht möglich war, musste Reichsjustizminister Thierack persönlich intervenieren, „um die grundbuchrechtliche Schicksalsgemeinschaft von Werk und Stadt“ zu lösen (S. 143). Ende 1943 wurde dann das Grundbuch Auschwitz II, das alleine

die Eigentumsverhältnisse der IG Farben betraf, offiziell angelegt; ein Grundbuch Auschwitz I wurde allerdings nie erstellt. Am 22. März 1944 wurde der notarielle Kaufvertrag zwischen der IG Farben und dem Deutschen Reich protokolliert. Damit konnte nun die IG ihr System der Sklavenarbeit unter geklärten Eigentumsverhältnissen betreiben (S. 144). Das für die „Errichtung einer Todesfabrik“ vorrangige „Problem der ordnungsgemäßen Beurkundung“ war damit erledigt (S. 145) und damit war auch der Daseinszweck des kleinen Amtsgerichts Auschwitz weitgehend erfüllt.

### Ein typischer deutscher Richter

Im vierten Kapitel („Lastenausgleich“, S. 155 ff.) beschreibt Lahusen die Biografie von Hans Keutgen, dem letzten Richter am Sondergericht Aachen, gleichsam als Prototyp des nationalsozialistischen Juristentyps. Schon während seines Studiums war Keutgen nationalsozialistisch unterwegs, hatte sich im Mai 1933 dem NS-Studentenbund und der SA angeschlossen und sich „umso freudiger in den Dienst der Bewegung unseres Führers gestellt“ (S. 158). Sein Erstes Examen beendete er mit der Prädikatsnote „gut“, es folgte eine Dissertation innerhalb von vier Monaten zum Thema „Private und öffentliche Sühne im Strafrecht“, die er allerdings nur mit der Note „rite“ abschloss. Doch ging es ihm ohnehin nicht um wissenschaftliche Erkenntnis, sondern nur das Recht zum Führen des Dokortitels. Nun konnte er sich „Dr. Keutgen“ nennen. Noch während des Referendariats im OLG-Bezirk Köln wurde Keutgen 1937 Mitglied der NSDAP, das Zweite Staatsexamen schloss er wieder mit „gut“ ab.

Mit diesen beiden Abschlussnoten im Staatsexamen und der richtigen Gesinnung stand Keutgen eine großartige Laufbahn bevor, die schlechte Dissertation spielte dabei keine Rolle: „Meinungsfreude, Originalität, Brillanz sind in der Welt des Rechts keine tauglichen Währungen“ (S. 161). Auch bei Keutgen ersetzten Gründlichkeit und Fleiß die fehlende Kreativität und „der ausgeprägte Ehrgeiz fand in einem belastbaren Opportunismus sicheren Halt“ (S. 162). Kurzum, Keutgen war ein perfekter Jurist, auch und gerade für den NS-Doppelstaat. Nach Militärdienst und Verletzung an der Ostfront fand er 1942 seine berufliche Heimat am Landgericht Aachen. Dort wurde er zum 1. Januar zum Landgerichtsrat und zugleich Beisitzer am Aachener Sondergericht. Knapp 1000 Verfahren arbeitete dieses Gericht zwischen seiner Gründung (10. Februar 1941) und seinem Untergang ab.



Überwiegend wurden dort juristische Alltagsfälle abgehandelt, demgegenüber nur wenige politische Verfahren, etwa wegen Beleidigungen oder Kritik am Führer oder der SS. Auch die Todesstrafe wurde insgesamt bei nur 14 Personen angewendet, damit war man weit humaner als an den Militärgerichten, anderen Sondergerichten oder dem Volksgerichtshof (S. 167). Keutgen nahm als Beisitzer auch an solchen Todesurteilen teil, im Übrigen war er zeitweilig Pressesprecher des Gerichts. Im Zuge der Evakuierung Aachens im September 1944 verließ auch Keutgen die Stadt und wurde an das kleine Amtsgericht Gmünd abgeordnet, 50 km entfernt. Dort trat er am 19. September 1944 seinen Dienst an. Am 28. November 1944 wurde Keutgen zurück ans Sondergericht beordert, das inzwischen nach Bautzen verlegt worden war (S. 180 ff.). Später zog es zurück nach Ichtershausen, einen Ort in Thüringen; diesen erreichte Keutgen am 23. Februar 1945. Die gerichtliche Aktivität war schon damals sehr begrenzt, Keutgen sagte nach dem Krieg aus, er habe seinen Dienst in Thüringen bis zum 29. März 1945 versehen. Schon Anfang März wurde allerdings in Aachen selbst von den Alliierten der unbelastete Rechtsanwalt Bohne zum neuen Landgerichtspräsidenten ernannt. Für einen kurzen Zeitraum existierten also „zwei Paralleluniversen“: die neue von den Alliierten oktroyierte rechtsstaatliche Justiz in Aachen und Keutgen, der aus der Ferne unbeirrt seinen Dienst am nationalsozialistischen Recht fortsetzte und letzte Aachener Volksschädlinge verurteilte: „ein synchroner Widerstreit anachroner Systeme, der in der juristischen Begriffswelt nur noch als dumpfe Ahnung darstellbar ist“ (S. 184).

Die juristisch intrikate Frage, ob das Aachener Sondergericht unter Keutgen überhaupt noch neben dem neuen alliierten Landgericht Aachen parallel judizieren konnte und durfte, wurde nicht gestellt. Keutgen jedenfalls wurde schon am 15. August 1945 von der englischen Militärregierung wieder als Richter zugelassen und am 29. Januar 1946 ernannt. Die obligatorischen Überprüfungen ergaben zunächst nichts, obwohl es genügend Gründe gegeben hätte, ein Berufsverbot auszusprechen (Mitglied von SA und später auch NSDAP, Rechtsreferent der Hitlerjugend, Sondergericht, Beteiligung an Todesurteilen) (S. 185). Erst im Juni 1947 gab es Schwierigkeiten, doch Keutgen mobilisierte sein gesamtes juristisches und kirchliches Netzwerk und konnte so als bloßer Mitläu-

fer durchgehen. Er habe „Beschönigungen, Verzerrungen und offene Lügen“ aufgebieten (S. 186).

Die Unrechtsurteile des Sondergerichts Aachen blieben bis zu ihrer formalen (praktisch seltenen) Aufhebung durch das nunmehr zuständige Landgericht Aachen, unterstützt von der dortigen Staatsanwaltschaft, in der Welt. Die Notwendigkeit der Aufhebung früherer Unrechtsurteile führte zu der bizarren Situation, dass die ehemaligen Sonderjuristen, nunmehr als Normaljuristen der neuen alliierten Justiz, über ihre alten Fälle entscheiden mussten (S. 191 ff.). Wie es den Betroffenen möglich war, ihre juristische Identität über die Zeiten zu retten, kann aus heutiger Sicht nur schwer beurteilt werden (S. 194 ff.). Keutgen jedenfalls stellte 1950 nach der neuen „Verordnung über die Rechtsstellung nach periodischer Überprüfung im Entnazifizierungsverfahren“<sup>5</sup> einen Antrag auf Überprüfung seiner Kategorisierung als Mitläufer (S. 195 ff.). Dem Antrag wurde stattgegeben und Keutgens Berufsbeginn wurde seitdem erst auf das Jahr 1946 datiert. Weitere Vorstöße verliefen im Nichts. Keutgens Erwähnung Ende der 1950er-Jahre in den DDR-Braunbüchern nahm man allenfalls zur Kenntnis, seine spätere Anschwärzung eines gewissen „pffikus“ bei der Ludwigsburger Zentralstelle wegen seiner Beteiligung an einem Todesurteil am Sondergericht Köln wurde vom OLG Köln ignoriert: „Auf die Eingabe ... ist nichts zu veranlassen.“ (S. 196) Stattdessen wurde Keutgen in Aachen zu einer Art Provinzfürst, sein Vorschlag zur Wahl als Bundesrichter zwischen 1956 bis 1963 war allerdings niemals erfolgreich. Für seine Versetzungen zum Kriegsende hatte er dann noch später Trennungsschädigung beantragt und erhalten (S. 199 ff.). In einer seiner wenigen, seltsamen öffentlichen Äußerungen erklärte Keutgen, dass man sich als Strafrichter „mit seiner eigenen Persönlichkeit ganz für das Recht einsetzen [müsse] bis zur eigenen Auflösung“, man sich also den „menschlichen Überhang“ gleichsam abstreifen müsse (S. 204). Insofern habe er sich, so Lahusen lakonisch, „nichts zuschulden kommen lassen“ (S. 205).

## Justiz auf der Flucht

Im fünften Kapitel („Auf der Flucht“, S. 206 ff.) geht es um die Verlagerung der Gerichtsbehörden im Winter 1944/45. Während die Evakuierung der Justiz in den Jahren zuvor überwiegend reibungslos verlief, kam es ge-

<sup>5</sup>MinBl NRW 11/1950, Spalte 497.



gen Ende des Krieges mit den zunehmenden alliierten Bombenangriffen zu erheblichen praktischen Problemen. So wurde etwa die Verwaltungsabteilung des OLG Stettin zwischen September 1943 und Januar 1944 auf sieben Ausweichorte verteilt (S. 207). Mit der russischen Winteroffensive wurden im Januar 1945 die ersten Orte im Stettiner Bezirk geräumt, dabei wurden zahlreiche Hinrichtungen vollzogen, der Volksgerichtshof ließ Anfang Februar noch sieben Hochverräter hängen, die Gestapo erschoss im nahen Zuchthaus Sonnenburg mindestens sechshundert Häftlinge. Mitte Februar wurde in Stettin ein Standgericht etabliert und mit zwei Richtern des Landgerichts besetzt, das erste Todesurteil erging kurz danach (S. 210).

Das war aber eine Extremsituation, anderswo und früher, um 1939/40, war man auf Verlagerungen gut vorbereitet und ein Stillstand der Rechtspflege war deshalb nicht zu beklagen (S. 212). Allerdings war es 1944, anders als noch 1939, vollkommen illusionär an eine Rückkehr zu denken. Die vom Reichsjustizministerium herausgegebenen „Richtlinien für Maßnahmen bei Justizbehörden in Operations- oder Kampfgebieten“ sahen zwar vor, dass eine Stellung möglichst lange zu halten sei, doch wurden viele dieser Vorgaben zum Ende des Krieges faktisch überholt. Die politische Führungsebene verkannte die militärische Situation zum Kriegsende maßlos, man ging zulange von einem Interregnum auf Zeit und der Möglichkeit der Rückkehr und Wiederaufnahme der Arbeit aus, sogar davon, dass sich die Alliierten der bisher existierenden deutschen Justiz bedienen würden. Die „politische Verblendung“ konnte größer kaum sein (S. 216).

Und wieder zeigte sich, dass die Rettung der Akten – als papierne Realität des justiziellen Treibens – mitunter wichtiger wurde als die von Menschen, obwohl der Transport von Tonnen von Papier als schier unmögliches Unterfangen, zudem zu Kriegszeiten, erschien. Angesichts der drohenden Niederlage erließ Reichsminister Thierack eine Rundverfügung am 7. Februar 1945 zum „Verhalten bei Feindannäherung“. Unter Androhung schwerster Konsequenzen wurden die Behördenmitarbeiter zur Fortsetzung ihrer Arbeit „in voller Ruhe“ bis zum letzten Moment verpflichtet (S. 226). Ein Weiterarbeiten „in voller Ruhe“ setzte aber eine kontrafaktische Verdrängung der Realität voraus, wie man sie vernünftigerweise eigentlich nicht erwarten und sie überhaupt nur aufgrund einer Kombination von ideologischer Selbstverblendung

und bürokratischem Größenwahn existieren konnte (S. 228 ff.). An den Landgerichten wurden, getreu einer Empfehlung des Reichsjustizministeriums vom 15. September 1944, Sondergerichte aus dem Boden gestampft, um irgendwie weiter judizieren zu können (S. 231 ff.). Mitunter musste aber auch die Justiz auf die Politik der verbrannten Erde zurückgreifen, so etwa in Königsberg, wo man Akten vernichtete und die Sprengung des Justizgebäudes vorbereitete. Akten und Stempel wurden verbrannt, vergraben oder vernichtet (S. 235 ff.). Das Ende des Dienstwegs wurde mitunter akribisch protokolliert, so etwa vom Landgerichtspräsidenten von Thorn, der seine Heimat Ende Januar 1945 verlassen musste: „Gegen 12 Uhr mittags wurden die Gebäude verschlossen und die Schlüssel stecken gelassen; es war niemand da, dem man sie hätte geben können.“ (S. 237)

Zulange hatte man geglaubt, dass der Krieg die „Heimatfront“ nie erreichen würde. Doch nun war die deutsche Justiz „in zunehmendem Maße atomisiert, kujoniert, verwaltet in einem Klima der Angst – Angst vor den alliierten Feinden, vor Partisanen und Saboteuren, aber auch Angst vor der eigenen Regierung, deren phobokratischer Terror in diesen Wochen selbst bislang wohlgelitene Parteigenossen treffen konnte“ (S. 239). Es war unmöglich, bei der großen Zahl von Gerichten (Anfang 1945 gab es im Deutschen Reich 34 Oberlandesgerichte, rund 200 Landgerichte und über 2000 Amtsgerichte) die Justiz in einem nennenswerten Umfang in einer Art ambulanten Form weiterzuführen (S. 240). Wer sich wie, wann, wohin bewegte, war völlig dem Zufall, Beziehungen, dem Schicksal u.a. Unwägbarkeiten überlassen (S. 243 ff.). Die Kenntnisse und Fähigkeiten der fliehenden Justizangehörigen waren nicht mehr gefragt, ohnehin war das Überleben dringender als irgendwelche rechtlichen Angelegenheiten (S. 246). Gleichwohl wurde juristisch geurteilt bis zum bitteren Ende. So wurden in Breslau noch Ende März Ehen geschieden, obwohl die Stadt schon bereits Wochen von der Roten Armee eingeschlossen war (S. 248 f.). Am Ende, im März 1945, wurde das Stettiner Oberlandesgericht nach Greifswald verlegt, dort fand allerdings nicht mehr viel Arbeit statt (S. 250 ff.). „Der Dienstbetrieb lief weitgehend leer“ (S. 252). Das wurde aber weder auf den Einmarsch der Roten Armee noch auf die bedingungslose Kapitulation zurückgeführt, sondern auf die Verlagerung des Dienstsitzes von Stettin nach Greifswald.

## Doch Stillstand?

Im sechsten Kapitel („Zwischen den Jahren“, S. 256 ff.) beschreibt Lahusen den Stillstand der Rechtspflege im Sommer 1945, der tatsächlich jedoch keiner war. Es fehlte zwar buchstäblich an allem, an Papier, an Dienstzimmern, an Gesetzestexten, an Stühlen, Regalen usw. Auch verdiente jeder ungelernte Arbeiter mehr als ein Richter, doch stand der Dienstbetrieb im gesamten Gebiet des Altreiches zu keiner Minute an allen Stellen still. Es gab immer irgendwo einen Ort, an dem noch justiziell gearbeitet wurde. „Die Rechtspflege war im Sommer 1945 von einer Buntscheckigkeit, wie man sie zuletzt im Mittelalter gesehen hatte“ (S. 262). Gleichzeitig fand die Entnazifizierung und Entnazifizierung der Justiz statt, indem zunächst das Reichsgericht am 8. Oktober 1945 binnen weniger Minuten geschlossen und zur Abwicklung freigegeben wurde; alle Richter kamen in Haft, aus der fast keiner lebend zurückkam (S. 259).

Im Übrigen übernahmen nun die Alliierten die Geschäfte. Es ging um die maximale Kontrolle und Entnazifizierung der – unter einem Generalverdacht stehenden – deutschen Justiz. Die „Allgemeinen Anweisungen für Richter Nr. 1“ der Alliierten enthielten die offene Drohung, Justizangehörige würden „auf das schwerste bestraft“, sollten sie versuchen, die NS-Weltanschauung am Leben zu halten (S. 267). Während man in der Sowjetischen Besatzungszone (SBZ) alle NSDAP-Parteimitglieder bis zum 1. Oktober entließ und durch Volksjuristen ersetzte – besser kein Recht als Nazi-Recht – bediente man sich in den westlichen Besatzungszonen der altgedienten Volljuristen; dabei waren NSDAP-Mitglieder für den Wiederaufbau der Justiz unverzichtbar (S. 270 ff., 273 ff.). Um den Dienstbetrieb irgendwie am Laufen zu halten oder zum Laufen zu bringen, nutzte man überall alles, was man irgendwo vorfand. Alles, „was Buchstaben tragen konnte“ wurde beschrieben: Notizzettel, Lohnabrechnungen, Personallisten, Grundbuchseiten, Kostenaufstellungen und Inventurlisten (S. 279).

Natürlich waren weder die Rechtsakte noch die Justizentscheidungen des Dritten Reiches *ipso iure* erledigt. Dazu bedurfte es, wie wir schon vorher gesehen haben, formaler Aufhebungsentscheidungen. Einiges wurde bekanntlich von den Alliierten aufgehoben, doch bei weitem nicht das meiste und auch insoweit herrschte Kontinuität. Die aus dem Krieg herüberschwappenden

Altfälle waren weiter rechtshängig, jedenfalls faktisch noch existent und mussten irgendwie bewältigt werden. Der staatliche Strafanspruch war unversehrt, die zivilrechtliche Streitlust der Parteien unbeschadet durch den Krieg gekommen. Da die Besatzungsmacht, jedenfalls die westliche, so der damalige Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts, „eine Revolution nicht zuließ, musste der deutsche Jurist folgerichtig die Kontinuität des Rechts, auch in Bezug auf den einzelnen Rechts- und Verwaltungsakt aus der vergangenen nationalsozialistischen Epoche anerkennen“ (S. 288). In das Schema des dem Juristen bekannten Justizsylogismus gebracht: Prämisse: Revolution (-), Conclusio: Kontinuität (+) (ebd.).

## Abwicklung und Übergang

Die eigentliche Abwicklung, der sich Lahusen im siebten Kapitel („Die Abwicklung“, S. 290 ff.) widmet, fand dann zunächst durch die Alliierten statt. Diese schlossen zahlreiche Gerichte und dekretierten den Stillstand der Rechtspflege, allerdings für unterschiedliche Zeiträume, die Franzosen etwa vom 1. April bis 20. Oktober 1945 (S. 291). Juristisch (völkerrechtlich) hatte die bedingungslose Kapitulation den Krieg allerdings nicht beendet. Es fehlte an einem Friedensvertrag. Ein juristisches Kriegsende war ohne die Alliierten nicht möglich. Dies wiederum warf Probleme hinsichtlich derjenigen Rechtsvorschriften auf, die ausdrücklich an die Dauer des Krieges geknüpft waren. Letztlich blieb es der Rechtsprechung überlassen, fallabhängig von der Anwendung solcher Vorschriften auszugehen oder eben nicht. „Dem totalen Krieg folgte also die totale Fragmentierung des Kriegsendes.“ (S. 298).

Die juristische Abwicklung des Krieges wurde eigens dafür eingerichteten Abwicklungsstellen überlassen, die Zahl der Gerichte war auf wenige Oberlandesgerichte und ca. 50 Landgerichte und 550 Amtsgerichte zusammenschmolzen (S. 304). Der Grundsatz der Rechtshängigkeit konnte für die verlorenen Gebiete nicht mehr aufrechterhalten werden, denn dort existierte keine deutsche Gerichtsbarkeit mehr. In der SBZ wurde das sehr schnell per Anordnung festgestellt, indem in einer entsprechenden Verordnung lapidar festgestellt wurde, dass die betroffenen Gerichte aus der deutschen Gerichtsbarkeit ausgeschieden seien (S. 314). Damit erteilte man zugleich der Illusion, dass die ehemaligen Ostgebiete jemals wieder unter deutsche Verwaltung zurückkehren könnten, eine klare Absage.

Praktisch konnte eine Fortsetzung früherer Rechtstreitigkeiten nur am aktuellen Wohnsitz des Beklagten durchgeführt werden. Im Westen hielt man eine Reihe von Ersatzzuständigkeiten für notwendig und wollte auf keinen Fall durch eine gesetzliche Regelung inzident den Verzicht auf die verlorenen Gebiete erklären. Am Ende wurde am 18. Juli 1952 das sog. Zuständigkeitsergänzungsgesetz (ZustErgG) verabschiedet, das den neuen Wohnsitz des Beklagten zur Zuständigkeitsbegründung erhob, sofern am früheren (ursprünglichen) Gerichtsstandort die deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt werden konnte (S. 318). Das ZustErgG hatte aber – ebenso wie die genannte SBZ-Verordnung – kaum praktische Bedeutung. Letztlich scheiterte die Wiederaufnahme zahlreicher Altverfahren schon daran, dass es keine Akten mehr gab. Im Jahre 2006 wurde das ZustErgG im Wesentlichen aufgehoben (S. 323). Mit dem ersten Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministers der Justiz vom 24. April 2006<sup>6</sup> wurde dann der Krieg prozessual endgültig abgewickelt.

### Zivilisatorische Errungenschaft oder Gipfel der Perversion?

Wie ist nun das Bemühen um die Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs zu bewerten? Handelt es sich um eine zivilisatorische und damit deutsche Errungenschaft oder stellt es nur den Gipfel der Perversion dar, wenn inmitten eines inländischen und ausländischen Vernichtungskriegs die Justiz in den normalen Alltagsfällen noch ihrer Arbeit nachgeht und dem Bürger das Gefühl einer Rechtsordnung oder sogar eines Rechtsstaats gibt? Die Antwort findet man wieder bei Ernst Fraenkel: Der Maßnahmenstaat braucht zu seiner Existenz den Normenstaat, also

das normale, parallele Funktionieren des alltäglichen Justizbetriebs neben den exekutiven Maßnahmen des Repressionsapparats. So gesehen ist Normalität des Rechtsbetriebs eine Strategie des Maßnahmenstaats, die sein Funktionieren sichert: „Ohne den Normenstaat hätte der Maßnahmenstaat weder funktioniert noch Akzeptanz gefunden, ohne das Gewöhnliche wäre auch das Entsetzliche gestaltlos geblieben.“ (S. 330)

Das Recht des Normenstaats, sein Funktionieren des Dienstbetriebs, stützt also den Maßnahmenstaat, dieser blieb „selbst in seinem wüsten Treiben auf dessen berechenbare Ordnung angewiesen“ (S. 331). Die institutionellen Rahmenbedingungen des normalen Dienstbetriebs und sein Funktionieren als solches bilden aber auch den Ausgangspunkt für die Fortführung des Rechts nach 1945, sie sind also Grundlage der inzwischen sattsam bekannten Kontinuität.<sup>7</sup> Die von Lahusen analysierten Gerichtsakten dokumentieren dabei einen „diachronen Rechtstransfer, mit dem die Normalität des Dritten Reiches in die Normalität der Nachkriegszeit überführt wurde“ (S. 332). Das so funktionierende Recht mit seinem Dienstbetrieb ermöglicht dem Bürger dem kollektiven Ausnahmezustand des totalen Krieges einen individuellen Normalzustand entgegenzusetzen, „sich zu dissoziieren von der Gebrechlichkeit der Welt und die erlebte Realität wieder in ihre Fugen zu bringen“ (S. 334). Die papierene Macht des Rechts – als Recht des Normenstaats – ist dabei keineswegs unschuldig oder neutral, sie ist zwar einerseits eine zivilisatorische Errungenschaft (und vielleicht Eigenart der deutschen Seele), zugleich aber eben auch notwendiger Rahmen und Grundlage des expansiven Maßnahmenstaates, insoweit also auch Perversion des Rechts.

<sup>6</sup>BGBI. I, 866-893.

<sup>7</sup>Zu Kontinuitäts- und Radikalisierungsthese auch Ambos, NS-Strafrecht, 2019, S. 7, 17 ff.; abrufbar unter <[https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845297149.pdf?download\\_full\\_pdf=1](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845297149.pdf?download_full_pdf=1)>.

Ekkehard Strauß

# Good Things Take Human Rights

Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und die Diskussion über die Senkung des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit – ein Realitätscheck

doi: 10.17176/20230401-032712-0



Die Tötung von Luisa aus Freudenberg am 11. März durch zwei geständige Freundinnen im Alter von 12 und 13 Jahren hat zu Forderungen aus der Politik geführt, das Mindestalter strafrechtlicher Verantwortlichkeit herabzusetzen. Justizminister Buschmann hat diese mit Hinweis auf bestehende Möglichkeiten zum Umgang mit strafrechtlich nicht verantwortlichen Täter\*innen und wissenschaftliche Erkenntnisse, nach denen eine strafrechtliche Sanktionierung von Jugendlichen den Strafzweck nicht erfülle, zurückgewiesen. Seitdem berichten verschiedene Medien verstärkt über Straftaten, insbesondere Gewaltdelikte, minderjähriger Täter\*innen. Es ist also mit einer Rückkehr dieses Themas in die Diskussion zu rechnen.

Wäre die Herabsetzung der Strafmündigkeit überhaupt mit den internationalen Verpflichtungen Deutschlands, insbesondere aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC), vereinbar? Weitere Verpflichtungen könnten sich aus dem UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (CCPR) ergeben.

## Kinderrechte sind Menschenrechte

Die Präambel des CRC, die zur Auslegung herangezogen werden sollte, verweist in Absatz 4 auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und dem darin verkündeten Anspruch von Kindern auf besondere Fürsorge und Unterstützung. Zwei Absätze weiter wird die Erkenntnis ausgedrückt, dass Kinder zur vollen und harmonischen Entfaltung ihrer Persönlichkeit in einer Familie aufwachsen sollten. Aus der mangelnden körperlichen und geistigen Reife ergibt sich nach Absatz 10 ein besonderes Schutzbedürfnis. Der ausdrückliche Hinweis auf die Mindestnormen zur Jugendgerichtsbarkeit (Beijing-Regeln) erfordert, dass diese zur Konkretisierung der Verpflichtungen aus dem CRC heranzuziehen sind.

Die Rechte des Kindes im Strafverfahren sind in Art. 40 CRC geregelt. Dies schließt die Festlegung des Mindestalters der Strafmündigkeit mit ein, Art. 40 III lit.a

CRC. Ausführliche Hinweise zu den Fragen des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit gibt das Komitee für die Rechte des Kindes, das die Umsetzung des CRC durch die Mitgliedstaaten überwacht, in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 24 (2019). Allgemeine Bemerkungen der Vertragsüberwachungsorgane der UN-Menschenrechtsverträge enthalten Zusammenfassungen von Erkenntnissen, die sie bei der Überprüfung von Staatenberichten und Individualentscheidungen gewonnen haben. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 24 verweist darüber hinaus ausdrücklich auf die Verkündung neuer internationaler und regionaler Normen, neue Erkenntnisse über die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen sowie Belege für wirksame Praktiken, einschließlich derjenigen im Zusammenhang mit der opferorientierten Justiz, als Grundlage seiner Empfehlungen. Zwar sind Allgemeine Bemerkungen völkerrechtlich nicht formal bindend, in der Praxis beruht die Überprüfung von periodischen Staatenberichten und Individualbeschwerden gegen Deutschland jedoch auf dieser Grundlage. Innerstaatlich hat das BVerfG aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG eine Verpflichtung von Gerichten und Behörden abgeleitet, bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts die Allgemeinen Bemerkungen zu berücksichtigen. Darüber hinaus kann in Allgemeinen Bemerkungen unter Hinweis auf die Staatenpraxis auch Völkerrecht enthalten sein.

## Der Kontakt mit der Strafjustiz schadet Kindern erwiesenermaßen

Die Allgemeine Bemerkung Nr. 24 (2019) versteht das Mindestalter für die Strafmündigkeit als das Alter, unter dem Kinder nach dem Gesetz nicht in der Lage sind, gegen das Strafrecht zu verstoßen. Zunächst betont das Komitee, dass sich Kinder von Erwachsenen in ihrer physischen und psychischen Entwicklung unterscheiden. Diese Unterschiede bilden die Grundlage für die Anerkennung einer geringeren Schuldfähigkeit und für ein se-



parates System mit einem differenzierten, individuellen Ansatz. Es ist erwiesen, dass der Kontakt mit der Strafjustiz Kindern schadet und ihre Chancen, verantwortungsvolle Erwachsene zu werden, einschränkt. (Ziff. 2) Das Komitee erkennt ausdrücklich an, dass die Wahrung der öffentlichen Sicherheit ein legitimes Ziel der Justiz ist, das auch gegenüber Kindern durchgesetzt werden kann. Es ist jedoch erwiesen, dass die Zahl der von Kindern begangenen Straftaten nach der Einführung von Strafrechtssystemen, die mit den Verpflichtungen aus der CRC in Einklang stehen, tendenziell zurückgeht. (Ziff.3) Der Ausschuss erinnert die Mitgliedstaaten daran, dass sie gemäß Art. 41 CRC keine in diesem Sinne rückschrittlichen Maßnahmen ergreifen sollten. Hinsichtlich geeigneter Maßnahmen im Allgemeinen verweist das Komitee auf den Bericht des Unabhängigen Experten, der die globale Studie der Vereinten Nationen über Kinder im Freiheitsentzug leitet (A/74/136), die gemäß der Resolution 69/157 der Generalversammlung vorgelegt wurde und vom Komitee initiiert worden war. (Ziff. 4) Auf dieser Grundlage führt das Komitee zur Frage des Alters im strafprozessualen Verfahren aus, dass das international gebräuchlichste Mindestalter für die Strafmündigkeit 14 Jahre ist. Aus den von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichten gehe jedoch hervor, dass einige Staaten ein unannehmbar niedriges Mindestalter für die Strafmündigkeit beibehalten.

Für die Unannehmbarkeit eines niedrigeren Mindestalters zieht das Komitee verschiedene Kriterien heran: Belege aus den Bereichen der kindlichen Entwicklung und der Neurowissenschaften, dass die Reife und die Fähigkeit zum abstrakten Denken bei Kindern im Alter von 12 bis 13 Jahren noch in der Entwicklung begriffen sind, da sich ihr frontaler Kortex noch entwickelt. Daher ist es unwahrscheinlich, dass sie die Auswirkungen ihrer Handlungen verstehen oder Strafverfahren nachvollziehen können. Die Reifung des Gehirns von Heranwachsenden dauert über das Teenageralter hinaus an und beeinflusst bestimmte Arten von Entscheidungen. Daher empfiehlt das Komitee den Vertragsstaaten sogar, ein höheres Mindestalter, z. B. 15 oder 16 Jahre, vorzusehen, und fordert die Vertragsstaaten nachdrücklich auf, das Mindestalter für die Strafmündigkeit gemäß Art. 41 CRC unter keinen Umständen herabzusetzen.

Das Komitee ist besorgt über Praktiken, die die Herabsetzung des Mindestalters für die Strafmündigkeit in Fällen zulassen, in denen das Kind einer schweren Straf-

tat beschuldigt wird. Solche Praktiken entstehen nach der Beobachtung des Komitees in der Regel, um auf öffentlichen Druck zu reagieren, und beruhen nicht auf einem rationalen Verständnis der Entwicklung von Kindern. Mehrere Vertragsstaaten wenden zwei Mindestalter für die Strafmündigkeit an (z. B. 7 und 14 Jahre), wobei davon ausgegangen wird, dass ein Kind, das das niedrigere Alter erreicht oder überschritten hat, das höhere Alter aber noch nicht erreicht hat, nicht strafrechtlich verantwortlich ist, sofern nicht eine ausreichende Reife nachgewiesen wird. Dieses ursprünglich als Schutz konzipierte System hat sich in der Praxis nicht bewährt. Obwohl der Gedanke einer individuellen Beurteilung der Strafmündigkeit in gewissem Maße unterstützt wird, hat das Komitee festgestellt, dass dies zu viel dem Ermessen des Gerichts überlässt und zu diskriminierenden Praktiken führt. (Ziff. 20ff.) Das Komitee schlussfolgert, dass ein System der Kinderjustiz für alle Kinder gelten sollte, die das Mindestalter für die Strafmündigkeit überschritten haben, aber zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat noch nicht 18 Jahre alt waren. (Ziff. 29)

### Die Garantie des Kindeswohls macht einen besonderen Schutz erforderlich

Zentrale Verpflichtung des CRC ist die Garantie des Kindeswohls nach Art. 3 CRC. Der Begriff des Kindeswohls ist ausgehend vom Begriff des *best interest of the child* im englischen Originaltext des CRC auszulegen und erfordert die Entwicklung eines auf Rechten basierenden Ansatzes, der alle Akteure einbezieht, um die ganzheitliche physische, psychologische, moralische und geistige Integrität des Kindes zu gewährleisten und seine Menschenwürde zu fördern. Das Wohl des Kindes ist in der Praxis des Komitees sowohl materielles Recht und Auslegungsregel als auch Verfahrensrecht. Weitere Hinweise zur Anwendung dieser Verpflichtung enthält die Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung des Kindeswohls. Danach ist auch die Gesetzgebung verpflichtet, das Wohl des Kindes als eine vorrangige Erwägung zu beachten. Angesichts der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Reifung des Gehirns auf Verhaltensweisen von Teenagern und der Betonung des Grundsatzes der Erziehung der Kinder durch die Eltern wäre auch in dieser Hinsicht eine Anhebung des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit kaum vertretbar.



Die Notwendigkeit des besonderen Schutzes der Kinder ist auch in Art. 23 CCPR über den Schutz der Familie und dem Recht der Eheschließung und in Art. 24 CCPR über bestimmte Rechte des Kindes anerkannt, so die Präambel des CRC. Im Zusammenhang mit dem Mindestalter für strafrechtliche Verantwortlichkeit könnte insbesondere das Recht des Kindes auf Schutzmaßnahmen ohne Diskriminierung nach Art. 24 I CCPR Bedeutung gewinnen. In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 19 hat der Menschenrechtsausschuss nur allgemein betont, dass die Vertragsstaaten gesetzgeberische, administrative oder andere Maßnahmen ergreifen müssen, um den in Art. 23 CCPR vorgesehenen Schutz zu gewährleisten (Ziff. 3). In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 17 weist der Ausschuss darauf hin, dass die in Art. 24 CCPR vorgesehenen Rechte nicht die einzigen sind, die der CCPR den Kindern zuerkennt und dass Kinder als Einzelpersonen in den Genuss aller im CCPR verankerten Bürgerrechte kommen. Einige Bestimmungen des CCPR weisen die Staaten ausdrücklich auf Maßnahmen hin, die zu ergreifen sind, um Minderjährigen einen größeren Schutz als Erwachsenen zu gewähren (Ziff. 2). Der CCPR gibt jedoch nicht das Alter an, in dem das Kind die Volljährigkeit in Zivilsachen erreicht und strafrechtliche Verantwortung übernimmt. Dies ist auf der Grundlage gesellschaftlicher und kultu-

reller Gegebenheiten von jedem Staat selbst festzulegen (Ziff.4). Für Vertragsstaaten des CRC wird diese Entscheidung zusätzlich die o.g. Verpflichtungen beachten müssen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Wirkungen eine Herabsetzung des Mindestalters strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Deutschland auf internationaler Ebene für die Entwicklung der Kinderrechte haben würde. Angesichts der globalen Tendenz, die Rolle von Kindern und Jugendlichen in gesellschaftlichen und politischen Diskussionen mit den Mitteln des Strafrechts zu begrenzen, wäre bereits die Diskussion über dieses Thema in Deutschland ein Risiko für eine Aufweichung der Verpflichtungen aus der CRC. In Hinblick auf die Herausforderungen durch minderjährige Straftäter\*innen ist nach den durch die Anwendung des CRC gewonnenen Erfahrungen eine Absenkung des Mindestalters wenig zielführend. Die deutsche Diskussion sollte von den internationalen Menschenrechtsstandards und den Richtlinien für ihre Umsetzung ausgehen und die praktischen Erfahrungen anderer Staaten im Umgang mit minderjährigen Straftäter\*innen innerhalb der bestehenden Gesetze nutzen, um das Problem umfassend und damit auch langfristig zu lösen.

Lena Kaiser

# A New Chapter in the European Rule of Law Saga?

On the European Commission's Attempt to Mobilise Art. 2 TEU as a Stand-Alone Provision

doi: 10.17176/20230304-185110-0



*[B]y adopting the legislation cited in the first paragraph, Hungary has infringed Article 2 TEU.* At first glance, this plea seems almost unspectacular. Yet, when one takes a closer look, this very plea demonstrates the European Commission's attempt to write nothing less than a new chapter in the saga of the European rule of law crisis. The Commission's action concerns the controversial Hungarian law of the *Fidesz* government, which restricts information about transsexuality and homosexuality. For the supposed protection of children, the media are obliged to classify programmes dealing with homosexuality and transsexuality in the so-called 'category V', with the result that they may only be broadcast after 10 pm. Furthermore, the law prohibits minors from accessing content which educates about homosexuality and transsexuality, thereby further restricting the rights of minorities.

This blog post aims to provide an overview over the recent development and the academic debate regarding the justiciability of Art. 2 TEU in this context. I argue that although the mobilisation of Art. 2 TEU as a stand-alone provision might open new doors to tackle the democratic backsliding in some Member States, this approach has to be handled with great care.

## The recent ECJ's value-based case law

The infringement proceeding, which has now been initiated by the Commission, could thus join the fulminant line of the *ECJ's case law*, which started with the judgment on the salary cuts of Portuguese judges (*ASJP*) from 2018 onwards. There, the ECJ ruled that the obligation of the

Member States in Article 19 para. 1 subpara. 2 TEU to provide effective legal protection in the areas covered by Union law includes, in particular, the guarantee of an independent judiciary. The ECJ's case law was confirmed in the *LM case* and gained further significance through the *Repubblika* judgment in 2021, in which the court established the so-called non-regression principle, which is considered by *some authors* to be no less than the 'solution' to the so-called Copenhagen dilemma<sup>1</sup> (see also [here](#)).

The fact that the rule of law crisis and democratic backsliding has not died down, but is unfortunately becoming more relevant, can be seen in the number of cases currently pending before the ECJ (for recent evidence see [here](#) and [here](#)).

But back to the beginning: what has already been intensively discussed in the literature for several years has now been turned into reality by the Commission by bringing an action, based on Art. 2 TEU as a self-standing provision. In doing so, the Commission is likely to fulfil at least the bold dreams of some particularly enthusiastic scholars of European law (see e.g. [here](#) and [here](#)).<sup>2</sup> There is an almost unanimous view that the values in Art. 2 TEU are not merely ideological programme sentences, but valid, binding law.<sup>3</sup> But let us recapitulate: what were the arguments and reservations for the direct justiciability of Article 2 TEU?

<sup>1</sup>For an explanation of this concept, see *Pech/Kochenov, Respect for Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, 2021, p. 146; for a critical review of this notion *Schorkopf, Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?*, in: *EuR* 51 (2016), p. 147 (149).

<sup>2</sup>See also *Giegerich, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchen in den Mitgliedstaaten*, in: *ZEuS* 22 (2019) p. 61 (95).

<sup>3</sup>See for many *v. Bogdandy, Tyrannei der Werte?*, in: *ZaöRV* 79 (2019), p. 503 (522 f.); instead of many *Nettesheim, Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung*, in: *EuR* 57 (2022), S. 525 (534).

## What is being discussed: The academic debate regarding the justiciability of Art. 2 TEU

In the academic discussion, a distinction must be made between the *indirect* (in conjunction with other provisions) and the *direct* application of Article 2 TEU. The fact that Art. 2 TEU could be used directly as a standard of review is initially supported by the fact that the Lisbon Treaty - unlike the earlier treaties, according to which fundamental principles were not justiciable - no longer contains a corresponding provision.<sup>4</sup> However, the restriction of jurisdiction by Art. 269 TFEU in relation to the Art. 7 TEU procedure, which deals specifically with the violation of Art. 2 TEU, appears problematic in this context. In part, an argument against the direct justiciability of Art. 2 TEU is seen in the design of the Art. 7 procedure in the form that it is precisely the 'peers'<sup>5</sup> and not a supranational institution of the EU that decide on undesirable developments regarding Art. 2 TEU. This is one of the reasons why the Art. 7 TEU procedure is often referred to as a political procedure (for a good overview regarding Art. 7 TEU see e.g. [here](#)).

However, the restrictive interpretation resulting from the exceptional character of Art. 269 TFEU and the different procedural objective in relation to Art. 7 TEU provide no argument against the justiciability of Art. 2 TEU can be derived from this. Rather, the wording of [Art. 258 TFEU](#) (according to which the Commission may bring an action against a Member State if it fails to fulfil an obligation under the Treaties) refers to the treaties as a whole and does not contain any exclusion of Art. 2 TEU (unlike, for example, Art. 24 para. 1 UA 2 TEU).<sup>6</sup> If a limitation of the jurisdiction of the ECJ had been intended, this would also have been reflected in the Treaties.<sup>7</sup> Practical difficulties, however, are regularly raised by the open wording

of 'values' contained in Art. 2 TEU (see e.g. [here](#) and [here](#); and see also the debate specifically in relation to the value 'rule of law' [here](#)).<sup>8</sup> It should be noted here that the European institutions have in the recent past concretised the wording based on case groups, which facilitates judicial application (see e.g. for the Commission's Rule of Law Report 2022 [here](#)). Recourse to the case law of the ECtHR (see for a factsheet regarding the independence of the justice system [here](#)) or the work of the Venice Commission (see for a report regarding the rule of law [here](#) or the judicial independence [here](#)), as [already suggested](#) in some cases<sup>9</sup>, also appears feasible here. However, it should by no means be neglected that an interpretation of Art. 2 TEU by the ECJ, in view of the politically highly sensitive areas involved, could challenge conflicts of competence, and weaken the legitimacy of the court. It is for good reason, therefore, that a large number of voices in the literature (see e.g. [here](#) and [here](#)) argue against an application of Art. 2 TEU as a stand-alone provision.

As an alternative, there is the possibility of applying Art. 2 TEU in conjunction with norm-concretising provisions, as practised by the ECJ for the first time in *AJSP*. With the judicial operationalisation of Art. 2 TEU, in *ASJP* the ECJ specifically extended on the one hand the scope of application of the provision [Art. 19 para. 1 UA 2 TEU](#) (which protects the institutional right to effective judicial protection), which is explicitly limited to the 'fields covered by Union law'. By using Art. 2 TEU in this context, the ECJ has the possibility to extend the scope of application of the respective concretising provision. This is not unproblematic, particularly with regard to the limited wording of e.g. Art. 19 para. 1 UA 2 TEU and provisions such as Art. 51 CFR, which define the scope of application of certain laws. Furthermore, the common reading makes it possible to concretise the rather abstract values from

<sup>4</sup> [Wilms, Protecting fundamental values in the European Union through the rule of law](#), p. 81; with further evidence see also [Spieker, Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision](#), in: v. Bogdandy et al. (ed.) *Defending checks and balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, 2021, p. 238 (246).

<sup>5</sup> For this argument see explicitly [Nettesheim, Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung](#), in: *EuR* 57 (2022), 525 (534).

<sup>6</sup> Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, in: *CMLR* 52 (2015), p. 619 (622); [Wilms, Protecting fundamental values in the European Union through the rule of law](#), p. 81.

<sup>7</sup> Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, in: *CMLR* 52 (2015), p. 619 (622).

<sup>8</sup> Against an application of Art. 2 TEU as a stand-alone provision see also [Levits, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft](#), in: Jaeger (ed.), *Europa* 4.0, 2018, p. 239 (262).

<sup>9</sup> v. [Bogdandy, Tyrannei der Werte?](#), in: *ZaöRV* 79 (2019), p. 503 (547).

<sup>10</sup> See also [Hilf/Schorkopf](#), in: [Nettesheim](#) (ed.), *Das Recht der EU: EUV/AEUV*, Art. 2 TEU, para. 46b, who considers operationali-

Art. 2 TEU and thus to translate them into legal, justiciable obligations.<sup>10</sup> *Dimitri Spieker* speaks illustratively of mutual reinforcement of the respective provision in this regard.

While the successive readjustment of Art. 2 TEU by the ECJ and parts of the literature is interpreted negatively by some as a transformation of Art. 2 TEU into a ‘federal homogeneity clause’<sup>11</sup>, it remains questionable whether such an approach by the Commission is ultimately a blessing or a curse. If the ECJ were to allow Article 2 TEU to suffice as a stand-alone provision, judicial review of all the values in Article 2 TEU would be conceivable in the future. So far, the ECJ has needed a normative provision such as Art. 19 TEU and thus was limited to partial sections of Art. 2 TEU. The use of Article 2 TEU as a stand-alone provision would entail a considerable expansion of the ECJ’s competence, which is not only a risk institutionally<sup>12</sup>, but could also prove difficult in phases of political explosiveness. In any case, it is clear that Art. 2 TEU, due to its broad scope and fundamental content, covers all member state activities and, as a stand-alone provision, could further mutate into a ‘quasi-federal standard of review’<sup>13</sup> that places itself in a dangerous tension with member state pluralism.<sup>14</sup> This applies all the more in those cases where the judicial review by the ECJ concerns fields of law that are fundamentally reserved for the regulatory competence of the Member States.

It is possible that the ECJ could at least partially address the above concerns by further developing the non-regression principle introduced in *Repubblika*. According to this principle, the Member States must not amend their legislation in a way that leads to a reduction in the protection of the value of the rule of law.<sup>15</sup> At least at first glance, the application of the non-regression principle

appears to be a mitigation in the sense that instead of setting positive legal standards, it refers to the member states’ own order and thus seems to leave more room for pluralism in the member states. At the same time, numerous open questions remain, such as the exact point of reference for assessing the regression or how the existence of a regression is to be determined at all.<sup>16</sup>

It should also be borne in mind that Article 2 TEU should be interpreted narrowly because of its extremely far-reaching character and foundational content. Proceedings based on Art. 2 TEU should therefore not be a procedure for *bagatelle* cases. In this context, *Kim Lane Scheppele*’s proposal regarding the so-called systemic infringement actions could gain new relevance (see [here](#) and [here](#)). According to this, instead of focusing on individual treaty violations, the Commission should bundle several specific, interrelated violations of the rule of law in order to demonstrate their systemic nature. Furthermore, bringing systemic actions could have a resource-saving effect due to the bundling of infringements and additionally give the Commission the opportunity to address infringements that would not have a high chance of success in individual proceedings. Admittedly, even the systemic charge does not help to overcome the difficulties which arise in the interpretation of values like ‘democracy’ and ‘rule of law’, which exist in comparison to the application of other Union law.<sup>17</sup>

Finally, the expansion of the ECJ’s competence, which goes hand in hand with the assessment of systematic violations, would be an **enormous test for its legitimacy**, which appears problematic especially against the background of existing criticism regarding the independence of its own judges.

sation possible for all values of Art. 2 TEU; *Spieker, Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision*, in: v. Bogdandy et al. (ed.), *Defending checks and balances in EU Member States. Taking Stock of Europe’s Actions*, 2021, p. 238 (250 ff.); v. *Bogdandy*, *Tyrannie der Werte?*, in: *ZaöRV* 79 (2019), p. 503 (537 f.).

<sup>11</sup> *Nettesheim*, *Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung*, in: *EuR* 57 (2022), p. 525 (534).

<sup>12</sup> v. *Bogdandy*, *Tyrannie der Werte?*, in: *ZaöRV* 79 (2019), p. 503 (536).

<sup>13</sup> *Pech/Platon*, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in: *CMLR* 55 (2018), p. 1827 (1838).

<sup>14</sup> See also *Schorkopf*, *Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des „European way of life“*, in: *NJW* 2019, p. 3418 (3422), pointing out that Art. 2 TEU covers almost all areas of the member states.

<sup>15</sup> EuGH, *Urt. v. 20.04.2021, Repubblika*, Rs. C-896/19, ECLI:EU:2021:311, Rn. 63.

<sup>16</sup> In agreement insofar as *Nettesheim*, *Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung*, in: *EuR* 57 (2022), p. 525 (542).

<sup>17</sup> *Closa/Kochenov*, *Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options*, in: *Schroeder* (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, 2016, p. 173 (190).

## The need for a credible European Union as a reliable guarantor of the rule of law

In view of the conflicting interests and the effect on national identities, which is expressed in their fundamental political and constitutional structures (Art. 4 para. 2 TEU), the need for credible Union institutions cannot be overestimated. To be able to withstand the authoritarian temptations of individual member states, there is a need for democratically legitimised organs at Union level as well as a transparent public discourse.<sup>18</sup> The EU can only be a reliable guarantor of the rule of law where it is

consistently committed to its own values under Article 2 TEU. Reference is made here only to the prominent debates around degressive proportionality in relation to the European Parliament or even, in connection with judicial independence, the possibility of re-election of judges at the ECJ.

In any case, one thing is certain: if the Commission submits such a proposal, the further development of the European rule of law saga will remain exciting. At present, hardly any judgement of the ECJ will be awaited with such suspense surrounding the ECJ's method and normative justification.

---

<sup>18</sup>See also *Gärditz*, Glaubwürdigkeitsprobleme im Unionsverfassungsrecht, in: *EuZW* 2020, p. 505 (506 f.).



Aytekin Kaan Kurtul

# The Constitution under the Rubble

How Turkish Secularism Safeguards the Rule of Law and the Rights of the Child

doi: 10.17176/20230310-185236-0



On 6 February 2023, the century-old Republic of Turkey witnessed the most horrific environmental catastrophe in its history. The sheer magnitude of the series of earthquakes originating from the Çardak-Sürgü and East Anatolian fault zones and the shocking level of unpreparedness of public authorities have claimed the lives of more than forty-five thousand Turkish citizens. Despite the evident responsibility of the [central government](#) and [local administrations](#) in the exacerbation of the social disaster, a particular state institution and an affluent Sufi cult apparently sought to capitalise on the destitution of young earthquake victims.

Such was the context of the two criminal complaints filed by the lawyer-led NGO “Children and Women First Association” (*Önce Çocuklar ve Kadınlar Derneği*, hereinafter CWFA). The [first](#) of the two complaints (filed on 21 February 2023) targeted the head of the governmental Directorate of Religious Affairs (*Diyanet İşleri Başkanlığı*, hereinafter *Diyanet*), Ali Erbaş, as well as “any potential suspects within the organisation” for issuing a [religious opinion](#) disallowing the adoption of earthquake victims on the grounds that the adopted children could legitimately marry their stepparents under Islamic law. The [second complaint](#) (dated 24 February 2023), on the other hand, accused the members of the Sufi cult “İsmailağa” of kidnapping orphaned children and taking them to the cult’s ritual house in Sakarya province.

At first glance, one may assume that the complaints portray despicable, yet isolated events conceived by the lack of public authority in the earthquake-stricken areas of the country. Unfortunately, such an assumption would lead to the omission of a darker context that connects the two complaints: namely, the erosion of constitutional secularism which allows state institutions like *Diyanet* to disregard the laws in force and encourages illegal entities like the İsmailağa cult to act with impunity. In other words, theocratic practices in a constitutionally secular country like Turkey do not merely erode the rule of law, but also violate the rights of children as defined under

the UN Convention on the Rights of the Child (hereinafter UNCRC).

Before delving into the assessments made by the lawyers of the CWFA and the human rights aspect of the complaints, however, it is important to briefly recall the nature and evolution of constitutional secularism in Turkey.

## Secularism, Diyanet and Sufi cults in Turkish constitutionalism

Contrary to the claims of [some Islamist authors](#), the introduction of secularism in Turkish constitutionalism was gradual. The first bold step in that respect was the abolition of the Caliphate and the “Ministry of Sharia and the Foundations”, and the adoption of the Act on the Unification of Education on 3 March 1924, which put an end to a centuries-old theocratic institution and secularised the education system. The second bold step came a year later with the adoption of the Act on the Prohibition of *Tekkes* (large ritual houses used by Sufi cults), *Zaviyes* (smaller ritual houses serving the same purpose) and *Türbes* (or shrines) which outlawed all Sufi cults and banned the very concept of sheikhdom. It is worth noting that this legislative act is protected under Article 174 of the current Turkish Constitution (of 1982) as a “revolutionary legislation” which cannot be abolished on grounds of unconstitutionality.

After the adoption of a new criminal code based on the Italian *Codice Zanardelli* of 1889 and a new civil code based on the Swiss *Zivilgesetzbuch/Code civil* of 1907, founding father Mustafa Kemal Atatürk and the progressive lawmakers of the young republic finally abolished state religion on 10 April 1928. This paved the way for putting the final nail in the coffin of the *ancien régime* in Turkey: the explicit enshrinement of the principle of secularism as a defining quality of the state in the Constitution of 1924 as per the constitutional amendment of 5 February 1937. While this perception of secularism has been anti-clerical in both theory and practice, it also brought about

the constitutional recognition of freedom of conscience for the first time in Turkish history; thereby distancing religion from public affairs whilst [guaranteeing the right to adhere \(or refuse to adhere\) to a religion](#).

Within this framework, *Diyanet* was meant to (partially) replace the “Ministry of Sharia and the Foundations” and prevent any religious interferences with public affairs by allowing the State to interfere with religious practices. Indeed, as noted by the Constitutional Court in its Judgment no. 1971/76 (merits no. 1970/53) of 21 October 1971:

*“In view of the characteristics of the Christian religion, it is possible to infer why the principle of the separation of Church and State has (also) been interpreted as the independence of the Church from the State. This stems from the fact that the abuse of religion does not (always) result in (a threat to public order) in Western countries in contrast to the case in our country; thus, the independence of the Church does not in itself threaten the integrity of the State. Contrarily, Islam does not only regulate individual matters of conscience, but also social relations and functions of the State insofar as it serves as a primary source of law. [...] Recent and historical experiences have shown that such an unlimited freedom of religious association poses a grave danger to our society and country. Hence, there can be no doubt that the inclusion of *Diyanet* in our constitution and the status of *Diyanet* employees as civil servants constitute [...] a necessity rooted in our history and the conditions of our country.”*

It follows, *prima facie*, that the current role of *Diyanet* is the opposite of the one envisaged by the Constitutional Court: as previously alluded to in reference to the [first criminal complaint](#) of the CWFA, instead of settling religious affairs in accordance with the secular constitutional order, *Diyanet* offers Islamic law as an alternative source of law. Furthermore, as one may infer from Article 174 of the Constitution, Sufi cults like İsmailağa are, in fact, illegal regardless of the accusations made by the CWFA in its [second criminal complaint](#).

## Legal basis of the criminal complaints

The [first criminal complaint](#) of the CWFA is based on Article 217 of the Turkish Criminal Code which defines the offence of “inciting the people to disobey the law”. The object of the complaint, as previously mentioned, is a [religious opinion](#) issued by *Diyanet* (later [removed due to public pressure](#)) in relation to the question “is it permissible to adopt children affected by the earthquake?” The crucial part of the opinion is as follows:

*“While it is recommended in our religion that children be protected and taken care of, the institution of adoption is not permitted due to certain legal consequences (i.e., under Islamic law): there is no norm that prevents a marriage between the adopted children and their stepparents, and it is not permitted to register the adopted children in the family of their stepparents, which would separate them from the families of their actual (i.e., biological) parents. Furthermore, it is not permitted for adopted children to inherit the property of their stepparents.”*

The lawyers of the CWFA thus underscore how *Diyanet*’s statement clearly contradicted Articles 129.3 and 500 of the Turkish Civil Code, which clearly state that stepparents cannot marry the children they adopted and that adopted children can inherit the property of their stepparents. On this basis, they argue that the public statement made by *Diyanet* constituted a blatant incitement to disregard the laws in force and triggered the aggravating circumstance as per Article 218 of the Turkish Criminal Code insofar as the opinion was published on a publicly accessible website.

The [second criminal complaint](#), on the other hand, is based on Articles 234 and 109 of the Turkish Criminal Code, which deal with the offences of “kidnapping and detaining a child” and “unlawfully depriving an individual of their freedom” respectively. In this context, the lawyers of the CWFA allege that nine children from Gaziantep province were kidnapped by the İsmailağa cult and brought to the cult’s ritual house in Sakarya province (which appears as a Quran school affiliated with *Diyanet* on paper). In this respect, the lawyers demand that the prosecutor summon journalist Alican Uludağ, who covered [the story](#) for the Turkish language service of *Deutsche*

Welle, as a witness.

Perhaps the most positive aspect of this second criminal complaint is that the lawyers of the CWFA formulated their legal assessment in light of international human rights law, specifically the provisions of the UNCRC, which require a closer look alongside the case law of the European Court of Human Rights regarding Turkish secularism.

### Children's rights and Turkish secularism under international human rights law

As pointed out by the lawyers of the CWFA in their second criminal complaint, Article 3.2 of the UNCRC envisions a positive obligation for states parties in terms of “ensuring the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.” This is supported by the Committee on the Rights of the Child in its [General Comment no. 5](#) on general measures of implementation:

*“The (best interests) principle requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights and interests are or will be affected by their decisions and actions - by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children.”*

This immediately brings to mind the Act on the Prohibition of *Tekkes*, *Zaviyes* and *Türbes* and the constitutional role of *Diyanet*: indeed, even though the existing laws in this context do not directly relate to children, *Diyanet*'s attempt to replace secular laws in force with Islamic law which regulates the social relations of a bygone era, and the very existence of Sufi cults like *İsmailağa* which operate beyond the boundaries of the law do not only affect [children's right to development](#), but also lead to children being unlawfully deprived of their liberty as defined under Article 37(b) of the UNCRC. Thus, the defence of con-

stitutional secularism in Turkey does not only uphold the rule of law, but also safeguards the rights of the child.

It is in this respect that we must also recall the judgments of the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) regarding Turkish secularism in practice. In the landmark case of *The Welfare Party and others v Turkey*, for instance, the ECtHR clearly established that:

*“[...] the principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention.”* (§ 93)

The Fourth Section of the ECtHR also made a similar assessment in *Leyla Şahin v Turkey* (which was later upheld by the [Grand Chamber](#)) as it concurred with the Turkish Constitutional Court in observing that Turkish secularism was intrinsically linked to the promotion of gender equality (§ 107) and that “imposing limitations on (religious) freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need” (§ 108). Hence, it is obvious that the Strasbourg court regarded Turkish secularism as a bastion of defence in safeguarding human rights.

### Concluding remarks

Some liberal scholars have [long argued](#) that the ECtHR confers an excessively wide margin of appreciation to Turkey and France vis-à-vis the implementation of “militant secularism”. The criminal complaints filed by the CWFA, however, demonstrate that the erosion of said “militant secularism” brings about the trampling of the rule of law and the abuse of children – [especially girls](#). Unfortunately, it has been this permissive approach to religious fundamentalism that allowed cults like *İsmailağa* to secure funding from the European Commission as part of the Erasmus+ programme in relation to “[combating Islamophobia](#)” – which would have gone unnoticed if it had not been for MEPs [Jean-Paul Garraud](#), [Nicolas Bay](#) and [Jordan Bardella](#) (regardless of their political leanings).

Hence, in the [words](#) of French philosopher and historian Marcel Gauchet, “*nous allons devoir revenir à une lai-*

*cit  de combat*” – such is the “pressing need” of our democracies *and* our children.

**Post scriptum:** *As this post was being written, the “Children and Women First Association” filed another criminal complaint against the members of the Sufi cult “Menzil” for allegedly kidnapping 1100 children in the earthquake-stricken Adiyaman province.*

Johann-Jakob Chervet

# Notrecht am Limit

Gilt der Rechtsstaat auch bei der Rettung einer Großbank?

doi: 10.17176/20230321-185217-0



Die am 19. März 2023 bekannt gegebene Übernahme der Credit Suisse AG („CS“) durch die UBS AG und die diesbezüglich im Eiltempo erlassenen Massnahmen und Rechtsakte eröffnen eine Flut von juristischen Streitfragen: Ist eine Fusion unter Ausschluss der Generalversammlungen der beiden Gesellschaften von der Beschlussfassung zulässig? Stellt ein solches Vorgehen eine [Verletzung konventionsrechtlich garantierter Verfahrensgarantien](#) dar? Können Aktionäre oder anderweitig Geschädigte die getroffenen Massnahmen gerichtlich anfechten? Können die Verantwortlichen in den Verwaltungsräten für Schäden haftbar gemacht werden? Welche Rolle spielen wettbewerbsrechtliche Überlegungen bei einer Fusion der zwei grössten Banken des Landes (vgl. Art. 10 Abs. 3 KG)?

Bei der Suche nach Antworten auf diese Probleme wird man schnell auf den Dreh- und Angelpunkt der ganzen Operation stossen: Die bundesrätliche „[CS-Notverordnung](#)“? Dass Fragen dieser Tragweite durch exekutive *ad-hoc* Beschlüsse und nicht durch im vornherin klar in formellen Gesetzen etablierten Prinzipien beantwortet werden, wirft tiefgreifende Probleme bezüglich der Vereinbarung dieser Notrechtsbestimmungen mit der Gewaltentrennung und der Rechtsstaatlichkeit auf.

## Darf die Exekutive per Verordnung vom Gesetz abweichen?

Das Notrechtsregime in der Schweiz wurde [hier](#) (im Kontext von Covid-19) bereits vorgestellt. Zur Erinnerung: Die Bundesverfassung erlaubt es dem Bundesrat, Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, sofern die „Interessen des Landes“ es erfordern (Art. 184 Abs. 3 BV bezüglich der Beziehungen zum Ausland), oder um einer „eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen“ (Art. 185 Abs. 3 BV bezüglich der inneren und äusseren Sicherheit). Beim Erlass seiner

CS-Notverordnung stützte sich der Bundesrat unmittelbar auf diese beiden Verfassungsbestimmungen.

Die Verordnung regelt unter anderem ein zusätzliches Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank (SNB) an die CS (Art. 3), Ausfallgarantien des Bundes an die SNB bezüglich dieser Darlehen (Art. 4), die Pflichten der CS als Darlehensnehmerin (Art. 9), sowie Strafbestimmungen im Falle der Verletzung dieser Pflichten aus Art. 9 (Art. 14). Art. 10a der CS-Notverordnung normiert schliesslich ebenfalls diverse Abweichungen vom regulären Fusionsrecht. So wird etwa die Notwendigkeit eines Beschlusses der beiden Generalversammlungen der Banken für eine Fusion ausgeschaltet (Art. 10a Abs. 1 lit. a CS-Notverordnung). Verschiedentlich wird diesbezüglich von einer [Enteignung der Aktionäre](#) gesprochen.

Damit werden also Gesetzesbestimmungen (konkret im Fusionsgesetz) vom Bundesrat nicht nur ergänzt, sondern abgeändert. Es handelt sich damit um Notrecht *contra legem*: Die Exekutive derogiert und ändert die Gesetze der Legislative. Das führt zu einer tiefgreifenden Machtverschiebung zwischen diesen Gewalten. Reguläre Gesetze werden zu Schönwetter-Paragrafen, die beim ersten Regentropfen von der Regierung beiseite gewischt werden können. Oder, wie es Kley in seiner Abhandlung zum Einsatz von Notrecht in der letzten Bankenkrise formuliert hat: „Das Notrecht lädt dazu ein, von der Rechtsordnung abzuweichen.“<sup>1</sup>

Man könnte auch sagen: Notrecht macht faul. Es erlaubt dem Bundesrat „durchzuregieren“, ohne sicherstellen zu müssen, dass die gewählten Handlungen tatsächlich auch dem geltenden Gesetzesrecht entsprechen.

Befürworter solcher weitreichenden Notrechtskompetenzen argumentieren, dass diese in der Schweiz nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen und die oben formulierten Bedenken daher keine wirkliche Gefahr für den Rechtsstaat darstellen. So befasste sich das Bundesgericht in 2011 mit der Anwendung von Not-

<sup>1</sup> Andreas Kley, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 2011 I, S. 124.



recht, um die „existenziellen Bedrohung“ der „systemrelevanten Bank“ UBS abzuwenden. Konkret ging es um die Weitergabe von Kundendaten der UBS durch die Schweizer Finanzmarktaufsicht an die US-Behörden, für welche es keine reguläre Gesetzesgrundlage gab, die jedoch als unumgänglich erachtet wurde, um die UBS vor potentiell fatalen Rechtsfolgen in den USA zu bewahren.

Dass Gericht entschied anhand dieser Gefahrensituation, dass die Weitergabe notrechtlich begründet werden könne, dies aber „rechtsstaatlich eine Ausnahme bleiben muss“ (BGE 137 II 431, E. 4.4). Weniger als 15 Jahre später kommt es nun zu einer weiteren „Ausnahme“: Wieder weil sich eine Bank in eine existentielle Krise manövriert hat und nun wieder „die Stabilität der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems“ (Art. 1 Abs. 2 CS-Notverordnung) geschützt werden muss. Dazu kommt, dass die Notrechtsbestimmung nicht etwa nur bei Krisensituationen auf dem Finanzplatz zum Zug kommen, sondern auch im Rahmen von Covid-19 [extensiv genutzt wurden](#).

Die Ausnahmen werden also zur Regel. Ní Aoláin und Gross beschreiben diesen Prozess in ihrer umfassenden Studie zum Verhältnis von Notrecht und der Rechtsstaatlichkeit folgendermassen: *“As the boundaries of normalcy and exception are redefined and reshaped, the previously unthinkable may transform into the thinkable.”*<sup>2</sup> Das Udenkbare (Bankenrettung durch Notrecht) wird zuerst zur Ausnahme (UBS 2008/2009) und dann zur Norm (CS 2023), während die Norm (Anwendung der regulären Gesetzesbestimmungen) zuerst zur Ausnahme und dann gänzlich undenkbar wird.

### Darf die Exekutive in Kraft gesetzte Verordnungen geheim halten?

Beinahe zum Schattenerlass verkommt die CS-Notverordnung, wenn man die Daten mit der sie in Kraft gesetzt und dann publiziert wurde, vergleicht. In der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts wird die Verordnung unter dem Publikationstyp der „dringlichen Veröffentlichung“ [ausgewiesen](#). Eine dringliche Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 3 Publikationsgesetz erlaubt, dass Erlasse (inkl. Verordnungen) „ausnahmsweise spätestens am Tag des Inkrafttretens“ veröffentlicht werden. Der

Tag des Inkrafttretens ist gemäss der Amtlichen Sammlung der 16. März 2023, während die Publikation erst am 19. März erfolgte. Während drei Tagen galt in der Schweiz damit eine nicht öffentliche Notverordnung, in welcher von diversen regulären Gesetzesbestimmungen „abgewichen“ wurde (Art. 3 und 11 CS-Notverordnung; am 19. März wurde die Verordnung zudem um weitere Gesetzesderogationen ergänzt).

Auch hier lässt sich die Gefahr der Ausdehnung von Ausnahmen von regulären rechtsstaatlichen Prinzipien (i.c. dass die zum aktuellen Zeitpunkt geltenden Erlasse öffentlich sein müssen)<sup>3</sup> nachzeichnen: Aus der ausnahmsweisen Veröffentlichung am Tag des Inkrafttretens wird kurzerhand die Publikation drei Tage nach dem Inkrafttreten.

### Darf die Exekutive durch geheime Verordnungen Strafrecht erlassen?

Eng verknüpft mit der Problematik der Geheimhaltung ist auch Art. 14 CS-Notverordnung, welcher eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe für die vorsätzliche Verletzung der Pflichten aus Art. 9 CS-Notverordnung aufstellt. Das Bundesgericht hat zwar den Erlass von Strafnormen durch bundesrätliche Notverordnungen in der Vergangenheit als rechtmässig erachtet.<sup>4</sup> Diese Praxis biegt die in einem Rechtsstaat geltenden Grundnormen jedoch bis zum Brechen. Wie [Niggli aufzeigt](#), sind Strafen eine Reaktion auf die Verletzung von „sozial bedeutsame[n] Wertvorstellung[en]“. „Für Wertvorstellungen aber [so Niggli] ist in einem Rechtsstaat weder die Regierung noch die Verwaltung zuständig, sondern ausschliesslich der Souverän.“

Die sozial bedeutsamen Wertvorstellungen, deren Verletzung eine Strafe rechtfertigt, werden mit der CS-Notverordnung nicht nur ausschliesslich durch die Exekutive bestimmt. Sie sind für drei Tage sogar im Geheimen angeordnet worden. Eine gesellschaftliche oder parlamentarische Debatte, ob die Pflichten, deren Verletzung unter Strafe gestellt wurde, als „sozial bedeutsame Wertvorstellungen“ zu klassifizieren sind oder nicht, war damit nicht einmal im Ansatz möglich. Statt der 246 Mitglieder der Bundesversammlung unter Beizug der Stimmberechtigten im Falle eines Referendums, entscheiden

<sup>2</sup>Fionnuala Ní Aoláin/Oren Gross, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge 2006, S. 228.

<sup>3</sup>Vgl. Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, S. 214.

<sup>4</sup>Vgl. BGE 123 IV 34, 122 IV 261.

nun 7 Bundesräte mit geheimen Verordnungen, was in der Schweiz strafbar ist und was nicht.

## Wird das Notrecht zu einer systemischen Gefahr für den Rechtsstaat?

Als das Bundesgericht in 2011 die Weitergabe von Kundendaten der UBS an die USA als rechtmäßig erachtete, war dies insbesondere auch mit der „systemischen Bedeutung“ der Bank für die Schweizer Wirtschaft begründet (vgl. BGE 137 II 431 4.2 ff.). Nach der anhaltenden Proliferation der Verwendung von Notrecht durch den Bundesrat in allerlei Sachbereichen, muss man sich mehr und mehr fragen, ob das Schweizer Notrechtregime zu einer systemischen Gefahr für den Rechtsstaat geworden ist.

Konfrontiert mit der habituellen Verletzung von Rechtsnormen in Krisensituationen, kam der amerikanische Verfassungsrechtler Gross zum Schluss, man könne sich die Versuche, eine Notsituation rechtlich zu regeln, eigentlich sparen.<sup>5</sup> Die einzige Kontrolle in einer Notsituation sei der demokratische Prozess; mit anderen Worten: Das Verhalten der Politik in der Krise könne man nur auf der Strasse oder an der Wahlurne, aber nicht im Gerichtssaal kontrollieren. Einer solchen defätistischen Selbstaufgabe kann kein Rechtsstaat folgen. Nicht zuletzt, weil die rechtliche Toleranz gegenüber Rechtsbrüchen im Notstand, diese legitimiert und damit die Strukturen für deren Ausbreitung und Anwendung in weiteren Fällen schafft.

Dabei ist essenziell, dass die gerichtliche Akzeptanz einer unrechtmäßigen Notstandshandlung diese Handlung noch einmal deutlich gefährlicher macht. Ein unrechtmäßiger Beschluss der Exekutive bleibt genau das: unrechtmäßig. Eine Abweichung vom rechtsstaatlichen Zustand. Wenn ein Gericht einen solchen Beschluss hingegen mittels akrobatischer juristischer Konstruktionen als rechtmäßig akzeptiert, wird er zum Präzedenzfall. Ein Präzedenzfall, der jedes Mal ins argumentative Feld geführt werden kann, wenn die Exekutive wieder in dieser

Art und Weise vorgehen will.

Besonders illustrativ zeigt dies Justice Jackson in seinem *dissent* in *Korematsu* auf, einem Fall des US Supreme Court zur Rechtmäßigkeit der Internierung japanischstämmiger Amerikaner während des Zweiten Weltkriegs:

„A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency. [...] But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle [...]. The principle then lies about like a loaded weapon ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes.“<sup>6</sup>

Kaum jemand wird darauf vertrauen, dass zukünftige Banken Krisen nach den Regeln abgewickelt werden, welche zweifelslos im Nachgang an die aktuelle Krise erlassen werden. (Banken-)Krisen und Notrecht werden mehr und mehr aneinandergeschweißt. Jede weitere Anwendung von Notrecht stärkt die Erwartung, dass in der Schweiz in der Not das Gesetz schweigt. Gänzlich anders hatte sich noch Lord Atkin in seinem *dissent* in *Liversidge v Anderson* geäußert, einem Fall der die Tragweite der Internierungskompetenz des Britischen Home Office während des Zweiten Weltkriegs betraf: „In England, amidst the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace.“<sup>7</sup>

Man kann nur hoffen, dass am Bundesgericht in Lausanne bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Notrechtsanwendung ein englischer Wind wehen wird.

<sup>5</sup>Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, YLJ 2003 112, S. 1019 ff.

<sup>6</sup>Jackson J (*dissent*) in *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), S. 246.

<sup>7</sup>Lord Atkin (*dissent*) in *Liversidge v Anderson*, [1942] AC 206, S. 244 f.

Gábor Polyák

# Too Much for Others, too Little for Us

The Draft European Media Freedom Act from a Hungarian Perspective

doi: 10.17176/20230315-185204-0



The [draft of the European Media Freedom Act](#) (EMFA) published last September appears to constitute, in part, an attempt to respond to the systematic erosion of [media freedom](#) in Hungary since 2010. The European Commission seems to be aware of how unsuccessful it has been in addressing the problem. Thus, even though the rule of law proceedings against Hungary found a serious violation of media freedom, the conditionality procedure and the Charter of Fundamental Rights eligibility criteria inquiry failed to address the issue, with none of the [27 “supermilestones”](#) set out as conditions for the payment of EU funds mentioning it. The only indirect exception to this an insistence on restoring the pre-2015 conditions for access to data of public interest, whose success, however, depends on the willingness of public authorities to comply with data requests. Against this backdrop, this blogpost will analyse the draft EMFA’s capacity to respond to the unique challenges posed by the Hungarian media freedom landscape.

Among the areas covered by the EMFA, the following are particularly relevant to the Hungarian (as well as the Polish, Slovenian, Czech, Slovakian) media framework:

- Editorial freedom, independence of editorial decisions (Articles 4 and 6)
- Safeguards for the independent functioning of public service media providers (Article 5)
- National regulatory authorities or bodies (Article 7)
- Assessment of media market concentrations (Article 21)
- Allocation of public advertising (Article 24)

## Political influence on editorial decisions

The rules on editorial freedom and independence of editorial decisions stipulate, *inter alia*, that Member States and their bodies may not directly or indirectly interfere in or seek to influence the editorial policies and decisions of media service providers. However, it is not clear what evidence can support a direct or, more importantly,

an indirect attempt to interfere; it is not by chance that the concept of trying to indirectly influence is not more precisely defined. Typically, there is no trace of a failed attempt to intervene, as it can take place during an unrecorded telephone call or a face-to-face meeting.

The rules also leave the European Commission unable to address the problem of editorial offices that simply lack a desire for freedom and independence. Explicit loyalty to the government does not require any formal government intervention. Rather, in the Hungarian media system, loyalty is paid for by the government through the discriminatory distribution of state advertising and other public goods. However, media outlets benefitting from this arrangement would deny that this affects their editorial freedom, or conversely, that their own editorial freedom is precisely to support the government. Even if a methodologically fully reliable content analysis could show that the beneficiaries of public advertising are also biased against the government, it would appear impossible to prove causality between public advertising and biased reporting.

## Conflict of interest in media ownership

Similar questions arise regarding the EMFA’s attempt to ensure the independence of editorial decisions. It seeks to do so primarily through the disclosure of “any actual or potential conflict of interest by any party having a stake in media service providers”. A typical example of conflict of interest in Hungary and Eastern Europe is the fact that economic players who are the main beneficiaries of public contracts in other industries have used their companies to gain significant stakes in the media market. Are these media owners legally considered to have a conflict of interest under the draft? If so, how can this be proven and what are the consequences? Will there be a (judicial) authority with powers to order a media owner to sell their stakes because of the success of its other companies in public procurement?

By contrast, editorial statutes between the editorial

board and a media outlet's owner are an imperfect but at least enforceable form of editorial independence. In it, the parties clarify the competences of the owner and the editorial board, agree on the code of ethics to be respected in the operation, and regulate the response to pressure from advertisers. If such a statute is incorporated into journalists' employment contracts, breaches can be challenged in court. While this solution cannot guarantee independence of editorial decisions either, it does offer a way to challenge excessive partiality in the longer term, not least by adding the protection of labour law.

### Independence of the public service media

Concerning the independent operation of public service media providers, Article 5 mostly contains rules that express principled but legally unenforceable expectations. These rules are also difficult to interpret, as they largely set out legislative tasks, and remain relatively vague in terms of what they require. However, the Commission could help the debate on interpretation within Member States by summarising good practices in a recommendation, rather than providing binding guidelines. This would help to foster impartiality and balance in Member States such as Hungary and Poland - where there are ongoing debates on public media information practices - without interfering in Member States' competences.

The only rule in Article 5 that imposes a real, enforceable obligation on the Hungarian legislator concerns the appointment of the head of management and the members of the governing board of public service media providers. It requires appointments to be made using a procedure and criteria that are transparent, open and non-discriminatory, as defined in advance in national law. The current Hungarian media law fails this test. Thus, neither the managers of Duna Media Service Provider nor members of its controlling body, the Public Service Board of Trustees, are required to participate in an open tender procedure or meet any professional requirements for that matter.

Article 5 also requires Member States to provide public service media with adequate and stable financial resources, not least to guarantee editorial independence. The rule does not specify what 'adequate' and 'stable' funding amounts to, proposing instead that the threshold's normative content be determined by an independent national authority. This ignores that the powers of such authorities are generally limited and almost never extend to

obliging government bodies to provide larger amounts of funding.

Unfortunately, the EMFA ignores that editorial independence can be jeopardized not just by deliberate underfunding, but also the converse. Non-transparent and uncontrolled funnelling of public money into media outlets can foster loyalty to the funder. The Hungarian example is clear evidence of this, though it may constitute an isolated case across the EU. The problem could arguably be addressed by consistent enforcement of existing state aid rules, which ban the over-funding of public service media. In this regard, [the Commission Communication on the application of State aid rules to public service broadcasting](#) contains clear expectations regarding the transparency of funding and the independent and effective control of the use of public money, arguably of relevance beyond the issue of overfunding.

### Independence of regulatory authorities

The 2018 review of the [Audiovisual Media Services Directive](#) (AVMSD) was intended to provide European guarantees of the independence of regulators. However, it only imposed formal conditions that could be easily met by the national legislator, without actually strengthening their decision-making autonomy. The Hungarian national regulatory authority, the Media Council, provides a case in point. While its political capture has been [well documented](#), the Hungarian legislator could implement the AVMSD without having to revise a single section of the Hungarian media law as it already provided a formal guarantee of the Council's independence. As long as European legislation limits itself to harmonising formal organisational and operational frameworks without also [monitoring the decisions of media regulators](#), political co-optation of regulators will escape detection.

The independence of the EMFA's proposed European Board for Media Services is also uncertain, given that the Board can only be as independent as the national regulatory authorities that constitute it. With there being no means of ensuring the independence of national authorities, there is a real risk that unilateral political influence will be brought to bear on the Board's decisions. This is a serious risk for the Member States as a whole.

The creation of a permanent civil and academic advisory body alongside the European Board for Media Services, with an appropriate representation of the experience and knowledge of the Eastern European Member

States, would both broaden professional perspectives and at least partly correct the bias of the national regulatory authorities. The proposed institution of structured dialogue is a step in this direction, but its focus is narrow, its operation ad hoc, the selection of participants unregulated and there is no guarantee that the results of the dialogue will be genuinely fed into decision-making.

### Limiting media concentration

From the perspective of current Hungarian regulation and practice, the proposed regulation to limit media concentration seems to be particularly relevant. The Hungarian Media Council has the power to issue a binding resolution on all mergers in which members of at least two groups of undertakings have editorial responsibility and whose primary purpose is to provide media content to the public. **It is meant to examine** and ensure that “the post-merger level of independent sources of opinion also ensures the exercise of the right to a pluralist information in the relevant media market”. Instead, it has seriously **abused this power**, securing the unhindered expansion of pro-government media while preventing the emergence of strong independent players. There is no publicly available and professionally sound methodology behind its decisions. Decisions supporting the expansion of pro-government media in particular lack any justification.

By contrast, the EMFA expects media concentration to be regulated in a transparent, objective, proportionate and non-discriminatory way. The impact assessment of media concentration on media pluralism and editorial independence is subject to a similar set of criteria. The proposal therefore requires the application of a clear methodology that is known in advance to stakeholders. It also provides additional criteria and allows the Commission to develop a more detailed methodology to be published as guidelines. An important guarantee is the mandatory consultation between the national authority and the European Media Services Authority in all national procedures. While the Board or, where appropriate, the European Commission cannot veto a decision by a national authority, their opinion can be taken into account by national courts, including in national appeal procedures.

While the EMFA framework could go some way in preventing the abuse of regulatory powers we see in Hungary, it does not consider the case of a government restricting the powers of the relevant authority to assess concentrations. In 2013, the Fidesz majority amen-

ded the Hungarian Competition Act to allow the government to classify certain mergers as “of national strategic importance”, exempting them from examination by the competition authority. While a European-level regulation need not respond to this specific Hungarian situation, the EMFA provides an opportunity for the Commission to examine whether the relevant provisions of Hungarian competition law are in line with European rules.

### Placement of public advertisements

The most Hungarian-specific proposals of the EMFA are the rules on the distribution of public advertising. While the importance of public advertising in a functioning media market is insignificant, in Hungary, the state is by far the largest player. Not only do its contributions dwarf other advertisers, but **80% of state advertising appears in the pro-government media**. This turns media outlets into propaganda tools, while also insulating pro-government media from the risks of market operation.

This problem should not be solved by legislation, but by individual executive decisions. In line with this, Meritek Media Monitor, Klubrádió and Benedek Jávör submitted a complaint to the European Commission in 2019. They argued that the discriminatory, highly market-distorting allocation of state advertising is prohibited state aid because it favours the market players concerned, despite the fact that their actual market performance would not merit such treatment. In the non-published preliminary assessment in 2021, the Commission recommended rejecting the complaint, noting that “the value of advertisement depends on a number of elements, such as timing, length and possibly other factors, which may justify the differences between the aggregated value and advertisement time for different media outlets”. The “possibly other factors” must be such as to justify a tenfold difference in the placement of public advertising between, e.g., television channels with the same audience share in the commercial television market. As such, their importance deserves an explanation, which the Commission made no attempt to provide.

The draft EMFA stipulates that the award of public funds or other public advantages to media service providers for the purposes of advertising must occur on the basis of transparent, objective, proportionate and non-discriminatory criteria. While it leaves the precise meaning of these criteria undefined, they appear to mandate that public advertising be awarded in proportion to a gi-



ven media outlet's market performance, audience share and other objective, measurable characteristics. It certainly precludes political sympathy as a relevant criterion.

The draft also insists that public advertising be allocated through open, proportionate and non-discriminatory procedures, though, importantly, these requirements do not affect public procurement rules. Read in conjunction with the Commission's assessment in the Hungarian case, it seems that public procurement is exempt from the procedural requirements for the award of public advertising. The Hungarian government's repeated award of public procurement contracts [to the same pro-government business group](#) illustrates the shortcomings of such an approach, although even a fair public procurement process might do little in the face of a government willing to pressure a media agency to favour certain media.

The EMFA casts the guarantee of fair use of public advertising primarily in terms of transparency. Thus, it proposes the publication of accurate, comprehensive, intelligible, detailed and yearly information on public advertising expenditure, naming at least the media service providers involved and disclosing the total annual amount spent as well as the amounts spent per media service provider. A valuable addition would be an obligation for media publishing public advertising to disclose the amount of revenue they have received from public advertising. Yet, the Hungarian experience shows that transparency alone is no solution. While analyses of the allocation of public advertising are published regularly, they do not influence the government's behaviour.

### **Institutionalizing a public service guarantee for state funded media**

In the case of public service media, we accept that the use of public money comes with increased social responsibility. When private media outlets receive significant funding from public advertising and sponsorship, the same expectation should apply. This could take the form of a public service guarantee mechanism for private media once they receive a certain proportion of public advertising. While there is no easy way to determine the threshold at which this guarantee should apply, I propose, [in line with the previous practice of the Merteke Media Monitor](#), to set the limit at one third (33%) of advertising revenues. The loss of one third of a medium's advertising

revenue would seriously threaten its viability. If this dependence is towards the state funding, there is no way that the medium in question can fulfil its checking function.

The guarantee could be institutionalized through the establishment of an internal supervisory body for each media outlet, whose members have no dependency relationship with either the media outlet or the advertiser, i.e. no public body that has published advertising with the media outlet in the last three years. Its task would be to monitor and objectively assess whether the media outlet is carrying out its information activities in a politically impartial manner according to appropriately defined criteria. The supervisory board would develop a set of criteria for evaluation, a kind of public service code, for which the European Commission would publish a model code. Negative assessments of media companies would have to be given serious weight if they were backed up by automatic exclusion from public advertising. The supervisory body should also be empowered to hear complaints from the public about media content as well as to adopt and monitor the implementation of a plan to continuously reduce the proportion of public advertising.

This institutional solution is of course not a perfect response to political influence. Its weak point is the development of an appropriate, objective evaluation criteria system. However, the national regulations on public service media and the national regulations on balanced, impartial information provide a good starting point in this regard. At the same time, the proposed solution has the benefit of leaving the exercise of editorial freedom untouched.

### **Conclusion**

Overall, the European Media Freedom Act is a very ambitious attempt at regulation that responds to real problems. It is clear from the draft text that the specificities of the Hungarian and Eastern European media markets were taken into account in its preparation. At the same time, the proposal opens up the possibility of European intervention in areas that are highly sensitive from the point of view of national sovereignty, which predictably and justifiably leads to resistance from Western European Member States. It would be possible to argue convincingly in favour of the EMFA if the European Commission and other European bodies had already exhausted all the instruments at their disposal against Member States that

disrespect media freedom. But this has not yet happened.

*Transparency Disclaimer: Besides his academic work, the author is a researcher for Mertek Media Monitor, a Hungarian NGO dealing with media policy issues.*

Olga Ceran, Ylenia Guerra

# The Council's Conditionality Decision as a Violation of Academic Freedom?

doi: 10.17176/20230328-195232-0



On 15 December 2022, the Council [suspended](#) various EU budgetary commitments towards Hungary, the first application of the so-called [Rule of Law Conditionality Regulation](#). It thereby also froze access to Erasmus+ and Horizon Europe funds for 21 Hungarian universities that remain under the management of public interest trusts. The decision, driven by concern about Hungary's failure to apply public procurement and conflict of interest rules to these trusts and ensure their transparent management of EU funds, evoked particularly [strong reactions](#). While the Commissioners [clarified](#) that entities run by the trusts can still participate in the selection procedures, they will only become eligible for an award once the measures have been lifted. As such, these Hungarian universities, including their scholars and students, are effectively denied access to EU funds for the time being.

The Hungarian government has [suggested](#) it might challenge the decision for violating academic freedom. Notwithstanding its irony given the government's [deconstruction of the higher education system](#), this could prompt the CJEU to clarify the scope of protection afforded to beneficiaries under the Regulation as well as the relationship between the new conditionality regime and fundamental rights, specifically academic freedom enshrined in Article 13 CFR. The latter has been analysed only once before in [the Hungarian \(!\) CEU case](#) where the Court found that a law restricting the operation of the Central European University violated Article 13. Against this backdrop, we discuss some questions raised by the Council's decision regarding the protection of beneficiaries and academic freedom more broadly. Without questioning the legitimacy of the EU's rule of law action, we suggest that debates about conditionality in this context – including the assessment of the Council's decision – would benefit from a deeper engagement with the rights and interests of final beneficiaries. This engagement should reflect a conceptualisation of the EU's understanding of and responsibility for academic freedom.

This is particularly relevant given [the link between academic freedom and the rule of law](#).

## The Conditionality Regulation: What place for beneficiaries?

The Conditionality Regulation's impact on the interests of the final recipients of EU funds has rarely been analysed, despite [some reservations](#) raised in the legislative process. In its proposal, [the Commission](#) had clarified that 'individual beneficiaries of EU funding, such as Erasmus students, researchers [...], cannot be considered responsible for such breaches [of the rule of law],' and thus should not bear their consequences. Therefore, when conditionality measures are adopted, Member States remain responsible for the implementation of the affected EU funds and should cover any obligations towards final beneficiaries under EU programmes from their own budgets. The Regulation also requires the Commission to provide guidance and tools for the beneficiaries to communicate any breach of these obligations. However, [there are doubts](#) whether this framework effectively protects the beneficiaries. The conditionality mechanism will be used against Member States already struggling to uphold their EU law commitments and their inability or unwillingness to meet such obligations leaves [few effective remedies](#) to beneficiaries.

This is clearly illustrated by the case in question. While the suspension of funds targets selected government entities, neither students nor academics can function outside of their institutions, if only due to the construction of the EU programmes. The EU framework allows to address some adverse effects on final beneficiaries. For example, [individual Horizon](#) Europe applicants will be 'informed about the available options to mitigate the consequences', including the possibility to change host institutions. Institutionally, the targeted universities might join certain EU programmes as [associated partners](#) who do not receive funds. However, not all activities

under the programmes lend themselves equally to readily available solutions (including many Erasmus+ activities) and in some cases the measures might lead to an exclusion from the programme. Alternative mechanisms, such as [an EU body taking over the management of funds](#), have not been explored by the Commission. As such, different beneficiaries might be affected to varying degrees. While Hungary announced that it will cover the lost funds, [some question](#) the long-term sustainability of this solution as well as its broader consequences for Hungarian (and European) research and education.

The EU is certainly justified in protecting its budget, even where this might adversely impact beneficiaries' interests. Yet, some measures might carry more costs – financial or otherwise – than others, all for Member States, individual beneficiaries or the EU at large. Whether and how much responsibility the EU bears for individual beneficiaries remains an open question. However, EU institutions must comply with the Charter when applying conditionality measures. While not all interests will warrant protection or reflect a fundamental right, the lack of a more detailed assessment of beneficiaries' interests remains problematic. An explicit engagement with such interests and the Charter might be an opportunity to ultimately strengthen the legitimacy of the measures, both in the case at hand and at large (see broader remarks in [Baraggia and Bonelli \(2022\)](#)).

### Academic Freedom: What freedom for whom?

Do the interests affected by the Council's decision give rise to Article 13 CFR claims? There is little discussion on the content of academic freedom in EU law, although the topic is [gaining traction](#) in EU policy. While the Explanations to the Charter bind Article 13 to Article 10 of the ECHR (freedom of expression), the [CEU judgment](#) broadened the concept to protect also an institutional dimension of academic freedom from state intervention. The state is indeed considered as the '[the principal duty bearer in the academic freedom matrix](#)', but – as Article 13 CFR binds EU institutions (Article 51(1) CFR) – the EU has undoubtedly become a duty bearer alongside Member States, within the scope of EU law. However, it remains less clear what kind of duties it bears.

Academic freedom has traditionally been perceived as negative freedom, protecting scholars and institutions from external interference. It is [broadly agreed](#) to encompass freedom of teaching and research, as well as certain

self-governance freedoms. These should include the freedom to apply for participation in available funding and cooperation schemes, including EU programmes, both for academics and academic institutions (see e.g. Recital 38 of the [Erasmus+ Regulation](#)). It is less straightforward what Article 13 grants to students whose freedom is rarely discussed in the literature. [One commentator](#) saw the European student mobility as a 'revival' of the Humboldtian understanding of academic freedom. Alternatively, students' academic freedom is [often tied to the right to education](#), as enshrined in Article 14(1) CFR. Inspired by the [Advocate General's Opinion in Case C-391/20](#), one could argue that Article 14 encompasses not only a choice of a more intense use of foreign languages in higher education – which was suggested to be implicit in the provision – but also participation in an Erasmus+ programme. While this suggestion is contentious, the limits of a [more positive reading of Article 14 \(e.g. recognizing the link between education and EU values\)](#) and the relationship between academic freedom and the right to education are yet to be determined. However, if one accepts at least some of the claims above, then Charter rights are *a priori* restricted by the Council's decision as those willing to participate might be prevented from doing so.

Nevertheless, while academic freedom might include a choice to participate in an available programme, this does not necessarily entail a positive claim to be able to do so under any circumstances. Participation and funding have always been conditional in a broad sense, both for institutions and individuals, with the conditions ranging from formal to substantive (e.g. eligibility requirements, the Erasmus+ Charter accreditation, and so on). Students can participate in the Erasmus+ exchange if their university offers such an opportunity and they meet its institutional requirements. Structural conditions always affect academic freedom *somehow*, but not all conditions amount to rights restrictions, and many of the latter should easily be justified. Moreover, academic freedom does not presuppose freedom from *any* responsibilities or accountability. For example, the [UNESCO Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel](#) and the [CoE Recommendation on 'Academic freedom and university autonomy'](#) – both previously referenced by the CJEU – emphasise financial accountability of academic institutions and professional obligations of academics, requiring a balance between the degree of self-governance and funding accountability or respect for

human rights. The scope of freedom is thus tied to some corresponding duties. While Hungarian scholars and students should hardly be held accountable for the current situation, the validity of institutional academic freedom claims raised against the Council's decision, where such accountability is said to be lacking, remains uncertain. What conditions constitute legitimate restrictions of academic freedom and how to conceptualize accountability as part thereof under EU law – both at large and in the context of conditionality measures- are open questions.

### Academic freedom and the Council's decision

Even if the Council's decision restricts Article 13, it could still be justified. After all, academic freedom is not an absolute right under the Charter, and the protection of the Union's financial interests should count as a legitimate reason to limit certain freedoms. If the EU is a duty bearer in the academic freedom matrix, it might even be obliged to ensure that appropriate accountability rules *for EU funds* are effectively in place, especially when they can simultaneously target phenomena that counter this freedom. Both the Horizon Europe and Erasmus+ programmes are explicitly subject to the EU's financial regulations. Nonetheless, the analysis of proportionality is challenging due to the multi-actor nature of the matrix and the varying interests of beneficiaries affected under different the EU programmes. It is unclear how to weigh the rights and obligations of Hungarian institutions that need to function within the national legal framework characterized by the rule of law deficiencies. Similar difficulties exist regarding the balancing of the rights of individuals and the obligations of institutions as they derive from different dimensions of academic freedom and are affected more or less directly. Answers to these questions will need to reflect not only on the measures' suitability to protect the EU's financial interests and the specific situations of final beneficiaries, but also, perhaps most importantly, on the close relationships between conditionality and the rule of law, and between [the rule of law and academic freedom](#). The conceptualization of these relationships with reference to the competing interests at stake

is hardly irrelevant for the assessment of the measures.

### What conditionality can or cannot do?

The Hungarian case highlights problems that have plagued the conditionality regime from the outset. Some say that the measure has worked – [the Hungarian government announced that politicians will resign from the university boards](#). Others criticize it both as too much – due to [its effect on students](#) – and too little, because of [its limited ability to restore the institutional autonomy](#). While the Council's decision is strictly speaking about the protection of the financial interests of the Union in the context of rule of law deficiencies, it also implicates the interests of the academic community. There is still no clarity on how to assess or protect the interests of final beneficiaries of EU funds, especially if Hungary will not comply fully with its obligations under the Regulation. This is particularly relevant if such interests give rise to fundamental rights claims under Article 13 CFR. Moreover, the Regulation uses access to funding as an incentive to safeguard the rule of law, but the relationship between the rule of law and the protection of the EU budget remains opaque. If we see academic freedom as linked to the rule of law, any analysis of such an incentivizing action should recognize the EU's own responsibility for academic freedom, though it is unclear what this responsibility should entail (see broader comments about academic freedom as a funding condition in [Kinzelbach, Saliba and Spannagel \(2022\)](#), p. 1736). While conditionality measures cannot do it all, they would benefit from an explicit engagement with these fundamental issues. How, if at all, is the EU obliged to protect Hungarian students or scholars? Should the Council be satisfied only with more far-reaching changes in the management of Hungarian universities? And what would it mean for the proportionality of the measures? Getting these questions right might be equally relevant for the Hungarian rule of law, Hungarian universities, and the EU conditionality action at large.



Lidia Averbukh

# Israels Staatsumbau

Eine historische Kontextualisierung der israelischen Justizreformen

doi: 10.17176/20230313-185225-0



Israels neue rechtsreligiöse Regierung unter Benjamin Netanyahu arbeitet an einer Justizreform, die hunderttausende Demonstranten auf die Straße treibt und in der Kritik steht, den israelischen Rechtsstaat zu zerstören. Bei genauerer Betrachtung wird klar, dass es bei den Protesten nicht nur um die Reform selbst, sondern auch um grundlegende Fragen nach dem Charakter des jüdischen Staates und seiner Identität geht. Das israelische Rechtssystem steht schon immer stellvertretend für den Staat selbst. Die gesplattete israelische Gesellschaft streitet um das Verständnis von Demokratie, das Verhältnis von Religion und Staat und um die zukünftige Machtposition einzelner Gesellschaftsgruppen.

## Recht als Mosaik

Das israelische Rechtssystem ist ein Mosaik aus verschiedenen Rechtstraditionen. Es besteht aus Bruchstücken des Osmanischen Rechts und des britischen Mandatsrechts. Nach der Staatsgründung im Jahr 1948 wurde es nach dem britischen Vorbild eines reaktiven Case Law-Systems aufgebaut. Es hat keine Verfassung, aber ein Verfassungsgericht. In dem gerade 75 Jahre alten Einwanderungsland, dessen heterogene Bevölkerung divergierende Ideen von Recht und Staat mitgebracht hat, kann man kaum von einer eigenen gefestigten Rechtstradition sprechen.

Mehrmalige Versuche, eine Verfassung zu verabschieden, welche die entgegengesetzten Staatsverständnisse in der israelischen Gesellschaft auf einen gemeinsamen Nenner bringen sollte, scheiterten. Stattdessen traten 14 einzelne so genannte Grundgesetze, die aufgrund des schwer herzustellenden Konsenses nur Fragmente einer benötigten Verfassung liefern konnten und stark vom jeweiligen politischen Zeitgeschehen geprägt waren. Ein Beispiel ist das Grundgesetz „Jerusalem, die (ungeteilte) Hauptstadt“ (1980), dessen Verabschiedung erst mit dem

Machtwechsel von der Arbeitspartei Awoda zum konservativen Likud in 1977 möglich wurde.<sup>1</sup>

Das Fehlen einer Verfassung beförderte zudem eine sehr dynamische Rechtsprechung, die im Wege freizügiger Rechtsinterpretationen versucht, radikal unterschiedliche Bevölkerungsgruppen zu vereinen. Insbesondere in den Urteilsbegründungen der Richter des Obersten Gerichts kann man diesen Spagat sehen, der ihnen den Ruf einbrachte, politisiert zu entscheiden.

Hinzu kommt der fragile Gesetzgebungsprozess. Alle israelischen Gesetze, einschließlich der Grundgesetze, können mit einer relativen oder einfachen Mehrheit verabschiedet werden. Das bedeutet im Grunde, dass jede Regierungskoalition, die 61 von 120 Abgeordnetensitze auf sich vereint, theoretisch die Möglichkeit hat, das Recht grundlegend zu verändern. Die Legislative besteht nur aus einer Kammer, der Knesset, wodurch die Verschränkung zwischen Legislative und Exekutive besonders ausgeprägt ist. Die Mehrheit der Abgeordneten gehört nicht nur der Regierungskoalition an, sondern stellt ebenfalls die Minister, die bei einem aufgeblähten Kabinett über ein Viertel der Knesset ausfüllen.

Seit der Staatsgründung stehen die Judikative und die mit der Exekutive verschränkte Legislative immer wieder in Konflikt. Mehrere Gerichtsurteile führten sogar indirekt zur Auflösung der Regierung. Rückblickend betrachtet interagierten sie jedoch über lange Zeit größtenteils erfolgreich miteinander, da ihre Vertreter eine grundsätzlich ähnliche Ausrichtung des Staates anstrebten. Eine Art roter Faden im Verhältnis der beiden Gewalten bildet dabei der israelisch-palästinensische Konflikt.

## Zur Entwicklung des israelischen Rechtssystems

Die Unabhängigkeitserklärung bildet die erste Grundlage für das israelische Recht, ist aber nicht von Gesetzesrang.<sup>2</sup> Sie ist das einzige Dokument, das das Prinzip der

<sup>1</sup>Das Grundgesetz „Jerusalem, die Hauptstadt Israels“ <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawJerusalem.pdf>.

<sup>2</sup>Die Unabhängigkeitserklärung 1948 <https://m.knesset.gov.il/en/about/pages/declaration.aspx>.

„Gleichheit“ festhält. Darin wird ein jüdischer Staat beschrieben, in dem alle Bürger unabhängig von ethnischer oder religiöser Zugehörigkeit gleiche Rechte haben.

Die Zeit nach der Staatsgründung wurde durch eine Gesetzgebung bestimmt, die die demographische Zusammensetzung regulierte. Auf Flucht und Vertreibung der Palästinenser im Zuge des Unabhängigkeitskrieges von 1948 folgten Gesetze zur jüdischen Einwanderung (1950), Vergabe der Staatsbürgerschaft (1952), und Zutritt zum Staatsterritorium (1952).<sup>3</sup> Bis 1966 stand die verbliebene palästinensische Bevölkerung, seit der Staatsgründung „israelische Araber“ genannt, unter Militärverwaltung, so dass das Versprechen der Gleichheit der Unabhängigkeitserklärung für sie größtenteils fiktiv blieb.

Mit der Besetzung des Westjordanlands im Jahr 1967 als Folge des Sechstagekriegs kam zusätzlich zum bestehenden Rechtssystem im Kernland die Militärgerichtsbarkeit in den palästinensischen Gebieten hinzu. Die beiden Rechtssysteme agieren fast unabhängig voneinander – mit der Ausnahme, dass das Oberste Gericht Israels auch von Palästinensern aus den besetzten Gebieten angerufen werden kann. In den letzten Jahren wurden die Zuständigkeiten schrittweise aus den Militärgerichten in die Zivilgerichte und Ministerien Israels überführt. Es findet eine rechtliche Integration und damit schrittweise Annexion statt, indem die Unterschiede zwischen Israel und den besetzten Gebieten verwischt werden.

Eine wichtige Änderung des Rechtssystems im Kernland kam in den 90er Jahren auf. Im Zuge der sogenannten „Konstitutionellen Revolution“ wurden 1992 und 1994 zwei Grundgesetze verabschiedet, die in Anlehnung an die Unabhängigkeitserklärung zum ersten Mal festschrieben, dass Israel ein „jüdischer und demokratischer“ Staat ist.<sup>4</sup> Das Oberste Gericht verlieh sich zeitgleich selbst die Kompetenz, auf Grundlage dieser Gesetze als Verfassungsgericht tätig zu werden. Urteilsbegründungen aus dieser Zeit belegen, dass unter „demokratisch“ die Lesart einer liberalen Demokratie bestimmend war. Auf dieser Basis wurden Urteile gefällt, die die Gleichbehandlung der israelischen Araber vorantrieben. Gesetze, die Gruppen diskriminierten, wurden vom Gericht zur Überarbeitung an die Legislative zurückgewiesen. All das

fand vor dem Hintergrund der umfassenden wirtschaftlichen und politischen Liberalisierung des Landes und dessen internationaler Öffnung statt. Im gleichen Zeitraum begann der Friedensprozess zwischen Israel und den Palästinensern, der 1993 zu den Osloer Abkommen führte.

## Der Konflikt der Gewalten

Die Kritik daran, dass die Richter ihre Kompetenz in den 1990er Jahren überspannt hätten, wurde jedoch erst in diesem Jahrhundert laut. Mehrere Beschlüsse des Gerichts zugunsten von Minderheiten wurden von der Legislative durch neue Gesetze zunichte gemacht. Die Erfahrung der beiden Intifadas und das Scheitern des Friedensprozesses läuteten einen gesellschaftlichen Rechtsruck und einen Backlash in der israelischen Politik ein. Gleichzeitig wuchs die Skepsis gegenüber der liberalen Demokratie und ihren universellen Werten. Seitdem stehen die Staatsgewalten zunehmend stellvertretend für eine unterschiedliche Auffassung von Demokratie und der zukünftigen Ausrichtung Israels.

Je offensichtlicher wurde, dass die Zwei-Staaten-Lösung nicht in nächster Zukunft realisierbar ist, und je gewaltbereiter der Widerstand wurde, desto intensiver wurden die nationalistischen Tendenzen und die Forderung, den exklusiven jüdischen Charakter des Staates rechtlich zu schützen. Auch die seit Anbeginn des Staates vorhandenen Trennungslinien entlang von Religion, Ethnizität und Herkunft wurden sichtbarer. Eine auf individueller Gleichheit basierende Vorstellung von einem Gemeinwesen, wie sie in Politik und Recht noch in den 90er Jahren vorherrschend war, wurde zunehmend durch eine partikuläre, sich über Gruppenzugehörigkeit definierende Identität abgelöst. Während das Oberste Gericht in den 90er Jahren mit dem Verweis auf die Unabhängigkeitserklärung den demokratischen Charakter Israels noch im Sinne demokratischer „Gleichheit“ interpretierte, rückte in der Legislative nach und nach ein simpleres Verständnis von Demokratie als „Mehrheit“ in den Vordergrund. In der Folge wurde der Mehrheit in der Knesset ein größeres Gewicht eingeräumt. Eine Judikative, die sich weiterhin für individuelle Rechte einsetzte, wurde zunehmend zum Hindernis.

<sup>3</sup>Das Rückkehrgesetz <https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/return.htm> und das Staatsbürgerschaftsgesetz <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4ec20.html> und das „Zugang zu Israel“-Gesetz <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4ec0.html>.

<sup>4</sup>Das Grundgesetz über die Menschenwürde und Freiheit <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawLiberty.pdf> und das Grundgesetz über die Berufsfreiheit <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawOccupation.pdf>.

Als Folge verstärkte sich nicht nur die Trennung zwischen jüdischen und arabischen Israelis. Auch religiöse und säkulare, europäische und orientalische Juden, Linke und Rechte konkurrierten zunehmend um eine politische Mehrheit, weil sie ihre partikulare Identität vor allem dadurch abgesichert sahen. Eine zunehmende Polarisierung der Gesellschaft machte aus jeder Wahl eine Entscheidung über die Identität des Staates. In einer berühmten Rede im Jahr 2015 warnte der damalige israelische Präsident Reuven Rivlin davor, dass die Bevölkerung Israels in Stammesgruppen zerfällt, die nichts mehr miteinander zu tun haben. Sie gehen auf unterschiedliche Schulen, wohnen in unterschiedlichen Städten und haben unterschiedliche Werte, die unter anderem ihre Vorstellung von einem politischen Gemeinwesen prägen.<sup>5</sup>

Im Jahr 2018 verabschiedete die Knesset das 14. Grundgesetz „Das Nationalstaatsgesetz des Jüdischen Volkes“.<sup>6</sup> Er ist das Ergebnis 15-jähriger Beratungen – und des letzten Versuchs, eine Verfassung zu verabschieden. Der Gesetzestext klammert die arabische Minderheit aus und konstruiert den geringsten gemeinsamen Nenner innerhalb der divergierenden jüdischen Gesellschaftsgruppen. Das Gesetz ist international dadurch bekannt geworden, dass es den Charakter des Staates Israel als jüdisch festhält und gleichzeitig weder Demokratie noch Gleichheit explizit benennt. Auch hebt das Gesetz die seit der Mandatszeit bestehende Gleichstellung der beiden Amtssprachen Hebräisch und Arabisch auf. Das Nationalstaatsgesetz wurde damit begründet, dass es an der Zeit sei, das jüdische Kollektivrecht auf nationale Selbstbestimmung konstitutiv zu verankern. Mehrere linke und arabische Parteien haben sich seitdem die Annullierung dieses Gesetzes auf ihre Agenda gesetzt. Die „Regierung des Wandels“, die von 2021 bis 2022 von Nafthali Bennett und Yair Lapid angeführt wurde, versuchte, das Gesetz zu verändern, scheiterte damit aber mangels regierungsinterner Einigkeit.

### Die aktuelle Justizreform und was sich dahinter verbirgt

Nach den letzten Wahlen vom 1. November 2022 entstand unter der Führung von Benjamin Netanjahu eine präzedenzlose Regierungskoalition aus rechten und reli-

giösen Parteien. Eine derartige Homogenität ist für israelische Politik selten und ermöglicht es, Gesetzesvorhaben, die sonst längere Verhandlungen in der Knesset notwendig gemacht hätten, zügig durchzubringen. Die aufwendige Kompromissuche ist häufig unnötig. Besonders drastisch zeigt sich dies bei der vorgeschlagenen Justizreform.

Das Ziel der Reform besteht darin, das Oberste Gericht zu entmachten, indem einerseits die Richter von der Regierungsmehrheit im Parlament berufen werden sollen und andererseits ihre Urteile von der Knesset überstimmt werden können. Damit würde das majoritäre Verständnis von Demokratie rechtlich verankert werden. Tatsächlich begründen die beiden zuständigen Regierungsmitglieder, Justizminister Yariv Levin und der Vorsitzende des Rechtsausschusses, Simcha Rothman, die anstehende Reform mit dem Willen der Mehrheit, der sich im Wahlergebnis niederschlug. Im Gegensatz dazu seien die Richter des Obersten Gerichts nicht vom Volk gewählt worden.

Mit einem Vorsprung von nur 0,5 Prozent an abgegebenen Stimmen vertritt die jetzige Regierungskoalition hauptsächlich religiöse und rechts eingestellte jüdische Bevölkerungsgruppen. Ihre Wähler sind überwiegend orientalische und ultraorthodoxe Juden sowie Israelis aus dem nationalreligiösen Spektrum, deren Weltanschauung theokratische und nationalistische Elemente umfasst, und die eng mit der Siedlerbewegung in den Besetzten Gebieten verbunden sind. Die andere Hälfte der Bevölkerung bestehend aus säkularen Israelis meist europäischer Abstammung und israelischen Arabern ist in der Koalition nicht repräsentiert.

Israelische Araber sehen sich dagegen traditionell nicht von der israelischen Regierung vertreten. In den letzten Jahren ist ihre Wahlbeteiligung kontinuierlich gesunken. Als Staatsbürger zweiter Klasse spielt es für viele von Ihnen keine Rolle, wer derzeit an der Macht ist. Zwar dient das Oberste Gericht noch als Überlebensversicherung für arabische Parteien; mehrmals konnte es verhindern, dass diese auf Grundlage des Grundgesetzes „Die Knesset“ mit dem Vorwurf, sie arbeiteten gegen den Charakter des jüdischen Staates aus der Knesset ausgeschlossen wurden.<sup>7</sup> Allerdings ist das Gericht seit Jahren einem derartigen massiven politischen Druck ausgesetzt, dass

<sup>5</sup> Rede von Präsident Reuven Rivlin, [https://theicenter.org/icenter\\_resources/reuven-rivlins-four-tribes-speech/](https://theicenter.org/icenter_resources/reuven-rivlins-four-tribes-speech/).

<sup>6</sup> Das Grundgesetz „Nationalstaatsgesetz“ <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawNationState.pdf>.

<sup>7</sup> Das Grundgesetz „Die Knesset“ <https://main.knesset.gov.il/EN/activity/Documents/BasicLawsPDF/BasicLawTheKnesset.pdf>.

es nicht mehr wie früher proaktiv als Beschützer der arabischen Minderheit fungiert. Selbst die Aussicht auf eine sich rapide verschlechternde Situation der Palästinenser in den Besetzten Gebieten unter der neuen Regierung hat nicht dazu geführt, dass sich arabische Israelis an den Demonstrationen beteiligen.

Tatsächlich spielt die Besatzung bei den Demonstrationen, die von einem Meer israelischer Flaggen begleitet werden, nur eine untergeordnete Rolle. Das Oberste Gericht verhält sich dazu ohnehin nur noch sehr eingeschränkt. Noch können seine Urteile die nachträgliche Legalisierung illegaler Siedlungen ausbremsen, doch urteilt es oft legalistisch und kontextlos und befürwortete beispielsweise den Abriss palästinensischer Dörfer ohne Baugenehmigung.

Zu den Demonstrationen gehen hauptsächlich säkulare Juden und einige moderate Religiöse, die weltlichen Vorstellungen von Recht und Staat anhängen. Ihre Sorgen richten sich vor allem auf ihre eigene Lebenssituation im israelischen Kernland. Für diese Bevölkerungsgruppe stellt das Oberste Gericht weiterhin eine Bastion zum Schutz ihrer Rechte dar. Ein unabhängiges Rechtssystem ist für sie sowohl wirtschaftlich als auch gesellschaftspolitisch wichtig. Es schützt den freien Markt, die freie Meinungsäußerung sowie Rechte von sexuellen Minderheiten und Frauen, die in einer rechtsreligiösen Regierung keinen hohen Stellenwert haben. Vor allem aber ist das Oberste Gericht das Symbol für ihre eigene Gesellschafts-

schicht, aus deren Kreisen sich seit der Staatsgründung die Elite des Landes rekrutierte.

Die Demonstranten sind neben Oppositionspolitikern und zivilgesellschaftlichen Organisationen vor allem Akademiker, Künstler, Ärzte, Anwälte, IT-Mitarbeiter, Reservisten und Generäle; eine Gruppe, von der Rothman sagt, dass es für sie an der Zeit ist, die Macht zugunsten der bisher unterprivilegierten Gesellschaftsgruppen abzugeben. Hinter dieser Rhetorik des „kleinen Mannes“ steckt jedoch die auch aus anderen geographischen Kontexten (USA, Ungarn) bekannte Strategie rechter Parteien; gemeint sind die rechten und religiösen Wähler der neuen Regierung.<sup>8</sup> Flankierend zum Rechtsrutsch ist auch eine demographische Entwicklung zu beobachten, die ebenso auf einen Wechsel von der säkularen zur religiösen Mehrheit zusteuert. Während das Oberste Gericht in seinen Befugnissen eingeschränkt werden soll, sollen die Kompetenzen der religiösen Gerichte ausgeweitet werden. Im Gespräch sind eine Reihe von Gesetzen, die das Verhältnis von Religion und Staat neu definieren würden.

Vor diesem Hintergrund sprechen die Demonstranten nicht nur von einer Justizreform, sondern von einem Systemwechsel bzw. sogar von einem Putsch. Denn sollte die Reform gelingen, stünde nicht nur eine Neusortierung im Verhältnis der Gewalten an, sondern die strukturelle und ideelle Neuausrichtung des Staates Israel.

<sup>8</sup>Interview mit dem Vorsitzenden des Rechtsausschusses Simcha Rothman, in Haaretz, 23.2.2023 <https://www.haaretz.com/israel-news/2023-02-23/ty-article-magazine/.highlight/down-with-the-high-court-an-interview-with-the-architect-of-israels-judicial-coup/00000186-7f50-d119-af8e-fff5a4ed0000>.

Alon Harel

# The Proposed Constitutional Putsch in Israel



doi: 10.17176/20230314-185222-0

February and March 2023 have seen hundreds of thousands of demonstrators protesting against new proposed constitutional amendments designed to transform the constitutional foundations of the State of Israel. This is an exceptional phenomenon. Israel has seen mass demonstrations in the past, but it has never seen mass demonstrations on what may seem like issues which should concern, at best, lawyers or law professors.

But looked at more attentively, this reaction is not surprising: beneath the legalistic debate on the constitutional amendments lurk deeper issues: should Israel be more western or more Jewish? What is the status of Jewishness in the Jewish State? What should the status of Palestinians in a Jewish State be? Is Israel primarily a western state, or is it a nationalist theocracy? A lot is, therefore, at stake for every Israeli citizen!

## Radical Amendments

The proposed constitutional amendments are radical. This is why advocates and opponents cannot even agree on the title to be given to these amendments: is it a reform as the advocates argue or is it a putsch or legal rebellion as its opponents maintain? Irrespective of the title, the proposed amendments are designed to strengthen the powers of the executive (and legislative branch) and weaken dramatically the powers of the courts. The advocates of these amendments officially contend that under current circumstances, the Israeli government cannot govern effectively and execute its policies due to too great interference on the part of the courts. They also contend that the courts have too many powers and that they govern undemocratically. They wish therefore to “bring the power back to the people.” The opponents argue that the proposals threaten the liberal foundations of the State; they are likely to erode fundamental liberties and, finally,

they have far-reaching negative consequences on the economy of the state and its future. To fully understand the underlying considerations, let me first provide a (very) brief introduction to the Israeli legal system. Then I will describe the current proposals and evaluate their likely effects.

After the establishment of the State of Israel, there have been plans to establish a constitution as indeed has been done in many other newly-liberated colonies. Israel is exceptional in that no formal constitution was established. Instead, the Knesset endorsed in 1950 what is called the Harari compromise, under which the constitution will be made of separate chapters, each of which will constitute a separate basic law. The Knesset has enacted several basic laws which may, in the future, be incorporated into a formal written constitution. The basic laws are meant to establish the primary public institutions and also to entrench some basic rights. Beyond the operative provisions, there are also symbolic aspects that the basic laws convey; in particular, they are meant to entrench the identity of Israel as a “Jewish and democratic state”.

The Court in Israel, at its origins, was at least according to the standard description, a relatively passive and primarily doctrinal court.<sup>1</sup> According to the standard account, it is only in the 1980’s that the Court has become a major player in Israeli political life. This is largely due to the greater willingness of judges to intervene in order to protect individual rights. In 1995, after the enactment of two basic laws, the Court also declared that it has the power of judicial review. Since then, the Court has been consistently subjected to attacks as it is being depicted as too politicized and, in particular, too interventionist and liberal.

<sup>1</sup>See Menachem Mautner, *The Decline of Formalism and the Rise of Values in Menachem Mautner Law and Culture in Israel* chap. 4 (2011). This description however is not uncontroversial. See, eg., Ron Harris, “The Imagined Past of Israel’s Supreme Court: The Use of Historical Narratives by the Court’s Right-wing Critics” *Tel Aviv University Law Review [Iyunei Mishpat]* 44 no. 1 (2021) (in Hebrew) 49-86.



## Two Legal Revolutions

This process has often been described as a legal revolution. But, as I argued in the past, there were in fact two legal revolutions in Israel: the judiciary-empowerment revolution (or the institutional revolution) and the liberal (or substantive revolution).<sup>2</sup>

The judiciary-empowerment revolution consists of a transformation in legal doctrine and legal reasoning which resulted in greater powers for judges. For instance, the requirement of standing which dictated that petitioners must have a direct interest has been weakened or even abolished. In addition to the traditional administrative grounds for annulling administrative decisions, Justice Barak added the concept of reasonableness. An administrative decision can be annulled if it is manifestly unreasonable. Further, President Barak determined that the Court has the power to invalidate statutes. This power has been used very rarely, but it was denounced by opponents of the Court.

The Court has used its new powers to promote what can be called a liberal revolution. The liberal revolution injected liberal values into judicial decision-making. More particularly, it used its power to protect more vigorously human rights; it entrenched the values of dignity, autonomy, and freedom in interpreting the law; and it also advanced the values of equality and broadened the scope of traditional liberal rights.

While much of the criticism directed against the Israeli legal revolution is directed against the former revolution (the judiciary empowerment revolution), as a matter of fact, the real aim of the opponents of the courts is to oppose the liberal revolution, ie, to make Israel more conservative, religious and nationalist.<sup>3</sup> It is not surprising, therefore that some of the opponents of the Court have visited Hungary and formed relationships with Hungarian political elites.

## Three Reasons for the Hostility to the Court

The current proposed amendments grow from the ambition to establish an illiberal democracy. The political instability provides an opportunity to realize this ambition. In recent years Israel faced a political crisis, and no stable government could be formed. Yet, in the last elections

which took place on 1 November 2022, Netanyahu succeeded in forming a coalition which consists of the Likud, the religious parties, and the extreme nationalist right-wing parties. This coalition is formed by parties that are hostile to the judiciary for three different reasons which can be summarized easily: corruption, religious fundamentalism and nationalism. Let me explain.

The Likud and the ultra-orthodox parties wish to weaken the control of the courts because courts are often effective in preventing corruption, nepotism, and similar practices. Given the poverty of the ultra-orthodox community, this community is heavily subsidized by the state and is looking for mechanisms to increase this subsidy. Such mechanisms are sometimes illegal and, even if legal, they often violate basic principles of good governance. Weakening legal institutions is likely to facilitate, therefore large-scale corruption. This is also true with respect to some of the members of the Likud party, who are known for the use of their political power to appoint friends and political allies to prominent official positions.

The ultra-orthodox parties and the extreme right-wing parties have also an ideological interest in weakening the courts. The former are interested in strengthening the Jewish character of the state; they wish to close businesses on Shabbat, strengthen the powers of religious courts, promote religious education in schools, etc. The latter are interested in maintaining an apartheid system in the Occupied Territories, maintaining oppressive rules against the Palestinian minority in Israel, and sustaining discriminatory practices against women, gays and lesbians, and other minorities. Hence strengthening the executive at the expense of the judiciary promotes three ends: facilitating corruption and nepotism, promoting fundamentalist-religious policies, and promoting nationalist-racist policies.

To achieve this end, MK Yariv Levin (the Minister of Justice) and MK Simcha Rothman (the head of the law and justice committee in the Knesset) proposed a radical constitutional reform which consists of four main elements: 1) Politicizing the system of appointing judges. Under their proposal, the coalition would have the power to appoint judges. 2) Endorsing a Notwithstanding (or Override) clause which would enable the Knesset to override or supersede entrenched rights. 3) Granting absolute im-

<sup>2</sup>See <https://www.cambridge.org/core/books/towering-judges/baraks-legal-revolutions-and-what-remains-of-them-authoritarian-abuse-of-the-judiciaryempowerment-revolution-in-israel/2867D1AF9E98773F0163ADB77EBEB9DD>.

<sup>3</sup>*Id.*

munity to basic laws, namely, the Court would not, under their proposal, be able to review basic laws. 4) transforming the way legal advisors operate in the ministries such that they would be appointed by the Ministers (rather than by the Attorney General) and would be required to defer to his/her decisions irrespective of their legality.

Since this radical proposal was submitted, the Law and Justice Committee of the Knesset has convened many times. The chair Simcha Rothman has treated the opponents of the reform, including public officials, legal and economic experts, and members of the opposition, with contempt. Attempts to reach a compromise have been made by the President and various NGOs. Large segments of civil society have organized to protest against the proposals. Hundreds of thousands of citizens participated in mass demonstrations and also in acts of civil disobedience. Leading experts in many disciplines have publicly expressed their concerns, including economists, lawyers, members of the medical profession, and many others. Public law professors have organized and written numerous papers on various aspects of the legislative proposals. Some of these papers have been translated into English and can be found at <https://www.lawprofsforum.org/>.

### Reason for Hope

We are certainly at the edge of a constitutional moment. The atmosphere is intense, and some have even predicted a civil war. Irrespective however of these concerns, the real question which faces us all is not only whether the con-

stitutional transformation will succeed or not. Recall that this transformation is only a means to an end and the end of its advocates is transforming Israeli society as a whole. The prediction is that once this government frees itself from the legal limitations, it will use its new unlimited powers to promote fundamentalist, racist and oppressive laws.

And indeed, various bills and proposals designed to limit freedoms and facilitate discrimination have already been submitted. These include a proposal to prohibit or limit the raising of Palestinian flags, to allow service providers to discriminate when discrimination is grounded in religious rules, and, most recently, the Minister of Internal Security has proposed to introduce capital punishment for Palestinian terrorists.

I think this is sufficient to establish that this is a very delicate moment for Israeli democracy. It may be the end of Israeli democracy but, so I hope, it may also be an opportunity to finally entrench a bill of rights and transform Israel into a full-fledged constitutional democracy. The glimmer of hope is the fact that hundreds of thousands of Israelis left their homes and work and join the demonstrations day after day and are often subjected to police violence. The demonstrations are intended to disrupt as much as possible the daily life in order to convey a clear message which is summarized in one of the most popular slogans: You encounter the wrong generation; Israel will not be Hungary; it is a democracy! I hope we can (but do not need) to sing this slogan also next year.

Alon Harel, Alon Klement

# Separating Substance from Procedure: How to Address the Israeli Constitutional Crisis



doi: 10.17176/20230317-185238-0

Many proposals to resolve the current Israeli constitutional crisis have been advanced recently. These include the President's proposal, Friedman & Elbasha's, Stern's, Barak Medina's, and many others. Nonetheless, we believe that most of these proposals are unlikely to bring about a compromise. They appear unlikely to bring about a compromise, not because their content cannot be accepted by the parties involved, but because they do not address the substantive concerns of the parties. The one exception is the President's proposal which was released on March 15<sup>th</sup> and which, to some extent, endorses the mechanism we propose here to solve the conflict.

Both sides aim to reach a compromise that reflects and advances their ideological goals or constituent interests. In making decisions concerning decision-making mechanisms and the role of the Court, neither side considers whether these mechanisms are good or desirable from a long-term perspective, but only whether they will enable it to further its short-term goals. It is, therefore, imperative to separate short-term interests related to urgent substantive issues from procedural decisions that shape decision-making mechanisms in order to find a solution to the current crisis.

We propose a framework that, if adopted, can provide a basis for a viable compromise. It is based on a strict separation between urgent substantive issues, such as the conscription of the ultra-orthodox, the regulation of public transportation on Saturdays, or Kosher laws on the one hand, and procedural and institutional issues on the other. We count amongst the latter questions surrounding the mechanisms for deciding constitutional questions and the nature of the relationship between the courts, the executive, and the legislative branch. While the interests of the parties regarding the aforementioned substantive issues are distinct and based on conflicting ideologies, there may be greater overlap than appears at first sight with respect to the institutional mechanisms of

decision-making. This is because, in the long run, it is difficult to predict who will benefit from the proposed mechanisms. Hence, separating the negotiations about the substantive issues from those about the procedural issues is necessary if a compromise is to be realized.

One way to establish institutional mechanisms for decision-making is to do so behind what is often called in the literature "the veil of ignorance." The term was coined by the political philosopher John Rawls in his important book *A Theory of Justice*. In his view, foundational decisions must be settled in a way that is not influenced by sectarian interests. The normative foundations of a state should ideally reflect the rules that we would have endorsed had we been ignorant with respect to our identity, our social class, our religion, or sexual orientation. These are all central components of our identity, but they cannot provide a basis for constitutional decisions.

Thus, if I am a Catholic, I may ordinarily be voting for a party that promotes Catholicism. However, if I voted behind a veil of ignorance, I would not know whether, at the end of the day, I would be a Catholic, a Jew, or an atheist. Hence, I may vote for a rule that guarantees freedom of religion. Similarly, if a heterosexual who dislikes gay couples votes behind the veil of ignorance, he may vote for gay marriage as he does not know whether, at the end of the day, he would turn out to be gay or not.

While Rawls applied this principle not only with respect to decisions concerning procedure and decision-making rules but also with respect to substantive decisions, we wish to apply this mechanism only to procedural decision-making mechanisms. The real world, however, does not provide a veil of ignorance. In the real world, we vote while knowing our socio-economic status, our religious beliefs, our sexual orientation, etc. How can we guarantee that our decisions concerning the decision-making mechanisms and the status of the Supreme Court do not take into consideration our short-term interests?

We believe that while we cannot fully realize this idea, it is possible to make some progress in this direction.

Our proposal is that the different sectors in society, including the ultra-orthodox, seculars, traditionalists, and Palestinians, will specify what their basic, most important interests are. One may presume that the ultra-orthodox will raise the issue of conscription, Kosher food, and additional issues that seem essential to them. By contrast, the seculars may wish to entrench values such as equality and freedom from religion. They may also wish to lift the limits on public transportation on Shabbath in secular neighborhoods. The modern orthodox may wish to promote the settlements. The parties to the negotiations will have to consider accepting such demands with the understanding that once they do so, these issues will be removed from the agenda. As a result, the decision-making process and the status of the Court may be determined in a way that would only take long-term considerations into account.

After an agreement regarding the urgent substantive issues is reached (which we admit is not an easy task), these issues would be entrenched and not be subject to judicial review. There are already certain issues in Israel that are not subject to judicial review such as the monopoly that religious courts have on issues concerning marriage and divorce. Only once these urgent substantive concerns are removed from the agenda would the parties negotiate long-term procedural mechanisms for decision-making. Since the urgent substantive issues would not be affected by the procedural mechanisms, it would be easier both to negotiate and reach an agreement with respect to the

procedure. For example, it would be easier for the Ultra-Orthodox to agree to judicial review when they know that courts cannot interfere in the decision to exempt them from conscription. Similarly, it would be easier for seculars to agree to a constitutional settlement if the basic right to be free of religion be entrenched in the Constitution and if greater powers were given to local institutions to regulate the policies concerning Shabbath.

To some extent, this idea is already reflected in the President's proposal which was released on March 15th. It specified solutions for certain substantive issues such as a settlement concerning the conscription of the ultra-orthodox and the entrenchment of the right to equality and other fundamental rights. Our proposed separation of substance and procedure can be done in different ways. It is possible to reach an agreement with respect to the substantive issues, in the way the President's proposal suggests, and then make determinations with respect to the procedural questions. Alternatively, different committees could simultaneously engage in negotiations concerning procedural and substantive issues.

To conclude, in our view, the constitutional crisis results from the fact that the parties to the conflict shape their proposals concerning the decision-making process in a way that is conducive to their short-term substantive interests. The solution should separate the two. Our proposal facilitates such a separation and therefore seems promising to us.

Aeyal Gross

# The Battle Over the Populist Constitutional Coup in Israel

Spring of Hope or Winter of Despair?

doi: 10.17176/20230331-152738-0



On the night of March 26, 2023, the battle over the constitutional overhaul planned by Israel's Netanyahu government reached an apex moment: following Netanyahu's firing of Defense Minister Yoav Gallant, the first cabinet minister to speak out against the proposed legislation, and as the legislative process in the Knesset was nearing a crucial point, huge crowds took to the streets. This demonstration was spontaneous, beginning at 10 pm and lasting long into the night; crowds started bonfires on the Ayalon freeway in Tel Aviv and blocked roads. The police were unable to contain the situation until about 3 am.

Over the night there were rumors that this seeming loss of control would lead Netanyahu to halt the legislative process. The protest movement was feeling victorious. But after a long day of further demonstrations in Jerusalem, Netanyahu's announcement was limited to a "suspension" of the legislative process during the upcoming Knesset recess, for a period that would enable discussions between the coalition and the opposition with the purpose of reaching an agreement over the legislation. Following the exhilaration of the previous night, what might have otherwise been considered a victory for the protest movement instead created a sense of despair. But as I discuss below, it remains too early to know whether we are in the spring of hope or in the winter of despair. As the Knesset is about to recess on April 2<sup>nd</sup> for the Passover break, the suspension will grant the discussions at least a month, until the Knesset reconvenes on April 30<sup>th</sup>, and probably even more time, until the end of its summer session on July 30<sup>th</sup>.

This essay follows on from my [previous post](#) on the populist constitutional coup and outlines the developments that occurred since Netanyahu's coalition announced the proposed legislation. I focus on the current status of the legislative plan, assess the opposition to it, and consider what lies ahead and what interim lessons can be learned from the Israeli version of constitutional popu-

lism and the opposition to it. Yet before addressing the legislative changes, it is important to recall that they do not tell the whole story. A major feature of the government's policies is a harsher approach towards the Palestinians in the Occupied Palestinian Territory (OPT), who already suffer from an occupation that totally denies democracy and protection of rights, [and who are now even more deprived of protection than before](#).

## A Toxic Coalescence of Interests

Notably, the proposed changes reflect a coalescence of three major interests, driven respectively by three major actors in Netanyahu's coalition.

*The first* is the interest of the nationalist parties in maintaining their vision of the "Jewish state." For the nationalist religious parties as well as for Netanyahu's Likud party, this entails expansionist policies in the OPT that require even greater violations of Palestinian rights than ever before, including violation of private property rights that did receive some protection in the Israeli Supreme Court. Additionally, the often messianic version of religious Zionism held by the nationalist religious parties rejects much of the protections the courts accord to LGBT and women's rights and seeks a free hand to curtail anti-discrimination laws. Supreme Court decisions protecting the rights of asylum seekers are also a *bête noire* for this camp.

*The second* is the interest of the ultra-Orthodox parties; in particular, their wish to override judgments holding that the exemptions accorded to religious seminary students from mandatory military service discriminate against other populations that are required to serve in the Israel Defense Forces (IDF).

*The third* is Netanyahu's own interests regarding his ongoing criminal trial for corruption charges. Netanyahu's interests may include influencing the composition of the Supreme Court that may eventually hear an appeal in



his case; rescinding prosecution powers from the attorney general and appointing a prosecutor more favorable to him; advancing legislation that gives seated Prime Ministers immunity from prosecution; and changing the criminal code to abolish some of the offences he is accused of.

The combination of these three interests drove the legislative initiatives, which are argued for in populist terminology, using the language of democracy and returning decision-making to the people. As explained in my previous post, the paradox whereby “Basic Laws” enjoy constitutional status and supremacy over regular legislation but are legislated in the same forum and by the same procedure and majority as regular legislation makes Israeli constitutional law vulnerable to a majority coalition’s rather easy abuse of constitutional power.

### The Status of the Proposed Changes to the Basic Laws

So far, four major prongs of the [proposed constitutional changes](#) have been advancing through the Knesset’s legislative process. (Given the scope and rapid pace, [this tool by Haaretz](#) helps track the legislative process.)

(a) [An amendment to Basic Law: The Judiciary](#) entailing an overhaul of the judicial appointments committee, granting the ruling coalition a majority in this committee, which would allow it to appoint judges at will. This proposal underwent various changes but at its core assures coalition control over appointments to the Supreme Court. This is accomplished by abolishing the existing representation of the Bar from the committee and adding more politicians instead. The result is a committee where politicians from the coalition (from both the executive and the legislature) comprise six members, joined by two Members of the Knesset from the opposition and three judges. The required quorum for committee meetings is six – tailored to match the number of coalition members. This number would suffice to elect the President of the Supreme Court and up to two Supreme Court Justices in each Knesset term. Further appointments would require broader agreement. De facto, given the average number of appointments per term and the control over the choice of the President (who is ex officio a member of the committee), the meaning is control of the coalition over the composition of the Court. This proposal is more advanced than any other; the first requisite vote already took place in the plenary, and the Knesset’s Constitution, Law and Justice (CLJ) Committee, to which the legislation re-

turns for further drafting after the first vote, voted on it on March 28. It is now ready for the requisite second and third votes in the plenary, after which it can become law.

(b) A reform to the process of judicial review of primary legislation that contradicts Basic Laws, [which would only allow a qualified majority of judges in the Supreme Court to strike down legislation](#). This proposal passed the first plenary hearing; hence, it is now within the jurisdiction of the CLJ Committee, which will hold discussions to prepare it for the second and third votes.

(c) [An “override clause,”](#) meaning that a parliamentary majority can re-legislate a law struck down as unconstitutional, as long as the statute states explicitly that it is valid “notwithstanding” the Court’s ruling. [This proposal also passed the first plenary hearing and is now in the hands of the CLJ Committee.](#)

(d) [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](#), is at the same legislative process stage as the two previously-mentioned proposals.

These changes are supplemented by two constitutional changes advanced for personal reasons. The first is [an amendment to the rules regarding the declaration of a Prime Minister as unfit to govern](#). Whereas the previous legislation was silent about who can make such a declaration and on what grounds, the amendment to Basic Law: The Government adopted on March 13<sup>th</sup> holds that the Prime Minister can only be declared unfit to govern for physical or mental reasons, based on his own announcement approved by a parliamentary committee with a 2/3 majority, or by a cabinet decision made by a ¾ cabinet member majority. The purpose of this proposal is to preempt the (discussed) possibility that Netanyahu may be declared unfit to govern by the Attorney General or the Supreme Court based on circumstances relating to his own criminal trial, especially concerns regarding conflict of interest.

The second personally motivated [proposal](#), which passed most stages of legislation and is ready for the final votes in the plenary, seeks to negate the possibility of judicial review of cabinet appointments. The purpose of this bill is to allow the re-appointment of Aryeh Deri as cabinet minister, following the Supreme Court’s January 18 [ruling](#) that he cannot serve in the cabinet given recent convictions.

Read together, the various legislative initiatives seek to create an unrestricted government, in terms of both the legislation it can pass and its personal composition.

## Opposition to the Legislative Process

While Netanyahu's coalition enjoys a solid 64-member majority in the 120-member Knesset, which at first seemed to enable it to pass whatever legislation it wants, it has met massive, unprecedented opposition. The official discussions of the proposals took place in the Knesset's CLJ Committee, which became a battleground between coalition and opposition. But much has been happening in other arenas, including the following:

**Protests:** The legislative plan was met with huge protests. Ever since it was announced, protests have been taking place throughout the country. These take the form of weekly demonstrations on Saturday nights, chanting slogans such as "democracy or rebellion," initially mainly in Tel Aviv but rapidly spreading nation-wide, attended by hundreds of thousands. In recent weeks, the Saturday demonstrations were complemented by an additional weekly "day of disruption." The protests are unprecedented, both in numbers of participants and in the persistence of huge crowds for 12 weeks straight. They became impossible to ignore. One of the most popular slogans in the protests is "you messed with the wrong generation." Indeed, the rising up of the younger generation to fight for democracy has been the most inspiring sign of hope in this period of near despair.

The protest movement is composed of a web of non-partisan organizations, some of which developed during the COVID-19 pandemic as part of the protests against Netanyahu during his previous term, when regular demonstrations were conducted against his continued tenure as Prime Minister while he stands trial for serious corruption charges. These were joined by numerous other organizations including student protests, the "Black Robes" lawyers' protests, LGBT groups, and others. A regular presence at the larger protests is the "Anti-Occupation Bloc," comprised of organizations supporting Palestinian rights, claiming that military occupation and democracy are mutually exclusive.

**Letters, petitions and memorandums:** Much attention was focused on various letters, opinions, and memorandums written by groups of experts in Israel and globally, warning against the so-called "reform" and its implications. In the legal field, writers included not only [former](#)

[Israeli attorney generals and state attorneys](#), but also [retired judges](#). Letters decrying the plans were also signed by senior jurists from other countries, such as the [UK](#) and [Canada](#) – with particular significance, given the coalition's claim that the proposed changes would make judicial review in Israel akin to that existing in these countries. The newly formed [Israeli Law Professors' Forum for Democracy](#) issued position papers dissecting and criticizing the various proposals and pointing to the detrimental effects of the "reform" on many spheres. Letters warning of the implications of the proposed changes were also issued by [former senior officials in governmental offices, including 50 former general directors of government ministries; medical doctors](#) (who formed their own protest group); and many other groups.

Warnings of economic implications and the role of the tech industry: The proposals' economic implications became a major driver in their criticism. Three-hundred sixty-seven [senior Israeli economists, as well as senior international ones](#), warned about the financial implications of legislation that would weaken the Israeli legal system. Many actors have voiced significant warnings, including the international [credit rating agency Moody's Investors Service, which warned](#) that if the plan proceeds, the country's sovereign rating outlook could be downgraded, given the weakening of the judiciary. The Finance Ministry's chief economist herself warned that the changes would [harm economic growth and investment in Israel](#). Some [Israeli companies announced they will be moving their money out of Israel](#) given the uncertainty the "reform" creates. Many leaders of tech industry, which plays a major role in Israel's economy, [signed a letter saying](#) that the proposed changes would distance international investors from Israel and damage the industry. The "[hi-tech protest](#)" became a major force in opposing the legal coup by expressing concerns about the country's future, threatening to take business elsewhere, and actively participating in physical protests.

**Rifts within the military:** Alongside the economic warnings from experts and the tech industry, probably the most influential opposition came from the military. The IDF relies heavily on reserve duty, and significant voices from elite units not only expressed opposition to the legislation but also announced their refusal to continue their reserve service if the legislation passes. For example, [1,197 Air Force officers signed a letter](#) protesting the legislation. Similar opposition was expressed by

139 winners of the Israel Security Prize. In mid-March, 180 Air Force pilots and navigators announced they would not attend regular trainings; 650 special operations, intelligence, and cyber reservists announced their resignation from reserve duty; and reserve officers from the elite 8200 intelligence unit proclaimed likewise. Underlying the Defense Minister's decision to speak out against the coalition's plans were these unprecedented expressions of refusal to serve by the IDF's elite. It was his sacking by Netanyahu, which was followed by the huge spontaneous protests, that finally led the Histadrut – the largest Israeli trade union – to announce a general strike and the public universities to shut down. But the strike only lasted one day, and stopped when Netanyahu announced the suspension of the legislative process.

International pressure: Finally, the role of international pressure cannot be overlooked. Serious concern about the legislative changes was expressed by the [President of the Venice Commission](#), the [United Nations Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers](#), and the [UN High Commissioner for Human Rights](#). Yet what really mattered were the remarks of foreign leaders; and, given Israel's close relationship with the US and its dependency on American aid and political support, especially of US President Joe Biden, [who pressured Netanyahu both publicly and privately](#).

## Lessons and what Lies Ahead

With the suspension of the legislative process, parties from both the coalition and opposition have formed teams that will start meeting under the auspices of Israel's President, Isaac Herzog. The President, whose main roles are ceremonial but who has spoken out against the legislative plan, has previously offered [his own "compromise deal"](#), aiming to find middle ground between the coalition and the opposition. However, this plan failed to gain support. It remains quite unclear whether the negotiations that he will now facilitate will create agreement.

Generally, the talk of "compromise" tends to take the government's plan (rather than the status quo) as its starting point and assumes some curtailing of judicial power. Accordingly, much of the protest movement opposes talk of "compromise."

Amongst opponents of the coalitions' program from within the legal community, two major approaches are discernable. One sees some compromise as essential in order to avoid a constitutional crisis that some fear may

deteriorate into a violent crisis; the other warns of a bad compromise that will hand the coalition most of what it wants, with the bonus of parliamentary support of the opposition. Proponents of the latter approach do not deny the risk of a constitutional crisis (for example, if the Supreme Court strikes down the legislation changing the structure of the judicial appointments committee, and the coalition does not obey Court orders). [The Polish constitutional crisis](#) looms and is often cited. However, they suggest that a bad "compromise" is worse than a constitutional crisis, and point to how such a "compromise" may serve to legitimize changes that will undermine democracy. This, they warn, may weaken the public opposition and also the legitimacy of a judicial decision to strike down the new legislation, if it passes. In any case, as mentioned, it remains unclear that a "compromise" can be reached. A main bone of contention is the judicial appointments committee, which the coalition insists on controlling.

The suspension of the legislative process may be seen as a victory for the protest movement. But on the other hand, it may backfire if its implication will be the delay of the legislation well into the summer: In October, Supreme Court President Ester Hayut, [a staunch critic of the "reform"](#), is due to retire. While many expect a court led by Hayut to strike down legislation that gives the coalition control over judicial appointments, delaying the legislation to the fall may serve the government, which could in the meantime appoint a new Court President who will be much more favorable to the "reform". Likewise looming is the risk that Netanyahu simply hopes to buy time by creating a delay during which the protest movement will lose its momentum. Moreover, Minister of National Security Itamar Ben-Gvir, who has been pressing the police to be more violent towards demonstrators, has secured Netanyahu's promise to [advance a "National Guard" outside the police force](#), under his command – a force that eventually may be used against demonstrators, bypassing the police. This development raises serious concern independently of the protests but may also be linked to them.

Much uncertainty lies ahead. What is clear is that a combination of massive protests, pressure by significant groups in Israeli society such as the tech industry and elite military reservists, and American pressure forced Netanyahu to suspend the legislative process. Whether this development will lead to the burial or the reemergence of the constitutional coup is yet to be seen. The road ahead

is complicated, as rejection of the coalition's plan, while seemingly a victory for the democracy movement, may also serve to feed the populist argument about elites (in this case not only legal but also economic and military ones) controlling things in a way that undermines popular will. The liberal forces must take note of this concern as part of a broader evaluation of the liberal agenda after this deep crisis. Such an agenda must consider the shortcoming of the existing order in addressing issues such as

social and economic justice and the inadequate inclusion of Mizrahi Jews (Jews of Middle Eastern and North African descent) and of Palestinian Arabs, who are citizens of Israel, into society, and specifically into the judicial system. Given these shortcomings and given the occupation, which continues to undermine Israeli democracy, the battle should not be a nostalgic one for a democracy that was, but one for the democracy we aspire to become.

Luigi Ferrajoli

# The New Populism is Responsible for the Massacres in the Mediterranean

doi: 10.17176/20230313-185255-0



*The original Italian version of this article has first been published in [Il Manifesto](#) and is published here with kind permission by the author. Translation by Paolo Sandro (University of Leeds).*

The [tragedy](#) of the 73 people left to drown, without help, a few meters away from the beach near Cutro and the Italian government's pathetic attempts at justification for their inaction forcefully raise again the 'migrants question'. Besides the culpable negligence of the Italian authorities, it is our laws and the political and cultural climate generated by them which are truly responsible for these catastrophes. Giorgia Meloni tries to offload these responsibilities onto the smugglers, arranging criminal punishments of up to 30 years in jail for them and, above all, arguing that the migrants must be 'stopped' – that is, prevented from leaving North-African coasts altogether.

The Italian Prime Minister obviously ignores that migration is a fundamental human right, established by articles 13 and 14 of the Universal Declaration of Human Rights, by article 12 of the International Covenant of Civil and Political Rights, and even by article 35 of the Italian Constitution. It would therefore be unlawful to hinder its exercise. More significantly, the right to emigrate is also the oldest of fundamental human rights, having been [proclaimed](#) since 1539 by Francisco De Vitoria in support of the conquest of the "new world", when it was only Europeans who "emigrated" to colonize and plunder the rest of the planet. Back then, this right was accompanied by the right to wage war against anyone who opposed its legitimate exercise: something which invariably took place, with the destruction of pre-Columbian civilizations and the massacre of tens of millions of indigenous people. But now that the asymmetry has been reversed and the exercise of the right to emigrate has become the only alternative for millions of desperate people fleeing their countries (initially plundered by Western conquests and today devastated by wars, poverty and exploitation), not only has its foundation in our own tradition been for-

gotten, but it is being repressed with the same ferocity with which it was brandished at the origins of modern civilization for the purpose of robbery and colonization.

There is another aspect of the Italian government's migration policy which indicates its hostility to sea rescues. It became apparent with the so-called "[NGO decree](#)" of last February, which, borrowing from the Salvini doctrine, makes the ability of vessels to rescue people at sea contingent to a series of senseless bureaucratic requirements, introduces obstacles to sea rescues, such as the prohibition of so-called multiple rescues, and provides, for captains who violate these absurd provisions, fines from 10 to 50,000 euros, detention for two months and, in cases of recurrence of violations, the confiscation of the vessel used for the rescues.

This constitutes a qualitative leap in the very forms of populism in our society. The 'old' penal populism leveraged the fear of street crime – that is, of routinely overblown but still illegal phenomena – in order to produce fear and reap popular consensus through useless and demagogic policies which were however still legitimate from a legal standpoint (such as the harsher criminal penalties established with the various '[security](#)' legislative packages). This new populism, on the contrary, relies on soliciting hatred and on the criminalisation of not just lawful, but indeed heroic conduct (such as sea rescues) in order to obtain consent for policies that are themselves unlawful, criminal and criminogenic – such as the closure of the most accessible ports to rescue vessels and the resulting dereliction of rescue duties.

This new form of populism is wreaking havoc on the fabric of our democracy. For populist demagoguery, which always needs an enemy, the migrant in fact personifies the ideal enemy, due to the latent racism that leads to perceive him as an inferior and ontologically illegal person. We therefore understand how racism is the effect, rather than the cause, of sea massacres like the one on the shores of Cutro: it is the "condition", as Michel Foucault



wrote lucidly, which makes acceptable that a section of the world population is “put to death”. For only racism makes it tolerable that thousands of people drown every year in the Mediterranean.

The result of these ruthless practices is the lowering of the public spirit. The consensus obtained by these practices is, in reality, the sign of the collapse of ethics on a mass scale. When inhumanity, immorality, and indifference to the suffering of others are flaunted by the institutions of the state, they are not only legitimised, but are

also supported and nurtured. They become contagious and normalised. We could not understand, otherwise, the popular support enjoyed by Nazism and Fascism. These abhorrent policies, by sowing fear and hatred for those who are different, by devaluing the basic human sentiments of equality and solidarity, by discrediting the act of helping those in danger of dying, are poisoning our societies and seriously distorting the democratic identity of Italy and Europe.

Davit Zedelashvili

# Georgia's Bill on Foreign Agents and the Limits of the EU's Soft Power

doi: 10.17176/20230301-185208-0



On February 20, 2023, the Parliament of Georgia registered the bill “[On the transparency of foreign influence](#)” that introduces the category of an “agent of foreign influence” – any private legal entity which gets more than 20% of its entire budget from a “foreign force”. The definition of “foreign force” is generously broad, including not only foreign states and their structures but also any natural person who is not a Georgian national, any juridical person not established under Georgian law and any other entity established under foreign law or international law.

“Foreign agents” are under obligation to register at the public registry (registration is free of charge—an incentive of compliant behaviour in the spirit of a utilitarian legislator). In addition, registered organizations must submit their yearly financial declaration to the justice ministry (MOJ). Non-compliance with registration and reporting requirements carries considerable monetary fines (up to GEL 25 000, roughly 9 000 EUR). The ministry additionally gains power “to monitor” any other organization either by “decision of its competent official” or based on the written statement “signalling” the ministry at the alleged “foreign agent”.

These facially innocent “monitoring” functions harbour a potentially totalitarian instrument of control. For example, the MOJ official could target any private non-profit organization at a whim and examine organization’s and its employees’ financial information and personal data. Alternatively, in a not less worrisome case, an official’s whim could find ground in a written statement “signalling” at the “foreign agent”. In Georgia, which underwent Stalinist purges of the 1930s, where family members (anonymously) denounced each other to the NKVD (secret police) and innocent people were rounded and summarily executed on charges of being a “foreign agent”, this rings a much [louder alarm bell](#) than elsewhere.

## The rule of law for the regime’s enemies

Out of the proper context, the Rule of Law (ROL) defect of somewhat overbroad or improperly checked official discretion could be tolerable in theory. Here lies the abusive cunning of illiberal legality – it turns the ills tolerable elsewhere into a deadly weapon, serving the illicit ends of those who wield power.

The bill also displays other familiar patterns of illiberal ROL abuse. Consider the irrationality of the bill’s classification, as it purports to achieve the “legitimate aim” already well served by existing laws (see the discussion below). However, laws make all sorts of not-that-rational classifications, often passing the ROL’s muster.

What if an ulterior legislative aim is “predominant” (following the standard of Article 18 cases established by the ECtHR grand chamber in *Merabishvili v. Georgia*)? An objective jurisprudential test to find a “predominant ulterior purpose” may exist; however, satisfying this test before the law gets in force seems unlikely.

Beyond the compatibility with any objective test of ROL abuse, in countries that endured Gulags and have a living intergenerational memory of everyone labelled by the state as a “foreign agent” losing their life or liberty, the [stigmatizing force](#) and intention of classification as a “foreign agent” is hardly deniable. This judgment holds even when classification initially entails only a facially harmless obligation, like registration and financial reporting in the case of the Georgian bill.

Regarding the irrationality of the “foreign agent” classification, note that the bill aims to achieve more “[transparency](#)”. However, it is unclear where the need for such “transparency” comes from. The foreign funding CSOs and media, the primary targets of this legislation, are already transparent and publicly available. Strict campaign finance laws, closely monitored and enforced by the State Auditor’s office, prohibit foreign financing of political parties and “persons with electoral ends”. The latter category already ensures that all private non-profit or-

ganizations which openly participate in political affairs comply with heightened financial transparency and reporting requirements. The special legislation also tightly regulates lobbying, including foreign lobbyists.

Therefore, it is also a lie that the bill serves the same purposes as the US FARA legislation. [The US state department spokesperson](#) has also expressly refuted this claim, comparing the Georgian bill to the Russian and Hungarian analogues. Thus, the reference to FARA serves only propaganda purposes, as it did in the case of similar [Russian legislation](#).

Doubling down on the FARA-related propaganda line, the regime MPs have initiated an [alternative bill](#), which they claim is a direct translation from FARA. Tabling a more outrageous version of controversial legislation that the regime can drop later at a strategically opportune time is a famous trick from the illiberal playbook. It gives the regime room for manoeuvre and an opportunity to keep appearances.

The alternative bill ditches the term “influence” and leaves plain “registration of foreign agents” as its title. Under the alternative bill, natural persons are also eligible to get a “foreign agent” label. Persons engaged in charity get exemption [otherwise, Oligarch Ivanishvili, a French citizen, would qualify as a foreign agent]. The enforcement powers go to the Prosecutor General, who gets sweeping powers to scrutinize all business and personal information of “foreign agents”. In addition, the latter must transfer all communication content with their foreign sources to the prosecutor general. Furthermore, non-compliance with the law’s registration and reporting requirements carries criminal liability and includes imprisonment of up to five years as a penalty. According to the GD leaders, the [Venice Commission will review](#) both bills; however, they will enact one regardless of the commission’s opinion.

The alternative bill contains more openly draconian measures, which appeared in Russia only years after the original legislation of 2012. [The trajectory of Russian “foreign agent” legislation](#), which gradually targeted a wider variety of regime opponents down to individual dissent, gives a more apparent horizon of where the GD regime is heading. Moreover, placing the bills into the proper context of the events makes the Russian comparison even more plausible.

The bill’s sponsors are MPs from [the “People’s power” \(PP\)](#), a [splinter group from the governing “Georgian](#)

[Dream” \(GD\)](#), run from the shadows by the billionaire oligarch Bidzina Ivanishvili. PP is part of the Ivanishvili regime, de facto remaining a part of its parliamentary majority (GD would have lost its majority without PP’s continued support). GD leaders have vocally [supported](#) the initiative and [defended the bill as their own](#).

PP’s members cite the protection of the interests of Ivanishvili as their prime purpose. They propagate a [conspiracy theory that Mr Ivanishvili is the victim of blackmail from Western powers “to open the second front” \[of the Ukraine war\] in Georgia](#). While PP members make more extravagant claims and engage in personal smearing of foreign (notably the US) [ambassadors](#), GD [leadership](#) and their propaganda machine repeat and amplify the more toned-down versions of the same messages.

The regime propagated conspiracy claims that only the wisdom and resilience of the GD regime and its leader Ivanishvili saved Georgia from war and destruction. In this setting, the regime propaganda portrays purported “foreign agents”, the [CSO and critical media, as enemies of the people](#), conspiring with the Western forces driving Georgia to war or “emissaries of the [global party of war](#).”

The anti-Western sentiment fuelling the Georgian regime’s rapid authoritarian slide coincides with its ambivalent position on the Russian aggression in Ukraine and its observable drift towards the [Russian orbit](#). Nevertheless, GD’s foreign policy acrobatics still includes the declared goal of European integration. Following the unexpected window of opportunity created by the Russian Imperialist war, Georgia, Ukraine, and Moldova have applied for EU membership; however, only Georgia [failed](#) to secure the candidacy.

The [European Commission](#) has clearly stated the reasons hampering Georgia’s European path. Oligarchic capture of the state and society features prominently in the list (so-called “12-point plan”). However, the GD regime has been doing [little](#) to address the EU’s concerns substantively. Instead, they have repeatedly stated that Georgia “has been punished” for [not joining the war](#) in Ukraine. Therefore, the GD leaders argue, if Georgia fails to secure the candidacy due to the follow-up review in 2023, this will also be due to the “[political decision](#)” punishing Georgia.

GD regime’s carelessness against the prospect of failing central national aspiration of European integration (incorporated into the Constitution of Georgia by the

GD constitution-amending majority itself) demonstrates that the EU's "soft" power fails to affect the regime behaviour significantly. This behaviour is altogether curious, considering that the prospect of accelerated candidacy and eventual membership is the highest soft power the EU could project to aspirant countries like Georgia.

### Foreign agents' bill-exposing the limits of the EU's soft power in Georgia

European concerns regarding the foreign agents' bill promptly appeared, and it is clear to the GD regime that passing this legislation will block Georgia's European path. However, "so be it" is their apparent response. Furthermore, the GD chairman even lists the EU as one of the malign sources of influence foreign agent legislation intends to counter, blaming that the EU finances polarization in Georgia. GD regime's readiness to defy the EU in the name of "sovereignty" clearly signifies the diminished EU soft power.

However, it has not occurred overnight and has been observable for at least two years. The EU institutions intensified wielding soft power tools in 2021 when the GD regime delivered a spectacular slap against the EU's high-profile efforts to solve Georgia's institutional and political crisis. In the summer of 2021, GD unilaterally quit the so-called "Michel deal", which ended an impasse caused by the contested 2020 parliamentary elections. By annulling the "Michel deal", the regime had forgone the essential reform commitments taken in that document, including the crucial judiciary reforms. Against its previous commitments, GD and its subservient judiciary elite, nicknamed "clansmen", had finalized the packing of the Supreme Court.

The EU immediately deployed aid conditionality and froze the tranche of financial aid due that year. GD regime has declared that it no longer needs financial assistance, foreshadowing the current approach towards the possible repeated failure to secure EU membership candidacy.

Two years ago, writing for this blog, among other pleas, this author argued for a more robust deployment of the EU's soft power tools to counter the authoritarian slide in Georgia perpetrated through the abuse of the ROL. After two dramatic years, having witnessed part of that policy implemented by the EU fail, it is high time to

revisit the original argument and inquire where it went wrong. The argument for the projection of soft power proved wrong not because it was unfounded or inconsistent but rather due to the wrongness of some of its underlying assumptions.

The primary underlying assumption that no longer holds is that it would be unbearably costly for the GD regime to defy overwhelming popular support for European integration overtly and that it would serve as a powerful internal constraint to respond to increased projection of the EU's soft power. Possibly, the original assumption that the preferences of society and the right soft power incentives from the outside would effectively constrain the GD regime overlooked the peculiarities of illiberal regimes like Georgia. Being Plebiscitarian Leader Democracies, such regimes cancel the agenda-setting powers of the citizenry. The leader ultimately sets the agenda and preferences in a public sphere distorted by the regime's dominance and rampant propaganda.

Even in the case where the regime does not fully succeed in altering social preferences, it has other options to sidestep them. For example, the GD regime has, over the years, worked out and succeeded in a strategy to defy strong popular preferences to the contrary and accommodated the aggressor state Russia, the policy named by leading Georgian political scientists as "bandwagoning by stealth".

Therefore, it is doubtful that the prospect of gaining EU membership candidacy in 2023 will deter the GD regime from enacting the bill on foreign agents into law and going further down the autocratization path.

### Conclusion

While soft power had been a dominant factor for much of the EU-Georgia relations, there is growing evidence that it no longer is the case. Moreover, the dialogic approach accompanying the soft power policy assumes the bona fide disposition of the parties. It, therefore, is high time for all the stakeholders, especially in the EU, to realize that the GD regime in Georgia does neither believe nor practice what it more and more reluctantly preaches – the commitment to European values and Georgia's European integration.

Anja Bossow

# Shamima Begum's Banishment is a Threat to Us All

doi: 10.17176/20230310-185206-0



Two weeks ago, the British Special Immigration Appeals Commission (SIAC) [rejected Shamima Begum's appeal against the Home Secretary's decision to deprive her of citizenship](#), dealing the latest blow in her on-going battle to regain her status. SIAC's choice to uphold the Home Secretary's deprivation decision is not just blatantly unjust, unfairly punishing a victim of child trafficking, but also indicates a dangerous decline in the UK's commitment to the rule of law.

## An Appeal That Shouldn't Have Been Hers To Lose

Begum's lawyers provided no less than 9(!) grounds of appeal, with several of them invoking her alleged status as a victim of child trafficking to contest the lawfulness of her deprivation decision. Importantly, the Commission found credible suspicion that Begum was, in fact, trafficked to what was then ISIS controlled territory within Syria for the purpose of sexual exploitation. However, this alone was not weighty enough to allow her to regain her citizenship. For one, her meeting the credible suspicion standard was insufficient to establish a breach of the UK's investigative or protective duties towards her under Article 4 (prohibition of slavery) of the European Convention of Human Rights. The latter is binding upon public authorities in the UK pursuant to section 6 of the 1998 Human Rights Act (which the Conservative government also seeks to rid itself from). The Commission reasoned that to succeed with her section 6 claim, Begum had to prove that it was the exercise of the deprivation power that breached her rights under Article 4, as a "credible suspicion that she was trafficked does not, in and off itself, amount to a violation of Article 4 [para 227]." However, the Commission declined to find a "direct, obvious and essential nexus between the exercise of an admittedly wide discretionary power and the postulated breach" of Article 4 [paras 228, 238]. It is important to emphasize that Begum's lawyers had provided the Commission with plenty of arguments to supply this link; yet it chose not

to endorse these.

Nor did failure to consider (let alone attribute any weight to) her status as victim of child trafficking or the impact of her *de facto* statelessness render the Home Secretary's deprivation decision an abuse of discretion. SIAC emphasized that the Home Secretary's discretion in deprivation cases is *extremely* broad, with Parliament choosing not "to specify any of the factors that the Secretary must take into account in the public interest" when making a deprivation decision [para 253]. As such, it was for the Secretary alone to decide what is in the public interest and how much weight to give to certain factors [para 260]. He was thus not "required to make a formal judgment about trafficking with all the consequences that would flow from that, or, indeed, to take into account a credible suspicion that the individual may have been trafficked [para 255]." Nor did he have to attribute weight to the impact of her statelessness following the deprivation decision, even though the Commission concluded that he had taken account thereof [para 305].

SIAC also rejected Begum's contention that the deprivation decision was procedurally unfair because she was not afforded the opportunity to make representations prior to the decision being made, pursuant to the statutory framework that governed her case. Importantly, SIAC accepted that common law fairness required such opportunities in general. Yet, even though Begum therefore won on the point of principle, the Commission found this alone insufficient to allow her appeal. Rather, she also had to show that the failure to provide her with an opportunity to advance prior representations would have made a practical difference to the outcome in her particular set of circumstances [para 344]; something the Commission was not satisfied was the case [para 349].

Finally, the Commission gave short shrift to arguments that challenged her deprivation for violating a public sector equality duty under the 2010 Equality Act and for being disproportionate under Article 8 of the ECHR.



As regards the former, it held that the relevant provision did not apply to Begum's deprivation decision due to a general, statutory exemption for public authorities acting proportionally and for the purpose of safeguarding national security [para 389]. Concerning the Article 8 claim, SIAC noted that following the Supreme Court's assessment of ECtHR jurisprudence, only arbitrary citizenship deprivation could give rise to an Article 8 claim, and that Begum's deprivation was not arbitrary. "The rule of law," it posited, "had been applied to Ms Begum's case" [para 405].

### Discretionary Citizenship Deprivation as a Threat to the Rule of Law

This should strike us as a rather troubling conception of what the rule of law amounts to. Indeed, contrary to SIAC's confident declaration, arguably one of the most concerning features of the case is the clear abrogation thereof. To be sure, the Begum saga can be criticized for a whole litany of reasons. For one, the Courts not only waived through but actively helped the government succeed in its attempt to wash its hands of its own failure to protect an underage, vulnerable girl from being trafficked into sexual exploitation. This was possible, in part, because Begum's rights, whether as a victim of trafficking, as a citizen, or simply as a human, were consistently reasoned away, downplayed, and ultimately dismissed on the basis of overly formalistic legal reasoning and an outsized degree of deference to the national security apparatus. Thus, what ultimately drove SIAC's rejection of Begum's appeal was the fact that the exercise of the deprivation power, and the national security assessment underpinning it, ought to be subject to only very light touch review according to public law, as opposed to human rights law principles.

Under the UK constitutional framework, these days only the latter necessitates the more searching and exacting proportionality test in reviewing governmental action. By contrast, review according to public law principles deploys a more deferential and more easily met standard of irrationality or unreasonableness. Moreover, the Supreme Court has stipulated that cases involving national security assessments also [require special deference to the decision-maker on grounds of both institutional and constitutional competence](#). As a result, the Home Secretary's assessment of what national security requires can

outweigh even the most fundamental procedural and substantive values that usually serve to determine the permissible bounds of executive power. Thus, the "devastating impact" [para 302] and "draconian" [para 304] nature of Begum's *de facto* statelessness was not enough for the Supreme Court to warrant the limitation of discretion exercised in the name of national security. Nor did it take issue with the evident due process concerns that permeate the deprivation process as a whole. [Quite to the contrary, the UK Supreme Court explicitly endorsed the idea that national security concerns can justify weaker procedural rights.](#)

All of this indicates that the damage this saga has wrought goes beyond the injustice inflicted upon Begum herself (though this is significant and should not be ignored or forgotten). Despite repeated statements to the contrary, [national security now constitutes a trump card](#), which if played in the judicial arena, appears to eradicate the possibility for meaningful scrutiny, let alone limitation, of the exercise of executive discretion. This is so even in cases where rights as fundamental as citizenship are at stake. The idea that governmental decision-making ought to be liberated from even the most basic requirements of the rule of law (e.g. basic due process) when national security is at stake has had sustained support since the War on Terror was first declared some 20 years ago. The Begum saga evinces not only how entrenched this belief has become within the UK judiciary, who has consistently chipped away at rights protections in national security cases citing the need for deference. It also demonstrates how dangerous it really is, not just to the protection of fundamental rights but also to the broader constitutional framework designed to safeguard liberal democratic values.

It bears repeating, in this regard, that [contrary to what the Home Office believes](#), citizenship is not a privilege but a fundamental right. There are plenty of reasons this is the correct view, not least citizenship's material significance to its holder and the concept's deep connection to liberal democracy's commitment to equality, liberty and dignity. For better or for worse, it remains the case that we confer a bundle of rights on the basis of citizenship. These are necessary to ensure that individuals subject to a government's coercive power are treated on the basis of equality and respect. This is why Hannah Arendt called citizenship the right to have rights, and it is why the idea of treating citizenship as a privilege to be traded off when-

ever it might be “conducive to the public good” should strike us as noxious. [As critical scholars have repeatedly made clear](#), it turns citizenship from a fundamental guarantee of equal status into a disciplinary device that serves to dangerously increase arbitrary government power vis-à-vis a particular, often already dominated, class of individuals.

There is a popular misconception that the reasons we have for treating citizenship as a fundamental right also means we should treat it as absolute or non-derogable. This need not be so. To consider citizenship a right does not mean its deprivation can never be justified. After all, we permit deprivation of rights for several reasons, most importantly for the purpose of punishment. It is not immediately clear whether citizenship should be beyond the scope of permissible punishment, in the same way as, say, our right against inhuman and degrading treatment is. While this is the stance the [US Supreme Court has taken on the issue](#), there are [forceful arguments to the contrary](#), and its view remains an outlier as a matter of comparative law. For example, Israel and Australia’s Supreme Court reached the opposite conclusion, just last summer. Yet, we need not insist on rendering citizenship an absolute right to understand why the UK’s citizenship deprivation model, and the judicial endorsement thereof, is so pernicious and corrosive of its broader system of liberal democratic, constitutional governance.

Following the decisions in Begum’s case, it is clear that citizenship can be deprived on the sole basis of the Home Secretary’s entirely discretionary, personal and ultimately non-transparent decision that to do so might be “conducive to the public good”. They are free to disre-

gard considerations that, in reality, ought to be central to determining the permissible bounds of governmental discretion. Not just that, the Deprivee can also be denied both comprehensive and meaningful due process rights that would enable the contestation of such a decision, both before and after it is made. And even if the individual succeeds in bringing an appeal - and I should stress how difficult this is in practice - it appears now that, save some extremely unusual circumstances, it is almost impossible for SIAC to declare the deprivation decision an unlawful or unreasonable exercise of governmental discretion under public law principles. This is so even where this leads to statelessness, [a condition that ostensibly at least is still “deplored by the international community of democracies”](#).

All of this should strike us as a radical conception of executive power and a dangerous devaluation of fundamental rights, both of which should be untenable in a state committed to the rule of law. This is the case even if we believe that governments should have some latitude when it comes to defending their national security interests. Latitude is not the same as granting the government a blank cheque to do as it pleases the minute it decides for itself that national security might be implicated. Yet this is precisely what the Courts have done in Begum’s case, and following the failure of her appeal, those coming after her. SIAC introduced its decision by noting that what was at stake in this case were fundamental rights and the rule of law. Instead of vindicating them, it contributed to their abrogation.

Devyani Prabhat

# The Begum Case: Why Ministerial Discretion Precludes Human Rights Issues



doi: 10.17176/20230316-185155-0

In recent years, cancellation of British citizenship has become a high-profile issue. This is not least because of the case of Shamima Begum, and the unusual media frenzy surrounding it. Begum, who left the UK as a 15-year-old British schoolgirl for Syria in 2015, was found in a camp in Syria four years ago. The Home Secretary removed her British citizenship soon thereafter, arguing that she has eligibility for Bangladeshi citizenship, and would not be left stateless without British citizenship. After protracted litigation surrounding a number of preliminary issues, three weeks ago, Begum lost her appeal in front of the Special Immigration Appeals Commission's (SIAC). Despite media interviews with Begum who is now an adult, the legal issues of her appeal actually concerned the nature of her conduct as a 15-year-old child. In particular, it turned on whether her travel to Syria should be treated as a case of child trafficking, and the impact this classification would have on issues of conduct that underpinned the Home Secretary's decision to deprive her of citizenship.

The SIAC's refusal to allow her appeal is remarkable for the nearly unlimited degree of discretion it appears to grant the Home Secretary in cancellation cases, even where human rights are at stake.

## The UK's Framework for Cancellation of Citizenship

Cancellation of citizenship is quite easily done in the UK as it is carried out by a simple executive order (Home Secretary's order). There is no judicial oversight at the point of cancellation, nor do affected individuals receive an opportunity to make representations prior to the decision being made. Indeed, at times, the person affected does not even have to be notified of the order. Moreover, challenging a deprivation order is difficult. Appeals are only possible after the order comes into effect at which point cancellation will have already taken effect. Most people are outside the country when their citizenship is cancelled and are therefore unable to attend any legal challenges to the cancellation. Even when a per-

son does appeal, their appeal is heard in a special court, (the aforementioned SIAC). The SIAC holds closed proceedings when required in national security interests and gives closed judgments where national security related material is involved. Special advocates provide legal support to appellants, but they only share the gist of the case with their clients and cannot take instructions once they have had access to any sensitive material.

It is within this rather opaque setting that Begum's case, like most cancellation appeals, has been heard. She had been stripped of her citizenship while outside the country and thus first sought permission to enter to be present at her appeal. This permission was denied by the Home Secretary, and she litigated the impact of this decision on her ability to instruct her lawyers and participate in her trial, arguing that it violated her fair trial rights. She lost that round of litigation in 2022 when it went up all the way to the Supreme Court. Earlier than that, she had also lost a challenge to the cancellation on the ground that it would leave her stateless because the court found she held Bangladeshi nationality (through eligibility provided by Bangladeshi legislation), despite Bangladesh's assertion to [the contrary](#).

In the earlier litigations, courts (with the notable exception of the court of appeal on the fair trial issue) held that rights considerations for Begum would not mean the courts would step in to reconsider the original decision made by the Home Secretary. The latest case turned both on her status as a victim of trafficking and the fact that she was a child at the time she left for Syria. This time too, the SIAC did not think that the issues of trafficking gave grounds to challenge the exercise of discretion by the Home Secretary.

## When National Security Trumps Human Rights

A common thread that runs through these decisions is a view that Section 40 of the British Nationality Act authorises the Home Secretary to make an order stripping

someone of citizenship with wide latitude as to what is conducive to the public good. In these kinds of cases the Home Secretary assesses what is a threat to national security and then decides whether to cancel citizenship or not. In the UK ministers are given decision making authority based on their collective responsibility to Parliament. There is considerable weight placed on their superior knowledge and expertise on the issues they oversee. In reality, despite the legal fiction of ministerial responsibility to Parliament, the Home Secretary is assisted by an entire administrative machinery such as staff and bureaucrats who support the Home Office and is unlikely to have individual oversight over all facts and personnel.

In most national security matters the Home Secretary is given wide discretion, with the judiciary applying only a very light touch standard of review. However, section 6 of the Human Rights Act 1998 requires courts and tribunals to act compatibly with the rights found in the European Convention on Human Rights. As a result, when rights are impacted courts usually apply the more searching proportionality analysis when reviewing ministerial discretion, examining both whether rights were considered and attributed appropriated weight by the decision maker. An example of how this operates is seen in immigration law where a person may challenge their deportation from the UK on the basis of their right to a private and family life (Article 8 of the ECHR, for example: House of Lords in *Huang* [2007] UKHL 11 on Article 8 and proportionality). Courts try to determine through proportionality analysis whether individual rights are sufficiently protected.

While proportionality analysis is about the balance of factors, in the context of Begum's appeal, it was possible to engage in a deeper analysis of the Home Secretary's decision making. Appellate courts (such as the SIAC) are not confined by the relatively narrow standards of review of decision making that ordinarily apply in judicial review proceedings. Instead, they can undertake what is called a "full merits review" of a case. While this does not empower them to simply substitute their own views for those of the decision maker, they should actually examine how the rights components as well as other relevant information formed a part of the original decision. In light of this, the SIAC's reluctance to narrow down the Home Secretary's ministerial discretion in Begum's case despite serious concerns about statelessness, issues of fair trial or, (as in the latest round), trafficking issues, is greatly surprising.

## Implications for Trafficking Victims and Equal Citizenship

In cancellation of citizenship cases, the Home Secretary's assessment turns on an individual's conduct. However, it is unclear what circumstances, including potential mitigating factors, the Home Secretary should consider when exercising their discretion. Trafficking as an issue was unprecedented in a national security case in the SIAC until the Begum case. The court found there was trafficking, noting that "...there is a credible suspicion that Ms Begum was recruited, transferred and then harboured for the purpose of sexual exploitation [para 219]." It seems to logically follow that trafficking of a minor is a very significant issue, especially while evaluating conduct supposedly justifying the deprivation decision. In Begum's case, the SIAC also found that trafficking was not actually considered relevant by the Home Secretary who decided to strip Begum of her citizenship. But it appears that in the eyes of the SIAC trafficking is simply not relevant once there is a national security threat to be assessed. The Begum case may leave other victims of trafficking now with no recourse to justice. However, Begum's lawyers have already indicated that the case will go through another set of appeals, and the trafficking issue means the case may even go before the European Court of Human Rights in Strasbourg. The European Court of Human Rights is likely to give much deeper consideration to the issues of trafficking which are important for understanding recruitment of participants including children in conflict areas.

Another implication of Begum's case is that anyone with any other national connection is now at greater risk of losing their British citizenship and becoming effectively stateless. The situation raises concerns amongst naturalized citizens and other second-generation migrants born as British in terms of their legal status in the country. The SIAC noted in its decision that "...many right-thinking people in this country's Muslim communities (and beyond) feel that they are being treated as second-class citizens, and/or that their welcome is somehow contingent. The Commission has received a considerable body of evidence on that topic, and it raises important issues. It is not an answer to that concern to say that the Secretary of State has paid regard at a general level to inter-community relations or was given advice that the deprivation of Ms Begum was strongly supported by

a majority of public opinion [para 397].” It then says that it has seen closed evidence that such an issue has been duly considered by the Home Secretary [para 398]. In the end, it is this sleight of hand between closed and open evidence which appears to leave Lady Justice a mere stage prop in the theatre of justice. There is no way for ordinary citizens reading this decision to decide for themselves whether inter-community relations have been considered and minority rights protected.

Citizenship deprivation remains a power to abandon citizens at will. It is a dangerous power and one which undermines equal citizenship because of the manner in which it almost exclusively affects minority ethnicity nationals. Left unscrutinised, it is a serious threat to democracy.



David Owen

# What is the Point of the UK's Illegal Migration Bill?

doi: 10.17176/20230311-065230-0



The introduction of the *Illegal Migration Bill* to the UK Parliament appears to be the latest outburst of the Conservative government's increasing hysteria with respect to the small boat crossings of the Channel in which Brexit-released fantasies of post-imperial sovereign power are acted out in the form of half-baked legislative proposals. The politically inconvenient fact that most of the 15% of asylum seekers who reach UK territory in this way are found to have legitimate asylum or protection claims seems to be a particular source of rage with a leaked Conservative Party email to party members under Suella Braverman's name blaming "an activist blob of leftwing lawyers, civil servants and the Labour Party" for boat crossings, which at least suggests she knows her audience. This is "Build the Wall" for an island nation and, like Trump's project, its primary value is as a fantasy object rather than a practical project.

## Promises of an Asylum Ban

Taken at face value, the current Bill proposes to do four main things:

1. It gives the Home Secretary the power to detain anyone who enters the UK by irregular or non-legal means such as small boat crossings or stowing away in a lorry having come from a safe country (e.g., Albania) or who has passed through what is deemed to be a safe country where asylum could have been claimed (e.g., France). They are to be detained without bail or judicial review within the first 28 days of detention, and such detention may be continued beyond this period so long as the Home Secretary judges that a reasonable prospect of removal is available.
2. It places the Home Secretary under a duty to ensure removal of all those so detained (with the excepti-

ons of children under the age of 18, persons seriously ill who are judged medically unfit to fly, and individuals at real risk of serious and irreversible harm in the country to which they are presumptively being moved) to a safe country which is either their own (e.g., Albania) or a third country (e.g., Rwanda).

3. These powers of removal will apply irrespective of whether the irregular entrant makes an asylum claim, a human rights claim, a claim to be the victim of human trafficking or slavery, or an application for judicial review. Appeals are generally to be made from the safe country to which the applicant has been removed.
4. Anyone rightly so removed will be subject to a life ban from entry into the UK.<sup>1</sup>

Apart from granting the Home Secretary even more scope for arbitrary decision-making, probably the most important legal effects of the Bill are the duty to remove and that it would make asylum claims by irregular entrants "inadmissible". This is an asylum ban for those who have no realistic legal route to the UK (that is effectively everyone who is not covered by a "bespoke" scheme such as those for Ukraine, Hong Kong and, in some dysfunctional sense, Afghanistan).<sup>2</sup> The spurious rationale for such draconian methods is that this is the only way to break the smuggler's business model. (In this respect it has parallels with the EU's self-serving excuses for facilitating asylum seekers being returned to sites of appalling human rights abuse in Libya.)

For all these reasons the UNHCR's statement on the UK Bill is untypically **sharp in tone**:

*UNHCR, the UN Refugee Agency, is profoundly concerned by the asylum bill introduced by the UK Government to the House of Commons*

<sup>1</sup>For a preliminary legal analysis of the Bill, see: <https://freemovement.org.uk/what-is-in-the-illegal-migration-bill/>.

<sup>2</sup>The UK does have a very small resettlement program but this is unlikely to be a realistic option for most asylum seekers with genuine connections to, and good reasons to wanting to claim asylum in, the UK.

today. In its current form, the Bill compels the Home Secretary to deny access to the UK asylum system to those who arrive irregularly. ... The legislation, if passed, would amount to an asylum ban – extinguishing the right to seek refugee protection in the United Kingdom for those who arrive irregularly, no matter how genuine and compelling their claim may be, and with no consideration of their individual circumstances. ... This would be a clear breach of the Refugee Convention and would undermine a longstanding, humanitarian tradition of which the British people are rightly proud.

This objection is not one which will carry any weight with the current government; on the contrary, it may be helpful to the ideological fight that this Bill is attempting to provoke and to situate on ground of the Conservative Party's choosing.

### It's Policy Jim, But Not As We Know It

If we think about the Bill as if it a genuine attempt at practical policy-making, we would immediately confront the fact that it will face a number of legal challenges as well as practical challenges since it is currently unworkable. The most obvious practical challenges arise from the fact, first, that detaining anything like current numbers of irregular entrants claiming protection would require at least a 400-500% increase in the UK detention estate and, second, that the UK does not have adequate returns and removal agreements in place to carry out the proposed policy. And such agreements are hard to secure at the levels likely to be required (as the EU is also discovering). In the absence of such agreements, the proposed law is liable to produce bizarre effects as Jon Featonby of the Refugee Council [has noted](#):

*One of the rather perverse implications of the new asylum bill is that the Home Office will end up indefinitely accommodating and supporting people whose asylum claims they could refuse and then return if they actually processed their claim. Because someone's claim would be automatically inadmissible, it won't actually be processed. But unless they're from a list of*

*EU+ countries, they can't be returned to their own country. Without 3rd country agreements, they'll then stay in the UK, but the Home Secretary has barred herself from considering those claims. So even if someone doesn't have a strong asylum claim, could be refused and then returned to their own country, that won't be able to happen. But they will have access to support and accommodation in the UK.*

In terms of law, Joshua Rozenberg has suggested that the fact that such a law would deem asylum claims by irregular entrants "inadmissible" may be a breach of Art.34 of the ECHR, and a former government lawyer Jonathan Jones has commented "The government itself accepts the bill may well breach a whole toxic soup of ECHR rights (life, torture, slavery, fair trial, detention, family and private life, discrimination, right to a remedy)."<sup>3</sup> It is presumably this point which led Suella Braverman to acknowledge, as she is legally bound to do under the Human Rights Act 1998, that the proposed law may be incompatible with ECHR but that the government wishes to proceed with it anyway.

But the Bill is not primarily a genuine attempt at serious policymaking, its primary role is to be the vehicle of sovereign fantasies for voters and of political traps for the Labour Party.

### Mobilizing Sovereign Desires

What is happening here is that the Conservative Party are shifting into (long) campaign mode. The next UK General Election must be held no later than 24 January 2025. It strikes me as somewhat unlikely, given the legal and practical challenges of the policies proposed in this Bill, that it is likely to be fully practically implemented prior to whenever the next General Election is held; but if it is the law and an adverse ECHR ruling is made, the government will drag their feet on compliance until the election. This matters because, unless something dramatic changes, the Conservative Party expect to lose that election and are desperate to retain as many seats as possible. From this perspective, the Bill has an important performative role in providing the Conservatives with a populist instrument through which to whip up anti-immigrant sentiments and to make electoral hay of the claim that

<sup>3</sup>Both cited in <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/mar/08/what-are-the-legal-obstacles-faced-by-the-uks-migration-bill-suella-braverman>.

the Labour Party are unwilling to take the hard decisions needed to bring UK borders under control. Because the Bill cultivates the illusion that the UK government can control its borders, but only if it is prepared to bite certain human rights bullets, it serves the useful ideological role of trying to lock the Labour Party into a political dilemma: *either* it argues that there cannot be any effective regulation of asylum flows to the UK without significant levels of international cooperation which, despite being true, is a tricky argument to present politically in post-Brexit Britain *or* it is constrained to move in the direction taken by the Conservatives but will inevitably appear as a weak, half-hearted version of this stance.

At the same time, all of this also serves to portray human rights as a threat to British rights and that is an additional benefit. By trying to make the issue of 'small boats' into the site on which human rights are debated, the Conservatives are trying to mobilise the desires and wishful thinking of Brexit supporters (to whom they have delivered less than nothing of the benefits promised) and trap the Labour party into defending human rights on a ground of the Conservatives choosing. The relentless government and media framing of those crossing the channel in small boats as 'illegal immigrants' (borrowing a Salvini trope) has created public mistrust towards the

channel-crossers as 'queue-jumpers' (adopting an Australian trope) despite public support for refugees remaining positive, this makes it fertile ground for Conservative fantasy-making.

The Conservative Party do not intend (I think!) to abandon the ECHR, not least because it is integral to the Good Friday Agreement as well as continuing agreements with the EU. But for their political purposes, they do not need to abandon it, they simply need to cultivate resentment against yet another form of 'European' interference and continue the fantasy that human rights are a fundamental threat to the sovereign rights of the British people. This performative populism is not without political risks but, given opinion polls over the last several months, it may be that the Conservatives feel that there is little to lose. That they will further weaken the right to seek asylum and refugee protection is not a politically significant consideration for them any more than it has been for a number of other governments (e.g., Australia, Italy, USA) who have gone down this road in the past and from whom the UK government has chosen to borrow and learn.

#### *Acknowledgements*

*I am grateful to Chris Bertram, Phil Cole, John Denham, Matthew Lister, Simon Nicholson, and Colin Yeo for quick and very helpful comments on an earlier draft.*

Sophie Duroy

# Big Brother is Watching the Olympic Games - and Everything Else in Public Spaces



doi: 10.17176/20230322-185302-0

The French National Assembly is currently debating the [law on the 2024 Olympic and Paralympic Games](#). Despite its name, the law has more to do with security than sports. In particular, Article 7 of the law creates a legal basis for algorithmic video surveillance, that is, video surveillance that relies on artificial intelligence to treat the images and audio of video surveillance cameras in order to identify human beings, objects, or specific situations. In other words, video surveillance cameras in France's public spaces would now be able to identify you and detect if your behaviour is suspicious. Admittedly, this is already the case in several French cities (for instance in [Toulouse](#) since 2016) and in some railway services, but without any legal basis.

France is infamous for its attachment to surveillance, with the highest administrative court even deciding to [ignore a CJEU's ruling](#) concerning its mass surveillance measures on the ground that the protection of national security is part of the "national identity" of the country. However, Article 7 represents a major step in the direction of general biometric mass surveillance and should be of concern to everyone. In fact, the risks posed by AVS are so high that the current discussions on the [European Regulation on Artificial Intelligence](#) envision a formal ban.

The legal basis for AVS provided by Article 7 of the new French law is especially worrisome from two perspectives. First, it would legitimise a practice that is in violation of France's human rights obligations. Second, adopting this law would make France the first EU member state to grant a legal basis to algorithmic video surveillance (AVS), thus creating a worrisome precedent and normalising biometric mass surveillance.

## Background

The French government already unsuccessfully tried to include the authorisation of AVS in its 2021 law on '[Global Security](#)' and in a more recent programmatic law con-

cerning the ministry of interior ([LOPMI](#)). The bill on the Olympic and Paralympic Games was introduced in Parliament by the French government on 22 December 2022 and subjected to an accelerated procedure. It was adopted by the French Senate on 31 January 2023, and brought before the National Assembly on 10 February 2023. Following a [commission reading and amendments](#), a plenary debate and vote began on 20 March 2023.

The current political and social tensions regarding the [pension reform](#), forced through Parliament in the same timeline, have left little visibility to this other bill. Nevertheless, both [La Quadrature du Net](#) and an [open letter](#) signed by 38 European civil society organisations have attempted to raise attention to the bill in order to mobilise support against Article 7.

On paper, Article 7 appears more innocuous than it really is. Indeed, its first paragraph clearly states that AVS is to be used only for purposes of experimentation, until 31 December 2024 (originally 30 June 2025), and that its sole aim is to "ensure the security of sporting, recreational or cultural events which, because of the scale of their attendance or the circumstances in which they take place, are particularly exposed to the risk of acts of terrorism or serious threats to the safety of individuals". It also explicitly states that the algorithmic processing of data "shall not use any biometric identification system, process any biometric data or implement any facial recognition technique". I will come back to these two points throughout the blog, looking first at the purpose and aim of AVS in light of France's human rights obligations, and then at the effect of the bill with regard to the normalisation of biometric mass surveillance.

## Article 7 and France's Human Rights Obligations

AVS clearly constitutes an infringement on the right to privacy and on freedom of assembly and association. It also has a chilling effect on many human rights. As high-

lighted by the former UN Special Rapporteur on Counterterrorism and Human Rights, privacy also serves as a basis for other rights, meaning that freedom of expression, association, and movement all require privacy to be able to develop effectively. Knowing that one is constantly subjected to algorithmic-driven surveillance necessarily leads to inhibitions due to (legitimate) fears of being identified, profiled, discriminated against, and possibly wrongfully prosecuted. Indeed, surveillance measures regularly lead to wrongful arrests, failures of due process and miscarriages of justice, therefore affecting the rights to liberty and security of the person, to a fair trial, and to be afforded due process. Finally, the biases embedded in algorithmic-driven mass surveillance are serious and have been evidenced in many contexts, including counterterrorism. Its use may thus also be in breach of the right to non-discrimination.

When it comes to the right to privacy and freedom of assembly an association, human rights courts and bodies have established a [four-part proportionality test](#) that must be passed for restrictions to these rights to be lawful. The restriction must be in accordance with law; pursue a legitimate aim; be necessary; and be proportionate in the strict sense.

Article 7 would undoubtedly provide a legal basis for the use of AVS (in contrast with its current use in France that is devoid of any legal basis and, as such, is clearly unlawful under international human rights law). The aim pursued will likely be recognised as a legitimate one, since the protection of national security and public order figure in the listed aims able to justify restrictions to the rights at stake. The issues therefore lie further ahead, with necessity and proportionality.

Necessity implies the need for a combined, fact-based assessment of the effectiveness of the measure with regard to the aim pursued and of whether it is less intrusive compared to other options for achieving the same goal. Relatedly, proportionality in the strict sense requires that the advantages resulting from the measure should not be outweighed by the disadvantages the measure causes with respect to the exercise of the fundamental rights.

It bears emphasising here that the burden of proof is on the government. In other words, the government must demonstrate, using appropriate data and evidence, that AVS is both effective and the least intrusive measure to effectively secure national security and public order. Furthermore, the government will need to show that the re-

strictions upon the right to privacy and freedom of assembly and association are outweighed by the benefits of AVS. Such justifications are currently missing from both the law and the public discourse surrounding it. Ironically, they are also missing from research. The effectiveness of video surveillance to counter national security threats has never been demonstrated and, with regard to common crimes, it is [more than doubtful](#).

Further, [terrorism's extremely low base rate](#) means that [false positives are the norm](#). In fact, using facial recognition software would lead to the correct identification of a terrorist in less than one case out of a thousand, meaning that 99,91% of the terrorists identified by facial recognition are actually not terrorists at all ([Schulan](#), Table 2). Since AVS and facial recognition are based on the same image analysis and biometric surveillance algorithms (the former isolates and recognises bodies, movements or objects, while the latter detects a face), this finding is particularly concerning.

In the context of France's use of AVS, the algorithm will identify people as 'suspicious' based on what humans have taught it are behaviours or physiological features associated with national security threats. However, because these national security threats are so rare, the algorithm will flag, for the vast majority, individuals who are not posing any threat. The discriminatory aspects of the measure are obvious. People belonging to racial, ethnic, and religious minorities and marginalised people (for instance, standing immobile for more than 300 seconds – a common behaviour for homeless people – is considered suspicious) are the most likely to be flagged as risky, meaning they will be overly targeted, policed, and stigmatised as a result. Deep learning will then only perpetuate the biases and fallacies embedded in the original algorithm.

Moreover, as emphasised by the [open letter](#), there is a strong case to be made that AVS threatens the very essence of the right to privacy and data protection, hence rendering the proportionality analysis unnecessary.

## Normalising Biometric Mass Surveillance

Despite the statement contained in the law that AVS will not “use any biometric identification system, process any biometric data or implement any facial recognition technique”, its very functioning implies the collection and processing of biometric data. Biometric data is defined in the [General Data Protection Regulation](#) (GDPR, Art. 14)



as “personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person”. As emphasised by the [open letter](#), it would be impossible to detect suspicious events in public space without collecting and processing the physical, physiological and behavioural features of the individuals present in the public space. The effectiveness of the system further rests on the possibility to isolate individuals in a crowd, thereby leading to their “unique identification” – regardless of whether their name or ID number is known. Hence, Article 7 constitutes an effective legalisation of biometric mass surveillance.

In addition, while the use of AVS is presented as an experiment in the law, experience and research clearly show the strong lock-in and mission creep effects of national security measures. The French experience in this regard is enlightening. The proclamation of a state of emergency on the night of the attacks of 13 November 2015 was followed by six prolongations, leading the state of emergency to last until 1 November 2017 – just short of two years. However, this termination was only made possible because most of its measures were, in the meantime, [codified into ordinary law](#), so as to apply outside any declared state of emergency. France’s struggles to exit the state of emergency, and its exit mostly in name, illustrate well how the fear of future threats to national security justifies the continued strengthening of national security measures, ultimately rendering governments incapable of restoring the rights and freedoms they have sacrificed in its name.

Furthermore, both the [Council of State](#) and the [Constitutional Council](#) found it lawful and constitutional, respectively, to apply the administrative measures (in particular house arrest) authorised by the state of emergency, proclaimed due to the risk of terrorist attacks from

the Islamic State, to climate activists during COP21 in December 2015. In other words, the declared purpose and aim of national security measures do not bind the government. When a measure is considered lawful, it can be lawfully used beyond the original objective justifying its authorisation. Hence, the fact that AVS is presented as necessary to secure the Olympic and Paralympic Games (as well as other events of a similar scale) should not constitute a guarantee that it will not be used outside this scope. On the contrary, experience shows that the most likely scenario is that of AVS being used to identify all types of criminal behaviour, in all public spaces. France would, in this regard, join other states that have used sporting events to test and make acceptable surveillance technologies. These include Russia, China, and Qatar.

## Conclusion

With the law being currently debated in Parliament and the possibility of a Constitutional Council review before promulgation, it is still too early to know whether France will join Russia, China, and Qatar in using sporting events to boost its surveillance apparatus. However, it is not a coincidence that the French government, after two unsuccessful attempts, is now using a bill on the Olympic and Paralympic Games as a pretext to authorise AVS. The scale and demands of the Olympics, like states of emergency, allow for the normalisation of the exceptional. In other words, “it is not surveillance technologies that serve the Olympics, but the opposite. They entail the opportunity to advance a political and economic agenda that requires surveillance mechanisms to be as effective, widespread and accepted as possible” ([Viegas Ferrari](#) p. 92). What remains to be seen is whether France’s attachment to its surveillance capabilities is higher than its commitment to European rule of law and fundamental rights values.

Daniel Holznagel

# Politische Werbung und Desinformation

Will die EU politische Jedermann-Tweets de-amplifizieren?

doi: 10.17176/20230313-185244-0



Zum Verordnungs-Entwurf der Europäischen Kommission über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung (COM(2021) 731 final) liegt inzwischen die [Gemeinsame Ausrichtung](#) des Rats der Europäischen Union als auch die [gemeinsame Position](#) des Europäischen Parlaments vor. Nun beginnen die abschließenden Trilog-Verhandlungen.

Aufhorchen lassen Stimmen aus der Zivilgesellschaft, die eine zu weitgehende Erfassung auch privater oder unabhängiger politischer Meinungskundgabe fürchten (z.B. [hier](#) und [hier](#)). Deutlich wurden die YouTuber [RobRubble](#) („Was die EU gerade macht, ist einfach nur absurd“) und [Rezo](#). Beide argumentieren eng an den Regelungsvorschlägen und fragen, ob das nächste „Die Zerstörung der CDU“-Video bald nicht mehr viral gehen dürfte. MEP [Timo Wölken](#) hat für diese Bedenken zumindest teilweise Verständnis geäußert. Was ist da los?

## Cambridge Analytica als Weckruf

Mit dem VO-Entwurf geht es um die Eindämmung von Gefahren durch politische Online-Desinformationskampagnen, u.a. wenn dies mittels *targeted-ads* oder viraler Verbreitung von User-generated content (UGC) auf Online-Plattformen geschieht. Der [Cambridge-Analytica-Skandal](#) war hier für die EU ein Weckruf. Die Enthüllungen um das „[Team Jorge](#)“ aktualisieren den Handlungsbedarf.

Lange hatte die EU vor allem auf Selbstverpflichtungen (etwa [Code of Practice on Disinformation](#)) gesetzt. Mit dem gerade verabschiedeten [Digital Services Act \(DSA\)](#) wurden horizontale Regelungen für Online-Plattformen eingeführt, die *auch* gegen politische Online-Desinformation wirken können. Der VO-Vorschlag zu politischer Werbung soll nun sehr spezifische Regelungen einführen.

Verständlich wird der Vorschlag erst über Politiker:innen-Statements, z.B. bei MEP [Alexandra Geese](#), die auf drei wesentliche Regelungsziele aufmerksam macht:

- Desinformations-Agenturen: „Spezielle PR-Agenturen, häufig mit Sitz in London, erarbeiten ganze Kampagnen auf Grundlage von Datenprofilen – besonders gerne für rechtsextreme Parteien.“
- Targeting: „Die Plattformen sitzen auf Bergen von persönlichen (...) Daten (...) Profile können (...) missbraucht werden, um (...) die (...) politische Debatte zu fragmentieren. Damit können Parteien (...) unterschiedliche Botschaften an unterschiedliche Gruppen ausspielen, z.B. ‚freie Fahrt für Dieselfahrer‘ an ältere Männer oder ‚Wir machen Klimaschutz‘ an jüngere Frauen.“
- Algorithmen/Amplifizierung: Online-Plattformen optimieren ihre Empfehlungs-Algorithmen oft zur Aufmerksamkeitsbindung. Inhalte, bei denen die Nutzer interagieren (Like) oder auch nur innehalten (z.B. verstörender Tweet), gehen [dadurch eher viral](#). MEP Geese schreibt hierzu: „Dieses System führt dazu, [dass sich Lügen und rechte Propaganda schneller verbreiten](#) und mehr Menschen gezeigt werden als Fakten und demokratische Inhalte“.

## Adressaten des VO-Vorschlags: Team Jorge, aber auch Facebook & Co.

Der VO-Vorschlag definiert Anbieter von sog. „politische[r] Werbedienstleistung“ (Agenturen, aber auch Online-Plattformen bei Erhalt von Entgelt für eine Werbung). Für diese Anbieter politischer Werbedienstleistungen werden gesonderte Prüfungs-, Dokumentations- und Transparenzpflichten eingeführt.

Zudem definiert der VO-Vorschlag „Herausgeber politischer Werbung“, die politische Werbung senden, bereitstellen oder öffentlich zugänglich machen. Die „Herausgeber“ müssen eigene Anstrengungen unternehmen, damit die Transparenzangaben zur Werbung, die sie über ihr „Medium“ verbreiten, richtig sind.

Neben diese adressatenbezogenen Pflichten treten in Art. 12 (adressatenunabhängig) Vorgaben zum „Targeting und Amplifizieren politischer Werbung“. Hervorzu-

heben ist – und darum geht es vorliegend – die Beschränkung des „Targetings oder Amplifizierens“ im Zusammenhang mit „politischer Werbung“ in Art. 12(1), welche sich *de facto* vor allem an Online-Plattformen richtet, da das algorithmische Targeting und Amplifizieren von Inhalten dort heute eine Kernfunktion der Dienste bildet beziehungsweise vom Algorithmus geschmähte Inhalte dort nur selten substantiell rezipiert werden.

### Was ist „politische Werbung“?

Aufgrund der Vorgabe zum „Targeting und Amplifizieren“ von politischer Werbung ist von zentraler Bedeutung, was unter diesen Begriff überhaupt fällt. Ist Rezos „Zerstörung der CDU“ politische Werbung?

Erfasst sind einmal Äußerungen von politischen Akteuren (Art. 2(2)(a) der Entwürfe). Erfasst sind aber – über die weitere Definition in Art. 2(2)(b) – auch Botschaften jeglicher sonstiger Akteure. „Politische Werbung“ wird dort definiert als jegliche Botschaft, die geeignet ist, politische Abstimmungsverhalten zu beeinflussen (*any message liable to influence the outcome of an election or referendum, a legislative or regulatory process or voting behaviour*).

Auf die Hintergründe, ob privat, geschäftlich, bezahlt oder unabhängig kommt es nicht an. Dies entspricht auch gerade dem Regelungsanliegen, jene Desinformation zu de-amplifizieren, die sich als unbezahlter UGC „tarnt“. Denn mit der genannten Definition würde politischer Verschwörungs- und borderline-Content, den die Algorithmen scheinbar so lieben, unabhängig von einer Gegenleistung erfasst. Das Problem ist natürlich: politische Jedermann-Tweets und eben Rezos „Zerstörung der CDU“ wären danach auch „politische Werbung“.

### Lösung durch die Werbe-Definition im Rats-Entwurf?

Offenbar empfinden sowohl der Rat als auch das EP (zu dessen Lösung unten) dieses Ergebnis als zu einschneidend, wenngleich beide unterschiedliche „Lösungen“ vorschlagen.

Der Rat möchte die Definition der politischen Werbung modifizieren. Die Mitgliedstaaten schlagen hier eine Rückausnahme zu Art. 2(2)(b) des Entwurfs vor: „political opinions expressed in any media under editorial responsibility“ sollen ausgenommen sein.

Auffallend ist, dass diese Rückausnahme nur für Meinungen (*opinions*) gelten würde. Dies ist enger als der

Oberbegriff der Botschaft (*message*). Wenn also etwa Rezo (oder jedermann) politisch relevante *Tatsachen* verbreitet (Beispiel: Treffen von Bundeskanzler Scholz mit Vertretern der Warburg Bank) wäre dies wohl weiterhin als „politische Werbung“ erfasst.

Zudem muss ein Inhalt, um doch nicht als politische Werbung zu gelten, nach dem Rats-Vorschlag unter redaktioneller Verantwortung (*editorial responsibility*) geäußert worden sein.

Dieser Begriff ist rechtlich nicht geklärt. ErwGr 19 im Rats-Entwurf verweist (nicht abschließend) auf die AVMD-RL. Dort ist „redaktionelle Verantwortlichkeit“ in Art. 1(c) definiert als „Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowohl hinsichtlich der Zusammenstellung der Sendungen als auch hinsichtlich ihrer Bereitstellung entweder anhand eines chronologischen Sendeplans im Falle von Fernsehsendungen oder mittels eines Katalogs im Falle von audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf“.

Meines Erachtens passt diese Definition (Sendeplan, Katalog) nicht in den breiten Kontext des VO-Vorschlags. Denn der VO-Vorschlag ist nicht auf Video-Sharing-Plattformen oder Rundfunkanbieter beschränkt: Tweets auf Twitter folgen keinem Sendeplan; Creators auf TikTok haben meist weder Sendeplan noch Katalog, sondern geben den Content in die Hände des Algorithmus.

„Redaktionelle Verantwortlichkeit“ im VO-Vorschlag muss daher eigenständig, und zwar schlicht als „Ausübung einer wirksamen Kontrolle über die Verbreitung des Inhalts“ verstanden werden. Dabei kann es nicht auf Förmlichkeiten ankommen, wie etwa eine redaktionelle Betreuung durch eine dritte Person. Es kann auch nicht auf materielle Qualitätsstandards (z.B. Recherche) ankommen. Denn im Medienrecht sind solche Standards bekannt (z.B. § 19 MStV: journalistisch-redaktionelle Sorgfalt), sie tauchen im Rats-Vorschlag aber gerade nicht auf.

Am plausibelsten scheint, dass die „redaktionelle Verantwortlichkeit“ des Rats-Vorschlags eben vorliegt, wenn eine *natürliche Person* wirksam die Verantwortlichkeit für die Verbreitung des Inhalts übernimmt. Die Person muss nicht mit dem Autor identisch sein, aber Kontrolle über das „ob“ der Veröffentlichung haben, z.B. der Account-Inhaber. Diese Person müsste entweder mit Klarnamen oder zumindest leicht identifizierbar auftreten, da wohl nur dann Verantwortung übernommen wird. Ausnahmen erscheinen denkbar bei Strohmännkonstruktionen. Das hiesige Verständnis (grundsätzlich kann jeder redaktionelle Verantwortung übernehmen) wäre wohl

schon im Lichte der Kommunikationsfreiheiten geboten: Eine Diskriminierung von Normalnutzern unter Klarnamen gegenüber etwa professionellen Redaktionen usw. erscheint nicht rechtfertigungsfähig.

## De-Amplifizierung und De-Targeting politischer Äußerungen: Die verschiedenen Entwürfe im Vergleich

Was folgt hieraus nun für die angesprochenen Plattform-Algorithmen und ihren Umgang mit „politischer Werbung“?

Nach Art. 12(1) des KOM-Entwurfs darf das „Targeting oder Amplifizieren“ im Zusammenhang mit „politischer Werbung“ nicht mit der Verarbeitung sensibler Daten nach Art. 9(1) DS-GVO einhergehen, das heißt YouTube beispielsweise dürfte dann politische Werbung (nach dem KOM-Entwurf auch: politische Jedermann-Botschaften) nicht mehr anhand von Merkmalen wie politischer Meinung, ethnischer Herkunft u.ä. sortieren und empfehlen. Twitter könnte einen Jedermann-Tweet zum Thema Vergesellschaftung von Wohnraum nicht mehr gezielt an „links“ eingeordnete Nutzer ausspielen – aber noch an Nutzer mit dem Merkmal „niedriges Einkommen“. Zwar sieht Art. 12(2) wiederum mit Verweis auf Art. 9(2)(a) und (d) DS-GVO eine Rückausnahme vor: Gerade wenn eine Einwilligung vorliegt, wäre das Targeting und Amplifizieren doch wieder voll erlaubt. Dieser Einwilligungsvorbehalt hilft Rezo & Co. aber nur begrenzt. Denn im Zweifel werden Nutzer ihre *Werbeeinwilligungen* restriktiv einstellen. Art. 26(1)(d) DSA fördert dies sogar. „Politische Werbung“ werden Nutzer wohl oft abstellen. Dass sie damit dann aber auch (kontra-intuitiv) politische Jedermann-Äußerungen de-amplifizieren, dürfte selten bekannt sein.

Der Rats-Entwurf folgt für das hier interessierende „Targeting oder Amplifizieren“ grundsätzlich dem KOM-Entwurf. Allerdings fällt dies im Rats-Entwurf marginal zurückhaltender aus, weil ja die Definition von politischer Werbung geringfügig enger ausfällt als im KOM-Entwurf. Mit dem Rats-Entwurf wären immerhin „opinions“ unter „editorial responsibility“, also – nach meinem Verständnis – vor allem Meinungen unter Klarnamen von der De-Amplifizierung ausgenommen.

Das Europäische Parlament schlägt komplizierte Regelungen zu Art. 12 vor. Das Kapitel III, in dem sich Art. 12 befindet, soll allerdings insgesamt neu überschrieben werden mit „Targeting ... of Political Advertising *Ser-*

*vices*“. Dadurch würde Art. 12 nicht mehr für jegliche politische Werbung im Sinne der VO-Definition, sondern nur noch im Zusammenhang mit Dienstleistungen gelten, das heißt vor allem bei Gegenleistungen (bezahlten Kampagnen usw.). Der EP-Entwurf stellt damit eine Abkehr von KOM- und Rats-Entwurf dar, denn (unbezahlte) politische Jedermann-Äußerungen wären von Art. 12 nicht mehr erfasst: Sowohl unabhängigen Influencern (Rezo) als auch politischen Jedermann-Tweets droht nach dem EP-Vorschlag keine De-Amplifizierung.

## Fazit: Was ist von alledem zu halten?

Der VO-Vorschlag zu politischer Werbung soll einerseits „politische Werbung“ im klassischen Sinne, d.h. Platzierung von Botschaften gegen Entgelt, regulieren. Der Vorschlag soll aber auch das Targeting und Amplifizieren von politischem UGC-Content, also unabhängige und unbezahlte politische Aussagen wie Rezos Zerstörung der CDU oder politische Jedermann-Tweets erfassen. Ehrlicher Weise müsste der Name des VO-Vorschlags daher lauten: „über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung und politischer Aussagen“.

Dies war von den Entwurfsverfassern offenbar so gewollt. Auf diesem Weg soll politischer borderline-content, Verschwörungstheorien & Co., d.h. Inhalte, welche die Algorithmen scheinbar so lieben und unter denen versteckte Desinformationskampagnen (Kreml-Trolle & Co.) offenbar gerne „mitschwimmen“, auf Online-Plattformen geschwächt werden, und zwar auch dann, wenn die Plattformen hierfür kein Geld erhalten.

Der KOM-Entwurf geht insofern am weitesten, da der Algorithmus diese politischen Äußerungen nicht mehr so zielgruppengenau ansteuern dürfte. Das EP nimmt die gegensätzliche Haltung ein: Unbezahlter oder schlicht unabhängiger UGC soll nicht mehr unter die Vorgabe zur De-Amplifizierung fallen. Das Ziel, Kreml-Trolle usw. zu de-amplifizieren, sofern sich diese unter „Normalnutzer“ mischen, gibt der EP-Entwurf damit freilich auf.

Der Rat, d.h. die Mitgliedstaaten, versuchen einen Mittelweg, der aber tatsächlich viel näher am KOM-Entwurf liegt als beim EP. Nach dem Rat bleiben nur Meinungen (*opinions*) unter redaktioneller Verantwortlichkeit von der De-Amplifizierung verschont. Diese Rückausnahme erscheint wenig gelungen: Sie auf Meinungen (*opinions*) zu beschränken, ist schwer verständlich – auch Tatsachenäußerungen sollten erfasst sein. Der weitere Ansatz des Rates, wonach es auf eine redaktio-



nelle Verantwortlichkeit ankommen soll, führt in Richtung Zwei-Klassen-Nutzerschaft: Wer unter Klarnamen, jedenfalls identifizierbar auftritt, kann danach weiterhin voll-amplifiziert politische Meinungen tweeten; anonyme Postings hingegen werden de-amplifiziert. Ich persönlich halte einen solchen Ansatz (Privilegierung Klarnamennutzung) für eine sinnvolle Ausrichtung in der Online-Regulierung. Aber: Indirekte Klarnamenpflichten sind bisher eher nicht mehrheitsfähig, sie sollten offen diskutiert werden!

Auf einem ganz anderen Blatt steht, wie effektiv es gegen Desinformation dann wirklich ist, anonyme oder Fake-Profilen bei der Verbreitung politischer Inhalte zu de-amplifizieren. Vielleicht sind die Hoffnungen des Gesetzgebers hier zu groß, mit einer einzigen knackigen Vorgabe („De-Amplifiziere!“) Probleme zu lösen, für die es eine *silver bullet* nun einmal nicht gibt. Zu beachten ist, dass die sensitiven Daten, an welche Art. 12(1) VO-Vorschlag anknüpft, beim Amplifizieren und Targeten gar nicht entscheidend sein müssen. Die wichtigen interaktionsbasierten [kollaborativen Filtermethoden](#) brauchen solche Daten noch weniger.

Bleibe zu fragen: Was denn dann?

Zunächst einmal: Gegen Desinformation helfen nur viele kumulative Maßnahmen, die hier nicht abschließend diskutiert werden können. Vorgaben für Online-Plattformen sind ein wichtiger Teilaspekt.

Ein Ansatz bei Online-Plattformen wäre, Empfehlungssysteme normativ redaktionellen Entscheidungen gleichzustellen, d.h. die algorithmische Empfehlung von Inhalten (jedenfalls in Risikofällen, z.B. bei anonymen Nutzern oder bei Viralität) als eigene Inhalteverbreitung der Plattformen zu behandeln. Aber: Das wird (so schnell)

nicht kommen, zumal auch dieser Vorschlag keine *silver bullet* wäre. Es ist leider komplex!

Daneben gibt es – zum Teil gerade erst eingeführt – bereits Instrumentarien für die Behörden, die es auszuschöpfen gilt. Die Landesmedienanstalten könnten versuchen, Verletzungen der journalistischen Sorgfaltspflichten (§ 19 MStV) zu sanktionieren (Geldbuße gegen Ken Jebsen wegen Verschwörungstheorien?). Die Kommission könnte über das Risikominderungsregime in Art. 34 f. DSA Plattformen gezielt zur Anpassung der Algorithmen auffordern, wenn diese Desinformation zu stark amplifizieren. Weiter müsste die Umsetzung des [Code of Practice on Disinformation](#) gestärkt werden. Danach verpflichten sich u.a. Online-Plattformen dazu, Desinformation zu de-monetarisieren und Fact-Checking zu stärken. Die Bedeutung des Code of Practice dürfte zunehmen, da die Befolgung im DSA als naheliegende Maßnahme konzipiert ist, vgl. Art. 45, 63, 75(2) DSA.

Die genannten Instrumentarien sind allerdings mühsam und erfordern starke und auch mutige Behörden – der Vorwurf vom Wahrheitsministerium ist zu erwarten. Gleichzeitig ist eine gute parlamentarische und gerichtliche Kontrolle wichtig – weil es ja tatsächlich nicht ungefährlich ist, wenn Behörden in die Inhalteverbreitung auf Online-Plattformen, zumal jenseits klarer Kategorien wie „rechtswidrig/rechtmäßig“ eingreifen.

Klar ist: Es bleibt kompliziert. Der VO-Vorschlag zur politischen Werbung wird dem (noch) nicht gerecht, weil die derzeitigen Entwürfe unbeabsichtigte Folgen für politische Jedermann-Tweets haben könnten, was einer breiteren Debatte bedarf.



Daniel Holznagel

# Political Advertising and Disinformation

The EU Draft Regulation on Political Advertising Might De-Amplify Political Everyday-User Tweets – and Become a Blueprint for Stronger Online Platform Regulation

doi: 10.17176/20230323-185217-0



Over a year ago, the European Commission presented its Proposal for a Regulation on the transparency and targeting of political advertising ([COM\(2021\) 731 final](#)). Recently, the Council presented its [General Approach](#), followed by the [position of the European Parliament](#) (EP).

While stakeholders are waiting for the trilogue negotiations to shape the final text of the legislation, critical voices are raising concerns. Various NGOs worry that the draft regulation's scope is too broad, covering not only promotional communication against remuneration, but also independent non-profit political statements by citizens (see [here](#) and [here](#)). Concerns are that under the future regulation online platforms might have to de-amplify such independent content (see YouTubers [RobRubble](#) and [Rezo](#)).

What is it all about?

Online disinformation campaigns pose threats to civic discourse and electoral processes, especially when political messages can be tailored to specific audiences through targeting, or when campaigns mingle with User-Generated Content (UGC), with the chance of amplification by the online platforms' recommender systems.

[Cambridge-Analytica](#) has been a wake-up-call for lawmakers here, and recent reports about "[Team Jorge](#)" bolster the case. For long, to protect against online disinformation threats, the European Union had relied on self-regulatory initiatives (e.g. [Code of Practice on Disinformation](#)). The [Digital Services Act \(DSA\)](#) has introduced a horizontal framework that might have a certain impact against disinformation, yet it is vague and difficult to enforce. The draft regulation on political advertising aims at introducing specific rules tailored to the problem.

To better understand the project, it is helpful to look at politicians' talking points on the topic, e.g. from [MEP Alexandra Geese](#), who aims to:

- tackle disinformation-agencies (organizers of disinformation campaigns),
- curtail targeting in the field of political advertise-

ment (diverging messages might be targeted to different audiences, fragmenting the political discourse; targeting might be used for manipulation),

- de-amplify disinformation in platform recommender systems (borderline content and conspiracies often provoke engagement, allowing such content to [go viral more easily](#)).

## The role of online platforms in the draft legislation

The draft legislation addresses "political advertising service[s]" and so-called "political advertising publisher[s]". Online platforms – depending on the circumstances – might fall into these categories when political ads are transported through their systems. Under the draft regulation, they then would have to meet transparency obligations and various duties of care.

Beyond these more or less conventional approaches, Art. 12 of the draft legislation imposes limitations on "Targeting or amplification techniques" in the context of "political advertising". This is tailored to online platforms, where algorithmic curation through recommender systems is often a core function of the services.

## The catch-all approach of "political advertising"

As Art. 12 limits targeting and amplification of "political advertising", the question arises: What content will be covered?

According to Art. 2(2)(a), messages by or on behalf of political actors are in most cases to be considered "political advertising". Much more interesting is the additional definition in Art. 2(2)(b), whereby the "dissemination, by any means, of a message ...which is liable to influence the outcome of an election or referendum, a legislative or regulatory process or voting behaviour" is political advertising – irrespective whether a communication is private or business, independent or for remuneration.

The resulting broad scope would be in line with the lawmakers' intention to de-amplify disinformation blen-

ding with user-generated content, such as Kremlin trolls and the like. However, this catch-all approach would also cover independent and everyday-users' political statements.

### Will the Council position solve the problem?

It seems that the European Parliament as well as the Council of the European Union both regard this outcome as too far reaching, but they suggest different solutions.

The Council proposes to modify the definition of political advertising in Art. 2(2)(b) by introducing exemptions: „political opinions expressed in any media under editorial responsibility” are explicitly exempted from the definition.

This exemption refers only to “opinions”, a term which is narrower than the general term “messages” (defining advertising in the first place). Thus, factual allegations might not qualify for the exemption.

Moreover, to be exempted, “opinions” must be expressed under “editorial responsibility”. For guidance on this, recital 19 of the Council proposal points towards the AVMSD, where “editorial responsibility” is defined as: “the exercise of effective control both over the selection of the programmes and over their organisation either in a chronological schedule, in the case of television broadcasts, or in a catalogue, in the case of on-demand audiovisual media services”.

In my view, this AVMSD-definition does not fit well in the broad context of the draft regulation on political advertising, as the regulation will cover all kinds of platforms: Tweets on Twitter are not organized in a chronological schedule, and creators on TikTok do not present a catalogue.

Therefore, “editorial responsibility” in the context of the draft regulation should be understood as the exercise of effective control over the dissemination of a given content plus exposure to potential liability. For effective control, formal requirements (e.g. that a third party reviews content) cannot matter. Neither should substantive standards of diligence: National Media Laws know concepts like journalistic-editorial standards (e.g. § 19 of the German [Interstate Media Treaty](#)) – but the Council did not refer to such standards in its proposal. In my interpretation, content is posted under “editorial responsibility” if a *natural person* exercises effective control. This person must not be identical with the author, but she must have effective control over whether the content is dissemina-

ted or not, e.g. the owner of a social media account. To bear “responsibility”, this person would also need to act under its real name or at least be sufficiently identifiable, exposing this person to regulatory oversight and jurisdiction.

### A comparison between the different proposals

What is the consequence for how online platforms will be recommending political content through their algorithms?

According to Art. 12(1) of the Commission proposal, targeting or amplification techniques that involve the processing of personal data referred to in Article 9(1) GDPR in the “context of political advertising are prohibited”. YouTube would not be allowed to recommend videos on political topics based on attributes like “left leaning”, “politically conservative” or “Turkish ancestry” (but they still could recommend based on non-sensitive data, e.g. to users which are classified as “economically middle class”). This limitation on how platforms are allowed to target and amplify is somewhat loosened by Art. 12(2) of the proposal, which exempts cases of Art. 9(2)(a) and (d) GDPR: especially in cases of explicit consent platforms would still be allowed to amplify/target based on sensitive data. The practical relevance of this exemption remains to be seen. Users might reject consent for data usage for political advertising, often without being fully aware that they (counter-intuitively) then also opt to de-amplify (independent) political content (since the platform might treat it as advertising, in line with the regulation’s definition). As a result, under the Commission proposal, online platforms will often have to de-amplify political content, at least once they become aware of it, e.g. through a notification. It seems less clear whether platforms will also need to take-proactive steps (filtering for political content?), a problem that touches the not-so-clear relationship of the proposal to the DSA. Since Art. 12(1) does not refer to a knowledge-level, but instead to the “context” of political advertising, this supports an interpretation of Art. 12(1) requiring more general, proactive measures. Art. 6(1) DSA – which exempts from liability for illegal content – might not protect against this, because political advertising must not amount to illegal content in that sense and also because the DSA does not fully protect against specific monitoring obligations in the first place.

The Council follows the logic of the Commission pro-

posal on “Targeting or amplification techniques”, which means no targeting/amplification based on sensitive data and exemptions in cases of explicit consent. However, since the Council proposes a slightly narrower definition of political advertising, Art. 12(1) would have a less severe effect: In the context of political messages, “opinions under editorial responsibility” could still be fully targeted/amplified using sensitive data.

The European Parliament is going its own way. It substantially changes course on the scope of the targeting/amplification limitations, as it proposes to change the heading of Chapter III („Targeting ... of Political Advertising *Services*”). In my view, this means that only advertising provided against remuneration would fall under the limitations on targeting/amplifications in Art. 12. Twitter could still fully amplify political UGC-Tweets.

### Will it work out against disinformation?

As we have seen, the EP is opposing the idea of de-amplification of everyday-user-content. By doing so, the EP is also abandoning the attempt to de-amplify disinformation by Kremlin trolls hiding amongst user content.

The European Commission is on the other side of the spectrum. Platform algorithms would not be allowed to target/amplify political content based on sensitive data (exemption: explicit consent). Algorithms could then only use a portion of their horse-powers. This might then also downgrade disinformation by bad actors.

The Council’s position is *de-facto* in the corner of the Commission, with some exemptions. According to the Council, in the field of political content, “opinions” which are “under editorial responsibility” can still be freely amplified/targeted (even beyond cases of explicit consent).

As lawmakers now face opposing positions with complicated proposals, one should keep in mind that the effect of Art. 12 against disinformation might be limited in the first place. Disinformation campaigns through fake-profiles and troll-accounts might only be slightly weakened since Art. 12(1) in the Commission/Council-proposal only limits amplification/targeting based on *sensitive* personal data. Platforms will still be allowed to use non-sensitive data for their recommendations, and this might be sufficient for algorithms to carry conspiracies towards virality since relevant interaction-based [collaborative-filter recommender systems](#) usually do not require sensitive data.

However, other actors might be tempted to take more far-reaching considerations: Social media users depending on virality (Influencers?) might become more hesitant to touch political topics in the first place (as they then think to risk de-amplification).

### A door opener for future regulation?

In the end, while Art. 12(1) might not prove overly effective against disinformation, it might serve as a crucial door opener when it comes to future platform regulation.

Through its substantive standards for how recommender systems shall treat content, Art. 12(1) can be seen as a new approach. With the DSA, lawmakers had opted against strong substantive rules for platform algorithms à la “Do not amplify bad content!”, which had been articulated (e.g. [draft opinion for the IMCO committee of 28.5.2021](#), proposal for an Art. 24(a)(new)). The DSA lawmakers instead had compromised on non-substantive rules for recommender systems through transparency and data access (Art. 27(1), 40), strengthening users’ options (Art. 27(3), 38) and introducing vague risk mitigation obligations (Art. 35, 36). Interestingly, lawmakers even made it harder for courts to establish liability for recommender decisions through traditional liability laws, because the neutral/active threshold for losing the liability exemptions (Art. 4 - 6, 8 DSA) has (theoretically) been slightly raised compared to the E-Commerce-Directive (recital 18 DSA reframes the threshold as “providing the services neutrally”, while recital 42 of the E-Commerce-Directive had – more narrowly – asked for the “passive nature” of a provider). With Art. 12 of the draft regulation on political advertising, lawmakers could overcome this caution, opting for a substantial regulation (“Do not amplify XYZ!”) instead of just complementary procedures (“Be transparent!”).

If lawmakers settle on Art. 12(1) in the version of the Council, this would open doors to yet another uncharted territory of online platform regulation. So far, proposals for identification schemes (obligations to use real names or at least to be identifiable) have faced strong opposition. With the DSA, similar approaches had been proposed (See amendment 291 of the [final EP position of 20.01.2022](#): verification obligation for users who disseminate content on porn platforms), yet had been rejected. As I have shown above, the Council position for the draft regulation on political advertising incentivizes it for users to verify themselves or to act under real names, because

otherwise their political messages might be de-amplified.

Mix both new approaches together and Art. 12 could become a blueprint for much stronger regulation: e.g. where content by anonymous users cannot be amplified at all (it will be hosted, but hardly be found) or where platforms lose their liability exemptions for anonymous content (it can be recommended, but platforms must bear the risks).

In parts, these approaches could also inspire how the DSA is to be enforced. For instance, regulators might argue that de-amplification of anonymous content is a necessary risk mitigation measure based on Art. 34, 35 DSA.

## Conclusion

Art. 12(1) of the draft regulation on political advertisement aims at introducing substantive standards on how

recommender systems shall work: In certain cases, do not (fully) amplify political content! Doing so, it might disincentivize anonymous postings online – if you still want to go full viral, identify yourself!

The lawmakers' course is legitimate, while minor adjustments seem necessary. In my view, the Council position should privilege not only "opinions", but all "messages" under editorial responsibility. Moreover, it should be clarified that any natural person exposing herself to verification or acting under real name can exercise editorial responsibility.

From a helicopter perspective, Art. 12 deserves our attention because it could act as a blueprint for new – controversial – approaches for online platform regulation by future legislators.

Wojciech Lewandowski

# Drive to Survive

Why the Privileges of a Russian F1 Driver are not a Good Reason to Lift EU Sanctions

doi: 10.17176/20230314-185255-0



The Russian full-scale invasion of Ukraine on 24 February 2022 impacted not only Ukrainian society, economy, and the daily lives of many Ukrainian citizens. It also affected sports in a lasting way. The most painful consequences were felt by many Ukrainian athletes who lost their lives, homes, training facilities, and opportunities, or the possibility to perform in international contests. However, many Sports Governing Bodies (SGBs) and competition organisers issued also decisions limiting the participation of Russian (and frequently also Belarussian) athletes in sport-events taking place after the invasion. Among them the FIA (the governing body for motorsports), which decided on 1 March 2022 to limit (but not exclude) the participation of drivers of Russian or Belarussian origin (and license holders) in the international/zone competitions taking place also in Europe. In parallel, the EU imposed sanctions on “persons and entities supporting and benefiting from the Government of the Russian Federation as well as persons and entities providing a substantial source of revenue to it, and natural or legal persons associated with listed persons and entities”.

On 9 March 2022, the Council of the EU included Nikita Mazepin, the Russian Formula 1 driver competing in the 2021 season, on the list of sanctioned people. Almost one year later, on 1 March 2023, this measure was suspended by the Order of the President of the General Court as an interim measure in the appeal proceedings against the Council decision initiated by Mazepin. In this blog post, I argue that the President of the General Court made a mistake in the factual assessment of the position of Nikita and took a too lenient approach to his request.

## The entanglement of sports in the Russian system of oppression

In a previous [article](#) I wrote for *Verfassungsblog*, I examined the fallacy of the idea that sports and mega sporting events are politically neutral. One example of an instrumental treatment of sports is Russia, which has ex-

ploited sports events for official propaganda to strengthen the authoritarian rule of the regime, boost the President’s popularity and assert its geopolitical ambitions on the world stage. This behavior, widely described as “[sportswashing](#)”, has led to numerous scandals, as the Russian regime has reportedly engaged in [corruption](#), [state-organized doping schemes](#), and [restrictions of civil liberties](#). All these actions were directly related to hosting major sporting events, such as the Winter Olympic Games 2014, or the football World Cup 2018. But also the annual Formula 1 race taking place in Sochi between 2014 and 2021. Russian sportswashing is also evident in the timing of military aggression on Georgia and Ukraine (annexation of South Ossetia and Abkhazia in 2008, occupation of Crimea in 2014, and the full-scale invasion of Ukraine in 2022) which coincided with the Olympic Games and massively [violated the ‘Olympic Truce’](#). Simultaneously, in the years leading up to the Russian invasion, an increasing number of Russian economic entities became involved in the sponsoring of high-profile sports events (for example Gazprom has been a sponsor of several football clubs and UEFA with strong visibility during international club and national competitions). Since the Russian government and the economic elite are closely connected, these actions should also be seen as part of Russia’s specific public sport policy that aims to link sporting events with Russian entities and thus boost their status and power. And ultimately the power of Wladimir Putin.

## The impact of war on the participation of Russian athletes in international sporting events

However, [for many SGBs](#), it took until the 24<sup>th</sup> of February 2022 to take serious action against Russia’s aggression and misbehavior. No uniform solution has been adopted, although the International Olympic Committee (IOC) issued [recommendations](#). [FIA, the motorsport federation, decided](#) to ban all events taking place in Russia or Belarus (involving Formula 1 races scheduled for 2022),



ban all reference to the Russian and Belarussian national symbols (colours, flags, anthem), ban all national teams of Russia and Belarus, and grant individual drivers, competitors, and officials the right to participate only in individual and neutral capacity provided they commit and adhere to the 'FIA's principles of peace and political neutrality'. These measures, based on the concept of group responsibility, were not a novelty, as many Russian athletes had to compete under a 'neutral' flag even before the 24<sup>th</sup> of February following the decision of the [World Anti-Doping Agency and Court of Arbitration for Sport to punish the Russian Olympic Committee for organised doping infringements](#).

In this context, the example of Nikita Mazepin and his short career in Formula 1 is very instructive. Nikita, a son of oligarch Dimitri Mazepin, became one of 20 Formula 1 drivers in 2021 after several years spent in the 'junior' competitions. He was moderately successful in his junior years (his best result was second in the GP3 category in 2018) – many other drivers from the junior series who were more talented did not make it to Formula 1. High costs of participation, the difficult financial situation of many F1 teams, and big competition for seats mean that money becomes a very relevant factor of success. As Dimitri Mazepin, father of Nikita and a private friend of Wladimir Putin and owner of Uralchem – a large company involved in the chemical sector – was very determined to get his son into Formula 1, he concluded the sponsorship agreement with one of the backmarkers teams, the American-based Haas team (after he failed to buy one of the existing teams). Uralkali (a subsidiary of Uralchem) took over as the main sponsor of the team. The livery of the car and team outfits were changed to look like the Russian flag with its white-blue-red colors. Uralkali also became the title sponsor of the Russian Grand Prix held in Sochi ([a venue of frequent visits by Wladimir Putin](#)). Nikita raced under a neutral flag in the 2021 season and scored no points in 22 races. He finished 21st (last place) in the final standings. Before the start of the 2022 season, on 5 March 2022, Haas [terminated the contract of Mazepin, as well as the sponsorship agreement with Uralkali, and changed its colour scheme](#). As mentioned above, on 9 March 2022, Nikita and his father were added to the list of people sanctioned by the Council of the EU. His discontent with these decisions has been expressed in the [media](#) and also by appealing against the sanctions imposed by the Council of the EU.

## The curious case of Mr. Mazepin: what the President of the General Court decided

In the [order issued on the 1<sup>st</sup> of March 2023 in Case T-743/22 R](#) the President of the General Court applied the interim measures and, without deciding on the final outcome of the main appeal proceedings, suspended the sanctions imposed by the Council of the EU on Nikita Mazepin. The exact wording of the order indicates the specific range of the suspension and the result thereof may be reinterpreted as “the sanctions imposed on Nikita should not lead to the annihilation of his career as a racing driver in the EU”. This is a very controversial verdict. It is worth reminding that the interim measures within the remit of the proceedings in front of the General Court may be imposed against the acts of the institutions of the European Union if they meet both conditions of being *prima facie* justified (in fact and law) and being urgent to avoid ‘serious and irreparable harm’ to the interests of the concerned party. The standard of proof is lower than in main proceedings, as these conditions have to merely appear ‘not unfounded’ (and not evidenced).

### Prima facie mistakes

In this context, the part of the order related to the *prima facie* assessment of the factual and legal situation of Nikita Mazepin shows a diligent legal assessment, but done without considering the whole context of the Russian policy of using sports for political purposes. The President of the General Court focused on the reasons for including Nikita Mazepin in the sanctions list which indicate his relation with father Dimitri, sponsoring of the Haas F1 Team by Uralchem (original wording), and association with “a leading businessperson (his father) involved in economic sectors providing a substantial source of revenue to the Government of the Russian Federation, which is responsible for annexation of Crimea and the destabilisation of Ukraine”. The President examined whether the Council made a *prima facie* error of assessment in considering that there was enough evidence to sanction Mazepin. The result of this assessment led the President to the conclusion that the Council did not sufficiently substantiate the fact that Mazepin could not become a Formula 1 driver without the financial support of his father and that the sponsorship agreement was against the financial interest of Uralkali and so the F1 seat was an unfair advantage for Nikita from his father. The verdict of

the President of the General Court neglects the history of Nikita's results in the 2021 season and the characteristics of Nikita as a driver shown even in the [documentary TV series](#). He was a very mistake-prone and unsuccessful driver. Therefore, his presence in F1 races has been far from 'on the merit' and was based on the monetary contribution of his sponsor, and not his point contribution to the team score (the number of points at the end of a season decides how much prize money is paid to the teams). Hence, this part of the argumentation of the President of the General Court does not stand against the fact-checking available to anyone with access to the Wikipedia result page or a Netflix account.

Furthermore, the President of the General Court questioned the reasoning to maintain sanctions against Nikita Mazepin, given the factual basis of his inclusion on the list referred to the past events (apart from his relation to his father, which accordingly with the established case-law cannot constitute the sole ground for restrictions). According to the President of the General Court, the Council had not produced sufficient evidence that Nikita still gains from his father's power and money, except for 'some' advantages, such as fame, financial stability, and the possibility of being recruited as a driver in various high-level motorsport championships. My interpretation of this argumentation is that the President of the General Court underestimated the effort needed to achieve such benefits and the privilege of Nikita to have them guaranteed by the former sponsorship of Uralkali. Even if Nikita's relationship with Dimitri Mazepin is not as close as it used to be, it was his friendship with Wladimir Putin that allowed the young Russian to participate in all the junior series and obtain (buy) a Formula 1 seat, which is an invaluable experience in comparison to less-wealthy and less-privileged, but more talented drivers (not to mention those originating from war-affected parts of Ukraine). However, the President of the General Court determined the condition of *prima facie* justification as fulfilled (not unfounded) and further analysed the urgency of the measure.

### Urgency in rescuing racing career

The definition of urgency that has been used was based on the ratio of ensuring that the final decision would be fully effective and that it should prevent serious and irreparable damage. What irreparable damage could Nikita Mazepin face? According to the President: losing a chan-

ce to sign a contract as the racing driver in Formula 1 or another prestigious racing series (Deutsche Tourenwagen Masters or Formula 2) for the season 2023 and possibly 2024 (depending on how long the court proceedings take). The President of the General Court held that being banned from entering the EU and having his financial assets frozen would seriously harm the career as a young F1 driver, as he might have to stop racing in the EU for three years. It would be "extremely difficult - if not impossible" to come back to F1 after that and cause him non-financial damage. Two points on this argumentation: first, it is not true, and second, the non-financial ('non-pecuniary') nature of the damage is questionable. First, there is recent evidence that coming back to F1 after three years is possible – Nikita Mazepin's former team, the Haas F1 Team, hired Nico Hulkenberg for the 2023 season, a German driver who last competed in the F1 for the full season in 2019. Fernando Alonso, former 2-time World Champion, had a similar break between the seasons 2018 and 2021. And Robert Kubica participated in the 2019 season 8 (!) years after his last full campaign and after sustaining a severe injury. The joint element for all of these drivers was their talent (rather than money) that brought them back to F1. This brings me to the second point – by no means the damage to Nikita Mazepin is non-pecuniary. Sanctions of the EU made it impossible for him to fulfil his childhood ambition, extravagant hobby, and potentially even his racing passion. However, it is impossible to neglect the fact that the opportunity to participate in F1 races is related to financial benefits and is one of the best paid sporting activities available for people in the age of Nikita Mazepin. Even if, strictly speaking, the *possibility* to negotiate a contract is not the financial claim, the inclusion of Mazepin among the people with the *opportunity* to do so is based on the financial wealth of his father. Hence constitute a form of economic benefit and privilege – in my opinion of a very pecuniary nature.

### Balancing conflicting interests in favor of privilege

This controversial perspective is even further elaborated by the President of the General Court in the part of the order related to balancing the interests – Nikita Mazepin's private interests (the chance to continue his F1 career without his father's money) and the public interests represented by the Council's decision (protect EU security and stability and stop the aggression against Ukraine) In this context, the President of the General Court observes that

the application of interim measures would not amount to a threat to the EU's pursuit of the objectives, in particular, peaceful objectives at the price of irreparable material and non-material damage. To this end, the President of the General Court observed that Nikita Mazepin has not been involved in any Russian business, maintained a neutral position on the war, raced under a neutral flag during the 2021 season, and "merely asks that he be given the opportunity to pursue his career as a Formula 1 racing driver".

I strongly disagree with the President of the General Court's view: Firstly – being a sportsman with such a powerful financial support as Mazepin's, coming from one of Putin's closest economic friends, makes one part of Russian business and even political oppression. Motorsport is not a cheap sport, it is a sport that needs a lot of money in the junior years and the majority of society cannot afford it. Secondly, the way Russia uses sports in its official propaganda is not politically neutral - so the silence of Russian athletes about Russia's actions in Ukraine is not the same as being neutral politically; it is equal to silent support and personal consent to be used as part of the state-driven sport-based propaganda. Thirdly, Nikita raced under the neutral flag for reasons unrelated to the war situation (as mentioned above, it resulted from the suspension of the ROC by the IOC following the doping scandal), albeit in a Russian-colored flag and with clear references to the Putin regime (at one occasion he wore a helmet [in infamous St. George Ribbon color scheme](#)). Fourthly, as observed above, the request to be given the opportunity to pursue a Formula 1 career is not something *basic* – it is something *extra* (at any stage it was not suggested racing is the main source of income for Nikita or constitutes economic necessity to him). In my opinion, the current situation related to the war in Ukraine and the peaceful objectives pursued by the Council of the EU outweigh any *extra* benefits that could be granted to any

Russian sportsmen in the EU.

## The EU sports policy has to be more than simple words

Therefore my assessment of the discussed Order of the President of the General Court is that the order is controversial, to say the least, and lacks fact-based verification. However, in broader terms, it might be perceived as an example of the tragic dilemma between group and individual responsibility, as well as the difficulty to weigh private against public interests in the context of participating in elite sports. And as sportswashing is an integral part of the public sports policy of the Russian Federation, the truth is that the measures targeted at individuals might not always be successful.

What approach should then be adopted in the EU? I would argue for an approach that is rooted in the values of the EU enshrined in Article 2 of TEU combined with the sport policy objectives expressed in Art. 165 TFEU. According to this article, Union action shall be aimed at 'developing the European dimension in sport' – it should do so by promoting the EU values as an inherent part of the sporting competition in the EU. Therefore, the rule of law principles, the proportionality test, and legitimate objectives constituting justification grounds have to be observed, as the EU stands for its values. But at the same time, access to these competitions should be conditional upon adherence to the values of peace, recognition of human dignity, freedom, and democracy. To me, these principles put the EU sports policy clearly on a [collision course](#) with Russian sports policy. Therefore, the balance between respecting the individual rights of Russian athletes and preserving the integrity of the EU will be increasingly difficult to find. However, in the context of Nikita Mazepin, it seems to have shifted too much towards maintaining his privileged position.

Laura Neumann

# Limitations of the Transnational *ne bis in idem* Principle in EU Law

Remarks on the ECJ's Diesel Scandal Volkswagen Case

doi: 10.17176/20230327-195215-0



No-one shall be tried or punished twice for the same offence. This principle, *ne bis in idem* in Latin, is part of the fundamental law protection in the EU (Art. 50 CFR, Art. 54 CISA), but can be limited under certain conditions (see Art. 52 para. 1 CFR). In [Case C-365/21](#), decided on 23 March 2023, the ECJ has confirmed the validity of Art. 55 para. 1 lit. b) CISA which constitutes an important limitation of the transnational *ne bis in idem* guarantee. Another case which arose in the context of the Diesel scandal involving German automobile producer Volkswagen and is still pending before the European Court of Justice gives the Court a new opportunity to set new standards regarding limitations of the *ne bis in idem* principle in cases involving different Member States and to strengthen this principle which is of great importance for the completion of a genuine area of freedom, security and justice. In particular, the Volkswagen case offers the ECJ a chance to provide guidance on the question under which conditions a limitation of the *ne bis in idem* principle can be regarded to be “provided for by law”. Furthermore, it gives the Court the opportunity to clarify whether all of the specifications of the criteria for limitations of the *ne bis in idem* guarantee that have been developed by the ECJ with regard to cases involving only one Member State do also apply when different Member States want to prosecute and punish a person for the same offence.

In short, the Volkswagen case is based on the following facts: The Italian Antitrust Authority had imposed a fine on Volkswagen AG and Volkswagen Group Italy for an infringement of the Italian Consumer Code. Another administrative fine was imposed after on Volkswagen AG on the basis of the German Act on Regulatory Offences (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) for basically the same facts as the Italian fine. After the German fine had become final, the Italian Consiglio di Stato referred to the ECJ for a preliminary ruling (Case C-27/22), asking, inter alia, about possible limitations of the transnational double jeopardy prohibition: Can the provisions laid down in Art. 3 para.

4 and Art. 13 para. 2 lit. e) of [Directive 2005/29/EC](#) justify a derogation from the *ne bis in idem* principle established by Art. 50 CFR and Art. 54 CISA?

## Requirements for Limitations of the *ne bis in idem* Principle and Specifications in Intra-State Cases

Any limitation of the *ne bis in idem* guarantee established by Art. 50 CFR and Art. 54 CISA has to comply with Art. 52 para. 1 CFR. That provision may be broken down into five criteria. In the relevant ECJ case law regarding a duplication of proceedings and penalties within one and the same Member State ([Menci](#) and [Garlsson Real Estate](#), refinements in [BV](#) and [bpost](#)), these criteria have been specified by the ECJ as follows:

(1) A limitation must be provided for by law. This requires rules that are sufficiently clear and precise to allow individuals to predict which acts or omissions could give rise to a duplication of proceedings and penalties.

(2) The respective legislation must respect the essence of the rights and freedoms it limits. To ensure such respect, it must exhaustively define the conditions for a duplication of proceedings and penalties.

(3) The limitation has to meet an objective of general interest. In this regard, the Court specified in [Menci](#) and [Garlsson Real Estate](#) that, in order to justify the doubled burden for the person concerned, the different proceedings and penalties must pursue complementary aims relating, as the case may be, to different aspects of the same unlawful conduct at issue.

(4) Further, the limitation must comply with the principle of proportionality.

(5) Finally, any limitation has to be strictly necessary in order to achieve the objective of general interest it serves. According to [Menci](#) and [Garlsson Real Estate](#) and the subsequent ECJ case law (see for instance [BV](#) and [bpost](#)), this presupposes the effective application of rules which are clear and precise, ensure coordination be-



tween the different authorities, and oblige these authorities to take into account, in the assessment of the second penalty, the first penalty already imposed.

### Application of the Criteria at Inter-State Level: The Volkswagen Case

Does the Volkswagen Case meet these five criteria? And, with a view to the fact that this case concerns a duplication of proceedings and penalties in different Member States (Italy and Germany), to which extent is it suitable to apply to this case the specifications that have been developed by the ECJ with regard to situations involving only one Member State? These questions will have to be analysed now by the ECJ.

Notably, the respective discussion might be cut short. In fact, it seems doubtful whether the very first criterion, stipulating that the limitation of the *ne bis in idem* guarantee must be provided for by law, is met in the present case. Indeed, the referring court identifies Art. 3 para. 4 and Art. 13 para. 2 lit. e) of [Directive 2005/29/EC](#) on unfair commercial practices as possible legal bases for such limitations. Art. 3 para. 4 Directive 2005/29/EC does, however, not even make any reference to *ne bis in idem* constellations. Art. 13 para. 2 lit. e) Directive 2005/29/EC at least establishes that Member States, when imposing penalties for infringements of national provisions adopted in application of the directive, shall take into account inter alia whether penalties have been imposed on the trader for the same infringement in other Member States where information about such penalties is available through the mechanism established by [Regulation \(EU\) 2017/2394](#). In view of this wording, it seems, at first sight, plausible to assume that Art. 13 para. 2 lit. e) Directive 2005/29/EC envisages situations principally incompatible with the *ne bis in idem* principle and, therefore, implicitly establishes an exception to it. However, this is not supported by the recitals of [Regulation \(EU\) 2017/2394](#) and of [Directive \(EU\) 2019/2161](#), introducing Art. 13 para. 2 lit. e) into Directive 2005/29/EC. Those recitals make the application of the sentencing criteria set out by Art. 13 para. 2 Directive 2005/29/EC dependent on due respect of the *ne bis in idem* principle (see Recital 29 Regulation (EU) 2017/2394 and Recital 8 Directive (EU) 2019/2161). In light of this, Art. 13 para. 2 lit. e) Directive 2005/29/EC should be understood as only allowing for a duplication of penalties falling outside the

scope of application of the *ne bis in idem* guarantee.

Notwithstanding the above, Art. 13 para. 2 lit. e) Directive 2005/29/EC should at least not be taken as a guarantor for the essence of Art. 50 CFR being duly respected (criterion 2). At the very minimum, it does not clearly and exhaustively define the conditions for a limitation of the *ne bis in idem* principle. To the contrary, it forms part of a list of “non-exhaustive” and only “indicative” criteria that shall be taken into account in the imposition of penalties only “where appropriate”.

As even the first and most basic criteria for limitations of the *ne bis in idem* guarantee do not seem to be met in the Volkswagen case, this case does not directly call for an analysis of the remaining criteria. Nonetheless, given the utmost importance of the question of justifiability of limitations to the transnational *ne bis in idem* principle as an enabler of a single area of freedom, security, and justice, the chance should be taken to at least briefly comment on the question of whether the specifications relevant to these remaining criteria developed by the ECJ for cases involving only one Member State should likewise be applied when a duplication of proceedings and penalties in different Member States is at issue.

This question should be denied with regard to the “complementary aims” criterion that legitimately specifies, at intra-state level, the third criterion calling for an objective of general interest to be pursued by the limitation at issue. Indeed, what aim is pursued by a proceeding or a penalty in relation to a specific conduct depends on the legal classification of that conduct by the respective Member State. Given the still rather rudimentary degree of harmonisation of Member States’ criminal laws, one and the same conduct will frequently be subsumed under differing provisions in different states, making it usually more than easy to argue that “complementary aims” are pursued by the respective proceedings and penalties. Thus, at inter-state level, the “complementary aims” criterion loses its limiting potential. Furthermore, it would even run counter the purely factual – instead of legal – conception of the notion of the same offence in the sense of Art. 50 CFR and Art. 54 CISA (see the standing case law of the ECJ since [Van Esbroek](#)).

To the contrary, the specifications developed by the Court regarding the fifth criterion of strict necessity seem suitable in a transnational setting as well. In particular, effective and close coordination of the different proceedings is essential also in an inter-state context. Waiving



this requirement would result in a double burden for the suspect and could eventually lead to the imposition of penalties not taking into account other penalties already imposed in another Member State for the same offense, thus exceeding what would be proportionate.

## Conclusion

It has been demonstrated that it seems suitable to apply nearly all specifications established by the ECJ with regard to a duplication of proceedings and penalties within one and the same Member State also to cases involving different Member States. This complies with the idea of the EU as a single area of freedom, security and justice. As long as harmonisation of criminal laws is only purely advanced, an exception is, however, to be made for the “complementary aims” criterion.

In the Volkswagen case, already the first criterion for a justification of limitations to the transnational *ne bis in idem* guarantee cannot be regarded to be met because no legal basis for such limitation can be identified. The ECJ should make it clear that it is not possible to more or less arbitrarily look out for EU legislation that, with a lot of good will, could perhaps be interpreted to have the possibility of double jeopardy in mind. This would endanger the idea of a single area of freedom, security and justice, and, therewith, lastly the right to free movement of the persons concerned. Therefore, the third question referred to the Court in Case C-27/22 will have to be answered in the negative: The provisions laid down in Art. 3 para. 4 and Art. 13 para. 2 lit. e) of Directive EU/2005/29 do not justify a derogation from the *ne bis in idem* principle.

Johannes Herb

# Die Deutschen und ihr Auto

Anmerkungen zur jüngsten EuGH-Entscheidung im Abgasskandal

doi: 10.17176/20230329-075120-0



Am 23. September 2015 trat Martin Winterkorn als Vorstandsvorsitzender von VW wegen des sog. Abgasskandals [zurück](#). Man möchte meinen, dass fast acht Jahre später dessen juristische Aufarbeitung abgeschlossen oder zumindest weit vorangeschritten ist. Doch mit seiner vergangene Woche verkündeten [Entscheidung](#) stellt der EuGH die bisherige rechtliche Beurteilung des Bundesgerichtshofs und diverser Oberlandesgerichte grundlegend in Frage. Wie ist es dazu gekommen? Der Beitrag will versuchen, darauf eine weniger dogmatische, sondern primär privatrechtstheoretische Antwort zu geben. Meine These ist, dass hier hintergründig ein spezifisch privatrechtliches mit einem unionsrechtlichen Systemdenken konfligiert.

## Abgasskandal 2.0

Gegenstand des aktuellen EuGH-Urteils ist dabei gar nicht mehr der Abgasskandal in seiner ursprünglichen Version. Im Ausgangspunkt hatte VW eine [Umschaltsoftware](#) verwendet, mit deren Hilfe die normierten Emissionswerte zwar im Prüfverfahren eingehalten, im regulären Straßenverkehr aber erheblich überschritten wurden. Als Reaktion auf das Bekanntwerden dieser Praxis entwickelte VW (und auch andere Hersteller, hier Mercedes) eine Software, welche die Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte auch ohne technische Nachrüstung sicherstellen sollte. Der Haken an dieser Lösung war allerdings, dass sie nur in einem recht schmalen Korridor an Außentemperaturen voll wirksam war. Das vorliegende LG Ravensburg kam etwa zur Einschätzung, dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug bereits

bei Temperaturen über 0 Grad Celsius verringert sei.<sup>1</sup> Die Hersteller sahen darin gleichwohl kein Problem; die Abschaltung sei aus Gründen des Motorschutzes (vgl. Art. 5 II 2 lit. a Emissions-VO) gerechtfertigt. Damit sind wir beim *Abgasskandal Version 2.0*.

## Ein EuGH-Quartett

Den EuGH hat diese Argumentation nicht überzeugt, wobei er seine Linie im Wesentlichen in vier Entscheidungen entwickelte:

1. Bereits Ende 2020 interpretierte er die Ausnahmen des Art. 5 II 2 Emissions-VO eng, weswegen „nur unmittelbare Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen“<sup>2</sup>, Abschaltvorrichtungen rechtfertigen könnten. Solche Schäden waren in casu nicht zu befürchten.
2. Im Sommer letzten Jahres stellte er klar, dass jede unzulässige Abschaltvorrichtung auch zu einem erheblichen<sup>3</sup> Sachmangel führe.<sup>4</sup>
3. Im November 2022 leitete er aus Art. 47 GRC i.V.m. Art. 9 III Aarhus-Konvention eine Klagebefugnis der Deutschen Umwelthilfe gegen die – rechtswidrigen – Freigabebescheide des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) ab.<sup>5</sup> Das [VG Schleswig](#) hat diese Entscheidung im Februar bereits, wenn auch noch nicht rechtskräftig, umgesetzt.
4. Am 21. März 2023 nun hat der EuGH Art. 5 II Emissions-VO i.V.m. Art. 18 I, 26 I und 46 I Rahmen-RL als die individuellen Käufer schützend eingeordnet.<sup>6</sup> Die vom Hersteller jeden Käufer auszu-

<sup>1</sup>Vgl. EuGH BeckRS 2023, 4652 Rn. 27. In den Rechtssachen C-128/20 und C-134/20 nahm die Abgasrückführung nach dem Parteivortrag von VW „immerhin“ erst bei weniger als 15 Grad Celsius Ladelufttemperatur ab, vgl. Schlussantrag GA Rantos BeckRS 2021, 27755 Rn. 85.

<sup>2</sup>EuGH NJW 2021, 1216 Rn. 114. Nochmals nachgeschärft in EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 70.

<sup>3</sup>EuGH BeckRS 2022, 16620 Rn. 89. Damit ist eine Berufung auf § 323 V 2 BGB ausgeschlossen.

<sup>4</sup>EuGH BeckRS 2022, 16620 Rn. 58.

<sup>5</sup>EuGH NJW 2022, 3769.

<sup>6</sup>EuGH BeckRS 2023, 4652 Rn. 85.

stellende Übereinstimmungsbescheinigung schaffe zwischen ihnen eine „unmittelbare Verbindung“ und begründe die berechnete Erwartung des Erwerbers, dass keine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet wird.<sup>7</sup> Damit sind die deutschen Umsetzungsrechtsakte (§§ 6 I, 27 I, EG-FGV) Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB. Auch wenn die Entscheidung in Vielem vage und im Begründungsniveau hinter dem **Schlussantrag des Generalanwalts** zurückbleibt, lässt sich sagen, dass damit jede Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu einer *Fahrlässigkeitshaftung (auch) für reine Vermögensschäden bzw. für ungewollte Verträge* führt. Die Tragweite dieser Lösung ist enorm, weil Käufer keinen Vorsatz mehr nachweisen müssen, wenn sie den Kaufpreis zurückverlangen wollen. Beim Abgasskandal 2.0 hatten die Hersteller das KBA nicht getäuscht, sondern sich schlicht auf die Zulässigkeit der Abschaltung berufen. Mit Blick auf eine Fahrlässigkeitshaftung bei Schutzgesetzverletzung können sich aber Personen, die „im Geschäftsleben“ stehen, „kaum jemals“ auf einen Rechtsirrtum berufen.<sup>8</sup> Allein beim BGH sind deswegen mehr als **1.900 Verfahren anhängig**.

## Deutsche Verhinderungsbemühungen

Gegen dieses Entscheidungsquartett bildete sich in den Jahren nach Bekanntwerden des Abgasskandals eine – herstellerfreundliche – Viererfront:

1. Das KBA verzichtete im Wesentlichen darauf, die Hersteller mit behördlichen Maßnahmen gegen Thermofenster zu behelligen. Mehr als ein Jahr nach dem ersten EuGH-Urteil beharrte es „**kontrafaktisch**“ auf der Einschätzung, Thermofenster seien unionsrechtskonform. Stattdessen fiel der Behördenchef durch Mails mit der Schlussformel „**mit industriefreundlichem Gruß**“ und das KBA insgesamt durch enge Abstimmungen mit der Auto-

Industrie bei der Formulierung behördlicher Positionen auf.

2. Die Bundespolitik reagierte auf die zu erwartende Klagewelle mit der Einführung einer **weitgehend wirkungslosen** Musterfeststellungsklage. Daneben setzte man sich nach Bekanntwerden des Abgasskandals im **BMVI** dafür ein, die Verbandsklagebefugnis des Umweltrechtsbehelfsgesetzes nicht auf Produktzulassungen – und damit auf Typgenehmigungen des KBA – zu erstrecken.
3. Die Obergerichte sahen keinen Anlass, die berührten Unionsrechtsfragen dem EuGH vorzulegen – die Rechtslage war schließlich „von vornherein eindeutig“<sup>9</sup>.
4. Teile der Privatrechtswissenschaft bereicherten die Debatte mit bemerkenswert kreativen, fast ausschließlich herstellergünstigen Beiträgen, die auf „Anfrage[n] aus der Praxis“ beruhten.<sup>10</sup>

## Divergierende Vorverständnisse

Dennoch meine ich, dass die deutsche Rechtsdogmatik von der jüngsten EuGH-Entscheidung nicht in erster Linie aus Gründen des Lobbyismus überrascht wurde. Vielmehr liegt dies am implizit zugrunde gelegten privatrechtstheoretischen Vorverständnis und daran, dass man es versäumte, sich in die Eigenrationalität des Unionsrechts hineinzusetzen.

## Die deutsche Sicht: Systemdenken

Die deutsche und deutliche Kritik im Vorfeld der Entscheidung sah durch den Schlussantrag eine unbegrenzte Vermögenshaftung eingeführt, obwohl die §§ 823 ff. BGB sich doch mit ihren drei kleinen Generalklauseln bewusst gegen eine derart weitgehende Verantwortlichkeit entschieden hatten.<sup>11</sup> Eine Haftung wegen fahrlässiger Schutzgesetzverletzung drohe das „Gesamtsystem des deutschen Haftungsrechts“ und dessen „Fundamentalprinzipien“ zu untergraben sowie die abschließende Re-

<sup>7</sup> EuGH BeckRS 2023, 4652 Rn. 81 f.

<sup>8</sup> BGH NJW 2017, 2463 Rn. 28.

<sup>9</sup> BGH NJW 2020, 1962 Rn. 77.

<sup>10</sup> Die konsequente Nichtnennung der Auftraggeberin kritisierte dabei bereits der Deutsche Hochschulverband, vgl. <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/abgasaffaere-vw-und-die-wissenschaft-unklare-verhaeltnisse-bei-der-aufklaerung-des-dieselskandals/25191942.html>. Mitunter wurde auch ganz auf eine Kenntlichmachung des Gutachtenauftrags verzichtet, siehe die umfassende Übersicht bei Heese, Auftragsgutachten und Dieselskandal: <https://www.uni-regensburg.de/rec htswissenschaft/buergerliches-recht/heese/projekt-dieselskandal/index.html>.

<sup>11</sup> OLG Nürnberg BeckRS 2023, 2520 Rn. 13; Riehm, ZIS 2022, 2309 (2312); Grigoleit, ZIP 2023, 221 (228).

gelung des Mängelgewährleistungsrechts zu konterkarieren. Sie wäre *contra legem*.<sup>12</sup> Mit dieser Sicht sind zwei Prämissen verbunden: Erstens wird damit die Aufgabe des Privatrechts in der Konstruktion eines möglichst widerspruchsfreien, einheitlichen, von innerer Stimmigkeit getragenen und dem staatsfernen Interessenausgleich zwischen Freien und Gleichen verpflichteten Systems gesehen.<sup>13</sup> Alles, was sich innerhalb dieses Erwartungshorizonts nicht verdauen lässt, erscheint als Fremdkörper. Zweitens ist diese Sicht kaum sensibel für den Umstand, dass das deutsche Haftungsmodell mit seinem schwachen deliktsrechtlichen Schutz nicht nur international eher eine Sonderstellung<sup>14</sup> einnimmt, sondern die daraus resultierenden Verwerfungen bereits selbst abfedern musste – meistens vertragsrechtlich, z.B. durch *Culpa in contrahendo* und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD). Der Konflikt mit dem Unionsrecht wird zusätzlich dadurch verschärft, dass die privatrechtlichen Leitgedanken (hier: nur Schutz von Rechtsgütern/absoluten Rechten, Relativität der Schuldverhältnisse, keine Regulierung/Prävention) latent in der rechtstheoretischen Einordnung als harte Regeln statt als optimierungs- und eben abwägungsbedürftige Prinzipien begriffen werden. Der Konflikt verschiebt sich von der Dimension der Gewichtung hin zu jener der Geltung (hier: *contra-legem*-Vorwurf).

### Unionsprivatrecht: Fragmentierung, fehlende Fachsäulentrennung, Effektivität, Marktfunktionsbezogenheit

Aus europäischer Perspektive kann dieses Verständnis nur befremden. Schon wegen des fragmentarischen Charakters des Unionsprivatrechts ist dieses skeptisch gegenüber dem deutschen Systemanspruch.<sup>15</sup> Angesichts der „Herrschaft des Partikularen im EU-Privatrecht“<sup>16</sup> kennt es keine strikte Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht und hat wenig übrig für von

der deutschen Privatrechtswissenschaft mit Verweis auf die Privatautonomie vorgetragene Sonderbehandlungswünsche. Dies spiegelt sich auch normativ wider, wenn Art. 4 II EUV den „verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten deutlich bereitwilliger entgegenkommt als deren einfachrechtlichen Befindlichkeiten (Art. 4 III EUV).<sup>17</sup> Zugleich steht die EU nicht im Zeitgeist des liberalen Bürgertums, das sich vom Obrigkeitsstaat seine Freiheiten erst erkämpfen musste. Ihre Legitimation findet sich in Grundrechtskatalogen (GRC, EMRK) und einer (wenngleich ausbaufähigen) demokratischen Partizipation. Staatliche Herrschaft ist deshalb nicht mehr allein freiheitsbeschränkend, sondern auch freiheitsermöglichend.<sup>18</sup> Dem Unionsrecht fehlt der Glaube an eine vorstaatliche Freiheitsromantik, Verträge sind damit „kein Naturzustand, sondern ein kulturelles Konstrukt. Hinter jedem Vertrag steckt der Staat.“<sup>19</sup> Wenn das Unionsrecht ein System kennt, dann ist dessen Bezugspunkt nicht das glorifizierte Privatrechtssystem, sondern die Gesamtrechtsordnung des demokratischen Verfassungsstaates.<sup>20</sup> Die Einbeziehung einer individual-schützenden Regulierungsdimension in die Privatrechtsgestaltung ist vor diesem Hintergrund viel naheliegender als im deutschen Setting.

Hinzu kommen zwei weitere Aspekte: Zum einen befindet sich das Unionsrecht, das über keinen eigenständigen Rechtsdurchsetzungsapparat verfügt, in einem permanenten Selbstbehauptungskampf gegen mitgliedstaatliche Autonomieansprüche.<sup>21</sup> Das Unionsrecht will effektiv sein und nicht nur auf dem Papier existieren; die spezifisch privatrechtliche Regulierungsdimension ergänzt also die Möglichkeiten des *public enforcement* durch jene des *private enforcement*, bei dem sich die Prozessparteien schon aus Eigeninteresse für ein starkes Unionsrecht einsetzen. Zum anderen ist das Unionsprivatrecht viel deutlicher als das deutsche Zivilrecht markt-

<sup>12</sup>Riehm, ZIS 2022, 2309 (2318, 2320).

<sup>13</sup>Nach wie vor prägend für diese Sicht auf das Privatrecht bzw. seine Wissenschaft: *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983.

<sup>14</sup>Vgl. allg. *Wagner*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 BGB Rn. 15 f.; zum englischen Recht *Schirmer*, ZEuP 2021, 35 (59).

<sup>15</sup>*Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (743).

<sup>16</sup>*Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (743).

<sup>17</sup>*Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (770 f.).

<sup>18</sup>*Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (750 f.).

<sup>19</sup>*Lurger*, ZEuP 2018, 788 (809).

<sup>20</sup>*Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (752) und davor.

<sup>21</sup>Ausf. *Haltern*, Europarecht II, 3. Aufl. 2017, Rn. 843 ff.

funktionsbezogen.<sup>22</sup> Diese Konfrontation mit dem regulatorisch arbeitenden Marktrecht wird durch die EU beschleunigt, beruht aber letztlich auf ökonomischen Notwendigkeiten.<sup>23</sup>

### Konsequenzen für das Vorlageverfahren: Ausgleich externer Effekte

Vor dieser Folie lässt sich eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden deutlich besser nachvollziehen, gerade weil die klassischen Auslegungsmethoden in dieser Frage kaum Handfestes bieten. Sie stellt sich aus marktfunktionalistischer Sicht zunächst als Reinternalisierung von Externalitäten dar, welche die Automobilhersteller mit ihrer – **absurd weiten** – Interpretation der Ausnahmen des Art. 5 II 2 Emissions-VO bewusst ausnutzen. Die Umwälzung von **Gesundheits- und Umweltschäden**, deren Vermeidung den Herstellern durch das Emissionsrecht aufgegeben ist, auf die Allgemeinheit, kann als geradezu klassischer Fall negativer externer Effekte gelten. Eine Haftung aus § 823 II BGB dient somit dazu, ein bestehendes Marktversagen zu beheben.<sup>24</sup> Der Eindruck der Korrekturbedürftigkeit verstärkt sich dadurch, dass Verbraucher\*innen zunehmend auch solchen „weichen“ Faktoren wie menschenrechtskonformen Produktionsbedingungen (vgl. § 3 LkSG) oder der Umwelt- bzw. Klimabilanz bei ihrer Kaufentscheidung Bedeutung beimessen und umgekehrt Unternehmen diese Nachfrage bewusst mit – höherpreisigen – Angeboten decken.<sup>25</sup> Erfüllen die Unternehmen ihre Versprechungen i.S.v. § 434 II, III BGB nicht, drückt sich dies konsequenterweise auch in einem merkantilen Minderwert<sup>26</sup> des Produktes aus – auch wenn mancher in der Einhaltung von Umweltstandards (anders bei Unfallfreiheit des Fahrzeugs) keinen wirtschaftlichen Wert erkennen kann. Damit erscheint nicht so sehr das Unionsrecht übergriffig, sondern eher das deutsche Haftungsregime bei einer *ganzheitlichen* Kosten-Nutzen-Analyse nach wohlfahrtsökonomischem Vorbild defizitär.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Lurger, ZEuP 2018, 788 (789, 797).

<sup>23</sup> Lurger, ZEuP 2018, 788 (817 f.).

<sup>24</sup> Allg. Lurger, ZEuP 2018, 788 (802, 811).

<sup>25</sup> Schirmer, ZEuP 2021, 35 (50 ff.).

<sup>26</sup> Schirmer, ZEuP 2021, 35 (52).

<sup>27</sup> Für Produktionsbedingungen Schirmer, ZEuP 2021, 35 (61).

<sup>28</sup> RGZ 91, 21 (24 f.). Näher Schirmer, ZEuP 2021, 35 (55).

<sup>29</sup> Zweifel äußert allerdings der Bericht der „Untersuchungskommission ‚Volkswagen‘“, 2016, S. 123, 128, abrufbar unter: [https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/erster\\_ber\\_uk\\_vw\\_nox.pdf](https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/erster_ber_uk_vw_nox.pdf).

### Normative Plausibilität einer Durchgriffshaftung

Eine direkte Inanspruchnahme des Herstellers ist schließlich auch ökonomisch effizienter als das deutsche Modell: Während die vertragliche Regresslösung (§ 445a BGB) dem Verkäufer – verschuldensunabhängig – das Verjährungs-, Prozess und Insolvenzrisiko aufbürdet, weist die EuGH-Lösung dem Hersteller als Verursacher der Externalitäten auch deren Beseitigung zu. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass bereits das Reichsgericht den unzureichenden Schutz von bis dato als bloßen Gemeinschaftsinteressen verstandenen Positionen (Schutz von Angehörigen des Mieters) zum Anlass für die Erweiterung des deutschen Haftungsmodells nahm.<sup>28</sup> nur eben nicht durch eine Ausdehnung der §§ 823 ff. BGB, sondern durch den VSD.

### Untätigkeit des KBA

Schließlich durfte sich der EuGH durch den bestenfalls laschen Umgang des KBA mit Thermofenstern und die unzureichende Reaktion der deutschen Politik in seiner Lösung doppelt bestätigt sehen. Nicht nur musste ihm die weite Interpretation des Art. 5 II 2 Emissions-VO durch die Auto-Hersteller, der die Behörde nahezu kritiklos<sup>29</sup> folgte, als massives Durchsetzungsdefizit des Unionsrechts erscheinen. Welchen Wert hat eine Abgasregulierung noch, wenn letztlich über weite Teile des Jahres kein Fahrzeug die Vorgaben einhalten muss? Hier war eine Reaktion also nahezu unvermeidlich. Darüber hinaus verdeutlichte gerade die Handhabung des Abgasskandals durch das KBA, wie wertvoll es ist, neben dem *public enforcement* auf die zweite Säule des unionsrechtlichen Sanktionsregimes in Form des *private enforcement* zu setzen.

### Fazit

Versteht man es als Fundamentalprinzip des deutschen Privatrechts, dass Verbraucher nur dort vor der unter-



nehmerischen Ausnutzung von Externalitäten geschützt werden, wo das fragliche Verhalten bereits die Grenze zur Wirtschaftskriminalität streift (dann Haftung aus § 826 BGB), muss die individualschützende Wirkung des EU-Emissionsrechts als Systembruch erscheinen; verabschiedet man sich dagegen vom spezifisch *privatrechtlichen* Systemdenken hin zu einem, das die Gesamtrechts-

ordnung in den Blick nimmt, wohl nicht. Wenn auch das nicht tröstet, sei darauf hingewiesen, dass der beklagte Systembruch wohl ohnehin unvermeidlich ist. Die Haftung aus § 823 II BGB nimmt nur den seit Mitte letzten Jahres bestehenden Anspruch aus § 9 II UWG vorweg.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup>Vgl. *Fritzsche*, in: MüKo-UWG, 3. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 2c Für die anhängigen Dieselfahrer kommt § 9 II UWG natürlich zu spät.

Teodora Petrova

# Barring Legal Gender Reassignment in Bulgaria

Rights of Transgender People and Traditional Social Values

doi: 10.17176/20230302-185205-0



The Bulgarian Supreme Court of Cassation (SCC)<sup>1</sup> has recently rejected the possibility for legal gender reassignment of transgender people. In an Interpretative [Decision No. 2/2000 from the 20.02.2023](#), the General Assembly of the Civil Chamber decided that the “objective substantive law [...] does not provide for the possibility for the court to admit [...] a change of the data concerning the sex, name and unique civil number in the civil status records of an applicant who claims to be transgender.” The interpretative case targeted the contradictory practice of the SCC on the issue and provides binding instructions to the courts concerning all applications, pending or future, for legal gender reassignment. The decision’s reasoning is heavily based on [the binding interpretative decision of the Constitutional Court](#) stating that the concept of “sex” is determined at birth and can only have a binary biological meaning.

The SCC followed the approach of the Constitutional Court in framing its reasoning alongside the lines of the traditional social values. In doing so, the interpretative decision arguably undermined its own goal of unifying the future case-law by avoiding the discussion on the right to equal treatment of transgender persons and their protection from discrimination on the ground of their sexuality. Moreover, the legal reasoning fell short of addressing the main violations stemming from related ECtHR case-law against Bulgaria pertaining to the right to private life of transgender people and the balance between public and individual interests.

## Balancing General and Individual Interests Against Traditional Values

In the decision, 28 magistrates considered that the Constitution and all Bulgarian legislation are built on the understanding of the binary existence of the human speci-

es. Accordingly, gender is determined by birth and is lost with death, and “the concept of ‘sex’ has a meaningful application and determines the constitutional status of natural persons in relation to social relations and specifically to the institutions of marriage, family and maternity”. The legal recognition of gender reassignment can thus potentially lead to the civil registration of same-sex marriages or same-sex parentage which is not permitted under Bulgarian law.

By citing related ECHR case law (including [Y.T. v. Bulgaria](#) and [P.H. v. Bulgaria](#)), the reasoning of SCC points out that the ECtHR has repeatedly held in its judgments that in determining the existence of a state’s positive or negative obligation under Article 8 of the Convention in terms of legal gender reassignment, the correct balance between the common good and the interests of the individual must be taken into account. However, the SCC pointed out that while the ECHR has precedence over national laws that may violate it, it still occupies a lower rank than the Constitution in the national hierarchy of norms. Hence, the constitutional understanding of the term “sex” has supremacy when it came to the national law. While the meaning of “sex”, including in its relation to family relations, can evolve, such development requires a need of predictability and clarity of its application for the sake of legal certainty. Correspondingly, the SCC reasoned that the “society’s value understandings, shaped by religion and morality, are characterized by stability and resilience as a regulator of behavior, whereby the state’s imposition of legal permissions in conflict with established moral and/or religious norms and principles would be characterized by questionable legitimacy and would compromise their regulatory potential.”

Against this background and the outlined above potential legal consequences pertaining to same-sex mar-

<sup>1</sup>Supreme Court of Cassation (“Върховен касационен съд”) is the court exercising supreme judicial supervision in Bulgaria over civil and criminal law cases. See Article 108, Law on the Judicial Power, SG 64/07.08.2007 (with later amendments).

riage and parentage, the SCC considered that the overriding public interest outweighed the interest of transgender applicants in terms of amending civil registers. In addition, given “the manner in which this would be perceived in society, in the absence of public consensus and legislation”, the SCC concluded that legal gender reassignment would be contrary to the public interest. Such a change should be considered admissible only in the case of detailed legislative regulation, which is currently lacking.

### The Decision in Light of the Relevant ECHR Case-law and the Principle of Equality

Based on the adopted interpretative decision, it can be inferred that the SCC instructs the courts to refuse to consider the merits of applications of transgender persons for legal gender reassignment without taking into account the specific features of each individual case. Furthermore, courts can do so without considering whether the balance between the common good and the individual interest has been respected. Such an approach omits to consider whether the right to human dignity and respect for privacy would be disproportionately affected and thereby undermines related ECHR case-law as well as the principles of equality and non-discrimination.

21 magistrates provided a dissenting opinion, noting that the cited constitutional decision did not make binding prescriptions to the judiciary on the regulation of the legal status of transgender persons.<sup>2</sup> Transgender persons, intersex persons and other persons for whom gender reassignment is medically necessary are “living human beings and their sex is biological according to the Constitution”. The opinion further states that the legal reassignment of sex is also “not in conflict with the binary existence of the human species” because one does not end up with a “third sex” but instead passes from one sex to the other due to a biological set of characteristics. The biological understanding of the concept of “sex” does not in any way exclude the legal change of the sex of living human beings but only prohibits the possibility of such change for said persons after their death at the request of their heirs. Neither the Constitution nor the ordinary laws prohibit the changing the recorded sex of transgender, intersex and other persons on civil status certificates for medical reasons. Additionally, the cited constitutional decision specifically noted that in the case of intersex

persons gender identification may be a ground for changing the sex recorded in civil status records.

The dissenting magistrates further reasoned that in order for the interpretative decision of the SCC to unify the future case-law it had to guarantee the right to equal treatment of transgender persons and their protection from discrimination on the ground of their sexuality. By failing to address this issue, the SCC leaves room for undermining the principle of prohibition of discrimination. Specifically, the decision’s reasoning does not touch upon the legal status of transgender persons who have already changed their sex with or without surgical intervention or hormonal treatment and the compliance of their status with the current law in the country. A related conundrum pertains to such persons’ equal treatment with other transgender people who in the future will not be able to legally reassign their sex and the equal treatment with intersex persons and other persons who need to change their sex for medical reasons.

Concerning the reasoning of the interpretative decision on the role of the ECHR, it needs to be pointed out that based on Article 149(1)1 of the Bulgarian Constitution, the Constitutional Court can rule on the constitutional compatibility of international treaties prior to their ratification. Accordingly, once the ECHR has been ratified, promulgated and entered into force, thereby becoming part of the domestic law of the country, the Constitutional Court, pursuant to Article (1)4 of the Constitution, can only rule on the laws’ conformity with it. As the Constitutional Court itself has pointed in [Order No 2/29.04.21 in Const. Case No 6/2021](#), the Court could interpret the provisions of the Constitution in the light of international law, in particular the ECHR, but it could not rule on the compatibility of an international treaty in force with the Constitution. Likewise, the dissenting opinion in the SCC interpretative decision clearly states that there can be no question of a conflict between Article 8 of the ECHR and the Constitution, and consequently “neither of the two legal instruments ‘overrides’ the other, including with respect to the biological explanation of the term ‘sex’ given by the Constitution”. The SCC decision is unable to limit the scope of Article 8 of the ECHR by excluding its application to transgender persons in Bulgaria due to the biological explanation of the term “sex” given by the Constitution. Moreover, as pointed above, transgender per-

<sup>2</sup>The dissenting opinion could be found at the end of the interpretative decision in the case.

sons, intersex persons and other persons for whom sex reassignment is medically necessary are living persons and their sex is thus biological according to the Constitution.

The dissenting opinion recalls that in the two cases of *Y.T. v. Bulgaria* and *P.H. v. Bulgaria*, Bulgaria was convicted not for the lack of substantive prerequisites in the national law for the right of a transgender person to request the national court to change the sex in the civil status records. Instead, the violation was grounded in the fact that, under the available legal framework, the Bulgarian court had not taken into account the balance between the general public interest and the interests of the individual. The ECtHR further concluded that the national court refused to apply the existing Bulgarian legislation in the light of Article 8 of the ECHR. The Strasbourg Court has also found that the refusal in principle, based on traditional values and Christian traditions, as well as the lack of detailed national legislation, without examining whether the balance between the interests of society and the interests of the individual has been respected, violates Article 8 of the Convention.

### Exercise of Subjective Rights Dependent on Civil Status Records

Finally, in order to reach its conclusion, the interpretative decision also uses as an argument the lack of developed procedural pathways for legal gender reassignment in the national system. A relevant question in this regard is whether courts can deny the exercise of rights' due to the lack of procedures for their realization. In a [blog post](#), Dr. Vassil Petrov, a Judge in the Sofia District Court, reflects on this question in light of the SCC decision. Jurisdiction in administrative law, understood as the power to issue acts binding on citizens and organizations of citizens, is derived from the law. However, competence does not always stem from an explicit statutory provision. As Judge Petrov points out, sometimes jurisdiction arises from an implied (sub-legislative) statutory empowerment. Civil status regulation embodies principles of both private and public legal nature that not should only provide for the possibility of comprehensive protection of the rights and legitimate interests of natural persons through ensuring personal identification but should also ensure the exercise of all rights dependent on such identification. Indeed, Article 46(3) of the Law on Statutory Acts prohibits to interpretatively justify the competence of a public authority to impose criminal, administrative

or disciplinary liability in hypotheses where there is no explicit statutory provision. Nevertheless, outside these cases, Judge Petrov concludes, the courts may interpretatively infer the competence of an administrative authority, provided that there is a statutory basis for doing so and no statutory prohibition or legal principle is violated.

Accordingly, courts cannot simply refuse to protect rights because the procedural law does not provide a way for this. The ultimate question then again boils down to the rights and freedoms of transgender people and how these rights are balanced against the public interest. Last but not least, according to the case-law of the Constitutional Court, Article 8 of the ECHR is a directly applicable provision in the domestic law hence implying that citizens can invoke the provision before national courts even without the presence of elaborate national legislation. Following a similar logic, in a number of its older decisions (for instance [Decision 205/05.01.2017](#) and [Decision 142/28.06.2019](#)) the SCC has remanded cases back to lower courts on the grounds that the national law recognizes the possibility of making a change in the civil status record based on a court decision allowing a change of the original sex. Such reasoning was deemed to be in accordance with the nature of the personal rights recognized and protected by Article 8 ECHR.

### Final Remarks

According to Article 4 of the Constitution, Bulgaria is a state governed by the rule of law and guarantees human dignity. The rule of law and the irrevocability of human dignity constitute a foundation of and guarantee for fundamental rights and principles, including the right to respect for private life and equal treatment. This constitutional basis entails the universal equality of dignity for all human beings, including transgender people. The recent interpretative decision of the SCC on the legal gender reassignment infers that related cases will continue to be examined, but simultaneously courts are instructed to refuse to consider the merits of transgender applications regardless of the various specifics of each case. Such approach not only undermines fundamental rights and principles but is also ultimately incapable of living up to the [earlier reasonings of the SCC](#) stipulating that every national court of all States Parties to the ECHR is also a national human rights court within the meaning of Article 13 of the Convention.

Tessa Grosz

# Inter\* Personen im menschenrechtlichen Warteraum



doi: 10.17176/20230314-185244-0

Bei Fällen aus dem LGBTIQ\*-Themenkreis vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) lässt sich ein gewisses Muster erkennen: In dem jeweils ersten Beschwerdefall (sei es das [Adoptionsrecht für homosexuelle Personen](#), sei es die Frage der [Anerkennung der Geschlechtsidentität von trans\\* Personen](#)), erkennt der EGMR zunächst keine Verletzung eines Konventionsrechts an. Häufig erklärt er aber auch, dass diese Einschätzung sich ändern kann. So könnte es auch bei der Frage des Personenstatus von inter\* Personen kommen.

**Zu dieser Frage hatte der EGMR jetzt zum ersten Mal Gelegenheit sich zu äußern:** Die beschwerdeführende Person Y wurde 1951 in Straßburg geboren. Die Geburtsurkunde deklarierte die Person als männlich, Y deklariert sich als inter\*. Die französischen Gerichte lehnen eine Änderung von „männlich“ auf „neutral“ oder „intersex“ ab. Y sieht sich im Recht auf Privatleben verletzt und legte Beschwerde beim EGMR ein. Der Gerichtshof sieht darin zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Verletzung von Art 8 EMRK. Auch dieses Urteil weist darauf hin, dass zukünftige Fälle anders ausfallen könnten. Positiv zu beurteilen ist auch dass das Leid der beschwerdeführenden Person ausdrücklich anerkannt wird.

## Inter\* als Identität vor dem EGMR

Y ist seit Geburt an inter\*, der Prozess der Geschlechtsdifferenzierung hat sich in utero nie vollzogen. Weder Hoden, noch Eierstöcke haben sich geformt, daher hat Y auch nie Geschlechtshormone produziert. Daran änderte auch die Pubertät nichts: Mit 21 Jahren hat Y ein unbestreitbar androgynes Aussehen. Aufgrund einer Osteoporose wurden Y im späteren Leben männliche Hormone verschrieben. Diese verändern sein androgynes Aussehen kaum, führt allerdings zu Bartwuchs und einer tieferen Stimme. Auch mit 63 Jahren behält Y seine inter\* Identität, die sich neben dem biologischen Aspekt auch durch eine „psychologische Intersexualität“ und eine „soziale Intersexualität“ bemerkbar macht (Rz 10). Am 12. Jänner 2015 beantragt Y beim Gericht erster In-

stanz (Tribunal de Grande Instance), die Geschlechtsbezeichnung von „männlich“ auf „neutral“ (oder „intersex“) zu ändern. Das Gericht gab am 20. August 2015 dem Antrag statt: Weder die Medizin noch das Umfeld von Y noch Y selber sehe Y als männlich (oder weiblich). Derselbe Fälle seien so selten, dass sie auf „keine rechtlichen Hindernisse im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung stoßen“ (Rz 14, Übersetzung durch die Autorin).

Das Berufungsgericht (Cour d'Appel) sah dies anders und hob das Urteil mit 22. März 2016 auf. Es begründete seine Entscheidung damit, dass Y ein männliches Aussehen hat, verheiratet ist und ein Kind adoptiert hat. Auch das [Kassationsgericht](#) (Cour de Cassation) wies die gegen die Berufungsentscheidung eingelegte Beschwerde zurück. Es wies darauf hin, dass „die französische Rechtsordnung die Eintragung eines anderen als des männlichen oder weiblichen Geschlechts in den Personenstandsregistern nicht zulässt“ (Rz 16, Übersetzung durch die Autorin). Art 8 EMRK sei nicht verletzt, da „die Zweigeschlechtlichkeit des Geschlechtseintrags in den Personenstandsunterlagen ein legitimes Ziel verfolgt, welches für die soziale und rechtliche Organisation notwendig ist, deren grundlegendes Element sie ist“ (Rz 16, Übersetzung durch die Autorin). Die Einführung eines neutralen Geschlechts hätte tiefgreifende Auswirkungen auf die französische Rechtsordnung. Die Gewährung eines solchen neutralen Geschlechtseintrags sei daher unverhältnismäßig.

## (Noch) keine Verletzung von Art 8 EMRK

Dagegen erhob Y Beschwerde an den EGMR. Nach Ansicht des Gerichtshofs handelt es sich bei der behaupteten Verletzung von Art 8 EMRK aber nicht um eine Frage der Selbstbestimmung im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität: Viel mehr gehe es darum, welche Folgen sich aus Art 8 EMRK ergeben, wenn eine inter\* Person, die biologisch weder männlich noch weiblich ist, dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugewiesen wird (Rz 44). Nach dieser Formulierung etwas überra-



schend erklärt der EGMR daraufhin, dass der Fall im Lichte der positiven Verpflichtungen des Staates untersucht werden muss. Die eingrenzende Formulierung hätte dem EGMR allerdings ermöglichen müssen zu konstatieren, dass es sich bei der Falschzuschreibung in der Geburtsurkunde von Y um einen staatlichen Eingriff handelt. Der Gerichtshof kommt jedoch zu dem Entschluss, dass es sich um eine Beschwerde gegen eine Lücke im französischen Recht handle, welche die beschwerdeführende Person in ihrem Privatleben beeinträchtigt, und nicht um eine Beschwerde gegen einen staatlichen Akt (Rz 69).

In seiner Prüfung stellt der EGMR auf zwei Aspekte ab: Zum einen die allgemeinen Grundsätze zur Beurteilung positiver Verpflichtungen eines Staates, wie die Frage, ob es einen europäischen Konsens zur Frage der Geschlechtszugehörigkeit von inter\* Personen gibt. Zum anderen, ob zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und jenem der Einzelperson angemessen abgewogen wurde.

Zum Fall selbst stellt der EGMR zunächst fest, dass die Geschlechtsidentität einer Person einen wesentlichen Aspekt der Intimsphäre darstellt. Mit Verweis auf *A.P., Garçon and Nicot v France* erinnert der Gerichtshof daran, dass „der Begriff der persönlichen Autonomie einen wesentlichen Grundsatz widerspiegelt, der der Auslegung der Garantien des Art 8 EMRK zugrunde liegt“ (Rz 75). Das Recht auf Geschlechtsidentität und persönliche Entfaltung ist somit ein grundlegender Aspekt des Rechts auf Privatsphäre. Dieser Umstand verringert den Ermessensspielraum des Staates. Demgegenüber hebt der Gerichtshof allerdings hervor, dass die Fragen, die in dieser Beschwerde aufgeworfen werden, in den Vertragsstaaten noch – zum Teil „kontrovers“ (Rz 77) – diskutiert werden und sich in demokratischen Staaten durchaus sehr divergente Meinungen dazu halten. Während der Gerichtshof zwar durchaus bekräftigt, dass die Frage der Anerkennung von Geschlecht außerhalb der Binarität in einigen Ländern diskutiert wird und in einigen Vertragsstaaten schon akzeptiert ist, reiche es dennoch nicht für einen europäischen Konsens. Der Gerichtshof begibt sich hier in Widerspruch zu seiner eigenen Argumentation in *Goodwin v UK*, wo er einen „emerging consensus“ (Rz 84) unter dem Vertragsstaaten bereits als ausreichend eingestuft und insbesondere auch auf den internationalen Trend abgestellt hat. Entwicklungen außerhalb der Konvention, etwa in Australien, Indien oder Nepal, werden im Fall Y vom EGMR gar nicht berücksichtigt.

Im Anschluss setzt sich der EGMR mit der Interessenabwägung auseinander. Der Gerichtshof stellt außer Zweifel, dass es sich bei Y um eine inter\* Person handelt. Es ist außerdem nicht zu bezweifeln, dass die Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen biologischen Geschlecht von Y und der rechtlichen Identität dazu geeignet ist, Leid und Angstzustände hervorzurufen. Der Gerichtshof hebt in diesem Zusammenhang die Ausführungen des\*der Psychotherapeuten\*in von Y hervor, in denen auf die andauernde „Identitätsverletzung“ hingewiesen wird, die dadurch entsteht, vorgeben zu müssen „Mann zu sein“, obwohl man einem „dritten Geschlecht“ angehört. Entschieden stellt sich der EGMR auch gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach das vermeintlich männliche Aussehen (v.a. bedingt durch die Osteoporose-Medikamente) Vorrang vor der inter\* Realität von Y haben sollte. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist allerdings auch das öffentliche Interesse Frankreichs besonders zu berücksichtigen. Die Anerkennung eines neutralen Geschlechts hätte weitreichende Auswirkungen auf die französische Rechtsordnung (Familien-, Abstammungs- und Fortpflanzungsrecht sowie die Gleichstellung von Frauen und Männern), wie es auch das Kassationsgericht angemerkt hat. Die subsidiäre Rolle des Konventionsmechanismus wird ebenfalls in Erinnerung gerufen. Die Einführung eines weiteren rechtlichen Geschlechts sollte durch die Gesetzgebung, nicht durch die Gerichte, erfolgen.

In Anbetracht der Gesamtsituation, des Fehlens eines europäischen Konsenses und des weiten Ermessensspielraums der Vertragsstaaten müsse es jedoch dem beklagten Staat überlassen bleiben, zu bestimmen, wie schnell und in welchem Umfang den Forderungen von inter\* Personen entsprochen werden kann. Der Gerichtshof erinnert abermals, dass es sich bei der Konvention um ein lebendiges Instrument handelt, das im Lichte der aktuellen Umstände gelesen werden muss. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sieht der EGMR allerdings keine Verletzung der aus Art 8 EMRK erwachsenden Gewährleistungspflichten Frankreichs.

### Alternative Auslegung: Negative Verpflichtungen

In ihrer abweichenden Meinung stellt Richterin Šimáčková fest, dass es zwar bisher keinen europäischen Konsens zur Frage der Geschlechtszugehörigkeit von inter\* Personen gibt und internationale Gerichtshöfe mit Blick auf die innerstaatliche Gewaltentrennung

zur Zurückhaltung verpflichtet sind. In diesem Fall könne man aber von der konkreten Situation der Person und ihre Lebensumstände nicht abstrahieren. RichterIn Šimáčková fasst die Situation von Y folgendermaßen zusammen: „Du bist zwar weder als Mann noch als Frau geboren worden, aber das Gesetz erlaubt das nicht. Deshalb musst du deinen Körper (auch wenn du darunter leidest) und deine Seele (auch wenn du dich gedemütigt fühlst) anpassen, um den vom Staat verabschiedeten Gesetzen zu entsprechen. Ich finde diese Eingriffe so schwerwiegend, dass sie meiner Meinung nach das Recht der beschwerdeführenden Person auf Achtung seines Privatlebens verletzen“ (Rz 1, Übersetzung durch die Autorin). Die RichterIn formuliert diesen Fall im Rahmen negativer Verpflichtungen, die sich aus Art 8 EMRK ergeben. Es geht nicht darum, dass Frankreich aktiv Schritte setzt, um die Rechte von Y zu gewähren (positive Verpflichtungen), sondern, dass Frankreich die Pflicht hat, eine Handlung zu unterlassen – hier eine falsche Eintragung in der Geburtsurkunde – die in ungerechtfertigter Weise in die Rechte von Y eingreift. Die Geschlechtsneutralität anzuerkennen muss in diesem Fall als Pflicht angesehen werden, sich nicht in das Privatleben der betroffenen Person einzumischen. Tatsächlich hätte die Formulierung und Eingrenzung der zu untersuchenden Frage durch den EGMR genau eine solche Auslegung nahegelegt. Gerade, weil er die zu untersuchende Frage so formuliert, dass es um Folgen einer Falschzuschreibung in der Geburtsurkunde geht,

hätte eine konsequente Auslegung geboten, eine Verletzung der negativen Verpflichtungen resultierend aus Art 8 EMRK anzuerkennen.

### Best Case Szenario: Inter\* Anerkennung im Jahr 2039

Im ersten Fall vor dem EGMR, in dem es um die rechtliche [Anerkennung der Geschlechtsidentität eines trans\\*](#) Mannes ging, wurde im Oktober 1986 mit zwölf zu drei Stimmen gegen eine Verletzung von Art 8 EMRK entschieden. Es dauert bis Juli 2002 (und mehrere Fälle dazwischen) bis der Gerichtshof in [Goodwin v UK](#) seine Haltung änderte und die Weigerung, die Geschlechtsidentität anzuerkennen, als Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens anerkannte. Legt der Gerichtshof im Fall von inter\* Personen ein ähnliches Tempo an den Tag, so dürften diese wohl frühestens im Jahr 2039 mit entsprechendem menschenrechtlichem Schutz rechnen. Bei den Fällen von trans\* Personen handelte es sich allerdings um die Anerkennung innerhalb eines binären Geschlechtersystems. Die Kategorien waren da, nur der verwaltungsrechtliche Weg zur Änderung war nicht etabliert. Im vorliegenden Fall geht es dagegen – wie auch in den vor wenigen Jahren vom [deutschen BVerfG](#) und dem [österreichischen VfGH](#) entschiedenen Fällen – um die Schaffung einer neuen bzw. dritten rechtlichen Kategorie. In diesem Kontext spielt wohl auch die vorherrschende, als Standard empfundene [Heteronormativität](#) eine Rolle. Die Frage ist: Wie lange müssen inter\* Personen im menschenrechtlichen Warteraum ausharren?

Romy Klimke, Christian Tietje

# Feminist Foreign Trade Policy is a Demand of the EU Treaties

doi: 10.17176/20230307-065120-0



On March 1st, 2023, Annalena Baerbock, the German federal foreign minister, introduced her long-awaited “Feminist Foreign Policy” (FFP) under the title “*Feministische Außenpolitik gestalten*”. In Germany, the paper prompted mixed responses, ranging from “*Kokolores*” (nonsense) to “most necessary” (see, e.g., a [FAZ podcast on the discussion of 2 March 2023](#)). The purpose of this short contribution is to highlight “guideline 5”, titled “Foreign Economic Policy”, and to place it into the context of EU foreign trade law. We argue that there is a strong basis for feminist trade policy in EU primary law. Arguably, any external action of the EU ought to be in compliance with basic considerations of feminist foreign policy. The key question is not *if* EU external action should comply with feminist foreign policy, but rather, *how*. For this inherently political process the German guidelines provide timely and welcome impetus.

## Background: The hidden gender-bias of trade policy

It is one of the basic theoretical assumptions of trade policy and law that trade liberalization will have a positive impact on people’s economic lives. However, feminist economists, sociologists, and lawyers now agree that trade policy and law are not gender-neutral (see e.g. [Hannah/Roberts/Trommer, 2020](#)). Welfare gains are not distributed in a gender-equitable manner, and many norms and standards still discriminate against women, either directly or, more frequently, as concomitant circumstances. For instance, while trade liberalization leads to the creation of new job opportunities, these jobs are usually in low-wage sectors such as agriculture, tourism, or the garment industry. As wage workers, women often have neither the technical skills nor the organizational structures to defend themselves against exploitative working conditions. Self-employed women, on the other hand, usually run small or micro-enterprises that have few or no employees and generate little turnover, leaving women at the margins of transnational trade.

Both from a human rights and an economic standpoint, these observations are worrisome. Structural inequalities, discriminating laws and policies, and socioculturally tolerated mistreatment of women and other vulnerable minorities in the economic sphere violate fundamental human and labor rights as guaranteed in the UN Convention on the Rights of Women and the ILO Conventions. In addition to the question of economic rights and justice, the gendered nature of trade has serious economic repercussions. Although women make up more than half of the world’s labour force, they contribute only 37 per cent of the gross global product. A [2015 study by McKinsey](#) concluded that global GDP could be increased by \$12 trillion by 2025 “if all countries were to match the progress towards gender parity of the best performers in their region”. Twenty years ago, Spanish-American economist Lourdes Benería summarized these considerations in one formula: gender-sensitive economic policy equals “economics as if all people matter” ([Benería 2003](#)).

To address these considerations, feminist foreign policies promote a paradigm shift that takes into account the inherent power struggles in international trade policies and moves the focus away from state interests and towards the multifaceted vulnerabilities and well-being of people.

## Following the Swedish pathway

In 2014, Sweden became the first country within the EU, and worldwide, to adopt a FFP. The Swedish FFP was dedicated to embracing a systematic gender perspective across all areas of foreign policy, including trade. The Swedish FFP, developed by Swedish foreign minister Margot Wallström, was based on a system known as the 3R-approach – Rights, Representation, and Resources. Since 2014, [several states have followed suit](#), including the EU member states [France](#) (2018), [Luxemburg](#) (2019), and [Spain](#) (2021). In the Netherlands and Belgium, the introduction of FFPs is currently up for debate. Contrary to

France, which refrained from including trade in its FFP, other countries, namely Sweden and Spain, have identified economic rights and empowerment of women as cornerstones of their FFPs. This comes as no surprise. Foreign economic policy is currently, and arguably always has been, an inherent part of foreign policy in general. In the case of Sweden, the commitment to a feminist trade policy translated into advocacy for the integration of gender equality in trade agreement negotiations.

### Trade policy in the German FFP

The German FFP considers gender as a cross-sectional issue which should guide German foreign policy in all its areas in the future. Trade policy is one of six thematic areas identified in the FFP. The trade policy guidelines are further divided into six selected objectives and project areas.

Some of the objectives reaffirm existing commitments. The German FFP specifically reiterates its ongoing commitment to the [Buenos Aires Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment](#), which 118 WTO members and observers endorsed in the margins of the WTO's 11th Ministerial Conference in 2017. Others pledge to support regional and international initiatives to further women's empowerment, visibility, and networks, and to establish respective fora of dialogue at selected diplomatic missions abroad. Supply chains are another trade area of concern identified in the German FFP. The FFP pledges to use its diplomatic influence to campaign for ratification of the ILO's Violence and Harassment Convention No. 190 from 2019. The convention is the first international treaty that establishes a right to a working life free of violence and harassment. The great practical importance of this latest addition to ILO standards is demonstrated by the fact that in 2022, 46 countries worldwide still had no legal provisions protecting women from sexual harassment in the workplace. Interestingly, the objectives mention neither the German Supply Chain Act nor the respective European legislative process, but instead focus solely on the revision of the National Action Plan.

The last two of the six trade policy objectives of the German FFP fall into the areas of digitalisation and artificial intelligence (AI). While it is not unusual to consider matters of digitalization within a trade context, respective FFPs usually emphasize equal access to digital media (e.g. see the [Spanish FFP](#), p. 29). The German FFP goes

further by bringing additional aspects of digital security into focus and promoting digital spaces free from gender-specific discrimination and hate speech (German FFP, p. 52). With regard to AI, the guidelines refer to the work of the [Freedom Online Coalition](#), a partnership currently made up of 36 governments. A working group of the coalition is in the process of developing guidelines for gender-appropriate design and application of AI (German FFP, p. 52). From a gender perspective, both subject areas are of enormous political relevance. [UN Women](#) very recently emphasized the pressing need to address and explore the impact of these emerging technologies on women and girls. However, it is not entirely clear why they are treated as matters of trade policy.

Beyond these aspects, the German FFP only very vaguely declares its willingness to integrate gender issues into EU trade policy and does not explicitly identify any specific measures. In fact, the guidelines leave out a number of questions that point to the very heart of gender inequality.

### Empowerment is not enough

While the FFP rightly reaffirms the importance of women's economic empowerment (p. 50), it is but one side of the coin. Research by feminist sociologists and economists show that a focus on economic empowerment is not enough to overcome deeply rooted barriers and inequalities. As indicated above, even supposedly neutral trade policies may perpetuate and reinforce discrimination against women. Other economic sectors, such as the extractive industries, are known for their harmfulness to women ([UN Women, 2022](#), p. 2). Any discourse on feminist trade policy should also consider these downsides of trade. Another pivotal question for a feminist re-orientation of trade policies is: who takes part in negotiations of trade agreements and other instruments? And who sits on the bench in case of a dispute? While the involvement of women in these processes is no panacea, change will not occur without them. Naturally, it is not for the German FFP to answer all these questions single-handedly. As Anna-Lena Baerbock herself emphasizes – the German FFP is but a 'work in progress' (FFP, p. 20). Nevertheless, it is critical to reflect on these questions along the way. This should be done while taking into account the respective EU legal framework.

## The EU Legal Framework

In this regard, it is important to note that trade policy differs from other areas of foreign policy. As has been established clearly since the treaty of Lisbon in 2009, the EU has comprehensive and exclusive competence in trade policy, cf. Article 3(1) TFEU. Member states of the EU may not contradict this division of competences with their own foreign policies.

Even more importantly, EU foreign trade policy is value-bound. According to Article 207 TFEU, “[t]he common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the union’s external action”. This provision refers to Article 205 TFEU, which again points to the value-oriented goals of general EU foreign policy as laid down in Article 21(2) TEU. These goals represent binding values for the implementation of the Union’s external action, including the foreign economic and trade policy of the EU.

Even though they are not explicitly mentioned in Article 21(2) TEU, the broad human rights, development, and global good governance goals laid down in that provision leave no doubt that the values and goals of feminist foreign policy are part of this catalogue. This is even more clear when considering that, according to Article 21(3) TEU, “[t]he Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies”. The principle of consistency points to the cross-cutting clauses of Articles 8 and 10 TFEU. Article 8 TFEU makes the elimination of inequalities and the promotion of equality between men and women a constitutional value of the EU. In addition, Article 10 TFEU stipulates that the EU shall aim to combat discrimination based on sex, racial, or ethnic origin, religion or belief, disability, age, or sexual orientation. These fundamental provisions align with the German approach to inclusive feminism as outlined in the FFP. Accordingly, feminist foreign policy:

*“is not a foreign policy for women, but for all members of a society. It includes and does not exclude. It recognizes that discrimination is never one-dimensional. It therefore stands up for all those who are marginalized by society on the basis of gender identity, origin, religion, age, disability, sexual orientation or other reasons.”*(German FFP, p. 3, translated by the authors).

In light of these considerations, it becomes clear that any EU external action must be in compliance with basic considerations of feminist foreign policy. Moreover, in an area of exclusive EU competence like foreign economic and trade policy, there is not much room left for deciding whether an EU member state actually wishes to pursue a feminist foreign policy. It is only a question of how such a policy should be designed and whether and with what intensity it is implemented. This is true for both, the EU and member state’s level, as implementation deficits are obvious for both.

## Feminist trade policy in times of gender backlash

As indicated above, the trade policy objectives of the German FFP are, intentionally or unintendedly, rather vague and leave room for interpretation and amendments. Contrary to the – as some would say – ‘provocative’ feminist label, they are neither particularly new nor even revolutionary. Rather, they mostly reaffirm existing legal obligations or emerging international consensus. In short: They are in a very positive sense up to date. However, for now, it remains to be seen whether actions will actually match rhetoric. In the past, trade law and policy have certainly not been considered particularly gender-sensitive. As we have indicated, this was merely the result of a lack of political will; legally there is a general obligation to pursue a feminist foreign economic and trade policy.

Ultimately, context is crucial. The German guidelines come at a time when right-wing policies all over Europe are increasingly threatening the rights of women and other vulnerable groups. It should come as a warning-sign that only months ago the new Swedish government [repealed its much-praised feminist foreign policy](#). In spite of the clear legal framework, gender-sensitive policies are not a matter of course within the EU – not now, nor in the near future. The German government will find an assertive ally in the European Parliament, which has underlined the importance of including increasingly feminist aspects in EU international economic and trade policy more than once. Just recently, the [Committee on International Trade \(INTA\) of the European Parliament, in its session on 25 October 2022](#), highlighted relevant aspects of trade and gender and underlined the importance to increase respective efforts. Thus, the German FFP presents a timely and noteworthy impetus to maintain and deepen discussions at the EU level on the potential and limits of feminist trade policy. It gives much needed and neces-



sary input on the implementation of a feminist foreign economic and trade policy.

Eleonora Bottini

# Constitutional? Perhaps. Democratic? Not so much

On the French Government's Maneuver to Pass the Law on Retirement

doi: 10.17176/20230327-195238-0



On the morning of Thursday 16 March, French President Emmanuel Macron met with his Prime Minister Elisabeth Borne and the other members of the cabinet in an emergency government meeting about the ongoing reform of retirement, which, amongst many other provisions, raises the minimum retirement age from 62 to 64. This provision has been met with fierce opposition by the [unions](#), the political opposition in Parliament and a [large part of the population](#). After a procedure of conciliation by a Joint Parliamentary Committee composed of 7 senators and 7 deputies, which was reunited Wednesday to agree on a common version of the bill, the two heads of the executive power have counted their votes. If the Senate has adopted the text without much surprise and a comfortable majority (193 yes and 114 no) on Thursday morning, the National Assembly presented more of a risk. The Government, which initiated the bill at the behest of President Macron, could only count on a tiny majority of a few votes in favor of the text, which seemed not to be enough to take the risk of a rebuke. Instead, the President decided together with the Prime Minister to activate [article 49 paragraph 3](#) of the French Constitution, allowing the Government to engage its responsibility in front of the lower chamber of Parliament on the vote of the bill. With this procedure, on the Prime Minister's request, all debates are interrupted for 24 hours. Once this delay has passed, either the opposition manages to adopt a motion of no-confidence, and the Government must resign (which also means the bill is abandoned), or the bill is "[considered as adopted](#)" without a vote by the National Assembly. In this case, the result is that the bill has passed as such, because the compromise text cannot be further amended unless the Government accepts it (as per [article 45 paragraph 3](#) of the Constitution).

After Borne's activation of "the 49.3" on Thursday afternoon, different parties have started organizing their no-confidence motions, including one across party lines, filed by a [centrist deputy](#). It has been the most popular motion out of the two, supported by 278 members, 9 votes short of what would have been needed for it to pass with an absolute majority. Other than the closeness of this vote, the most notable figure is the one third of the Republican parliamentary group, a center-right political party that is supposed to be in a [coalition with the government's majority](#), who also voted in favor of the motion (19 deputies out of 61).

## A tricky combination

Article 49 paragraph 3 has existed in the French Constitution since its adoption in 1958. Charles De Gaulle had wanted it in the text to avoid the kind of parliamentary blockage he had witnessed during the previous regimes of the 3rd and 4th Republics.<sup>1</sup> The provision is meant to force the adoption of a legislative text initiated by the Government unless the opposition to it becomes an opposition to the Government itself. Until now, the article has worked in favor of governments: out of the 100 times it has been used in 65 years, every single time the motions of no-confidence, which have been systematically filed 24 hours later, have failed to be adopted by an absolute majority of the members of the National Assembly. This is due in part to the constitutional mechanism for the vote of those motions: only if the absolute majority of the 577 members of the National Assembly approves the motion, the resignation of government by the Prime Minister will ensue. This means that absents and abstentions are counted as votes in favor of the Government.

This does not mean, like in Germany or Spain, that

<sup>1</sup>In fact, the idea of a confidence question on the vote of a bill appeared towards the end of the 4th Republic, but it was never adopted, and resurfaced during the constituent debate of the 5th Republic when it was approved by De Gaulle and his legal advisor Michel Debré: see [Silvano Aromatario](#), "La genèse du 49 al. 3", *Revue générale du droit* on line, 2019, n° 43719 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=43719](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=43719)).

the oppositions must agree on an alternative majority to govern: France does not have the same constructive vote of no-confidence as those two European countries. Still, the adoption of a motion of no-confidence is not more frequent in France, rather the opposite: only once since 1958 such a motion has passed, and never as a result of article 49 paragraph 3. In 1962, De Gaulle as President had organized a referendum to change the electoral system for his own election, from an indirect vote to a direct suffrage of the people: a change of the Constitution that avoided the proper procedure for constitutional amendments. Members of both the National Assembly and the Senate were largely opposed to this initiative, mostly because they had not been included in the procedure. Because of the impossibility to sanction the President himself (who is politically irresponsible according to article 67 of the Constitution), a majority of members of the National Assembly passed a motion of no-confidence and forced the Government to resign; as a response, De Gaulle dissolved the lower house and new elections were held. After a comfortable victory of the President's supporters, who gained 269 seats out of 482 in the renewed National Assembly, the constitutional amendment that initiated the crisis was considered democratically approved by the people, and that was that for no-confidence motions for the rest of the 5th Republic.

Since then, article 49 paragraph 3 has been used and also abused by governments in lack of majority. Socialist Prime Minister Michel Rocard used it **28 times** between 1988 and 1991. To avoid such misuses, the constitutional reform of 2008 reduced the number and type of bills that can be subjected to such an executive passage en force: only financial laws (including the social security budget) and one other bill chosen by the government can pass through this mechanism every year. Elisabeth Borne's Government has already used article 49 paragraph 3 ten times in the fall 2022 to pass the state budget. This more recent use relies on another article of the Constitution: Government decided to insert the pension reform in the **bill** rectifying the 2022 social security budget. The result is that the parliamentary debate falls into the scope of article 47-1 of the Constitution, stating that the National Assembly has 20 days and the Senate 15 days maximum to examine the bill. If the overall discussion exceeds 50

days, the Government has the right to pass the same measures through executive orders, bypassing Parliament altogether. Such strict timeframes are typical of financial laws as they are meant to ensure that both the State budget and the budget of social security are approved in time for the beginning of the fiscal year. The use of this article for this controversial reform had been criticized already as being **potentially unconstitutional**.<sup>2</sup> Combining it with article 49 paragraph 3 is unprecedented and calls for a real reflection on the constitutionality of the entire operation. This assessment is now in the hands of the Constitutional Council, the closest France has to a constitutional court. The Council is known as being generally **deferential** towards the executive power, being composed not by judges but by **former politicians** appointed by the three highest functions of the Republic (President of the Republic, President of the Senate, President of the National Assembly).

### Democratically flawed?

The use by the executive of an article or two of the Constitution, as well as the combination thereof, is deemed constitutional until a competent organ says otherwise. And the only one who could, the Constitutional Council, will probably not say otherwise. But even if something is constitutional, that does not make it democratic.

A look into the justifications for this procedure given by the head of State and the head of Government stirs reflection on the relationship between the constitutional and democratic character of the proceedings described above.

The executive power justified the use of article 49 paragraph 3 with two main arguments.

First, as President Macron announced, a vote on the reform of retirement was in fact going to happen on Monday, it can therefore not be said that the bill would pass without a vote. Second, the Prime Minister affirmed she could not risk the compromise bill to be put aside by the lack of a majority in favor of the reform.

For both arguments, a democratic counterpoint can be raised: the vote on Monday was not on the reform but on the survival of the Government, and it is not the same thing for members of Parliament to oppose a bill and to topple the Government, with all the potential con-

<sup>2</sup>Also, the use of a financial law to pass a political reform such as the one on retirement renders the recent announcement of the Prime Minister to only use the "49.3" for financial law potentially a potentially moot point: <https://www.tf1info.fr/politique/video-la-premiere-ministre-elisabeth-borne-ne-recourra-plus-au-49-3-en-dehors-des-textes-budgetaires-2252166.html>.

sequences (including early legislative elections). Also, arguably, to find a compromise on a bill and then to undertake the risk of Parliament rejecting it, can be easily described as the essence of parliamentary democracy. Such a system requires an appetite for political compromise that the institutions of the French 5th Republic do not seem to have. This hybrid regime, parliamentary with presidential features such as an elected head of State, has rarely seen minority governments. Today's political situation combines a president elected by an absolute majority of the people (with all the limits of the 2022 election, marked by the rejection of the far-right candidate Marine Le Pen rather than an actual approval of Emmanuel Macron) and a relative majority of seats in Parliament for his political party.

The French Constitution includes mechanisms to overcome this difficult situation. That does not mean that following it to the letter by using all its possibilities together corresponds to all and every definition of democ-

racy.

Constitutionalism and democracy have a complex [relationship](#) and the two concepts do not always imply one another. Examples of constitutional populism and illiberalism in Europe have largely [shown](#) that following (or using) the constitution is not a guarantee of democratic behavior. Constitutions have been instrumentalized, distorted or changed to please political leaders in the pursuit of their policy. The current crisis in France might not have yet resorted to this level of democratic backsliding (even if the increasingly violent police reaction to street protests is [worrisome](#)), but to conclude that all constitutional action is automatically one that fulfills the democratic promise is inaccurate. Especially within the current [crisis](#) of representative democracy, undermining the people's representation in Parliament by forcing their hand while [referring](#) to the people in the streets as a "mob" might not be the best way of solving the political situation.

Ylenia Maria Citino

# Constitutionalising Insularity

The Challenge of Addressing Insularity for National and EU Policymakers

doi: 10.17176/20230303-185224-0



A few days ago, the Islands Commission General Assembly of the Conference on Peripheral Maritime Regions, a French-based think tank lobbying the EU, gathered to discuss “A Pact for EU Islands” to be advocated in the upcoming Spanish Presidency of the Council of the EU, starting in the second half of 2023. However, with the exception of a [resolution passed by the European Parliament on 7 June 2022](#) and heralded by a 2021 study<sup>1</sup>, in the past five years, insularity has been largely ignored by the EU political discourse.<sup>2</sup>

The topic remains unexplored also in Italy, despite the recent approval of a [constitutional reform](#) making insularity resurface in the text after more than two decades and acknowledging its disadvantageous condition. As a matter of law, new research aims to demonstrate that insularity clauses in constitutions contribute to the achievement of cohesion policies and help reach supranational goals ([Demuro, 2022](#)). Yet, the practical implications of recognising insularity at the constitutional level, need further investigation. In this blog post, I argue that insularity clauses can have two functions: they can either function as a mere statement of principle or acquire a more substantive interpretation.

## Make it to the Cape or Perish on an Island

In the framework of the [EU Cohesion Policy](#) islands of both major and small scale from richer countries are eligible for support from cohesion funds only when matching with the NUTS-2 and -3 conditions ([Nomenclature of Territorial Units for Statistics](#)). This classification does not take into account the geographical constraints of insularity<sup>3</sup> despite [Regulation no. 1303/2013](#) including the spe-

cific challenges of islands in funding programs. Local actors, therefore, struggle to bring territorial concerns to the attention of the European Union through forums such as the European Committee of the Regions (CoR).<sup>4</sup> Recent pledges for [specific measures](#) (from the CoR Group on Insular Regions) went unnoticed and claims from islands continue to remain off the political agenda.

Nevertheless, islands of different scale experience several hindrances to full economic and social development, such as scarce natural resources; low development of infrastructures due to physical constraints; high dependence on import and external aid; non-diversified local economies and reliance on seasonal income (e.g. from tourism); climate-related problems; reduction in population size; dependence on maritime and air transport; and other issues related to the lack of territorial continuity with the mainland (“physical disconnection”). In other words, they face serious inequalities and strive for a better place in the realm of constitutional institutions ([Frosini, 2022](#)).

The problem surrounding insularity is addressed by [Article 174.3 TFEU](#) which, bearing in mind the general goal of “economic, social and territorial cohesion” as set out by Article 174.1, further specifies that “particular attention shall be paid to [...] regions which suffer from severe and permanent natural or demographic handicaps such as [...] island [...] regions”. Insularity is also a reason for adopting specific Council measures, “including common policies” or other measures adopted through a special legislative procedure, aiming at overcoming a peculiar “structural economic and social situation” ([Article 349 TFEU](#)). However, this norm applies only to an enumerated

<sup>1</sup>See the research for the REGI Committee made by D. Haase, A. Maier, *Islands of the European Union: State of Play and Future Challenges*, 2021, available [here](#).

<sup>2</sup>Previously, see the European Parliament resolution of 4 February 2016 on the special situation of islands ([2015/3014\(RSP\)](#)). See also a relevant, though outdated, report on “[The Development of the Islands – European Islands and Cohesion Policy \(EU-ROISLANDS\)](#)” was released by the EU-funded ESPON Project on 2013.

<sup>3</sup>See M.C. Carta, *Coesione territoriale e principio di insularità nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione Europea*, 3(2015), 599-619.

<sup>4</sup>See the CoR [Opinion](#) on Entrepreneurship on Islands: contributing towards territorial cohesion (2017/C 306/10).



list of outermost regions (“Guadeloupe, French Guiana, Martinique, Réunion, the Azores, Madeira and the Canary Islands”) sharing handicaps such as remoteness, small size, difficult topography and climate, or economic dependency on few products.

Virginia Woolf’s words resonate in the emptiness left by the Lisbon Treaty, which missed the opportunity to think over island-related problems in new territorial cohesion policies: «The little island seemed pathetically small, half swallowed up in the sea. “Poor little place,” he murmured with a sigh». “[To the Lighthouse](#)” paints a vivid picture, though islands need to emerge as a multifaceted reality that goes beyond fictional accounts or shiny tourist catalogues promising an idyllic holiday.

### Insularity Within the Boot

In Italy, insularity has an undeniable economic impact since there are over 400 islands in the country, two of which are the largest in the Mediterranean.<sup>5</sup> Furthermore, following Brexit, Italy became the European Member State with the highest amount of island inhabitants. Nevertheless, the notion of “Insular Italy” is only used to identify the [official constituency](#) for the purpose of the elections of the European Parliament or for [national statistics](#) from ISTAT.

The wind blows of change are felt across constitutional parlours, with the entry into force of [Constitutional Law no. 2/2022](#) after a popular initiative. A long-sought “insularity clause” has now been inserted in Article 119, spelling out that “The Republic recognizes the peculiarities of the Islands and promotes the necessary measures to remove the disadvantages arising from insularity”<sup>6</sup> (new para. 6). The clause must be read in combination with para. 5, which establishes the purposes of State allocation of additional resources to certain territorial entities. Funds are generally distributed under four conditions: 1) to promote economic development, along with social cohesion and solidarity, 2) to neutralise economic and so-

<sup>5</sup>In 2020, the Region of Sicily made an in-house econometric [analysis](#) of the costs of this condition, (perhaps overly) estimated at 6,54 billion euros.

<sup>6</sup>Translation from the author. Previously, the principle of insularity existed in the old version of Article 119, spelling out that “To provide for certain purposes, and particularly to enhance the South and Islands, the state law to assign individual regions special contributions”. The text was then abrogated by [Article 5 of the Constitutional Law no. 3/2001](#).

<sup>7</sup>It stated that: “The State acknowledges the serious and permanent natural disadvantage resulting from insularity and takes the necessary measures to ensure effective equality and enjoyment of individual and inalienable rights” [translation of the author].

<sup>8</sup>Article 5 of the Constitution states that the Republic as a “one and indivisible” entity “recognizes and promotes local autonomies”. See also Article 114.1, pursuant to which “The Republic is composed by the Municipalities, the Provinces, the Metropolitan Cities, the Regions and the State [...]”.

cial imbalances, 3) to promote the effective exercise of personal rights, and 4) to achieve other goals.

Article 119.6 could be used as a standard for constitutional review of present and future legislation. For that to happen, the new clause shall be interpreted as bearing a substantive imperative meaning which goes beyond merely political declamations. However, the generic language adopted in the new paragraph does not help the cause. It is the result of alterations to the original text of the popular initiative ([Ddl. cost. n. 865/2018](#)).<sup>7</sup> The intent of the proponents was to constitutionalise “the serious and permanent natural disadvantage resulting from insularity”, seeking recognition of this condition from a specific territorial entity, namely the “State”. Its primary responsibility for reducing territorial imbalances results also from the Constitutional Court’s landmark [Judgment no. 6/2019](#), which sets aside an article in a 2018 state budget law that failed to allocate sufficient funds to the Region of Sardinia, impeding efforts to address the economic gap caused by insularity. This goal was specifically recognised by the same regulation; therefore, the Court declared the contested article unconstitutional since it required the Autonomous Region of Sardinia to make new contributions to public finance, thus violating the principle of sincere cooperation, the principles of reasonableness and proportionality as derived by Article 3 of the Constitution, and other constitutional provisions.

Article 119.6, in the final version approved by both Chambers of the Parliament, acknowledges only the “peculiarities” of islands, using a term which appears somehow oxymoronic when associated with the need to redress serious disadvantages. Furthermore, the clause fails to empower the “State” and rather vests the “Republic” with the promotional role sought by the Court’s judgment to achieve structural change out of territorial imbalances. However, the “Republic” is quite an abstract entity that comprises all governmental levels, including the State.<sup>8</sup> This alteration seems to confer to the clause a more elu-

sive meaning, despite in parliamentary debates the wording was aimed to *broaden* the clause's scope. This is even more evident when considering that Article 119.3 and Article 119.5 hand over to the State specific developmental tasks for territorial entities (but clearly omit to mention the Republic).

Without considering other highlighted critical aspects (see the [dossier by the Italian "Senate of the Republic"](#) at 5 and ff.; [Trombetta, 2022, at 14](#)), early academic analyses propose that combining Article 119.6 with Article 3 of the Italian constitution could be a viable approach to prevent the insularity clause from being an empty legal formula (Frosini, 2022, cit.). Such analyses don't go any further even though it could be argued, building on the mentioned 2019 judgment, that not only insularity can acquire a more substantive connotation when associated with the need for State action to overcome social and economic inequalities among citizens. In addition, constitutional review of legislation that interferes with - or does not take into account - insular concerns may rely upon the more binding effect of both the principles of reasonableness and proportionality.<sup>9</sup> The Court could extend its scrutiny to the merit of the regulation and assess whether the contested provisions are compatible with the overarching goal of achieving substantial equality ("*uguaglianza sostanziale*"). Indeed, [established case law](#) declares that a lack of reasonableness and/or proportionality occurs when a norm does not align sufficiently with its intended purpose. Consequently, the insularity clause would serve as not only an explanatory norm but also an enforceable duty of the state.

### Unveiling the Potential of Insularity through Constitutional Reform

Italy joins Portugal and Spain in recognising the special nature of territories characterised by insularity. Article 81(e) of the [Portuguese constitution](#) already burdens the state with the duty "to promote the correction of the inequalities derived from the autonomous regions' insular nature and encourage those regions' progressive integration into broader economic areas within a national or international framework". The principle is subsequently reiterated in Article 229, affirming that "the entities that

exercise sovereignty shall ensure the economic and social development of the autonomous regions, with a particular view to the correction of the inequalities derived from insularity".

Moreover, the 1978 [Spanish constitution](#) contains four notable articles referring to insularity (69.3, 138.1, 141.4 and 143.1). They all provide an institutional dimension to the speciality of islands in the framework of the Autonomous State. The insularity clause can be identified in Article 138.1, providing that "the State guarantees the effective implementation of the principle of solidarity [...] safeguarding the establishment of a just and adequate economic balance between the different areas of Spanish territory and taking into special consideration the circumstances pertaining to those which are islands" ("*las circunstancias del hecho insular*").

The brief overview emphasizes the need to endorse the constitutional dimension of islands and incorporate them in a shared vision for European islands. I argued that the utilization of the term "insularity" in the Constitution surpasses a mere symbolic or formal assertion, as it holds significant institutional weight, indicating a political and constitutional obligation. It is widely recognized that the constitutional recognition of a specific interest worthy of protection raises the likelihood that its interpretation adapts to changing societal developments, expanding the scope of protection to encompass new subjective circumstances. A good example is the protection of the right to privacy, based only on the constitutional reference to the liberal right of confidentiality in correspondence.<sup>10</sup> In addition to that, greater legislative efforts are required to attain constitutional objectives related to insularity.

The upcoming Spanish Presidency can play a key role in this effort by bringing in cues from its successful national model ([Villar Rojas and Betancort Reyes, 1999](#); [Márquez Fernández, 2003](#)). While the introduction of new insularity clauses in the constitution can be a way to combat the marginalization of islands and ensure equal access to fundamental rights and public services, their effectiveness depends on the given interpretation and practical implementation through tailor-made regulation.

In this regard, to efficiently address the development

<sup>9</sup>For an overview of the several expressions used by the Court to trigger these principles, see A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale* (Giappichelli, 2014), 126.

<sup>10</sup>See G. Scaccia, 'L'insularità e le parole della Costituzione', in G. Armao (ed.), *Condizione e costi dell'insularità in Italia ed in Europa* (Rubbettino, 2022), 59.

of islands and ensure equitable treatment and opportunities for their residents, it is recommended to push for targeted exemptions from state aid limitations at the EU level and enhance ad hoc funding to promote social and territorial cohesion (see the [2023 Palma Declaration](#)). These efforts require a unified frontline of policymakers

upholding insular sustainability as a righteous goal. However, it is crucial to establish a foundational constitutional framework at the national level as a prerequisite for institutional changes in countries impacted by the issue.

Michele Massa

# The Italian “No Jab, No Job” Law Passes Constitutional Muster

doi: 10.17176/20230307-185221-0



The Italian legal system has known some unprecedented measures during the pandemic, including the lockdown regime, “green pass” system etc. Such measures have been probed by ordinary and administrative judges and by the Italian Constitutional Court (ICC). Notwithstanding some outlying rulings, mostly by first instance courts, and some limited corrections by the ICC itself, these measures stood up to scrutiny overall.<sup>1</sup>

This is also true for COVID-19 vaccine mandates. I have [already commented](#) on the relevant legislation in this blog. Now, with three judgments (no. 14, 15 and 16 of 2023), the ICC dismissed [all the challenges](#) against it. A few days later, a fourth judgment (no. 25 of 2023) came back to the issue from a different normative perspective, highlighting the need of a clear legal basis for vaccine mandates.<sup>2</sup>

Especially in the first two judgments, the ICC displayed the same restrained attitude which it has taken consistently IC towards pandemic legislation. Such restraint seems entirely appropriate to the pandemic emergency, also in light of the case that can be made more generally in favour of judicial self-restraint whenever legislative measures impinge in highly technical fields, and in open or divisive questions on the fair balancing of several constitutional rights and principles.<sup>3</sup>

## Three judgments plus one

The main challenges brought forth in the first three proceedings (judgment nos. 14-16) can be divided in two groups.

A first group concerned vaccines and vaccination procedures themselves: whether available vaccinations are safe enough, taking into account the number of adverse events reported to the pharmacovigilance system; whe-

ther recurrent individual testing for COVID-19 should be considered a viable alternative; whether triage procedures, based on the clinical history of patients, were sufficient to identify every individual case where vaccination is contraindicated, or they should have been supplemented with further genetic and laboratory testing. These challenges relied mostly on Article 32 of the Italian Constitution (IC, see below), on previous ICC case law, and on the principle of proportionality.

A second group of challenges questioned the legal consequences of refusing mandatory vaccinations (which are never administered forcibly): essentially, temporary suspension from job and salary. Initially, non-vaccinated personnel were allowed to remain at work if they could be employed in risk-free tasks; at a later point, that possibility was suppressed (for health care workers); no provisions were ever made for a minimum income to be guaranteed to suspended employees, as long as vaccine mandates were in force.

The challenges relied again on the principle of proportionality (in balancing the individual right to work, Articles 1, 4, 35 IC, and protection of public health, Article 32 IC), as well as on the prohibition of unreasonable discriminations (e.g., these severe consequences were not incurred by workers who could not be vaccinated due to certified individual medical conditions).

A more limited question was whether a formal act of informed consent might be reasonably requested from patients whose vaccination is mandated by law.

All these challenges have been dismissed: some on procedural grounds (judgment no. 16), most for substantive reasons (see below).

The fourth proceedings again concerned COVID-19 vaccines, though in the context of a very different body of legislation. Military law broadly allowed military doctors

<sup>1</sup>For further references see Pietro Faraguna, Davide Paris, Michele Massa, coordinated by Daria de Pretis: Italy, in R. Albert et al. (eds.), *The 2021 Global Review of Constitutional Law*, available at [SSRN](#), pp. 178-179.

<sup>2</sup>English translations of the judgments should appear [here](#) at a later point.

<sup>3</sup>For a broader discussion, see Michele Massa, *Minimalismo giudiziario*, Milano, FrancoAngeli, 2023 (forthcoming).

to prescribe any vaccination which was deemed necessary for safe operation in a specific theatre.

The problem here was one of legality: is it sufficient for the law to refer to vaccinations in general, or should it specifically mention one or more? Both the remitting military tribunal and the ICC favoured the second answer. Therefore, the law was quashed inasmuch as it allowed the mandatory administration of vaccinations not previously identified in specific legal provisions.

## Constitutional background

The 1948 Italian Constitution dwells on the right to health at some length, when compared to other bills of rights in post-WWII constitutions.

According to article 32, “[t]he Republic shall safeguard health as a fundamental right of the individual and as a collective interest, and shall ensure free medical care to the indigent. [first para.] / No-one may be obliged to undergo any health treatment except under the provisions of the law. The law may not under any circumstances violate the limits imposed by respect for the human person. [second para.]”.

The second para. was specifically enacted to preserve the long-established Italian legal tradition of mandatory vaccinations (the first being introduced in 1888 against smallpox), while prohibiting aberrations such as involuntary sterilizations.

Well before the COVID-19 pandemic, constitutional case-law had clarified that medical treatments, including vaccinations, are in principle subject to free and informed consent and may only exceptionally be imposed, through national law provisions, provided that (cumulatively):

1. the treatment is both beneficial to its recipient, and useful to preserve the health of other persons;
2. the treatment has no negative impact on the health of the recipient, besides the usual and tolerable consequences of its administration;
3. for the exceptional and unforeseeable cases in which the treatment might cause further injury, an equitable compensation is provided (besides from any damages which the injured party may claim under general tort law).

When it comes to vaccinations against infectious diseases, several constitutional principles – including self-determination – need to be balanced, which leaves room for

political discretion in choosing the legal tool to be employed in any given situation: ranging from mere persuasion and recommendation, to legal obligations (which in their turn may be assisted by a wide range of different sanctions). This discretion must be exercised considering the various health and epidemiological conditions, as ascertained by the responsible authorities and of the constantly evolving discoveries of medical research.

These principles had been restated lately in [judgment no. 5 of 2018](#), concerning paediatric legislation, which was subsequently summarized also in ECtHR judgment [Vavříčka and Others v. the Czech Republic](#) (nos. 47621/13 and 5 others; §§ 106-112; see also §§ 113-115 on further ICC case-law).

## Principles new and old

The principle affirmed in judgment no. 25 (a specific provision is requested for each vaccination) is relatively new in constitutional case-law, although scholarship had already reached the same conclusion, and [historically legislation had always resorted](#) to specific provisions when establishing vaccine mandates.

The question concerning consent is easily dismissed in judgment no. 14: when a vaccination is mandatory, consent forms simply signify that patients have been informed on the nature of the therapy, and are cooperating in its administration (i.e., they are physically subjecting themselves to the inoculation). No further legal meaning may be attached to those forms.

On all the other points, judgments nos. 14 and 15 are squarely in line with the precedents, to which they add some clarifications and explications.

## The question of evidence

The relevant legislation needs to be effectively based on sound science. Which evidence is to be used for that?

The advice of institutional medical authorities – the Ministry of Health, the [national institute of health](#), the [national pharmaceutical authority](#) etc. – prevails, at least as far as it is clear and unanimous, unless the available data is manifestly wrong or entirely unclear (judgment no. 15, § 10.3.3 in law), i.e. unless even the most cursory scrutiny detects major anomalies. But the relevant legal framework should ensure that these authorities always operate with a high degree of competence, update,



accountability, transparency, and adherence to best scientific practices.<sup>4</sup>

While one of the remitting judges had attempted an autonomous investigation and evaluation of medical data, the ICC simply relies on the official statements of said bodies. Judgment no. 14 (§ 11 in law) also chides that they may not simply be questioned and substituted “with data coming from different sources, albeit referable to specialized ‘experts’ [...] not selected according to any discernible criteria”.

### The question of safety

May vaccines become mandatory, when it is uncertain whether they will effectively shield each patient from contagion and illness?

Yes. What matters is their capacity to reduce the overall circulation of viruses (judgment no. 15, § 11.1 in law).

May vaccines become mandatory, when a certain number of adverse effects, including severe, are consistently reported to the pharmacovigilance system?

Yes. It is an unfortunate but general truth that any medication may exceptionally have adverse effects, and that it is not always possible to foresee which individual patients will be affected. When this happens, an equitable compensation is due, whenever the vaccination was mandated or recommended by health authorities, including the national Ministry and regional health services. But what matters, when deciding whether to mandate or recommend a vaccination, is the overall incidence of adverse effects, also in relation to their severity (judgment no. 14, § 5.3). Besides, there is an obvious and poignant difference between the number of adverse effects reported, and the finding of a causal link between vaccination and adverse effect. Many reports could simply signify a high level of attention throughout the healthcare network. It is for the competent pharmaceutical authorities to make such assessments.

### The question of scientific authority

More generally, which aspects of epidemiological policy should be left to scientific authorities, and which are for the legislator to evaluate politically?

<sup>4</sup>See Micol Pignataro, The “scientific reasonableness” doctrine in the Italian Constitutional Court’s decisions on mandatory vaccinations, in *Int’l J. Const. L. Blog*, 2023/3/06.

<sup>5</sup>A further argument supporting such attitude is based on comparative law: The suspension of hesitant workers has been employed in France also, while other systems (Germany, UK, USA) went as far as allowing employment termination. See judgment no. 14, § 13.3 in law.

No stark, bright line is traced, but in general medical suitability – including assessing the balance between benefits and risks – is mostly a scientific issue, while deciding whether and how a treatment should be recommended or imposed is mostly an administrative and political issue. Judgment no. 14 (§ 14.2 in law) also resorts to standard medical practice when it finds that patient history is a sufficient basis for pre-vaccination triage, and that further genetic and laboratory tests are not indicated.

In judgment no. 25, the remitting judge had also questioned whether the conditional marketing authorization given to COVID-19 vaccines (which requires further data to be submitted by pharmaceutical companies to medical authorities after the medication is made available to the public) is a sufficient basis for a legal mandate. The legality issue has prevented this question to be examined by the IC. Nevertheless, in the light of what has just been said, the answer seems obvious: the competence to assess the reliability of data, on which the authorization – conditional or not – is based, belongs mainly to pharmaceutical authorities.

On the other hand, judgment no. 15 emphasizes political discretion in deciding whether a legal mandate should be established, its scope, conditions and content, and the consequences of refusing the vaccination. It is a wide discretion: it encompasses all the aspects of the mandate (addresses, duration, implications etc.) and is subject only to a fairly deferential scrutiny.<sup>5</sup>

This is, in my opinion, entirely correct. As [argued elsewhere](#), any reasonableness or proportionality scrutiny of emergency measures (including other pandemic measures, such as lockdown regimes) should be particularly deferential and consider that:

- all the measures were temporary;
- most have been actually revised, as epidemiological conditions shifted;
- precisely the shifting nature of epidemiological conditions, on the one hand, requires constant monitoring, on the other hand, and supports political discretion in taking precautionary measures;
- urgency justifies a more schematic ponderation of the myriad of relevant situations and interests;

- the objectives of immediate and widespread application, dissuasion of risky behaviours, as well as ease and promptness in administrative enforcement, may weigh in favour of sweeping limitations, even when it would be possible, in abstract, to craft them in more complex, detailed or flexible ways.

### A brief transatlantic comparison

The attitude displayed by the ICC seems comparable to that adopted by the US Supreme Court on similar issues, at least at the outset of its pandemic case-law. In his concurring opinion in in [South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Gavin Newsom, et al.](#) (denial of injunctive relief), Chief Justice Roberts argued that the Constitution “principally entrusts the safety and the health of the people to the politically accountable officials [...] to guard

and protect [...]. When those officials undertake to act in areas fraught with medical and scientific uncertainties, their latitude must be especially broad [...] Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an unelected federal judiciary, which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people”<sup>6</sup> At a later point, the US Supreme Court shifted to a more activist gear.<sup>7</sup>

The ICC may at least be credited with a higher degree of consistency in recognizing the difficulties faced by government and science, each in its own way accountable, respectively, to the political and the scientific communities. At the very least, constitutional litigation may not always be the best forum for governing emergencies like the COVID-19 pandemic.

<sup>6</sup>Quotations and quotation marks omitted.

<sup>7</sup>See e.g. [NFIB v. OSHA](#) and the final remarks in the dissenting opinion by Justices Breyer, Sotomayor and Kagan. For a summary of the Supreme Court pandemic case-law, see E. White, Table – COVID-19 U.S. Supreme Court Judicial Rulings 2020-2022 (updated on 30 December 2022), in [The Network for Public Health Law](#), 2023/1/09.

Rohit Sarma

# On the Road to Censorship

BBC and Freedom of Expression in India

doi: 10.17176/20230302-185225-0



Freedom of expression is in peril in India. To be fair, the Indian Supreme Court has never been a devout protector of freedom of expression. When presented with the option, it has often leaned towards permitting limitations, so long as the restrictions are properly framed under the language of Article 19(2) of [the constitution](#). Yet, faced with the current illiberal onslaught, there is a possibility that even the few gains that have been made in this area of the court's jurisprudence will be lost. Situated in this context, this article discusses the recent ban issued by the Indian government on a BBC documentary on India's prime minister, the jurisprudence of the Indian supreme court on the interception of online material, and the legal measures introduced to regulate freedom of expression on the internet.

## Easy ways to censor

BBC released part one of a [two-part documentary](#) series on India's prime minister, Narendra Modi, on 17 January 2023. The documentaries highlight events that contributed to Modi's rise and stranglehold over power. Part I focusses on Modi's role in the 2002 Hindu-Muslim riots in the state of Gujrat, which triggered international condemnation of Modi, the then Chief Minister of Gujrat. Part II turns its focus to Modi in power following the victory of his party, the BJP, in the 2014 general elections. It analyses the government's majoritarian politics and its flagrant attacks on India's Muslim minority. Though largely uncontroversial in terms of their content, the documentaries contribute to re-invigorating debate on events that are increasingly being forgotten while discussing contemporary Indian politics.

Being perturbed by their possible effects on public discourse, the Indian government responded to the documentary series by issuing an order under the [Information Technology Rules, 2021](#) (2021 Rules) to block the circulation of the documentary on online intermediaries and social media platforms. These Rules give effect to provisions of the [Information Technology Act](#) (IT Act), which, under

Section 69A, allows the federal government to block access to "any information generated, transmitted, received, stored or hosted in any computer resource". Such blocking may be instituted in the "interest of sovereignty and integrity of India, defence of India, security of the State, friendly relations with foreign States or public order or for preventing incitement to the commission of any cognizable offence relating to above". These reasonably broad substantive grounds for limitation are supplemented by lax procedural rules guiding the legislation's implementation. Key among these procedural rules is Section 16 of the 2021 Rules which allows officers authorised by the federal government to block communication on an emergency basis. The orders authorising such blocking are supposed to be scrutinised by a committee, however, till date, no such committee has been set up by the responsible ministry. As such, blocking of content, at least at present, falls under the sole prerogative of government officials, presumably acting under the direct command of the senior leadership of the party in power. Together, the broad substantive provisions and the easy-to-abuse procedural rules make it incredibly easy for the government to censor speech that it finds unpleasant.

The blocking of online content under section 69A of the IT Act was upheld by the Indian Supreme Court in a landmark judgement from 2015 – [Shreya Singhal v. Union of India](#). The court, in this case, was called upon to scrutinize the constitutionality of Section 66A and 69A of the IT Act. The former section, which the court struck down for violating the freedom of expression clause, enabled the government, at both the state and the federal level, to punish persons for sending communications through the internet that it found grossly offensive, false, and malicious, designed to cause annoyance, etc. The court held that these grounds did not fall within the scope of the legitimate aims listed in the limitations provision to freedom of expression clause, and that section was void for vagueness and overbreadth. What marks the judgement as a landmark in India's freedom of expression

jurisprudence is that the court, through a comparative exercise, pushed the standards applicable in India closer to the “clear and present danger” standard as applied in the US. It did so by advocating for the standard, but not going as far as replacing the prevalent “bad tendency” test with it. This was made possible by the fact that the court found the “bad tendency” test as being adequate for striking down section 66A. The judgement was nevertheless seen as a breakthrough by free speech advocates since it somewhat aligned India’s jurisprudence with the more speech-protective standard applicable in the US. This progressivism however was not carried forward to the assessment of section 69A, which, as mentioned previously, empowers the government to block online content.

The petitioners while challenging 69A, had argued that the different standards applied to traditional press and online media renders Section 69A unconstitutional under the equal protection clause. Further, they argued that the due diligence responsibilities imposed on corporations amounted to an excessive burden, and that it had a chilling effect on speech. The court rejected both these claims by firstly arguing that online and traditional media are categorically different and that therefore, different standards could be applicable to both. To substantiate this claim, it argued that online platforms are unique insofar as “the internet gives an individual a platform which requires very little or no payment through which to air his views”. Secondly, the court rejected the argument regarding the excessiveness of the due diligence requirement, by arguing that such requirements are a worldwide phenomenon and that therefore, there was nothing suspect about India’s law.

In one regard, the Indian Supreme Court is absolutely right – due diligence requirements on online intermediaries are commonplace despite the strain they put on freedom of expression. The Indian law is certainly no anomaly in this regard. Therefore, analysing it provides insights into a trend fast emerging in the regulation of freedom of expression on the internet globally. To better understand the infrastructure of India’s law, it is worth analysing the remainder of the IT Act and the rules prescribed thereunder. The IT Act, when it was first established in 2000, exempted online intermediaries from liability. This changed with the introduction of the 2021 Rules. The Rules envision a combination of self-regulation and state-regulation. Since the surveillance of online content is a resource demanding enterprise, the rules abdicate the

burden of regulation onto the online intermediary itself. Under the 2021 Rules, the intermediary is made responsible to assess the compliance of the content on its platform viz a [plethora of laws and a code of ethics](#). If the intermediary fails to conduct the required due diligence, the exemption otherwise granted to online intermediaries is withdrawn, and it may be held responsible under both civil and criminal law. To supplement self-regulation, the Rules empower the government to directly block content on online intermediaries, as was the case with the BBC documentary.

### From censorship to self-censorship

The emergence and acceptance of the two avenues for regulation pose a severe threat to freedom of expression on the internet. Self-regulation through the creation of grievance redressal mechanisms and the routine filtering of online content to assess compliance, pave the way for self-censorship. This is especially true in the context of a state where freedom of expression was never taken too seriously, and where it is presently under attack by the government. Following the ban of the BBC documentary, the government conducted an [Income Tax raid](#) on the BBC’s office in India, presumably to put pressure on the institution and thereby coax it to regulate its content more stringently in the future. By doing so, the government is hoping to achieve through self-regulation what it was forced to do on this occasion through direct intervention.

A case concerning the BCC documentary has since been brought to the Indian Supreme Court. The court, though it has agreed to hear the matter, has not issued interim relief for the BBC. The unwillingness to issue interim relief suggests that the court might adopt the [strategy](#) that it has become infamous for in recent years – rather than resolving matters that pose a threat to the government’s political project, the court defers decision making till the time the issue at hand has become moot. It is only in other not-so-controversial cases, or in cases where rights protection favours the government, that the court shows willingness to uphold fundamental rights. Notwithstanding the politics of the judiciary, the law on free speech on the internet by itself does not inspire much confidence. If the train of thought in the 2015 judgement is to be followed, blocking of online content can take place based on standards that differ from traditional media. In the past, Indian courts have held that [documentaries](#) and [films](#), despite being suspect because of the

emotional impact they have on the audience, ought to be protected by the free speech clause so as to further social criticism and enhance democracy. While one can be hopeful that this logic would be extended to documentaries published online, if online and other material continue to be treated differently, the court, if it eventually gets about to deciding on the matter, may differentiate the present case from past cases and not extend free speech protection to the BBC documentary.

Whatever be the court's position and its impact on the 2021 Rules, it remains clear that the damage to freedom of expression on the internet has already been done insofar as self-censorship through self-regulation has become the flavour of the day. As such, the few gains that were made in 2015 by shifting India's jurisprudence closer to the USA's has been lost or, at the very least, been overshadowed.



TPS Harsha

# The Janus Face of Fetal Citizenship: A Tool of Inclusion or a Threat to Abortion Rights?



doi: 10.17176/20230321-185300-0

Should citizenship status be conferred upon an unborn child? In a 2022 landmark decision, [Pranav Srinivasan v. Union of India](#), the Madras High Court answered this question in the affirmative. Srinivasan had not been born yet when his parents, with his mother being in the third trimester of her pregnancy, gave up their Indian for Singaporean citizenship. Now an adult and ostensibly to avoid the mandatory conscription for Singaporean citizens, Srinivasan sought to avail himself of a statutory right to reclaim his Indian citizenship, pursuant to [section 8\(2\) of the Citizenship Act 1955](#). However, the provision only grants “minor children” of Indian expatriates such a right upon reaching adulthood. To circumvent this limitation, Srinivasan argued that Indian citizenship was, in fact, conferred when he was *en ventre sa mere*, i.e. in the womb, as opposed to upon birth. Consequently, the provision in section 8(2) Citizenship Act ought to be construed widely, such that he could avail himself of the statutory right to resume his Indian citizenship upon reaching maturity.

Finding in favour of Srinivasan, the Madras High Court cited the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) (of which India is a signatory) and domestic legal provisions, particularly the 1959 Hindu Succession Act and the 1988 Motor Vehicles Act, to find that unborn children have rights under Indian law. The Court interpreted the fetus’ status as a rightsholder as evidence of the unborn child’s possession of citizenship status. It followed then that the Citizenship Act 1955 could not be construed in a way that would confer citizenship only upon birth [paras 18-19].

## Fetal Citizenship as a Tool of Inclusion

The *Pranav Srinivasan* case must be read against the backdrop of India’s citizenship law, which has been criticized for the [politics of exclusion](#) it evinces. The Citizenship (Amendment) Act 2020 and the National Regi-

ster of Citizens saga are two recent examples of this problem (see, e.g. [here](#) and [here](#)). However, the use of citizenship as a tool of exclusion can be traced all the way back to India’s hasty and haphazard partition by the British in 1947, and the sectarian nature citizenship questions subsequently assumed. India’s restrictive conception of citizenship is further driven by its geographical location amidst countries in the middle of ethnic and civil strife. This leads to a constant influx of migrants and refugees [without any domestic refugee policy](#). Quite to the contrary, its geopolitical situation, and the supposed ‘[security](#)’ [considerations](#) this gives rise to, are a core reason why India is famously not a party to the [United Nations Statelessness Conventions](#) or the [United Nations Refugee Conventions](#). This has resulted in [rising statelessness in India](#).

In contrast to this, the *Pranav Srinivasan* case appears to exhibit a decisively inclusionary conception of citizenship. Faced with an individual’s seemingly involuntary loss of Indian citizenship and their ineligibility for statutory redress thereof, the High Court decided to expand the reach of Indian citizenship by conferring it upon an individual prior to them having been born. The case’s real significance lies in the fact that to reach this conclusion, the High Court did not rely simply on the statutory requirement of ancestry (*jus sanguinis*) for conferring citizenship at birth. Instead, it also cited to Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC), which it read to support “the view that a *child en ventre sa mere* would be entitled to a *host of rights, including citizenship* [para 39.]”

In so doing, the High Court’s effectively incorporated the provision of the CRC into domestic law; a move that will have important ramifications beyond the issue in Srinivasan. As a dualist country primarily, treaties are not incorporated into the municipal system upon ratification in India without explicit domestic legislation to that

effect. Where this has not occurred, Courts have instead resorted to creative judicial interpretation to incorporate select treaty provisions. The High Court's reliance and approval of Article 7 of CRC is an example of such judicial incorporation. It supplements the decision of the Kerala High Court in *Chaitanya Nair v. Union of India*, which also observed that Article 7 of CRC obligates the State to not render a child stateless.

As India is not a party to the Statelessness Conventions or the Refugee Conventions, there have been several instances where children, primarily born to refugees and stateless individuals, or through modern reproductive technologies, have been rendered stateless. One prominent example is the case of *Jan Balaz and his twin children*, which ultimately led to a Supreme Court intervention that waived statutory nationality requirements to permit the children's adoption.

Because Article 7 of the CRC obligates States to confer nationality on children upon birth, in particular where the child would otherwise be stateless, its incorporation into Indian domestic law by the High Court represents an important step forward in addressing statelessness among children in India. It matters, in this regard, that Article 7 does not condition the conferral of nationality on the basis of ancestry (*jus sanguinis*). Once a child is stateless, it presupposes that the state shall confer nationality upon the child without any conditions. As a result, the High Court's use of the provision to justify the grant of citizenship to Srinivasan might also assist *Rohingya children*, who are stateless, in claiming their Indian citizenship.

The interpretation of the High Court thus is a progressive addition to the Indian citizenship jurisprudence. Its reliance on the CRC removes the role of the State which has pursued a politics of exclusion regarding stateless children. Stateless children born in India can now claim Indian citizenship, even in the absence of formal legislation to that effect. Stateless children can rely on Article 7 of CRC and the decision of the High Court to claim and assert their citizenship before the domestic Courts.

### Fetal Citizenship as a Danger to Abortion Rights?

While we should applaud the Court's inclusionary ethos, there may very well be an unintended yet deeply concerning consequence to its decision to grant citizenship to a fetus. Specifically, it might pose a serious threat to India's progressive approach to abortion rights. The central pro-

blem the case raises in this regard is that by declaring a fetus a citizen, the Court likely also conferred personhood upon them. Thus, while under the Indian constitutional framework, one need not be a citizen to be considered a person, every citizen is necessarily a person. This matters because it is on the basis of personhood that the Indian constitution grants the fundamental rights to the right to life and liberty [Article 21]. As such, the recognition of fetal citizenship could operate to significantly limit the mother's right to choose, whose importance the Supreme Court of India has repeatedly emphasized in a *catena of judgments*.

While the Madras High Court papers over this issue, noting that it would not apply in the case given advanced age of the fetus (30 weeks) [para 23], a recent case in the Delhi High Court illustrates this particular conundrum. The statutory framework governing abortion law in India [*Medical Termination of Pregnancy Act 1971*] permits abortion without restrictions in the first 20 weeks and with the permission of two doctors until the 24<sup>th</sup> week. Both the failure of contraceptives *and* conception without the intention of having children constitute sufficient cause to seek abortion up to twenty-four weeks, illustrating the law's pro-choice ethos. Beyond 24 weeks, abortion remains permissible upon diagnosis of "substantial fetal abnormalities" by a Medical Board. In *X v. GNCTD*, the Delhi High Court went even further and permitted the abortion of a 33-week-old fetus, despite rejection by the Medical Board. In so ruling, the Court emphasized the mother's right to choose and the possibility of a dignified life for the unborn child as the governing criteria for determining the permissibility of abortion. In this particular case, it found the mother's abortion decision to be made bona fide in light of medical evidence and reports suggesting that the child was unlikely to lead a dignified and self-sustaining life.

The aborted fetus in *X v. GNCTD* was three weeks *older* than the one in the *Pranav Srinivasan* case. This raises an important question. Suppose the dicta in the *Pranav Srinivasan* case is applied to the facts of the Delhi High Court in *X v. GNCTD*. Does the abortion in the *X v. GNCTD* effectively *kill* an Indian citizen?

### Reconciling the Conflict

One possible way of resolving this dilemma might be found in a provision of the *Hindu Succession Act, 1956*, which the Madras High Court had cited to support its de-

cision to confer citizenship status upon an unborn child. Section 20 of the Act states that “a *child who was in the womb* at the time of the death of an intestate and *who is subsequently born alive* shall have the same right to inherit to the intestate as if he or she had been born before the death of the intestate, and the inheritance shall be deemed to vest in such a case with effect from the date of the death of the intestate.”

The section makes clear that the unborn child would be entitled to their share in inheritance only after being “born alive”, despite accruing the share in inheritance before being “born alive” (in the womb). Similarly, the rights accruing due to the citizenship status of an unborn child could be vested only after birth. In fact, this is precisely what the Madras High Court did: while Srinivasan had acquired citizenship prior to birth, the benefits of citizenship, i.e. the rights his citizenship status entitled him to, were conferred upon him only after birth (after he had attained maturity as per Section 8(2) of the Citi-

zenship Act). If rights accruing due to the citizenship status are only vested after birth, it follows that an abortion could not be construed as killing an Indian citizen. Suppose a person is pregnant with a 10-week-old fetus. Applying the dicta in the Srinivasan case, the 10-week-old fetus holds citizenship status. However, relying on the suggested interpretation, the rights associated with citizenship status would only be actualized and thus actionable after the birth.

This would ensure that an inclusive citizenship jurisprudence that confers citizenship status upon a fetus and a progressive abortion jurisprudence that centers the woman’s right to choose can exist harmoniously. By contrast, any contrary interpretation which uses fetal citizenship to defeat the women’s right to choose would be at odds with the inclusive intention of the Madras High Court.

Mariana Velasco Rivera

# Mexican Democracy (and the Supreme Court) at a Crossroads

doi: 10.17176/20230305-185120-0



Mexican democracy has come a long way since the creation of the electoral watchdog three decades ago. The *Instituto Nacional Electoral* (INE) had a crucial role in securing the transition to democracy after the *Partido de la Revolución Institucional* (PRI) 70-year hegemonic rule. As such, it has since become a pillar of the country's democracy. Yet, on February 22nd, the Mexican Federal Congress passed a set of amendments to electoral law [overhauling the electoral agency](#). Together with a set of amendments passed last December, these changes to electoral law undermine the agency's independence by, among other things, [slashing the size of the agency's civil service](#) by 85%. This puts into serious question the capacity of the agency [to guarantee the organization of free and fair elections](#) in the general election next year.

It is no exaggeration to say that, with the passage of these modifications, the President and his party are testing the resilience of Mexico's democracy, the constitution, and the country's Supreme Court, which is expected to review the constitutionality of these legislative measures in the coming months. The people who took the streets [across 100 cities in Mexico and abroad](#) to protest against these measures last Sunday know this.

The changes to ordinary legislation (known as President López Obrador's Plan B) were pursued as the second-best option to overhaul the electoral agency after MORENA, the party in government, failed to meet the qualified majority threshold to pass a constitutional amendment last year. This was due to the [refusal](#) of the (once hegemonic) PRI to partner with the government to push the reform through Congress. In so doing, PRI broke with what I have [elsewhere](#) described as an unwritten rule of cross-party cooperation to meet the otherwise stringent constitutional requirements to amend the constitution.

In normal circumstances, with the constitutional text intact (which regulates the electoral process and institutions in great detail), the newly adopted modifications to electoral law would theoretically have very little chance of surviving judicial review. However, in the current

political environment, it is hard to predict the outcome. The Supreme Court is in less-than-ideal circumstances to have a case of this importance in its docket. This is because in recent years, external and internal factors have threatened and put into question its independence.

Externally, López Obrador has exerted pressure on the Supreme Court to influence the outcome of high-profile cases and expressed his discontent with rulings against his administration. For instance, the President regularly [attacks judges](#) in his daily press conferences and has [sent members of his cabinet to meet Supreme Court Justices](#) prior to the hearings of specific cases. Internally, former Chief Justice Arturo Zaldívar infamously built a reputation of being subservient to the President during his tenure (e.g., by [using his position as Chief Justice to manipulate constitutional voting rules to strike down legislation](#) to save the constitutionality of government policy). However, there is hope for change as the newly appointed Chief Justice Norma Piña has been emphatic about the need to [protect judicial independence](#).

The organizers of last Sunday's mass demonstration are aware of the Supreme Court's vulnerability. As such, the demonstrations were different to previous demonstrations in an important way: to the best of my knowledge, it was the first mass protest in Mexico's recent history where one of the main demands was directed, not at the government or legislators, but at the Supreme Court. The objective was clear: to appeal to the Supreme Court not to shy away from ruling according to the constitution and striking down President López Obrador's Plan B. Demonstrators chanted "*I trust the court*" (to strike down the piece of legislation that was being protested) and [flowers were left at the main gate of the Court](#).

Referring to earlier attacks by President López Obrador on the Supreme Court, former Justice José Ramón Cossío Díaz, one of the speakers at the protest in Mexico City, [said](#) the following:

*The President has said that the Justices' cor-*

*ruption will be evinced if they invalidate the amendments. On the contrary, the Justices could only be considered corrupt if they disregard the constitutional provisions that regulate the electoral organs and processes in detail.*

...

*We want to tell [the Justices] that we are aware of the difficulties that their work implies. Of the pressure that they are being subjected to by those who want to take over the Mexican electoral system.*

...

*We want to tell you [...] that we trust you, your democratic character and your ability to understand the seriousness of the decisions that you will take to preserve the country's democratic life ..."*

The Supreme Court and democracy in Mexico have, no doubt, a difficult road ahead. But last Sunday's expression of popular support to the Supreme Court is, in and of

itself, something to celebrate as it suggests that Mexico's constitutional culture is changing: large sectors of the public are becoming aware of the different institutional means available to defend the constitution and they are prepared to take the streets to support and defend them.

Unfortunately, however, the fact that most of the people in the demonstrations were middle and upper class, gave the President ammunition to portray the movement as conservative and elitist. Ideally, a social movement to protect democracy should appeal to people across the class divide. After all, President López Obrador came to power on an electoral platform that appealed to those in most need in Mexico. Arguably his [approval ratings are above 55%](#) because of that divide. Nonetheless, these demonstrations in favor of the Supreme Court are historic and their importance should not be underestimated. Less than thirty years ago, when a set of constitutional amendments were adopted to transform the Supreme Court into a constitutional tribunal, something like Sunday's demonstrations would have been unthinkable.



Verena Kahl

# Warming Up

The Chilean and Colombian Request for an Inter-American Advisory Opinion on the Climate Emergency and Human Rights

doi: 10.17176/20230310-185225-0



In 2005, Sheila Watt-Cloutier [filed](#) a petition on behalf of the Inuit people of the Arctic region of the United States and Canada with the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), alleging a failure of the USA to adequately regulate their green house gas (GHG) emissions in violation of human rights. Back then, the Inuit petition failed before the proceedings could even gain momentum, as the IACHR [decided](#) to decline a ruling as “information provided does not enable us to determine whether the alleged facts would tend to characterise a violation of rights protected by the American Declaration.”

Nearly two decades later, climate change is now returning to the Inter-American Human Rights System, this time however, directly to the [Court in San José](#). In January 2023, Chile and Colombia [submitted](#) their joint request for an advisory opinion on the climate emergency and human rights, thereby paving the way for the first groundbreaking decision on the issue of climate change by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) and the first advisory opinion in this regard by a regional human rights monitoring body.

While the added value of the IACtHR’s future advisory opinion compared to other similar initiatives has already been covered [here](#), this contribution will highlight the advantages of the chosen procedure, give a short overview on the changes in the field since the Inuit petition and critically analyze the request’s main thrust with the essential questions included in the query and the underlying strands of argumentation. With this in mind, the article will address both the positive legal developments possibly triggered by the request as well as the lacunae remaining therein.

## I. A Slightly Different Path: Advantages of Advisory Proceedings

The push by both countries towards an Inter-American decision on human rights obligations in the context of climate change is well timed and strategically chosen: A

contentious case might have taken several years to reach the Court, while an advisory opinion can be directly filed with the IACtHR in accordance with [Art. 64 \(1\)](#) American Convention on Human Rights (ACHR). Thereby, the period until the adoption of a corresponding decision is considerably reduced. Possibly, the future advisory opinion could be adopted within the next one to two years. Furthermore, advisory proceedings offer the opportunity to cover a broad spectrum of queries and thematic areas falling within the scope of the overall topic, while decisions in contentious proceedings are necessarily limited by the facts of the respective case. Although advisory opinions of the IACtHR are not explicitly described as binding by the Convention (in contrast [Art. 67](#) ACHR refers to its judgments as “final and not subject to appeal”), the interpretation of Inter-American human rights instruments undertaken in the realm of an advisory opinion still have significant influence on legal developments in Latin America through the well-established doctrine of [conventionality control](#), which applies to all decisions of the Court (see e.g. [Advisory Opinion No. 24](#), para 26).

## II. The Cards are Reshuffled: What Has Changed Since the Inuit Petition

Since 2005, there has been a lot of movement in the human rights debate in the context of climate change. Besides a well-established global [climate change movement](#), a [continuously increasing number](#) of [climate change litigation cases](#) and the [creation](#) of a new UN mandate on human rights and climate change, wheels have also not stood still in international human rights fora. With [Ioane Teitiota v. New Zealand](#), [Sacchi et al. v. Argentina et al](#) and lately [Daniel Billy et al. v. Australia](#) claimants were able to achieve smaller and bigger successes before international human rights monitoring bodies. While regional human rights institutions haven’t issued decisions on corresponding climate change cases yet, several climate cases [are currently pending](#) before the European Court of Human

Rights.

The IACtHR will now be able to follow suit within the Inter-American system, where steps have been taken as well to address environmental and climate change-related harm, e.g. through the Court's 2017 [Advisory Opinion No. 23](#) on the environment and human rights (AO No. 23) with pioneering standards on extraterritoriality and an extensive greening of Art. 4 and 5 ACHR, the case of the *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina* as the first decision finding a violation of the right to a healthy environment and the 2022 IACHR's [resolution](#) on the scope of Inter-American human rights obligations in the context of the climate crisis. The increasing urgency of the climate crisis coupled with the [progressive attitude](#) of the IACtHR towards the further development of [economic, social, cultural and environmental rights](#), make the time seem ripe this time for a groundbreaking decision on climate change and human rights in the Americas

### III. Questions on Climate Emergency and Human Rights: Potential and Lacunae of the Request

What is common to most of the aforementioned (legal) developments in climate protection is that they go back to initiatives of those individuals, groups and communities, who are most vulnerable to the negative impacts of climate change-induced harm, such as indigenous communities, low-lying island States of the Global South, the youth, elderly and women. This is no different in the case of the present request. In their preliminary explanations, Chile and Colombia made clear that both States from the Global South are confronted with climate change-induced harm on a daily basis, e.g. through droughts, floods, landslides and fires (p. 1). With this in mind, both requestors emphasized that not all countries bear the burden of climate change equally, but that particularly vulnerable States and communities, given their geographic, climatic and socioeconomic conditions, are affected by the negative consequences of climate change to an extent that is disproportionate to their own contributions to global warming (p. 1).

In their view, the collective dimension of environmental and human rights treaties would therefore allow for the establishment of shared but differentiated responsibilities that distinguish between the contribution to climate change and the distribution of its impacts, but also

address the need to avoid, minimize and confront loss and damages as well as the creation of mechanisms and practices, which enable reparation and adaptation at all levels in a fair, equitable and sustainable manner (pp. 6-7). In order to justify the need for Inter-American standards as a response to the climate emergency, both States emphasized that despite the significant contribution of AO No. 23, it was necessary to further clarify the foundation and scope of the rights affected by climate change as well as the obligations of member States to address its causes and consequences individually and collectively in consideration of principles such as equity, justice, precaution and sustainability (p. 6). This differentiated impact of climate change on particular States, communities and groups and the corresponding vulnerabilities is the request's overarching theme, which is reflected throughout the different sets of questions, which are divided into the following six different categories.

#### 1. Paving the Way for Preventive Human Rights Protection

The first set of questions (A., pp. 8-9) deals with State obligations derived from the duties of prevention and guarantee of human rights in light of the climate emergency, suggesting the application and adaptation of sub-duties of prevention established in AO No. 23, but also paying attention to vulnerabilities and intersectional considerations. By reference to the Paris Agreement and explicitly pointing to the 1.5°C-target, the request already sets a standard for corresponding measures of prevention that presumably seek to point to obligations of mitigation. This is all the more important, as human rights monitoring bodies have been reluctant to rule on mitigation obligations, also because they are often related to potential harm that will materialize only in the (further) future (see [here](#)). The IACtHR could therefore take an important step forward in human rights protection by developing missing standards on climate change mitigation.

#### 2. A Little Bit of Everything: State Obligations to Preserve the Right to Life and Survival

The second set of questions (B., pp. 9-10) addresses State obligations to preserve the right to life and survival in the face of the climate emergency. Independently of this title, the questions included in this category also deal to a great part with access to information, enshrined in [Art. 13](#)

ACHR. The sub-areas contained in the first question include a whole potpourri of areas, but the overall topic of differentiated impact runs like a red thread through this section, e.g. by focussing on loss and damage, but also through reference to just transition as a means to counter the negative side effects of response measures. While the last question of this set implies the particular importance of access to environmental information for the realization of other human rights, participation and access to justice play a rather subordinate role. However, access to justice is taken up as a dominant topic in the fourth set of questions together with the duty to consult, while cooperation as an overall obligation is dealt with in yet another set. At this point, looking at the sequence of questions, it can be observed that procedural matters are confusingly scattered across different sections and questions and therefore seem artificially disjointed, which may also lead to skipping important issues, such as participation.

### 3. Focus on the Future: Children's Rights and Missing Future Generations

The third set of questions (C., pp. 10-11) deals with a particularly vulnerable group that is most and continuously affected by climate change towards the future: children. Remarkably, the request not only touches upon potential measures to be taken in order to protect children's rights in the climate crisis, but also highlights the specific issues children face in expressing their views or resorting to judicial remedies. Noticeably, the introduction to this set of questions hinted to the term "new generations". Still, the whole pressing issue of the nature, scope and enforceability of future generations' rights – meaning generations unborn – was unfortunately skipped at this point.

### 4. Selected Procedural Obligations: Access to Justice and the Duty to Consult

As already indicated above, the fourth set of questions (D., pp. 11-12) takes up procedural obligations, though both of a different kind. The first query relates to the particular content of access to justice obligations towards individuals in the context of climate change. The second query, in contrast, refers to the obligation to consult that had already been addressed in AO No. 23 as part of the obligation to cooperate (paras. 197 et seqq.), and which, unlike judicial guarantees, applies horizontally and thus between the member States themselves (para. 186). It has

therefore to be seen how the Court will apply the obligation to consult in particular but also the duty to cooperate in general, which is rather designed for situations of transboundary environmental harm crossing one border, to a global phenomenon like climate change, where the duty to cooperate carries the high risk of being reduced to the Member States' obligation to strive for the agreement of adequate GHG reduction targets at the international level.

### 5. Defending Those Who Defend the Environment: Rights of Environmental Human Rights Activists

The fifth set of questions (E., pp. 12-13) focuses on the specific situation of human rights defenders, particularly those seeking to protect the environment. In this context, the requesting States do not only refer to common threats to the rights of environmental (but also other) human rights defenders and the pressing issue of impunity, but even speak of a right to defend the environment. In this sense, they also point to a potential duty to assist these defenders in their work. The questions also pay due regard to those vulnerable communities that do not only stand on the frontline of climate change, but are also those most active in protecting the(ir) environment, such as indigenous and Afro-descendant communities. In light of the two groups whose rights and interests are covered in depth by the request – children and human rights defenders – it stands out that the LGBTQI+ community as an equally vulnerable community is completely left out, while the request also fails to devote specific sets of questions to other groups particularly affected by climate change, such as women and indigenous communities.

### 6. A New Era in Human Rights Protection: Shared and Differentiated State Obligations in the Climate Change Context

In its sixth and last set of questions (F., pp. 13-14), the request finally turns to shared and differentiated State obligations and responsibilities under human rights law in light of the climate emergency with specific reference to loss and damage, cooperation, regions and populations most affected as well as human mobility. In this context, both States repetitively emphasize the necessity for individual but also collective State action. Looking at the progressive greening of the Court in AO No. 23, where environmental principles, such as prevention and precaution,

have been used to progressively develop Inter-American human rights law in the environmental context, chances are high that the IACtHR will pick up the thread laid out in the request and also apply the [principle of common but differentiated responsibilities](#) to inform new regional human rights standards in the climate change context. This would amount to a small revolution, since in principle the same human rights obligations apply to all member States. Interestingly enough, the request does also not only refer to States, but also to international organizations. Consequently, it will be observed with interest whether and how the Court involves international organizations in its findings, e.g. as fora that serve to enable interstate cooperation or even as duty bearers themselves. In contrast, other major actors, such as high-emitting corporations in the private sector, remain unmentioned.

#### IV. Concluding remarks

As the analysis has shown, through the unique advisory procedure, Colombia and Chile are taking the fast track to the IACtHR in order to trigger an Inter-American human rights decision on the pressing issue of climate change, thereby offering the IACtHR a chance to (further) develop important human rights standards in the context of the climate emergency that may very well have a radiating effect beyond San José and the Latin American region. Through this procedure but also the specific request, the Court will further have the unique opportunity to cover a broad variety of areas and questions that align under the umbrella term of climate change and human rights and therefore to deal with the issue in an integral manner, an opportunity that is not equally given in the realm of contentious jurisdiction.

Unsurprisingly, as States of the Global South, Chile and Colombia used the request to shed a spotlight on par-

ticular vulnerabilities and the discomfiting disconnect between those who have predominantly caused the current crisis and those who bear the disproportionate burden of climate change-induced harm. Although it can be expected that the IACtHR will heavily build on its findings in AO No. 23 to (further) develop and adapt the applicable standards to the context of climate change, it is of particular interest if and how the principles of common but differentiated responsibility and shared responsibility will inform the human rights obligations operating under the American Convention in the climate change context. Furthermore, it remains to be seen whether the Court puts an emphasis on obligations emanating from the autonomous right to a healthy environment or rather on those flowing from Art. 4 and 5 ACHR and whether it seizes the moment to distinguish the environmental content of the latter from the content of environmental human rights, thereby giving urgently needed contours to the right to a healthy environment.

While the analysis has also disclosed certain lacunae in the request, such as the failure to adequately address the concerns of the LGBTIQ+ community, future generations or even the environment itself, hopes are high that the Court will not shy away from covering important aspects with a sufficiently close connection to the overall topic even though they are not explicitly addressed in the request. At least in the past, the Court has made clear that “it is not limited by the literal wording of the questions posed when exercising its advisory function” and „able to define or clarify and, in certain cases, reformulate the questions posed to it“ (AO No. 23, paras. 34 and 36). Colombia and Chile are therefore paving the way for a landmark decision in the Americas that is awaited with anticipation and will in all likelihood echo far beyond the continent.

Svenja Bonnecke

# Verfassungsmüdigkeit

Chiles neuer Verfassungsprozess

doi: 10.17176/20230303-065118-0



Im März 2023 beginnt ein neuer Verfassungsprozess in Chile. Die Rahmenbedingung hierfür bildet ein Gesetz, das das Chilenische Parlament im Januar 2023 mit großer Mehrheit beschlossen hat. Zuvor war im Dezember 2022 nach dreimonatigen Verhandlungen ein neues “Abkommen für Chile” (Acuerdo para Chile) zwischen den verschiedenen Abgeordneten beschlossen worden, das sich nun auch in dem Gesetzesvorschlag widerspiegelt.

In der Verhandlungsphase von September bis Dezember steckte vielen Abgeordneten noch das Ergebnis des Referendums vom 4. September 2022 über den vorherigen Verfassungsvorschlag in den Knochen, der mit einer Mehrheit von 62 % abgelehnt wurde.

Nun wurde mit dem Abkommen für Chile ein neuer Anlauf gestartet. Schon jetzt zeichnet sich allerdings ab, dass der neue Verfassungsprozess sehr viel stärker durch die politisch Etablierten geprägt ist als der vorherige. Dem steht eine Bevölkerung gegenüber, deren Aufmerksamkeit für und Erwartung an den neuen Verfassungsprozess deutlich zurückgegangen ist.

## Undurchsichtige Expertenkommission

Der geschlossene und wenig partizipative Charakter des neuen Prozesses lässt sich zunächst anhand der Expertenkommission nachvollziehen, die in dem Abkommen von Chile als Organ in dem Verfassungsprozess festgelegt wurde. Der letzte Verfassungsprozess wurde unter anderem dafür kritisiert, dass die vom Volk gewählten Mitglieder des Konvents über keinerlei Expertise im Bereich des Verfassungsrechts verfügten.

Dieser Vorwurf soll nun in dem neuen Verfassungsprozess mit der Expertenkommission entkräftet werden, die am 6. März dieses Jahres als erstes Organ des neuen Verfassungsprozesses zusammenkommen und drei Monate Zeit haben soll, einen ersten Verfassungsentwurf zu erarbeiten. Hierzu haben der Senat und der Kongress bereits jeweils 12 Mitglieder bestimmt.

Jede politische Partei konnte dabei nach eigenen Maßstäben und Kriterien die Expert:innen auswählen.

Die Auswahl fand hinter verschlossenen Türen statt und wurde nicht transparent gestaltet. Vielmehr ging es vielen Parteien darum, Parteifreund:innen und Politiker:innen mit langer politischer Laufbahn als Expert:innen auszuwählen und es wurden Namen von Kandidat:innen in den Raum geworfen, die gegenseitig genehmigt wurden: “Wenn du meinen Kandidaten akzeptierst, dann akzeptiere ich auch deinen”. Die Proteste im Jahr 2019, die den neuen Verfassungsprozess erst angestoßen hatten, richteten sich eigentlich genau gegen jene Art des politische Geschacheres und gegen die immergleichen politischen Eliten in wichtigen Ämtern. Daher zeigt sich ein Teil der Bevölkerung, der bei den Protesten einen tiefgehenden Wandel gefordert hatte, bereits jetzt enttäuscht von dem neuen Verfassungsprozess.

## Übergangene Forderungen

Ein weiterer Kritikpunkt an dem vorherigen Verfassungsprozess war der langwierige Prozess, der sich durch die Pandemie noch einmal mehr in die Länge gestreckt hat. Dies soll im kommenden Verfahren anders sein. Während die Expertenkommission arbeitet, wird am 7. Mai in einer obligatorischen und allgemeinen Wahl ein Verfassungsrat mit 50 paritätischen Mitgliedern aus dem Volk gewählt, der am 7. Juni zusammenkommen und dann fünf Monate Zeit haben wird, um auf Grundlage des Vorschlags der Expert:innen einen neuen Verfassungsvorschlag zu erarbeiten. Am 17. Dezember soll dann das abschließende Referendum über den neuen Vorschlag abgehalten werden. Dieser Zeitplan ist deutlich kürzer als der vorherige, sodass der Bevölkerung diesmal ein überschaubareres Verfahren geboten wird.

Das “Abkommen für Chile” hat darüber hinaus zwölf Punkte festgeschrieben, die in Teilen im vorherigen Verfassungsvorschlag und in der anschließenden gesellschaftlichen Debatte umstritten waren und die nun für den neuen Prozess [als Grundlage gelten](#) sollen. So sind die nationalen Symbole, wie die Flagge, aber auch die polizeilichen Institutionen, als bereits gegeben in dem



neuen Verfassungsvorschlag festgeschrieben. Dabei waren die Rolle und weiten Kompetenzen der polizeilichen Organe nach den sozialen Protesten 2019 und auch in dem vorherigen Verfassungsvorschlag in Frage gestellt worden.

In diesem Rahmen waren auch die bisherigen politischen Institutionen im vorherigen Verfassungsprozess in Frage gestellt worden. Die politischen Institutionen sichern sich in den nun festgeschriebenen Punkten im Abkommen auch ihr eigenes Überleben, da beispielsweise im vorherigen Diskurs teilweise von einigen Stimmen gefordert wurde, den Senat abzuschaffen. Gleichzeitig wurde in dem Abkommen aber auch das Prinzip eines Sozialstaats fest verankert. Die vielen Diskussionen im vorherigen Prozess bezüglich der Plurinationalität und der Rolle der indigenen Bevölkerung haben keinen Eingang in das Papier gefunden und sind somit ebenfalls nicht Teil des kommenden Verfassungsprozesses. Die indigenen Völker sollen verfassungsrechtlich anerkannt werden, aber es wird nur eine chilenische Nation geben, die unteilbar ist.

### Ermüdete Zivilgesellschaft

Generell ist zu beobachten, dass sich eine gewisse Müdigkeit in Bezug auf den Verfassungsprozess in der allgemeinen Bevölkerung eingestellt hat. Auch an gesellschaftlichen Gruppen, die im vorherigen Prozess aktiv beteiligt waren, lässt sich jene Müdigkeit nachvollziehen. Wie auch in anderen Ländern ist die Inflation in Chile sehr hoch und viele Menschen sorgen sich bezüglich der steigenden Lebenshaltungskosten. Die wirtschaftliche Situation im Land ist insgesamt angespannt. Die einstig hohen Erwartungen an den Verfassungsprozess scheinen nun dem Wunsch gewichen zu sein, alltägliche Herausforderungen zu bewältigen. Darüber hinaus sind auch die Themen "Kriminalität" und "Migration" in Chile erneut auf der politischen Agenda, sodass die einstige Aufmerksamkeit auf den Prozess nicht mehr vorhanden ist. Die Kommunikationsstrategie des Verfassungsrates muss sich daher zunächst darauf konzentrieren, überhaupt die Men-

schen für dieses Verfahren zu interessieren und wird dabei um seinen Platz im politischen Diskurs kämpfen müssen.

Die angesprochene Müdigkeit ist allerdings auch bei anderen sozialen Akteurinnen und Bewegungen zu spüren, die sich teilweise erst bei den sozialen Protesten zusammenschlossen oder gegründet haben. Diese Akteure haben im ersten Verfahren versucht, auf verschiedene Weise, sei es durch Präsentationen bei Anhörungen im Verfassungskonvent, durch Lobbyarbeit oder durch Themensetzung im politischen Diskurs Einfluss auf die Verfassungsgebung auszuüben. Diese sehr diversen Gruppen leisteten zudem auch viel Aufklärungsarbeit in der Bevölkerung. Während des vorangegangenen Verfahrens gingen junge Menschen von Tür zu Tür, um Menschen zu überzeugen, für den Verfassungsvorschlag zu stimmen.

### Fazit

Nach den Protesten im Jahr 2019 sollte nicht nur eine neue Verfassung, sondern auch neues Vertrauen in die staatlichen Institutionen geschaffen werden. Es ist fraglich, inwieweit die Auswahl der Expertinnen und Experten ohne festgelegte Kriterien und von Seiten gerade derjenigen politischen Parteien und Institutionen, die während der Proteste so stark in der Kritik standen, zu höherem Vertrauen führen wird. Ein positives Zeichen ist jedoch, dass trotz des verheerenden Scheiterns in der Abstimmung über den vorherigen Verfassungsvorschlag überhaupt der politische Wille da ist, um einen neuen Verfassungsprozess zu beginnen.

Eine weitere Blamage wäre für die progressiv angetretene Regierung allerdings nur sehr schwer zu verkraften, da diese bereits nach dem letzten gescheiterten Referendum eine Regierungskrise und eine Umbildung des Kabinetts erlebte. Der Erfolg dieses erneuten Verfassungsprozesses ist daher eng mit dem der Regierung verknüpft und scheint in naher Zukunft die vorerst letzte Chance zu sein, die bisherige Verfassung zu ersetzen.

Robert Frau

# Bemerkenswerte Haftbefehle aus Den Haag

doi: 10.17176/20230321-185236-0



Die Haftbefehle des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag vom Ende letzter Woche haben schnell die Runde gemacht und sind weltweit als Eilmeldung verbreitet worden. Auch in der deutschen Presselandschaft sind die Haftbefehle gegen den russischen Staatspräsidenten sowie seine Kinderrechtsbeauftragte bewertet worden. Einige bemerkenswerte Aspekte der Entscheidung, die bislang keine Aufmerksamkeit erfahren haben, sollen hier beleuchtet werden.

## Worum geht es?

Der [Internationale Strafgerichtshof \(ICC\)](#) hat am [17.3.2023](#) bekannt gegeben, dass gegen den amtierenden russischen Präsidenten und dessen Kinderrechtsbeauftragte, Alekseyevna Lwowa-Belowa, Haftbefehle wegen mutmaßlicher Kriegsverbrechen erlassen wurden. Konkret geht es um den Vorwurf, ukrainische Kinder rechtswidrig vertrieben (Art. 8 Abs. 2 lit. a) nr. vii] ICC-Statut) und unmittelbar oder mittelbar aus dem besetzten Gebiet nach Russland überführt zu haben (Art. 8 Abs. 2 lit. b) nr. viii] ICC-Statut).

Damit handelt es sich um einen inhaltlich, wenn auch nicht zeitlich oder geographisch begrenzten Tatvorwurf. Ein kleiner Ausschnitt der Geschehnisse im Ukraine-Krieg genügt dem ICC, um ein Strafverfahren zu starten. Von all den Vorwürfen, die gegen die russische Kriegführung und den russischen Präsidenten als Oberbefehlshaber der russischen Streitkräfte (Art. 87 Abs. 1 der russischen Verfassung) laut geworden sind, wählt der Chefankläger diesen Tatvorwurf aus und die Vorverfahrenskammer folgt ihm.

Das ist zum einen der [Strategie des Chefanklägers](#) geschuldet, insbesondere Verbrechen gegen Kinder in den Fokus zu rücken. Zum anderen ist der Tatvorwurf gut belegt. Es existiert ein Präsidentendekret, mit dem die Adaption von Kindern aus der Ukraine in Russland erleichtert wird. Der Kreml selbst hält [auf seiner Webseite eine englische Übersetzung](#) eines Gesprächs der beiden Beschuldigten parat. Aus prozesstaktischer Sicht wird hier

also ein eher einfacher Tatvorwurf mit einer eher einfachen Subsumtion als erster Schritt einer Strafverfolgung kombiniert.

## Worum geht es nicht?

Die Haftbefehle sind damit inhaltlich sehr eng umgrenzt. Es geht um zwei Tatbestände der Kriegsverbrechen. Es geht nicht um Verbrechen gegen die Menschlichkeit und nicht um den Vorwurf des Völkermordes. Insbesondere geht es auch nicht um die Rechtmäßigkeit des Krieges als solchem.

## Was ist bemerkenswert?

An der Nachricht von Freitag ist mehreres bemerkenswert.

Allen voran ist zumindest der Haftbefehl gegen Vladimir Putin wenig überraschend. Dass der ICC sein Auge auf den Konflikt hat, ist seit langem bekannt. Auch die Begehung von Verbrechen in dem Konflikt ist kein Geheimnis. Schließlich steht Putin dem Vernehmen nach im Zentrum eines Staates, in dem sich alles um ihn dreht.

Darüber hinaus ist der enge tatbestandliche Fokus interessant. Der ICC stützt sich auf Kriegsverbrechen der Deportation bzw. Überführung von Kindern aus der Ukraine nach Russland. Was gar nicht anklingt (und soweit ersichtlich auch nicht berichtet wird), ist, dass es mit Art. 6 lit. e) ICC-Statut einen sehr ähnlichen Vorwurf des Völkermordes gibt. Nach dieser Bestimmung zählt die „gewaltsame Überführung von Kindern der Gruppe in eine andere Gruppe“ als Genozid. Der Vorwurf, der im Haftbefehl genannt wird, scheint von diesem Verbrechen nur marginal entfernt. Es gehört nicht viel Fantasie dazu, anzunehmen, dass die Überführung von Kindern aus der Ukraine gewaltsam verlaufen ist. Eine Prüfung des Völkermordvorwurfs liegt in diesem Falle außerordentlich nahe. Möglicherweise passiert genau dies bereits in Den Haag (dazu sogleich). Es sei angemerkt, dass die Kammer dafür die Völkermordabsicht nachweisen muss. Das

ist notorisch schwierig, wenn auch nicht unmöglich, und scheint nur der Prozessökonomie des Chefanklägers geschuldet zu sein. Warum sich die Anklage schwer machen, wenn es einen passenden, vermeintlichen „einfacheren“ Vorwurf gibt? Die reine völkerstrafrechtlich gekleidete Symbolpolitik treibt Karim Khan, den Chefankläger des ICC, hier erfreulicherweise nicht.

Wenn bedauert wird, dass es keinen Haftbefehl aufgrund des Verbrechens der Aggression gibt, dann liegt dem nicht etwa eine fehlerhafte oder feige Anklagestrategie des Chefanklägers zugrunde. Vielmehr hat der **Chefankläger des ICC** bereits am Tag nach der russischen Invasion klargestellt, dass der ICC keine Gerichtsbarkeit über diesen Tatbestand in Bezug auf den Konflikt in der Ukraine hat. Das ist richtig. Der ICC hat über Aggressionen in Verbindung mit Drittstaaten keine Kompetenz. Der Gerichtshof darf über Aggressionsverbrechen seine Gerichtsbarkeit ausüben, die von Tätern eines Vertragsstaates oder auf dem Territorium eines Vertragsstaates begangen wurden (Art. 12 Abs. 2, 15<sup>ter</sup> Abs. 4 ICC-Statut). Allerdings gilt die Einschränkung, dass Staatsangehörige von Nichtvertragsparteien nicht der Strafhoheit des ICC unterliegen, selbst wenn diese die Tat auf dem Staatsgebiet eines Vertragsstaates begangen haben (Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 5 ICC-Statut), und dass selbst Staatsangehörige von Vertragsstaaten keine Strafverfolgung für Taten auf dem Gebiet von Nichtvertragsstaaten zu befürchten haben (Art. 8<sup>bis</sup> Abs. 5 ICC-Statut).

Weder Russland noch die Ukraine sind bis heute Vertragsstaaten des ICC-Statuts. Dass der ICC überhaupt Gerichtsbarkeit hat, ist der freiwilligen Unterwerfung der Ukraine zu verdanken. Sie hat die Gerichtsbarkeit des ICC zunächst **im April 2014** für den Zeitraum vom 21.11.2013 bis 22.2.2014 nach Art. 12 Abs. 3 ICC-Statut akzeptiert. **Im September 2015 hat die Ukraine** eine erneute ad-hoc-Erklärung abgegeben und die Gerichtsbarkeit für Taten seit dem 20.2.2014 auf dem Territorium der Ukraine akzeptiert.

Die Ukraine hat dabei nicht einmal versucht, die Gerichtsbarkeit des ICC in Bezug auf das Aggressionsverbrechen auszulösen. Beide Erklärungen beschränken sich auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und eben Kriegsverbrechen. Beim besten Willen darf der ICC über das Verbrechen der Aggression nicht urteilen.

Schlussendlich ist erstaunlich, dass die Haftbefehle selbst unter Verschluss geblieben sind. Allein die Existenz der Haftbefehle und der konkrete Tatvorwurf sind

bekannt. Der Präsident des ICC meint dazu:

*“The Chamber considered that the warrants are secret in order to protect victims and witnesses and also to safeguard the investigation. Nevertheless, mindful that the conduct addressed in the present situation is allegedly ongoing, and that the public awareness of the warrants may contribute to the prevention of the further commission of crimes, the Chamber considered that it is in the interests of justice to authorise the Registry to publicly disclose the existence of the warrants, the name of the suspects, the crimes for which the warrants are issued, and the modes of liability as established by the Chamber.”*

Diesen Schritt ist der ICC bislang noch nicht gegangen. Entweder sind die Haftbefehle veröffentlicht worden, oder ihre Existenz wurde geheim gehalten. Diese Zwischenstufe ist also neu.

Überzeugend ist die Ansicht des ICC-Präsidenten natürlich nicht. Die Opfer und Zeug:innen können auch anders geschützt werden, indem etwa entsprechende Stellen, die eine Identifizierung zuließen, geschwärzt werden. Das ist seit langem gute Praxis internationaler Strafgerichtshöfe. Damit ließe sich auch die Ermittlungsarbeit weiter schützen. In der Vergangenheit war das Argument, dass die Veröffentlichung von Haftbefehlen der Prävention diene, jedenfalls nicht angeführt worden, um nur die Existenz von Haftbefehlen bekannt zu geben.

Der breiten Öffentlichkeit dürfte das herzlich gleichgültig sein. Es kommt ihr tatsächlich auf die Existenz der Haftbefehle und die konkreten Vorwürfe an. Schon die veröffentlichten „modes of liability“, also etwa die Begehungsformen, sind aber bereits zu technisch, um außerhalb des Völkerstrafrechtskreises Interesse zu wecken.

Für die interessierten Jurist:innen fehlt aber viel. Warum sind es ausgerechnet diese Begehungsformen? Warum nicht weitere Tatbestände? Was ist mit dem Völkermordvorwurf? Was sagt die Kammer zur Jurisdiktion des ICC oder vermeintlichen Immunitäten? Hier wird man auf die Veröffentlichung warten müssen.

## Praktische Relevanz der Haftbefehle

Dass es derzeit wenig Aussichten gibt, dass Vladimir Putin sich in Den Haag verantworten muss, ist ein Allge-

meinplatz. Dennoch können die Haftbefehle über kurz oder lang wirksam werden.

Die Kinderrechtsbeauftragte Russlands dürfte bis Freitag kaum jemandem namentlich bekannt gewesen sein. Sie scheint keine zentrale Figur in Putins Regierung zu sein. Sie genießt sicherlich nicht den Schutz, den der russische Präsident genießt. Vielleicht sieht sich Frau Lwowa-Belowa irgendwann in die Rolle eines Bauernopfers gedrängt, die den strafrechtlichen Preis für eine diplomatische Lösung des Konflikts zahlen muss.

Aber auch der Haftbefehl gegen Vladimir Putin ist alles andere als bloße Symbolik und erschöpft sich nicht in einer Einschränkung seiner Reisefreiheit. Man kann eine Parallele zu dem einzig anderen Haftbefehl ziehen, den der ICC gegen einen amtierenden Staatschef ausgestellt

hat. Dieser richtete sich wegen Vorwürfen der Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord gegen den damals amtierenden Staatschef des Sudan, Omar al-Bashir. Zunächst konnte al-Bashir weiter Verbrechen begehen. Ein gutes Jahrzehnt nach dem Erlass des Haftbefehls aber wurde er im Sudan entmachteter. Die neue Militärregierung im Sudan hatte 2020 angekündigt, ihn nach Den Haag auszuliefern. Daraus ist bislang zwar nichts geworden. Allerdings zeigt sein Beispiel, dass ein fest im Sattel sitzender Staatschef im Laufe der Zeit durchaus seinen Posten verlassen muss und sich dann der nationalen oder internationalen Strafverfolgung ausgesetzt sieht. Die Perspektive, die man zur Nachricht vom Freitag einnehmen muss, ist daher eine längerfristige.

Patricia Wiater

# Peaceful and Neutral Games

The Human Rights Perspective on Banning Russian and Belarussian Athletes from International Sports Competitions

doi: 10.17176/20230323-185248-0



In a [statement](#) issued on March 17, 2023, the German Olympic Sports Confederation (DOSB) advocated to uphold the current exclusion of Russian and Belarussian athletes and officials from international competitions. In light of the upcoming Olympic Games in Paris 2024 this topic is currently of great concern to the international sports world. The DOSB statement was preceded by an extensive consultation process, as part of which I had prepared a [legal opinion](#) on the human rights framework of such an exclusion. From a human rights perspective, I agree with the core of the DOSB position: the exclusion serves the aims of protecting the rights of Ukrainian athletes and of preventing sporting events from being instrumentalised for war propaganda. These are legitimate reasons for the unequal treatment of Russian athletes.

## The early IOC reaction to Russia's war against Ukraine and "serious concerns" of two UN Special Rapporteurs

Russia's war of aggression against Ukraine led to prompt reactions: not only on the part of [states](#), but also on the part of the sports world. On February 28, only four days after the attack began, the Executive Board (EB) of the International Olympic Committee (IOC) issued a [resolution](#) and thereby took a clear stance on the war. In order to protect the integrity of global sports competitions and for the safety of all the participants, the IOC EB recommended, inter alia, that 'International Sports Federations and sports event organisers not invite or allow the participation of Russian and Belarussian athletes and officials in international competitions'. This recommendation was [followed](#) by a large number of [international sports federations](#) (IFs), such as the [Union Cycliste Internationale](#), the [World Curling Federation](#), the [International Handball Federation](#), and the [International Gymnastics Federation](#). FIFA and UEFA also [suspended](#) Russian clubs and national teams from all competitions.

In September 2022, a [letter](#) addressed to IOC President Thomas Bach by the UN Special Rapporteur in the

field of Cultural Rights, Alexandra Xanthaki, and by the former UN Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, E. Tendayi Achiume, challenged the IOC's position on the impact the war has on international sports from a human rights perspective. The Special Rapporteurs expressed their "serious concern" about the recommendation to ban Russian and Belarussian athletes and officials such as judges from international competitions, based solely on their nationality. For them, this raised "serious issues of non-discrimination". They reminded the IOC that sporting bodies should commit themselves to protecting and respecting internationally recognized human rights and meet their responsibilities to protect rights and minimize harms to rights by adopting human rights policies. The Special Rapporteurs paid particular attention to the right to equality and non-discrimination, the right to participate in cultural life, which includes the practice of sport, and the right to work, each of which should be read in conjunction with the principles of equality and non-discrimination.

## Human rights obligations of sports federations

In doing so, the Special Rapporteurs did not address the fact that sports federations, as private actors, are not parties to the international human rights conventions to which they referred. Rather, their soft formulations ("should commit themselves ...") correspond to the very successful soft responsibility concept introduced by the [UN Guiding Principles on Business and Human Rights](#) (UNGPR) with regards to corporations. The Special Rapporteurs thereby solidify *en passant* that sports federations have a special duty to uphold human rights. In line with this, I have argued [elsewhere](#) that sports federation are bound by human rights because they organise themselves with a state-like regulatory power and organisational structure (this view is confirmed by other scholars, [here](#), [here](#) and [there](#)): sporting regulations are auton-



mous, apply directly on the international and/or national level and are enforced by a system of disciplinary sanctions and private dispute resolution that is largely binding. That obviously does not make the federations opposing parties in international human rights proceedings before human rights bodies. But it does mean that their legislative and imperative measures must, in light of the particularities of sports, comply with national and international human rights. The growing willingness of sports federations to subject their own actions to international human rights standards and to align them with the UNGP (see [here](#) and [there](#)) confirms this assessment.

### The renewed position of the IOC

The IOC took note of the Special Rapporteurs' human rights reminder. In response to the letter and following consultations with, among others, IOC Members, the global network of athletes' representatives, the International Federations (IFs) and the National Olympic Committees (NOCs), the IOC EB announced on 23 January 2023 its [renewed position](#) on how to approach a possible future participation of Russian and Belarusian athletes. According to the IOC, with regard to the individual athletes with Russian or Belarusian passports, the vast majority of the participants in each of the consultation calls expressed that respecting the rights of all athletes meant being treated without any discrimination, in accordance with the Olympic Charter. No athlete should be prevented from competing just because of their passport. A pathway for athletes' participation in competition under strict conditions should therefore be further explored. Such strict conditions being: athletes would participate in competitions as "neutral athletes" and in no way represent their state or any other organisation in their country, and only athletes who fully respect the Olympic Charter would participate. Only those who have not acted against the peace mission of the IOC by actively supporting the war in Ukraine could compete. The IOC is currently engaged in a process of reflection and consultation on the issue of re-admission.

The fact that the IOC's initial strict "no" has turned into a "let's discuss a yes, but", provoked diverse and controversial reactions on the part of sports and politics, with a tendency of [political](#) (see also [here](#)) commentators and [some IFs](#) to uphold the strict "no" approach, while [other IFs](#) (see also [here](#) and [there](#)) indicated their openness for the IOC's „yes, but“ approach. The DOSB statement is the

newest contribution to this discussion.

### The multidimensional nature of the human rights situation

The reality of human rights protection is, however, more complex: there is neither a clear "yes" nor "no" answer, nor a uniform one-size-fits all "yes, but" approach as indicated by the IOC as the starting point for internal debates. Instead, different aims pursued with the exclusion of different groups of athletes call for a differentiated human rights approach to the re-admission issue.

Indeed, as indicated by the Special Rapporteurs, excluding Russian and Belarusian athletes from international sports competitions constitutes unequal treatment and has to be measured against the standard of autonomous and accessory prohibitions of discrimination. The latter are applicable in the context of the right to participate in cultural life, Article 15 para. 1 lit. a ICCPR, and the right to work, Article 6 and 7 ICCPR, which must be examined independently as possible violations of civil liberties and in conjunction with the prohibition of discrimination. However, the unequal treatment of Russian and Belarusian athletes only constitutes inadmissible discrimination and thus a violation of international human rights if it cannot be justified on legitimate grounds. For interpreting universal guarantees, the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) gives important impulses. Since the unequal treatment is based on the nationality of the athletes, according to the ECtHR in the case of [Andrejeva v. Latvia](#), there must not only be a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued and the means employed; sports federations that decide on the exclusion must also be able to put forward "very weighty reasons" in order to justify a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality. In decisions on Article 14 ECHR, the ECtHR has recognised a variety of legitimate purposes relevant for the subject matter, such as the protection of the human rights of others ([Khamtokhu and Aksenchik v. Russia \[GC\]](#)) or the restoration of peace ([Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina \[GC\]](#)).

On the first aspect: when deciding on admission rules for international sports competitions, IFs are not only obliged to refrain from interfering with the human rights of persons who are subject to their state-like sovereignty (in our case: Russian and Belarussian athletes), they also

have the duty to make a positive contribution to the protection of human rights of other athletes. In the context of Russia's war of aggression against Ukraine, this duty refers in particular to the protection of the human rights of Ukrainian athletes. If Ukrainian athletes are at risk of being directly or indirectly confronted with the war in international sporting competitions, this can have a negative impact on their right to mental health, the protection of their dignity, as well as on their own right to undisturbed participation in cultural life and their right to work. This can be assumed, for example, if Ukrainian athletes have to witness war-glorifying symbols or gestures being displayed at sporting events (as it has happened in [sport events](#) which were open to Russians,) or if they have to compete directly against athletes who belong to the aggressor state Russia. Since Belarus is currently supporting Russia's war [without actively participating](#) in combat operations with its own troops, it is a matter of debate whether the participation of Belarussian athletes could cause similar destructive effects on the human rights of Ukrainians. The same holds true for Russians who openly and publicly oppose Putin's war. The danger, raised by IOC President Bach in the [resolution](#) from February 2022, that the exclusion could "punish" athletes for the decisions of their government, only applies to this group of Russians, who have consciously resisted their totalitarian state. For Russians who don't oppose, the strict conditions for re-admission as proposed by the IOC would also undoubtedly constitute "less restrictive means" in the sense of human rights law. They would, however, only be equally effective for realizing the legitimate aim of protecting the human rights of Ukrainians if their strictest and complete observance were feasible. There are [reasonable doubts](#) that this will be the case.

A clearer "no" answer to the admission question can be given with regards to the second legitimate aim, the peace restoring character of banning Russian athletes from international competitions. Admission rules and regulations of sports federations must be shaped in light

of the principle of political neutrality of sports ([Article 1.2 IOC Code of Ethics](#)), which is framed by the overriding Olympic postulate of peace that guides international sports ([Fundamental Principle 2 of Olympism](#)). The IOC and IFs thus have the task and duty, within the framework of their respective competences, to contribute to the promotion of peace. With the current ban, they make an important peace contribution by preventing international sporting events – and athletes – from being (ab-)used for the purpose of Russian war propaganda. After the partial mobilisation of the Russian population for the war in September 2022, the president of the Russian NOC, Stanislav Posdnyakov, was [quoted](#) saying that it would be an honour for every Russian athlete if he or she could contribute to the success of the war. While this was said in the context of the partial mobilisation of the Russian population for the war in September 2022, it shows a close connection between sports and war propaganda. According to this statement, Russian athletes support the war. Conversely, excluding Russian athletes serves the purpose of having a de-escalating effect on the conflict. For Posdnyakov, the athlete is an abstract instrument for war propaganda – regardless of whether he or she openly displays support for the war. It must be assumed that the abuse of international sporting events for war propaganda cannot be effectively prevented by Russian athletes competing under a neutral flag since the actual act of instrumentalisation refers solely to the human capital "athlete". Again, this comes with a caveat with regards to Belarus where a similar propagandistic abuse of sports would have to be proven.

What remains is that the Special Rapporteurs' "serious concern" is not entirely substantiated. To protect the rights of Ukrainians and at least in view of the peace purpose pursued by these exclusion measures, the unequal treatment of Russian athletes is justified.

*Editor's Note: In the penultimate paragraph, one passage was retroactively specified.*

Moritz Vinken

# A New York Moment for the Oceans to join the Paris Moment for the Climate?

doi: 10.17176/20230323-185236-0



**‘The ship has reached the shore!’** With these emphatic words, Conference President Rena Lee announced the successful conclusion of negotiations on a binding *Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction* on Saturday, 4<sup>th</sup> of March 2023. The so-called BBNJ agreement has been praised across the board, and described as the ‘New York Moment’ for the oceans, to join the ‘Paris Moment’ for the climate. To a certain extent, this might only be a symptom of the wider obsession with *turns* and *moments*. Nevertheless, a comparison of the two supposed *moments* seems opportune and might help to situate the new BBNJ agreement.

The Paris Agreement (PA) was considered to be such a *moment*, not just because it revived hopes that the world’s climate would receive sufficient and timely protection. More importantly, it constituted a significant **paradigm shift in international environmental law**, institutionally as well as substantively. The **current draft of the BBNJ** contains a paradigm shift of comparable significance for the law of the sea in at least three respects. First, the agreement shifts its regulatory approach to the high seas from centering around the freedom of the seas towards conservation and sustainable use (1). Secondly, it achieves a substantive and institutional rapprochement between the law of the sea and other fields of international environmental law by recognizing existing interdependencies and bridging significant gaps (2). Finally, it stipulates new, more authoritative instruments of environmental protection largely absent from other multilateral environmental agreements (MEA) (3). Together, these three elements represent a paradigm shift not only under the law of the sea, but for MEA’s as a whole.

## The BBNJ and the high seas

The BBNJ agreement applies to ‘areas beyond national jurisdiction’. These include the seas beyond exclusive eco-

nomic zones, and those not included in the territorial sea or in the internal waters of a State, or the archipelagic waters of an archipelagic State (Art 86 UNCLOS), as well as the corresponding areas of seabed and ocean floor, including the subsoil (‘the Area’, Art. 1.1 (1) UNCLOS). Their importance for earth’s ecosystems cannot be overstated: **they cover 40 percent of the surface of our planet, embrace 64 percent of the surface of the oceans and comprise nearly 95 percent of its volume.**

UNCLOS contains a regime for the high seas that was built around the principle of the freedom of the seas (Article 87 UNCLOS). It states that the high seas are open to all states and free of sovereignty claims. This principle specifically allows states freely to engage, *inter alia*, in fishing and scientific research in the high seas. In the Grotian tradition, this was premised on the idea of the ocean as an unlimited, ‘infinite,’ resource. Even if this freedom is not entirely unrestricted – already the negotiations on the whaling regime under the League of Nations were marked by the growing awareness of the finiteness of ocean resources – an underlying narrative of freedom of exploitation of natural resources persists.

Several restrictions on the freedom of high seas are rooted in environmental concerns. Indeed, UNCLOS can and must be considered as an important piece of international environmental law. It represents the first comprehensive codification of international law on the protection and preservation of the marine environment. Even before the BBNJ agreement, it provided some environmental protection for the areas beyond national jurisdiction, for example, through the high seas’ regime on management and conservation of marine living resources (Articles 116-120 UNCLOS) and the general principles of Part XII of the Convention (‘Protection and Preservation of the Marine Environment’). Additional limitations on the freedom of the high seas have developed over time, some under UNCLOS, others under other treaties such as those establishing regional fisheries management regimes (for a more detailed account see, e.g., [here](#)).

Nevertheless, UNCLOS environmental success was limited. Many of its provisions have proven to be relatively vague and weak and essentially rely on self-regulation. This, coupled with the fact that a plethora of institutions are involved in different aspects of oceans governance, meant that environmental concerns have not been adequately addressed despite the increasing efforts of international courts and tribunals to supplement UNCLOS with principles of customary international law and other international legal instruments (see, e.g., [here](#), [here](#) and [here](#)). These inadequacies have been apparent for quite some time now. In fact, negotiations on a new regulatory instrument date back to 2004 [when the UNGA acknowledged the increasing threats and vulnerabilities of marine biodiversity in areas beyond national jurisdictions](#). This, in turn, led to the establishment of an Ad Hoc Open-Ended Informal Working Group in 2006, before the UNGA adopted Resolution 69/292 calling for the development of an international legally binding instrument under UNCLOS.

The new BBNJ Agreement's approach differs quite remarkably from UNCLOS' previous reasoning as it seems to depart from the centrality of the principle of freedom of high seas. The principle is only mentioned in third place in the article referring to general principles, and only after the common heritage of mankind principle. But much more than that: The BBNJ agreement aims effectively and comprehensively to regulate all activities with respect to marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction. Moreover, it contains a procedure for the conference of the parties to establish Area-Based Management Tools, including Marine Protected Areas, by majority decision (but more on that below).

A first paradigm shift that this new draft agreement therefore seems to perform is one from the centrality of freedom of the seas towards conservation and sustainable use.

### A rapprochement between UNCLOS and (other areas of) international environmental law

Both international environmental law and the law of the sea are heavily impacted by the North-South divide. Boyesen describes international environmental law as *Dekolonisierungsfolgenrecht*; that is to say, as a law negotiating the process of decolonization. This arguably also describes the law of the sea, which has historically been a

[conscious scene of postcolonial renegotiation](#). However, in contrast to other fields of international environmental law which have been the site of more recent efforts in postcolonial renegotiation, the law of the sea has lagged behind. Not least because its treaty text stems from 1982, both its vocabulary and narrative as well as its regulatory approach have remained relatively stagnant.

With the new BBNJ agreement, however, the law of the sea regime catches up. For one, the agreement eschews the rigidity of the well-established distinction between developed and developing states. While this has formed the bedrock of many multilateral agreements, it has increasingly attracted criticism for failing to represent the multi-faceted reality of an international system comprised of States at many different levels of development and on different development trajectories. Instead, the BBNJ agreement picks up on more recent differentiations made in MEA Conference of the Parties (COP) decisions. When mentioning developing states, the agreement explicitly differentiates between 'the least developed countries, landlocked developing countries, geographically disadvantaged States, small island developing States, coastal African States, archipelagic States and developing middle-income countries'. Of course, it remains to be seen whether this constitutes a substantive shift or merely a performative act. A second example concerns the central place awarded to Indigenous Peoples and traditional communities, and the explicit reliance on and protection given by the treaty to their traditional knowledge. The latter is, for example, to be included – upon free, prior and informed consent by the respective communities – in proposals for the establishment of marine protected areas in so far as they are relevant (Article 17.3).

Beyond these two examples the BBNJ agreement is marked by efforts to bridge the North-South divide. Thus, fair and equitable sharing of benefits are at the centre of the part of the agreement dedicated to marine genetic resources. Nevertheless, here again concerns remain to what extent these mechanisms actually benefit countries from the Global South. Moreover, the agreement establishes a range of funds as part of its financial mechanism intended to assist developing countries in implementing the agreement through capacity-building and the transfer of marine technology (Article 52).

Aside from these efforts, the BBNJ agreement achieves another and maybe more spectacular, *rapprochement* to other fields of international environmental law: it in-



roduces the institutional structure of multilateral environmental agreements to the law of the sea. This encompasses the creation of institutions familiar to MEA's such as the Conference of the Parties (Article 48) and the Secretariat (Article 50) as well as a Scientific and Technical Body (Article 48). The hope here is that the adaptation of the institutional framework to that of other MEA's will improve the regime's capacity to comprehensively respond to ever-evolving realities.

Of particular interest here, I believe, are two institutional developments: First, the creation of a number of funds under the agreement's financial mechanism, including a trust fund under the Global Environment Facility, which operates funds for several environmental conventions. This underlines the institutional integration of the law of the sea into the broader landscape of international environmental law. Secondly, it is striking that the BBNJ agreement adopts a 'facilitative', 'non-adversarial and non-punitive' compliance mechanism that in its wording closely resembles the one established by Article 15 of the PA, by creating an Implementation and Compliance Committee (Article 53ter; but [facilitative compliance](#), of course, has been around for much longer than the PA). This serves to shift the centre of gravity of the law of the sea regime by adopting a cooperative compliance strategy as opposed to one of hard enforcement.

The BBNJ's incorporation of remedies and solutions that other MEAs have been looking for is further evidence of the growing intertwinement between the law of the sea and other areas of international environmental regulation. The most obvious example is the [Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework](#) negotiated last year at COP15 under the Convention on Biological Diversity. It stipulates that by 2030 at least 30 per cent of degraded, terrestrial, inland water, and coastal and marine ecosystems, including the high seas, should be under effective restoration and conservation. The BBNJ agreement now offers a procedure to create legally binding marine protected areas in the high seas, an area of utmost importance for biodiversity.

Together, these elements of the BBNJ perform a second paradigmatic shift by aligning the law of the sea with other areas of international environmental law, institutionally and substantively, and by filling regulatory gaps

of existing environmental agreements.

## A (new) set of teeth for international environmental law: marine protected areas and majority law-making

A third possible paradigm shift concerns the procedure for establishing a marine protected area under the BBNJ agreement. Marine protected areas are one type of 'area-based management tools' envisaged by the agreement, 'through which one or several sectors or activities are managed with the aim of achieving particular conservation and sustainable use objectives' (Art 1.3). Article 19 of the current draft makes it possible to establish these with a three-quarters majority decision if no consensus is reached (a) and provided that a two-thirds majority has agreed that every effort to reach a consensus has been exhausted (b). This is a procedure mostly unknown to or at least unsuccessful in both MEA's, and the institutions of the law of the sea, which have consistently relied on consensus for their decision making. Only the Ramsar Convention, CITES and the Montreal Protocol's Rule of Procedure formally allow recourse to majority-based voting but have not relied on this in practice (For a more detailed account see [here](#)).

If actually utilized, the BBNJ's new decision-making procedure can help circumvent the persistent or occasional opposition of a few states which has continuously hampered the effective development of international environmental protection. To put it simply, the introduction of a majority-based decision-making procedure is a potential game changer. In this sense, the BBNJ agreement goes beyond recreating the structures of multilateral environmental agreements in the field of the law of the sea. With a new attempt to anchor last-resort majority decisions, it could further develop the decision-making capabilities of the COPs. This might equip multilateral environmental agreements [with a new degree of regulatory authority distinct from its state parties](#).

To conclude, if one would ever want to speak of a *moment*, the BBNJ's conclusion would be it. Assuming it enters into force and is widely ratified, the three elements above indicate that the BBNJ agreement will catapult the law of the sea regime back to the forefront of international environmental law.



Josephina Lee

# Freeing Political Expression

How a Milestone Decision of the South Korean Constitutional Court Might Transform Election Campaigns

doi: 10.17176/20230307-185302-0



The South Korean parliament is in the midst of an [intensive debate](#) on electoral reform. The current legislature aims to pass the revision of the Public Official Election Act ('Election Act') by 28<sup>th</sup> April. Yet, so far, both public statements and press interviews of the ruling party (the People Power Party) and the opposition (the Democratic Party) on the draft bill solely revolve around the question of proportionality among electoral districts, with more heated dispute over [different methods of proportional representation](#) to be expected in the coming weeks.

What has been neglected in this debate, however, are the *methods* of election campaigning in South Korea. This is alarming, considering that a Constitutional Court decision<sup>1</sup> from last year declared a controversial paragraph from the Electoral Act as unconstitutional and unjustly restricting freedom of expression. Failing to revise the targeted paragraph corresponding to the Constitutional Court's decision in the upcoming legislature periods - at the latest by July 31, 2023 - would inevitably lead to a legal vacuum. Moreover, public attention and active discussion with the participation of civil society is required to steer political expression during election campaigns in a reasonable manner.

In this blog post, I shed some light on the Constitutional Court's 2022 decision and explain why the ruling could have a major impact on how election campaigns are conducted in South Korea.

## Repeated Criticism of the Election Act

The court's welcome decision deserves political attention as it is the result of many prolonged efforts to expand the freedom of political expression in South Korea. In the past twenty years, the constitutional court held in various judgments that [Paragraph 90 of the Election Act](#), which prohibits anyone from installing, presenting advertisements, or wearing symbolic items with the intention to

influence election results starting from 180 days before election day, to be proportional and thus constitutional. Despite several legal actions questioning the rightfulness of the judgement, which even led to constitutional complaints, the paragraph remained valid.<sup>2</sup>

In its new decision, the Korean Constitutional Court changed these precedents by carrying out a thorough proportionality test for the collision between freedom of speech and the public interest in fair and equal elections.

The subject case leading to the decision started with a volunteer campaign worker for the parliamentary elections in February 2016. The volunteer, accused of violating §90 of the Election Act, had greeted passers-by on the street while holding a placard with the first name "Lee" of an electoral candidate. Using the name of a political party, the name or photograph of a candidate, or displaying contents which make it possible to analogize such a name was defined by §90 as sufficient for exerting unlawful influence on the election.

The Suwon District Court took the case to the constitutional court, calling on a concrete judicial review of the norm in question. The district court pointed to the fact that §90 combined with §256 of the same Act prescribes criminal penalties on ordinary political communication that generally does not compromise the fairness of the election. In its eyes, such restraint lacks sufficient justification and therefore unconstitutionally infringes on the fundamental right to freedom of speech.

## The Proportionality Test of the Constitutional Court

The Korean Constitutional Court, being considerably influenced by the jurisdiction of the German Constitutional Court on Article 5 Section 1 of the German Constitution, has explicitly defined the freedom of expression as a *per se* constitutive element of liberal democracy which can solely be restricted under the strict condition that such

<sup>1</sup> Decision of South Korean Constitutional Court from July 21, 2022 (2017 헌가 1).

<sup>2</sup> Decision of the South Korean Constitutional Court from December 20, 2001 (2000 헌바 96), April 30, 2015 (2011 헌바 163).

restriction is necessary and proportional on the grounds of colliding interest.<sup>3</sup> Although this particular status of the right to freedom of speech has been recognized over numerous decisions on related cases, far-reaching restrictions during election campaigns were deemed as necessary measures. The court decision of July 2022 distinguishes itself from these previous decisions through an extensive assessment of the necessity and reached the conclusion that §90 violates the principle of necessity.

Since eligible voters' freedom to support and criticize candidates and exercise political influence, hence the freedom of political expression is severely restricted, the measure must prove itself as necessary in order to conform to the demands of fundamental rights. After affirming the adequacy of legal measures to maintain and promote the fairness of election campaigns, the court argues that the elements of §90 restrain the freedom of political expression more than it is required to protect public interests. Even marginal methods of expression such as badges and posters fall within the range of the provision and are therefore an offence. Moreover, the subject of regulation includes those who participate formally in election campaigns, such as regular members of a campaign committee for parties. Reflecting on the ordinary practices of political communication, this demonstrates how such legal measures exceed the boundary of necessity.

The court rightly claims that other legal measures to promote the fairness of electoral procedures already exist, such as restrictions on financial contributions and expenses. The legitimate goal - equality of opportunity and fairness of election - can be sufficiently reached through existing law, that does not compromise freedom of expression. On top of that, it should be taken into consideration that this act applies to all state elections including the presidential, parliamentary, and nationwide local elections. Since these elections have different cycles and are held alternately, restrictive measures on election campaigns factually lead to a situation, in which political expressions are comprehensively and constantly restricted over several months a year.

As the last step, the court held the balancing test noticeably brief since the lack of necessity already determines a legal norm as unconstitutional. The intensity of inf-

ringement on the freedom of political speech weighs disproportionately more than the extent of public interest achieved through the measure.

## Judicial Reaction to Social Changes

The conflicting interests and empirical premises surrounding §90 of the Election Act haven't changed substantially in the past few decades. A comparison of the precedents and the recent decision makes it clear that there are no noteworthy changes, at least in the legal argumentation. For decades, the court has put disproportionate emphasis on the public interest in fair elections while not taking sufficiently into account the right to freedom of expression. The shift in position becomes clear with the following acknowledgement of the Constitutional Court, which is stated clearly in its ruling reasons: "The fairness of election is not an end in itself, but a way to realize democratic principles during the election process."<sup>4</sup>

Traditionally, laws with extensive restrictions on ordinary political expression have been justified with the assumption that the historical relics of undemocratic electoral practices during past authoritarian regimes may still affect the political atmosphere in South Korea and thus stronger legal regulations are required to protect the equality of opportunity and fair procedure in election campaigns. This argument is indeed rather of a historic nature than legal. It was often claimed in the ruling of precedents that excessive expenditures and illegal contributions will potentially distort the election, so that the possibility of such manipulation should be prevented from the outset. The cultural attribute of Koreans valuing "personal relationships stemming from family, hometown and school" has even been stated as a major factor which could lead to illegal manipulation of election results.<sup>5</sup> Of course, such skepticism towards the political participation of citizens can partly be understood as a paternalistic "safety measure" considering the long-lasting dictatorship and historical experience of undemocratic elections. Such an assumption is however - after 35 years of democracy and its continuous progress - not able to provide sufficient grounds to restrict the fundamental right to freedom of speech more than what is absolutely needed.

<sup>3</sup> *Decision of German Constitutional Court from January 15, 1958 (BVerfGE 7, 198).*

<sup>4</sup> See Decision of the South Korean Constitutional Court from July 21, 2022 [2017 헌가 1].

<sup>5</sup> 2011 헌바 163

In my view, this unanimous judgement to expand the possibilities of political expression is a belated, yet fully justified reaction to significant changes in the political culture. The state should not view active political expression of citizens as a jeopardizing factor but as an essential element in forming public opinion and as a way of exercising political rights. In this sense, the court decision has brought to life what has long been accepted in theory and academic discourse - the significant position of the fundamental right to freedom of expression in a democratic society.

The factual motivation behind the decision and political considerations beyond legal arguments will remain unclear. An unexpected change of precedent tends to

put the legitimacy or rationality of previous decisions in question. For this reason, it is all the more important to reflect on the possible causes of this change. In any case, the recent decision of the South Korean constitutional court can be regarded as a product of a continuous rationalizing process, in which legal and non-legal arguments become transparent and gain structure through the frame provided by the principle of proportionality. The remaining task is for the legislative power to mobilize this court decision to substantially expand the freedom of political expression. Hopefully, the court's initiative will soon find concrete paths for realization, especially in light of recent debates on electoral reform.

# 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 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](mailto:oa@verfassungsblog.de).



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](mailto:symposium@verfassungsblog.de).



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.



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](mailto: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