

06/2023
Juni

Verfassungs blatt

DOI [10.17176/20230804-005520-0](https://doi.org/10.17176/20230804-005520-0)

Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de)

Published by Verfassungsbooks, contents first published on [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de)

Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28
12045 Berlin
Germany
verfassungsblog.de
info@verfassungsblog.de

© 2023 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



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

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

Inhalt contents

Deutschland Germany

Letzte Generation Letzte Generation

- Annika Dießner*
Klebstoff als Lösungsmittel: Erstaunliches aus Moabit 903
- Martin Heger*
Zum Gewalt-Begriff von § 113 StGB: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei Straßenblockaden der „Letzten Generation“ 910

Verfassungsschutz Defence of the Constitution

- Andreas Nitschke*
Zweifel an der Verfassungstreue: Die Wahl des ersten AfD-Landrats im Lichte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung 913
- Oliver Drewes*
Nach wie vor unterentwickelt: Zur trägen Evolution des jungen Extremismusphänomenbereichs der “Verfassungsschutzrelevanten Delegitimierung des Staates” 917
- Jonas Deyda*
Der falsche Weg: Warum eine Reformidee der Landesjustizministerkonferenz zum Ausschluss rechter Referendar:innen die freie Advokatur bedroht 920

Versammlungsrecht Right of Assembly

- Tore Vetter*
Rechtsstaat in Gewahrsam: Was sind Versammlungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit wert, wenn der Staat sie nicht achtet? 924
- Jonathan Schramm*
Kollektive Unfriedlichkeit: Zur versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügung der Stadt Leipzig anlässlich der Solidaritätskundgebungen für Lina E. am Wochenende 928
- Christoph Gusy*
Think globally, act locally im Versammlungsrecht? 932

Verschiedenes Miscellaneous

- Alexander Tischbirek*
„Stop Racial Profiling“?: Vertane Chancen bei der geplanten Neustrukturierung des BPolG 936
- Charlotte Korenke, Marius Kühne, Sebastian J. Golla*
Gefährdung via Retweet: Der Fall Pudding zeigt die Schwächen von § 126a StGB 939

<i>Lara Mann, Jaqueline Stein</i> Prekariat Gefängnis: Warum das Urteil des BVerfG zur Gefangenenvergütung nicht im Sinne der arbeitenden Inhaftierten ist	942
<i>Hannah Vos, Vivian Kube</i> Wenn das Gesetz sozialschädlicher ist als die Straftat: Warum § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB abgeschafft werden muss	945
<i>Yoann Thiemann, Astrid Naundorf</i> Anwohnerparken in falschem Gewand: Weshalb die Freiburger Parkgebührenordnung nicht als Satzung hätte ergehen dürfen	949
<i>Till Zimmermann, Frank Zimmermann</i> Geldsäcke im Parlament?: Es ist Zeit für die Reform der Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB)	952
<i>Marten Breuer</i> Deutsches Staatshaftungsrecht im Sog der EMRK	956

Europa Europe

EU Asylrecht EU asylum rights

<i>Minos Mouzourakis, Cathryn Costello</i> Human Rights Violations to Deflect Refugees: The EU Council Agreement on Asylum Reform as an Intensification of Policies Tried and Failed	961
<i>Jonathan Kießling, Isabel Kienzle</i> Grenzwertige Grenzverfahren: Zum Zusammenspiel von Asylverfahren an den europäischen Außengrenzen mit dem Konzept Sicherer Drittstaaten	965
<i>Niamh Keady-Tabbal, Itamar Mann</i> On the Pylos Shipwreck	969
<i>Nassim Madjidian</i> In Search of (Ir)Responsibility: The Crotona Shipwreck and the Quest For the Legally Responsible	971

EU-Recht EU legislation

<i>Peter Meißner</i> Digitale Beweise im EU-/US-Datenschutzkonflikt	974
<i>Niels Hoek</i> Addressing Legal Myths about the Proposed EU Nature Restoration Law	977
<i>Christian Tietje</i> EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin	980
<i>Franca Maria Feisel</i> Walking A Democratic Tightrope: EU militant democracy and the infringement action against Lex Tusk	983
<i>Nora Vissers</i> Enforcing Democracy: How the European Commission is Testing out the Legal Waters	986
<i>Valerie Albus</i> Fast-Tracking Law Enforcement at the Expense of Fundamental Rights	989
<i>Klaas Hendrik Eller</i> Regulating the Sustainability Transition: The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Ahead of the Trilogue	992

Polen & Ungarn Poland & Hungary

<i>Petra Bárd</i> Can the Hungarian Council Presidency be Postponed — Legally?	995
<i>Martijn van den Brink</i> An Inconvenient Constraint: A Hungarian Council Presidency and the EU's Rule of Law	999
<i>Thu Nguyen</i> Institutional Corsets and the Question of Timing: How Much Damage Can the Hungarian Council Presidency Do?	1002
<i>Tomasz Tadeusz Koncewicz</i> How to Rebuild Poland's Rule of Law	1004
<i>Laurent Pech</i> Doing Justice to Poland's Muzzle Law: The Latest ECJ Judgement on Poland's Rule of Law Breakdown	1007
<i>Barbara Safradin, Kees Groenendijk, John Morijn</i> An Honest Broker?: Three Avenues for Postponing Hungary's and Poland's Presidency of the Council of Ministers	1010
<i>Mirosław Granat</i> Spotlight Interpretation and its Devastating Effects: On a Peculiar Method of Constitutional Interpretation	1012
<i>Wojciech Sadurski</i> The Law to Take Out Tusk	1015

Türkei Türkiye

<i>Ester Herlin-Karnell</i> Erdogan's Wish List Come True?	1019
<i>Aylin Çırakçı, N. Betül Haliloğlu Pakdil, Ülkü Olcay Uykun Altıntaş</i> Taking Separation of Powers Seriously: Is it Constitutional for Turkish Ministers Elected as MPs to Continue Their Ministerial Posts?	1022
<i>Dilek Kurban</i> Boiling the Frog: Why Turkish Elections Have Not Been Competitive for Decades	1026

Russland Russia

<i>Sarah Katharina Stein</i> Wagner ist keine Söldnertruppe: Und das ist nicht so gut, wie es auf den ersten Blick klingt	1030
<i>William Partlett</i> Yevgeny Prigozhin and Russia's Expanding Prerogative State	1033

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Afroditi Marketou</i> The Brave New World of Areios Pagos: Exploring the Grounds of Greek Supreme Judges' Turn to Militant Democracy	1036
<i>Radosveta Vassileva</i> Bulgaria's Mafia State and the Failure of the CVM	1040
<i>Francesco Bromo</i> The Leopard Paradox?: Meloni's Institutional Reforms in Italy	1043
<i>Samuel D. Schmid</i> Democratizing Switzerland: The Significance of the New Naturalization Initiative	1047

<i>Philipp Darius, Andrea Römmele</i> Politicians don't dance? AI doesn't either!: A discussion of generative AI and political campaigning	1050
<i>Stav Zeitouni, Noa Diamond</i> Saifan and the Weaponization of Trade Secrets	1054
<i>Richard Mackenzie-Gray Scott</i> YouTube Updates its Policy on Election Misinformation: The platform will no longer remove false claims about past US Presidential elections.	1057
<i>Jannis Lennartz</i> An American in the Antique Store: Adrian Vermeule in Berlin	1060
<i>Giulio Fedele</i> Strasbourg's Coming Out	1062

Annika Dießner

Klebstoff als Lösungsmittel

Erstaunliches aus Moabit

doi: 10.17176/20230616-231140-0



Die Beratung und Abstimmung gerichtlicher Entscheidungen unterliegt in Deutschland nach § 43 DRiG der Geheimhaltung; [dafür gibt es einige Gründe ebenso wie solche dagegen](#). Liest man manche Beschlüsse und Urteile, wünscht man sich jedenfalls bisweilen, man hätte (heimlich) zuhören können, um zu erfahren, ob die bei der Lektüre aufkommende Vermutung, die Entscheidung sei nicht einstimmig ergangen, tatsächlich berechtigt ist. So liegt der Fall mit Blick auf den [Beschluss der 2. Großen Strafkammer des Landgerichts Berlin vom 31. Mai 2023 \(Az.: 502 Qs 138/22\)](#), um eine juristische Floskel zu gebrauchen.

Meine [von Maximilian Steinbeis für Blogposts ange-mahnte Eingangsthese](#) lautet: Die Begründung der genannten Entscheidung legt nahe, dass sie lediglich im ersten Teil – mit Blick auf die Nötigungsstrafbarkeit – im Brustton der Überzeugung verfasst wurde, während sie im zweiten Teil zum behaupteten Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte abgerungen erscheint.

Sachverhalt

Dem Beschluss liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeschuldigte habe sich am 30. Juni 2022 im Zuge einer Protestaktion der Letzten Generation gemeinsam mit fünf anderen Personen zwischen 08:50 Uhr und 09:05 Uhr an der Blockade einer vielbefahrenen Straße beteiligt. Wie von vornherein beabsichtigt, sei es hierdurch zu „*einer erheblichen Verkehrsbehinderung in Form eines Rückstaus zahlreicher Fahrzeuge*“ (Rn. 3 des Beschlusses) gekommen. Im Zuge dessen habe sich der Angeschuldigte „zur Erschwerung der erwarteten polizeilichen Maßnahmen“ (a.a.O.) mit Klebstoff auf der Straße befestigt. Das Ablösen habe „jeweils nicht nur ganz unerhebliche Zeit in Anspruch genommen“ (a.a.O.). Konkret habe die Polizei den Angeschuldigten binnen zwei Minuten (Rn. 22 a.a.O.: „in der Zeit von 8.59 bis 9.01 Uhr“) mit dem Lösungsmittel Aceton vom Asphalt gelöst und sodann von der Straße getragen; die Autobahnausfahrt A 10 am Tempelhofer Damm sei in südlicher Richtung „für mindestens 15 Mi-

nuten blockiert gewesen“ (Rn. 3 a.a.O.).

Verfahrensgang

Die Staatsanwaltschaft hatte wegen des geschilderten Geschehens einen Strafbefehl wegen Nötigung und tat-einheitlich dazu begangenen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte beantragt, dessen Erlass das Amtsgericht Tiergarten mit Beschluss vom 20. Oktober 2022 (Az.: (298 Cs) 237 Js 2481/22 (167/22)) aus rechtlichen Gründen rundweg abgelehnt hat. Der amtsgerichtliche Beschluss selbst ist nicht veröffentlicht.

Den insoweit kurzen Ausführungen im landgerichtlichen Beschluss ist zu entnehmen, dass das Amtsgericht das Verhalten des Angeschuldigten bei Auslegung des § 240 StGB im Lichte des Art. 8 Abs. 1 GG weder als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB ansah, noch der Ansicht war, das Festkleben auf die Straße habe Gewalt i.S.d. § 113 Abs. 1 StGB dargestellt (Rn. 5 des landgerichtlichen Beschlusses).

Gegen den Beschluss des Amtsgerichts hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde eingelegt.

Zum Vorwurf der Nötigung

Die Kammer teilt die Ansicht des Amtsgerichts, dass keine Nötigung vorliege. Sie führt aus, das Verhalten des Angeschuldigten sei zwar im Lichte der „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs als Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB anzusehen, allerdings mangels Verwerflichkeit nicht rechtswidrig. Das Gericht betont, dass die verfahrensgegenständliche Blockade in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG falle und subsumiert sodann eingehend die zunächst abstrakt erwähnten Abwägungsparameter, die das Bundesverfassungsgericht zur Beurteilung der Verwerflichkeit von Sitzblockaden für maßgebend hält.

Speziell zum Einsatz des Klebstoffs äußert die Kammer:

„Dem Festkleben als solchem ist im Zusam-

menhang mit der Abwägung im Rahmen des § 240 Abs. 2 StGB hier keine eigenständige größere Bedeutung zuzumessen. Das Festkleben wirkte sich in rechtlich relevanter Weise nämlich erst nach der Anordnung der Auflösung der Versammlung durch die Polizei aus. Zwar wurde so der Polizei die Durchsetzung dieser Anordnung erschwert (...) – die Ablösung des Angeschuldigten von der Fahrbahn war jedoch innerhalb sehr kurzer Zeit möglich. Vom Zeitpunkt der Auflösung der Versammlung (8.55 Uhr) bis zum Ablösen des Angeschuldigten und dessen Verbringung von der Fahrbahn (9.01 Uhr) vergingen nur wenige Minuten, in denen die Fortbewegungsfreiheit der betroffenen Verkehrsteilnehmer länger beeinträchtigt war als es ohne das Festkleben der Fall gewesen wäre.“ (Rn. 29 a.a.O.)

Das Gericht formuliert für den „hier allein zu bewertenden konkreten Einzelfall“ (Rn. 20 a.a.O.) das Fazit wie folgt:

„In einer Gesamtschau der genannten Umstände, insbesondere einer zwar sehr großen Zahl an beeinträchtigten Verkehrsteilnehmern mit teils sicherlich dringlichen Fahrten, einem Maß an tatsächlicher Beeinträchtigung, welches jedoch den tagtäglich in Berlin vorkommenden Verkehrsbeeinträchtigungen entspricht, und einem sehr konkreten Bezug des Protestgegenstandes zum Straßenverkehr, ist in einer Gesamtschau [sic!] nur eine so große Beeinträchtigung von Rechten von Verkehrsteilnehmern festzustellen, dass die verursachte Beschränkung ihrer Fortbewegungsfreiheit als sozial-adäquate (Neben-) Folge der rechtmäßig durchgeführten Versammlung hinzunehmen ist und hinter der Versammlungsfreiheit zurücktreten muss.“ (Rn. 30 a.a.O.)

Kraftäußerung durch Weglaufen? Zum Vorwurf des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte

Hingegen meint die Kammer, dass nach Aktenlage aus zwei Gesichtspunkten heraus eine Verurteilungswahrscheinlichkeit für einen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte besteht – und zwar „bereits aus tat-

sächlichen Erwägungen“ (Rn. 31 a.a.O.). Nach der zeugenschaftlichen Äußerung eines Polizeibeamten habe der Angeschuldigte, nachdem die Versammlung aufgelöst worden und er von der Fahrbahn getrennt worden sei

„während der Zuführung unter die Autobahnbrücke immer wieder versucht (...), sich aktiv auf die Fahrbahn zu setzen. Er soll mehrfach versucht haben, wieder auf die Fahrbahn zu gelangen, was durch ‚Anwendung von Zwang, Schieben und Drücken‘ durch die Polizeibeamten unterbunden werden konnte. Durch diese Versuche, sich erneut auf die Fahrbahn zu begeben, hat der Angeschuldigte durch tätiges Handeln eine Kraftäußerung gegenüber den Polizeibeamten bewirkt, die offenbar auch geeignet war, die polizeiliche Maßnahme zu erschweren. Denn die Polizeibeamten mussten durch die erneuten Versuche des Angeschuldigten durch Anwendung nicht unerheblicher Kraft – in Form von Schieben und Drücken – unterbinden. Ein Fall des bloßen Ungehorsams liegt gerade nicht vor.“ (Rn. 33 a.a.O.)

„Durch tätiges Handeln eine Kraftäußerung gegenüber den Polizeibeamten“? Herr Steinbeis, übernehmen Sie die Schlussredaktion, ist man geneigt zu rufen. Es ist aber mehr als nur eine sprachliche Verdrehung, die dem Gericht hier unterläuft.

Es bleibt bereits unklar, gegen welche polizeiliche Vollstreckungsmaßnahme sich der Angeschuldigte konkret widerständig gezeigt haben soll. In dem Beschluss ist insoweit nur pauschal von einem Geschehen „während der Zuführung unter die Autobahnbrücke“ die Rede. Auch auf welche Weise er Gewalt gegen die vollstreckenden Polizeibeamtinnen und -beamten eingesetzt haben soll, wird nicht deutlich. Was genau der Angeschuldigte gemacht haben soll – ob er sich während des Wegtragens losgerissen hat oder nach dem Verbringen an den Straßenrand erneut angesetzt hat, auf die Straße zu gelangen, lässt sich dem Beschluss nicht entnehmen.

Soll nach Auffassung der Kammer der Bürger, der sich wieder auf die Fahrbahn setzen möchte, *per se* Gewalt einsetzen, indem er „Anwendung von Zwang, Schieben und Drücken“ auf Seiten der Polizei provoziert? An dieser Stelle verschleift das Gericht mit seinen Formulierungen die Grenze zwischen dem widerständigen (ungehorsamen) und dem widerständigen gewalttätigen Bürger.

Liest man § 113 Abs. 1 StGB so, wie es die 2. Große Strafkammer ausweislich ihrer Formulierungen tut, dann erscheinen kaum mehr Fälle denkbar, in denen der Bürger „nur“ ungehorsam, nicht aber zugleich in einem strafrechtlich relevanten Sinne renitent agiert. Der Begriff der Gewalt wäre damit ohne Bedeutung.

Wie [Martin Heger](#) kürzlich – veranlasst durch den Beschluss des Landgerichts Berlin – allgemein dargelegt hat, sind die Anforderungen, die die obergerichtliche Rechtsprechung an die Annahme von Gewalt durch ein Sich-Losreißen stellt, durchaus strenger.

Kleben als Gewalt? Die Widerstandshandlung i.S.d. §~113 Abs.~1 StGB?

Vielleicht war das Gericht von seiner Begründung selbst nicht ganz überzeugt? Womöglich hielt die Kammer die Behauptung eines tatsächlichen Geschehensablaufs ohne Hauptverhandlung lediglich auf der Basis der (vagen) Angaben der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten in der Ermittlungsakte für gewagt?

Was auch immer der Grund für die ergänzende Argumentation sein mag: Die Kammer führt zusätzlich aus, der Angeschuldigte habe sich zudem i.S.d. § 113 Abs. 1 StGB widersetzt, indem er sich auf die Fahrbahn geklebt habe:

„Die durch das Auftragen des Sekundenklebers bewirkte Kraftäußerung des Angeklagten erschwerte das Wegtragen durch die Polizei, da zunächst die Ablösung der Hand von der Fahrbahn – wenngleich dies nur etwa zwei Minuten dauerte – erforderlich war.“ (Rn. 35 a.a.O.)

Wiederum ist die Sprache verräterisch. Es bleibt offen, welcher Person oder Sache gegenüber genau das „Auftragen von Sekundenkleber“ (gemeint offensichtlich: das Ankleben) eine „Kraftäußerung“ darstellen soll. Sind es die Autofahrerinnen und Autofahrer? Die Beamtinnen und Beamten der Polizei? Die Straße? Die Formulierungen der Kammer erinnern an diejenigen einer anderen Kammer des Landgerichts Berlin, die mit Beschluss vom 21.11.2022 (534 Ws 80/22, BeckRS 2022, 40639), ausgeführt hat:

„Die tatbestandsmäßige Widerstandshandlung kann in jedem gegen die Vollstreckungsbeamten gerichteten Verhalten bestehen, das zumindest subjektiv geeignet erscheint, die

Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme zu vereiteln oder mindestens zu erschweren, wobei Gewalt im Sinne dieser Vorschrift eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftäußerung erfordert, die gegen die Person des Vollstreckenden gerichtet ist. Das Festkleben auf der Fahrbahn stellt gegenüber den Polizeibeamten eine durch den Sekundenkleber bewirkte Kraftäußerung der Angeschuldigten dar, die das Wegtragen der Angeschuldigten durch die eingesetzten Polizeibeamten erschwerte, da die Beschaffung eines Lösungsmittels sowie dessen vorsichtige Anwendung durch die Beamten zur Vermeidung einer Verletzung der zu lösenden Hand erforderlich war, wenngleich der Lösungsvorgang nur ca. zehn Minuten andauerte.“ (Beschluss vom 21.11.2022, Rn. 9)

Scheute die 2. Große Strafkammer einen Vergleich der Einzelfälle? Hier zwei Minuten (und offenbar bereits von der Polizei mitgeführtes Aceton), dort zehn Minuten und zuvor erforderliche Beschaffung des Lösungsmittels?

Und warum geht sie nicht auf die abweichende Rechtsauffassung der 3. Großen Strafkammer des LG Berlin in dessen Beschluss vom 20.04.2023 (Az.: 503 Qs 2/23) ein, in dem es mit Blick auf einen Fall vergleichbaren Klimaprotests („Mutti gegen den Klimawandel“) unter Verweis auf das Analogieverbot heißt:

„Ein bloßer Zeitaufwand bei der Überwindung des Widerstandes, selbst wenn dieser erheblich wäre, und die damit verbundene Lästigkeit für die Vollstreckungsbeamten wäre danach nicht ausreichend. Es würde in diesen Fällen zwar Widerstand geleistet, jedoch kein im Sinne von § 113 StGB gewaltsamer Widerstand (a.A. LG Berlin, Beschluss vom 21.11.2022 (...)).“ (Rn. 9 a.a.O. – zit. nach juris)

In dem zugrundeliegenden Fall hatte das Ablösen der Demonstrierenden, die sich an der Eingangstür einer Bank festgeklebt hatten, ganze drei Minuten pro Person gedauert.

In der Entscheidung der 3. Großen Strafkammer heißt es weiter:

„Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von den von der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdebegründung angeführten Fällen.

Wenn sich Personen an Gegenständen festhalten, sich daran anketten oder mit den Füßen gegen den Boden stemmen, werden den Beamten Schwierigkeiten bereitet, die entweder selbst durch den nicht unerheblichen Einsatz von Körperkraft gekennzeichnet sind oder jedenfalls durch nicht unerheblichen Krafteinsatz überwunden werden müssen. Letzteres gilt etwa für den Kraftaufwand, welcher für das Durchtrennen etwa einer Kette erforderlich ist. Dass ein auch nur annähernd vergleichbarer Kraftaufwand im vorliegenden Fall erforderlich gewesen wäre, ist nicht erkennbar.“ (Rn. 11 a.a.O. – zit. nach juris)

Das ficht die 2. Große Strafkammer des Landgerichts Berlin nicht an, die, im Gegenteil, zur Untermauerung der Behauptung, es liege Gewalt vor, auf eine Entscheidung des OLG Stuttgart vom 30. Juli 2015 (Az.: 2 Ss 9/15) Bezug nimmt, welche einen Fall der Ankettung betraf (Demonstrierende, die sich „nebeneinander mit der Vorderseite ihres Körpers auf den gefrorenen Boden gelegt und jeweils einen Arm in ein PVC-Rohr mit einem Durchmesser von 100 bis 120 mm, welches am unteren Ende mit einer Stahlkette und einem Bügelschloss einbetoniert war, gesteckt [hatten]. An dem Bügelschloss fixierten sie sich mittels einer am Handgelenk angebrachten Manschette und einer Kette.“ (Rn. 8 bei OLG Stuttgart; zit. nach juris)).

Eine angekettete Person ist allerdings nicht im Ansatz mit einer auf die Fahrbahn geklebten Person vergleichbar, bei der das vorsichtige Ablösen unter Nutzung von Aceton zwei Minuten in Anspruch nimmt und in erster Linie deshalb erfolgt, um befürchtete körperliche Schäden des Angeklebten zu minimieren und damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

Unklar bleibt schließlich in diesem Zusammenhang, warum die durch das Ankleben bewirkte Verlängerung der Blockade für die betroffenen Autofahrerinnen und Autofahrer rechtlich vernachlässigenswert sein soll, die zwei Minuten „Diensthandlungsverlängerung“ für die im Einsatz befindlichen Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten hingegen für den Angeschuldigten strafbarkeitsbegründend wirken sollen.

„Bei“ der Vornahme einer Diensthandlung?

Das Landgericht führt weiter aus: „Das Festkleben erfolgte auch ,bei der Vornahme einer Diensthandlung‘“ (§ 113

Abs. 1 StGB). Der Begriff sei nicht formal vollstreckungsrechtlich zu verstehen, führt das Gericht unter Bezugnahme auf eine Kommentierung von Bosch aus, sondern bereits dann zu bejahen, wenn sich der Amtsträger im „Kontakt- und Herrschaftsbereich“ des von der Amtshandlung Betroffenen befinde. Eine solche Sachlage habe „nach Aktenlage“ bestanden (Rn. 39 des Beschlusses), wobei nicht mitgeteilt wird, wann genau der Angeschuldigte sich angeklebt haben soll. Weiter heißt es:

„Nach obergerichtlicher Rechtsprechung genügt es jedoch, wenn die bei der Widerstandsleistung notwendige Kraftentfaltung auch schon vor dem Beginn der erwarteten Amtshandlung vorgenommen wird, wenn der Betroffene mit entsprechendem Vorsatz handelt, durch seine Tätigkeit den Widerstand vorzubereiten (BGH, Urt. vom 16.11.1962 a.a.O.; OLG Stuttgart, Urt. v. 30. Juli 2015 a.a.O.).“ (Rn. 38 des Beschlusses)

Dass eine solche Ausdehnung des Wortlauts des § 113 Abs. 1 StGB mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist, muss man bezweifeln. Die angeführten Fundstellen können diese Zweifel nicht beseitigen – im Gegenteil. Der von der Kammer zitierte Bosch führt in seiner Kommentierung eine Randnummer nach der in Bezug genommenen Stelle aus:

„Wenig überzeugen kann allerdings die Einbeziehung der Fälle des sog ‚vorweggenommenen Widerstandes‘, in denen der Betroffene in der Erwartung einer bevorstehenden Vollstreckungshandlung Vorkehrungen gegen diese trifft, die bis zum Zeitpunkt ihrer Durchführung fortwirken; etwa einen Gebäudezugang verbarrikadiert, um den Zugang zu verhindern oder sich Stunden vor einer beabsichtigten Räumung am Boden festkettet. (...)“ (MüKoStGB/Bosch, 4. Aufl. 2021, StGB § 113 Rn. 14)

Bosch führt an dieser Stelle weiter aus, dass die Ausdehnung dem Bestreben geschuldet sei, die Privilegierungswirkung des § 113 StGB (verglichen mit § 240 StGB) auszudehnen. Allerdings würde hier eine solche Ausdehnung über den Wortlaut des § 113 I StGB strafbarkeitsbegründend wirken.

Und liest man die Begründung der von der Kammer zitierten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1962 nach, so heißt es:

„Dieses Ergebnis entspricht der Gerechtigkeit. Es ist nicht einzusehen, warum der vorbereitete, also geplante Widerstand anders behandelt werden soll, als der nicht vorbereitete, der erst im Augenblick der Amtshandlung beginnt. Der vorbereitete Widerstand, der oft wirksamer und deshalb mindestens ebenso strafwürdig ist wie der nicht vorbereitete, müsste bei gegen teiliger Entscheidung zur Straflosigkeit führen. Dieses Ergebnis wäre auch in rechtspolitischer Hinsicht unerfreulich.“ (NJW 1963, 769, 770)

Mit Morgenstern ist man geneigt zu sagen; weil nicht sein kann, was nicht sein darf.

Fehlende Berücksichtigung des Versammlungscharakters

Was bei der Lektüre der Ausführungen des Landgerichts Berlin zu § 113 Abs. 1 StGB schließlich auffällt, ist, dass im Gegensatz zu denjenigen zu § 240 StGB jedwede rechtliche Berücksichtigung des Versammlungscharakters des Protests fehlt – obwohl die Kammer den Charakter des Geschehens als einheitlichen Lebensvorgang betont (Rn. 40 des Beschlusses).

Dass das Ankleben womöglich dazu gedient haben könnte, dem Protest eine größere Dramatik zu verleihen, um auf diese Weise den an der Weiterfahrt gehinderten Autofahrerinnen und Autofahrern die Dringlichkeit von mehr Klimaschutz zu verdeutlichen, wird von der Kammer lediglich gestreift (Rn. 35 a.a.O.), um dann zu behaupten, auch bei dieser Annahme habe der Angeschuldigte es billigend in Kauf genommen, dass das Ankleben die polizeiliche Maßnahme erschweren würde – eine angesichts eines schweigenden Angeschuldigten (Rn. 4 a.a.O.) und der von der Berliner Polizei inzwischen entwickelten Routine beim Lösen von Klebstoff steile These.

Abgesehen davon: Wenn das Kleben auf die Straße bereits vor der Auflösung der Versammlung erfolgt ist, wie es die Ausführungen des Gerichts nahelegen, so kommt man meines Erachtens nicht umhin, sich zur Frage, ob Art. 8 Abs. 1 GG womöglich Anlass gibt, bei § 113 Abs. 1 StGB einen (gesteigerten) Erheblichkeitsvorbehalt vorzusehen, sowie zur Frage, ob das Grundrecht Einfluss auf

die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „bei Dienstausübung“ hat, jedenfalls zu verhalten.

Wäre eine komplexere Auseinandersetzung naheliegender gewesen?

Hätte es für das Beschwerdegericht nahegelegen, seine Argumentation profunder zu gestalten? Häufig kann man das nicht beantworten, weil nicht bekannt ist, wie eingehend sich das Gericht, dessen Entscheidung zur Debatte steht, mit den verfahrensgegenständlichen Fragen beschäftigt hat.

Der vorliegende Fall ist allerdings insoweit besonders, als die amtsgerichtliche Entscheidung zwar, wie ausgeführt, nicht veröffentlicht ist, jedoch Preuß in ihrem in NZV 2023, 60 publizierten Beitrag auf S. 64 die Ausführungen des Gerichts zu § 113 StGB wie folgt – größtenteils mittelbar – wiedergibt:

„Der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte scheiterte daran, dass kein Widerstandsleisten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt erfolgt sei. Unter Widerstand wird eine aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten verstanden, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert werden soll. Widerstand mit Gewalt werde – so das AG unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH [hier gibt Preuß BGHSt 65, 36 an] – geleistet, wenn unter Einsatz materieller Zwangsmittel, vor allem körperlicher Gewalt, ein tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden erfolge, das geeignet sei, die Vollstreckung der Diensthandlung zumindest zu erschweren. Die Gewalt müsse gegen den Amtsträger gerichtet oder für ihn – unmittelbar oder mittelbar über Sachen – körperlich spürbar sein, sodass er seine Amtshandlung nicht ausführen könne, ohne seinerseits eine nicht ganz unerhebliche Kraft aufwenden zu müssen. An einer solchen Kraftaufwendung fehle es, zumal die einzige körperliche Tätigkeit der Beamten im Anheben der festgeklebten Hand zum Auftragen des Lösungsmittels bestanden habe. Bezugnehmend auf die Judikatur des OLG Stuttgart und des BVerfG führt das AG aus, dass das Ankleben gerade nicht mit dem Festketten an einem Gegenstand [Zitat hier: OLG Stuttgart NStZ 2016, 353] oder dem Stemmen der Füße gegen den Boden sowie Festhalten an Gegenständen [hier Zitat von BVerfG NJW 2006, 136] vergleichbar sei. Letzteres führe jeweils zu einem erheblichen Kraftaufwand der Beamten. Unter Bezugnahme auf den bereits erörterten Be-

schluss des AG Tiergarten vom 5.10.2022 [Preuß stellt zuvor die Entscheidung (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) dar, abgedruckt in NStZ 2023, 239 und StV-S 2023, 8] nimmt das AG an, das Bestreichen der Finger bzw. Hand mit einem mit Lösungsmittel getränkten Pinsel oder Lappen seitens der Beamten vermittelt durch den Angeschuldigten unter den Gewaltbegriff zu subsumieren, verstieße gegen das Analogieverbot. Überdies fehle es am Tatbestandsmerkmal ‚bei‘ der Vornahme einer solchen Diensthandlung. Erforderlich sei, dass die Vollstreckungshandlung bereits begonnen habe und noch nicht beendet gewesen sei, wobei die Begriffe des Beginns und der Beendigung nicht rein förmlich zu verstehen seien, sondern auch Ereignisse erfassen könnten, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen und mit ihnen einen einheitlichen Vorgang bilden. Maßgeblicher Anhaltspunkt für die Zugehörigkeit zur Vollstreckungstätigkeit gegen eine bestimmte Person oder Sache sei, dass sich der Amtsträger bei seinem Handeln im – möglichen – ‚Kontaktbereich‘ des von der Amtshandlung Betroffenen bzw. der zu vollstreckenden Amtshandlung befinde. [Zitat hier: Unter Bezugnahme auf LK/Rosenau, 13. Aufl. 2021, § 113, Rn. 18]. Letzteres verneint das Gericht, da die Vollstreckungshandlung im Zeitpunkt des Anklebens weder begonnen, noch unmittelbar bevorstanden habe und sich die Beamten weder im Kontakt- noch im Herrschaftsbereich befunden hätten. Das AG weist zwar darauf hin, dass auch Fälle vorweggenommener Widerstands erfasst werden, bei denen die eigene Kraftentfaltung des Täters gleichsam als ‚vorweggenommener Widerstand‘ gegen eine alsbald erwartete Vollstreckung schon vor Beginn der Diensthandlung erfolgt, sofern sie sich als Widerstand gegen den Amtsträger im Zeitpunkt dessen Tätigwerdens auswirkt, [Zitat hier: BGHNJW 1963, 769] und nennt hierfür als Beispiel u. a. das Abschließen der Wohnung in Erwartung des später eintreffenden Gerichtsvollziehers. Anders als in einem derartigen Fall sei vorliegend eine Erwartung oder Absicht des Angeschuldigten, sich bewusst und gewollt gegen eine unmittelbar bevorstehende Vollstreckungshandlung zur Wehr setzen zu wollen, nicht ersichtlich. Es führt aus:

‚Unabhängig davon, dass die gegenteilige Auffassung vorliegend zu einem Gesinnungsstrafrecht führt, erfolgte das Ankleben auf der Fahrbahn zunächst im Rahmen der von der Versammlungsfreiheit geschützten Demonstration [...], um über einen möglichst langen Zeitraum besondere Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit für das Anliegen der ‚Letzten Generation‘ zu erlangen. Will § 113 StGB die

Durchführung des Staatswillens, mithin auch das staatliche Gewaltmonopol sichern, wobei es primär um den Schutz der Autorität staatlicher Vollstreckungsakte geht, ist nicht ersichtlich, dass sich der Angeschuldigte durch das Ankleben gegen diese wendet. Vielmehr dürfte es dem Angeschuldigten und den gesondert verfolgten Personen darum gegangen sein, ein einfaches ‚Entfernen‘ durch Autofahrerinnen und Autofahrern (sic!) von der Straße zu vermeiden, um so im Rahmen der Demonstration über einen möglichst langen Zeitraum auf die Ziele aufmerksam machen zu können. Dass es dem Angeschuldigten gerade nicht darum ging sich gegen mögliche Vollstreckungshandlungen zu wenden, belegt auch das vorliegende passive Verhalten, bei dem sich dieser nach dem Ablösen seiner Hand ohne weiteres von der Fahrbahn tragen ließ. Schließlich zeigen auch die weiteren Aktionen der ‚Letzten Generation‘, bei der sich Aktivistinnen und Aktivisten unter anderem an Kunstwerke kleben, dass es diesen, also auch dem Angeschuldigten als Teil des Aktionsbündnisses ausschließlich um öffentlichkeitswirksame Maßnahmen geht, die das staatliche Gewaltmonopol nicht in Frage stellen, sondern Politik und Öffentlichkeit zum Nachdenken bringen sollen.‘

Schließlich sei aus Sicht des Gerichts die Einbeziehung der Fälle des ‚vorweggenommenen Widerstandes‘, in denen der Widerstandsleistende in der Erwartung einer bevorstehenden Vollstreckungshandlung Vorkehrungen gegen diese trifft, die bis zum Zeitpunkt ihrer Durchführung fortwirken, [Zitat: unter Bezugnahme auf MüKoStGB/Bosch, 4. Aufl. 2021, § 113, Rn. 14] auch nicht ausnahmsweise erforderlich, da nicht erkennbar sei, ‚wieso sich die Vollstreckungsunterworfenen in einer privilegierungswürdigen Ausnahmesituation befinden sollen.‘ Ein Rückgriff auf § 240 StGB komme nicht in Frage, wenn § 113 StGB danach nicht erfüllt sei. § 113 StGB sei als abschließende Spezialregelung anzusehen, sodass ein Rückgriff auf § 240 StGB dessen Privilegierungsfunktion unterlaufe. [Zitat hier: Unter Bezugnahme auf LK/Rosenau, 13. Aufl. 2021, § 113, Rn. 65]“.

Fazit

Dass das Landgericht Berlin bei einer so eingehenden Begründung wie derjenigen des Amtsgerichts nur so wenige (verunglückte) Worte zum behaupteten Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte verliert und sich mit der Argumentation nicht näher auseinandersetzt, stützt die These, die Entscheidung sei insoweit nicht einstimmig ergangen und ein womöglich überstimmtes Kammermitglied habe den Beschluss auch mit Blick auf die Nötigung ab-

fassen müssen. Wie gesagt: reine Interpretation einer heterogen anmutenden Entscheidung.

Da die Kammer ein tatsächliches Geschehen zugrunde legt, das nicht vollständig dem aufgehobenen amtsgerichtlichen Beschluss entspricht, hat das Landgericht Berlin die Sache zur selben Abteilung des Amtsgerichts zurückverwiesen (Rn. 43 des landgerichtlichen Beschlusses).

Die zuständige Richterin bzw. den zuständigen Richter erwartet nun sowohl mit Blick auf die anstehende Beweisaufnahme als auch auf die rechtliche Würdigung eine interessante Aufgabe, und es ist anzunehmen, dass das Verfahren, wie es auch ausgehen mag, weiterhin Kollegialgerichte beschäftigen wird – deren Mitglieder womöglich (wiederum?) unterschiedliche Meinungen zu den rechtlichen Fragen vertreten werden.

Martin Heger

Zum Gewalt-Begriff von § 113 StGB

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei Straßenblockaden der „Letzten Generation“

doi: 10.17176/20230615-231211-0



Im [Berliner Tagesspiegel](#) wurde am Montag, den 12.6.2023 bekannt, dass das Landgericht Berlins in einem Verfahren gegen einen Aktivist der „Letzten Generation“ zum ersten Mal gegen eine strafbare Nötigung entschieden hat. Der Beschluss, der ein differenziertes Vorgehen beim Nötigungstatbestand anmahnt, verdeutlicht vor allem eines: Der Instanzenzug beginnt. Interessant ist nicht nur die Argumentation des Gerichts in Bezug auf § 240 StGB, sondern auch, dass es stattdessen eine Verfolgung desselben Angeklagten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB für angezeigt hält.

Für zwei Tage war es daher pure Spekulation, worin der noch näher aufzuklärende strafbewehrte Widerstand der Aktivistin gelegen haben soll. Nun ist der [Beschluss veröffentlicht](#) worden, so dass sich erkennen lässt, welche Umstände das LG Berlin zu seiner Entscheidung bewegt haben. Da nahezu jede Aktion der „Letzten Generation“ zu guter Letzt durch die Polizei aufgelöst wird und die Blockierer gegen ihren Willen letztlich durch unmittelbaren Zwang von der Fahrbahn entfernt werden, lohnt sich vor einer detaillierten Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des konkreten Beschlusses ein kurzer allgemeiner Blick auf den möglichen Anwendungsbereich von § 113 StGB. Darum – und nicht so sehr um den Einzelfall – soll es vorliegend gehen.

Anderer Gewalt-Begriff außerhalb von § 240 StGB

Der Tatbestand des § 113 StGB, der bekanntlich kurz vor den Krawallen bei dem G20-Gipfel in Hamburg 2017 mit dem 52. StÄG geändert und vor allem in seine beiden heutigen Tatbestände des § 113 und § 114 StGB aufgespalten worden ist, beschränkt sich seither auf das Widerstandleisten mittels Gewalt oder Drohung mit Gewalt; der zuvor ebenfalls erfasste tätliche Angriff ist nunmehr in § 114 StGB geregelt. Da Drohungen mit Gewalt von Mitgliedern der „Letzten Generation“ nicht bekannt sind – die

Aktivistinnen verzichten bekanntlich auf die Ausübung von Gewalt, muss es vorliegend wohl wieder um den „Gewalt-Begriff“ gehen, und die Frage, wie weit der reicht.

Das StGB enthält den Begriff der Gewalt als Tathandlung in verschiedenen Tatbeständen bzw. Kontexten. Bekanntlich ist er nicht stets gleich auszulegen, so dass etwa eine Übertragung des aus § 240 StGB bekannten Gewalt-Begriffs auch auf § 113 StGB – trotz dessen nötigungs-ähnlicher Struktur – nicht zwingend angezeigt ist. Im Gegenteil wird etwa bei der Nötigung von Verfassungsorganen gemäß § 105 StGB das dort enthaltene Nötigungsmittel der „Gewalt“ angesichts des Adressatenkreises – der Verfassungsorgane – weit enger ausgelegt¹ als bei der Nötigung von „jedermann“ i.S.v. § 240 Abs. 1 StGB.

Ebenso muss bei § 113 StGB der Schutzzweck berücksichtigt werden. Danach muss Gewalt hier gegen die Person des Amtsträgers gerichtet und für ihn – unmittelbar oder mittelbar über Sachen – körperlich spürbar sein (BGHSt 18, 133). Im Falle einer Straßenblockade genügt es also nicht, dass mit der Zweite-Reihe-Rechtsprechung nötigende Gewalt zumindest für alle hinter der ersten Reihe zum Anhalten gezwungenen Fahrer bejaht werden kann und sich in diesem Stau auch ein Polizeifahrzeug befindet, dessen Insassen auf dem Weg zur Auflösung der Blockade sind (sonst läge gar keine Vollstreckungshandlung vor). Damit dürfte auch das Festkleben auf der Fahrbahn im Regelfall kein Widerstandleisten gegen den Amtsträger mittels Gewalt darstellen; der Beschluss des LG Berlin sieht das aber wohl anders. Da die Gewalt gegen die Person des Amtsträgers gerichtet sein muss, genügt es auch nicht, wenn ein Aktivist sich mit seinem Körpergewicht derart hängen lässt, dass der ihn wegtragende Polizist entweder dadurch körperlich beeinträchtigt wird oder ihn vor dem Ziel (z.B. dem Straßenrand) loslassen muss. Natürlich wäre Gewalt zu bejahen, wenn die Person den Polizisten schlägt, tritt, etc., doch ist ein solches Verhalten seitens der „Letzten Generation“ bislang nicht erkennbar.

¹Vgl. BGHSt 32, 165; OLG Schleswig, NJW 2019, 93.

Im Beschluss des LG Berlin scheint als Anknüpfungspunkt auszureichen, sich wiederholt auf die Fahrbahn zu setzen. In anderen Fällen mag es auch sein, dass sich Blockierer beim Wegtragen loszureißen versuchen. Solche Konstellationen hat es immer wieder gegeben. Und auch die Frage, ob und unter welchen Umständen hier Gewalt i.S.v. § 113 StGB zu bejahen sein kann, hat schon wiederholt die höchst- und obergerichtliche Judikatur beschäftigt. Grundsätzlich zum Gewalt-Begriff des § 113 StGB hat sich zuletzt vor drei Jahren – und damit nach der Neufassung der §§ 113 f. StGB – der BGH geäußert. Im Beschluss vom 11.6.2020 (BGHSt 65, 36.) heißt es dazu: „Mit Gewalt wird Widerstand geleistet, wenn unter Einsatz materieller Zwangsmittel, vor allem körperlicher Kraft, ein tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden erfolgt, das geeignet ist, die Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren (vgl. [BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2012 – 4 StR 497/12](#), [NStZ 2013, 336 mwN](#)).“ Da es im Weiteren vor allem auf die Konsequenz für einen tätlichen Angriff nach der Herauslösung dieser Tatvariante aus § 113 StGB geht, ergibt sich daraus wohl nichts für den vorliegenden Fall.

Losreißen während einer Vollstreckungshandlung als Gewalt

Zur Frage des Losreisens, in Blockade-Fällen sicherlich nicht gänzlich unwahrscheinlich, ist insbesondere ein Beschluss des OLG Dresden vom 21.7.2014 (OLG Dresden, NStZ-RR 2015, 10) erhellend, dessen 2. Leitsatz wie folgt lautet:

„Die „Gewalt“ als sehr weitgehender Blankettbegriff des [§ 113 Abs. 1 StGB](#) ist einzelfallabhängig ausfüllungsbedürftig. Auch wenn ein Sich-Losreißen aus einem Festhaltegriff den Gewaltbegriff im Sinne des [§ 113 Abs. 1 StGB](#) erfüllen kann, erfordert es doch stets eine Kraftäußerung, die sich gegen die Person des Vollstreckenden richtet. Dies kann – abhängig von der Intensität des Festhaltegriffs – auch bei einem mit nicht unerheblichem Kraftaufwand erfolgten Entwinden aus dem Festhaltegriff der Fall sein. Ein bloßes Sich-Entziehen aus einem lockeren Griff genügt allerdings, ohne dass anderweitige Aktivitäten (Schläge, Stöße etc.) gegen den Vollstreckungsbeamten ersichtlich sind, nicht.“

Als Kommentator des StGB – und darin auch der §§ 113 ff. StGB – habe ich daraus verkürzt gefolgert, dass

auf Grundlage dieses Beschlusses für Gewalt i.S.v. § 113 StGB „ein kraftvolles Entwinden aus dem Festhaltegriff ausreichen soll“.² Nun mag man rasonieren, ob in dem Wörtchen „soll“ am Ende dieses Satzes und vor dem Beginn des in Klammern gesetzten Nachweises ein gewisses Zaudern vor der möglicherweise weitgehenden Folge ablesbar sein mag. Das ja noch laufende Berliner Verfahren – das LG hat die Sache zur Anberaumung einer Hauptverhandlung an das AG Tiergarten zurückverwiesen, das zuvor die Anklage der Staatsanwaltschaft nicht zugelassen hatte – gibt Anlass dazu, noch einmal *ad fontes* zu meiner Quelle zu gehen und zu überprüfen, ob meine notwendige Verkürzung Anlass zu einem gegebenenfalls allzu weiten Verständnis dieses Gewaltbegriffs gegeben haben könnte.

In dem in Dresden behandelten Fall ging es um ein Losreißen einer Person, die wegen einer Beleidigung (der Polizisten) zur Feststellung der Personalien von einem Beamten am Oberarm festgehalten worden war. In den Entscheidungsgründen wird deutlich, warum das OLG Dresden den voran gestellten Leitsatz so versteht, dass in „seinem“ konkreten Fall Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB ausscheidet (Rn. 12/13):

„Auch wenn ein Sich-Losreißen aus einem Festhaltegriff durchaus den Gewaltbegriff im Sinne des [§ 113 Abs. 1 StGB](#) erfüllen kann (vgl. [OLG Celle, Urteil vom 05. November 1996 – 3 Ss 140/96 – juris](#); [KG Berlin, Beschluss vom 02. Oktober 2000 – \(3\) 1 Ss 193/00 \(71/00\) – juris](#); [OLG Hamm, Beschluss vom 10. Mai 2012 – III-3 RVs 33/12, 3 RVs 33/12 – juris](#)), erfordert es dennoch stets eine Kraftäußerung, die sich gegen die Person des Vollstreckenden richtet. Dies kann – abhängig von der Intensität des Festhaltegriffs – auch der Fall sein, wenn die Person sich bei einem mit nicht unerheblichem Kraftaufwand erfolgten Entwinden aus dem Festhaltegriff der Fall sein. Ein bloßes Sich-Entziehen aus einem lockeren Griff genügt allerdings, ohne dass anderweitige Aktivitäten (Schläge, Stöße etc.) gegen den Vollstreckungsbeamten ersichtlich sind, nicht.“

Hierzu verhält sich das Landgericht nicht. Zwar spricht es in seiner Urteilsbegründung von einem Los-„Reißen“ des Angeklagten; dieser Ausdruck ist aber nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe ersichtlich nur dem allgemeinen Sprachgebrauch entlehnt, ohne damit das Maß einer Intensität der Handlung zu beschreiben. Insbesondere kommt damit nicht zum Ausdruck, welcher

²Lackner/Kühl/Heger, StGB, Kommentar, 29./30. Aufl. 2018/23, § 113 Rn. 6.

Kraftaufwand für den Angeklagten erforderlich war, um den Griff des Polizeibeamten zu überwinden. Immerhin hat ihn dieser unmittelbar danach (erneut) am Handgelenk ergreifen können.“

Vor diesem Hintergrund mag es in der Tat sinnvoll sein aufzuklären, ob sich der Aktivist tatsächlich aktiv und unter Einsatz körperlicher Kräfte gegen die ihn mit- oder festnehmenden Polizisten zur Wehr gesetzt hat oder ob er sich bloß durch Geschicklichkeit und unter Einsatz seines Körpergewichts bzw. (ggf. fehlender) Körperspannung so bewegt hat, dass die Polizisten ihn nicht (mehr) halten konnte und loslassen musste. Für Gewalt mögen mit dem zitierten Beschluss Schläge und Stöße sprechen, dagegen – und vorliegend meines Erachtens genau in den Blick zu nehmen – gerade auch der Umstand, dass die Polizisten erneut zugreifen konnten, obwohl sie zwischenzeitlich loslassen mussten. Ist also eine Vollstreckungshandlung – wie das Wegtragen von Aktivisten von der Fahrbahn – zwar durch deren zwischenzeitliches Losreißen und wieder Hinsetzen verzögert worden, ohne dass Gewalttätigkeiten gegen die Polizisten vorgekommen sind oder diese durch die Art des Losreißens nicht mehr zu einem gleichartigen Zugriff wie zuvor (erneutes Wegtragen etc.) in der Lage sein sollten, erscheint die Bejahung von Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB zumin-

dest nicht naheliegend.

Zum Schluss

Damit soll natürlich nicht der Beurteilung durch die zuständige Berliner Strafjustiz vorgegriffen werden. Der nunmehr veröffentlichte Beschluss deutet an, dass bereits Ausgangspunkt für eine Strafbarkeit wegen § 113 StGB sein kann, sich während der Vollstreckungshandlung immer wieder auf die Fahrbahn niederzulassen. Damit wird der Aspekt, dass nur der Widerstand mittels Gewalt gegen den Vollstreckungsbeamten oder (hier fernliegend) einer Drohung mit Gewalt tatbestandsmäßig sein kann, möglicherweise nicht gebührend berücksichtigt.

Der Beschluss des LG Berlin macht deutlich, dass bei Blockadeaktionen wie denen der „Letzten Generation“ je nach den Umständen des Einzelfalls neben oder auch anstelle einer Nötigung eine Strafbarkeit wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in Betracht kommen kann. Dafür genügt aber nicht bloß irgendwie widerständiges Verhalten der Blockierer bei der Beendigung der Blockade durch die Polizei; vielmehr müssen in jedem Einzelfall die Voraussetzungen von Gewalt als dem Widerstandsmittel geprüft werden, wobei die gegenüber dem Gewalt-Begriff der Nötigung engeren Voraussetzungen von § 113 StGB berücksichtigt werden müssen.

Andreas Nitschke

Zweifel an der Verfassungstreue

Die Wahl des ersten AfD-Landrats im Lichte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung

doi: 10.17176/20230630-231140-0



Die Wahl von Robert Sesselmann im thüringischen Landkreis Sonneberg zum ersten AfD-Landrat Deutschlands kam für viele überraschend. Angesichts der Tatsache, dass der Landesverfassungsschutz den [AfD-Verband in Thüringen als gesichert rechtsextremistisch einstuft](#), wirft der Fall erneut Fragen in Bezug auf den künftigen Umgang mit der Partei auf. Nun wurde bekannt, dass das Landesverwaltungsamt Thüringen plant, eine [Prüfung der Verfassungstreue Sesselmanns vorzunehmen](#).

Hat der Kandidat die persönliche Eignung für das Amt und bietet Gewähr dafür, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung (fdG) einzutreten? Diese Frage rückt juristische Topoi in den Fokus, die insbesondere anlässlich des sogenannten „[Radikalenerlasses](#)“ in den 1970er und 1980er Jahren [diskutiert](#) wurden, lange in Vergessenheit gerieten, aber gegenwärtig wieder zunehmend an Bedeutung gewinnen. Im Lichte der aktuellen Rechtsprechung streiten zumindest gute Argumente dafür, die Verfassungstreue Sesselmanns nicht als frei von Zweifeln anzusehen. Allerdings sind für eine abschließende Bewertung sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles genau zu ermitteln und juristisch zu würdigen. Die gesellschaftspolitischen Konsequenzen dieser Prüfung können jedenfalls vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Popularität der AfD kaum überschätzt werden.

Beamte (auf Zeit) und die freiheitliche demokratische Grundordnung

Ausgangspunkt der Prüfung ist die alle Beamten treffende Verfassungstreuepflicht (§ 60 Abs. 1 S. 3 BBG / § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG, für Soldaten gilt § 8 SG). Diese verpflichtet alle Staatsdiener:innen dazu, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur fdG im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für ihre Erhaltung einzutreten. Bereits der Zugang zum Beamtenverhältnis ist nur den Personen ge-

stattet, die die Gewähr dafür bieten, jederzeit für die fdG im Sinne des Grundgesetzes einzutreten (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG / § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG).

In § 24 Abs. 3 S. 1 und 2 ThürKWG findet sich eine vergleichbare Regelung für Bürgermeister. Dort heißt es:

„Zum Bürgermeister kann nicht gewählt werden, wer nicht die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes und der Landesverfassung eintritt. Darüber hinaus ist nicht wählbar, wer im übrigen die persönliche Eignung für eine Berufung in ein Beamtenverhältnis nach den für Beamte des Landes geltenden Bestimmungen nicht besitzt.“

Für Landräte, die aufgrund von § 106 Abs. 1 ThürKO als Zeitbeamte einzustufen sind, gelten gemäß § 28 Abs. 2 S. 1 ThürKWG die § 24 Abs. 3 S. 1 und 2 ThürKWG entsprechend, soweit sich nicht aus der ThürKO etwas anderes ergibt. Ohne die tiefgehenden kommunalrechtlichen Aspekte zu behandeln, lässt sich damit festhalten, dass Landrat nur werden kann, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die fdG einzutreten.

Die fdG stellt einen Rechtsbegriff dar, dessen Greifbarkeit [gerade in den Randbereichen ausgesprochen herausfordernd](#) ist. Auf die diesbezüglichen Untiefen kann allerdings an dieser Stelle nicht eingegangen werden.¹ Das Konzept wurde als Antwort auf die nationalsozialistische Herrschaft erschaffen, in der Vergangenheit einige Male verändert und zuletzt in der [NPD-Entscheidung des Bundesverfassungsgericht \(BVerfG\) aus Jahr 2017](#) konkretisiert und angepasst. Danach beinhaltet die fdG „eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“. Hierzu zählen nach dem BVerfG jeden-

¹Vgl. dazu nur Groß, Jura 2023, S. 549 ff. m.w.N.; Voßkuhle, NVwZ 2022, S. 1841 ff. m.w.N.; Schulz, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2019.

falls die Menschenwürde als Ausgangspunkt, das Demokratieprinzip sowie der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.

Alle Landrät:innen beziehungsweise Bewerber:innen müssen die Gewähr bieten, für diese zentralen Prinzipien einzutreten. Unter Eintreten wird dabei nach der **Rechtsprechung des BVerfG** in erster Linie ein aktives, über ein bloß verbales Bejahen hinausgehendes und äußerlich erkennbares Verhalten verstanden, durch welches die „Persönlichkeit des Bewerbers“ beurteilt werden soll.

Politische Parteien, ihr Verhältnis zur fdG und die Konsequenzen für die Verfassungstreuepflicht

Wie wirkt sich die Mitgliedschaft in einer politischen Partei auf die Verfassungstreue aus? Dies ist unter anderem davon abhängig, wie Behörden beziehungsweise Gerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), die Partei **einstufen**. Die Mitgliedschaft in einer vom BVerfG verbotenen oder (wie im Fall der NPD) jedenfalls als verfassungswidrig eingestuften Partei stellt nach herrschender Ansicht einen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar. Wird die Vereinigung behördlicherseits dagegen „nur“ als erwiesen extremistische Vereinigung klassifiziert – also als verfassungsfeindlich, ohne dass sich das BVerfG zur Verfassungswidrigkeit geäußert hat – so begründet dies nach herrschender Auffassung zwar keinen unmittelbaren Verfassungstreuepflichtverstoß. Es kann einen solchen aber indizieren.

Unterhalb dieser Schwelle wird zwischen dem Verdachtsfall (der auf hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende konkrete Verdacht in Bezug auf die Verfassungsfeindlichkeit der Vereinigung) und dem Prüffall (hier bestehen lediglich Informationssplitter, die dazu führen, dass der Verfassungsschutz die Vereinigung aufgrund eines **indiziengestützten Anlasses** genauer in den Blick nimmt) differenziert. Die reine Mitgliedschaft in einer Vereinigung, die als Prüf- oder Verdachtsfall eingestuft wird, stellt keinen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar, kann aber nach herrschender Auffassung Anlass für weitergehende Untersuchungen sein (einführend dazu **Lindner**).²

Wichtig ist in diesem Zusammenhang außerdem: In

²Vgl. Hanschmann/Paskowski, Jura 2022, S. 1271 ff. m.w.N.; Schneider, DÖV 2022, S. 372 ff. m.w.N.; Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff. m.w.N.

³Dazu Baßlsperger, PersV 2019, S. 204 ff. m.w.N.; Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff. m.w.N.

⁴Vgl. dazu nur Kortz/Lubig, ZBR 2006, S. 397 ff. m.w.N.; Lindner, ZBR 2006, S. 402 ff. m.w.N.; Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff. m.w.N.

Bezug auf Kandidat:innen für die Wahl zum Landrat muss kein konkreter Verfassungstreuepflichtverstoß vorliegen – da das Zeitbeamtenverhältnis vor der Wahl noch nicht besteht, ist dies auch schwerlich möglich. Gemäß § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG ist (lediglich) zu prüfen, ob die Kandidat:innen die Gewähr dafür bieten, jederzeit für die fdG einzutreten. Diesbezüglich führt das **VG Neustadt** unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG aus, dass keine Umstände vorliegen dürfen, die nach der Überzeugung der zur Beurteilung berufenen Stelle die künftige Erfüllung der Pflicht zur Verfassungstreue als zweifelhaft erscheinen lassen. Dafür reiche aus, dass der Verantwortliche im Augenblick seiner Entscheidung nach den ihm zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln nicht vom Gewährbieten des Bewerbers überzeugt ist. Ob entsprechende „berechtigte Zweifel“ an der Verfassungstreue vorliegen ist nach herrschender Auffassung stets abhängig von den Umständen des **konkreten Einzelfalles**.³

Der Stand der Rechtsprechung

In Bezug auf einen konkreten Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht ist bei Tätigkeiten mit Parteienbezug in den Details vieles umstritten. Stand der Wissenschaft ist gegenwärtig ausweislich der obigen Ausführungen, dass alleine die Mitgliedschaft in einer behördlicherseits als verfassungsfeindlich eingestuften Partei noch nicht ohne weiteres für einen solchen Verstoß ausreicht, sondern lediglich ein **Indiz** diesbezüglich darstellt. Daher ist stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, wobei insbesondere konkrete aktive Verhaltensweisen zu untersuchen sind, die über rein passive Mitgliedschaft hinaus weitere Erkenntnisse in Bezug auf die Einstellung des Parteimitglieds bieten.⁴ Auch wenn im Rahmen der Wahl zum Landrat nach den obigen Ausführungen gar kein konkreter Verfassungstreuepflichtverstoß erforderlich ist, um ein fehlendes Gewährbieten anzunehmen, lassen sich anhand einiger Fallbeispiele aus der Rechtsprechung gewisse Erkenntnisse gewinnen, die für das Verständnis des geringeren Anforderungen unterliegenden Gewährbietens hilfreich sind.

In einem Urteil aus dem Jahr 1987 führt das BVerwG

aus, dass Beamt:innen, die durch „eine aktive Tätigkeit“ in einer als verfassungsfeindlich eingestuften Partei (seinerzeit die DKP) nachhaltig deren verfassungsfeindliche Ziele unterstützen, in erheblichem Maße die Treuepflicht verletzen würden.⁵ Diese aktive Tätigkeit bestand in der „Übernahme von Parteiämtern und Kandidaturen“, durch die der damals in Rede stehende Beamte (unter Angabe seiner Beamteneigenschaft) für die Politik der Partei mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung geworben hatte. Ähnlich argumentierte jüngst das [OVG Magdeburg](#). Nach ihm verstoße gegen die Verfassungstreuepflicht, wer sich „für eine verfassungsfeindliche Organisation engagiert und für die Öffentlichkeit seine Unterstützung sowie sein Bekenntnis zu dieser Organisation und deren Ziele sichtbar“ macht. Die Grenze disziplinarrechtlich unerheblichen Verhaltens sei dann überschritten, wenn Beamt:innen „durch die Übernahme von Parteiämtern und Kandidaturen“ bei „allgemeinen Wahlen nach außen für deren Politik“ werben.

Die Verletzung der Verfassungstreuepflicht durch Funktionärstätigkeiten für eine verfassungsfeindliche Partei (damals die NPD) bejahte das [BVerwG auch in einem Urteil aus dem Jahr 2004](#) – allerdings bei einem Soldaten. Ähnlich argumentierte das BVerwG bereits einige Jahre zuvor in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001, die einen Fall betraf, in dem sich ein Soldat über mehrere Jahre in Führungspositionen, als Kandidat bei Bundes- und Landtagswahlen sowie durch Reden und andere Publikationen für eine Partei mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung eingesetzt hatte.⁶ Auch wenn Soldatenrecht und Beamtenrecht unterschiedliche Rechtsgebiete darstellen, gibt es doch diverse Parallelen. Das mag auch der Grund dafür gewesen sein, dass das [VG Neustadt](#) die Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2004 im Rahmen seiner Entscheidung zum Gewährbieten eines Bewerbers anlässlich einer Bürgermeisterwahl zitierte.

Das VG Neustadt deutet sogar an, die Verfassungstreuepflichtverletzung möglicherweise noch eher zu bejahen, indem es ausführt, dass nicht nur Funktionäre, sondern auch diejenigen, die den in Rede stehenden Bestrebungen einer verfassungsfeindlichen Partei als Mitglied nicht entgegengetreten, sich in eindeutigen Widerspruch zu den Grundwerten der Verfassung über den demokratischen und rechtsstaatlichen Staatsaufbau und die

Anerkennung der Menschenrechte setzen würden. Ob es diese recht weitgehende Sichtweise wirklich vertritt, blieb allerdings offen. Denn einen konkreten Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht musste das Gericht letztlich gar nicht feststellen, da es lediglich Zweifel zu prüfen hatte, ob der seinerzeit in Rede stehende Bewerber für die fdG eintritt.

Diese Beispiele machen deutlich, dass die Rechtsprechung die Hürden zur Verletzung der Verfassungstreuepflicht nicht allzu hoch ansetzt. Um einen Verfassungstreueverstoß zu begründen, können unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalles [Funktionärstätigkeiten, die Übernahme von Parteiämtern und Kandidaturen bei Wahlen](#) genügen.

Allerdings ist der Nachweis eines konkreten Verstoßes gegen die Verfassungstreuepflicht gar nicht erforderlich, um die Gewähr des jederzeitigen Eintretens für die fdG in Frage zu stellen. Die Anforderungen diesbezüglich sind, wie dargestellt, geringer. Auch in Bezug auf die in diesem Zusammenhang allein zu fordernden „berechtigten Zweifel“ sind allerdings stets die Umstände des jeweiligen Einzelfalles in den Blick zu nehmen, wobei insbesondere [„eigene Veröffentlichungen \(z.B. Flugblätter, Zeitungsanzeigen oder Abhandlungen mit verfassungsfeindlichen Aussagen oder einer verfassungsfeindlichen Zielrichtung\), Teilnahme an Demonstrationen oder sonstigen Veranstaltungen mit verfassungsfeindlicher Tendenz, Mitgliedschaft oder sonstige Tätigkeit in einer verfassungsfeindlichen Vereinigung oder Bestrebung, Mitgliedschaft in Parteien mit verfassungsfeindlicher Zielrichtung, gleichgültig, ob die Partei für verfassungswidrig erklärt worden ist oder nicht“](#) zu prüfen sind.

Ist Robert Sesselmann verfassungstreu?

Mit Blick auf die nun anstehende konkrete Prüfung des Landesverwaltungsamts werden im Lichte der obigen Ausführungen insbesondere zwei Aspekte zu beachten sein:

Zunächst hat die eingangs erwähnte Einstufung des AfD-Landesverbands als gesichert rechtsextremistische Bestrebung durch den thüringischen Verfassungsschutz [keine Bindungswirkung](#) für andere Behörden oder gar Gerichte. Das Landesverwaltungsamt wird sich daher zunächst mit den entsprechenden Ausführungen im [Verfas-](#)

⁵BVerwG, Urteil vom 20.1.1987 –1 D 114/85 = NJW 1987, 2691.

⁶BVerwG, Urteil vom 18.5.2001 –2 WD 42/00 = ZBR 2002, 316.

sungsschutzbericht auseinandersetzen und klären müssen, ob es die auf 15 Seiten begründete Wertung des Verfassungsschutzes teilt. Dabei dürften insbesondere die Ausführungen zum „ethnisch-kulturellen Volksbegriff“, der mit der Menschenwürde nicht in Einklang zu bringen ist (vgl. dazu auch **VG Köln**), sowie die aufgeführten „Angriffe auf den Rechtsstaat“ im Vordergrund stehen.

Für den Fall, dass das Amt die Wertung des Verfassungsschutzes teilen sollte, dürfte einiges dafür sprechen, dass Zweifel daran bestehen, ob Robert Sesselmann die Gewähr bietet, jederzeit für die fdG einzutreten. Denn er hat über die reine Parteimitgliedschaft hinausgehend **Wahlkampf für die AfD betrieben** – etwas anderes kann von einem Kandidaten auch kaum erwartet werden – und eine aktive gelebte Identifizierung⁷ mit den Zielen der Partei durch die Kandidatur für die Landratswahl an den Tag gelegt. Diese Verhaltensweisen haben nach der Rechtsprechung in der Vergangenheit stellenweise die Verletzung der Verfassungstreuepflicht begründet, was den Eindruck unterstreicht, dass auch (und sogar erst recht) „berechtigte Zweifel“ gegeben sein könnten.

Allerdings ist stets, so auch hier, auf sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles zu schauen. Diesbezüglich könnte möglicherweise weitergehend zu klären sein, ob und inwieweit, wie die taz schreibt, im Wahlkampf wirklich „**Hetze gegen Geflüchtete**“ betrieben wurde oder dies gerade nicht der Fall war, die im Wahlkampf vom Deutschlandfunk beobachtete Inszenierung als „**freundlich und bodenständig-konservativ**“ also tat-

sächlich Ausdruck der inneren Einstellung Sesselmanns ist.

Diese Umstände aufzuklären und rechtlich angemessen zu würdigen, wird die nun zu bewältigende Herausforderung darstellen. In juristischer Hinsicht bleibt diesbezüglich abzuwarten, ob an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten und (sollte dies der Fall sein) wie sie auf den die Besonderheit einer Landratswahl aufweisenden aktuellen Fall angewendet wird.⁸ Aufgrund der Tatsache, dass der Landrat direkt demokratisch gewählt wird, könnte in diesem Zusammenhang auch das Parteienprivileg gemäß Art. 21 Abs. 4 GG⁹ bedeutsam werden.

Ausblick

Die Entscheidung des Landesverwaltungsamts dürfte erhebliche Relevanz für die Zukunft haben, **unabhängig davon, wie sie ausfällt**. Die **Diskussion** der 1970er und 1980er Jahre über die sogenannten „**Berufsverbote**“ für Beamt:innen beziehungsweise Bewerber:innen, die sich seinerzeit insbesondere für die DKP engagierten, wurde leidenschaftlich **geführt** und hat die Bundesrepublik maßgeblich geprägt. Angesichts der derzeitigen Umfragerwerte der AfD dürfte die nun zu erwartende juristische und vor allem gesellschaftspolitische Debatte kaum weniger intensiv und polarisierend geführt werden. Dies dürfte auch vor dem Hintergrund der Fall sein, dass entsprechende Wahlerfolge der AfD sich künftig wiederholen könnten.

⁷So Masuch, ZBR 2020, S. 289 ff.

⁸Für den Fall, dass über die Kandidatur hinaus keine verfassungsfeindlichen Äußerungen gemacht worden oder andere Anzeichen für eine verfassungsfeindliche Haltung gegeben sein sollten, könnte dabei unter Berücksichtigung der Stellung eines Landrats auch die Vogt-Entscheidung des EGMR bedeutsam werden.

⁹Dazu in Bezug auf die Verfassungstreuepflicht ausführlich Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff m.w.N.

Oliver Drewes

Nach wie vor unterentwickelt

Zur trägen Evolution des jungen Extremismusphänomenbereichs der „Verfassungsschutzrelevanten Delegitimierung des Staates“

doi: 10.17176/20230628-111033-0



Der Extremismusphänomenbereich der „Verfassungsschutzrelevanten Delegitimierung des Staates“ wurde im kürzlich vorgestellten Verfassungsschutzbericht zum zweiten Mal aufgeführt. Die vielen Fragen und die Kritik, die sich um seine Bezeichnung und Beschreibung drehen und nach seiner Einführung letztes Jahr aufkamen, konnten auch diesmal kaum ausgeräumt werden. Ärgerlich, denn die Defizite gehen zu Lasten der Extremismusprävention.

Im Zuge der Protestbewegungen gegen die Coronapolitik hatten sich seit 2020 zunehmend radikalierende Gruppierungen gebildet, die in Teilen durch strafrechtlich relevantes Verhalten und der Bedrohung staatschutzbezogener Rechtsgüter bzw. der Verachtung mehrerer Verfassungsgrundsätze wie dem Rechtsstaatlichkeits- oder Demokratieprinzip auffielen. Das BfV teilte in der Folge in seinem Bericht für 2021 mit, dass es etwaige Personengruppen unter der neuen Kategorie „Verfassungsschutzrelevante Delegitimierung des Staates“ auf den nachrichtendienstlichen Radschirm genommen hat. Dieser Phänomenbereich, der nach seiner Einführung wegen seiner Namensgebung und Beschreibungsweise vor allem von verfassungsrechtlicher Seite Kritik erfuhr, wurde nun in gleicher Form im aktuellen Verfassungsschutzbericht weitergeführt. Die Bezeichnung ignoriert berechtigte Kritik nicht nur, der Phänomenbereich hat sich auch inhaltlich kaum weiterentwickelt und wurde nur stellenweise geringfügig ausformuliert, sodass er als Grundlage für die Extremismusbekämpfung und -prävention nach wie vor stark defizitär ist. Auf welches Milieu macht die VDS aufmerksam? Welche Mittel, welche sozialen Hintergründe und politischen Zielvorstellungen sind es, die die Grundlage schaffen, um als verfassungsfeindlich eingestuft zu werden und in der Folge nachrichtendienstliche Aufmerksamkeit zu erfahren? Und was lässt sich daraus für die Extremismusprävention ableiten? Spoiler: (Zu) Wenig.

Der Phänomenbereich ist ex positivo zu definieren

Um den diesjährigen Bericht zu kommentieren, bedarf es eines kurzen Blicks zurück. Die Einführung des 2021 gegründeten Phänomenbereichs mutete in seiner Beschreibung bereits relativ dünn an, sprach er doch nur davon, dass die in den Protesten geäußerte Kritik (hauptsächlich gegenüber der Coronapolitik) über „legitimen Protest hinaus“ gehe, indem sie Verfassungsorgane „verächtlich“ mache, gegen sie „agitiere“ und ihnen „Legitimität abspreche“ (S.112). Dabei artikuliert der Bericht eine behördliche Irritation hinsichtlich der Kategorisierung des beobachteten Phänomens. So ließen sich die Eigenschaften bestehender Extremismuskategorien, wie z.B. Rechts- oder Linksextremismus, nicht übertragen, um die beobachteten Personengruppen bzw. ihre Handlungsweise einordnen und beurteilen zu können. Die Einordnung in das Links-Rechts-Spektrum erscheint dafür nicht funktional. Gleichzeitig sind die genannten Eigenschaften zu basal, um eine eigenständige Erfassung und Typologisierung zu ermöglichen, denn die benannten Verhaltensweisen, verächtlich zu agitieren und Legitimität abzuspüren, sind Bestandteil der meisten Extremismusphänomenbereiche (Goertz 2022). Gleichzeitig verkörpern jene Protestierende typische Eigenschaften von anderen Extremismusphänomenbereichen (z.B. inegalitäre oder anarchistische Orientierungen) nur eingeschränkt und nicht durchgehend, wenn sie beispielsweise wegen einer empfundenen Corona-Diktatur den Sturz der Regierung planen. Am ehesten schienen Anknüpfungspunkte an das Reichsbürgertum und den Rechtsextremismus zu bestehen, aber der Kern der Radikalisierung und der Entwicklung einer Verfassungsfeindlichkeit scheint anders gelagert zu sein. Die beobachtbaren heterogenen, ideologischen und sozialen Milieus und ihre politischen Forderungen lassen laut Verfassungsschutzbericht auf keine bekannte Extremismusform schließen, sondern eröffnen die Frage, ob es sich um ein dezidiert neues Extremismusphänomen handelt. Die notwendige Definiti-

on *ex positivo* nimmt das BfV jedoch kaum vor; ebenso wenig die Landesämter für Verfassungsschutz, die alle den Phänomenbereich in gleicher oder ähnlicher Weise eingeführt haben. Das BfV beruft sich primär auf die mangelnde Passgenauigkeit des unter Extremismusverdacht stehenden Phänomens entlang der behördlich verwendeten Typologie. Die sich radikalisierenden Teile der Querdenken-Bewegung, auf die hier hauptsächlich referiert wird, hatten sicherlich Schnittmengen mit Reichsbürgern oder Rechtsextremisten, sind aber in ihrer Wesensbestimmung nicht als solche zu beschreiben.

Damit definieren die Verfassungsschutzbehörden ihren Phänomenbereich im Wesentlichen nur *ex negativo* und bleiben zu vage, um aussagekräftig zu sein. So wird das im aktuellen Verfassungsschutzbericht erstmals benannte Personenpotenzial von 1400 nicht aus einer Analyse entlang eines für den Phänomenbereich erarbeiteten Kriterien- oder Eigenschaftskatalogs gewonnen, sondern nur aus dem Bodensatz der Menge an verfassungsfeindlichen Personengruppen, die sich keinem anderen Bereich zuordnen ließen. Damit verkommt der neue Extremismusphänomenbereich zu einer Restekategorie, die einer präzisen Arbeit und aussagekräftigen Analyse einer Sicherheitsbehörde kaum angemessen ist. Die aussagekräftige Analyse ist aber erforderlich ist für eine effektive Präventionsarbeit. Zwar erscheint das Personenpotenzial von 1400 relativ übersichtlich, aber im Blick auf die politisch motivierte Kriminalität, die sich keinem Phänomenbereich zuordnen lassen kann, wird deutlich, dass das Problem größerer Natur ist. Wurden im Bericht von 2020 „nur“ 8.624 Straftaten in der Kategorie „nicht zuzuordnen“ vermerkt, so sind es im aktuellen Bericht zwei Jahre später bereits 24.080 Straftaten; ein Anstieg auf knapp das Dreifache. Auch wenn dieser Anstieg nicht automatisch und in Gänze dem Bereich der VDS zugeordnet werden muss, artikuliert er dennoch eine Veränderung in der Entwicklung extremistischen Potenzials und Kriminalität. Dass hier also eine Erklärungsnotwendigkeit besteht, was den Hintergrund dieser Entwicklungen und Straftaten angeht, erscheint evident. Entsprechend zu kritisieren ist die dünne Phänomenbeschreibung, wie zahlreiche Kommentierungen nach der ersten Vorstellung des Phänomenbereichs (vor allem von verfassungsrechtlicher Seite) deutlich machten.

¹ Andreas Heusch /Klaus Schönenbroicher, Verfassungsrechtliche Überlegungen zu dem neuen Themenfeld des Verfassungsschutzes »Verfassungsschutzrelevante Delegitimierung des Staates«. In: Deutsches Verwaltungsblatt, Nr. 19, 2022.

Fragezeichen bei den Verfassungsschutzämtern

Die „diffusnebulöse“ (MOTRA 2021) Begrifflichkeit des neuen Phänomenbereichs suggeriert, dass die Verfassungsschutzämter die Protestagitationen eigenmächtig und potenziell willkürlich beurteilen. Hinzukommt, dass Kritik an oder Ablehnung von Verfassungsgrundsätzen zunächst sogar grundrechtlich geschützt ist und erst daraus abgeleitete zielorientierte Aktivitäten Grund zum sicherheitsbehördlichen Handeln gibt.¹

Es gibt für die bereits länger bestehenden Extremismusphänomenbereiche in den Verfassungsschutzberichten nicht nur Ausführungen dahingehend, dass ein bestimmtes Milieu, eine Gruppe oder Vereinigung verfassungsfeindlich agiert, sondern es wird auch erklärt *warum*: in welcher Hinsicht, mit welcher Ideologie, mit welchem konkreten Ziel, mit welchen Mitteln und in welchen Regionen. Hier zeigt der aktuelle Verfassungsschutzbericht im Fall der VDS erneut erhebliche Lücken. Es ist die Aufgabe der Verfassungsschutzämter eine Erklärung oder zumindest vollständige Beschreibung dessen bereitzustellen, was sie als verfassungsfeindlich erfassen (Lutterbeck 2021). Nicht nur für die Legitimation der eigenen Institution ist eine hohe explanative Kraft der Analyse für die Verfassungsschutzämter wichtig, sondern auch für all jene, die mit den Berichtsinformationen im Folgenden weiterarbeiten. Nicht zuletzt müssen auch die Betroffenen ein Bewusstsein über ihre Beobachtung haben können und eine wasserdichte Begründung dafür bekommen.

Die unterentwickelte Phänomenkonzeption führt zu einem pragmatischen Problem. Wie sollen Sicherheitsbehörden, Politik und zivilgesellschaftliches Engagement ein Extremismuspotenzial erfassen, adressieren und bekämpfen, wenn kaum klar ist, worin der beschriebene Extremismus wurzelt? Die Grundlage für jede Operationalisierung universeller, selektiver oder indizierter Extremismusprävention ist Wissen darüber, an welchem Punkt (bspw. Wertorientierungen oder sozialen Bedingungen) Bürgerinnen und Bürger sich von der demokratischen Gesellschaft entfernen und welche Richtung sie dabei einschlagen. Neben wissenschaftlicher Forschung tragen die Ausführungen der Verfassungsschutzämter einen wesentlichen Teil dazu bei, Problemlagen adäquat zu erfassen und weiterverarbeiten zu können (Strategie der Bundesregierung zur Extremismusprävention und Demokra-

tieförderung). Für eine universelle Extremismusprävention gegenüber der VDS ist eine Motivationsanalyse essenziell. Während im Rechtsextremismus inegalitäre Gesellschaftsbilder und Nationalismus wesentliche Motivgrundlagen zum extremistischen Handeln bilden, ist im Falle der VDS unklar, wovon sie sich leiten lässt. Die Virulenz von Verschwörungstheorien scheint im Phänomenbereich VDS besonders prägend und handlungsleitend zu sein² und in der Folge zu „verschwörungsideologisch induzierten Straftaten“ (Rocho 2022) zu führen. Verschwörungstheorien konstruieren und ordnen politische und soziale Wirklichkeit in einer bestimmten Weise. Damit sind sie eher Ausdruck einer Weltanschauung und nicht die Weltanschauung selbst, denn Verschwörungstheorien können inhaltlich beliebige ideologische Ausrichtungen annehmen.³ Hier verweist das BfV nach wie vor nur auf ideologische Schnittmengen mit anderen Phänomenbereichen. Es erklärt nicht, wie erstens eine Verbindung von verschiedenen Extremismusphänomenen möglich ist, die sich untereinander durchaus feindlich gegenüberstehen, und zweitens, welche ideologischen Elemente wegweisend zu sein scheinen. Etwa auf die Präsenz antisemitischer Narrative zu verweisen, ist wenig aussagekräftig, denn diese sind nicht distinktiv, weil sie sich in vielen Extremismusformen finden lassen (obgleich es die Dringlichkeit der Bekämpfung des Antisemitismus unterstreicht). Ist die VDS primär geleitet von inegalitären Vorstellungen? Von libertären? Anarchistischen?

Erst mit der Definition ideologischer Hauptbausteine lässt sich ein Extremismuspotenzial praktisch in der selektiven – sprich fallorientierten – Prävention erkennen. Worauf sollten Sicherheitsbehörden, Politik und Zivilgesellschaft achten, um speziell diesem Extremismusphänomen zu begegnen? Der Verweis auf Verschwörungstheorien allein greift hierfür zu kurz, auch wenn er zumindest ein Anfang ist. Zwar beschreibt der Verfassungsschutzbericht als verbindendes Element der heterogenen Milieus, die sich unter dem Dach der VDS zusammenfinden, die kategorische Ablehnung bestehender staatlicher Ordnung, aber diese Eigenschaft ist nicht distink-

tiv. Sie steckt bereits im Extremismusbegriff der Sicherheitsbehörden und ist somit zirkulär und selbstreferenziell. Der kleine gemeinsame Nenner der Systemablehnung und der fehlende „systempolitische Gegenentwurf“ erzeugen nachvollziehbarerweise ein Fragezeichen bei den Verfassungsschutzämtern.

Begründete Problemwahrnehmung mit Radikalisierungspotenzial

Wäre es aber vielleicht ein Anfang, den nicht über sich selbst hinausgehenden ideologischen Nihilismus als Grundlage einer Analyse zu machen, die weniger nach demokratieinkompatiblen Zielvorstellungen als mehr nach demokratieinkompatiblen Selbstverständnissen fragt? Möglicherweise handelt es sich um Inkompatibilitäten, die aus einer spätmodernen Gesellschaftsstruktur entspringen. Analysen in diese Richtung sind zuletzt z.B. von Carolin Amlinger und Oliver Nachtwey vorgelegt worden. Auch Jürgen Habermas vermutet ein wachsendes und längerfristiges „Potenzial eines ganz neuen, in Form libertärer Formen auftretenden Extremismus der Mitte“. Wo auch immer die Wurzeln dieser Form des Extremismus liegen – mit ihm kann erst gearbeitet werden, wenn er *ex positivo* besser beschrieben wird.

So ist es nun an den Verfassungsschutzbehörden, ihre begründete Problemwahrnehmung auf stabilere Beine zu stellen und Problemdefinition und -beschreibung zu präzisieren. Wie sonst sollten sich schließlich auch Ansätze für eine indizierte Extremismusprävention – etwa Aussteigerprogramme – entwerfen lassen? Aussteigen woraus überhaupt? Eine klare Milieubildung, die eine entsprechende Bindungskraft hat, scheint es den Berichten zufolge nur begrenzt zu geben.

Für jede Stufe und Lokalität der Extremismusprävention ist die Analysetätigkeit der Verfassungsschutzämter eine wichtige Grundlage. Entsprechend wichtig ist die Weiterentwicklung eines jungen Phänomenbereichs, der auch über die akuten Coronaproteste und -bewegungen hinaus anhaltendes Radikalisierungspotenzial zu erfassen vermag.

²Tobias Engelstätter, Delegitimierung des Staates durch Verschwörungsmymen –ein Fall für das Staatsschutzrecht?. In: Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht, Nr. 3, 2022.

³Thórisdóttir, Hulda, Silvia Mari, and André Krouwel. Conspiracy theories, political ideology and political behaviour. Routledge handbook of conspiracy theories. Routledge, 2020. 304-316.

Jonas Deyda

Der falsche Weg

Warum eine Reformidee der Landesjustizministerkonferenz zum Ausschluss rechter Referendar:innen die freie Advokatur bedroht

doi: 10.17176/20230612-111024-0



Jüngst hat das VG Dresden den rechten Referendar Matthias B. zum Examen zugelassen (Urt. v. 04.04.2023, Az.: 11 K 1918/21). Diesen Weg hatte ihm der Sächsische Verfassungsgerichtshof mit seinen argumentationsgleichen Entscheidungen aus dem [Oktober](#) und [November 2021](#) sowie [Oktober 2022](#) geebnet. Um ihn wieder zu schließen, strengt die Landesjustizministerkonferenz [Berichten zufolge](#) nun eine Reform der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) an. Damit legt die Ministerkonferenz die Axt an die freie Advokatur an und leistet einen Bärendienst im Kampf gegen Rechts.

Der Fall „Rechtsreferendar III. Weg“ kommt zum Abschluss

Mit der Entscheidung des VG Dresden kommt ein langer und gewundener Weg eines extrem rechten Bewerbers durch die Bundesländer und Instanzen an sein Ende. Angetreten hat Matthias B. ihn als Kader der Kleinstpartei „III. Weg“ in Bayern. Ihm wurde deswegen in Bayern, Thüringen und Sachsen als Verfassungsfeind der Zugang zum Referendariat verweigert, was von den Obergerichtsverwaltungsgerichten aller drei Bundesländer gehalten wurde. Nachdem das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm, schlug der Verfassungsgerichtshof Sachsen im Oktober 2021 einen Sonderweg ein und erklärte den Ausschluss für unvereinbar mit der Berufs- und Ausbildungsfreiheit in Art. 28 I und 29 der Sächsischen Verfassung.

Das Land Sachsen hatte kurz zuvor die Zugangshürden in [§ 8 Juristenausbildungsgesetz](#) Sachsen angehoben, da Brian E., ein anderer extrem rechter Referendar nicht ausgeschlossen wurde, obwohl er als Teilnehmer eines Angriffs von 200 rechten Hooligans auf den Szenestadteil Connewitz teilgenommen hatte (Maren Diener in der [KJ](#)). Der Sächsische Verfassungsgerichtshof ließ die Gesetzesreform nun leerlaufen: Weil nach [§ 7 S. 1 Nr. 6 BRAO](#) die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erst zu versagen ist, wenn die antragstellende Person die frei-

heitlich demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpft, dürften für den juristischen Vorbereitungsdienst – als notwendigen und staatlich monopolisierten Zwischenschritt – keine höheren Zulassungshürden gelten. Damit wich der Sächsische Verfassungsgerichtshof sowohl von der alten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ab (Jonas Deyda auf dem [Verfassungsblog](#)), als auch von der jüngsten Entscheidung des VGH Bayern (Katharina Uharek auf [Ito](#)). Thorsten von Roetteken vertrat sogar die Auffassung, dass eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 III Alt. 1 GG vor das Bundesverfassungsgericht hätte erfolgen müssen (jurisPR-ArbR 2/2022; ähnlich Klaus Ferdinand Gärditz auf [Ito](#)). Dafür müsste allerdings geklärt werden, inwieweit nicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus den 1970ern wiederum im Widerspruch mit der späteren [EGMR-Rechtsprechung](#) zum Schutz legaler Parteitätigkeit steht. Zwischen Matthias B. und dem Freistaat folgten zwar noch kleinere Scharmützel, an deren Ende das OLG Dresden entschied, dass es zulässig war, Matthias B. die Anwaltsstation beim rechten Szeneanwalt Martin K. aus Chemnitz zu verbieten ([Ito](#)). Die Sache war aber entschieden: In Sachsen dürfen auch überzeugte Neonazis den juristischen Vorbereitungsdienst verrichten. Dies hat jetzt auch das VG Dresden zähneknirschend anerkannt und damit den Fall zum Abschluss gebracht

Ein sächsischer Sonderweg zieht seine Kreise

Die Landesjustizministerkonferenz will es bei diesem Ergebnis aber nicht bewenden lassen. Markus Sehl berichtet auf [Ito](#), dass die Landesjustizministerkonferenz eine Reform der BRAO angeregt hat, um dem Sächsischen Verfassungsgerichtshof sein Argument aus der Hand zu schlagen, dass vom Vorbereitungsdienst nicht ausgeschlossen werden kann, wer zur Anwaltschaft zugelassen werden müsste. So soll entweder statt der strafbaren Bekämpfung schon jede Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Grundordnung die Zulassung ausschließen oder

ausdrücklich klargestellt werden, dass die Zulassungsregeln zum Vorbereitungsdienst nicht von der BRAO berührt werden. Markus Sehl weist richtigerweise darauf hin, dass in der verfassungsrechtlichen Argumentation die Zulassungshürden zum Vorbereitungsdienst an den Zulassungshürden für die Anwaltschaft hängen. Im Lichte der Ausbildungsfreiheit würde also nur eine Absenkung der Ausschlusshürden in der BRAO auf den Vorbereitungsdienst durchschlagen. Das aber würde die freie Advokatur aushöhlen.

Axt an der freien Advokatur

Die Anwaltschaft erweist gerade in ihrer Unabhängigkeit der Verfassung ihren Dienst. Auch eine „Treuepflicht light“ ist damit nicht vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt 2007 diesen Grundsatz der freien Advokatur in einer Auslegung von Art. 12 GG ausbuchstabiert, als es darüber zu entscheiden hatte, ob ein Kirchenbeamter auf Lebenszeit zugleich als Anwalt tätig sein kann:

„Die anwaltliche Berufsausübung, die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnet ist, unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 110, 226 <251 f.> m.w.N.). Die Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen und seine Anerkennung als ein vom Staat unabhängiger freier Beruf kann als ein wesentliches Element des Bemühens um rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Macht angesehen werden (vgl. BVerfGE 63, 266 <284>).“ (BVerfG, Beschluss vom 15. März 2007 – 1 BvR 1887/06)

Die freie Advokatur lebt also nicht zuletzt von der klaren Abgrenzung zu beamtenähnlichen Bindungen. Das drückt sich auch in der BRAO aus, die in § 14 II NR. 5 den Widerruf der Anwaltszulassung vorsieht, falls die Anwält:in zur Beamt:in auf Lebenszeit ernannt wird. Die beamtenrechtliche Abhängigkeit vom Staat, von der die Anwaltschaft freizuhalten ist, hat dabei viele Gesichter: Dienstaufsicht, Gehorsampflicht oder Disziplinar-gewalt. Aber auch die politische Treuepflicht, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung Gewähr

zu bieten, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 V GG. In der berühmten berichtigten „Extremistenbeschluss“-Entscheidung von 1975 erklärte das Bundesverfassungsgericht die politische Treuepflicht zum Kern der Treuepflicht des Beamten:

„Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift. Der Staat – und das heißt hier konkreter, jede verfassungsmäßige Regierung und die Bürger – muß sich darauf verlassen können, daß der Beamte in seiner Amtsführung Verantwortung für diesen Staat, für „seinen“ Staat zu tragen bereit ist, daß er sich in dem Staat, dem er dienen soll, zu Hause fühlt – jetzt und jederzeit und nicht erst, wenn die von ihm erstrebten Veränderungen durch entsprechende Verfassungsänderungen verwirklicht worden sind.“

Diese Passage legt offen, aus welcher obrigkeitsstaatlichen Gedankenwelt die politische Treuepflicht entsprungen ist. Verfassungstreue meinte in erster Linie Staatstreue. Die Anwaltschaft hat hingegen die Aufgabe, die Rechte ihrer Mandantschaft gegen den Staat zu verteidigen – gerade in Krisenzeiten. Auch wenn sich das Verständnis der Treuepflicht seit den 1970ern verändert haben mag, ist sie immer noch in Art. 33 V GG angesiedelt. Anwält:innen stehen aber auch im Unterschied zu Referendar:innen nicht im Staatsdienst. Eine Annäherung der Ausschlussgründe in der BRAO an dieses Leitbild stünde also in einem deutlichen Konflikt mit der freien Advokatur. Das hat auch das [Bundesverfassungsgericht 1983](#) im Falle eines Anwalts so gesehen, der zugleich Mitglied im Kommunistischen Bund Westdeutschland war: „Ebenso wie bei anderen freiberuflichen Tätigkeiten (vgl. dazu BVerfGE 39, 334 (373)) wäre es auch im Anwaltsrecht nicht statthaft, unter Einschränkung der Freiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG die für staatliche Bedienstete aus Art. 33 Abs. 5 GG hergeleiteten Grundsätze in irgendeiner Weise anzuwenden.“

Treuepflicht der Anwaltschaft verfassungsrechtlich bedenklich

Bundesverfassungsrichter Helmut Simon verneinte damals in einem Sondervotum auch die vom Senat offene Frage, ob es überhaupt verfassungsrechtlich

möglich sei vom Anwalt eine Verfassungstreue unterhalb der Strafbarkeitsschwelle einzufordern: „er schuldet aber keine weitergehende politische Loyalität gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung als jeder Staatsbürger, und zwar weder nach seiner Zulassung zum freien Anwaltsberuf noch erst recht als Bewerber für diesen Beruf.“

Diesen Bedenken ist zuzustimmen, denn es handelt sich bei der freiheitlich demokratischen Grundordnung um einen äußerst dehn- und wandelbaren Verfassungsbegriff mit einer langen Geschichte der Instrumentalisierung (vgl. [Sarah Schulz](#)). Obendrein unterliegt er einer starken faktischen Definitionsmacht der Verfassungsschutzämter und damit gerade jenes Teils des Staates, von dem die Anwaltschaft unabhängig sein soll. Ein Bedenken vor „Gesinnungsschnüffelei“ und „nicht recht justiziablen“ Normen teilte auch schon 1959 der [Rechtsausschuss des Bundestags](#), weswegen er die Hürde der Strafbarkeit in die BRAO einfügte.

Zum bisherigen Normbestand in der BRAO läge die Einfügung einer Verfassungstreuepflicht unterhalb der Strafbarkeitsschwelle ebenfalls quer. Denn der nachträgliche Verlust der Anwaltszulassung könnte bisher höchstens Fälle der strafbaren Verfassungsfeindlichkeit erfassen. Bei einer Mindestfreiheitsstrafe muss der Widerruf zwingend nach [§ 14 II Nr. 1 BRAO](#) erfolgen. Bei außerberuflichen strafbaren oder ordnungswidrigem Verhalten kann in bestimmten Fällen der Ausschluss durch das Anwaltsgericht nach [§§ 113 II, 114 I Nr. 5 BRAO](#) erfolgen. Eine Aufweichung zu Zulassungsversagung oder gar Anpassung der nachträglichen Ausschlussgründe wäre daher absolut systemwidrig.

Eine Grundfeste der freien Advokatur ist die glasklare Trennung zwischen den Taten und Motiven der Mandant:innen und der anwaltlichen Vertretung oder Verteidigung. Nur eine tatbestandlich bestimmte Hürde wie die der Strafbarkeit kann sicherstellen, dass Anwält:innen keinerlei Angst haben müssen, mit der etwaigen politischen Orientierung einer Mandant:in identifiziert zu werden. Dass diese Trennung in Gefahr ist, hat sich zuletzt etwa eindrücklich gezeigt, als die Polizei 2017 eine Gefahrenprognose beim G20-Gipfel in Hamburg auf die Prozessvertretung durch Angehörige des Republikanischen Anwälte und Anwältinnen Vereins gestützt hatte (Martin Huff auf [Ito](#)).

Rechtsabbau in der Breite statt zielgerichteter Maßnahmen gegen Rechts

Viele der Maßnahmen, die gerade auf dem Tisch liegen und vorgeblich gegen Rechts gerichtet sind, bauen Rechte in der Breite ab: Die Novelle des Bundesdisziplinalgesetzes unterwirft Dienstvergehen aller Bundesbeamt:innen der Disziplinarverfügung (Klaus Ferdinand Gärditz auf dem [Verfassungsblog](#)), obwohl sich nur ein [verschwindend geringer Teil](#) der Disziplinarlagen des Bundes gegen Verstöße gegen die politische Treuepflicht richtete. Die geplante Wiedereinführung der Regelanfrage bei den Verfassungsschutzämtern wie in [Brandenburg](#) oder [Sachsen](#) rückt alle Bewerber:innen in das Visier der Geheimdienste. Der Vorschlag zur BRAO-Reform untergräbt die Unabhängigkeit der gesamten Anwaltschaft, obwohl er eigentlich nur auf das Rechtsreferendariat abzielt. Rechtsradikale im Staatsdienst stellen ohne Frage eine drängende Gefahr dar, gegen die bisher keine effektiven Maßnahmen ergriffen wurden. Wo ihr Ausschluss aber auf Kosten der freien Advokatur oder der Unabhängigkeit der Justiz erfolgt, könnten sich diese Maßnahmen später als Bumerang erweisen. Schaut man nach Polen, Ungarn oder Israel, kann man sehen, dass ganz oben auf der rechten Blaupause für einen Staatsumbau, die Schleifung eines rechtsstaatlichen Justizsystems steht. Eine unabhängige Anwaltschaft ist für dessen Verteidigung unerlässlich.

Stattdessen wäre es angebracht, die Ausschlussmaßstäbe so nachzuschärfen, dass sie auch wirklich diejenigen treffen, von denen die Gefahr ausgeht. Seit der [„NPD II“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2017](#) ist klar, dass ein völkisches Demokratieverständnis mit Art. 20 GG und damit der freiheitlich demokratischen Grundordnung unvereinbar ist. Gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit und insbesondere Rassismus bergen als Verstoß gegen die Menschenwürde in Art. 1 I GG und die allgemeinen und besonderen Gleichbehandlungsgrundsätze in Art. 3 GG sicherlich eine der größten Gefahren für die neutrale und verfassungstreue Amtsführung. Blättert man aber auf juris durch die einschlägigen Disziplinarurteile, stößt man in großer Anzahl auf Reichsbürger, die aus dem Dienst entfernt wurden (zuletzt etwa [VG Regensburg](#), [OVG Lüneburg](#) und [VG Sigmaringen](#)). Das ist ohne Frage richtig, diese Stichprobe zeigt aber, wie sehr das Verständnis der politischen Treuepflicht noch in den altherge-

brachten Bahnen der Staatstreue verläuft: Entfernt werden vor allem Staatsdiener:innen, die den Staat leugnen. Völkisches Demokratieverständnis oder gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit sind in den arbeits- und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und folglich bei den Dienstherrn unterbelichtet. Eine Vorahnung auf das Ausmaß des tatsächlichen Problems geben allein schon die zahlreichen rassistischen Chatgruppen, die hauptsächlich als Zufallsfunde in strafrechtlichen Ermittlungen gegen Polizist:innen ans Tageslicht gefördert wurden. Die Zwischenergebnisse der [MEGAVO-Studie](#) zeigen, dass ein großer Teil der Polizeibeamt:innen ambivalente Einstellung zu gruppenbezogener Menschenfeind-

lichkeit hat (Andreas Nitschke auf dem [Verfassungsblog](#)).

Hier müssten Reformen ansetzen und ein völkisches Demokratieverständnis und verschiedene Formen der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit regelbeispielhaft als Verstoß gegen die politische Treuepflicht gesetzlich verankern, um den Maßstab der freiheitlich demokratischen Grundordnung an aktuelle Herausforderungen anzupassen. Das Problem, dass durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Vorbereitungsdienst in Sachsen zu einem Sammelbecken für rechtsradikale Referendar:innen zu werden droht, bliebe allerdings vorerst bestehen. Die freie Advokatur ist aber in jedem Fall ein zu hoher Preis, um diesem Problem zu begegnen.

Tore Vetter

Rechtsstaat in Gewahrsam

Was sind Versammlungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit wert, wenn der Staat sie nicht achtet?

doi: 10.17176/20230610-231021-0



Samstag, der 03.06.2023 in Leipzig. Hunderte von Menschen stehen zusammengedrängt am Alexis-Schumann-Platz in der Südvorstadt. Stets unter den Augen behelmter Polizist*innen, die sie umringen. Keine Möglichkeit der Privatsphäre. Nach [Angaben von Betroffenen](#): Keine Möglichkeit des Toilettengangs. Solche „Kessel“ gibt es immer wieder auf Demonstrationen in der Bundesrepublik (zum Frankfurter Kessel 2013 und dem späteren Nichtannahmebeschluss des BVerfG, Cara Röhner und Maximilian Pichl [hier](#) kritisch). Mal dauern sie wenige Minuten, werden von der Polizei scheinbar grundlos zugezogen und genauso grundlos wieder geöffnet, mal dauern sie Stunden. Manchmal können alle gehen. Oft fahren viele ein. In die Gefangenessammelstelle, die „Gesä“. Immer wieder wurden solche Kessel von deutschen Gerichten für [rechtswidrig erklärt](#), weil sie die [Versammlungsfreiheit](#) und andere Grundrechte der Einkesselten in unverhältnismäßiger Weise verletzen.

Zu zweifelhafter Berühmtheit gelangte der „Hamburger Kessel“. Im Anschluss an eine Demonstration um das Kernkraftwerk Brokdorf – ein Jahr nachdem das BVerfG in seinem berühmtem [Brokdorf-Beschluss](#) die Versammlungsfreiheit erstmals umfassend konkretisierte – protestierten am 8. Juni 1986 hunderte Menschen spontan und ohne Anmeldung auf dem Hamburger Heiligengeistfeld gegen Polizeigewalt. Darauf reagierte der Hamburgische Staat – mit Polizeigewalt. Später stellte das [Hamburger Verwaltungsgericht](#) fest, dass der Polizeieinsatz rechtswidrig war. Auf ein [Urteil des Landgerichts Hamburg](#) musste die Hansestadt den Betroffenen Schmerzensgeld zahlen. Der Kessel wurde zum Polizeiskandal. Einige Polizist*innen selbst riefen als Reaktion das bis heute aktive „[Hamburger Signal](#)“ aus, das sich für eine stärkere rechtsstaatliche Kontrolle der Polizei einsetzt.

Versammlung „zur Einhaltung der Grundrechte“ war nicht verboten - und darf dennoch nicht laufen

37 Jahre später. Für den sog. „Tag X“ – den Samstag nach der erwarteten Urteilsverkündung im „Antifa-Ost-Verfahren“ um die Hauptangeklagte *Lina E.* am 31.05.2023 – war bundesweit seit Wochen insbesondere, aber nicht ausschließlich aus der linken Szene mobilisiert worden.

Als Reaktion untersagte die Stadt Leipzig am 30.05. mittels [Allgemeinverfügung](#) auf Grundlage von § 15 Abs. 1 SächsVersG „jedermann“, am 03. und 04. Juni 2023 „*öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel zu veranstalten oder daran teilzunehmen, welche sich inhaltlich auf den Antifa-Ost-Prozess bzw. dessen Angeklagte beziehen und nicht bis zum Mittwoch, den 31. Mai 2023, 24:00 Uhr, bei der zuständigen Versammlungsbehörde angezeigt wurden.*“

Der Verein „[Say it loud](#)“ e.V. meldete daraufhin noch am 31.05.2023 eine Versammlung für den 03.06.2023 an – unter dem Motto: „*Die Versammlungsfreiheit gilt auch in Leipzig*“. Ziel der Demonstration war eine Kritik an der behördlichen Reaktion auf die angekündigten Tag-X-Proteste.

So rechtlich zweifelhaft diese Versammlungsverbot sowohl in seiner Pauschalität (dazu und zu den Parallelen zum Vorgehen der Behörden im Vorfeld der Hamburger G-20-Proteste zutreffend Jonathan Schramm [hier](#)) und in [Einzelfällen](#) (die teilweise gleichwohl von [VG](#) und [OVG](#) im Eilverfahren gehalten wurden) erscheint – die Versammlung von „Say it loud“ am 03.06. war weder separat verboten worden, noch fiel sie unter die Allgemeinverfügung – zum Einen, weil sie bereits gemäß der Allgemeinverfügung selbst rechtzeitig angemeldet worden war, zum anderen weil Inhalt der Versammlung nicht der Antifa-Ost-Prozess, sondern die vorherigen Versammlungsverbote selbst waren.

Die Polizei reagierte dennoch mit Härte. Nach Angaben des Leipziger Grünen-Stadtrats Jürgen Kasek, der als

Versammlungsleiter fungierte und das Geschehen später [protokollierte](#), durfte die eigentlich als Aufzug angemeldete Versammlung zunächst unter Auflage nur als stationäre Kundgebung stattfinden. Die Polizei begründete dies wohl mit einer [höheren Teilnehmer*innenzahl als angemeldet](#) worden war.

Die Selbstbestimmungsfreiheit der Versammlung umfasst auch die Wahl der Demonstrationsform – etwa als mobiler Aufzug oder stationäre Kundgebung ([BVerfG](#), Rn. 62). Eine Beschränkung dieser Wahl lässt sich weder auf § 15 SächsVersG stützen, noch ist sie mit der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG vereinbar. Solange keine unmittelbar mit der erhöhten Teilnehmer*innenzahl verbundene Gefahr besteht, wie es etwa während der Hochphasen der Covid-19-Pandemie bezüglich [einhaltenbarer Mindestabstände](#) der Fall sein konnte, darf der Mobilisierungserfolg einer Versammlung ihr versammlungsrechtlich nicht zum Verhängnis gemacht werden. Die Leipziger Polizei schien sich hier am Vorgehen der Berliner Polizei gegen pro-palästinensische Proteste einige Wochen zuvor zu orientieren, das ebenfalls eklatant rechtswidrig begründet worden war, wie Andreas Gutmann jüngst [hier](#) zusammenfasste.

Nachdem die Beschränkung zur Kundgebung bekannt wurde, eskalierte die Lage wohl. Nach [Angaben der Polizei](#) verummten sich einige Teilnehmer*innen und es kam durch „mehrere Personen“ zu Stein- und Flaschenwürfen auf Polizist*innen. Kurz darauf kesselte die Polizei nach eigenen Angaben gut [1000 Teilnehmer*innen](#) ein.

Auch wenn der genaue Ablauf des Geschehens noch nicht geklärt ist, sicher ist: Bis in die frühen Morgenstunden des [nächsten Tages](#) – noch 11 Stunden nach Beginn der Ingewahrsamnahme – befanden sich Menschen im Kessel.

Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung?

Dabei ist schon fraglich, auf welche Rechtsgrundlage die Polizei Sachsen die Einkesselung der 1000 Teilnehmer*innen stützen konnte. Denkbar wäre eine Ingewahrsamnahme zur Identitätsfeststellung auf Basis von §§ 15 I Nr. 1, 22 I Nr. 4 SächsPVDG.

Dem stünde eigentlich die [Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts](#) entgegen, denn die Versammlung partizipierte grundsätzlich am Schutz der Versammlungsfreiheit. Selbst bei Zugrundelegung der polizeilichen Darstellung führt ein unfriedliches Verhalten einiger Teil-

nehmer*innen, geschweige denn vereinzelt oder auch massenhaftes „Vermummen“ nicht zur *Unfriedlichkeit* einer Versammlung oder der übrigen Teilnehmer*innen. Unfriedlich wird eine Versammlung erst dann, wenn sie kollektiv *im Ganzen* einen *gewalttätigen Verlauf* nimmt ([BVerfG](#) Rn. 93). Dafür reicht es weder aus, dass *einige* Teilnehmer*innen gewalttätig werden, noch dass Versammlungsteilnehmer*innen sich wütend artikulieren oder selbst in weiten Teilen gegen das Vermummungsverbot verstoßen. Auch dies war einer der Grundsätze der Brokdorf-Rechtsprechung, die aktuell nicht nur in Leipzig revidiert zu werden scheinen, wie [Andreas Gutmann](#) und [Emma Sammet](#) jüngst beobachteten. Maßnahmen nach den Sächsischen Polizeigesetzen wären zu Beginn daher allenfalls gegen zuvor ausgeschlossene Teilnehmer*innen zulässig gewesen.

Später berief die Polizei sich darauf, dass der Anmeldeur die Versammlung bereits gegen 18 Uhr, also mutmaßlich vor dem Schließen des Kessels, beendet habe, weshalb das [„Versammlungsrecht ab diesem Zeitpunkt nicht mehr einschlägig“](#) gewesen sei. Selbst wenn diese Darstellung zutrifft und das Verbleiben der Teilnehmer*innen nach der Selbstauflösung der Veranstalter*innen nicht als neue, von der Versammlungsfreiheit eigenständig geschützte (Spontan-)versammlung gegen den Polizeieinsatz zu werten wäre – wofür angesichts der jedenfalls fehlenden behördlichen Auflösung viel spricht – dürfte die Einkesselung gleichwohl rechtswidrig und mit der Versammlungsfreiheit unvereinbar gewesen sein.

Denn: Eine polizeirechtliche Identitätsfeststellung ist nur zur Abwehr oder Beseitigung einer konkreten Gefahr für die Öffentliche Sicherheit oder Ordnung zulässig. Maßnahmen sind in diesem Fall selbstverständlich auch in Sachsen zunächst gegen die Störer*innen zu richten, § 6 SächsPVDG iVm § 14 SächsPBG. Aus der Behauptung einzelner Steinwürfe lässt sich die Störereigenschaft nicht auf sämtliche Teilnehmer*innen ausweiten.

Die Polizei selbst ließ später verlauten, man sei gegen Straftäter*innen vorgegangen. Sie berief sich demnach nicht auf gefahrenabwehrrechtliches Einschreiten, sondern auf eine Festnahme der Versammlungsteilnehmer*innen zur [strafprozessualen](#) Identitätsfeststellung im Ermittlungsverfahren nach §§ 163b Abs. 1 S. 2, 163c StPO. Selbst wenn man den Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung nicht auch auf strafprozessuale Maßnahmen anwenden wollte (anders Teile der Rechtsprechung (Bsp. [VG Stuttgart](#), Rn. 38)): Schon auf Tatbe-

standsebene, jedenfalls aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit waren auch die Voraussetzungen der §§ 163b, 163c StPO offensichtlich nicht erfüllt.

Im Versammlungsrecht gibt es keinen Grundsatz „mitgefangen - mitgehungen“

§ 163b Abs. 1 S. 2, 163c StPO setzt wie grundsätzlich alle strafprozessualen Maßnahmen den Anfangsverdacht einer Straftat voraus. Sollte der Leipziger Polizei am 03.06 also nicht in einem beispiellosen Fahndungserfolg gelungen sein, 1000 Verdächtige – „durchgeknallte Straffällige“ in den Worten des Leipziger Oberbürgermeisters (SPD) – gleichzeitig zu kesseln, stellt sich die Frage, worauf dieser Anfangsverdacht konkret begründet wurde.

Der Anfangsverdacht einer Straftat muss zwingend auf konkreten Tatsachen basieren und sich individuell auf die jeweils Betroffenen beziehen. Nur in Ausnahmefällen und bei strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes können Maßnahmen nach § 163 b Abs. 2 StPO auch gegen Unverdächtige gerichtet werden. Bei der Auslegung des § 163 b Abs. 2 StPO ist selbst bei Beendigung oder Auflösung der Versammlung die verfassungsrechtliche Wertung der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG zu beachten.

Um die Identität einiger weniger festzustellen, ist die Ingewahrsamnahme von 1000 Menschen mit §§ 163b, 163c StPO und mit Verfassungsgrundsätzen nicht vereinbar. Auch im Ermittlungsverfahren gilt, unabhängig vom Versammlungsgeschehen, immer der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (wie etwa Andreas Fischer-Lescano und Andreas Gutmann [hier](#) in Bezug auf Maßnahmen gegen sog. „Adbusting“ richtig aufzeigten).

Im Versammlungskontext steht einer kollektiven strafprozessualen Verfolgung sämtlicher Teilnehmer*innen darüber hinaus auch die grundsätzliche Wertung der Brokdorf-Rechtsprechung entgegen, die vom BVerfG zuletzt 2016 bezüglich der Frankfurter *Blockupy*-Proteste erneut angemahnt wurde. Andernfalls träfe „nahezu jeden Versammlungsteilnehmer das Risiko, allein wegen des Gebrauchmachens von der Versammlungsfreiheit – schon während der Versammlung – Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzt zu werden.“ (BVerfG Rn. 15).

Zwar sah das BVerfG es hier als zulässig an, auch gegen eine absplittbare Gruppe von Teilnehmer*innen strafprozessual vorzugehen (ebd. Rn. 16ff.; kritisch zu einer solchen Aufteilbarkeit der Versammlung und der

hierin enthaltenen Reproduktion der polizeilichen Sichtweise [Röhner/Pichl](#) und [Möllers](#)) – auch hier ist jedoch ein belastbarer Anfangsverdacht gegen die Gruppe erforderlich und die Versammlungsfreiheit der Restversammlung muss gewährleistet sein (ebd. Rn. 19). Bei wie hier 1000 Menschen, darunter Minderjährige und an der vorherigen Eskalation völlig Unbeteiligte, lag bereits keine solche klar abgrenzbare Gruppe vor.

Die Polizei bediente sich anscheinend einer bekannten Argumentation: Sie insinuierte, sämtliche gekesselten Personen seien verdächtig, sich allein durch ihren Aufenthalt zumindest als Teilnehmer*innen am Landfriedensbruch nach § 125 StGB beteiligt zu haben. Der Bundesgerichtshof hatte diese Figur der psychischen Beihilfe durch „ostentatives Mitmarschieren“ in der Vergangenheit in Bezug auf Hooligans entwickelt, die zwar nicht selbst zuschlugen, aber als Teil einer ausschließlich zur Begehung von Gewalttätigkeiten verbundenen Hooligan-Gruppe die Schläger*innen bestärkten – eine Übertragung auf das „Demonstrationsstrafrecht“ hatte der BGH deshalb jedoch auch ausdrücklich ausgeschlossen. (BGH, Rn. 18). Bereits im Nachgang der Hamburger G20-Proteste wurde im mittlerweile geplatzten „Rondenbarg“-Prozess mit ähnlicher Argumentation versucht, eine Strafbarkeit unbeteiligter Demonstrierender zu konstruieren.

Schon die Ingewahrsamnahme selbst war – selbst bei Zugrundelegung der polizeilichen Darstellung – daher schon aufgrund der fehlenden Voraussetzungen des § 163b Abs.1 und 2 StPO [rechtswidrig](#).

Der Kessel: In allen Belangen unverhältnismäßig

Spätestens in seiner konkreten Ausprägung verstieß der Kessel von Leipzig jedoch in eklatanter Weise gegen verfassungsrechtliche Grundsätze.

So dürfte es sich bereits aufgrund der Dauer um eine Freiheitsentziehung gehandelt haben, bei der nach Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG und §163c Abs. 1 S. 2 StPO *unverzüglich* eine richterliche Entscheidung einzuholen ist. Auch bei Annahme eines präventiven Vorgehens nach Polizeirecht könnte die Polizei sich hier nicht mehr auf die ausnahmsweise Nichtherbeiführung bei Annahme einer Entscheidung erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes nach § 23 Abs. 1 S. 2 SächsPVDG berufen.

Darüber hinaus ist auch bei der Durchführung strafprozessualer Maßnahmen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. In Leipzig, so musste man den

Eindruck gewinnen, fiel dieser am 03.06.2023 mehr oder weniger in den Bereich polizeilicher Kulanz.

Dies betrifft sowohl die Länge der kollektiven Ingewahrsamnahme als solche, als auch die konkrete Ausgestaltung der Situation im Kessel. Die Ingewahrsamnahme betraf anfangs über 1000 Menschen und dauerte längstens von etwa 18 Uhr abends bis ca. 5 Uhr morgens des Folgetages – ca. 11 Stunden. Dies wirkt sich umso mehr aus, als dass auch Minderjährige im Kessel waren, die nach [Presseberichten](#) trotz Anwesenheit der Eltern nicht aus dem Gewahrsam entlassen wurden.

Mehrere Betroffene berichteten von keinem oder unzureichendem Zugang zu Toiletten. Diesbezüglich stellte der [VGH Baden-Württemberg](#) zuletzt im Januar letzten Jahres klar, dass die Gewährung zu sanitären Einrichtungen, insbesondere zu Toiletten zum Mindeststandard der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes und des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nach Art. 3 EMRK gehört. Die Polizei müsse aufgrund der daraus folgenden staatlichen Schutzpflicht schon i.R.d. Gefahrenprognose eine ausreichende Verfügbarkeit solcher Anlagen gewährleisten, wenn absehbar sei, dass es zu Ingewahrsamnahmen komme. Angesichts der Aussage der Leipziger Polizei im Vorfeld, sich für den Tag X auf „den größten Einsatz seit zwei Jahren“ vorzubereiten, kann die Polizei sich hier schlicht nicht darauf zurückziehen, von der Lage überrascht gewesen zu sein.

Anwesende berichteten zudem davon, dass die Versorgung der Gekesselten etwa mit Wärmedecken für die Nacht oder Nahrungsmitteln letztlich nur einigermaßen durch ehrenamtliche [Demo-Sanitäter*innen](#) geleistet wurde – und nicht durch die Polizei, deren Aufgabe genau das gewesen wäre.

Der Sachverhalt um den Kessel in Leipzig wird im Detail noch zu klären sein und vermutlich auch bald die Justiz beschäftigen. Es gibt noch andere Berichte aus dem Kessel, die erstaunen. So versuchten Polizeikräfte, wie auf [Videoaufnahmen](#) zu hören ist, den Gekesselten, „politische Äußerungen“ zu untersagen. Für einen solchen Eingriff in die Meinungsfreiheit gibt es keine Rechtsgrundlage. Die Polizei hat in der Bundesrepublik – abseits des strafbaren Rahmens – keine Befugnis, zu bestimmen, was auf Versammlungen gesagt wird – auch nicht, wenn sie (rechtswidrig) eingekesselt sind.

Wenn der Staat den Rechtsstaat angreift

Einige Stadtverordnete, u.a. Versammlungsleiter Kasek, haben bereits eine [Dringliche Anfrage](#) im Stadtrat zur Klärung der Umstände gestellt. Auch im Innenausschuss des sächsischen Landtages wird das Geschehen um #le0306 am 12. Juni Thema einer [Sondersitzung](#) sein.

Schon jetzt scheint aber nicht einmal der Vortrag der Polizei die Ingewahrsamnahme sowie die Modalitäten ihrer Umsetzung zu tragen. Auch wer den Teilnehmer*innen der Versammlung von „Say it loud“ distanziert gegenübersteht oder zurecht die auch von Seiten einiger Demonstrierender ausgehende Gewalt kritisiert: Im Interesse des Rechtsstaats muss das Vorgehen der Polizei in rechtsstaatlichen Verfahren aufgearbeitet werden. Diese Grundsätze verhöhnt es, wenn der sächsische Innenminister einen Tag nach dem Polizeieinsatz von einer „[erfolgreichen Einsatzbewältigung](#)“ sprach.

Denn der Rechtsstaat zeigt seine Qualitäten nicht dann, wenn er auf Straftaten und Gewalt – wie es sie im Vor- und Umfeld der Versammlung am 03.06.2023 unzweifelhaft teilweise gab – selbst mit roher Gewalt und Verstößen gegen Verfassungsprinzipien und Grundrechte reagiert. Ein „Rechtsstaat“, der immer mit voller Härte zuschlägt, widerspricht dem Gedanken des Rechtsstaats selbst. Der kann nur funktionieren, wenn die Zivilgesellschaft die effektive Möglichkeit hat, demokratische Grundrechte wie die Versammlungs- und Meinungsfreiheit zu nutzen – und wenn der Staat dies schützt. Diese demokratischen Grundrechte müssen – auch das eine Wertung der Brokdorf-Rechtsprechung ([BVerfG](#), Rn. 67) – vor allem und jederzeit für gesellschaftliche und politische Minderheiten gelten. Ihre Gewährleistungen und Schranken müssen selbstverständlich für den SPD-Kreisverband gleichermaßen wie für Linksradikale oder von der Berliner Versammlungsbehörde rassistisch chiffrierte „[Personen der arabischen Diaspora](#)“ gelten. Der Rechtsstaat übt schließlich keine „[Deeskalation durch Stärke](#)“, sondern deeskaliert durch differenziertes und verhältnismäßiges Vorgehen. Diese Prinzipien, die den Rechtsstaat fundamental vom autoritären Ordnungsstaat unterscheiden, wurden auch am 03.06.2023 im Kessel von Leipzig in skandalöser Weise beschädigt – die dafür Verantwortlichen trugen Uniform.

Anm. d. Red.: Nachträglich wurden in Bezug auf Normverweise in die Sächsischen Polizeigesetze wenige formelle Fehler korrigiert.

Jonathan Schramm

Kollektive Unfriedlichkeit

Zur versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügung der Stadt Leipzig anlässlich der Solidaritätskundgebungen für Lina E. am Wochenende

doi: 10.17176/20230602-231101-0



Seit mehreren Wochen haben linke Gruppierungen für den Tag der Urteilsverkündung im Strafverfahren gegen Lina E. und drei andere Angeklagte vor dem OLG Dresden und das darauffolgende Wochenende [Protestveranstaltungen angekündigt](#). Die Stadt Leipzig hat daraufhin für das Wochenende Versammlungen zum Thema im Stadtgebiet verboten. Neben der rechtlich angreifbaren Pauschalität wird das Verbot auch faktisch seinen Zweck verfehlen. Das Bedürfnis nach öffentlicher Auseinandersetzung mit dem Urteil lässt sich bestenfalls nur lenken. Ein Verbot hingegen dürfte eskalationssteigernd wirken.

Versammlungsverbot für Tag X

Am 31. Mai 2023 [verurteilte das OLG Dresden](#) die Angeklagte Lina E. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten. Die anderen Angeklagten wurden zu Gesamtfreiheitsstrafen von drei Jahren, zwei Jahren und fünf Monaten sowie drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Gegen das Urteil ist gemäß §§ 333 StPO, 135 Absatz 1 Variante 1 GVG Revision zum Bundesgerichtshof zulässig.

Bereits am Tag vor der Urteilsverkündung, am 30. Mai 2023, erließ die Stadt Leipzig eine „[Allgemeinverfügung zur Einschränkung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit im Zusammenhang mit dem sogenannten Antifa-Ost-Prozess/Tag X](#)“. Nach der Allgemeinverfügung ist es jedermann untersagt, im Stadtgebiet Leipzig am Wochenende des 3. und 4. Juni 2023 öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel zu veranstalten oder daran teilzunehmen, welche sich inhaltlich auf den Antifa-Ost-Prozess bzw. dessen Angeklagte beziehen und nicht bis zum Mittwoch, den 31. Mai 2023, 24 Uhr, bei der zuständigen Versammlungsbehörde angezeigt wurden. Wobei der Versammlungsbehörde vorbehalten ist, im Einzelfall Ausnahmeentscheidungen zu treffen.

Damit nimmt die Allgemeinverfügung als besondere Art eines Verwaltungsaktes (§ 35 S. 2 SächsVwVfG) nicht Bezug auf konkrete Versammlungen, sondern spricht ein

Verbot für *alle* Veranstaltungen, die definierte räumliche (Stadtgebiet Leipzig), zeitliche (3. und 4. Juni 2023), formale (nicht angezeigt bis 31. Mai 2023) und thematische (Antifa-Ost-Prozess bzw. dessen Angeklagte) Attribute aufweisen.

Auch wenn bis zum 31. Mai 2023 angezeigte Veranstaltungen damit erlaubt bleiben, liegt für alle spontanen und nicht bis zu diesem Zeitpunkt angezeigten Veranstaltungen ein Verbot i.S.d. § 15 SächsVersG vor. Die Anzeigepflicht ist ebenfalls ein Eingriff in Art. 8 GG und als Minusmaßnahme ebenfalls am Maßstab des § 15 SächsVersG zu messen (Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 8 Rn. 84).

Anforderungen an versammlungsrechtliche Allgemeinverfügungen

Gemäß § 15 SächsVersG kann eine Versammlung verboten werden, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

Als Unterfall des Verwaltungsaktes kann ein solches Verbot auch in Form einer Allgemeinverfügung entlassen werden. Eine Einzelfallregelung im Sinne der Definition des Verwaltungsaktes in § 35 Satz 1 SächsVwVfG liegt demnach auch vor, wenn sich der Verwaltungsakt (hier: Verbot) nicht an eine konkrete Personengruppe, sondern gemäß § 35 Satz 2 Variante 1 VwVfG an einen gattungsmäßig benennbaren Personenkreis (personenbezogene Allgemeinverfügung) richtet (vgl. HK-VerwR/Kyrill-Alexander Schwarz, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 35 Rn. 117).

Dazu heißt es in der Begründung der Stadt Leipzig: Als Allgemeinverfügung könne ein Verwaltungsakt ergehen, wenn er sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet. Dies sei bei versammlungsbeschränkenden Maßnahmen gegeben, wenn sich diese vor dem Hintergrund eines bestimmten Ereignisses oder Anlasses an alle Personen

richtet, die zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmbaren Zeitraums an einem bestimmten Ort oder innerhalb eines näher bezeichneten räumlichen Bereichs zu Versammlungen zusammenzukommen beabsichtigen (OVG HH, Beschluss vom 3. Juli 2017 – 4 Bs 142/17, Rn. 22).

Veraltete Bezugnahme auf G20-Eilverfahren in Hamburg

Zugrunde lag der in der Begründung zitierten Entscheidung des OVG Hamburg ein im Rahmen des G20-Gipfels angestregtes Verfahren. Nach der dabei streitgegenständlichen, versammlungsrechtlichen [Allgemeinverfügung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg vom 1. Juni 2017](#) durften angemeldete und nicht angemeldete Versammlungen in der Zeit vom 7. Juli 2017 ab 6 Uhr bis 8. Juli 2017, 17 Uhr nur außerhalb der Hamburger Innenstadt durchgeführt werden.

Im Eilverfahren beanstandete das [OVG Hamburg im Juli 2017](#) diese Allgemeinverfügung letztlich nicht. Dabei schloss sich das OVG Hamburg der [Auffassung des VG Hamburg](#) (Rn. 22) an, dass es vorliegend offenbleiben könne, ob von der verfahrensgegenständlichen Versammlung des Antragstellers selbst eine unmittelbare Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ausgehe. Die Allgemeinverfügung betreffe nicht nur den Antragsteller, sondern alle potenziellen Versammlungsteilnehmer. Es komme daher auf eine Gesamtbetrachtung an. Im Rahmen einer solchen sei zu prüfen, ob aus dem Kreis der potenziellen Teilnehmer von Versammlungen im Geltungsbereich der Allgemeinverfügung eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu erwarten ist (Rn. 28).

Individuelle Prognose statt Gesamtbetrachtungsansatz im G20-Hauptverfahren

Demgegenüber hielt das [VG Hamburg im Hauptverfahren im Februar 2022](#) zu dem G20-Verfahren in Hamburg an dem Gesamtbetrachtungsansatz aus dem Eilverfahren nicht länger fest.

Das VG Hamburg hielt es nicht länger für ausreichend, dass aus dem Kreis aller Teilnehmer von Demonstrationen und sonstigen Aktionen im Geltungsbereich der Allgemeinverfügung eine unmittelbare Gefährdung für die öffentliche Sicherheit zu erwarten ist. Vielmehr setze die Vorschrift des § 15 Absatz 1 VersG eine unmittelbare – konkrete – Gefahr im Zurechnungszusammenhang mit

einer konkreten Veranstaltung („die“ Versammlung) voraus (Rn. 87).

Eine *Gesamtbetrachtung* dergestalt, dass es für die Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Absatz 1 VersG im Hinblick auf jede von einer Allgemeinverfügung erfasste Versammlung genügt, wenn eine unmittelbare Gefährdung lediglich bei einigen oder der Mehrheit der Versammlungen im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich einer Allgemeinverfügung vorliegt, hätte demgegenüber zur Folge, dass von der Untersagung Versammlungen erfasst wären, bei deren Durchführung eine unmittelbare Gefahr nicht bestünde. Eine solche Ausnahme vom Erfordernis der unmittelbaren Gefährdung fände keine Stütze in § 15 Abs. 1 VersG (Rn. 89).

Dies lässt sich auch mit der [im Eilverfahren vom VG](#) (Rn. 10) als auch [vom OVG genannten](#) (Rn. 22) [Entscheidung des VGH Baden-Württemberg](#) vereinbaren. Dem dort streitgegenständlichen Verfahren lag ebenfalls eine versammlungsrechtliche Allgemeinverfügung zu Grunde. Darin wurde die Personengruppe räumlich anhand genauer bezeichneter Bahngleise definiert (Rn. 52). Im Gegensatz zu den Allgemeinverfügungen in Hamburg und Leipzig handelt es sich bei dem räumlichen Attribut Gleisbett im Fall des VGH Baden-Württemberg aber gleichzeitig um die Gefahrenquelle selbst. Das gleiche galt für versammlungsrechtliche Allgemeinverfügungen während der Corona-Pandemie: Auch hier war die Zusammenkunft als solche die Gefahrenquelle (vgl. Eibenstein/Greve, NVwZ 2022, 377, 377).

Demgegenüber sind weder die Leipziger noch die Hamburger Innenstadt *per se* gefährlich. Man braucht keine ausufernde Fantasie, um sich Veranstaltungen vorzustellen, welche die vier Attribute – räumlich, zeitlich, formal und thematisch – erfüllen und offensichtlich keine Gefahr i.S.d. § 15 SächsVersG begründen. Man denke etwa an eine Gruppe von Strafrechtswissenschaftler:innen, die das Urteil zum Anlass nehmen, rechtsdogmatische Argumente gegen den Paragraph § 129 StGB ins Feld zu führen – ähnlich wie die [Jurist:innen, die sich in Hamburg Anfang der Corona-Pandemie zu einem Protest gegen die Beschränkung der Versammlungsfreiheit trafen](#). Dabei kommt es ja gerade nicht darauf an, ob solche Veranstaltungen stattfinden, sondern dass sie vom Verbot der Allgemeinverfügung erfasst wären.

Keine Umkehrung des Schutzgehaltes von Art. 8 GG bei versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügungen

Art. 8 Absatz 1 GG schützt Versammlungen. Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Grundrecht durch Gesetz eingeschränkt werden. § 15 SächsVersG stellt eine solche gesetzliche Grundlage dar. Jedoch setzt die Vorschrift eine unmittelbare Gefahr bei Durchführung *der* Versammlung voraus.

Daraus folgt, dass auch die Nutzung des ordnungsrechtlichen Mittels der Allgemeinverfügung keine Absenkung des grundrechtlichen Schutzniveaus der Versammlungsfreiheit nach sich ziehen darf. Es ist der Verwaltung zwar nicht verboten, sich des Mittels der Allgemeinverfügung auch im Versammlungsrecht zu bedienen. Jedoch muss sie dann sicherstellen, dass *alle* von der Allgemeinverfügung erfassten Versammlungen auch den Tatbestand des § 15 SächsVersG erfüllen. Eben so, wie der Prüfungsmaßstab bei Erlass eines einfachen Verwaltungsaktes für jede einzelne Versammlung nach § 35 Satz 1 VwVfG wäre (vgl. Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 9 Rn. 29). So auch das [VG Hamburg](#):

„Die aus § 35 Satz 2 HmbVwVfG folgende verfahrensrechtliche Zulässigkeit eines versammlungsrechtlichen Verbots mittels Allgemeinverfügung senkt indes nicht die Eingriffsmaßstäbe herab, die nach dem materiellen Recht – hier: Erfordernis einer unmittelbaren konkreten Gefahr bezogen auf jede erfasste Versammlung – gelten.“ (Rn. 89)

Unterlaufen materiellrechtlicher Vorgaben durch prozessuale Hindernisse

Daraus folgt zwar, dass die Verwaltung durch das Mittel der Allgemeinverfügung materiellrechtlich nicht den Schutz der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG unterlaufen kann.

Prozessrechtlich führt der Einsatz von Allgemeinverfügungen indes zu einem Ungleichgewicht: Entgegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Art. 8 Absatz 1 GG, dass Versammlungen im Grundsatz zulässig sind, muss sich nun die von der versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügung erfasste Personengruppe im Einzelfall um eine Ausnahmegenehmigung bemühen (deren Voraussetzungen nach der Allgemeinverfügung völlig unbestimmt sind) oder gegen die Allgemeinverfügung gericht-

lich vorgehen, um sie für die konkrete Versammlung – im Eilverfahren – außer Vollzug zu setzen.

Es wird rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht gerecht, wenn durch den Erlass einer Allgemeinverfügung zwar materiellrechtlich das grundrechtliche Schutzniveau gegenüber einem einfachen Verwaltungsakt erhalten bleibt, die prozessuale Wirkung des Rechtsschutzes gegen Allgemeinverfügungen – *inter partes* – faktisch aber dazu führt, die Wahrnehmung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit deutlich zu erschweren (vgl. HK-VerwR/Kyrill-Alexander Schwarz VwVfG § 35 Rn. 115).

Gefahr durch Art des polizeilichen Vorgehens im Kontext von Versammlungen

Neben diesen rechtlichen Kritikpunkten am (zunehmenden) Einsatz von Allgemeinverfügungen im Kontext von Versammlungen (siehe [hier](#) und [hier](#)) erscheint das Vorgehen auch unter polizeitaktischen und psychologischen Aspekten fragwürdig. Die Versammlungsbehörde verschiebt die von Art. 8 GG vorgesehene Begründungslast vom Staat auf den Bürger: Dieser – und nicht der Staat – muss nun aktiv begründen, warum eine Versammlung stattfinden darf.

Damit drückt der Staat sein Misstrauen gegenüber seinen Bürger:innen aus. Selbst wenn dies in den hier zu erwartenden Fällen linksextremistischer Gewaltausbrüche gerechtfertigt sein sollte, bringt der Staat durch pauschale Verbote auch die Teile der Bevölkerung gegen sich auf, die sich inhaltlich kritisch mit dem (teilweise als zu hart empfundenen) Urteil auseinandersetzen wollen, ohne die Rechtsordnung abzulehnen.

Die Rechtsordnung mit Art. 5 und 8 GG begrüßt diesen inhaltlichen Diskurs aber gerade – oder [wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert](#):

„Die Meinungsfreiheit ist für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend, denn sie ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist. Sie ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt.“ (Rn. 31)

Die Staatsgewalt in Person der Versammlungsbehörde und der Polizei gefährdet die eigene Akzeptanz, wenn sie durch pauschale Verbote den Eindruck erweckt, Kritik

unabhängig von ihrer Form unterdrücken zu wollen. Der Staat stärkt die Normakzeptanz viel mehr, wenn er eine Einzelfallbetrachtung vornimmt und damit der Vielfalt an Protestformen und seiner Bürger:innen gerecht wird.

Bedürfnis nach Versammlungen nicht negieren, sondern anerkennen: Gesteigerte Eskalationsgefahr

So verfehlen Allgemeinverfügungen – unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit – den mit ihnen verfolgten Zweck, den Schutz der Rechtsordnung, wenn sie aus Sicht vieler Bürger:innen selbst gegen diese Rechtsordnung verstoßen und ihnen ihr Recht auf friedliche Ausübung ihrer Meinungs- und Versammlungsfreiheit verwehren. Ein Staat, der aufhört zu differenzieren und damit die Gefahr von Rechtsverstößen in Kauf nimmt, verliert seine so wichtige Autorität und treibt damit auch seine Verbündeten in die Arme der ihn ablehnenden Gruppen.

Der Weg, den die Stadt Leipzig mit der Allgemeinverfügung eingeschlagen hat, ist nur auf den ersten Blick deeskalierend. Das Bedürfnis, sich in zeitlicher Nähe mit dem Urteil öffentlich auseinanderzusetzen, kann – im Gegensatz zu den Versammlungen selbst – durch rechtliche Regelungen nicht verboten werden. Besser wäre es deshalb dieses Bedürfnis anzuerkennen und z.B. durch Austausch mit gesellschaftlichen Gruppen aktiv nach Wegen zu suchen, wie dieses Bedürfnis friedlich befriedigt werden kann.

Stattdessen wird das Bedürfnis durch die Allgemeinverfügung negiert und keine *Abflussmöglichkeit* aufgezeigt. Die Erfahrungen in Hamburg zeigen, dass damit die Wahrscheinlichkeit einer Eskalation keineswegs sinkt. Hoffen wir, dass es am Wochenende in Leipzig anders sein wird. Die Allgemeinverfügung wird dazu nichts beitragen können – im Gegenteil.¹

¹Neben der Allgemeinverfügung der Stadt Leipzig hat das Sächsische Staatsministerium des Innern der Einrichtung eines Kontrollbereiches von Freitag, dem 2. Juni 2023, ab 18 Uhr bis Sonntag, dem 4. Juni 2023, 18 Uhr gemäß § 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 SächsPVDG, § 100a Absatz 2 StPO und § 28 SächsVersG zugestimmt (https://www.polizei.sachsen.de/de/MI_2023_98636.htm). Interessant ist die Auswahl der betroffenen Stadtteile. So hat man darauf verzichtet, die Einwohner:innen des eher gut betuchten Waldstraßenviertel mit anlasslose Kontrollen zu belasten – ebenso wie die des eher für Rechts- statt Linksextreme bekannten Stadtteils Stötteritz. Differenzierungen scheinen also durchaus möglich – wenn man nur will.

Christoph Gusy

Think globally, act locally im Versammlungsrecht?

doi: 10.17176/20230614-231136-0



In Berlin wurden jüngst zwei pro-palästinensische Versammlungen zum Nakba-Tag präventiv verboten. Während die Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügungen konkret zweifelhaft ist, weisen sie doch auf schwierige Rechtsfragen, die bislang ungeklärt sind.

Verfassungsausgestaltung durch Versammlungsrecht

Versammlungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht. Der Grundrechtsschutz des Art. 8 GG, Art. 26 VvB und ihre Schranken sowie die Rechtsprechung des BVerfG geben dichte Vorgaben. Sie bedeuten jedoch nicht, dass den Landesgesetzgebern jeder politische Gestaltungsfreiraum fehlen würde.¹ Davon haben die Länder in mehreren Gestaltungsvarianten – in Maßen – unterschiedlichen Gebrauch gemacht. Mit aller Vorsicht lassen sich drei Grundtendenzen unterscheiden. Da ist eine eher etwas restriktivere Linie, welche den Grundrechtsschutz eher als Ausnahmetatbestand des allgemeinen Friedlichkeitsgebots und der von ihm her interpretierten öffentlichen Sicherheit und Ordnung konzipiert, etwa in Bayern. Da ist eine mittlere Linie, die sich tendenziell an einem Ausgleich der kollidierenden Verfassungs- und Rechtsgüter versucht, dabei eher moderate Lösungen im Gesetzestext offenlässt und damit wichtige Gestaltungsaufgaben im Einzelfall der Exekutive und den Gerichten überlässt (NRW). Und da ist eine moderat versammlungsförderliche Richtung, wie beispielsweise in Schleswig-Holstein und Berlin. Sie strebt eine möglichst weitreichende demokratische Mitwirkung der Menschen durch ein „fortschrittlicheres Versammlungsgesetz“ an. Der Grundrechtsschutz als unentbehrliches und grundlegendes Funktionselement eines demokratischen Gemeinwesens und unmittelbarster Ausdruck der menschl-

chen Persönlichkeit² schafft politische Ausdrucks-, Ein- und Mitwirkungschancen an der öffentlichen Meinungsbildung denen, die weder über Medien noch Organisationen noch Lobbygruppen verfügen („Kompensationsfunktion“). Der Schutzbereich soll über Art. 8 Abs. 1 GG hinaus, aber im Einklang mit Art. 26 VvB als Menschenrecht ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit von Organisierenden und Teilnehmenden eröffnet sein.

Ergänzt werden soll er durch eine versammlungsfreundliche Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen, die sich an eher polizeirechtlichen Kriterien (§ 14 VFG) orientiert. Ausgangspunkt dafür ist der Tatbestand der „unmittelbaren Gefahr“,³ der in nahezu allen Einschränkungstatbeständen explizit erwähnt ist. In der Tradition des § 15 BundVersG bezieht sich das Tatbestandsmerkmal auf drei Elemente: (1) Eine Bedrohungslage, die in zeitlicher Nähe in einen Schaden umschlagen wird, (2) drohende Schäden an besonders hochwertigen Rechtsgütern und (3) eine gesteigerte Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Verbot und Auflösung als *ultima ratio* gegenüber sonstigen „Beschränkungen“ statuiert. Eingriffe sind nur zulässig zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, nicht mehr zum Schutz der öffentlichen Ordnung. Die damit in Bezug genommenen hochrangigen Schutzgüter sind in § 14 Abs. 2 VFG exemplarisch genannt und damit den Behörden vor- und aufgegeben. Das soll einerseits den Schutz der Versammlungsfreiheit stärken, andererseits den Behörden konkretisierbare Anhaltspunkte an die Hand geben, wann Einschränkungen in Betracht können. Es geht also neben dem Grundrechtsschutz auch um das „rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot“ und um Rechtsklarheit. Gewiss: Das sind keine grundstürzenden Neuerungen, keine schlichte Ersetzung polizeirechtlicher Vergangenheit

¹ Skizze bei Gusy, RuP 2008, 66. Zu den vorausliegenden Auslegungstheorien zu Art. 8 GG Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck (demnächst: Huber/Voßkuhle), GG, 8. A., 2023, Art. 8 Rn 9 ff.

² Gesetzesbegründung in: Abgeordnetenhaus Berl., Drs. 18/2764, S. 1, Zitate ebd., S. 1, 1f, 2, 39. Zum Gesetz Brenneisen/Knape, Versammlungsfreiheitsgesetz, 2021.

³ In neueren Polizeigesetzen ist er vielfach durch den im wesentlichen gleichbedeutenden Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ abgelöst worden. Dazu Gusy/Eichenhofer, Polizeirecht, 11. A., 2023, Rn 128.

durch demokratische Zukunft. Umso wichtiger ist es, solche Differenzierungen zu erkennen und zu elaborieren.

Zwischen Baum und Borke

Jene Grundsätze binden Behörden und Gerichte und sind ihnen zur Konkretisierung und Umsetzung im Einzelfall aufgegeben. Sie stehen damit gerade in Berlin vor keiner leichten Aufgabe. Es geht nicht um Freiheit oder Ordnung, sondern um den Schutz kollidierender Freiheiten und Verfassungswerte, also um Abwägungen auf Verfassungsebene; nicht um Recht oder Unrecht, sondern um gegenläufige Rechte, die durch Verfassungsrecht vor- und aufgegeben sind. Recht gegen Recht! Wie dabei abzuwägen ist, lässt der Gesetzestext eher offen („kann insbesondere verboten werden...“). Die Regelbeispiele eröffnen eine Ermessensentscheidung. Gesicherte Erkenntnisse von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft dazu sind wegen der Neuheit der Bestimmungen noch kaum vorhanden. Die faktische Situation in Berlin erleichtert die Aufgabe nicht. Hier leben auf dem engem Raum einer Millionenstadt unterschiedliche Rechte und ihre Träger unmittelbar miteinander. Und als internationaler Hotspot der Migration ist die Stadt multikulturell organisiert. Schon wegen der räumlichen Nähe gilt: Wo der Handlungsraum der einen beginnt, beginnt zugleich der Wahrnehmungsraum der anderen. Überall kann man auf Träger gleicher, ähnlicher oder entgegengesetzter Interessen oder Anschauungen stoßen. Das gilt erst recht, wenn Versammlungen geradezu notwendig öffentliches Handeln sind.

Hier zeigen sich im Versammlungsrecht zusätzliche Wirkungsrichtungen. Es geht nicht nur um die Abgrenzung von Freiheitsschutz und Freiheitseingriff, sondern zugleich um die Zuteilung und Verteilung von Grundrechtsverwirklichungsräumen für kollidierende Grundrechtsbetätigungen. Diese Zu- und Verteilungsdimension der Grundrechte wird in jüngerer Zeit häufiger betont, ist aber noch wenig elaboriert. Für Versammlungen in der Öffentlichkeit gilt dabei: Der öffentliche Raum als Raum der Freiheit, der Zumutung und des Rechts⁴ steht hier vor diffizilen Herausforderungen, und die Behörden in ihm stehen es auch. Die Rolle der Polizei bei Versammlungen⁵ spielt dann nicht nur zwischen Baum und Borke, sondern zwischen Baum und Baum.

„Unmittelbare Gefahren“ in der globalisierten Welt

„Nakba“ heißt „Unglück“ bzw. „Katastrophe“. Unter diesem Stichworte gedenken viele Palästinenser der Gründung des Staates Israel und der sie begleitenden Vertreibung bzw. Flucht von bis zu 700.000 Palästinensern aus ihrer Heimat. Die damit einhergehenden politischen Forderungen beziehen sich aktuell auf ein Recht auf Rückkehr in diese Gebiete. Radikale Gruppen fordern weitergehend Widerstandsrechte gegen die israelische Staatsgewalt, in ganz besonders radikalen Versionen ein einheitlich palästinensisches Staatsgebilde, das an die Stelle des bisherigen Israels treten soll. Die daraus resultierenden Konflikte hängen nicht zuletzt damit zusammen, dass das Gedenken mit Staatsgründungsfeierlichkeiten Israels zusammenfällt. Beide Seiten fordern das Recht auf Heimat, auf einen eigenen Staat und die demokratische Mehrheit in ihm. Dass dieser Konflikt gerade in Berlin ein tragischer sein muss, liegt auf der Hand: In der Stadt ist der Holocaust geplant und organisiert worden. Es geht auch um deutsche Mitverantwortung für die Gründung Israels. Und für die Vertreibung?

Die Verbotsverfügungen thematisieren zunächst die Lage im Nahen Osten, die Bedeutung des Nakba-Gedenkens und die dort in den letzten Jahren vielfach gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen demonstrierenden Palästinensern und Sicherheitskräften mit zahlreichen Opfern. Zugleich sind die militärischen Auseinandersetzungen zwischen Israel und der Hamas erneut eskaliert. Daraus folge für die in Berlin angemeldeten Veranstaltungen ein „erheblicher Emotionalisierungsgrad“ und ein Mobilisierungspotenzial, das dazu geeignet sei, Teilnehmende zu Äußerungen zu veranlassen, die nicht mit der deutschen Gesetzgebung vereinbar sind. Ersichtlich, wenn auch nicht explizit, sind damit Aufrufe zu Straftaten, zum Ende der Staatlichkeit Israels und antisemitische Äußerungen gemeint. Das gelte auch, wenn die Versammlung nicht am Nakba-Tag, sondern an einem anderen Termin in dessen zeitlicher Nähe abgehalten werde. Das Argument liegt auf der Hand: Ein Übergreifen der Auseinandersetzungen in und um Israel auf Berlin soll verhindert werden.

Können die Auseinandersetzungen im Nahen Osten eine „unmittelbare Gefahr“ in Berlin begründen? Der Gesetzesbegriff taucht in der Begründung nicht auf, dort ist

⁴Formulierung nach Gusy, JZ 2009, 217. Eingehend Siehr, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 638 ff u. pass.

⁵So der Titel des –nicht primär juristischen– Bundes von Bürger (Hg.), 2022

mehrfach von Gefahren, nicht aber von ihrer Unmittelbarkeit die Rede. Wie nahe muss die Bedrohung in Berlin liegen? Die Welt kommt nach Berlin und ihre Konflikte kommen mit. Namentlich die globalisierte und multikulturelle Bedeutung Berlins legt eine Gefährdungslage nahe, wenn ausländische Demonstranten sich mit der Situation in ihren Herkunftsländern solidarisieren. Umgekehrt macht dies den Grundrechtsschutz in Deutschland fragil: Inwieweit darf sein Schutzbereich von der Situation in anderen Staaten abhängen, also von der Politik ausländischer Regierungen oder dem Kampf gegen sie? Gilt das für alle Drittstaaten oder nur für die besondere Lage in Israel? Die Situation im Nahen Osten ist für deutsche Sicherheitsbehörden in keiner Weise beeinflussbar, sie müssen sie hinnehmen. Wenn Veranstaltungen einer Seite verboten werden und solche der anderen nicht, wird die Zulässigkeit von Versammlungen in Deutschland von dem Verhalten ausländischer Regierungen in ihrem jeweiligen Land abhängig gemacht. Das ist nicht der Schutzbereich des Art. 8 GG, der auch unbeliebte und ungewollte Veranstaltungen schützt – unabhängig davon, wie die Teilnehmenden zu Regierungen anderer Staaten stehen.

Und wo ist die unmittelbare Gefahr in Berlin? Ein Herüberschwappen der Situation im Nahen Osten auf Berlin wäre gewiss unerwünscht. Angesichts der völlig unterschiedlichen faktischen Bedingungen in Israel und in Deutschland sollten hier mehr und differenziertere Möglichkeit einer Deeskalation bestehen als dort. Mit aller Vorsicht lässt sich der Schluss ziehen: Wenn man solche Argumente überhaupt zulassen will, dann müssen sie angesichts der einzigartigen Verantwortung Deutschlands für die Vernichtung der europäischen Juden (BVerfGE 124, 300, 321 ff.) zumindest auf die Situation in Israel begrenzt bleiben und dürfen nicht verallgemeinert werden. Und Proteste gegen Israels Regierungspolitik müssen in Deutschland grundsätzlich zulässig bleiben.

Einmal gefährlich - immer gefährlich?

Sachnäher sind Veranstalterbezogene Argumente, namentlich aus den Erfahrungen mit früheren Versammlungen derselben Organisationen. Dass damals mehr Personen teilgenommen haben als angemeldet waren, kann keine tragende Bedeutung zukommen. Woher können Anmeldende abschätzen, wie viele Menschen kommen werden? Die Entscheidung über die Teilnahme ist ein Freiheitsrecht der Versammelten selbst. Welchen Gebrauch sie davon machen, ist ihre individuelle Entschei-

dung. Die Veranstaltenden haben gegen sie weder einen Anspruch auf Teilnahme noch auf Fernbleiben.

Wichtiger ist allerdings der Aspekt, dass bei früheren Versammlungen Straftaten vorgekommen waren und die Leitungen keinen Einfluss auf relevante Teile der Versammelten hatten. Die Leitung ist primäre Ansprechpartnerin der Polizei ist. Zwar kann die Polizei gegen einzelne Versammelte vorgehen, aber nur schwerlich gegen große und zudem von den übrigen Teilnehmenden kaum separierbare Gruppen. Das kann für weitere geplante Veranstaltungen relevant sein: Gefahr ist immer und zentral Wiederholungsgefahr, sofern nicht erkennbar einer Wiederholung entgegengewirkt werden kann. Dies ist im Versammlungsrecht Aufgabe der Leitung (§ 7 VFG) und der Polizei (§ 16 VFG) und der Kooperation zwischen ihnen (§ 4 VFG). Für jede Seite und alle gemeinsam stellt sich daher die Frage, ob einer Wiederholung wirksam vorgebeugt werden kann. Hier können und dürfen nicht einfach frühere Erfahrungen fortgeschrieben werden. Vielmehr stellt sich stets neu die Frage ob es Möglichkeiten gibt, für neue Versammlungen ein effektiveres Management bereitzuhalten, welches unter Berücksichtigung der früheren Zustände neue Erkenntnisse und Chancen erkennen kann, um fortan einen freiheits- und gesetzeskonformen Verlauf sicherstellen zu können. Das ist nicht nur eine Frage der Gesetzesauslegung, sondern auch des Einzelfalls und der an ihm erkennbaren Chancen und Verhaltensalternativen. Frühere Beobachtungen und Zustände allein reichen dafür nicht aus. Der Satz „Einmal gefährlich – immer gefährlich“ wäre zu einfach. Ob solche Möglichkeiten bei den Nakba-Demonstrationen genutzt worden sind oder überhaupt Kontakte stattgefunden haben, lässt sich den Begründungen nicht entnehmen.

Versammlungsfreiheit als organisierte Meinungsfreiheit

Der Inhalt der Versammlungen, die Parolen und die Reden sind primär durch Art. 5 GG geschützt. Die symbolische, kommunikative Einwirkung auf die Umwelt besteht ganz überwiegend aus Meinungsäußerungen. Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen gelten auch für Versammlungen. Versammlungsfreiheit ist organisierte Meinungsfreiheit. Die rechtliche Beurteilung der Meinungen hängt zwar nicht ausschließlich, aber wesentlich von deren Inhalt ab. Hier setzen § 86a, 130 StGB wichtige Grenzen. Wann allerdings dagegen verstoßen wird, ist

nicht zuletzt eine Frage der Auslegung der Äußerungen. Das BVerfG betont die freiheitsfreundliche Auslegung und fragt danach, was der Äußernde meint.⁶ Daneben ist wichtig, was die Gemeinten unter der Äußerung verstehen können oder müssen. Und es kann wichtig sein, was die Öffentlichkeit darunter versteht. Alle drei Aspekte können nebeneinander-, aber auch einander entgegenstehen. Die Fragen sind nicht nur schwierig, sondern zudem komplex. Nicht jede Äußerung gegen die Politik der israelischen Regierung ist zugleich antisemitisch. Und bei der Übersetzung fremdsprachiger Parolen oder Reden ist zu berücksichtigen: Sie stehen in einem sprachlich-kulturellen Kontext, der anders als der deutsche sein kann. Nicht jede Hoffnung auf den palästinensischen Sieg ist identisch mit der Hoffnung auf eine Vernichtung oder Vertreibung aller Juden. Dürfen wir solche Kontextänderungen berücksichtigen? Oder dürfen wir in Deutschland den deutschen Kontext als allgemeinverbindlich zugrunde legen. Das sind Fragen an Art. 5 GG, die sich allerdings in Versammlungen zumeist vereinfachend und vergrößernd stellen können. Das geht gewiss über die konkreten Verbotsverfügungen hinaus. Aber ihre Gründe sind nicht einfach verallgemeinerungsfähig. Versammlungsfreiheit hat so noch viele offene Fragen.

Limitierte politische Neutralität des Versammlungsrechts

Auch wenn die einzelnen Argumente befragungswürdig und -bedürftig sind, kann auch ihr Zusammenwirken be-

rücksichtigt werden.

Den Begriff der „Gefahr“ verwenden die Verfügungen oft, den im Gesetz vorgesehenen Begriff der „unmittelbaren Gefahr“ habe ich dort nicht gefunden. Er ist immerhin ein zentraler Begriff zum Schutz der Freiheit und der einschränkenden Steuerung der Behördentätigkeit. Berlin ist der Hotspot des Multikulturalismus in Deutschland. Die positiven Folgen spüren dort die meisten, aber wer muss die negativen Folgen tragen? Geht mit der Übersiedlung nach Deutschland neben einem höheren Maß an Freiheit zugleich eine höhere Toleranzpflicht einher? Und wie weit reicht diese? Demonstrationen sind politische Garantien der Schwächeren. Darf deren Ausübung zulasten anderer, vielleicht noch schwächerer Gruppen oder Menschen gehen? Und wo liegen dafür die Grenzen? Ganz sicher ist die deutsch-israelische Geschichte hierfür kein besonders geeignetes Paradigma. Umso wichtiger ist: Die dort leider notwendigen Sonderregeln dürfen nicht einfach allgemeine Standards der Grundrechtsauslegung werden. Versammlungsfreiheit ist politisch neutral – im Rahmen der Gesetze.

Neue Bewährungsproben entstehen nicht nur für die Grundrechte, sondern darüber hinaus für das Versammlungsfreiheitsgesetz Berlin. Aber seine freiheitsförderlichen Intentionen sollten nicht mit der Gesetzesbegründung enden, sondern auch seine Anwendung und Auslegung prägen. Für deren Evaluation ist es gegenwärtig noch zu früh. Wir kennen nun mehr Problemzonen und offene Fragen...

⁶Anhaltspunkte etwa in BVerfGE 114, 339, 349; 266, 295 f; 86, 1, 11 f; 85, 1, 18.

Alexander Tischbirek

„Stop Racial Profiling“?

Vertane Chancen bei der geplanten Neustrukturierung des BPolG

doi: 10.17176/20230619-231052-0



Das Bundespolizeigesetz ist in die Jahre gekommen und soll nach einem nun veröffentlichten [Referentenentwurf](#) aus dem Bundesinnenministerium umfassend reformiert werden. Obwohl der Entwurf das Problem anerkennt, unternimmt er leider nur halbherzige Anstrengungen, um effektiv vor polizeilichem Racial Profiling zu schützen.

Schleierfahndung in der Kritik

Das geltende Bundespolizeirecht stammt in großen Teilen aus den frühen 1990er Jahren, als die Bundespolizei noch Bundesgrenzschutz hieß und nicht nur vor Stübice, sondern auch vor Mülhausen gewissenhaft Reisepässe kontrollierte. Nur geringfügig neueren Datums sind die Ermächtigungsgrundlagen zu verdachtsunabhängigen Personenkontrollen in den §§ 22 Abs. 1a und 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Sie wurden in Reaktion auf den Wegfall der Grenzkontrollen im Schengenraum geschaffen, dienen nunmehr jedoch als „Allzweckwaffe“ gegen allerhand Unerwünschtes – die Spanne reicht hier [von der Unterbindung „irregulärer Migration“ über die Terrorabwehr und die Pandemiebekämpfung](#) bis allgemein zur Eindämmung des [internationalen Verbrechens](#). Die Kontrollen sind dabei insbesondere nicht auf das Gebiet der ehemaligen Grenzposten beschränkt, sondern reichen bis weit ins Landesinnere hinein – wer Pech hat, den erwischt es in einer [Regionalbahn zwischen Mainz und Koblenz](#) oder eben bei der Zigarette im [eigenen Vorgarten](#).

Ebenfalls seit geraumer Zeit steht die sogenannte Schleierfahndung in der Kritik. Ansatzpunkt ist zum einen das unionsrechtliche Schengenregime: Der [EuGH](#) hält die Ermächtigungsgrundlagen des Bundespolizeigesetzes für sich genommen für allzu unbestimmt und hat in einem Vorabentscheidungsersuchen Konkretisierungen gefordert. Diese hat das [Bundesinnenministerium](#) zumindest für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mittlerweile über einen exekutiven Erlass vorgenommen – aber eben auf der Stufe von Verwaltungsvorschriften mit vergleichsweise geringer Sichtbarkeit und verminderter demokratischer Legitimation.

Der Hauptvorwurf gegen die §§ 22 Abs. 1a und 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG betrifft jedoch die Praxis des Racial Profiling, wonach anstelle einer (konkreten) Gefahr – und entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG – mitunter die Hautfarbe zum Kontrollanlass wird. Das [Deutsche Institut für Menschenrechte](#) hält bereits die Vorschrift des § 22 Abs. 1a BPolG für verfassungswidrig, weil sie absehbar diskriminierende Personenkontrollen nach sich ziehe. Auch das UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (abrufbar [hier](#), unter Nr. 11) mahnt eine Reform an, um fehlgeleitetem Ermessensgebrauch effektiv entgegenzuwirken. Umso mehr muss es verwundern, dass der aktuelle Referentenentwurf diese Kritik weitgehend unbeachtet lässt.

Konturenlose Eingriffstatbestände - Niederlande als Vorbild?

Der derzeit geltende § 22 Abs. 1a BPolG soll zunächst nahezu unverändert in den neuen § 23 Abs. 2 Satz 1 BPolG überführt werden. Dabei bleibt es bei einem nahezu konturenlosen Eingriffstatbestand. Der Referentenentwurf versäumt es hier, Tatbestandsmerkmale wie die „Lagerkenntnisse“ oder die „grenzpolizeiliche Erfahrung“ so weit zu schärfen, dass sie handlungsleitende Kraft entfalten und nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Rechtspraxis ohne Weiteres gerichtlich überprüfbar werden. Der Bestimmtheitsgrundsatz streitet an dieser Stelle auch für den Grundrechtsschutz. Wo es bei verdachtsunabhängigen Maßnahmen bereits an einer Gefahr als maßgebliche Voraussetzung für das Polizeihandeln fehlt, bedarf es anderer, kompensierender Vorgaben im Gesetz. Je besser es hier gelingt, die Ermächtigungsgrundlagen tatbestandlich zu konturieren, desto weniger droht im Einzelfall das Vorurteil an die Stelle der gesetzgeberischen Wertung zu treten. Als Vorbild könnten dabei die niederländischen Parallelregelungen dienen. Den dortigen Behörden werden etwa allein stichprobenartige Kontrollen aufgetragen und diese zudem räumlich, zeitlich und quantitativ begrenzt (vgl. [hier](#) unter Rn. 19).

Rechtfertigungsfähigkeit von Racial Profiling?

Beim wiederholten Lesen erscheint auch der neue Satz 2, den der Referentenentwurf in § 23 Abs. 2 BPolG eingefügt wissen will, nicht mehr nur uneingeschränkt erfreulich. Dort heißt es, dass „die Auswahl der nach Satz 1 betroffenen Person anhand eines Merkmals im Sinne des Artikels 3 Absatz 3 des Grundgesetzes ohne sachlichen, durch den Zweck der Maßnahme gerechtfertigten Grund [...] unzulässig“ ist. Der Verweis auf das Grundgesetz trifft zu, bleibt vor Art. 1 Abs. 3 GG aber ohne juristischen Mehrwert, denn die Grundrechte – und damit auch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG – gelten ohnehin unmittelbar für die gesamte Staatsgewalt, also auch für die Bundespolizei. Irreführend erscheint indessen der Hinweis auf etwaige rechtfertigende Gründe entlang des Maßnahmezwecks im zweiten Halbsatz. Die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sehen eine Eingriffsrechtfertigung nicht unmittelbar vor. Gerade bei rassistischen Ungleichbehandlungen sind rechtfertigende Gründe kaum ersichtlich. Jedenfalls müssten sie aber im Rang von Verfassungsrecht stehen – was insbesondere bei Zielen der bloßen Migrationskontrolle wiederum mehr als fraglich erscheint.

Keine Klarstellung zu „Motivbündeln“

Wo hier der Entwurf durch die Ergänzung eher verunklart, bleibt er andere wichtige Klarstellungen schuldig, indem er sich zu zentralen Rechtsfragen des Racial Profiling ausschweigt. Von erheblicher Bedeutung für die gerichtliche Praxis ist etwa die Problematik sogenannter „Motivbündel“. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht vor Art. 3 Abs. 3 GG bereits von einer fehlerhaften Ermessensbetätigung aus, wenn rassistische Auswahlkriterien nicht allein, sondern neben für sich genommen rechtmäßige Auswählerwägungen treten (siehe [hier](#) unter Rn. 112 ff. und [hier](#) unter Rn. 55 ff.). Obwohl sich die „Motivbündel“-Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte in Koblenz und Münster auf bundesverfassungsgerichtliche Maßstäbe zu Art. 3 Abs. 2 GG (siehe [hier](#) unter Rn. 49) stützen kann, wäre hier eine Klarstellung im Gesetz wünschenswert gewesen. Denn Ersatzerwägungen zur Begründung einer Auswahlentscheidung sind ebenso schnell vorgetragen, wie sie seitens der klagenden Partei nur schwerlich widerlegt werden können. Wer effektiven Rechtsschutz gegen Racial Profiling will, der muss mit der genannten Rechtsprechungslinie aus

Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen jede Anknüpfung an ein verpöntes Kriterium des Art. 3 Abs. 3 GG für einen Verfassungsverstoß genügen lassen. Das Bundespolizeigesetz sollte dies zumindest für den neuen § 23 und den neuen § 26, der ebenfalls Personenkontrollen vorsieht, festhalten.

Fehlende Beweislastmodifikationen

Entsprechendes gilt auch für einen zweiten Problemkreis bei Racial-Profiling-Prozessen. Das Oberverwaltungsgericht Koblenz hat aus Art. 3 Abs. 3 GG eine partielle Beweiserleichterungsregel ähnlich dem – im Polizeirecht nicht unmittelbar anwendbaren – § 22 AGG abgeleitet: Wenn die konkret von der Behörde vorgetragene Auswahlbegründung widersprüchlich oder unplausibel erscheint, soll es hiernach an der Bundespolizei liegen, eine diskriminierungsfreie Kontrolle zu beweisen. Können die Zweifel an einer rechtmäßigen Personenauswahl nicht ausgeräumt werden, geht dies zulasten der Behörde (siehe [hier](#) unter Rn. 117). Eine solche Modifizierung der Darlegungs- und Beweislast zugunsten der klagenden Partei ist nur konsequent – und insofern zu recht wichtiger Baustein jeglicher Antidiskriminierungsgesetzgebung (siehe etwa auch § 7 LADG Berlin; dazu auch [hier](#)). Denn oftmals ergibt sich der diskriminierende Charakter einer Handlung erst aus dem Gesamtbild des Vorgangs, während der Vollbeweis einer Diskriminierung, der sich ja regelmäßig auf die subjektive Motivlage der handelnden Person stützen muss, auch unter Bedingungen des Amtsermittlungsgrundsatzes im Verwaltungsrechtsprozess die Klägerin überfordern muss. Im Referentenentwurf fehlt eine solche Regelung nach Vorbild des § 22 AGG; dies gilt für den neuen § 23 Abs. 2 ebenso wie für den neuen § 26 BPolG, der die Rechtsgrundlagen des derzeitigen § 23 BPolG fortführt.

Regelung zu Kontrollquittungen greift zu kurz

Positiv ist hingegen, dass der Referentenentwurf in § 23 Abs. 2 nunmehr vorsieht, den kontrollierten Personen einen Anspruch auf eine Kontrollquittung einzuräumen. Auf diesen Anspruch sollen die kontrollierten Personen zudem ausdrücklich hingewiesen werden. Auch hier wäre jedoch eine noch umfassendere und konkretere Regelung wünschenswert, um Racial Profiling vorzubeugen und effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung zu ermöglichen. Da auch Kontrollen nach dem neuen § 26

BPolG missbrauchsanfällig sind, bedarf es zunächst einer Parallelregelung, die auch hier Kontrollquittungen vorschreibt. Sodann sollte auf der Kontrollquittung die konkrete Rechtsgrundlage der Kontrolle verzeichnet werden. Ferner sollte die Möglichkeit bestehen, dass Personen, die sich selbst einer von rassistischer Diskriminierung betroffenen Gruppe zuordnen, eine entsprechende Angabe auf der Kontrollquittung erwirken können. Die Zuordnung dürfte dabei nur freiwillig und allein durch die kon-

trollierte Person erfolgen. Dies würde die Bundespolizei jedoch befähigen, präzise Statistiken über ihr Kontrollverhalten und zu errechnen und verzerrende *Biases* bei der Polizeiarbeit frühzeitig zu detektieren. Die [Polizeibehörden Großbritanniens](#) haben damit gute Erfahrungen gemacht. Die wären der Bundespolizei auch zu wünschen. Eine echte „Neustrukturierung des Bundespolizeigesetzes“ böte dafür den passenden Anlass.

Charlotte Korenke, Marius Kühne, Sebastian J. Golla

Gefährdung via Retweet

Der Fall Pudding zeigt die Schwächen von § 126a StGB

doi: 10.17176/20230629-231022-0



„Die verstreut auf ihren Pferden galoppierende Polizei bändigt die Tiere und drängt Euch zurück. Lasset sie, die leeren Gassen werden sie unglücklich machen, ich weiß es“, spricht der Kaufmann in Franz Kafkas gleichnamiger Erzählung aus dem Jahr 1913 im Lift zu seinem Spiegelbild. Im Jahr 2023 setzt ein sächsischer Sozialarbeiter mit dem Spitznamen *Pudding* einen Tweet ab. Er schreibt über einen anderen Beitrag: „falls er euch in den leeren Gassen #grimma1s mal über den Weg läuft“ – und bekommt daraufhin Besuch von der Polizei. Zu Recht?

Vermummt bei Tag X, unvermummt im Internet

Der [staatliche Umgang mit dem Versammlungsgeschehen](#) am 3. Juni 2023 in Leipzig, dem sogenannten Tag X nach Verkündung des Urteils im Antifa-Ost-Verfahren, hat für vielfältige Kritik gesorgt. Die Aussage „Die Versammlungsfreiheit gilt auch in Leipzig“ muss wohl für das besagte Wochenende mit einem Fragezeichen versehen werden, [nachdem über tausend Teilnehmer*innen der gleichnamigen Demonstration bis zu elf Stunden festgehalten wurden](#). In der Versammlung befanden sich dabei mehrere Zivilpolizist*innen, was [rechtsstaatliche Fragen aufwirft](#). Die Einzelheiten des Geschehens sind noch unklar. Gleichwohl liegt der Verdacht nahe, dass sich auch vermummte Polizist*innen innerhalb der Versammlung befunden haben könnten, die wiederum wegen vermummter Teilnehmer*innen von der Polizei daran gehindert wurde, die ordnungsgemäß angemeldete Route zu laufen.

Noch während der Versammlung sorgten Bilder in den sozialen Medien für Aufsehen, die einen Staatsanwalt und einen Polizeibeamten vermummt und in „szenetypischer Kleidung“ inmitten der Polizeikräfte zeigten, wie der [Journalist Edgar Lopez](#) am 20. Juni 2023 auf Twitter berichtete. Die [juristisch umstrittene](#) Vermummung des Staatsanwalts blieb damit wirkungslos. Er war von einigen Anwält*innen und ihren Mandant*innen erkannt worden. In einem Thread auf Twitter wurden sein Vorname sowie der Anfangsbuchstabe seines Nachnamens ver-

öffentlicht.

Drei Tage später [wird die Wohnung des Sozialarbeiters Pudding durchsucht und sein Handy beschlagnahmt](#). Ihm wird vorgeworfen, sich wegen des Gefährdenden Verbreitens personenbezogener Daten nach § 126a StGB strafbar gemacht zu haben. Es handelt sich um einen 2021 in das Strafgesetzbuch eingeführten Tatbestand, [der schon vor seiner Verabschiedung scharf kritisiert wurde](#). Die Strafbarkeit sei zu weit, würde vorverlagert und könne zur Einschüchterung von Journalist*innen und politischen Akteuren führen.

Konkret [wirft die Staatsanwaltschaft Pudding vor](#), „durch eine Abfolge von Kurzmitteilungen auf seinem Twitter-Account unterschwellige Andeutungen verbreitet zu haben, die zu einem gewaltsamen Einwirken auf einen Staatsanwalt hinwirken sollten.“ Dies soll er getan haben, indem er einen Tweet mit Informationen über einen Staatsanwalt mit der Ergänzung „Hier auch mal ohne Maske – falls er euch in den leeren Gassen #grimma1s mal über den Weg läuft“ retweetete. Der ursprüngliche Tweet enthielt den Screenshot einer Kurzbiographie inklusive Foto des Staatsanwalts aus dem frei im Internet zugänglichen Informationsblatt des Sächsischen Richtervereins. Darin hatte er sich vor einigen Jahren als Kandidat für den Landesstaatsanwaltsrat vorgestellt. Die Darstellung enthält ein Foto, eine Übersicht seiner beruflichen Laufbahn und seines ehrenamtlichen Engagements sowie die Angabe, dass er Kinder hat. Der von *Pudding* retweetete und inzwischen gelöschte Tweet enthielt zusätzlich die Information, dass der betroffene Staatsanwalt in Grimma wohnt.

Puddingweiche Tatbestandsmerkmale

Der Fall von *Pudding* zeigt einige konkrete Probleme im Umgang mit dem neuen Straftatbestand auf, der eigentlich dazu dienen sollte, den Umgang mit „Feindeslisten“ durch Rechtsextreme zu sanktionieren. § 126a StGB bestraft das Verbreiten personenbezogener Daten „in einer Art und Weise, die geeignet und nach den Umständen be-

stimmt ist, diese Person oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr“ bestimmter gegen sie gerichteter rechtswidriger Taten auszusetzen.

Die über den Staatsanwalt veröffentlichten Informationen sind zweifellos personenbezogene Daten. Dazu zählt jede Information, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person bezieht. Ob eine Information frei verfügbar im Internet steht oder streng geheim ist, spielt für die Einordnung als personenbezogenes Datum keine Rolle. Verbreitet werden Daten, wenn sie einem Personenkreis zugänglich gemacht werden, den der*die Täter*in nicht mehr kontrollieren kann. Bei einem Retweet über einen nicht geschützten Twitteraccount ist dies der Fall.

Das Verbreiten der Daten muss außerdem „geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt“ sein, die betroffene Person der Gefahr einer gegen sie gerichteten Straftat auszusetzen. Als Kriterien dafür nennt die [Gesetzesbegründung](#) etwa „die extremistische Ausrichtung der Internetseite, auf der die Daten verbreitet werden, die Zuordnung zu einer Gruppierung aus dem extremistischen Spektrum [...], das Vorliegen militanter Bezüge oder der Bezug zu Straftaten (wie Bedrohungen usw.) im Kontext des Verbreitens, insbesondere in Kombination mit der Anonymität des Verfassers, sowie subtile Andeutungen.“ Ob dies geeignete Kriterien sind, sei dahingestellt. [Letztlich kann jede Information, die über eine Person kursiert, die Gefahr erhöhen, dass sie angegriffen wird.](#)

Noch mehr Fragen wirft die Voraussetzung auf, dass das Verbreiten dazu bestimmt sein muss, jemanden der Gefahr einer Straftat auszusetzen. Rechtsprechung gibt es zu der Auslegung dieses Merkmals noch nicht. Die wirkungsvolle Beschränkung des Tatbestands, die es der Gesetzesbegründung zufolge sein soll, kann es aber nur sein, wenn es als Absichtserfordernis verstanden wird. Wie die GenStA Dresden eine Absicht daraus zu konstruieren, dass von einem Antreffen des Staatsanwalts in „leeren Gassen“ die Rede ist, ist mindestens zweifelhaft. Die von Pudding selbst vorgeschlagene Erklärung, [wer Grimma kenne, wisse, dass die leeren Gassen ein Synonym für die dortige Tristesse seien](#), erscheint nicht unplausibel. Ein Aufeinandertreffen in leeren Gassen mag man mit diffuser Bedrohlichkeit und Anspannung assoziieren, aber kaum direkt mit gewalttätiger Konfrontation.

Weiter zeigt der Fall *Pudding*: Nicht nur, wer nicht allgemein zugängliche Daten verbreitet, kann sich nach § 126a StGB strafbar machen, sondern auch, wer lediglich ohnehin schon frei verfügbare Informationen zusammenstellt und weitergibt. Dies kann zwar, je nach Kontext, Dritte dazu anregen, Straftaten gegen die betroffene Person zu begehen. Aus guten Gründen ist aber das Motivieren eines anderen Menschen zur Begehung von Straftaten sonst erst dann strafbar, wenn irgendeine Form von konkreter Einwirkung stattfindet (§§ 111, 26 StGB).

Interessant ist außerdem, dass die Generalstaatsanwaltschaft Dresden in ihrer [Pressemitteilung](#) angibt, auch wegen der Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 126a Abs. 2 StGB zu ermitteln. Dieser ist dann erfüllt, wenn nicht allgemein zugängliche Daten verbreitet werden. Wo genau die Grenze zwischen allgemein zugänglichen und nicht allgemein zugänglichen Daten verläuft, ist unklar. Dass aber Informationen, die auf frei abrufbaren Internetseiten wie der des Sächsischen Richtervereins zu finden sind, allgemein zugänglich sind, wird kaum zu bestreiten sein. Auch eine Adresse des betroffenen Staatsanwalts in Grimma kann leicht herausfinden, wer „Vorname Nachname Staatsanwalt“ googelt. Nicht allgemein zugänglich könnte allenfalls die Information sein, dass ebendieser Staatsanwalt die verummte Person auf dem vorher kursierenden Foto ist.

Verhältnismäßigkeit und polizeiliche Alternativen

Selbst wenn man den Tatbestand für erfüllt hält, ist fragwürdig, ob eine Wohnungsdurchsuchung wegen des Tweets von *Pudding* verhältnismäßig war. Eine Wohnungsdurchsuchung ist ein massiver Grundrechtseingriff, für den deshalb besonders strenge Anforderungen gelten. Insbesondere muss sie Erfolg versprechen, geeignete zusätzliche Beweismittel zu finden. Es darf auch kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das den Zweck gleichermaßen erfüllt. Wird der betreffende Post wie hier von einem öffentlich erreichbaren Account mit Klarnamen und Impressum abgesetzt, können schon von der Polizei gesicherte Beiträge als Beweismittel ausreichen.¹ Ob die Durchsuchung in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat steht, kann angezweifelt werden – [dies ist dann nicht der Fall, wenn lediglich die Verurteilung zu einer geringen Geldstrafe zu erwarten ist.](#) Zu-

¹ Albrecht, jurisPR-StrafR 19/2022 Anm. 4.

² Albrecht, jurisPR-StrafR 4/2023 Anm. 5

mindest hätte dem Beschuldigten die Gelegenheit gegeben werden müssen, sein Handy freiwillig herauszugeben (Abwendungsbefugnis).²

Zusätzlich zur (strafprozessualen) Wohnungsdurchsuchung wurde *Pudding* Ziel einer Gefährderansprache. Bei einer solchen weist die Polizei Gefahrverursacher*innen bzw. polizeirechtlich Verantwortliche schriftlich oder mündlich auf mögliche Folgen ihres Verhaltens hin. Anders als beim Begriff des “Gefährders” im Zusammenhang mit “terroristischen” Bedrohungen setzt die Gefährderansprache eine Gefahr im Sinne des Polizeirechts voraus, die auch von der betroffenen Person ausgehen muss.

Bei der “Gefährderansprache” handelt es sich um einen Realakt, der jedenfalls in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eingreift und daher einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Überwiegend wird die Befugnis zur Durchführung einer „Gefährderansprache“ auf die polizeiliche Generalklausel gestützt, einige Bundesländer normieren sie auch als Standardmaßnahme (vgl. §§ 18b ASOG BE, 12a NPOG, 29 PolG BW). Letzteres erscheint unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geboten. Die Landesparlamente stellen dabei auch einschränkende Vorgaben auf – etwa die Anwesenheit gesetzlicher Vertreter*innen bei Minderjährigen oder die Durchführung in Abwesenheit Dritter, um eine Stigmatisierung durch die polizeiliche Ermahnung zu vermeiden.

Nimmt man an, dass im Fall des sächsischen Sozialarbeiters Pudding zwar der Tatbestand des § 126a StGB nicht verwirklicht war, aber damit gerechnet werden konnte, dass er weitere Tweets absetzen würde, die

Tatbestände wie §§ 111, 126a oder 140 StGB erfüllen oder den betroffenen Staatsanwalt anderweitig gefährden könnten, wäre eine solche Gefährderansprache wohl ein angemessenes Mittel gewesen und hätte zur Abwendung der Gefahr ausgereicht. Gerade, wenn es um kritische Äußerungen zur Arbeit der Strafverfolgungsbehörden geht, ist aber bei der konkreten Ausgestaltung einer solchen Maßnahme vor dem Hintergrund des hohen Gutes der Meinungsfreiheit behutsam vorzugehen. Ob dies beim [Umstellen des Jugendzentrums](#) “Alte Spitzfabrik”, der Arbeitsstelle des Beschuldigten, durch Polizeikräfte der Fall war, erscheint zweifelhaft.

Gefahren durch mehrdeutige Staatskritik?

Ein Tweet mit einem Account mit knapp 3.000 Followern ist kein Selbstgespräch im Lift. Doch auch der moderne Mensch muss seiner Enttäuschung über die Staatsgewalt Ausdruck verleihen dürfen. Dass eine mehrdeutige Formulierung über Begegnungen in leeren Gassen zur Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter führen soll, eignet sich wohl besser als Stoff für Kafkas Erzählungen denn als Interpretationslinie für deutsche Strafgerichte.

Der Fall *Pudding* zeigt innerhalb von kurzer Zeit [zum zweiten Mal](#) die Probleme von § 126a StGB auf. Der weite Tatbestand kann gerade im Kontext kontroverser politischer Diskussionen dazu führen, dass aus zugespitzten Äußerungen in Verbindung mit frei zugänglichen personenbezogenen Daten ein gefährdendes Verbreiten gefolgert wird. Die Kriterien der Eignung und Bestimmtheit führen kaum zu der rechtsstaatlich gebotenen Begrenzung des Tatbestands.

Lara Mann, Jaqueline Stein

Prekariat Gefängnis

Warum das Urteil des BVerfG zur Gefangenenvergütung nicht im Sinne der arbeitenden Inhaftierten ist

doi: 10.17176/20230622-231113-0



In seiner Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden zweier Gefangener aus NRW und Bayern vom 20.6.2023 erklärt das Bundesverfassungsgericht die landesgesetzlichen Regelungen zur Vergütung von Gefangenenarbeit für mit dem Resozialisierungsgebot aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG unvereinbar (BVerfG, Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16 und 2 BvR 1683/17). Es handelt sich um die dritte Entscheidung darüber, ob die gesetzlich festgelegte Höhe der Gefangenenvergütung den grundrechtlichen Anforderungen entspricht (Kett-Straub zur Ausgestaltung der Gefangenenarbeit).

Auf den ersten Blick ist die Entscheidung für die Beschwerdeführer ein Erfolg, da das BVerfG eine Verletzung ihres Grundrechts auf Resozialisierung durch die bestehenden landesrechtlichen Vorschriften anerkennt. Jedoch relativiert das Gericht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine angemessene Bezahlung von Gefangenenarbeit, indem es das Kriterium der Angemessenheit dahingehend aufweicht, dass es nicht mehr abstrakt, sondern im Zusammenhang mit dem zugrundeliegenden Resozialisierungskonzept überprüft werden kann. Daneben ist fraglich, ob die beiden Beschwerdeführer von der Anpassung der Gefangenenvergütung überhaupt noch profitieren werden, die nicht rückwirkend erfolgt, um die Haushalte der Länder zu schonen.

Entgegen den Erwartungen der Betroffenen sowie der Ankündigung der Vorsitzenden des 2. Senats, Doris König, fand keine substanzielle Schärfung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe statt. Klare Vorgaben in Bezug auf die Vergütung von Gefangenenarbeit sucht man in der Entscheidung vergeblich. Stattdessen wiederholt das BVerfG seine Anforderungen aus den Jahren 1998 und 2002 (BVerfG, Urteil vom 1.7.1998 – 2 BvR 441–90, NJW 1998, 3337 und BVerfG, Beschluss vom 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, NJW 2002, 2023), überlässt die inhaltliche Bestimmung der Arbeitsbedingungen dann aber erneut der Gesetzgebung und beschränkt sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle. Konkrete Leitlinien enthält das Urteil

nur hinsichtlich dessen, was gesetzlich geregelt werden muss, aber nicht dazu, welchen verfassungsrechtlichen Ansprüchen diese Regelungen zu genügen haben.

Das Bundesverfassungsgericht bleibt sich treu

Inhaltlich entwickelt das BVerfG hinsichtlich des Resozialisierungskonzepts keine neuen Mindestanforderungen. Wie bereits in der ersten zu dieser Thematik ergangenen Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1998 betont es, dass den Gefangenen durch die Höhe des Entgelts bewusst gemacht werden muss, dass die Erwerbsarbeit zur Herstellung einer Lebensgrundlage sinnvoll ist. Das BVerfG formuliert konkret, dass die Angemessenheit der Vergütungshöhe an den mit dem Resozialisierungskonzept verfolgten Zwecken zu messen ist (Ls. 2). Diese Zwecke bestimmt aber die Gesetzgebung, wobei ihr ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt.

Die für dieses Urteil wegweisende Grundsatzentscheidung erging bereits im Jahr 1998 (BVerfG NJW 1998, 3337). Hier stellte das BVerfG erstmals fest, dass die Gesetzgebung grundrechtlich verpflichtet ist, ein dem Strafvollzug zugrundeliegendes Resozialisierungskonzept zu entwickeln, wobei ihr ein umfassender Gestaltungsspielraum zusteht. Hierbei kann Arbeit nur ein wirksames Mittel zur Resozialisierung sein, wenn sie angemessene Anerkennung findet. Diese Anerkennung muss jedoch nicht notwendigerweise finanzieller Art sein. Wenn die Anerkennung allerdings hauptsächlich finanziell erfolgt, muss die Höhe geeignet sein, den Gefangenen aufzuzeigen, dass Erwerbsarbeit zur Herstellung einer Lebensgrundlage sinnvoll ist. Notwendig hierfür ist ein transparentes und nachvollziehbares Entlohnungssystem. Das BVerfG erklärte das von der Gesetzgebung des Bundes entwickelte Entlohnungsmodell für verfassungswidrig und hielt den Bund an, die entsprechenden Regelungen zu ändern. Verfassungsrichter Kruis betonte in einem Sondervotum die anthropologische Bedeutung der Arbeit für die existenzielle Bedeutung des Menschen und sprach sich

für eine tariflich orientierte Entlohnung von Gefangenen aus.

Daraufhin änderte die Gesetzgebung des Bundes das Strafvollzugsgesetz zum 1.1.2001. Sie hob die Eckvergütung für die Arbeit von Gefangenen von 5 auf 9 Prozent an, führte die Möglichkeit einer Freistellung von der Arbeitspflicht ein und senkte das sogenannte Überbrückungsgeld, das die Gefangenen in der Zeit nach der Entlassung finanziell absichern soll (5. Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes vom 27.12.2000 zum 1.1.2001 in Kraft getreten, Neuregelung der §§ 43, 200 StVollzG (BGBl I 2000, 2043).

Die zweite wichtige Entscheidung entlang dieser Rechtsprechungslinie ist ein im Jahr 2002 vom BVerfG getroffener Beschluss, die Verfassungsbeschwerde eines Gefangenen, die sich inhaltlich ebenfalls gegen die Höhe der Vergütung richtete, nicht anzunehmen (BVerfG NJW 2002, 2023). Das BVerfG betont hier, dass ihm nur eine eingeschränkte Überprüfbarkeit der Entscheidungen der Gesetzgebung hinsichtlich Art und Umfang der Entlohnung der Gefangenenarbeit zukommt. Es stellt fest, dass die Gesetzgebung mit ihren Wertentscheidungen hinsichtlich der Bezugsgröße und dem Umfang der Freistellung die unterste verfassungsrechtlich zulässige Grenze gewahrt hat – die jedoch einer stetigen Prüfung und Evaluation unterzogen werden müsse.

Das BVerfG setzt keine Standards

Im aktuellen Urteil versäumt das BVerfG die Gelegenheit, konkrete inhaltliche Vorgaben dazu zu machen, wann die Vergütung der Gefangenenarbeit mit dem Resozialisierungsgebot vereinbar ist, wie vielfach erhofft wurde.

Stattdessen betont das Gericht den weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung, der die Aufgabe zukomme, “die erforderliche Abwägung der vielfältigen aufgeführten Belange vorzunehmen und Zielkonflikte zu lösen” und so ein Entlohnungsmodell zu entwickeln, das eine angemessene Anerkennung für die geleistete Arbeit bereithält (Rn. 246). Die eigene Rolle beschränkt das BVerfG auf die Vornahme einer Vertretbarkeitskontrolle (Ls. 5, Rn. 249ff.). Dabei bleibt unklar, inwiefern das “die große Bedeutung, die dem gesetzgeberischen Resozialisierungskonzept für die Verwirklichung der Grundrechte der Gefangenen zukommt” (Rn. 251) ausreichend berücksichtigen soll.

Inhaltlich macht das BVerfG dabei nur die Vorgabe, dass die mit der Arbeit im Strafvollzug verfolgten Zie-

le und Zwecke sich widerspruchsfrei mit der vorgesehenen Vergütung in Einklang bringen lassen müssen (Ls. 2). “Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ein wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichtetes Resozialisierungskonzept zu entwickeln und dieses mit hinreichend konkretisierten Regelungen des Strafvollzugs umzusetzen.” (Rn. 215)

Vorgaben zur Höhe der Vergütung finden sich nur in Ansätzen. So betont das BVerfG, dass die Anerkennung “einen Gegenwertcharakter für die geleistete Arbeit haben {muss}, der auch für die Gefangenen unmittelbar erkennbar ist”, da andernfalls eine Degradierung zu “Objekten staatlicher Gewalt” drohe (Rn. 227). Hier orientiert sich das BVerfG am Sondervotum des Verfassungsrichters Kruis von 1998.

Allerdings lassen sich nach Ansicht des BVerfG die konkreten verfassungsrechtlichen Anforderungen an diese Anerkennung “nur aus dem Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber entwickelten Resozialisierungskonzept” (Rn. 221, 236) beantworten. Eine Formulierung, die Fragen aufwirft. Letztlich betont das BVerfG damit wohl nicht den Anspruch der Gefangenen auf eine angemessene Anerkennung ihrer Arbeit, sondern den Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung hinsichtlich der Ziele, Zwecke und Bezahlung dieser Arbeit.

Die Vollzugsziele und -maßnahmen müssen zwar aufeinander abgestimmt werden, das BVerfG legt aber keine Vollzugsziele fest. Anstatt die Vergütung nach oben hin anzupassen, können die Länder also auch Vollzugsziele wie z.B. die Schuldentilgung oder die Leistung von Unterhaltszahlungen, die nach Ansicht des BVerfG gerade nicht durch die gesetzlich vorgesehene Vergütung erfüllt werden können, wieder aus dem Gesetz streichen. Das würde wiederum eine geringere Vergütung rechtfertigen. Denn in seiner Entscheidung leitet das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der bestehenden Regelungen daraus ab, dass die vorgesehene Bezahlung nicht ausreichend ist, um die Vielzahl der damit verfolgten Resozialisierungsziele auch zu erreichen (Rn. 263, 277).

Das heißt aber im Umkehrschluss: Je weniger ambitioniert die Ziele sind, die das Resozialisierungskonzept der Gesetzgebung durch die Arbeit im Strafvollzug verfolgt, desto geringer kann auch die Bezahlung der Gefangenen ausfallen. Die Angemessenheit bestimmt sich immer aus dem Regelungszusammenhang, und nicht anhand objektiv-abstrakter Kriterien. Der Regelungszusam-

menhang steht aber zur Disposition der Gesetzgebung; eine substanzielle Kontrolle durch das BVerfG erfolgt nicht. Damit erfolgt durch das heutige Urteil keine Stärkung, sondern eine Schwächung des Resozialisierungsanspruchs der Gefangenen.

Crashkurs in Gesetzgebung

Wesentlich neu sind auf den ersten Blick die Anforderungen, die das BVerfG an das "Was" der gesetzlichen Regelung stellt – und nicht an das "Wie viel". So macht das BVerfG konkret zwei Vorgaben an die Gesetzgebung als primäre Adressatin des Resozialisierungsanspruchs (Rn. 210).

Erstens muss sie, um dem Wesentlichkeitsgebot zu genügen, "ein wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichtetes Resozialisierungskonzept entwickeln und dieses mit hinreichend konkretisierten Regelungen des Strafvollzugs umzusetzen" (Rn. 215). Dabei müssen insbesondere die mit der Vergütung verfolgten Zwecke benannt werden, damit anhand dieser die Angemessenheit der Vergütung überprüft werden kann (Ls. 2). Daneben muss die Gesetzgebung aber auch das Verhältnis der Arbeit zu anderen Behandlungsmaßnahmen sowie die Bemessungsgrundlage und Vergütungsstruktur gesetzlich regeln (Rn. 216).

Das ist so bekannt wie selbstverständlich: Das Wesentlichkeitsgebot verpflichtet die Gesetzgebung dazu, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Im Strafvollzug hat dieses Gebot aufgrund der Intensität der Grundrechtseingriffe eine besondere Bedeutung. Offensichtlich hatte es der Erinnerung daran bedurft.

Zweitens muss die Gesetzgebung die Regelungen zur Vergütung dann anpassen, "wenn die Änderung einer zunächst verfassungskonform getroffenen Regelung erforderlich ist, um diese unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts einer veränderten Erkenntnislage mit der Verfassung im Einklang zu halten" (Rn. 252). Dazu ist es erforderlich, aussagefähige und vergleichbare Daten zu erheben, die "eine Feststellung und

Bewertung der Erfolge und Misserfolge des Vollzugs sowie die gezielte Erforschung der hierfür verantwortlichen Faktoren" zulassen sowie von Erfahrungen in anderen Bundesländern und Staaten zu lernen (Rn. 253).

Auch hier wiederholt das BVerfG letztlich aber nur Offensichtliches: Insbesondere in eingriffsintensiven Regelungsbereichen ist es erforderlich, einmalig getroffene Regelungen zu evaluieren und an sich verändernde tatsächliche und wissenschaftliche Gegebenheiten anzupassen. Das gilt immer und hätte spätestens seit der 1998 erfolgten Grundsatzentscheidung für die Gefangenenarbeit allen klar sein können und müssen. Es bleibt zu hoffen, dass nicht nur Bayern und NRW, sondern alle Bundesländer diese Vorgaben des BVerfG zum Anlass nehmen, ihre Resozialisierungskonzepte und insbesondere die mit der Vergütung verfolgten Zwecke und deren Umsetzbarkeit einer überfälligen und kritischen Überprüfung zu unterziehen.

Fazit

Die Entscheidung des BVerfG ergeht nur auf den ersten Blick zugunsten der Beschwerdeführer. Bei genauerer Betrachtung enthalten die Ausführungen des 2. Senats neben der scheinbar notwendigen Erinnerung an Prinzipien, die bereits in der Grundsatzentscheidung 1998 aufgestellt und 2002 bestätigt wurden, eine Aufweichung der Anforderungen an eine angemessene Anerkennung der Arbeit. Dabei stellt das Gericht die Angemessenheit der Vergütung zur Disposition der Gesetzgebung, indem es sie mit den durch die Vergütung verfolgten Zwecken verknüpft, ohne gleichzeitig eine ausreichende verfassungsgerichtliche Kontrolle dieser Zwecke zu gewährleisten.

Nun ist, wie bereits 1998, die Gesetzgebung am Zug. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, spätestens bis zum 30.6.2025, gelten die landesrechtlichen Paragraphen zur Gefangenenarbeit weiter. Es bleibt abzuwarten, ob sie den ihr durch das BVerfG zugestandenen weiten Gestaltungsspielraum dazu nutzen wird, eine gerechte Vergütung der im Strafvollzug geleisteten Arbeit gesetzlich zu verankern.

Hannah Vos, Vivian Kube

Wenn das Gesetz sozialschädlicher ist als die Straftat

Warum § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB abgeschafft werden muss

doi: 10.17176/20230621-231052-0



Wer in Deutschland ohne Fahrschein fährt, dem droht Gefängnis. Nachdem bereits vielfältige Reformbestrebungen (etwa [hier](#), [hier](#) oder [hier](#)) gescheitert waren, schlägt die Bundestagsfraktion Die Linke nun ein [Gesetz](#) vor, mit dem der Straftatbestand der Beförderungerschleichung (§ 265a Abs. 1 Var. 3 StGB) ersatzlos gestrichen werden soll. In der Anhörung der Sachverständigen am 19. Juni 2023 wurde erneut deutlich: Die Sanktionierung von Fahren ohne Fahrschein ist ein Systembruch mit dem deutschen Recht mit verheerenden Folgen für die einzelne Person und die Allgemeinheit. Vernünftig, gerecht und wirtschaftlich sinnvoll ist nur die Entkriminalisierung.

Eine Sondernorm für öffentliche Verkehrsbetriebe

Seit langem kritisieren Rechtswissenschaftler*innen, dass die derzeit von den Gerichten angewandte Auslegung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB einen Systembruch mit dem Strafgesetzbuch (StGB) darstellt und mit dem ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts nicht zu vereinbaren ist.

Die Rechtsprechung sieht das Tatbestandsmerkmals des „Erschleichens“ bereits durch das bloße unbefugte Benutzen eines Verkehrsmittels verwirklicht. Nach dem [BGH](#) soll es für die Strafbarkeit ausreichen, dass sich eine Person allgemein mit dem Anschein umgibt, sie erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Verkehrsunternehmens erforderlichen Voraussetzungen. Die Literatur fordert hingegen mit Verweis auf andere Betrugsdelikte stets ein täuschungsähnliches oder manipulatives Verhalten, etwa durch eine Überwindung von Sicherungs- oder Kontrollvorkehrungen oder ein heimliches bzw. listiges Vorgehen (vgl. statt vieler [MK/Hefendehl](#), StGB, 4. Aufl., § 265a Rn. 169).

Die weite Auslegung des [BGH](#) mag sich laut [Bundesverfassungsgericht](#) zwar noch in den Grenzen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes bewegen, das Bundesverfassungsgericht betont jedoch auch, dass die

ordnungsgemäße Erfüllung zivilrechtlicher Ansprüche grundsätzlich [kein vom Strafrecht geschütztes Rechtsgut ist](#).

Die Strafbarkeit der Beförderungerschleichung in ihrer jetzigen Handhabung ist damit ein „Unikum“ im StGB, eine Sondernorm zum Schutz des Vermögens öffentlicher Verkehrsbetriebe, wie der Sachverständige Professor Hefendehl in der Anhörung erläutert. Alle anderen Straftatbestände, die an Zahlungspflichten anknüpfen, verlangen stets ein weiteres qualifizierendes Unrechtselement, etwa die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht im Falle des § 266a Abs. 1 StGB oder die Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten bei der Verletzung einer Unterhaltspflichtverletzung nach § 170b StGB.

Dass durch das Fahren ohne Fahrschein angeblich Gemeinwohlbelange berührt seien, weil die Unternehmen durch den Verzicht auf Vorab-Kontrollen „in Vorleistung treten“ und Vertrauensschutz gewähren, verfängt nicht. Auch sonst kennt das Strafrecht keine erhöhte Schutzwürdigkeit, wenn freiwillig tatsächlich mögliche Vorkehrungen nicht getroffen werden, etwa das Fahrrad nicht angeschlossen wird. Eine „Täter-Opfer-Umkehr“, wie vom Sachverständigen Professor [Kubiciel](#) angenommen, liegt darin nicht. Zwar hat Kubiciel recht, wenn er konstatiert, dass sich grundsätzlich nichts am Unrecht der Tat ändert, wenn der Berechtigte seine Rechtssphäre besser hätte schützen können. Hier wird das Argument der „Vorleistung“ oder des „Vertrauensschutzes“ ja aber überhaupt erst zur Begründung der Strafbarkeit herangezogen. Darüber hinaus kommt der Verweis auf den Vertrauensschutz seltsam naiv daher. Näher liegt es, dass der Verzicht auf flächendeckende Zugangskontrollen auf [rein wirtschaftlichen Erwägungen](#) beruht. Wer ein solches wirtschaftliches Risiko eingeht, um Kosten zu sparen, sollte sich zum Eintreiben der Schulden jedoch nicht kostenlos am Justizsystem bedienen dürfen.

Auch die Behauptung, dass ein System, das auf bauliche Zugangssperren mit digitalen Zugangskontrollen und

dicht getakteten Fahrkartenkontrollen verzichtet, freizügiger sei als die Strafandrohung von Geld- und Freiheitsstrafen für Fahren ohne Fahrschein, irritiert (so auch Kubiciel). Zwar mögen sich manche Menschen ohne Drehkreuz freier fühlen, darin kann aber kaum ein solch bedeutsamer Gemeinwohlbelang gesehen werden, dass dieser mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden müsse.

Für die Rechtsprechung mag dieser Systembruch hinnehmbar sein – zumindest stellt er sich nicht als ein zwingendes Argument für die eine oder andere Auslegung dar. Für den Gesetzgeber besteht jedoch die Pflicht, für einen solchen Systembruch gute Gründe aufzubringen und sich stetig mit der Angemessenheit der Strafbarkeit gemessen an den heutigen Verhältnissen auseinanderzusetzen. Eine Überprüfung der Notwendigkeit von Strafbarkeit muss umso gründlicher erfolgen, wenn es sich dabei – wie hier – um NS-Gesetzgebung handelt. Denn die zielte darauf ab, möglichst jedwedes pflichtwidrige Verhalten anzuprangern, wie die Sachverständigen Norouzi, Deutscher Anwaltverein e. V., und Hefendehl richtigerweise erinnern.

Besonders bedenklich ist, eine Sondernorm für bestimmte Vermögen beizubehalten, wenn das strafbewehrte Verhalten von der Mehrheit der Menschen **nicht als überragend sozialschädlich empfunden** wird und es sich vielmehr um ein Massendelikt handelt – bei dem eben nur einige wenige die Folgen des Strafrechts zu spüren bekommen.

Daher wird die Vereinbarkeit des § 265a Abs.1 Var. 3 StGB mit dem ultima-ratio-Prinzip seit langem bezweifelt – in der Anhörung u.a. auch vom RAV e.V. und dem **Deutschen Richterbund** e. V.. Nach dem ultima-ratio-Prinzip darf das Strafrecht nur als letztes Mittel des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden, und zwar nur dann, wenn ein **„bestimmtes Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“**

Das ist beim Fahren ohne Fahrschein kaum der Fall. Fast jeder und jedem ist es schon einmal passiert, ohne Fahrschein unterwegs gewesen zu sein – sei es weil man in der App nicht das Fahrradticket findet oder im Stress das Ticket zu Hause vergessen hat.

Die Schadenshöhe liegt in der weit überwiegenden Anzahl von Fällen bei **unter 15 Euro** (Polizeiliche Kriminalstatistik 2021, Tabelle 07 BKA). Darauf kommt es aber

an bei der Bemessung des Unrechtsgehalts und nicht darauf, wofür die Verkehrsunternehmen das eingenommene Geld gerne ausgeben würden. Daher kann auch keine Sozialschädlichkeit konstruiert werden, in dem darauf verwiesen wird, dass Verkehrsunternehmen auch die Bestandserhaltung finanzieren müssen, wie etwa Kubiciel es in seiner Stellungnahme tut. Abgesehen davon ist die Bestandserhaltung durch eine Entkriminalisierung nicht gefährdet. Die Verkehrsunternehmen fordern gewöhnlich ein erhöhtes Beförderungsentgelt, was sich auch weiter auf dem Zivilrechtswege eintreiben ließe. Bezüglich der Menschen, die sich keinen Fahrschein leisten können und aus der Not heraus trotzdem fahren, ist kein Geld „verloren gegangen“. Hier kann nur der Staat helfen, etwa mit Sozialtickets, und sich so neben der Sicherung der gleichberechtigten Teilhabe an Mobilität auch den öffentlichen Aufgaben der Bestandserhaltung und Verbesserung des ÖPNV sinnvoll annehmen. Diese Zwecke verfehlt die jetzige Strafrechtspraxis.

Zweck verfehlt: Die Strafpraxis trifft vor allem arme Menschen und Menschen in Krisen und überlastet das Justizsystem

Betroffen von einer Verurteilung wegen Fahren ohne Fahrschein sind – wie der Journalist und Buchautor **Ronen Steinke** bereits vielfach berichtet hat – in ganz erheblichem Umfang arme und hilfsbedürftige Menschen und Obdachlose. Dies liegt vor allem daran, dass nicht aus jedem Fahren ohne Fahrschein eine Anzeige beziehungsweise die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens resultiert. Vielmehr reagieren die Strafverfolgungsbehörden erst dann, wenn Betroffene das erhöhte Beförderungsentgelt, das nach einer Kontrolle ohne Ticket fällig wird, nicht an die Verkehrsbetriebe zahlen. Im Klartext heißt dies: Wer genügend Geld hat, kauft sich von strafrechtlichen Ermittlungen frei. Wer weder das Geld hatte, sich ein Ticket zu kaufen, noch das erhöhte Beförderungsentgelt in Höhe von 60 Euro zahlen konnte, wird verurteilt.

Die Verurteilung erfolgt dabei häufig im Strafbefehlsverfahren, ohne dass eine mündliche Verhandlung stattfindet, in der sich Richter*innen ein Bild von der betroffenen Person und insbesondere zu ihrer Schuldfähigkeit machen könnten. § 265a StGB sieht einen Strafraum von einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vor. Während die Verhängung einer Geldstrafe

den **Regelfall** darstellt, gibt es immer wieder **Urteile**, die bei Wiederholungstäter*innen sogar **kurze Freiheitsstrafen** als unerlässlich und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ansehen. Pro Jahr sind es insgesamt circa **7000 Menschen**, die wegen Fahren ohne Fahrschein ins Gefängnis kommen. Die meisten von ihnen verbüßen eine **Ersatzfreiheitsstrafe**. Die Ersatzfreiheitsstrafe tritt nach § 43 StGB an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe, wobei ein Tagessatz einem Tag Haft entspricht.

Im Ergebnis müssen dementsprechend viele Menschen, die sich in prekären Lebenssituationen befinden, für Zeiträume von wenigen Monaten in Haft. Die kurze Haft, die aus guten Gründen die absolute Ausnahme darstellen soll, wird in Bezug auf das Fahren ohne Fahrschein damit zur Regel. Die kurzen Haftstrafen führen nicht zur Resozialisierung, sondern tragen im Gegenteil zur **Entsozialisierung der Betroffenen** bei. Zudem werden sich Menschen in finanziell prekärer Lage auch nach einer Verurteilung wegen § 265a StGB die Tickets nicht leisten können. Im Gegenteil bewirkt die mit einer Verurteilung einhergehende Verschlechterung ihrer finanziellen Situation, dass ihnen normkonformes Verhalten noch weniger möglich ist als zuvor.

Neben den gravierenden Auswirkungen für die einzelnen betroffenen Personen verursacht die Kriminalisierung von Fahren ohne Fahrschein den Steuerzahler*innen jedes Jahr Kosten in dreistelliger Millionenhöhe. Im Jahr 2021 gab es laut Strafverfolgungsstatistik bundesweit über **43.000 Gerichtsverfahren** zu § 265a StGB. Pro Fall liegt der Aufwand für die Staatsanwaltschaft im Schnitt bei 76 Minuten, hinzukommen die tatsächlichen Sitzungsstunden. Bei Gerichten fallen im Schnitt 157 Minuten für ein Urteil an, Rechtspfleger sind mit einem Fall zwischen 22 und 110 Minuten beschäftigt (Zahlen nach Bögelein/Wilde (in Vorbereitung): Was kostet den Staat die Verfolgung von § 265a StGB?). Diese Ressourcen fehlen an anderen Stellen, etwa bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität, darauf wies auch Prof. Mosbacher im Rahmen der Anhörung hin. Hinzukommen weitere Kosten für die Ersatzfreiheitsstrafe. Fahren ohne Fahrschein macht circa ein Viertel aller Ersatzfreiheitsstrafen aus. Ein Tag in Haft kostet **laut Bundesregierung** zwischen 126,02 und 218,94 Euro.

“Fauler Kompromiss” - Fahren ohne Fahrschein als Bußgeldtatbestand löst die Probleme nicht

Auch die “Herabstufung” zur Ordnungswidrigkeit löst das soziale Problem nicht. Rechtsdogmatisch handelt es sich auch dabei um einen Systembruch.

Der Unterschied zwischen einer Ordnungswidrigkeit und einer Straftat ist nach überzeugenderer Ansicht das zu schützende Rechtsgut. Bußgeldtatbeständen ist das besondere Interesse der Allgemeinheit an der Vermeidung des sanktionierten Fehlverhaltens gemein, etwa das Interesse der Allgemeinheit an der gegenseitigen Achtung und Rücksichtnahme im Straßenverkehr (KK-OWiG, Einleitung Rn. 115, beck-online). Kommen durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr auch Sachen oder Menschen zu Schaden, greift das Strafrecht. Das Ordnungswidrigkeitenrecht regelt mithin das angemessene Verhalten im “Vorfeld” zum Schutze der Allgemeinheit. Bußgeldtatbestände greifen dann, wenn die Allgemeinheit von dem Fehlverhalten trotz Fehlens eines konkreten Opfers bereits besonders betroffen ist. Ein solches “Vorfeld” gibt es in Bezug auf die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Fahrschein nicht. Es gibt kein Verhalten, das das Risiko von Rechtsverletzungen derart erhöht, dass die Allgemeinheit bereits im Vorfeld betroffen ist. Es gibt schlicht kein Risiko für die Allgemeinheit.

Daher trägt auch ein Vergleich zum Falschparken nicht. Falschparken birgt im Vergleich zum Fahren ohne Fahrschein gravierende Gefahren und Nachteile für die Allgemeinheit. Es kann **Menschenleben kosten**. Fahren ohne Ticket schmälert hingegen nur den Gewinn einzelner Unternehmen.

Die Gefahr der Inhaftierung besteht bei einer Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit zudem weiterhin. In Betracht kommt Erzwingungshaft nach §§ 96 ff. des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG). Die Erzwingungshaft trifft auch mittellose Menschen. Zwar darf sie nach dem Gesetz nicht angeordnet werden, wenn der Betroffene seine Zahlungsunfähigkeit dargetan hat oder Umstände bekannt sind, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit ergibt, worauf Mosbacher in der Anhörung mehrfach hinwies. In aller Regel ist dem Gericht zur Zahlungsunfähigkeit jedoch nichts bekannt, der Beschluss zur Erzwingungshaft ergeht ohne mündliche Verhandlung. Eine schriftliche Anhörung vor Anordnung der Erzwingungshaft wird bei Menschen, die sich in prekären Lebenssituationen befinden, häufig nichts ergeben. Mög-

licherweise erreicht sie das Anhörungsschreiben nicht, anderen ist es aus psychischen Gründen nicht möglich, ihre Zahlungsunfähigkeit schriftlich darzulegen. Außerdem ist die Schwelle der Zahlungsunfähigkeit in Bezug auf Ordnungswidrigkeiten sehr hoch. Erzwingungshaft soll auch gegenüber einkommens- und vermögenslosen Betroffenen, die von Arbeitslosengeld leben, wegen kleinerer Bußgeldbeträge [festgesetzt werden dürfen](#).

Die auch von den Sachverständigen vielfach vorgetragene Sorge, dass beim Ausbleiben einer staatlichen Sanktion keine Tickets mehr gekauft werden, bedarf der Begründung. Es liegen keinerlei Statistiken vor, die diese Annahme stützen würden. Naheliegend scheint dagegen, dass sich die meisten Menschen nicht aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen einen Fahrschein kaufen, sondern aufgrund ihres Willens, sich rechtskonform zu verhalten, sowie aus Sorge vor dem sonst drohenden erhöhten Beförderungsentgelt.

Mobilität ist Teilhabe

Menschen, die sich kein Ticket leisten können, können nicht schlicht zu Fuß gehen, wie der Abgeordnete der FDP Stephan Thomae sichtlich beschämt die Sachverständigen fragte. Es ist vor allem ein soziales Problem, in diesem Punkt waren sich alle Sachverständigen einig und auch darin, dass der Status Quo so nicht haltbar ist. Das Justizsystem und der öffentliche Haushalt werden belastet und Ressourcen verschwendet, die anders investiert, etwa in Sozialtickets, gerechte Zugangsbedingungen und bessere Infrastruktur ermöglichen könnten. Und vor allem, wie der Sachverständige [Hefendehl hervorhebt](#), kann eine Strafnorm keinen Bestand haben, die mehr Sozialschädlichkeit bewirkt, als sie verhindern soll.

Die Ampel sollte die Chance nutzen und an dieser Stelle ihr Versprechen [aus dem Koalitionsvertrag](#) einlösen. Dort heißt es: “Wir überprüfen das Strafrecht systematisch auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche und legen einen Fokus auf historisch überholte Straftatbestände, die Modernisierung des Strafrechts und die schnelle Entlastung der Justiz.”

Yoann Thiemann, Astrid Naundorf

Anwohnerparken in falschem Gewand

Weshalb die Freiburger Parkgebührenordnung nicht als Satzung hätte ergehen dürfen

doi: 10.17176/20230615-231117-0



Das Bundesverwaltungsgericht hat die Freiburger Bewohnerparkgebührensatzung am Dienstag [für unwirksam erklärt](#). Als Anreiz für weniger beziehungsweise kleinere Autos galt der Text in Sachen Mobilitätswende als eine Art Leuchtturmprojekt. Ein Rückschlag also für all jene, die sich den nach wie vor nicht ansatzweise umgesetzten Ankündigungen der Ampel zum Trotz (S. 52 im Koalitionsvertrag) auf ihre Weise engagieren, die Verkehrswende mitzugestalten? Nur teilweise. Hohe Parkgebühren und eine Bemessung anhand der Fahrzeuglänge bleiben möglich. Man muss es nur anders verpacken.

„Bewohnerparkgebührensatzung“

Dahinter verbirgt sich jener Text, den der Freiburger Gemeinderat im November 2021 verabschiedete und der seit 1. April 2022 Realität war. 360 Euro jährlich zahlte man für einen Bewohnerparkausweis, wenn der eigene PKW zwischen 4,21 und 4,70 m lang war. Also etwa für einen VW Golf. Für den größeren Kombi wurden schon 480 Euro fällig. Insgesamt unterschied die Stadtverwaltung zwischen drei Stufen. Weder das Kriterium der Länge noch die Höhe der „Regelgebühr“ wurden vom BVerwG beanstandet. Angesichts des erheblichen Wertes eines wohnungsnahen Parkplatzes steht die Höhe weder in einem groben Missverhältnis zum Gebührenzweck des Ausgleichs der mit dem Parkausweis verbundenen Vorteile, noch ist sie vollständig von den zu deckenden Kosten der Ausweisausstellung abgekoppelt. Problematisch sind hingegen die krassen Gebührensprünge, welche die unterschiedlichen Vorteile nicht mehr in angemessener Art und Weise abbilden. Im Extremfall konnte ein Längenunterschied von 50 cm zu einer Verdoppelung der Gebühr führen – ein Verstoß gegen Art. 3 GG. Der Senat zeigte in der mündlichen Verhandlung aber durchaus Engagement und schlug eine stufenlose Regelung vor. Grund dafür, dass der Text gekippt wurde ist weniger der Inhalt als vielmehr dessen Form.

Straßenverkehrsgesetz ermächtigt nicht zum Erlass einer Satzung

Um es vorwegzunehmen: Der Fehler, der letztendlich zur Unwirksamkeit der Parkgebührensatzung führte, lag nicht bei der Stadt Freiburg, sondern bei der baden-württembergischen Landesregierung. Diese verpflichtet die Gemeinden in ihrer Delegationsverordnung dazu, Gebührenordnungen als Satzung zu erlassen. Das erweist sich im föderalen Bundesstaat als fatal.

Im Einzelnen: Gestützt ist die Bewohnerparkgebührensatzung auf die 2020 in Kraft getretene bundesrechtliche Regelung des § 6a Abs. 5a Straßenverkehrsgesetz (StVG), die die Länder ermächtigt, Gebührenordnungen zu erlassen. Wenn sie wollen, können sie das auch an die Kommunen delegieren. So auch in Baden-Württemberg. In § 1 ParkgebVO werden die Gemeinden, soweit sie als örtliche oder untere Straßenverkehrsbehörden zuständig sind, ermächtigt, die Gebührenordnungen als Satzungen auszugestalten. Genau hier liegt das Problem. Diese Art der Rechtsform findet sich im Bundesrecht nicht wieder. Zwar ist zuzugestehen, dass die im Straßenverkehrsgesetz verwendete Terminologie nicht eindeutig auf eine Rechtsverordnung schließen lässt. Nach dem Wortlaut des § 6a Abs. 5a StVG können *Gebührenordnungen* erlassen werden. Nicht *Gebührenverordnungen*. Die Kriterien, die hierbei berücksichtigt werden dürfen (Bedeutung der Parkmöglichkeiten, deren wirtschaftlichen Wert oder den sonstigen Nutzen der Parkmöglichkeiten für die Bewohner:innen) klingen auch ein bisschen nach kommunaler Selbstverwaltung. Am Ende nützt das aber nichts. Denn im letzten Satz des § 6a Abs. 5a StVG wird das Rechtsregime, das hier zur Anwendung kommen soll, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Die Ermächtigung kann durch *Rechtsverordnung* weiter übertragen werden. Anders als in § 8 Abs. 3 Satz 7 FStrG wird hier auch keine Regelung getroffen, die ausnahmsweise zum Erlass von Satzungen ermächtigt.

Satzung ist nicht Rechtsverordnung

Die Satzung folgt einer anderen Logik als die Rechtsverordnung. Sie ist *das* Mittel der Wahl, wenn es für Gemeinden darum geht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft abstrakt-generell zu regeln. Sie wird vom Gemeinderat beschlossen. Schon aus dem verfassungsrechtlich verankerten „Quasigrundrecht“ für Kommunen, der kommunalen Selbstverwaltung, folgt, dass hier ein anderes Regime gelten muss als beim delegierten Bundesrecht. Bei Letzterem geht es nicht um den Grundgedanken, dass die örtliche Gemeinschaft ihre Aufgaben möglichst frei regeln können soll. Vielmehr bezweckt man mit Delegationsverordnungen, dass man die Dinge zwar möglichst dort regelt soll, wo die meiste Expertise sitzt bzw. wo es schlicht am meisten Sinn macht. Dahinter steht aber auch immer ein gewisser Harmonisierungsgedanke. Dieser wohnt auch dem Straßenverkehrsrecht inne. Als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung hat der Bund hier von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht (vgl. Art. 72 Abs. 2 iVm Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG).

Beim Anwohnerparken liegt es nahe, die Kommunen Gebührenordnungen erstellen zu lassen. Das macht diese aber nicht zum Gegenstand von Selbstverwaltungsangelegenheiten. Vielmehr handelt es sich um eine Pflichtaufgabe. Die Kommunen sind zwar frei, ob sie eine Norm erlassen. Hinsichtlich des „Wie“ sind sie aber gebunden. Das hat die Landesregierung beim Erlass der Delegationsverordnung wohl übersehen.

Delegiertes Bundesrecht im Korsett des Art. 80 GG

Eine Kette von Rechtsverordnungen muss stets rückgekoppelt sein an ein demokratisch legitimes Gesetz. Das folgt aus dem Vorbehalt des Gesetzes. Dass § 6a Abs. 5a StVG als Ermächtigungsgrundlage insoweit einen Rahmen absteckt, in dem sich eine Regelung auf darunter liegender Verwaltungsebene bewegen muss, ist folgerichtig. Eine erneute demokratische Legitimierung erfolgt nicht mehr. Dessen kann sich auch nicht der Gemeinderat ermächtigen. Das würde das Grundgesetz gewissermaßen auf den Kopf stellen. Der „Sprung“ zur Satzung verstößt somit nachvollziehbar gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 80 Abs. 1 GG. Hiernach sind Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz zu bestimmen. Auch das Zitiergebot ist einzuhalten (das hatte die Freiburger Satzung tatsächlich getan). Die ver-

fassungsrechtliche Dimension des Falls hatte der Verwaltungsgerichtshof in Mannheim schlichtweg übersehen.

Weitreichende Auswirkungen für sozialausgleichende Maßnahmen

Das alles hat Konsequenzen für den Inhalt der Satzung. Für die Ermäßigung und den Erlass der Gebühren aus sozialen Gründen fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Nach der maßgeblichen Norm des § 6a Abs. 5a StVG darf die Gebührenbemessung nur die Gebührendzwecke der Kostendeckung und des Vorteilsausgleichs berücksichtigen. Eine Bemessung der Gebühren nach sozialen Zwecken hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen, wäre jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich gewesen. Eine gemeinhin übliche Härtefallklausel hätte der Senat für das Abgabenrecht wiederum akzeptiert. Das allerdings hatte der Gebührenordnungsgeber in Freiburg nicht im Sinn. Für die Debatten vor Ort hatte die Ermäßigung von Gebühren für sozial Schwächere eine große Rolle gespielt. Hier sollten differenzierte Regelungen getroffen werden. Personen, die bestimmte Sozialleistungen erhalten, und Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 sowie Inhaberinnen und Inhaber eines orangefarbenen Parkausweises für besondere Gruppen schwerbehinderter Personen zahlen ermäßigte Gebühren in Höhe von 60 €, 90 € und 120 €. Denjenigen Personen, die im Besitz eines blauen Parkausweises für Menschen mit schwerer Behinderung sind, wird die Gebühr erlassen.

Was folgt aus dem Urteil unmittelbar?

Zunächst gilt die bisherige Satzung in Freiburg nicht mehr. Hier zahlt man jetzt wieder 30 Euro im Jahr – egal wie lang das Auto ist. Laut erster [Äußerungen der Stadtspitze](#) soll das Konzept überdacht und nachjustiert werden. Der Hinweis, auch den Bund und das Land in die Pflicht zu nehmen, ist einleuchtend. Klimaschutz ist für einschränkende Maßnahmen von Gesetzes wegen nach wie vor kein zu berücksichtigender Belang. Hier geht es ganz klassisch um Aspekte der Sicherheit und um die Leichtigkeit des Verkehrs. Dem „klimapolitischen“ Anstrich des VGH Mannheim folgte der Senat nicht. Die Erreichung der Klimaschutzziele aus Art. 20a GG seien zulässige Lenkungsziele bei der Gebührenfestsetzung hatte der Verwaltungsgerichtshof geurteilt ([2. Leitsatz](#)). Er ließ während der mündlichen Ver-

handlung aber durchblicken, dass die mit der Gebührenordnung *mittelbar* verfolgten Lenkungsziele einer Wirksamkeit grundsätzlich nicht im Wege stehen. Demzufolge schade es nicht, wenn das Ermächtigungsgesetz nicht ausdrücklich auf klimaschützende Belange verweise. Andere Städte Baden-Württembergs müssen nun ihre Rechtsnormen prüfen und ggf. anpassen.

Der Grundidee, Bewohner:innen mit hohen Gebüh-

ren zu belegen, um Anreize für eine Verringerung des motorisierten Individualverkehrs zu schaffen, steht auch nach dem Urteil grundsätzlich nichts im Wege. Dazu bedarf es jedoch der Rechtsverordnung, welche im Übrigen auch nach der baden-württembergischen Gemeindeordnung vom Gemeinderat vom Stadtrat erlassen werden kann (§ 44 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz BWGemO).

Till Zimmermann, Frank Zimmermann

Geldsäcke im Parlament?

Es ist Zeit für die Reform der Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB)

doi: 10.17176/20230609-231147-0



Die [BGH-Entscheidung zu den „Maskendeals“](#) hat – wieder einmal – gezeigt, dass der Straftatbestand der Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB) dringend reformbedürftig ist (s. schon unseren Beitrag in *NJW* 2022, 2804). Die politischen Zeichen hierfür stehen günstig, schließlich wollen die Regierungsfractionen ausweislich ihres Koalitionsvertrags „den Straftatbestand der Abgeordnetenbestechung und -bestechlichkeit wirksamer ausgestalten.“¹ Wir plädieren dafür, einerseits § 108e StGB partiell zu entschärfen (speziell im Hinblick auf Kommunalpolitiker), andererseits aber ergänzende Strafvorschriften einzuführen, die sich an die etablierten Strukturen des allgemeinen Korruptionsstrafrechts und die bereits geltenden Zuwendungsverbote des § 44a AbgG anlehnen.

Fall Amthor, Aserbajdschan-Affäre, Maskendeals

Der rechtspolitische Hintergrund ist komplex: Einerseits ist es in einer repräsentativen Demokratie unverzichtbar, dass Abgeordnete auch mit Vertretern von Partikularinteressen in engem Austausch stehen, und dass sie dabei um Unterstützung für ihre politische Agenda werben. Zudem kann schon ein Verdacht bzgl. dieses Straftatbestands massive Ermittlungsmaßnahmen auslösen und – selbst wenn er sich nicht erhärtet – die politische Karriere des Betroffenen irreparabel schädigen. Andererseits ist die Integrität des demokratischen Entscheidungsprozesses ein so sensibles Gut, dass unbedingt der Eindruck vermieden werden muss, die gewählten Volksvertreter seien käuflich. Insofern erscheint der Griff zum Strafrecht als „schärfstem Schwert“ des Rechtsstaats durchaus legitim. Dennoch hat der Gesetzgeber – in scharfem Kontrast zur Kriminalisierungsflut der vergangenen Jahre – in diesem Bereich stets den Eindruck vermittelt, er müs-

se zum Jagen getragen werden. Der 1994 nach Jahrzehnten der Strafflosigkeit geschaffene Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) war so eng gefasst, dass „man theoretisch einem Abgeordneten einen ganzen Sack Geld auf den Tisch stellen [konnte], ohne mehr zu riskieren, als dass er einen rauswirft“ (v. Arnim, *NVwZ* 2006, 249, 252). Die seit 2014 geltende, durch internationale Vorgaben erzwungene Tatbestandsfassung ist weiter, aber nach wie vor auf Fälle innerparlamentarischer Hardcore-Korruption beschränkt: Der Tatbestand verlangt eine Vorteilsgewährung in Bezug auf eine konkrete künftige Handlung bei Wahrnehmung des Mandats, die „im Auftrag oder auf Weisung“ vorgenommen oder unterlassen werden soll. Vorteilsgewährungen ohne eine solche konkrete Unrechtsvereinbarung sind straflos. Ob etwa ein Fall wie derjenige der EP-Abgeordneten Eva Kaili einen deutschen Straftatbestand verwirklichen würde, erscheint daher zweifelhaft. Nach deutschem Recht straflos ist zudem der Verkauf des politischen Einflusses eines (deutschen²) Mandatsträgers außerhalb des Parlaments. Ferner werden Personen, die noch kein Mandat innehaben, sondern erst dafür kandidieren, von der Vorschrift nicht erfasst.

Konkreter Anlass für die aktuelle Reformdebatte sind Skandale, bei denen sich Abgeordnete als Gegenleistung für geldwerte Vorteile in auffälliger Weise politisch für die Interessen der Geber einsetzten: Der [Fall Amthor](#), die [Aserbajdschan-Affäre](#) und eben die sog. Maskendeals. Da sich die (mutmaßliche) Gegenleistung der Vorteilsempfänger in all diesen Fällen nicht bei der Wahrnehmung des Mandats, sondern jenseits der eigentlichen parlamentarischen Arbeit abspielen sollte (Herstellung wohlwollender Regierungskontakte; Kritiklosigkeit bei Wahlbeobachtung), greift § 108e StGB nicht. Stattdes-

¹KoalitionsV S. 10. Eine Initiative im schleswig-holsteinischen Landtag mit derselben Stoßrichtung (Drs. 19/3037) wurde vor diesem Hintergrund einstweilen auf Eis gelegt.

²Für ausländische Abgeordnete sieht das deutsche Recht in Art. 2 § 2 Abs. 1 IntBestG eine strengere Regel vor, die auch den Verkauf von Handlungen pönalisiert, die lediglich mit den Aufgaben eines Mandatsträgers „zusammenhängen“.

³BGBI. I 4650. Vergleichbare Regelungen sind z.T. auch auf Länderebene geschaffen worden, vgl. Art. 28–33 BayAbgG i.d.F. v.

sen wurden mit dem Gesetz vom 8.10.2021 zum Schutz der Unabhängigkeit des Mandats die Verhaltensregeln für Bundestagsabgeordnete verschärft:³ § 44a AbgG enthält neben den bisherigen Verboten der Annahme von Zuwendungen zur Beeinflussung, für die Mandatsausübung sowie ohne angemessene Gegenleistung nunmehr auch das Verbot der Annahme von Honoraren für Vorträge mit Mandatszusammenhang (Abs. 2 S. 3 Var. 1) und von Geldspenden zum Verbleib beim Abgeordneten (Abs. 2 S. 5). Neu sind zudem Nebentätigkeitsverbote in Abs. 3, die den Einflusshandel im politischen (Kern-)Bereich untersagen, namentlich die Interessenvertretung für Dritte gegenüber bestimmten staatlichen Stellen sowie Beratungstätigkeiten mit unmittelbarem Mandatszusammenhang.

Indirekt sind diese Verhaltensnormen auch für die Geberseite bedeutsam: Das [LobbyRG](#) v. 16.4.2021 – eine Reaktion auf den Fall Amthor – verpflichtet Lobbyisten auf die Grundsätze integrierter Interessenvertretung; zu diesen gehört nach § 5 Abs. 2 LobbyRG i.V.m. Nr. 4 LobbyRG-Verhaltenskodex das Verbot des In-Aussicht-Stellens finanzieller Anreize, wenn der Adressat durch deren Annahme seine Pflichten verletzen würde.

Strafrechtliche Konsequenzen sind jedoch mit alledem noch nicht verbunden. Zwar wurde § 108e StGB mit Gesetz v. 8.10.2021 – analog zur Richterbestechlichkeit (§ 332 Abs. 2 StGB) – zum Verbrechen heraufgestuft. Da die beschriebenen Fälle dessen ungeachtet straflos blieben, handelt es sich hierbei um einen vorwiegend symbolischen und wegen der Folgewirkungen (insbesondere der Versuchs- und Vorbereitungsstrafbarkeit sowie des Ausschlusses einer Verfahrenseinstellung) auch sonst problematischen Schritt.

Trotzdem haben die Novellen die Rahmenbedingungen für eine Neufassung des § 108e StGB begünstigt. Zum einen verliert mit dem neu gefassten § 44a AbgG das – wegen des mit Verfassungsrang ausgestatteten Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) durchaus beachtliche – Argument der unzureichenden Klarheit der Verhaltensvorschriften für Mandatsträger in Bezug auf Vorteilsgewährungen an Gewicht. Zum anderen hat sich der Legitimationsdruck hinsichtlich der Diskrepanz zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm erhöht: Es leuchtet kaum ein, dass trotz der nun gesetzlich ausdrücklich verbotenen Vorteilsannahmen weiterhin nur der Kernbereich der Hardcore-Korruption (§ 108e StGB) mit Stra-

fe bedroht sein soll. Die [Ansicht](#), das neue Abgeordnetenrecht mit den Möglichkeiten der Vorteilsabschöpfung und der Verhängung eines Ordnungsgeldes sei Abschreckung genug, ist zwei Einwänden ausgesetzt. Erstens: Der zu seiner Durchsetzung berufenen Bundestagsverwaltung stehen nicht die Ermittlungsinstrumente einer Staatsanwaltschaft zur Verfügung; Kristina Peters spricht in [diesem Blog](#) deshalb von einem „stumpfen Schwert“. Zweitens: Die parlamentarischen Verhaltensregeln betreffen nur die Nehmerseite; die Geberseite kommt also automatisch ungeschoren davon und der Abschreckungseffekt ist gleich Null.

Formen parlamentarischer Korruption

Eine strafrechtliche Neuregelung sollte sich aus Bestimmtheits- und Kohärenzgründen an die parlamentsrechtlichen Zuwendungsverbote in § 44a AbgG anlehnen. Sie bilden verschiedene Formen von Korruptionsunrecht ab:

Die nach BVerfGE 40, 296, 318 f. verfassungsrechtlich zwingenden Annahmeverbote von Einflusszuwendungen und -spenden (§ 44a Abs. 2 S. 1 AbgG und § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG) beschreiben den (Ver-)Kauf einer Ermessensausübung, also Bestechlichkeitsunrecht. Im Unterschied zu den Amtsträger-Straftatbeständen der §§ 332, 334 StGB enthalten die parlamentarischen Verbotsnormen aber nicht das Erfordernis einer konkret erkaufte Handlung. Das hat pragmatische Gründe: Selbst der (Ver-)Kauf eines „bestimmten politischen Vorteils“ (§ 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG) setzt verkäuferseitig regelmäßig einen Komplex kleinteiliger Einflussnahmehandlungen (z.B. in Ausschüssen zur Gesetzesberatung) voraus. Die korruptive Manipulation eines Gesetzesvorhabens ist insoweit nicht mit dem Kauf einer Baugenehmigung vergleichbar.

Die sonstigen Verbote von Vorteilszuwendungen „für die Mandatsausübung“ (§ 44a Abs. 2 S. 1 und 2 AbgG), zu denen auch die Vergütung eines mandatsbezogenen Vortrags, Lohn für Pseudo-Nebentätigkeiten (§ 44a Abs. 2 S. 3 AbgG) und Geldspenden zum Verbleib beim Abgeordneten (§ 44a Abs. 2 S. 5 AbgG) zählen, sind dem Bereich der Proto-Korruption zuzurechnen; bei dieser von den §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme und -gewährung) her bekannten mildereren Korruptionsform geht es nicht um eine konkrete Gegenleistung, sondern um die Erzeugung von Wohlwollen („Klimapflege“) und subtilen Ab-

hängigkeitsverhältnissen (vgl. BVerfGE 118, 277, 386).

Das neue Verbot der entgeltlichen Interessenvertretung für Dritte gegenüber Parlamenten oder Regierungen und von Beratungstätigkeiten mit engem Bezug zur Mandatsausübung (§ 44a Abs. 3 S. 1 AbgG) entspricht dem Korruptionstyp des missbräuchlichen Einflusshandels. Dabei wird der Vorteilsempfänger nicht für die Mandatsausübung bedacht, sondern für eine Tätigkeit „neben dem Mandat“. Nebentätigkeiten von Abgeordneten sind zwar grundsätzlich zulässig, solange sie außerhalb des Kernbereichs politischer Machtausübung erfolgen. Bei den im AbgG nunmehr verbotenen Nebentätigkeiten handelt es sich indes um inakzeptable Formen von Lobbyismus: Da in einer repräsentativen Demokratie eine strikte Trennung zwischen dem Volksvertreter als Mandatsträger und als Privatperson unmöglich ist, stellen Fremdinteressenvertretungen innerhalb der politischen Sphäre per se eine problematische Verquickung monetärer Eigeninteressen mit der Macht des Abgeordnetenstatus dar (BT-Drs. 19/28784, S. 12).

Anforderungen an eine Neufassung der Strafvorschrift

Ein effektives Korruptionsstrafrecht sollte zumindest den Kern der abgeordnetenrechtlichen Zuwendungsverbote abbilden – also neben der bereits heute erfassten Hardcore-Korruption i.S.d. § 108e StGB auch die missbräuchliche Einflussnahme à la Maskendeals. Zudem sollten künftig auch bestimmte Fälle der Proto-Korruption erfasst sein, insbesondere die Annahme von Einflussspenden ohne konkretisierte Gegenleistung. Dadurch würde ein Gleichlauf mit dem spenden- und abgeordnetenrechtlichen Verbot erzielt. Zudem sollte die gleichermaßen strafwürdige Kandidaten-Korruption erfasst sein.

Trotz der unvermeidlichen Akzessorietät zu den bundes- und landesrechtlichen Vorschriften zur Wahrung der Unabhängigkeit des Mandats sollten keine Blanketttatbestände, sondern eigenständige „standalone-Vorschriften“ im StGB geschaffen werden. Dadurch kommt zum einen das Unrecht deutlich klarer zum Ausdruck. Zum anderen befassen sich die abgeordneten- und parteirechtlichen Anti-Korruptionsnormen nicht mit Dritt Vorteilen und vor allem naturgemäß auch nicht mit der Geberseite. Dies ist für die Effektivität von Korruptionsstrafvorschriften aber unabdingbar. Durch die Verortung im StGB und die Anlehnung an die Struktur der dort

etablierten Tatbestände lassen sich diese Probleme vermeiden.

An konkreten Formulierungsvorschlägen herrscht kein Mangel. Allerdings sind alle bisher veröffentlichten Vorschläge unvollkommen. Ein bereits im Juni 2021 von den damaligen Oppositionsparteien eingebrachter Entwurf (BT-Drs. 19/30553, S. 2) schlug vor, insbesondere das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ im bisherigen § 108e StGB dadurch zu ersetzen, dass der Mandatsträger „unter Verletzung seiner Pflichten als Mitglied einer Volksvertretung bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden [...] vorgenommen hat [...] oder künftig vornehme“. Ein so formuliertes Gesetz erfasste aufgrund der Beschränkung auf *konkrete* Bezugshandlungen *bei* Mandatswahrnehmung allerdings weder die Entgegennahme von Geldsäcken ohne genau definierte Gegenleistung, noch die Vermittlung von Maskendeals gegen horrendes Privatvorteile. Michael Kubiciel plädiert stattdessen dafür, im erwähnten Vorschlag die Passage „bei Mandatswahrnehmung“ zu amputieren und den verbliebenen Rest als neuen § 108f StGB („Pflichtwidrige Vorteilsannahme“) eigenständig zu normieren (ZRP 2023, 47, 49). Auch dann bliebe es aber bei der Beschränkung auf konkrete Bezugshandlungen. Überdies enthalten beide Vorschläge eine bedenkliche Doppelung, indem sie an einen „ungerechtfertigten“ Vorteil als Gegenleistung für eine abgeordnetenrechtliche „Pflichtverletzung“ anknüpfen: Beide Merkmale sind an die „für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften“ (vgl. § 108e Abs. 4 S. 1 StGB) gekoppelt und dürften stets in ein und demselben Verhaltensnormverstoß (etwa: Vornahme einer „entgeltlichen Interessenvertretung“ i.S.v. § 44a Abs. 3 AbgG) wurzeln. Das darin liegende Bestimmtheitsproblem könnte der nur lose normativ gehaltene [Vorschlag von Transparency International](#) umschiffen, wonach die erkaufte Bezugshandlung in § 108e StGB als Vornahme einer Handlung „unter missbräuchlicher Ausnutzung der Stellung als Mandatsträger“ bezeichnet werden soll. Aber auch dieser Vorschlag hat Nachteile: Zum einen bliebe es bei der Beschränkung auf konkret vereinbarte Bezugshandlungen, zum anderen ist es mit Blick auf das Gebot schuldangemessenen Strafsens problematisch, Bestechlichkeit und missbräuchliche Einflussnahme trotz unterschiedlichen Unrechtsgehalts unter dem Dach einer Strafnorm mit einem identischen Strafrahmen zu versehen.

Wir plädieren deshalb dafür, ergänzend zu einem engen Stimm(ver)kaufsverbot nach Art des bisherigen § 108e StGB eine eigenständige Strafnorm für die im AbgG untersagten Formen politischer Korruption zu schaffen. Da das Parlamentsrecht auf eine konkrete Gegenleistung verzichtet, empfiehlt es sich, einen Tatbestand zu schaffen, der ein deliktisches Verhalten auf halber Strecke zwischen den Korruptionsformen der § 332 Abs. 3 StGB (= Bestechung für eine konkrete künftige pflichtwidrige Ermessenshandlung) und § 331 Abs. 1 StGB (= Vorteilsgewährung ohne konkrete Gegenleistung) beschreibt. Nach den Verhaltensregeln zulässige Vorteilsgewährungen (z.B. Absprachen über die Vergabe politischer Funktionen oder Zuwendungen nach den §§ 44a Abs. 3 S. 2, 48 AbgG) dürfen von diesem Straftatbestand nicht erfasst sein. Hierfür bietet es sich regelungstechnisch an, wie in der jetzigen Fassung des § 108e StGB einen „*ungerechtfertigten Vorteil*“ zu verlangen. Überdies lässt sich über eine geringfügige Änderung der für Bestechungsdelikte üblichen Grammatik auch die Kandidaten-Korruption erfassen.⁴ Ein solcher Tatbestand könnte (für die Nehmerseite) lauten:

Wer einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, mit dem erkennbar die Erwartung verbunden ist, dass er als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder sich bei der Ausübung seines Mandats durch den Vorteil beeinflussen lassen werde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Das Delikt des Einflusshandels bedarf einer eigenständigen Regelung, weil sich die tatbestandlichen Bezugspunkte – Nebentätigkeit statt Mandatsausübung – stark unterscheiden. Die Vorschrift könnte so formuliert sein:

Wer als Mitglied einer Volksvertretung des

Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er neben dem Mandat gegenüber einem Parlament oder einer Regierung die Interessen des Leistenden vertritt oder diesen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Mandatsausübung berät, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Strafrechtliche Zurückhaltung im Hinblick auf kommunale Mandatsträger

Die heutige Strafvorschrift erfasst über eine Gleichstellungsklausel in § 108e Abs. 3 StGB auch Kommunalparlamentarier. Tatsächlich machen diese das Gros der Normadressaten aus. Das allein ist Anlass zur Kritik am geltenden § 108e StGB, dessen Strafmaß für die in aller Regel ehrenamtlich tätigen Mitglieder von Gemeinde-, Kreis- und Bezirksräten schlicht zu hoch ist. Um ein aktuelles Beispiel zu bemühen: Einen verwaltungsrechtswidrigen Vertrag mit einem Windparkbetreiber – [Betriebsgenehmigung gegen Schulsanierung](#) – mag man zwar als korruptiv bewerten, von *verbrecherischer* Energie ist er aber weit entfernt. Politische Korruption auf kommunaler Ebene sollte also in gewissen Grenzen weiterhin strafbar sein, aber kein Verbrechen (mehr). Daher erscheint auch die Ausdehnung der hier vorgeschlagenen neuen Tatbestände auf kommunale Mandatsträger – jedenfalls soweit sie ehrenamtlich tätig sind – nicht geboten. Auch ohne Strafbewehrung erscheint es aber bedenkenswert, klare Verhaltensregeln in Gestalt von Zuwendungsverboten in den Kommunalgesetzen der Länder zu verankern (s. etwa § 6 des [Muster-Verhaltenskodex von Transparency International](#)).

⁴Dazu T. Zimmermann, ZfStW 2022, 89 (als Alternative zur Anfügung einer Bewerber-Gleichstellungsklausel, wie sie in BT-Drs.19/30553 als § 108e Abs. 4 StGB n.F. vorgeschlagen wird).

Marten Breuer

Deutsches Staatshaftungsrecht im Sog der EMRK



doi: 10.17176/20230619-231105-0

Ein Strafhäftling rügt vor dem EGMR in Straßburg die bayerische Praxis, Inhaftierte nach dem Zufallsprinzip im Anschluss an einen Besuch zu durchsuchen, und zwar vollständig nackt und unter Einschluss intimer Körperöffnungen. Der EGMR stellt eine Verletzung von Art. 3 EMRK fest und spricht ihm Entschädigung wegen immateriellen Schadens in Höhe von 12.000 EUR zu ([Fall Roth](#)). Ein anderer Häftling klagt wegen derselben Praxis vor den deutschen Gerichten. Er obsiegt, wenngleich erst im zweiten Anlauf: Es bedarf der Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts, um die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts feststellen zu lassen, so geschehen im [September 2020](#). Dann begehrt der Häftling Entschädigung vor den innerstaatlichen Gerichten – und geht leer aus. Kann nicht sein? Doch, das kann sein, sagen die Instanzgerichte. Nein, kann nicht sein, sagt das Bundesverfassungsgericht in dem erst jetzt veröffentlichten [Beschluss vom 19. Mai 2023](#). Aber: ganz so trivial, wie das auf den ersten Blick vielleicht scheint, ist das nicht.

Alles richtig gemacht - und trotzdem verloren

Vor den Instanzgerichten verteidigt sich der beklagte Freistaat Bayern zunächst entlang der Logik des Amtshaftungsrechts. Die Durchsuchung, heißt es da, hätte nach damaligen Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entsprochen (Rn. 10).

Man mag dem beklagten Freistaat zugute halten, dass die Maßstäbe des Beschlusses vom [November 2016](#), in dem sich das Gericht zur bayerischen Praxis geäußert hatte, nicht in jeder Hinsicht frei von Zweifeln waren. So hatte das Gericht die stichprobenartige Durchsuchung von unverdächtigen Häftlingen unter vollständiger Entkleidung nicht schlechterdings für verfassungswidrig erklärt. Vielmehr war maßgeblich, dass in Einzelfällen, in denen besonders fernliegend sei, dass das Besuchsrecht durch den Gefangenen (etwa zum Einschmuggeln von Drogen) missbraucht werde, von der Durchsuchung müsse abgesehen werden können. Hierauf hatte die Regelung

in der vorliegend betroffenen JVA reagiert, indem bei Besuchen von Amts- oder vergleichbaren Personen wie Polizisten, Rechtsanwälten usw. von einer Durchsuchung abgesehen werden sollte (Rn. 3). Da der Beschwerdeführer aber nicht von seinem Anwalt, sondern von seiner Familie besucht worden war, profitierte er von der Regelung nicht. Das Bundesverfassungsgericht beanstandete später, dass die Gefahr eines Missbrauchs des Besuchsrechts durch den Beschwerdeführer nicht im konkreten Einzelfall geprüft worden sei, da lediglich ein Kästchen auf einem Formblatt angekreuzt worden war.

Für den Amtshaftungsanspruch bedeutete dies Folgendes: Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom September 2020 stand lediglich im Außenverhältnis Staat-Bürger fest, dass die Grundrechte verletzt worden waren. Grundrechtsverletzungen knüpfen typischerweise an ein Erfolgsunrecht an, d.h. auf Fragen der Vermeidbarkeit oder des Verschuldens des handelnden Amtswalters kommt es nicht an. Das ist beim Amtshaftungsanspruch grundlegend anders. Die ständige BGH-Rechtsprechung versteht das Tatbestandsmerkmal der Amtspflichtverletzung im Sinne eines Verhaltensunrechts, d.h. das beanstandete Verhalten muss aus der Perspektive des Handelnden vermeidbar gewesen sein. Geht ein Amtswalter in vertretbarer Weise davon aus, rechtmäßig zu handeln, fehlt es an der Amtspflichtverletzung – oder zumindest am Verschulden. (Der Bundesgerichtshof formuliert insoweit gern, eine „schuldhaftes Amtspflichtverletzung“ liege nicht vor, und lässt damit die konkrete Zuordnung zur Amtspflichtverletzung oder zum Verschulden offen.) Vor diesem Hintergrund erklärt sich das Argument des Freistaats, nach damaligem Rechtsverständnis hätte die bayerische Praxis den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts entsprochen. Erfolg hatte der Freistaat hiermit vor dem Bundesverfassungsgericht jetzt nicht.

Ein alter Hut: die Kollegialgerichtsrichtlinie

Der Freistaat Bayern bemühte noch einen weiteren Klassiker des Amtshaftungsrechts: die Kollegialgerichtsrichtlinie. Nach dem Konzept dieser (von der Rechtsprechung etablierten) Richtlinie soll es am Verschulden des handelnden (Verwaltungs-)Beamten fehlen, wenn ein aus mehreren Richtern besetztes Gericht (eben ein Kollegialgericht) das Verhalten des Beamten als rechtmäßig beurteilt, selbst wenn in letzter Instanz dann das Verdikt der Rechtswidrigkeit stehen mag. Der dahinter stehende Gedanke ist folgender: Man kann doch nicht von einem „einfachen Beamten“, der zudem unter Zeitdruck entscheiden muss, bessere Rechtseinsicht verlangen als von mehreren Top-Juristen, die zudem alle Zeit der Welt haben, sich im Nachhinein über die Gesetzesauslegung Gedanken zu machen. So richtig überzeugend war diese Konzeption nie. Der Bundesgerichtshof hat denn auch betont, es handele sich ja bloß um eine „Richtlinie“ und nicht um eine starre Rechtsregel. Wenn ein Kollegialgericht beispielsweise im einstweiligen Rechtsschutz – unter Zeitdruck! – entscheidet, dann soll die Richtlinie nicht gelten.

Ich finde, es wäre an der Zeit, sich endgültig von dieser Rechtsfigur zu verabschieden. Vielmehr sollte gelten: Wenn sich ein Amtswalter eine vertretbare Rechtsmeinung bildet, dann handelt er nicht amtspflichtwidrig. Ist seine Rechtsauffassung hingegen nicht vertretbar, so wird sie nicht dadurch „richtiger“, dass sie im Nachgang von einem Kollegialgericht als rechtmäßig bestätigt worden ist. Ohnehin suggeriert das Argument des Kollegialgerichts eine Einheitlichkeit der Rechtsauffassung, die so nicht der Realität entspricht, da ja aufgrund des Beratungsgeheimnisses im Nachhinein nicht ermittelt werden kann, ob das Kollegialgericht einstimmig oder möglicherweise nur mit knapper Stimmenmehrheit entschieden hat.

The turn to constitutional law

Bislang bewegt sich die Argumentation des Falles ganz in den Bahnen des einfachen (Staatshaftungs-)Rechts. Doch das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz. Wie wird nun aus einem einfachrechtlichen Fall des Staatshaftungsrechts ein Fall der Verfassungsauslegung? Die Antwort des Bundesverfassungsgerichts lässt aufforchen: Der Beschwerdeführer sei verletzt in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht „aus Art. 2 Abs. 1 in

Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG“ (Rn. 24). Ungewöhnlich erscheint vor allem das doppelte „in Verbindung mit“. Das bedarf der Erläuterung.

Beginnen wir mit dem ersten „in Verbindung mit“. Das bezieht sich auf die verfassungsrechtliche Fundierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht. Das Bundesverfassungsgericht geht hier zurück bis zur *Soraya*-Entscheidung (BVerfGE 37, 269 [281 f.]): „Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass der Schutzauftrag des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens verwirklicht wird, wobei die Gerichte die Fundierung in der Menschenwürde zu beachten haben“ (Rn. 26). Das Bundesverfassungsgericht macht aber zugleich deutlich, dass nach rein innerstaatlichen Maßstäben die restriktive Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Gewährung von Geldentschädigung wegen immaterieller Persönlichkeitsrechtsverletzung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

The turn to Strasbourg

Hier kommt nun das zweite „in Verbindung mit“ ins Spiel. Es hat eine gänzlich andere Funktion als die erste Formulierung und bezieht sich auf die Konstruktion der *Görgülü*-Entscheidung, wonach vor dem Bundesverfassungsgericht eine nicht ausreichende Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung über das einschlägige deutsche Grundrecht „in Verbindung mit“ dem Rechtsstaatsprinzip gerügt werden kann. Die EMRK wird hierdurch – anders als die Grundrechtecharta in „*Recht auf Vergessen II*“! – also nicht zum unmittelbaren Prüfungsmaßstab. Das Bundesverfassungsgericht hält vielmehr am einfachrechtlichen Rang der EMRK im deutschen Recht fest. Der damit verbundene Rechtsanwendungsbefehl hat aber eine Verstärkung der innerstaatlichen Wirkung der Konvention zur Folge: Während die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt insgesamt bindet, führt der Rechtsanwendungsbefehl zur EMRK dazu, dass alle innerstaatlichen Organe an die Rechtsprechung des EGMR (im Sinne einer „Berücksichtigungspflicht“ – dazu sogleich) gebunden sind.

Das Bundesverfassungsgericht zitiert die betreffende Rechtsprechung in Rn. 28 f. Die unreflektierte Übernahme von Stehsätzen aus der (ohnehin sehr schillernen, inhaltlich changierenden) *Görgülü*-Entscheidung

ist in zweifacher Hinsicht nicht ganz unproblematisch: Das Bundesverfassungsgericht zitiert im vorliegenden Fall den Satz, die Fachgerichte hätten die Verpflichtung, „die Gewährleistungen der Konvention zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen“ (Rn. 28). In der folgenden Randnummer heißt es gleichsinnig: Die EGMR-Rechtsprechung sei auf Verfassungsebene „möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen“, weshalb sich eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe verbiete (Fn. 29). Die Passage im *Görgülü*-Beschluss, auf die sich das Bundesverfassungsgericht dabei jeweils bezieht, stand allerdings im Zusammenhang mit dem, was das Gericht damals als „mehrpoliges Grundrechtsverhältnis“ bezeichnet hat: Gerade wegen der notwendigen Auskalibrierung der betroffenen Rechtspositionen, sobald mehrere Grundrechtsträger im Spiel sind (*Caroline* lässt grüßen!), ergab sich für das Bundesverfassungsgericht seinerzeit das Bedürfnis nach schonendem Ausgleich und Einfügung in die deutsche Rechtsordnung. Von all dem ist im vorliegenden Fall nichts zu finden. Es ist ein klassischer Fall des rein zweiseitigen Staat-Bürger-Verhältnisses: Der Staat greift durch die anlasslose und entwürdigende Durchsuchung eines Häftlings in dessen Grundrechte ein. Was soll da schonend eingepasst werden, wenn EMRK und die Rechtsprechung des EGMR konkrete Maßstäbe vorgeben?

Das führt zum zweiten Problem. *Görgülü* betraf einen Fall der unmittelbaren Befolgung eines EGMR-Urteils: Der EGMR hatte dem Vater des nichtehelich geborenen Kindes zumindest ein Umgangsrecht zugesprochen, das OLG Naumburg hat das mehrfach konterkariert und damit traurige Berühmtheit erlangt (das gegen die OLG-Richter angestrengte Strafverfahren wegen Rechtsbeugung verlief im Sande). Darum geht es im vorliegenden Fall nicht. Vielmehr steht das im Raum, was das Bundesverfassungsgericht selbst als „Orientierungswirkung“ bezeichnet (in Straßburg spricht man eher von „res interpretata“, im Gegensatz zur „res iudicata“). Der EGMR hatte in einem gänzlich anderen Verfahren, eben dem *Fall Roth*, die Maßstäbe der Konvention klargestellt. Nun ist es Aufgabe der deutschen Gerichte, sich auch jenseits der völkerrechtlichen Bindungswirkung aus Art. 46 Abs. 1 EMRK an dieser Rechtsprechung zu orientieren, um Völkerrechtsverstöße der Bundesrepublik Deutschland und Verfahren in Straßburg zu vermeiden. Auch insoweit wä-

re also bei der Zitation von *Görgülü* eine gewisse Vorsicht (oder zumindest eine Klarstellung) wünschenswert gewesen.

EMRK und deutsches Staatshaftungsrecht

Damit stellt sich nun die Frage, welche Maßstäbe die EMRK für das deutsche Staatshaftungsrecht bereit hält. Der Beschwerdeführer hatte sich auf die 12.000 EUR berufen, die der EGMR im Fall *Roth* als immaterielle Entschädigung ausgeurteilt hatte. Bei elf durchgeführten Durchsuchungen entsprach das in etwa 1.000 EUR pro Durchsuchung. Doch lassen sich die Maßstäbe des EGMR ohne weiteres auf das deutsche Staatshaftungsrecht übertragen? Wer so argumentiert, der verkennt, dass es sich bei Art. 41 EMRK um eine Entschädigung handelt, die vom Gerichtshof nach Billigkeitsgesichtspunkten („ex aequo et bono“) gewährt wird. Es handelt sich gerade nicht um einen echten Haftungsanspruch in dem Sinne, dass eine Verurteilung in Straßburg automatisch eine Entschädigung nach sich zöge. Zwar kann es zu Problemen führen, wenn sich die innerstaatlich gewährte Entschädigung allzu weit von den Maßstäben des Straßburger Gerichtshofs entfernt. Eine 1:1-Übertragung ist jedoch nicht veranlasst.

Bedeutung hat die EMRK für das deutsche Staatshaftungsrecht vielmehr unter zwei anderen Gesichtspunkten. Der EGMR hatte im Fall *Roth* eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt, weil er davon ausging, eine Verletzung dieser einschränkungslos gewährleisteten Kernbestimmung der Konvention „rufe bei der betroffenen Person ... einen immateriellen Schaden hervor, der in der Regel durch Zusprechung einer Entschädigung in Geld wieder gutzumachen sei“ (zitiert nach BVerfG-Beschluss, Rn. 30). Das konnte man in Deutschland im Grunde spätestens seit dem *Fall Gäfgen* wissen. Der EGMR entnimmt dem Art. 3 EMRK somit eine spezifische, der besonderen Bedeutung des verletzten Rechtsguts geschuldete grundsätzliche Entschädigungspflicht. Darüber hinaus hatte der EGMR aber im Fall *Roth* auch eine Verletzung des Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK festgestellt: Angesichts der Beschränkungen, welche das deutsche Staatshaftungsrecht in derartigen Fällen bereit hält – siehe oben! –, hatte er das Vorliegen eines effektiven Rechtsbehelfs verneint. Hieraus also ergibt sich das Bedürfnis nach einer Anpassung des deutschen Staatshaftungsrechts an die Straßburger Maßstäbe.

Und wie weiter?

Die Frage ist nun: Wie soll das Landgericht Regensburg, an den der Fall vom Bundesverfassungsgericht zurückgeschickt worden ist, die Rechtsprechung des EGMR „scho-nend“ berücksichtigen? Das dürfte nicht ganz einfach werden. Das Bundesverfassungsgericht verweist etwas kryptisch auf die Möglichkeit der teleologischen Reduktion (Rn. 35). Eine erste Option bestünde darin, im Rahmen der Amtspflichtverletzung statt an das Verhalten-sunrecht an das eingetretene Erfolg-sunrecht anzuknüpfen. Das zöge allerdings einen ziemlich radikalen Um-bau des Amtshaftungsanspruchs nach sich. Die Charak-terisierung der Amtspflicht als Verhaltenspflicht resul-tiert aus der Tatsache, dass bei Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 der Beamte noch persönlich haftete. Vor diesem Hintergrund hat die Beschränkung auf Verhaltenspflich-ten ihren guten Sinn. Die Funktion des Art. 34 GG wie-derum beschränkt sich darauf, den vorgefundenen Amts-haftungsanspruch auf den Staat überzuleiten – so jeden-falls der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung. Einen schonenden Einbau der EGMR-Vorgaben in die Ei-genrationalität des deutschen Amtshaftungsrechts sehe ich hier eher nicht. Anders läge die Sache nur, wenn man die Amtspflichtverletzung (wie auch immer) bejahte und „lediglich“ das Verschulden im Raum stünde – dann ließe sich ggf. mit dem Argument der teleologischen Reduktion arbeiten.

Das Bundesverfassungsgericht deutet in dem vorlie-genden Beschluss noch eine zweite Option an. Im Grun-de war schon immer unverständlich, dass zwar bei Ver-letzung der Rechte aus Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 2 GG ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsan-spruch richterrechtlich anerkannt ist (enteignungsglei-cher Anspruch, Aufopferungsanspruch), bei Verletzun-gen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hingegen nur der „Umweg“ über den (verschuldensabhängigen) Amts-haftungsanspruch gegeben sein soll. Das Bundesverfas-sungsgericht sieht hier offensichtlich Entwicklungspotential. Doch auch dieser Weg würde eine nicht unbe-trächtliche Ausweitung der bisherigen Rechtsprechung erfordern.

Eine dritte Option erwähnt das Bundesverfassungsge-richt nicht: Warum sollte man einen Entschädigungsan-spruch nicht unmittelbar auf Art. 3 EMRK stützen kön-nen? Dass aus der EMRK national durchsetzbare Ent-schädigungsansprüche resultieren können, ist für Art. 5

Abs. 5 EMRK seit langem anerkannt. Aufgrund des ein-fachrechtlichen Ranges der EMRK im deutschen Recht er-geben sich keine prinzipiellen Schwierigkeiten, den An-spruch innerstaatlich zu fundieren. Wenn nun der EGMR aus Art. 3 EMRK eine grundsätzliche Pflicht zur Ge-währung immaterieller Entschädigung herleitet – war-um dann nicht Art. 3 EMRK selbst als Anspruchsgrund-lage nehmen? Der Vorteil bestünde darin, dass sich das Bedürfnis nach „Umbau“ des deutschen Staatshaftungs-rechts vergleichsweise klein halten ließe.

The elephant in the room: Staatshaftung kraft Grund-rechtsverletzung?

Zu guter Letzt: Eine oberflächliche Lektüre des vorliegen-den Beschlusses könnte zu der Annahme verleiten, das Bundesverfassungsgericht habe sich in dem seit langem schwelenden Streit um die Frage, ob aus den Grundrech-ten Ansprüche staatshaftungsrechtlicher Art abgeleitet werden können, auf die Seite der Befürworter geschlagen. Eine genauere Lektüre ergibt jedoch: Genau das Gegenteil ist der Fall.

Zwar bejaht das Gericht im Ergebnis eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen der Nicht-gewährung von Entschädigung. Allerdings formuliert es im Hinblick auf die nationalen Grundrechtsstandards sehr vorsichtig, die Versagung eines Entschädigungsan-spruchs „berühre“ den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Rn. 26). Der Ver-stoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht resultiert letztlich erst aus der Verstärkung durch die Berücksichti-gung der EGMR-Rechtsprechung.

Noch auffälliger ist aber, dass das Bundesverfassungs-gericht an der einschlägigen Stelle (Rn. 26) ausschließ-lich auf seine Rechtsprechung zur Entschädigung we-gen Persönlichkeitsrechtsverletzung verweist. Einen Ver-weis auf den *Kunduz-Beschluss*, aus dem manche ei-ne grundrechtliche Ableitung von Staatshaftungsansprü-chen herleiten wollen, sucht man vergebens. Wenn nun tatsächlich die Grundrechte als dogmatische Grund-lage staatshaftungsrechtlicher Ansprüche taugen: Warum hätte dann das Bundesverfassungsgericht einen solchen Aufwand betreiben sollen, unter Rückgriff auf die EGMR-Rechtsprechung Vorgaben für das Staatshaftungsrecht in den deutschen Grundrechtsstandard hineinzuiinterpre-tieren? Dann wäre es doch viel einfacher gewesen, direkt auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abzustellen und

die notwendigen Maßstäbe selbst zu setzen!

Schlussbetrachtung

Wir sehen: Die Anpassung der deutschen Rechtsordnung an die Anforderungen der EMRK stellt die Rechtsanwender immer wieder vor neue Herausforderungen. Das Bundesverfassungsgericht fungiert als „Transmissionsriemen“ für die Straßburger Rechtsprechung, indem es

den Fachgerichten den bestehenden Anpassungsbedarf vor Augen führt. Bei der „Einpassung“ der Standards der EMRK in das deutsche Recht sind bisweilen Kreativität und juristische Phantasie gefordert. Als abgeschlossen kann der Rezeptionsprozess jedenfalls noch lange nicht gelten – und angesichts der dynamischen Auslegung der EMRK durch den EGMR wird er wohl auch nie ganz abgeschlossen sein.

Minos Mouzourakis, Cathryn Costello

Human Rights Violations to Deflect Refugees

The EU Council Agreement on Asylum Reform as an Intensification of Policies Tried and Failed

doi: 10.17176/20230625-231111-0



The Council of the European Union (EU) recently reached a [negotiating position](#) ('mandate') on two significant elements of the 'reform' of the Common European Asylum System (CEAS): the [Asylum Procedures Regulation](#) (APR) laying out rules on refugee status determination in national asylum systems, and the [Asylum and Migration Management Regulation](#) (AMMR) rehashing the Dublin System on allocation of responsibility for processing asylum claims.

Since the EU embarked on legislating in this field, it has sought to deflect refugees elsewhere, and generally failed, often spectacularly. In 2000, Gregor Noll [identified](#) the EU as a 'common market of deflection'. In 2005, Cathryn Costello [critiqued](#) the first iteration of EU asylum procedures legislation for its expansion of 'safe third country' practices and creating more complex grounds of inadmissibility. Ten years later, in 2015, we saw containment practices backfiring, thousands of refugees drowning in their attempt to reach Europe, and over one million people recognised as refugees over that year and the next. Most refugees ended up in Germany – which had since 1993 [sought](#) to insulate itself from asylum claims by employing 'safe third country' (STC) practices. Now, in 2023, after a third attempt to 'reform' its asylum policy, the EU doubles down (should we say 'triples down') on containment, STC in particular.

It has been hard to find something new to say... except that the current developments reflect so poorly on EU politics that rather than learn some lessons from 2015, a distorted political narrative quickly took hold, and rather than question containment, EU governments seek more of the same.

The legislative process has been agonisingly slow – the proposals emerged in 2016, the third iteration since the EU first legislated on asylum procedures in 2005, building on the 1990 Dublin Convention that became an EU

regulation in 2003. The foundational features remain the same – procedural complexity in the name of apparently enabling states to make refugees the responsibility of other states outside the EU, part of the general system of refugee containment, illegalising their attempts to travel into and across the EU in search of protection.

The adopted Council mandate paves the way for legislative negotiations ('trilogues') with the European Parliament (EP), whose positions on all pending asylum reform proposals had been agreed by March 2023. The aim is to conclude the legislative reforms by the next European elections in early June 2024.

The vision hailed as a '[historic](#)' agreement by national governments is a direct threat to the right to asylum. The Council not only maintains all structural flaws of the CEAS intact but proposes a [quagmire of asylum procedures](#) marred by unworkable, unnecessarily complex rules, that are in clear violation of key human rights standards.

The flaws of CEAS & drivers of perpetual 'crisis' mode

Access to asylum does not have to be illegalised. The EU has demonstrated that safe passage for refugees is both possible and workable: Those fleeing the war in Ukraine may enter the EU without a visa, as the EU entered into a visa waiver agreement with Ukraine back in 2017. This means that people may flee temporarily as they seek respite or work, and since March 2022, avail of the formal EU status of Temporary Protection. This has enabled people to choose their country of refuge in the EU – moving freely for a period. The result is that nearly 4 million have swiftly [received](#) protection in the past year.

For most other refugees – those from Africa and the Middle East in particular – the EU's visa and carrier sanction regulations mean that there is no legal route to claim protection. Their entry is illegalised and rendered dangerous by EU policies that have become embedded since the

end of the Cold War. Carrier sanctions measures and intensified border controls have made irregular entry more costly and dangerous for protection seekers. Those who do reach European waters or soil face state-sponsored violence, enforced disappearance, refoulement and even death under push-back policies pursued by all too many European governments and apparently tolerated by the EU. Scholars have analysed these ‘containment’ measures and the resultant lack of legal access to asylum for decades. The EU’s unique response to those fleeing Ukraine leads to serious accusations that the EU’s borders for refugees are [racialised, or even discriminatory on grounds of race](#).

Containment is also a feature of the asylum processes once protection seekers reach the EU. Even those who manage to physically reach the territory of an EU Member State often face long delays in registering a protection claim, subjected to truncated border procedures and denied asylum without being heard on the reasons for fleeing their home countries. The CEAS reform endorsed by the EU Council exacerbates these elements, seeking to enable states more in their pursuit to deny protection and deflect asylum seekers elsewhere.

Unlawful doubling down on containment

Refugee containment comes at a [rule-of-law cost](#) and already leads to violations of EU and international legal obligations, both the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘Charter’) and the Refugee Convention.

The current proposals (both the Commission and the Council’s) are remarkably complex and seek to obscure the clearly intended effects. [Ghezelbash](#)’s characterisation of hyper-legalism and obfuscation is apt.

The Council mandate on the APR, for instance, is [presented](#) as a ‘modernisation’ step ‘streamlining’ asylum procedures. The contents of the mandate, however, reveal far-reaching changes to procedural standards, in likely breach of the right to asylum (Article 18 Charter) and in direct contradiction of legal standards set by the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECtHR) on non-refoulement.

We focus on the APR and just two of the many problematic features: obstructed access to the asylum process and expanded use of STC practices. For analysis of other elements, see [here](#).

Unlawful restrictions on access to asylum procedures

The Council seeks to both dilute states’ duty to facilitate entry into the asylum process and limit refugees’ access thereto. Member States are no longer required to provide information and interpretation services to enable access to the procedure where there are ‘indications’ of people wishing to seek asylum at border points or detention places (Article 30 APR), in spite of unequivocal admissions e.g. by [Greece](#) that almost all entrants arrive in search of protection.

On the other hand, the Council mandate would impose strict conditions on the ‘making’ of an asylum claim – that is the act of expression of a person’s intention to seek refuge upon on which they acquire ‘asylum seeker’ status under EU law. The Council text indicates that people can only ‘make’ an asylum application ‘in person’ before designated ‘competent authorities’. States may limit those to police, border guards and detention authorities (Articles 5(3aa) and 25(1) APR). Refugees would therefore run prolonged risks of arbitrary arrest and refoulement in countries which require a prior online or telephone appointment to access the asylum process e.g. [France](#) or [Greece](#), as they would not hold ‘asylum seeker’ status while awaiting the date of their appointment in person. These new administrative barriers would, based on current caselaw, amount to prohibited ‘administrative formalities’ on the exercise of the right to asylum and undermine the effectiveness of EU asylum procedures ([C-36/20 PPU *Ministerio Fiscal*](#), [C-808/18 *Commission v Hungary*](#), [C-72/22 PPU *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*](#)).

The procedural barriers facing refugees under the Council mandate go even further. Member States are allowed to declare inadmissible any asylum claim made more than seven working days from a previous return decision if no new elements have arisen in the meantime (Article 36(1a)(g) APR). Member States may dismiss those cases within ten working days without any assessment on the merits. Challenging those decisions will not protect people from deportation until their appeal is concluded (Article 54(3)(b) APR).

This reflects a formalisation of the existing barriers to the asylum procedure, which put refugees at risk of refoulement. Greece already has a mandatory [screening](#) procedure in place for identification of irregular entrants and referral to asylum procedures but it continues to [systematically issue deportation orders](#) to thousands of newly

arrived refugees who have expressed their will to receive international protection, before their claims are registered. This includes [survivors of shipwrecks](#) whom police authorities routinely hold in pre-removal detention in the absence of appropriate post-rescue protocols.

Wide expansion of Safe Third Country (STC) procedures

Deflecting responsibility for refugee protection through broader use of STC has been a primary demand of EU countries over the past seven years of tortuous negotiations on the CEAS reform. Interior ministers have attempted successive tweaks at the STC definition in an effort to render it readily available for Member States, just as EU leaders recently [tasked](#) the bloc's Asylum Agency to 'provide guidance to increase the use of the concepts of safe third countries'.

The agreement reached in Council responds to these political demands by thoroughly watering down the current EU STC definition and removing the legal safeguards for its use:

- It allows Member States to implement STC based on an EU list, a national list, or no list at all (Article 45(2) APR).
- Designation of STC can be done with exceptions on parts of their territory or particular categories of refugees (Article 45(1a) APR).
- STC need only offer 'effective protection' and are not required to afford refugees legal status, full access to health care or guarantee their family unity (Article 43a(2) APR).
- The safety of a country is explicitly to be assessed with reference to 'non-nationals' (Article 45(1) APR). STC could therefore apply to countries persecuting their own citizens and producing refugees themselves.
- Though the Council ultimately resisted [previous efforts](#) to eliminate the requirement of a connection between a refugee and a STC, the 'connection criterion' is to be assessed at the discretion of Member States and may be established based on previous 'settlement' or 'stay' (Article 45(2b)(b), Recital 37 APR). Unsuccessful proposals included references to 'transit' as conclusive evidence of a connection, in an attempt to overturn CJEU case law (C-

564/18 LH, C-924/19 PPU FMS, C-821/19 *Commission v Hungary*). Removing the 'connection' requirement altogether is seen as an attempt to pave the way for 'deals' such as the UK-Rwanda one, which envisages refugees sent to far away countries with which they have no connections.

The most significant dilution is that Member States may presume the STC criteria to be met with the mere existence of an agreement between the EU and a third country and general assurances by that country that readmitted migrants will be 'protected in accordance with the relevant international standards' (Article 45(3) APR). The provision visibly draws on the [precedent](#) of the EU-Turkey deal which led Greece to arbitrarily deny protection to thousands of refugees on STC grounds relying solely on general assurances offered by Turkish diplomatic authorities in succinct letters to EU institutions.

Such a presumption, however, would breach non-refoulement standards as interpreted by the ECtHR and [other human rights bodies](#). Under well-established human rights norms, states applying STC are obliged to carry out a 'thorough' assessment of the accessibility and effectiveness of a country's asylum system (*Ilias and Ahmed v. Hungary* App No 47287/15) and may not rely on diplomatic assurances that are not specific and independently monitored (*Othman v. United Kingdom* App No 8139/09).

Ineffective doubling down on containment

Refugee containment has political implications beyond its human and rule of law costs. The evidence [demonstrates](#) that 'containment fails as a policy in that it does not actually contain. When it fails, it may do so spectacularly'. In terms of deterrence, the [empirical evidence](#) demonstrates little impact, except to embroil states in massive human rights violations.

STC is a case in point. The concept, however arbitrarily applied, may offer states a shortcut to denying asylum but in no way will it guarantee return. The EU has grappled with this reality since the introduction of the Dublin System, most visibly since 2015. Hungary has massively invested in different iterations of STC and arbitrarily denied protection to any person arriving in its 'transit zones' from Serbia, without however finding a way around the Serbian authorities' clear refusal to readmit them (*Ilias and Ahmed v. Hungary* App No 47287/15, C-564/18 LH, C-924/19 PPU FMS, C-821/19 *Commission v Hungary*). It

has abandoned the policy following condemnation from the CJEU, and has since dismantled access to asylum on its territory altogether, leading to fresh cases before the [Strasbourg](#) and [Luxembourg](#) Courts.

As for Greece, not a single person out of over 12,000 asylum seekers rejected on STC grounds in the past three years has been returned to Turkey. The CJEU is set to [rule](#) on the legality of Greece's designation of Turkey as a STC in the face of a clear absence of readmission prospects.

In the meantime, the policy of deeming claims inadmissible and leaving people in limbo leads to massive and systemic [human rights violations](#), with people contained in inhumane conditions arbitrarily stripped of basic rights. On top of that, it is administratively counter-productive also: Time and resources are spent on STC interviews, decisions, appeals, and then fresh asylum claims may eventually lead to [grant protection](#) to people who clearly needed it from the outset.

Furthermore, the vision of seeking endlessly to make refugees the responsibility of other states increasingly empowers those few third states that are willing to play this EU game, often exacerbating and supporting autocratic tendencies therein. The EU itself becomes increasingly dependent on these regimes (Turkey, Libya, Belarus), who can easily ['coercively engineer'](#) migration to extort the EU. These practices thus have the demonstrated capacity to [distort](#) other foreign policy priorities and any attempts to leverage better human rights protections in those states.

What comes next

The June 2023 agreement keeps EU co-legislators on track for intensive negotiations and continued pressure to deli-

ver on the CEAS reform in the coming months, with 'trilogues' already underway on the AMMR and APR along with negotiations on the remaining proposals. In the meantime, the Council is yet to develop its mandate on arguably the most [controversial](#) piece of the reform, the Commission's derogations package for circumstances of [crisis, force majeure](#) and ['instrumentalisation of migrants'](#). The instruments are to be merged by Council into a catch-all derogation Regulation permitting states to circumvent registration and procedural obligations at large.

The European Parliament has historically been the defender of human rights in the EU legislative process. However, on this issue, the EP has converged with the Council in its March 2023 [positions](#) on the CEAS, compared to its earlier position on the Dublin reform. The political pressure to deliver an agreement before the next elections in June 2024 may contribute to less opposition to the procedures designed by Member States.

Parliament, however, remains cautious of undermining harmonisation of national systems and of defeating the established EU acquis. It should therefore insist at the very least on anchoring the reform in its stated objective to ['streamline, simplify and harmonise'](#) asylum procedures, and on adapting EU legislation to an abundant [body of asylum case law](#) developed by the CJEU and ECtHR.

These proposals, if the European Parliament does not alter them significantly, set the CEAS on a collision course with legality. The proposed asylum procedures are in clear breach of EU and international refugee law, and will be heavily litigated before the CJEU, the ECtHR, UN Treaty bodies and domestic courts. In the meantime, they do nothing to protect refugees from death, suffering and unfair asylum procedures.

Jonathan Kießling, Isabel Kienzle

Grenzwertige Grenzverfahren

Zum Zusammenspiel von Asylverfahren an den europäischen Außengrenzen mit dem Konzept Sicherer Drittstaaten

doi: 10.17176/20230608-111111-0



Am heutigen [Donnerstag, den 8. Juni 2023](#) treffen sich die EU-Innenminister*innen, um eine Einigung über Teile der umstrittenen Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) zu erzielen. Maßgeblich geht es darum, den Anwendungsbereich der problematische Grenzverfahren auszuweiten, die eine verkürzte Prüfung des Schutzanspruchs direkt an der Grenze vorsehen. [Breite mediale Berichterstattung](#) begleitet den gesellschaftlichen und politischen Diskurs (so beklagt etwa die Basis der Grünen in einem [Brief an ihre Parteispitze](#) deren Abrücken vom Koalitionsvertrag, siehe auch die von Pro Asyl initiierte [Protestmail-Aktion](#)). Auch in der rechtlichen Debatte wurden bereits zahlreiche Argumente ausgetauscht (u.a. hier von [Maximilian Pichl](#) und [Daniel Thym](#)). Über 800 Rechtsanwält*innen und Jurist*innen treten dem Reformvorhaben in einem [offenen Brief](#) vehement entgegen. Dieser Beitrag möchte eine kritische Perspektive auf die Reform und die begleitende Debatte werfen. Menschenrechte sind hier mehr als nur marginal berührt und es ist keine Übertreibung, wenn Kritiker*innen der Reform sich darauf berufen.

Was genau soll sich ändern?

Die Diskussion kreist im Wesentlichen um zwei Aspekte, die bereits in der heute geltenden [Asylverfahrensrichtlinie](#) vorgesehen sind und deren Relevanz in der geplanten [Asylverfahrensverordnung](#) weiter ausgebaut werden soll: Grenzverfahren und Sichere Drittstaaten. Hinsichtlich der Grenzverfahren (bisher Art. 43 Asylverfahrens-RL; geplant Art. 41 ff. Asylverfahrens-VO-E) ist zum einen vorgesehen, den Kreis an Personen auszuweiten, über deren Asylanträge in solchen Verfahren an der Grenze oder in Transitzonen entschieden wird. Zum anderen wird die Anwendung des Grenzverfahrens in vielen Fällen EU-weit verpflichtend – bisher war diese Entscheidung dem nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaats überlassen. Das Konzept des Sicherer Drittstaates erlaubt gemäß Art. 33 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 38 Asylverfahrens-RL

(künftig: Art. 36 Abs. 1a lit. b i.V.m. 45 Asylverfahrens-VO-E), Asylanträge als unzulässig abzulehnen, wenn ein Nicht-EU-Staat als Sicherer Drittstaat für den/die Antragsteller*in betrachtet wird.

Die Crux liegt im Zusammenspiel dieser beiden Konzepte: Künftig – [so die Kritik an den Entwürfen](#) – wird die bisherige Ausnahme zur Regel. Einem beachtlichen Anteil der Schutzsuchenden droht das Szenario, unmittelbar an den europäischen Außengrenzen einem Grenzverfahren zugeleitet zu werden, dessen Ergebnis in vielen Fällen die formale Abweisung des Asylantrags als unzulässig sein wird; demgemäß wird die Rückführung in den entsprechenden Drittstaat veranlasst, ohne dass der Asylantrag überhaupt jemals inhaltlich geprüft wurde.

Die Idee hinter dem Konzept der „Sicheren Drittstaaten“

Hinsichtlich Sicherer Drittstaaten gilt es einiges auseinanderzuhalten. Zunächst ist der Begriff des Sicherer Drittstaats zu unterscheiden vom Sicherer Herkunftsstaat. Für Antragsstellende aus Sicherer Herkunftsstaaten gilt die Regelvermutung, es liege keine Verfolgungsgefahr vor. Die Asylanträge werden jedoch in der Sache geprüft – wenn auch mit verfahrensrechtlichen Einschränkungen, insbesondere unter verkürzten Rechtsmittelfristen. Am Ende des Verfahrens kann aber die Zuerkennung eines Schutzstatus stehen. Wird das Konzept der Sicherer Drittstaaten angewandt, werden Anträge hingegen bereits als *unzulässig* abgelehnt, ohne dass eine Sachprüfung erfolgt.

Auch wenn der Begriff „Sicherer Drittstaat“ im deutschen Kontext vor allem aus Art. 16a Abs. 2 GG geläufig sein dürfte, hat der dort normierte Ausschlussbestand, als Ergebnis des [sog. Asylkompromisses](#) 1993 ins Grundgesetz aufgenommen, wenig mit den hier erörterten Fragen zu tun. Die separaten und praktisch wichtigeren Schutzformen des Flüchtlingsstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention und des subsidiären Schutzes nach der EU-Qualifikationsrichtlinie sehen kei-

ne entsprechenden Ausschlussgründe vor. Art. 33 Abs. 2 der Asylverfahrensrichtlinie regelt die Sachverhalte abschließend, in denen Mitgliedsstaaten Asylanträge ohne Sachprüfung ablehnen können. Wer in den aktuellen Debatten Art. 16a Abs. 2 GG in den Ring wirft, hat nicht selten die [Rechtslage missverstanden](#) oder [führt in die Irre](#). Lediglich die Grundidee des unionsrechtlichen Konzepts des Sicherer Drittstaats ist vergleichbar: Gibt es einen anderen aufnahmebereiten Staat, in dem gleichwertige asylrechtliche Garantien gewährleistet sind, so dürfte es keinen Unterschied machen, ob der Schutz dort oder hier gewährleistet bzw. versagt wird, so die Logik. Angesichts der bequemen Lösung, die dies bereitstellt, um die Verantwortung für die Durchführung des Asylverfahrens weiterzugeben, liegt das politische Interesse, das Konzept immer weiter auszubauen, auf der Hand.

Jeder Anwendung des Konzepts des Sicherer Drittstaats ist menschenrechtlich aber eine klare rote Linie durch das Refoulement-Verbot aus Art. 33 Abs. 1 GFK und Art. 3 EMRK gezogen: Eine Zurückweisung ist jedenfalls dann menschenrechtswidrig, wenn der zurückgewiesenen Person in dem entsprechenden Staat Verfolgung bzw. unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Besteht die Gefahr einer Kettenabschiebung vom Sicherer Drittstaat in das unsichere Herkunftsland oder einen unsicheren "Viertstaat", ist bereits die erste Abschiebung verboten. Die Drittstaatenregelung des Art. 16a Abs. 2 GG [befand das Bundesverfassungsgericht](#) vor knapp 30 Jahren dennoch für verfassungskonform, auch ohne dass die tatsächliche Sicherheit des Drittstaats in jedem Einzelfall geprüft werden müsse. Viele Jahre später ist der EGMR deutlich strenger: Die Zurückweisung aus der ungarischen Transitzone nach Serbien mit dem Verweis, Serbien sei ein Sicherer Drittstaat, [verletzte der Großen Kammer zufolge Art. 3 EMRK](#). Staaten können sich demnach unter Berufung auf das Konzept des Sicherer Drittstaats gerade nicht vollständig ihren verfahrensrechtlichen Pflichten entziehen. Vielmehr verschiebt sich der Fokus: Prüfen Staaten die Asylanträge nicht selbst, müssen sie stattdessen die Lebensbedingungen sowie Asylverfahren des Sicherer Drittstaats hinsichtlich ihrer Zugänglichkeit und Adäquanz prüfen ([hier](#), S. 5).

Die rechtswidrige Anwendung des Konzepts der Sicherer Drittstaaten

In der Theorie muss ein Staat hohe Standards erfüllen, um als Sicherer Drittstaat eingestuft zu werden. Diese sollen nun an entscheidenden Stellen abgesenkt werden (vgl. Art. 38 Asylverfahrens-RL mit Art. 45 Asylverfahrens-VO-E). Ob damit die Grenze der menschenrechtlichen Mindestbedingungen erreicht ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden. Die Einhaltung dieser Standards durch Einzelfallprüfungen abzusichern, dürfte menschenrechtlich geboten sein. Solche Einzelfallprüfungen sieht der Entwurf (wenn auch eingeschränkt, vgl. den geänderten Wortlaut in Art. 45 Abs. 2b lit. a Asylverfahrens-VO-E) an verschiedenen Stellen vor.

In der Umsetzung zeigen sich dennoch zwei gravierende Probleme: Erstens stellt sich die Frage, welche Staaten bei einer sorgfältigen und rechtskonformen Anwendung überhaupt als Sichere Drittstaaten in Betracht kommen. [Libyen](#) und [angesichts jüngerer Ereignisse auch Tunesien](#) scheiden etwa aus. Ein besonders häufig angeführter Drittstaat ist die Türkei. Dies führt zum zweiten Problem: Bereits jetzt ist es an der griechisch-türkischen Grenze nicht mehr die Ausnahme, [sondern vielmehr die Regel](#) (S. 19), dass Asylanträge im Grenzverfahren unter Verweis auf die Türkei als Sicherer Drittstaat als unzulässig abgewiesen werden. Die Türkei kann jedoch derzeit nicht als Sicherer Drittstaat gelten: Zunächst sind die tatsächlichen Verfahrens- und Aufnahmebedingungen – siehe etwa [hier](#) und [hier](#) zu Berichten über türkische Abschiebungen in syrische Kriegsgebiete – zumindest fragwürdig. Zudem weigert sich die Türkei seit März 2020, Personen überhaupt wieder zurückzunehmen. Das ist aber zwingende Voraussetzung für die Anwendung des Drittstaatskonzepts (Art. 38 Abs. 4 AsylverfahrensRL), übrigens auch in der vorgeschlagenen Neuregelung (Art. 45 Abs. 7 AsylverfahrensVO). Die griechischen Behörden [wenden das Konzept dennoch weiterhin an](#) (S. 23 ff.) und verweigern damit die gebotene Sachprüfung der Asylanträge. Zu dieser Praxis ist ein [Vorlageverfahren beim EuGH](#) anhängig.

Hier zeigt sich das politische Kalkül der Neuregelung: Anstatt auf der Einhaltung von etablierten rechtlichen Standards zu beharren, die in der bisherigen Praxis regelmäßig unterlaufen werden, senkt die Europäische Union die Standards weiter ab, um den rechtsbrüchi-

gen Mitgliedsstaaten entgegenzukommen. Auch Befürworter*innen einer ausgedehnten Anwendung des Konzepts Sicherer Drittstaaten sollten die realen Umstände in den Drittstaaten, die in Frage kommen, in den Blick nehmen. Als möglicher Drittstaat diskutiert wird nicht mehr – wie [noch 1996 vor dem Bundesverfassungsgericht](#) – über das damalige Nicht-EU-Land Österreich. Es wäre bequem, wäre die EU umgeben von Staaten mit hohen menschenrechtlichen Standards und funktionierenden Asylsystemen. Allein das erlaubt jedoch nicht, die Augen vor der Realität zu verschließen.

Entweder Haft an der Grenze ...

Unabhängig von der Art der Entscheidungen, die dort getroffen werden, gehen Grenzverfahren mit massiven Einschränkungen der Bewegungsfreiheit einher. Einige der Freiheitsbeschränkungen in geschlossenen Zentren oder Lagern überschreiten die Grenze zur Haft (was im Übrigen nicht bedeutet, dass anderenfalls keine menschenrechtlichen Standards gelten würden, siehe [hier](#), Kap. 2). Zwar ist Haft im Einreisekontext nicht in jedem Fall menschenrechtswidrig, wie [Thym richtig feststellt](#). Allerdings wirft sie doch erheblich größere menschenrechtliche Probleme auf, als der zitierte Beitrag suggeriert. Richtig ist, dass das [Bundesverfassungsgericht 1996 bei Flughafenverfahren](#) in Deutschland massive Einschränkungen gerade auch der Bewegungsfreiheit akzeptierte. Der EGMR stufte hingegen entsprechende Situationen [damals schon als Haft ein](#) – mit genau gegenläufiger Argumentation, s. Rn. 46 ff.

Von den [niedrigen Anforderungen an die Rechtfertigung](#) von Einreisehaft hat sich der EGMR inzwischen entfernt, indem er nunmehr Elemente einer Quasi-Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. f EMRK einfließen lässt (siehe exemplarisch bezüglich [Malta](#) und allgemeiner [hier](#) Rn. 25 ff. des zweiten zustimmenden Sondervotums, das diesen Rechtspredigtstrend instruktiv zusammenfasst). Auch in [jüngeren Entscheidungen](#) stellte der EGMR – [und übrigens auch der EuGH](#) – die Rechtswidrigkeit von Inhaftierungen im Einreisekontext fest. Streng ist der Gerichtshof insbesondere bei der Inhaftierung Minderjähriger (z.B. [hier](#) und [hier](#)). In diesem Kontext ist es zu begrüßen, dass sich die Bundesregierung offenbar [für eine Ausnahme einsetzen will](#), welche die Inhaftierung Minderjähriger verhindert. Es ist menschenrechtlich geboten, in eine solche Ausnahme nicht nur unbegleitete Minderjährige, sondern auch

Minderjährige in Begleitung ihrer Eltern einzubeziehen: Mehrmals hat der EGMR die Einreisehaft von Kindern in Begleitung ihrer Eltern verurteilt – mit der Folge, dass die ganze Familie nicht inhaftiert werden durfte (so explizit [hier](#), Rn. 238). Zudem bleibt die von [Pichl](#) aufgeworfene Frage offen, wie eine entsprechende Alterseinschätzung vor der Aufnahme ins Grenzverfahren gewährleistet werden soll. Auch hier drohen erhebliche Schwierigkeiten in der Rechtspraxis.

Bei alledem darf nicht vergessen werden, dass nicht nur das ‚Ob‘ der Inhaftierung menschenrechtliche Probleme aufwirft, sondern auch das ‚Wie‘. Die Unterbringungsbedingungen in Grenznähe stellen häufig unmenschliche Behandlungen dar und verletzen folglich Art. 3 EMRK, wie erst kürzlich für die Hotspots auf [Lampedusa](#) und – besonders eklatant – [Samos](#) entschieden.

... oder „faktisch offene Grenzen“?

All diese restriktiven Maßnahmen werden gerne mit einer vermeintlichen Alternativlosigkeit begründet, möchte man gänzlich offene Grenzen oder das Kollabieren des Asylsystems vermeiden. Vor [„faktisch offenen Grenzen“](#) muss man sich noch lange nicht fürchten. Vielmehr gilt es, der durch das hartnäckig gepflegte Narrativ der ankommenden Massen und kollabierenden Grenzsysteme geschürten diffusen Angst mit Fakten entgegenzutreten. Dass es genügen würde, an irgendeiner europäischen Außengrenze [das Wort ‚Asyl‘ zu äußern, um nach Deutschland einwandern zu können](#), ist jedenfalls nach der praktischen Erfahrung der Schutzsuchenden bloße Utopie. Zudem darf bei den Debatten um Weiterwanderung nach Deutschland nicht aus den Augen verloren werden, dass viele der Ankommenden tatsächlich schutzberechtigt sind. Im Jahr 2022 betrug die [Schutzquote in Deutschland 56,2 Prozent](#) (diese Zahl rechnet formale „Dublin-Ablehnungen“ mit ein – die bereinigte Schutzquote der inhaltlich geprüften Anträge betrug [über 72 Prozent](#)). Da empirische Studien zur Qualität der Grenzverfahren im Rahmen des aktuellen Gesetzgebungsprozesses nicht durchgeführt wurden ([hier](#), S. 195), lässt sich nur mutmaßen, wie viele Schutzberechtigte zukünftig fälschlicherweise abgewiesen werden, weil es ihnen nicht gelingt, ihren Schutzbedarf in einem verkürzten Verfahren unter Haftbedingungen und mit mangelndem Zugang zu anwaltlicher Beratung und Rechtsmitteln geltend zu machen.

Für die Aufrechterhaltung menschenrechtlicher Schutzstandards

Die Diskussion um Asyl und Schutzsuchende kippt schnell in eine politische Grüppchenbildung. Es ist ein legitimes Ziel, in einem politisch heiklen Kontext staatliche Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Gleichwohl täten gerade diejenigen, die sich selbst der politischen ‚Mitte‘ zuordnen, gut daran, nicht jegliche menschenrechtsbasierte Kritik an den aktuellen Vorschlägen allzu polemisch als „**rhetorische Eskalation**“ von links zu betiteln oder pauschal in ein Plädoyer für offene Grenzen umzudeuten. Das Hoch- und Einhalten kodifizierter Menschenrechte sollten gerade Jurist*innen nicht als Instrument der politischen Linken abtun. Über die Ausgestaltung und Reichweite von Menschenrechten kann gewiss gestritten werden. Dieser Streit ist **notwendigerweise immer (auch) politischer Natur**. Die Geltung der Menschenrechte jedoch ist als maßgebliche Errungenschaft anzu-

erkennen und darf nicht zur Nebensache verkommen.

Es ist daher auch nicht illegitim, wenn im Diskurs um die GEAS-Reform Menschenrechte – ja sogar der Pathosgefährdete Verweis auf die Menschenwürde – als Argument stark gemacht werden. Wie in diesem Beitrag aufgezeigt, bewegen sich die Änderungsvorschläge in einem menschenrechtlich hochsensiblen Bereich. Wo genau die roten Linien verlaufen, gilt es gerade ausdiskutieren. Selbst wenn man die Entwürfe als menschenrechtskonform einstufte – einige Punkte, die mit großen Fragezeichen zu versehen sind, wurden angesprochen – und die Probleme „nur“ in der praktischen Umsetzung sieht, so ist dies noch lange kein Grund, aufzuatmen. Auch ein Vorschlag, der auf dem Papier menschenrechtskonform wäre, aber erwartungs- und erfahrungsgemäß zu einer menschenrechtswidrigen Praxis führen wird, ist aus einer menschenrechtlichen Perspektive entschieden abzulehnen.

Niamh Keady-Tabbal, Itamar Mann

On the Pylos Shipwreck

doi: 10.17176/20230619-231039-0



Only 104 out of the 750 passengers who travelled on the fishing boat, which capsized on June 14 and sank in the Ionian Sea, were rescued. The bodies of 80 have been recovered so far and the remaining passengers, an estimated total of as many as 500 people, including large numbers of women and children, remain missing. The boat had departed from Libya the previous Friday and was heading towards Italy. The tragic shipwreck, which immediately became yet another icon of the never-ending catastrophe of asylum seeking in the Mediterranean, occurred on the high seas, 87 kilometres from the Greek Coast.

The Hellenic Coast Guard's handling of the distress situation attracted heavy [criticism](#). Observers expressed alarm about its delays in initiating a rescue operation despite having received information about the boat a day earlier and escorting it for hours before intervening. As testimonies from survivors are gradually exposed, Greece is once again accused – not only of the lack of timely rescue – but also of directly causing the migrants' boat to capsize by attempting to [tow](#) it away from Greece's Search and Rescue [SAR] zone. At present, we are not able to determine if those accusations are accurate. Sadly, we would not be surprised if they are indeed true. Three years ago, we helped [expose](#) a pattern of such Greek tow-aways, and recently published our [study](#) on the topic. The pattern, which Aegean Boat Report, Consolidated Rescue Group and many others have continually reported on,¹ has not abated since. Asylum seekers are routinely intercepted at sea and even abducted from Greek islands before being towed out to sea and abandoned in inflatable life rafts, as New York Times coverage based on [Fayad Mulla's](#) investigation recently reconfirmed. Greek officials have repeatedly denied any wrongdoing, despite evidence that these violations are systematic.

Greece's Minister for Migration and Asylum, Notis Mitarachis, quickly provided a particularly perverse legal

[defense](#) to the Hellenic Coast Guard's actions: "The Coast Guard has no right to intervene in international waters". Citing the United Nations Convention of the Law of the Sea [UNCLOS], the Minister said that "the Greek Coast Guard cannot proactively stop a vessel for inspection for an illegal act such as illegal immigration, outside territorial waters." Priceless words, which help illuminate both the fabrication and the grim truths of the Greek propaganda machine.

Mitarachis's statements are flawed, firstly, because this was a situation of distress which, as evidenced by overcrowding alone, [necessitated rescue](#) as soon as the Greek authorities became aware of the boat. At the very latest, the Greek coastguard had a duty of rescue following [alerts from the NGO Alarm Phone](#), relaying the passengers' pleas for assistance. Article 98 of UNCLOS, the Convention Mitarachis cites, requires states to oblige masters of ships flying their flags to 'render assistance' to persons in danger at sea and to proceed as soon as possible to a vessel in need of assistance 'if informed of this need, insofar as may be reasonably expected of the master.' This obligation is triggered by 'a signal from any source that persons are in distress.'² Under the International Convention on Maritime Search and Rescue, coastal states undertake the role to coordinate search and rescue within their designated search and rescue zones. This includes the parts of those zones that are international waters.

Truth in the Shadow of Propaganda

Yet Mitarachis' analysis is illuminating precisely in its inaccuracies. For years, EU Member States – as well as historically the United States and Australia – have relied on rescue authorities to conclude interception and pushback from international waters. Flipping this timeworn legal argument on its head, Mitarachis illuminates the elasti-

¹These reports have led the reporting organizations including Aegean Boat Report and others to be exposed to criminal investigations and sometimes indictments and prosecutions, all measures of criminalization directed by Greek authorities.

²Protection at Sea and the Denial of Asylum, Violeta Moreno Lax, P 6; See SOLAS Convention, ch V, reg 33[1]

city and opportunism that propelled this legal argument from its very inception. The newspeak of border management is now quite old, and patient observers may readily identify its rich internal contradictions.

Under the law of the sea, if a vessel is in distress, a state's coastguard is authorized to intervene and conduct rescue operations, irrespective of whether the vessel is within the state's maritime regions. In 2006, the UNHCR's Executive Committee [observed](#), that 'several States were classifying some interception measures as rescue at sea operations, to use SAR operational capacity for such activities'. These are "[cloaked interceptions](#)". In the momentous *Hirsi Jamma and Others v Italy* [2012] case, the Italian government tried to defend its policy of high seas interdictions and collective expulsions of migrants by arguing that it was acting to rescue the migrants from drowning. According to this argument, this engagement in search and rescue absolved it from its human rights commitments, including with regard to *non-refoulement*. This argument was dismissed by the Court, which held that describing the events as rescue operations on the high seas could not allow Italy to circumvent its jurisdiction and therefore evade responsibility for human rights violations. EU migration policy, as well as the policies of individual Member States like Italy, in particular, has long relied on the obligation to save lives at sea to legitimize closed borders. The EU and its Member States have [strategically forged gaps](#) in refugee and human rights protection precisely by relying on the expanded authorities to intervene that situations of distress create.

The argument's reversal is as sardonic as it is convenient. And yet, from a critical perspective, sometimes the erroneous, twisted, opportunistic interpretations teach us more about the law than its correct application. The jurisprudence of the European Court of Human Rights (e.g. in *Hirsi*) and the HRC (e.g. in *A.S and Others v Italy* and *A.S and Others v Malta*)³ have sought to fill protection gaps that exist on the high seas, when no state has effective control over migrants in distress. But when we ask

ourselves how these "gaps" in the Mediterranean have remained so deadly for well over a decade, part of the answer is not that they have appeared *despite* the law, but that the law renders them possible in the first place.

Trying to avoid the euphemistic understatement of "accountability gaps", one of us has suggested they should be regarded as "[maritime legal black holes](#)". States and EU agencies can rely on international law not only to save migrants and asylum seekers, but also to distance themselves from responsibility. One example of how this dangerous legalism works, which we have often observed in Greece's maritime spaces, is the [request](#) that Frontex assets leave the sites of violations. Such requests presumably make use of the sea as a legal space that allows actors to avoid accountability.

Accountability within the Gaps?

Of course, despite all this, the question of accountability inevitably resurfaces yet again. If the testimonies about a tow-away are true, the Pylos shipwreck is one of the clearest examples of border violence requiring criminal investigation – potentially on the international level. This call for criminal investigation is itself [not new](#); and scholars have raised important [concerns](#) about advocates' efforts to penalize human rights violations, more broadly. But perhaps there is a ray of hope in the Greek citizens and residents who have gone to the streets to protest border violence. To be sure, Greek and EU authorities will continue to obfuscate. But this only highlights the need for pressure by ordinary people, in Greece and elsewhere, against the EU's racist and deadly border regime.

Other governments could also conceivably play an important role in pushing for investigation – EU member states, and beyond. But as long as the overarching policy aim is to deter racialized migrants from entering the EU, tragedies like the one in Pylos are bound to continue.

As the normalization of extreme border violence seems like a *fait accompli* in many parts of the world, we can only hope that this latest atrocity can ring an alarm.

³ *A.S. and Others v Malta* recognized a 'special relationship of dependency' between migrants and a state, triggered by a distress call.

Nassim Madjidian

In Search of (Ir)Responsibility

The Crotona Shipwreck and the Quest For the Legally Responsible

doi: 10.17176/20230612-231025-0



It is no secret that the eastern Mediterranean route linking Turkey with Greece is currently shifting. Due to the harsh conditions for asylum-seekers in Greece, Greek pushbacks, and border closures by the Balkan states, asylum-seekers have started to cross the eastern Mediterranean to reach Italy instead. This sea route is much longer, and therefore, more dangerous. In the Crotona shipwreck, at least 94 asylum-seekers died right in front of Italian shores. Recent [investigative reports](#) indicate that Italian maritime authorities and Frontex could have prevented these deaths. Building on these reports, this blog-post argues that Italian authorities and Frontex violated their legal search and rescue (SAR) obligations: Both authorities failed to adequately evaluate the case and initiate the urgently required rescue measures.

An Avoidable Tragedy

On 22 February 2023, about 180 asylum-seekers left Turkish shores for Italy on a small craft, the Summer Love. A Frontex plane identified the wooden boat as a ‘migrants’ vessel’ due to a ‘significant thermal response.’ It also noted that there were no visible life jackets on the boat and the presence of ‘sea state 4 conditions’, which can include waves up to 2,5 meters. The data was livestreamed to Frontex headquarters in Warsaw, where representatives from the Italian authorities were present. Frontex officers sent a follow-up email to the Italian maritime authorities. Earlier in the day, the Frontex pilots had warned the control room of strong winds. One hour after the Summer Love was spotted, Italian authorities sent two customs police vessels to investigate any potential criminal activity. Both vessels had to return due to bad weather but informed the coastguard whose boats can operate in rough seas. However, no coast guard vessel was sent to the Summer Love. About five hours after the vessel was spotted, it broke apart and sunk within seconds. 94 persons lost their lives – only 200 meters off the coast of Crotona (Italy). Recently, investigative journalists were able to reconstruct the incident. Their reports which can

be found [here](#) (Süddeutsche Zeitung), [here](#) (Sky News), or [here](#) (El País) suggest that Frontex and Italian maritime authorities could and should have prevented these deaths.

Italy’s SAR Duties

As a coastal state, it is Italy’s legal duty to operate an adequate and effective search and rescue service to ensure safety on and over the sea, [Art. 98\(2\) UNCLOS](#). This legal duty is further specified by the International Convention on Maritime Search and Rescue ([SAR Convention](#)) which mandates the provision of assistance to any person in distress within the Italian Search and Rescue Region (SRR):

‘On receiving information that any person is, or appears to be, in distress at sea, the responsible authorities of a Party shall take urgent steps to ensure that the necessary assistance is provided’, SAR Convention, Annex, para. 2.1.1.

The SAR Convention distinguishes three emergency phases: uncertainty, alert, and distress (see para. 4.4). The maritime rescue coordination centre (MRCC) or sub-centres shall, immediately upon receipt of information concerning a person, a vessel, or other craft in a state of emergency, evaluate such information and determine the phase of emergency [...], and the extent of operations required’, Annex, para. 4.2.4. The Convention also foresees specific procedures for each phase. Thus, the uncertainty phase requires the initiation of inquiries to determine the safety of a person, a vessel, or other craft, or to declare the alert phase. Upon declaring the alert phase, authorities must extend their inquiries for the missing person or vessel, alert appropriate SAR services and initiate such action as is necessary in light of the circumstances. After having declared the distress phase, the maritime authorities must follow already existing plans of operation (Annex, para. 4.5.3 and para. 4.1.3) which stipulate detailed rescue procedures (see in this regard the [Italian SAR Plan of 2020](#)).

Frontex' SAR Duties

The main legal basis for Frontex' SAR duties is [Regulation \(EU\) 2019/1896](#) (2019 Regulation) in conjunction with [Regulation \(EU\) No 656/2014](#) (2014 Regulation). Article 3(1)(b) of the 2019 Regulation foresees that SAR operations are launched and carried out in accordance with the 2014 Regulation and with international law. The most relevant SAR-related provision is Article 9 of the 2014 Regulation which echoes the legal duties stemming from international law, namely the duty to render assistance as well as the SAR Convention's emergency phases. Notably, Article 9 also lists a whole set of criteria to be taken into account when determining whether the vessel is in a phase of uncertainty, alert, or distress phase and which must be transmitted to the MRCC responsible (Article 9(2)(f)). These criteria are codified through rule examples and comprise inter alia:

the seaworthiness of the vessel, the likelihood that the vessel will not reach its final destination, the number of persons on board in relation to the type and condition of the vessel, the availability of necessary supplies such as fuel, water and food to reach a shore, the presence of qualified crew and command of the vessel, the weather and sea conditions, including weather and marine forecasts.

Through a management board decision in 2021, the agency adopted its 'Fundamental Rights Action Plan for the implementation of the Fundamental Rights Strategy' (see [here](#)). The plan refers explicitly to Frontex aerial surveillance which 'is conducted in line with fundamental rights' and amounts to an operational plan and guidance for Frontex assets who become aware of distress situations at sea (see p. 11).

But Was It Really Distress?

To hold Frontex and Italian authorities legally liable for failing to fulfil their specific duties to render assistance turns on whether the Summer Love found itself in a state of distress. In cases of distress, both authorities are obliged to take urgent steps to ensure that the necessary assistance is provided. Below the threshold of distress, their legal duties arise from the uncertainty or alert phase.

Distress is a factual scenario. The SAR Convention defines a 'distress phase' which has to be declared

'when positive information is received that a person, a vessel or other craft is in danger and in need of immediate assistance;

when, following the alert phase, further unsuccessful attempts to establish contact with a person, a vessel or other craft and more widespread unsuccessful inquiries point to the probability that a distress situation exists; or when information is received which indicates that the operating efficiency of a vessel or other craft has been impaired to the extent that a distress situation is likely' (para. 4.4.3).

To determine whether a person or a vessel finds itself in danger and in need of immediate assistance as defined by the SAR Convention, the respective authorities must assess all relevant data and factors available for that purpose. As any such assessment occurs before a possible shipwreck, maritime officials must – necessarily – work with probabilities, especially because in many cases, no reliable information (e.g. distress calls) may exist. At the same time, given the significance of the right to life, legal literature (see e.g. [here](#) and [here](#)) emphasizes that the term 'distress' must not be interpreted too narrowly. The UN Human Rights Committee, too, advocates for an extensive understanding of state duties when the right to life is at risk (see [General Comment No. 36](#), para. 63). Indeed, an unduly restrictive interpretation of the term distress (see [here](#), and [here](#)) such as one that only encompasses scenarios in which a vessel is already or almost sinking, significantly **reduces the probability** that timely assistance reaches the persons in distress.

To determine whether the Summer Love was in state of distress, the above-mentioned indicators established under Article 9(2)(f) of the 2014 Frontex Regulation provide the necessary guidance. In this respect, both authorities were aware of the Summer Love's nature as a migrants' vessel. While this does not suffice on its own to determine a state of distress, migrants' vessels are almost always dangerously overloaded – a fact equally confirmed by the observed thermal responses. Assuming a vessel is overloaded, a second indicator for distress stemming from the 2014 Regulation is the absence of sufficient lifesaving appliances on board, which was equally clearly observed by the Frontex plane. A third indicator for distress established under the 2014 Regulation is that migrants' vessels are usually not equipped with qualified crew. A fourth important indicator under the regulation are dangerous weather and sea conditions which were hinting at a distress case, too. The weather and sea conditions we-

re both part of the collected data by the Frontex plane. A fifth indicator on basis of the regulation was the vessel's repeated motor failures, [leading to various stops](#) en route and reducing the likelihood that the vessel would reach its final destination. Taken together, it would have been relatively straightforward for Italian and Frontex officials to conclude that the situation on board was exceedingly precarious, reaching a state of distress.

While Italy is not directly bound by the indicators established for Frontex operations, to conclude that the Summer Love was in a situation of distress is also in line with the SAR Convention's legal benchmarks which are binding upon Italy. In particular, both Frontex and Italian authorities had received positive information that the Summer Love's passengers were in danger and in need of immediate assistance. Against this background, Italian authorities should have declared a distress phase *at the latest* when the customs police could not establish contact with the Summer Love – which was four hours before the Summer Love sank.

Spelling Out Shared Responsibilities

Both authorities, Frontex and Italian authorities, must undertake their own assessments of the case. The MRCC Rome is the primary authority for coordinating search and rescue within the Italian SRR. As such, it should have properly evaluated the data gained by Frontex, declared a distress phase, and initiated rescue efforts immediately with its own SAR assets, especially given the vicinity to Italian shores. Even if the MRCC Rome had only identified the emergency phase below the distress phase (the alert phase), it would have been obliged to improve the information situation, to alert rescue resources for possible deployment, and to alarm SAR units. Given the re-

construction of events, it appears that Italian authorities did not even alarm rescue units for later deployment.

Frontex complied with its obligation to transmit relevant information and observations to the MRCC Rome (see Article 12 of the 2019 Regulation and Article 9(2)(a) of the 2014 Regulation). However, its own assessment is missing, and the transmitted information failed to mention the bad weather conditions ([see here](#)) – an central factor in determining a distress case. Moreover, while the Frontex Fundamental Rights Action Plan states that Frontex assets must inform all ships and aircrafts in the vicinity ([p. 11](#)) in cases of distress, this did not happen either.

Against this background, it appears both authorities did not follow the legal requirements imposed by SAR law.

After the Shipwreck is before the Shipwreck

Frontex and Italian authorities could and should have determined that the conditions on board the Summer Love amounted to a distress situation at sea. This would have required immediate action by both authorities. Judicial investigations in Italy may shed more light on this matter. It is likely that further evaluation will also take place on the [European level](#). Yet, neither will breathe back life into the 94 people who died that day.

Shipwrecks like the one of Crotone attract a lot of media attention, especially, if they happen within EU territory. Yet, it eventually fades away – until the next shipwreck happens. If EU member states really want to stop these tragedies, they need to implement legal pathways to Europe, refrain from hindering civil society-led SAR efforts, and establish state-led rescue programs. If not, the [death toll](#) of European [necro politics](#) will continue to rise.

Peter Meißner

Digitale Beweise im EU-/US-Datenschutzkonflikt

doi: 10.17176/20230628-231043-0



Einführung

Nach langen Verhandlungen befindet sich die europäische Verordnung über die Einführung von „Herausgabe- und Sicherungsanordnungen“ (im akademischen und politischen Raum vor allem unter dem Begriff der „E-Evidence-Verordnung“ bekannt) nun auf der gesetzgeberischen Zielgraden: Nachdem im Januar 2023 die [politische Einigung zwischen Rat und Parlament](#) erzielt wurde, hat in der vergangenen Woche das [Europäische Parlament dem Gesetzesentwurf zugestimmt](#) (hierzu überblicksartig [Albus](#)). Ein wichtiger Bestandteil der Neuregelung ist, dass in der Europäischen Union tätige US-Unternehmen auch solche Daten herausgeben müssen, die in den USA gespeichert sind – obwohl das US-Datenschutzrecht eine solche Herausgabe grundsätzlich verbietet. Der Konflikt zwischen unionsrechtlicher Herausgabepflicht und explizit dem US-Datenschutz ist deshalb so relevant, weil die US-Diensteanbieter bekanntlich auch im Binnenmarkt der Europäischen Union eine zentrale Rolle einnehmen – sollte es diesen Unternehmen durch das US-Datenschutzrecht verboten sein, Daten aufgrund einer „Europäischen Herausgabeanordnung“ an die Ermittlungsbehörden der Mitgliedstaaten zu übersenden, hätte dies massiven Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des neuen EU-Mechanismus – schließlich werden 92 % der Daten westlicher Staaten in den USA gespeichert ([Burwell/Propp](#), S. 8).

Um diesen Konflikt aufzulösen, verhandeln die EU und die USA derzeit ein Abkommen, durch das es auf der einen Seite den EU-Ermittler:innen ermöglicht wird, in den USA gespeicherte Daten von den US-Unternehmen herauszuverlangen, ohne dass das US-Datenschutzrecht dem entgegensteht. *Vice versa* sollen durch das Abkommen aber auch US-Ermittler:innen Daten erlangen können, die in der Europäischen Union gespeichert sind, ohne dass das EU-Datenschutzrecht es den Unternehmen verbietet, die Daten an die US-Behörden herauszugeben. Bei den Verhandlungen haben beide Seiten gro-

ßes Interesse daran, die Daten im jeweils anderen Herrschaftsbereich für die eigene Strafverfolgung zu erhalten – und wollen die in ihrem Territorium gespeicherten Daten gleichzeitig möglichst weitgehend vor dem Zugriff ausländischer Ermittlungsbehörden abschirmen. Damit die US-Unternehmen die Datenherausgabe bei Europäischen Herausgabeanordnungen nicht mit Verweis auf das US-Recht verweigern und so die Funktionsfähigkeit der E-Evidence-Verordnung von vorneherein beeinträchtigt wird, steht die Kommission bei diesen Verhandlungen unter Zugzwang – und lässt ausweislich eines am 21.6.2023 veröffentlichten Zwischenstandes der Verhandlungen den EU-Datenschutz schleifen.

Der vorliegende Beitrag skizziert zunächst den Konflikt, der sich zwischen dem EU-Recht auf der einen und dem US-Recht auf der anderen Seite bei der Ermittlung digitaler Beweise ergibt. Anschließend liegt der Fokus auf den Möglichkeiten zur Auflösung der Spannungslage: Zum einen reagiert die E-Evidence-Verordnung selbst auf Konflikte mit dem Datenschutzrecht von Drittstaaten, in denen die Daten gespeichert sind, da dies jedoch keine praxistaugliche Lösung ist, liegt der Fokus anschließend auf den derzeit stattfindenden Verhandlungen über ein E-Evidence-Abkommen zwischen der Europäischen Union und den USA, die hier kritisch analysiert werden sollen.

Die E-Evidence-Verordnung und der Zugriff auf in den USA gespeicherte Daten

Ausgangspunkt des Konflikts mit dem US-Recht ist die *Reichweite* der Regelungen der E-Evidence-Verordnung, weshalb der Mechanismus der nun vom Europäischen Parlament beschlossenen „Europäischen Herausgabeanordnung“ kurz skizziert werden muss: Danach haben die Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten die Möglichkeit, gegenüber Anbietern von elektronischer Kommunikation und Cloud-Dienstleistungen (sog. „Diensteanbieter“), die in der Europäischen Union ihre Dienste anbieten, Anordnungen zu erlassen, die auf die Heraus-

gabe von Daten zu strafrechtlichen Ermittlungszwecken gerichtet sind. Die Besonderheit liegt darin, dass die Anordnungen an den Diensteanbieter gerichtet werden dürfen, ohne dass es grundsätzlich einer vorgelagerten Einbeziehung der Behörden des Vollstreckungsstaates erforderlich ist (zum „Notifizierungsverfahren“ siehe [Albus](#)). Zur Entgegennahme entsprechender Anordnungen müssen die Diensteanbieter nach der „[Vertreter-Richtlinie](#)“ einen Vertreter als zentrale Stelle in einem Mitgliedstaat benennen.

Neben dieser strukturellen Veränderung der zwischenstaatlichen Kooperation enthält die E-Evidence-Verordnung eine Regelung, die den hier bereits angedeuteten Konflikt auslöst: Nach der neuen Verordnung ist es irrelevant, wo die Daten, die im Rahmen einer Europäischen Herausgabeanordnung herauszugeben sind, *tatsächlich gespeichert* sind – dies kann in der Praxis in dem Staat sein, in dem der benannte Vertreter sitzt, in einem anderen EU-Staat, aber eben auch in einem Drittstaat außerhalb der Europäischen Union. Dass die Verpflichtung zur Herausgabe unabhängig vom Datenspeicherort gilt, ergibt sich aus verschiedenen Regelungen der Verordnung (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 2 lit. b, Erwägungsgrund 21 der VO). Damit Anordnungen an die Unternehmen adressiert werden können, ist es lediglich relevant, dass der jeweilige Diensteanbieter seine Dienste in der Europäischen Union anbietet, was insbesondere auf die großen US-Unternehmen zutrifft. Diese weitreichende Regelung der E-Evidence-Verordnung steht jedoch im Konflikt mit dem US-Datenschutzrecht (namentlich [18 U.S.C. § 2702](#)), nach dem es US-Diensteanbietern grundsätzlich verboten ist, Inhaltsdaten, die auf Servern in den USA gespeichert sind, an ausländische Strafverfolgungsbehörden herauszugeben.

Unzureichende Adressierung von Regelungskonflikten durch die E-Evidence-Verordnung selbst

Zur Auflösung von Konflikten zwischen der Pflicht, einer Europäischen Herausgabeanordnung nachzukommen und dem Datenschutzrecht von Drittstaaten hält die Verordnung selbst einen Mechanismus bereit: Nach Art. 17 VO besteht für Adressat:innen von Herausgabeanordnungen die Möglichkeit, einen „Einwand“ gegen die Herausgabeanordnung zu erheben. Soweit die Anordnungsbehörde die Anordnung aufrechterhalten will, entscheidet nach Art. 17 Abs. 3 VO ein Gericht des Anordnungs-

staates anhand einer umfangreichen Abwägung, deren Wertungen sich aus einem ausführlichen Kriterienkatalog (Art. 17 Abs. 6 VO) ergeben, darüber, ob die Anordnung dennoch aufrecht zu erhalten ist: In die Abwägung ist etwa das Datenschutzinteresse des anderen Staates, der Grad der Verbindung der Strafsache mit der Europäischen Union bzw. des die Herausgabe verhandelnden Staates zu berücksichtigen. Demnach reagiert die E-Evidence-Verordnung zwar selbst auf den Regelungskonflikt – die einschlägige Vorschrift enthält jedoch nur sehr unklare Maßgaben für die Rechtsprechung, die über entsprechende „Einwände“ zu entscheiden hat, sowie für die Diensteanbieter, die abwägen müssen, wann sie einen solchen Rechtsbehelf erheben. Ziel der Vorschrift ist es, Rechtssicherheit bei konfligierenden rechtlichen Verpflichtungen herzustellen – von Rechtssicherheit kann jedoch bei derart unbestimmten Maßgaben keine Rede sein, weshalb der Mechanismus nicht geeignet ist, eine praxistaugliche Auflösung dieses Konflikts bereitzustellen.

Schwierige Ausgangsbedingungen für den Abschluss eines EU-/US-Übereinkommens für digitale Beweismittel

Doch wie kann sonst eine Entflechtung des Konflikts erreicht werden? Bereits parallel zur unionsinternen Verhandlung der E-Evidence-Verordnung hat der [Rat 2019](#) die Kommission damit beauftragt, ein Abkommen zwischen der Europäischen Union und den USA über digitale Beweise zu verhandeln. Ziel aus EU-Sicht ist dabei, dass das US-Datenschutzrecht es den US-Diensteanbietern nicht mehr verbietet, Europäischen Herausgabeanordnungen, die sich auf in den USA gespeicherte Daten beziehen, nachkommen zu dürfen. Jedoch verfolgen auch die US-Verhandler:innen ein ähnliches Ziel für die umgekehrte Situation: Sie möchten verhindern, dass sich die US-Diensteanbieter gegenüber US-Anordnungen (nach dem [US CLOUD Act](#), siehe hierzu [Abraha](#), S. 324 [330]) zur Herausgabe von Daten, die auf Servern in der Europäischen Union gespeichert sind, auf das EU-Datenschutzrecht und dabei insbesondere die Art. 44 ff. DSGVO berufen können. Nach diesen Vorschriften ist die Herausgabe von in der EU verarbeiteten Daten ohne ein Abkommen zwischen der Europäischen Union und dem jeweiligen Drittstaat, an den die Daten übermittelt werden sollen, grundsätzlich verboten. Hierdurch kommt es zu einer *Verknüpfung* zwischen der E-

Evidence-Verordnung auf der einen und dem Zugriff der US-Ermittler:innen auf in der Europäischen Union gespeicherte Daten auf der anderen Seite.

Aus unionsrechtlicher Sicht tritt bei der Auflösung dieser Gemengelage ein prominenter Datenschutzkonflikt aus der Vergangenheit auf den Plan: Der EuGH hat in der Vergangenheit zur Übermittlung von in der EU verarbeiteten personenbezogenen Daten in die USA mehrfach angenommen, dass es hierdurch zu einer unzulässigen Verringerung des Datenschutzniveaus kommen würde (vgl. die Urteile „Schrems I“ und „Schrems II“). Aktuell finden [intensive Verhandlungen](#) um ein neues, grundlegendes Datenschutzabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA statt, wobei [fraglich ist, ob hierdurch die Datenschutzbedenken ausgeräumt werden können](#).

Vernachlässigung des EU-Datenschutzrechts bei den bisherigen Verhandlungen durch die Kommission?

Die Verhandlungen hinsichtlich eines E-Evidence-Übereinkommens wurden zwischenzeitlich wegen der geringen Fortschritte bei der Verabschiedung der E-Evidence-Verordnung [ausgesetzt](#), im [März 2023](#) jedoch wieder aufgenommen, nachdem im Januar 2023 in der Europäischen Union die politische Einigung erreicht wurde. In seinen [Verhandlungsleitlinien](#) (insb. S. 6) zu einem E-Evidence-Abkommen betont der Rat zwar, dass es nicht zu einer Verringerung des unionsgrundrechtlichen Schutzniveaus kommen dürfe. Nach einer [am 21.6.2023 veröffentlichten gemeinsamen Erklärung der EU- und](#)

[US-Innen- und Justizminister:innen](#) soll zur Sicherstellung von hinreichenden Verfahrens- und Grundrechten eine im vergangenen Jahr [auf OECD-Ebene verabschiedete Erklärung](#) als eine Grundlage für das E-Evidence-Übereinkommen dienen. Durch diese Erklärung werden bestimmte Mindeststandards festgeschrieben, etwa dass es für den Zugriff auf Daten einer rechtlichen Grundlage bedarf und dies nur für legitime Zwecke zulässig ist. Außerdem wird ein Gebot der Zweckbindung sowie ein gewisses Maß an Transparenz betont. Die Formulierungen sind jedoch so vage, dass es mehr als fraglich erscheint, ob hierdurch den Art. 44 ff. DSGVO hinreichend Rechnung getragen wird.

Dass die Kommission ein großes Interesse daran hat, ein Abkommen zu schließen, bevor die E-Evidence-Verordnung in Kraft tritt, um so Rechtsunsicherheiten von vornherein zu verhindern und der Europäischen Herausgabeanordnung zu möglichst weitreichender Effektivität zu verhelfen, ist gut verständlich. Auch dass sich die Kommission wegen des Zeitdrucks und der Asymmetrie, die dadurch entsteht, dass es doch gerade die Daten der US-Unternehmen sind, die für die EU-Ermittlungsbehörden von Interesse sind, in einer schlechten Verhandlungsposition befindet, ist ihr zu zugestehen. Der Preis für die Effektivierung der EU-Strafverfolgung zur Erlangung digitaler Beweise ist jedoch zu hoch, wenn umgekehrt US-Ermittler:innen ein nahezu unregulierter Zugriff auf in der EU gespeicherte Daten ermöglicht wird. Der weitere Verlauf der Verhandlungen des Abkommens muss deshalb sehr kritisch verfolgt werden.

Niels Hoek

Addressing Legal Myths about the Proposed EU Nature Restoration Law

doi: 10.17176/20230623-231049-0



In June 2022, the EU Commission adopted a [Proposal for a Nature Restoration law](#) which aims to restore the degraded levels of biodiversity within the European Union. However, this objective has – over time – become highly contested. It should be stressed that the Proposal can, and should, be critically analysed by the EU Institutions and other stakeholders. Yet, the debate on the Proposal appears to be shifting from arguments based on ecological reality to a tense political one. The proposed instrument has been misinterpreted, in part by an active agroindustry lobby, seeking to prevent the adoption of the restoration law. Some claims made in this context are that nature restoration [would frustrate farming in the EU](#) and that it would [substantially halt \(housing\) development](#). These scientific and economic myths have been contested in an [open letter](#) signed by 3000+ scientists and ecologists – as well as [several environmental NGOs](#).

Yet, legal myths, oversimplifications or concerns often remain unaddressed. Indeed, some argue that the Proposal will have to be treated with caution ‘[from the perspective of property protection of land owners](#)’ or the ‘[right to conduct business](#).’ In response, I argue that these fears are often overstated. In the end, such arguments may undermine the substantive debate in the public domain and distract from the overarching goals set out in the EU [Biodiversity Strategy for 2030](#). The goal of this post is not to address all of the myths that are out there (of which there are many) – but to highlight the concerning shift towards an increasingly polarised debate on nature restoration.

Why was the law Proposed, and what does it contain?

At least eighty percent of natural sites in the EU are not in a [favourable conservation status](#). This decline has been under the watchful eye of EU Nature Conservation Law: the [existing Directives](#) lack a deadline in relation to nature conservation. Additionally, these Directives do not formulate specific targets that can guide restoration mea-

asures in a cross-border manner. Without targeted action the future of wildlife looks troubled. Some estimates predict that one million species, [including 40 % of insects](#), will become extinct in the coming decades. The Proposal seeks to repair the aforementioned faults within the EU Nature Directives and halt the decaying trends in biodiversity levels

[The Proposal](#), as published last year, sets out to restore 20 % of the land and sea areas within the EU, bringing specific habitat types to a ‘good condition’. Of relevance is that the Proposal subscribes to a more holistic perspective on biodiversity recovery – at least compared to a present-day nature conservation law. For example, the Proposal formulates targets for agricultural and urban ecosystems, moving beyond the isolated patches of ‘protected islands’ that make up [the Natura 2000 network](#).

Here, it should be stressed that restoration is not the same as conservation. These measures do not, by definition, preclude economic activity. Instead, restoration is the ‘process of actively or passively assisting the recovery of an ecosystem towards a good condition’. For example, restoration objectives may range from rewetting peatlands to restoring pollinator populations. The proposed law formulates specific targets in this respect, subject to deadlines ranging from 2030 to 2050. These to-be-agreed targets have to find their way into Natural Restoration Plans (NRPs) – drafted by the Member States concerned. These plans, in the end, must be approved by the EU Commission. Yet, Member States have a certain amount of flexibility on how to achieve the objectives, taking into account local and national conditions – provided they engage with the binding norms formulated within the Proposal.

Myths Surrounding the Proposal

As alluded to above, the Proposal has been heavily criticised. Opponents state that it will [hurt landowners \(from farming to foresters\)](#), or affect the right to [conduct a](#)

business' (such as farming). Subject to more nuance, [fundamental rights concerns](#) have been raised. The nexus between property protection and environmental law can be described as a tense arena. For example, consider the objective for tree canopy coverage 'to reach 10 % in urban centres by the year 2050', as laid out in the Proposal. Here, it has been argued that the Proposal will 'freeze housing development in cities and lock up the economy' [by the Dutch Farmers Party \(BBB\)](#). This assumes a worst-case scenario, where Member States decide to implement this aim on (i) private property and (ii) against the will of the owner – which is not guaranteed nor required by the Proposal. Yet, even in this strictest form of national implementation, this is not a new phenomenon: countless other environmental laws have an impact on (the usage of) property rights. The question then becomes: does the proposed EU Nature Restoration law, indeed, go so far as to breach the fundamental right to property, directly, at the EU level? And more specifically, does it breach Article 345 of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU), which outlines that 'the Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership'?

Myth 1: The Proposal Directly Breaches the Fundamental Right to Property

The short answer to this question, at least in the view of the author, is a 'no'. There are several reasons for this. First, the National Restoration Plan (NRP) provides Member States with a wide degree of discretion with regard to how these targets are to be met. Public authorities on the 'national, regional and local level' are to map the ecosystems and play a crucial role in the 'funding, monitoring and implementation' in order to give effect to the nature restoration targets. In essence, the Regulation has the flavour of a Directive, which for lack of a better word, is to be 'transposed' at the national level. Thus, the tension between restoration measures and (private) property rights will also have to be appraised [at this level](#). Because of this, the Proposal is in coherence with the limitations as set out in article 345 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The rules of property protection at the national level remain untouched. Turning back to the example mentioned above: it is for the Member States to decide which properties in urban cities are to

be 'turned green'. The Proposal merely provides an overarching aim for European cities, which allows for the loss of tree canopy cover – provided it is compensated elsewhere.

Additionally, it should be noted that landowners receive strict protection under EU law. Landowners have the right to 'own, use, dispose and bequeath of their lawfully acquired possessions'. Respect for the right to (private) property is binding upon the EU institutions and Member States when they implement EU law, in the view of Article 17 of the Charter of Fundamental Rights (CFR) and in line with Protocol I of the European Convention on Human Rights (ECHR). Member States are thus required to implement the Proposed Nature Restoration Law in line with these constraints. In some cases, interferences with (private) property may be justified to allow for restoration measures – as the protection of the environment is a reason of 'general (public) interest'. Yet, this tension is to be appraised on a case-by-case basis: any restoration measure implemented at the national level that touches upon property rights, will require a careful assessment to determine its proportionality. In other words, the narrative that the Proposal automatically breaches property rights, as voiced by some actors, appears thin – and at the very least, should be subject to a lot more nuance. Strict protections apply – safeguarding landowners from arbitrary breaches of their private property rights.

Moreover, this view ignores the possibility of [voluntary cooperation](#) between governments and landowners to restore nature. This is a common practice in places such as Spain, where [stewardship contracts](#) are the most important tool to effectuate conservation and restoration targets. Other examples of private (and thus voluntary) conservation efforts are [conservation easements](#) or [privately protected areas](#). These mechanisms are common throughout the EU and may provide vital in the implementation of nature restoration targets. Crucially, they do not require any interference with private property rights.

Myth 2: The fundamental right to conduct a business is at risk - Europe cannot afford this law

Others have raised concerns about the [right to own a business in relation to the Proposal](#). Art. 16 of the Charter of Fundamental Rights (CFR) states that 'the freedom to

conduct a business in accordance with Union law and national laws and practices is recognised'. However, I would argue that a breach of this article by the Proposed law at the individual level is unlikely simply by the wording of the right itself – as this freedom has to be exercised 'in accordance with Union Law'. Moreover, this freedom is by no means absolute and 'must be considered [in relation to its social function](#) and can be limited when this is in the public interest to do so, provided it is proportional to the aims pursued.

Perhaps more pressingly, the proposed law does not preclude all economic activity in sites to be restored, nor does it expand the existing conservation regime as established with the Natura 2000 network. It does, however, have practical implications for the EU economy, should it be adopted. Eroded soil, for example, [increases the risk of flooding](#) in the case of extreme weather events. Without pollinators, [food security is impeded](#), complicating farming practices. Human health and the functioning of our modern economies are entirely dependent on thriving ecosystems: from clean water to available resources. Thus, the argument can equally be flipped: the right to conduct a business stands to benefit from the Proposal, also on an individual level. As such, many large businesses have come out [in favour of the law](#).

Furthermore, the benefits of nature restoration projects are [expected to reach 1860 Billion euros](#) – should a mere 10 % of Special Areas of Conservation (designated under the Habitats Directive) be restored. Scientists defending the law have invoked a 'cost-benefit analysis of 1-12' – whilst countless studies have shown that nature restoration safeguards economic activity [in the long term](#). Yet, supranational coordination is needed in this regard, also from the perspective of 'sincere cooperation', as laid out in the Treaty of the Functioning of

the European Union (TFEU). The transboundary nature of the problem of biodiversity loss, the migration of affected species, and the cross-border character of natural sites indicate that a purely national solution will be less cost-effective. One has to engage in burden-sharing for the initial costs to reap these benefits, as the effects of pollution or habitat deterioration do not stop at borders.

Wrapping up: fair scrutiny or legal myths?

The counter-mobilisation against the law enjoys wide support; Christian Democrats in the European Parliament have announced that they will [reject the Proposal](#). In the past few weeks, the Agricultural Committee and Marine Committee of the EU Parliament have done the same. [The Proposal narrowly survived a vote](#) in the Environment Committee – meaning the law survives, for now. However, should it be rejected (or hollowed out) in July by a plenary vote, the prospects for biodiversity restoration within the EU look increasingly bleak.

Overstated fears of the Proposal breaching fundamental property rights distract from the collective aim of biodiversity restoration. Whilst critical engagement with the Proposed EU Nature Restoration Law should be welcomed (zooming in on details), oversimplistic claims in the media (that zoom out) should be rejected. Here, the hollowing out of the Proposal for an EU Nature Restoration Law – partly in the name of protecting fundamental rights – would be viewed through a prism of irony by future generations. After all: it can be argued that fundamental human rights protection and nature restoration secure two sides of the same coin.

Acknowledgement: A warm thanks should be extended to Anaïs Brucher (EUI), Jadé Botha (EUI) and Antoine de Spiegeleir (EUI) for their valuable comments on earlier versions of this blog.

Christian Tietje

EU-Recht bricht Völkerrecht? Der Trugschluss der europäischen Calvo-Doktrin



doi: 10.17176/20230616-231153-0

Am 27. Juli 2023 wird der BGH drei Urteile in Rechtssachen verkünden, die alle um eine Frage kreisen: geht EU-Recht in internationalen Schiedsgerichtsverfahren zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten immer vor, selbst wenn dadurch ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag, der immer und auf alle Vertragsparteien bezogen Rechte begründet, berührt wird? Diese scheinbar rein rechtsdogmatische Frage hat völkerrechtshistorisch, wirtschaftspolitisch und rechtspolitisch weitreichende Folgen. Es geht um nicht weniger als um die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland sowie die EU und alle ihre Mitgliedstaaten weiterhin bereit sind das Völkerrecht zu achten, und zwar gerade in einer Zeit, in der die Notwendigkeit der Wirksamkeit völkerrechtlicher Rechtsbindungen nicht hoch genug gewertet werden kann.

Die Rückkehr der Calvo-Doktrin?

Im Jahre 1868 veröffentlichte der argentinische Diplomat und Jurist Carlos Calvo ein grundlegendes Lehrbuch zum Völkerrecht. Aus der Perspektive der nach Unabhängigkeit und Stärkung ihrer gerade erlangten Souveränität strebenden lateinamerikanischen Staaten formulierte Calvo u.a. rechtliche Aussagen zum Schutz ausländischer Investoren, die später als Calvo-Doktrin bekannt wurden. Hiernach sollte sich der Schutz von Ausländern ausschließlich auf die Rechtsgarantien beschränken, die auch Inländern zugutekommen. Nur vor innerstaatlichen Gerichten sollte dieser Rechtsschutz durchsetzbar sein. Damit wurde internationalen Rechtsschutzstandards für ausländische Investoren sowie Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung eine Absage erteilt.

Bis heute ist die Calvo-Doktrin Gegenstand der Vorlesungen zum Völkerrecht und zum internationalen Wirtschaftsrecht an Juristischen Fakultäten weltweit. In der Staatenpraxis konnte sich die Rechtsauffassung von Calvo allerdings nie durchsetzen. Insbesondere die kapital-

exportierenden Staaten haben die Doktrin kontinuierlich über Jahrhunderte hinweg abgelehnt. Durch eine weitreichende internationale Vertragspraxis, die diametral der Calvo-Doktrin entgegenstand, konnten globale Wirtschaftsbeziehungen im Investitionsbereich aufgebaut werden, die für kapitalimportierende und -exportierende Staaten gleichermaßen zu weitreichenden Wohlfahrtsge-
winnen führten.

150 Jahre nach Calvo sind deutsche Gerichte, inspiriert vom Europäischen Gerichtshof, auf bestem Wege, die Calvo-Doktrin mit all ihren Konsequenzen für die Völkerrechtsordnung insgesamt doch noch zur Anwendung zu bringen. Die Vorrangigkeit innerstaatlicher Rechtsüberzeugung und eine damit einhergehende Absage an völkerrechtliche Bindungen des Staates erscheint als Selbstverständlichkeit. Das zumindest ist der Eindruck, den die ausführliche Presseberichterstattung (zB [hier](#) und [hier](#)) über eine mündliche Verhandlung beim Bundesgerichtshof (BGH) am 17. Mai 2023 sowie die hiermit im Zusammenhang stehende Entscheidungspraxis insbesondere des [OLG Köln](#) sowie [des EuGH](#) vermitteln. In der Sache scheinen die Verfahren, über die der BGH zu entscheiden hat, eher technisch und juristisch wenig spektakulär. Unabhängig von Details geht es im Kern um die Frage, ob ein deutsches Gericht die Unzulässigkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO feststellen darf, wenn es sich um ein Schiedsverfahren nach den Regeln der Konvention über das Internationale Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) aus dem Jahr 1965 handelt.

Die Exklusivität von ICSID Investitionsschutzverfahren

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit [1969 Vertrags-](#)
[partei](#) dieser Konvention und seither hieran völkerrechtlich gebunden. Das Besondere an Investitionsschutzverfahren, die nach ICSID stattfinden, ist deren Ausschließ-

lichkeit. Hierunter ist zu verstehen, dass anders als in sonstigen Schiedsverfahren innerstaatliche Gerichte keine ergänzende Zuständigkeit auf einzelne Verfahrensschnitte bezogen haben. Technisch ausgedrückt gibt es in ICSID-Verfahren keine staatliche *lex arbitri*; es handelt sich um ausschließlich völkerrechtliche Verfahren. Nach der ICSID-Konvention entscheidet nur das hiernach eingesetzte Schiedsgericht über seine Zuständigkeit (Art. 41 ICSID). Ein ICSID-Schiedsspruch „ist für die Partei bindend und unterliegt keiner Berufung und auch keinen anderen Rechtsmitteln als denen, die in diesem Übereinkommen vorgesehen sind“ (Art. 53 Abs. 1 ICSID); er ist unmittelbar vollstreckbar, da er so zu behandeln ist, „als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines ... innerstaatlichen Gericht[s]“ (Art. 54 Abs. 1 ICSID). Die Exklusivität von ICSID-Verfahren ist in der Konvention unmissverständlich geregelt. Sie soll sicherstellen, dass Investitionsschutzstreitigkeiten, die sich per se nur auf politische Risiken, die mit einer Auslandsinvestition verbunden sind, beziehen – das wirtschaftliche Risiko einer Auslandsinvestition wird durch das internationale Investitionsschutzrecht nicht geschützt –, objektiv und neutral verhandelt und entschieden werden.

Nur vereinzelt wurde bislang in der Geschichte versucht, den grundlegenden Konsens der Vorrangigkeit des politisch neutralen Völkerrechts, der in der ICSID-Konvention zum Ausdruck kommt, aufzubrechen. In Erinnerung ist hier insbesondere wiederum Argentinien, das in den Jahren 2001/2002 von einer schweren Finanz- und Wirtschaftskrise getroffen wurde. In der Nachfolge kam es zu einer größeren Anzahl von Investitionsschutzverfahren ausländischer Investoren gegen Argentinien. In der Mehrzahl der Verfahren wurde Argentinien zu Schadensersatz verurteilt. Argentinien versuchte sich vehement gegen die entsprechenden ICSID-Schiedsverfahren zu wehren. Der ehemalige argentinische Justizminister Horacio Rosatti formulierte im Jahr 2005 unmissverständlich, dass ICSID-Schiedsgerichte nicht über öffentliche Interessen seines Landes entscheiden können. Auf der Grundlage dieser [Rosatti-Doktrin](#) wurde vertreten, dass normhierarchisch betrachtet ICSID-Urteile sich immer der argentinischen Verfassung unterzuordnen hätten.

Weite Teile der internationalen Gemeinschaft haben diese Sichtweise nie akzeptiert. Unter anderem wurden internationale Finanzhilfen und Maßnahmen zur Unterstützung der Umschuldung Argentiniens davon abhän-

gig gemacht, dass Schiedsverfahren von dem Land akzeptiert werden. In letzter Konsequenz hat auch Argentinien mit den Klägern in den maßgeblichen Schiedsverfahren Einigungen erzielen können. Dazu trug sicherlich auch bei, dass nach der ICSID-Konvention alle gegenwärtig 158 Staaten, die die Konvention ratifiziert haben, verpflichtet sind jeden Schiedsspruch gleich gegen welchen Staat unmittelbar zu vollstrecken. Dort, wo ein Staat weltweit Vermögen hat, kann in dieses also auch jederzeit vollstreckt werden.

Investitionsschutzverfahren in der EU: (K)Eine Ausnahme? ~

Schiedsverfahren zwischen EU-Investoren und EU-Mitgliedstaaten selbst sollen nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs nicht zulässig sein. Der europäische Gerichtshof begründet dies damit, dass die Autonomie der Unionrechtsordnung durch solche Schiedsverfahren gefährdet sei. Denn internationale Schiedsgerichte könnten Unionrecht anwenden, was das Auslegungsmonopol des EuGH gefährden könnte. Konkret auf den Energiecharta-Vertrag bezogen, der auf die ICSID-Konvention verweist und jetzt auch Gegenstand der Verfahren vor dem BGH ist, argumentiert der EuGH damit, dass dieser internationale Vertrag, der Investitionen im Energiesektor schützt und von 52 Staaten sowie der Europäischen Union ratifiziert wurde, Bestandteil des Unionsrechts sei. Dass dies keine Besonderheit des Energiecharta-Vertrages ist, sondern seit Jahrzehnten gefestigter Rechtsprechung des EuGH für jeden völkerrechtlichen Vertrag gilt, den die EU selbst ratifiziert hat, wird aber nicht weiter thematisiert. In letzter Konsequenz müsste nach dieser Rechtsprechung jede internationale Streitbeilegung, die in einem völkerrechtlichen Vertrag, dessen Vertragspartei auch die EU ist, mit der Autonomie der Unionrechtsordnung unvereinbar sein.

Der BGH scheint, soweit es der Berichterstattung aus der mündlichen Verhandlung zu entnehmen ist, dem EuGH folgen und die genannte EuGH-Rechtsprechung auch auf ICSID-Verfahren anwenden zu wollen, da – so wohl das Argument – die „Brücke“ des Energiecharta-Vertrags zu ICSID nunmehr fehle. Das hätte im Ergebnis zur Folge, dass ein ICSID-Verfahren aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts stets von zuständigen deutschen Gerichten als unzulässig erklärt werden müsste. Allerdings hat sich der EuGH bislang nicht explizit mit den Be-

sonderheiten von ICSID auseinandergesetzt. Es gibt bislang nur zwei Verfahren aus dem Beihilferecht, in denen es um die Zahlung von Schadensersatzansprüchen aus Investitionsschutzverfahren ging, die auf ICSID beruhen (C-638/19 P und C-333/19). Eine Diskussion der ICSID-Konvention durch den Gerichtshof fand allerdings nicht statt.

Ebenfalls übersehen wird, dass die EU selbst nicht Vertragspartei von ICSID ist. Nur Staaten können der Konvention beitreten. Bis auf Polen sind alle EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien. Die völkerrechtliche Haftung im Hinblick auf die Achtung der Konvention liegt damit weiterhin ausschließlich bei den EU-Mitgliedstaaten. Daraus folgt völkerrechtlich zugleich, dass neben der ausschließlichen Kompetenz eines eingesetzten Schiedsgerichts, über seine Kompetenz zu entscheiden (Art. 41 ICSID), über Streitigkeiten zur Anwendung der Konvention innerhalb der EU der Internationale Gerichtshof (IGH) zu entscheiden hat. Das ergibt sich unmittelbar aus Art. 64 ICSID, der „jede zwischen Vertragsstaaten entstehende Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens“ der Zuständigkeit des IGH zuweist.

Das Unionsrecht erkennt auch eine Vorrangigkeit völkerrechtlicher Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vor gegebenenfalls kollidierendem Unionsrecht an. Einschlägige Norm ist Art. 351 AEUV. Dieser betrifft explizit zwar nur Altverträge vor Inkrafttreten der römischen Verträge bzw. vor einem Beitritt eines Staates zur Gemeinschaft/Union. Wie allerdings auch das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil (BVerfG, *Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 380*) feststellte, bleibt eine bestehende völkerrechtliche Rechtslage auch dann vom Unionsrecht unberührt, wenn in einem späteren Zeitpunkt eine Kompetenzübertragung an die EU in dem einschlägigen Sachgebiet erfolgt. Das gilt für die ICSID-Konvention, da diese Investitionsschutzbeziehung auch zu Drittstaaten regelt und eine entsprechende Kompetenz der EU erst mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 begründet wurde.

Die Achtung des Völkerrechts als ein zentrales Verfassungsprinzip der Union

Dabei kann auch nicht argumentiert werden, dass es bei den Fällen, über die der BGH zu entscheiden hat, ausschließlich um Streitverfahren im Binnenmarktverhält-

nis geht. Die ICSID-Konvention begründet Rechte und Pflichten im integralen Verhältnis aller Vertragsparteien. Die dargestellte Exklusivität von ICSID führt völkerrechtlich dazu, dass jeder der 158 Vertragsstaaten nicht nur ein Interesse, sondern einen Rechtsanspruch auf Achtung der Konvention durch jeden anderen Vertragsstaat hat. Eine Missachtung von Rechten und Pflichten aus der ICSID-Konvention innerhalb des EU-Binnenmarktes würde also immer zu einer Rechtsverletzung gegenüber jedem Drittstaat weltweit führen. Der UK Supreme Court hat das so bereits explizit festgestellt: „The Convention scheme is one of mutual trust and confidence which depends on the participation and compliance of every Contracting State“ (*Urt. v. 19.2.2020, Rn. 104*).

Das Recht der EU verlangt nicht, dass die EU-Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten Völkerrecht verletzen. Die Achtung des Völkerrechts ist vielmehr ein zentrales Verfassungsprinzip der Unionrechtsordnung. Seit dem Vertrag von Lissabon ergibt sich dies ausdrücklich aus Art. 21 Abs. 2 EUV. Hierbei sollte es sich um eine rechtspolitische Selbstverständlichkeit handeln. Auch in Deutschland wird im Zusammenhang zahlreicher globaler Krisen wie Klimawandel, Migration und Ukraine-Krieg immer wieder auf die Achtung des Völkerrechts und die Stabilität der internationalen Ordnung verwiesen.

Die Glaubwürdigkeit des Verweises auf internationale Rechtsverpflichtungen, deren Achtung für die Integrität des internationalen Systems unumgänglich ist, wird nachdrücklich infrage gestellt, wenn nationale und europäische Gerichte, wie möglicherweise der BGH und der EuGH, ohne größeres Problembewusstsein die Bedeutung des Völkerrechts im Verhältnis zum Unionsrecht marginalisieren. Internationale Beziehungen beruhen auf Reziprozität. Wer das Völkerrecht verletzt, kann selbst nicht mehr die Achtung des Völkerrechts einfordern. Integrale Völkerrechtsregime wie ICSID, die von den Staaten bewusst konzipiert wurden, um hohe Wirksamkeit zu entfalten, brechen zusammen, wenn aus Gründen der Gegenseitigkeit jeder Staat weltweit Gründe für eine Nichtachtung der Konvention anführen darf. Die deutsche Rechtsordnung und das Unionsrecht haben über viele Jahrzehnte ihre jeweilige Völkerrechtsfreundlichkeit betont. Im Interesse globaler Rechtsstabilität, die zugleich auch politische Stabilität ist, bleibt zu hoffen, dass es hierbei gerade in der Zeitenwende, die hierauf wie schon lange nicht mehr angewiesen ist, bleibt.

Franca Maria Feisel

Walking A Democratic Tightrope

EU militant democracy and the infringement action against Lex Tusk

doi: 10.17176/20230615-231142-0



That was fast. On 8 June, only 11 days after the Polish so-called ‘Lex Tusk’ was signed into force, the Commission launched an infringement procedure against Poland. For the first time, the Commission is relying on the principle of democracy in Art. 10 TEU as an autonomous plea, dropping another bombshell shortly after the first direct invocation of Art. 2 TEU in [infringement proceedings against Hungary](#) earlier this year.

This contribution discusses both the perks and potential perils of the direct enforcement of the principle of democracy in Art. 10 TEU. On the one hand, a shift from what is arguably better called ‘militant rule of law’ towards more literally EU militant *democracy* is a positive development, as it better captures the nature and range of the principles which are *de facto* under threat in several EU Member States, including Poland. On the other hand, the present infringement action illustrates the principled challenge of militant democracy to preserve the possibility of democratic regime change, all whilst not lapsing into a form of institutional conservatism. This challenge is particularly pertinent for the EU’s multi-level and pluralist democratic polity.

Lex Tusk and the Commission’s reaction

In the name of protecting Polish national security, the law at issue establishes a committee with the mandate of investigating potential Russian influence on Polish officials and ‘other public figures’ (for an elaborate analysis of the law, see [Sadurski on this blog](#)). An individual found subject to Russian influence can be banned from managing public funds for ten years. Commentaries fear that this provision could be used to weaken (or even exclude) Donald Tusk and his party Civic Platform ahead of the Polish parliamentary elections in Fall 2023 – an election which, as [Sadurski](#) argues, the incumbent Law and Justice Party (PiS) cannot afford to lose.

In this light, the nickname ‘Lex Tusk’ and the concerns

this law caused in [Washington](#) and [Brussels](#) seem more than justified. While one could expect that the Commission would swiftly voice its ‘special concern’ and threaten to take action against the law, the more surprising part is that it would make this threat come true only 11 days later.¹ According to its [press release](#) of June 8, the Commission holds that the new committee on investigating Russian influence “unduly interferes with the democratic process” and therefore violates the principle of democracy itself (Art. 10 TEU).

Calling a (democratic) spade a spade

What is positive about this infringement action is that the Commission finally recognises democracy as another one of its founding principles that are under threat and in whose defence the EU has a role to play. In the past, the Commission’s actions against backsliding Member States, in particular those against Poland, were largely framed in terms of the rule of law. However, this has never been a fully accurate representation of the way in which the legislative changes in Poland over the past years have undermined the EU’s founding principles. For example, the establishment of the Polish National Council of Media in 2016 gave the governing PiS Party significant control over the composition of the Polish public media sector, which ultimately [increased its influence over public opinion formation](#) and thus over a key component of the democratic process. Moreover, in 2017, the so-called National Freedom Institute for Civil Society Development was established to centralise the distribution of funds to civil society organisations, thereby [subjecting the latter increasingly to the political whim of the government](#). Also here, the threat of shrinking civic space and constraining actors in the public sphere goes to the heart of the principle of democracy.

Whilst both the law on the National Council of Media and on the National Freedom Institute are briefly men-

¹Note: In the past, the Commission has frequently been accused of doing ‘Too little too late’ about the violations of its founding principles in Member States like Poland.

tioned in the Commission's 2017 [proposal for an Art. 7\(1\) TEU decision](#) against Poland, the overall proposal is exclusively centred on the rule of law as the (only) Art. 2 TEU value under threat. Similarly, the infringement procedures brought against Poland over the past years almost exclusively deal with matters of judicial independence, the latter being construed in the EU legal order as a requirement giving direct expression to the principle of the rule of law. By contrast, the latest infringement action suggests that the Commission has grown less scared of touching the hot potato of democracy and its defence. This is positive in that it demonstrates a more holistic approach to the defence of the EU legal rights and principles under threat in several Member States – or, in other words, a shift from 'militant rule of law' towards more literally 'militant *democracy*'.

However, militant democracy also brings with it important legal and normative challenges that threaten to go unnoticed amidst the general enthusiasm around the latest infringement action. The case of *Lex Tusk* and the broader questions around enforcing the principle of democracy in Art. 2 and 10 TEU that come with it illustrate the legal, temporal and normative tightrope any militant-democratic polity needs to walk regarding (democratic) change to its institutional order. This pertains to whether and when intervention is legitimate and the danger of foreclosing, through intervention, possibilities of legitimate institutional change.

Militant democracy and democratic reversibility: an ambiguous threshold

The concern that the sanctions provided for under the new Polish law will be used to disable the main competitor to the government party ahead of the next elections directly relates to a principle that is prominently invoked as the normative criterion for when militant democracy is legitimate: the principle of reversibility² or democratic self-correction³. The reasoning here is that, at the point where a democratic change of government through free and fair elections is no longer possible, militant-democratic interventions are permissible in order to safe-

guard the overall democratic nature of the polity. However, translating this abstract, theoretical threshold into a practical, legal one is inherently difficult – both generally speaking and for EU militant democracy in particular.

Bluntly put, one only knows that it is too late when it is too late – i.e. after an election in which democratic change has supposedly proven impossible. And even then, the case is not straightforward. For instance, one could argue that the Hungarian elections of 2022 are proof of the fact that the electoral level-playing field in Hungary is already [too tilted](#) to allow for genuinely democratic change – and that therefore, militant-democratic action by the EU is warranted or should ideally already have prevented this situation to begin with. However, there are also arguments that [strategic mistakes of the Hungarian opposition](#) contributed to Viktor Orbán winning another term in office, implying that the road to democratic reversibility is not yet (fully) closed. Establishing concrete legal criteria by which to assess the democratic reversibility in its Member States is thus an inherently difficult task, one which the Court of Justice will have to navigate when interpreting the principle of democracy in the context of the latter's defence.

Art. 10 TEU: a source of institutional conservatism?

There is a further, principled issue in relation to militant democracy and democratic change that is brought to the fore by the potential enforcement of Art. 10 TEU – that of institutional conservatism. In the context of militant democracy, institutional conservatism refers to the conflation of democracy and its underlying principles with the present institutional status quo, defending the latter rather than the former.⁴ In this light, the wording of Art. 10(1) TEU ("The functioning of the Union shall be founded on representative democracy") could lead to equating democracy and its underlying principles with *representative* democracy – a tendency which the Court displayed in its previous case law. In *Roquette Frères*, the Court speaks of "the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly" (para 33). Here,

²Note: The emphasis on reversibility as the key quality of democracy goes back to Karl Popper's *Open Society and its Enemies*. With regard to militant democracy, Issacharoff also builds his normative argument around a notion close to reversibility, namely that of renewal. See Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge University Press 2015).

³Bastiaan Rijpkema, *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance* (Routledge 2018).

⁴Patrick Nitzschner, 'On Militant Democracy's Institutional Conservatism' [2023] *Philosophy & Social Criticism* 1-21.

the Court is essentially putting the institutional cart before the democratic horse. Indirect popular participation through representation is not in and of itself a fundamental democratic principle. Rather, representative democracy, *inter alia* through the principle of ‘one person, one vote’, attempts at a specific institutional realisation of fundamental democratic principles, such as the principle of equality. However, a representative system is not the only (and [perhaps not even the best](#)) institutional model for doing so.

Whilst Art. 10(1) TEU is not likely to be the legal epicentre in the case of the infringement proceedings around Lex Tusk (but rather the right to stand for elections, as pointed out by [Vissers](#)), it is nevertheless illustrative for why tying the EU’s defence of democracy to the direct enforcement of Art. 10 TEU warrants caution. In particular, in light of the EU being the dynamic, indeterminate, multi-level polity that it is, EU militant democracy ought to be careful not to cut off democratic experimentalism and the inherent openness of democracy to change and take different forms across its Member States (e.g. a participatory rather than a representative model). Any militant-democratic legal framework, including that of the EU, should be designed in a way that prevents as much as possible a conflation between actions that attack the moral principles at the core of democracy altogether, and those who merely question whether present institutional models are the most suitable ones to give effect to those principles. The direct enforcement of Art. 10 TEU carries with it the in-built danger of militant democracy to catch both types of actions alike – a danger which needs to be highlighted as a matter of principle, even if

there is little doubt as to which of these two categories the Polish Lex Tusk falls under.

The way ahead for EU militant democracy

At this point, we do not know yet how the Commission will spell out its democracy plea and what kind of approach the Court will take in interpreting the principle of democracy and the concrete legal obligations for Member States stemming from Art. 10 TEU (assuming this case will be referred to the Court). Therefore, this is a good time to highlight the broader normative and legal challenges that come with militant democracy and the direct enforcement of the principle of democracy in the EU legal order, for which the case of Lex Tusk might pave the way. As pointed out above, the Commission’s increasing assertiveness in defending the principle of democracy as the one under threat in different ways across Member States is, in many regards, a positive development. However, if and when the Court is asked to provide a binding reading of the principle of democracy for the EU’s pluralist, multi-level polity, this reading ought to be one that does not foreclose democratic change and context-specific solutions to political challenges at the national level. Defending democracy in a way that remains in line with the nature of democracy as the dynamic, ever-evolving form of self-government that it is implies walking a normative tightrope: setting a legal and temporal threshold for when change through the democratic process is no longer possible and intervention is warranted, all whilst not curtailing (even radical) changes to the institutional status quo that remain in line with the moral principles on which democracy is based.

Nora Vissers

Enforcing Democracy

How the European Commission is Testing out the Legal Waters

doi: 10.17176/20230613-231122-0



On the 8th of June, the Commission announced the opening of an [infringement procedure](#) against Poland in relation to the so-called ‘Lex Tusk’ or ‘anti-Tusk’ law. The principle of democracy is the first alleged violation specified by the Commission, based on Articles 2 and 10 TEU. Although proposed back in 2020 by observers of the Rule of Law crisis (see [here](#) and [here](#)), using this combination of articles to protect democracy is an unprecedented step by the institution.

In a way, this follows the successful actions brought against Poland based on Articles 2 and 19 TEU (with ‘successful’ referring to the Court upholding the Commission’s complaints). It also recalls similarities with the Commission’s decision to invoke Article 2 TEU as a stand-alone provision in the [infringement proceedings](#) against Hungary’s ‘anti-LGBTQ’ law. The Commission is now testing out the legal waters to see if Article 10 TEU can be the trigger for ‘democracy’ in the same way Article 19 TEU is the trigger for ‘rule of law’.

Article 19 TEU gives expression to the Rule of Law

To provide some brief context, the CJEU has sided with the Commission in several infringement cases against Poland’s controversial laws concerning the judiciary. The Court has ruled on the lowering of the retirement age of Supreme Court judges (C-619/18), the establishment of different retirement ages for judges based on sex (C-192/18), the disciplinary regime applicable to judges (C-791/19), and the private life of judges (C-204/21).

The Commission brought these cases on the basis of the second subparagraph of Article 19(1) TEU (‘Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law’) in combination with Article 47 of the Charter.

In these rulings, the Court follows the same line of reasoning. It starts by setting out the applicability and scope of Article 19(1) TEU. To do so, it states that the

provision gives ‘concrete expression’ to the rule of law as enshrined in Article 2 TEU. Further, it asserts that the principle of effective judicial protection is a principle of EU law, which stems from the Member States’ common constitutional traditions. It recalls that Article 6 (right to a fair trial) and 13 (right to an effective remedy) ECHR enshrine this principle, and that Article 47 of the Charter reaffirms it. This use of Article 19(1) TEU to give expression to Article 2 TEU has been qualified as ‘mutual amplification’ by [Spieker](#). The former provision allows for judicial enforcement because it is more precise and the latter provision extends the scope.

The logic followed by the Court is that national courts are, in fact, EU courts and therefore they should meet the standards of judicial independence. A judge that is not independent when applying national law, cannot all of a sudden comply with standards of independence when ruling on a case when it must apply EU law. Therefore, any national court or tribunal that could potentially apply or interpret EU law should meet the standards of judicial independence, which the CJEU can uphold.

Article 10 TEU gives expression to Democracy

Given this background, the Commission now seems to be suggesting that Article 10 TEU is a provision which ‘gives expression’ to the value of democracy, as enshrined in Article 2 TEU. The Court itself appears to open the door for this in Conditionality Regulation cases. In these annulment cases, brought by Poland and Hungary against Regulation 2020/2092, the Court states:

“[...] Article 2 TEU is not merely a statement of policy guidelines or intentions, but contains values which [...] are an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order, values which are given concrete expression in principles containing legally binding obligations for the Member Sta-

¹Hungary v Parliament and Council [2022] CJEU C-156/21 [232]; Poland v Parliament and Council [2022] CJEU C-157/21 [264].

tes.”¹

The Court links values, principles, and legal obligations. It does not limit this to the rule of law, but generalises this approach for any EU value, inviting the exploration for other principles that give expression to them. Democracy, just like the rule of law, is a value laid down in Article 2 TEU. Before the Court can enforce binding obligations that stem from this value, there must be principles that give expression to democracy.

Article 10 TEU, found in Title II ‘Provisions on Democratic Principles’, provides a possibility here. Its first paragraph states ‘The functioning of the Union shall be founded on representative democracy.’ In *Junqueras Vies* the Court acknowledges that this provision ‘gives concrete form’ to democracy in Article 2 TEU. However, this case concerned a preliminary ruling regarding the election of Mr Junqueras Vies to the European Parliament, a situation more clearly within the scope of EU law.

The second part of Article 10(2) TEU states: ‘Member States are represented in the European Council by their Heads of State or Government and in the Council by their governments, themselves *democratically accountable* either to their national Parliaments, or to their citizens’ (emphasis added).

So, where ‘effective judicial protection’ is established as a principle giving expression to the rule of law, democratic accountability as found in Article 10 TEU is proposed as a principle that gives expression to democracy. The underlying argument is that ministers and heads of state or government are also actors at EU level (in a parallel manner to national courts also being EU courts). These politicians at national level cannot be democratically accountable when acting at EU level, if they are not democratically accountable as such. Therefore, the functioning of the EU as a representative democracy is only guaranteed if Member States uphold democratic standards. As outlined by the Court, the EU judicial system relies on the proper functioning of the national judicial systems. In the same vein, democracy at EU level relies on democracy at national level. Article 10 TEU makes this ‘*dual structure of democratic legitimacy*’ explicit.

Before the launch of the infringement action last week, legal scholars had already advocated for, as well as

criticised, the potential use of Article 10 TEU. *Cotter* proposes direct and indirect actions based on this provision to exclude non-democratically accountable representatives from the Council and European Council. *Verellen* discusses the possibilities in light of Hungary’s questionable changes to its electoral law. *Spieker and Bogdandy* explore how the Court can rely on a combination of Article 2 and 10 TEU to support democratic transitions. Notably, many of those in support of Article 10 TEU advocate action in light of Hungary’s electoral system (see also [here](#)).

These scholars all acknowledge the difficulty of defining democratic accountability, stemming from Member States’ differing interpretations of democracy. This difficulty in establishing the content presents itself also in the infringement procedure launched by the Commission.

Determining the content of democracy

If this case ends up before the Court, it will first decide whether it accepts this combined reading of Articles 2 and 10 TEU. Then, it needs to assess the merits of the case. To do so, it must determine the obligations stemming from the principle of ‘democratic accountability’. Without delving into the details of the Polish law (for a more detailed account see *Sadurski’s* blog [here](#)), the main controversy concerns the state committee that has the power to investigate individuals for acting under Russian influence, which can result in the committee barring them from holding public office. In its press release, the Commission claims that these investigations could cause reputational damage to election candidates.

Therefore, what this case actually concerns is the democratic principle of passive suffrage, the right to stand for election. To rule on this, the Court will have to further flesh out the content of the value of democracy, which it can do by relying on relevant provisions in the Charter, as well as the ECHR provisions and related case law.²

The Charter articles raised by the Commission do not specifically concern citizens’ rights in relation to elections. Instead, the Commission raises Articles 49, 47, 7 and 8 of the Charter in relation to principles of legality, effective judicial protection, private life and data protection.

These articles, however, do not go to the heart of the

²On defining the content of values, see Tom L Boeckstein, ‘Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU’s Founding Values’ (2022) 23 *German Law Journal* 431.

³Also recognised by the US State Department in its Press Release (May 29, 2023) *Concerns Over Potential use of New Polish*

issue, which is the undermining of free and fair elections.³ The challenge faced by the EU institutions is that the only Charter provision that really addresses free elections is Article 39. However, it focuses specifically on the European Parliament elections. It states that MEPs ‘shall be elected by direct universal suffrage in a free and secret ballot.’ This is clearly a narrower scope than Article 47 regarding the right to an effective remedy.

Moreover, the ECtHR case law on Article 3 Protocol No. 1 (right to free elections) shows that the Strasbourg Court is hesitant in its assessments on restrictions of the right to stand for election.⁴ It allows for a broader margin of appreciation for the states to put limits on the right to stand for election. The proportionality test is also more flexible when ruling on violations of passive suffrage. This means that the ECtHR leaves states some discretion for justifying laws that restrict the right to stand for election.

This raises the question whether there is enough of a common EU core of democracy for the Court to side with the Commission on this case. Even if the CJEU allows Article 10 TEU to serve as a link to enforce principles of democracy, how will it establish concrete legal obligations? Is there enough substance to be found in the common constitutional traditions of Member States for the

Court to find the Polish law in violation with EU law?

Tread cautiously when putting values in the spotlight

It seems that the EU institutions are putting Article 2 TEU more and more prominently in the spotlight. The Commission’s action against Hungary referred to in the beginning, where it invokes Article 2 TEU as a stand-alone provision, is demonstrative for this approach. Kaiser qualified this as a ‘new chapter in the saga of the European rule of law crisis’, with the warning that the approach should be ‘handled with great care’. The same call for a cautious approach can be heard from other scholars in this area, especially when it comes to infringement actions to tackle violations of a constitutional nature.⁵

The CJEU’s involvement does not magically solve the issue of democratic backsliding, especially when there is limited legal substance. Therefore, it will be especially crucial that, if this case ends up before the Court, the Commission frames its democracy claim well. It should make concrete exactly the legal obligations that stem from Article 10 TEU, which is a demanding exercise. The Commission seems to be testing out the waters here, but the democracy waters are (at least for the moment) shallower than those underlying Article 19 TEU.

Legislation to Target Opposition –United States Department of State

⁴See the ECHR’s Guide on Article 3 of Protocol No. 1, and relevant case law cited under ‘III. Passive aspect: the right to stand for election’https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG

⁵See Matteo Bonelli, ‘Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice’ (2022) 18 European Constitutional Law Review 30.

Valerie Albus

Fast-Tracking Law Enforcement at the Expense of Fundamental Rights

doi: 10.17176/20230615-231156-0



Five years in the making, the EU's e-evidence Regulation was finally adopted by the European Parliament on June 13. The Regulation will allow law enforcement authorities to directly compel online service providers operating in the EU to preserve or produce e-evidence in the context of criminal proceedings. This is achieved through applying the principle of mutual recognition to cooperation with online service providers, thereby skipping judicial control in the Member State where the service provider is established. Whilst these innovations have been lauded for facilitating access to data in cross-border cases, this blogpost will detail how the Regulation's emphasis on speed and efficiency comes at the expense of safeguarding suspects' fundamental rights. The following legal analysis is based on the [final text](#) published by the Council in January.

An EU-wide Duty of Cooperation for Online Service Providers

The e-evidence Regulation promises to facilitate and speed up the process of obtaining e-evidence from online service providers – such as Google or Meta – in cross-border cases. It defines e-evidence as subscriber data, traffic data, or content data stored by an online service provider in electronic form. Cross-border cases, meanwhile, are those in which the service provider is established or represented in a different Member State than the law enforcement authorities issuing the order. According to the European Commission, these cross-border situations [represent more than half of all requests for cooperation in the EU](#).

Prior to the reform, law enforcement authorities had to request assistance from the Member State in which the service provider is established, relying on mutual legal assistance instruments or the [European Investigation Order](#). The main innovation of the e-evidence Regulation is to create a channel for *direct cooperation* with online service providers, regardless of their Member State of estab-

lishment or the location of the data. It does so by creating two new binding instruments: the European Preservation Order and European Production Order. Whilst the former allows law enforcement authorities to request the preservation of data for the duration of 60 days, the latter allows them to compel service providers to produce data within 10 days. Due to limited space, the present analysis will mainly focus on the European Production Order, as it is the more intrusive instrument.

Expanding Mutual Recognition to Private Actors

Direct cooperation with online service providers fundamentally changes the architecture underlying criminal law cooperation in the EU. After all, cooperation has traditionally taken place between judicial authorities and relies on the principle of mutual recognition. The idea underlying mutual recognition is simple: a judicial authority in Member State A may issue an order which will then be recognised and executed by a judicial authority in Member State B. Mutual recognition instruments account for most cooperation instruments in the area of criminal law, such as the [European Arrest Warrant](#), the abovementioned European Investigation Order, or [freezing and confiscation orders](#).

The e-evidence Regulation also relies on the mutual recognition mechanism and thereby marks the first application of this principle to cooperation with private actors (for an in-depth analysis of this, [see Tosza 2019](#)). This has important procedural consequences: instead of sending a cooperation request to a judicial authority in another Member State and awaiting the recognition and execution decision by a judge, a European Production Order can be addressed directly to the service provider. Service providers must then process and give effect to the order within 10 days or, in emergency cases, within 8 hours. Non-compliance may lead to the imposition of sanctions of up to 2% of the total worldwide annual turnover of the service provider's preceding financial year.

More Speed, Fewer Safeguards?

Whilst these modalities undoubtedly reduce the time it takes for law enforcement authorities to obtain access to e-evidence, they also dispense with a crucial layer of control. Whereas the suspect could previously rely on the assessment of two judicial authorities – the first one issuing the order based on its national law and the second one ensuring that the order does not violate fundamental rights or fundamental principles of criminal law – the e-evidence Regulation effectively skips this second assessment.

This is remarkable given that the CJEU has repeatedly emphasised the importance of this second assessment in cases concerning criminal law cooperation. For example, in the context of the European Arrest Warrant, the Court held that there is an obligation to refuse cooperation where there is reason to believe that this would lead to the violation of a fundamental right, such as the prohibition of inhuman treatment (*cf. Joined Cases C-404/15 and C-659/15 Aranyosi and Căldăraru*) or the right to a fair trial (*cf. Case 216/18 LM*). Of course, these cases concern the surrender of persons and do not apply in the same manner to data-sharing. Yet, this should not blind us to the fact that data-sharing is a practice rife with fundamental rights concerns. [As the association European Digital Rights \(EDRI\) points out](#), there is a significant risk that the e-evidence Regulation will lead to a general increase in surveillance, or might get abused to target journalists, activists, and political opponents. These risks, they emphasize, are especially serious for individuals residing in Member States with systemic rule of law deficiencies. Whereas previously, they could rely on messaging services based in other countries to protect the privacy of their correspondence, the e-evidence Regulation leaves them especially vulnerable to abusive European Production Orders.

Who Guards the Suspect's Fundamental Rights?

The proposal of the e-evidence Regulation included a fundamental rights-based ground for refusal which the online service provider could invoke if the execution of a European Production Order would amount to a manifest violation of the Charter of Fundamental Rights. This provision was deleted by the Council during trilogue negotiations. Giving online service providers the possibility of refusing to execute a European Production Order by no

means seemed like a failproof way of ensuring respect for fundamental rights. Among other things, this provision was criticised for overburdening smaller service providers that may not necessarily have the infrastructure or a team of lawyers to assess whether a request for cooperation complies with fundamental rights law. It was also pointed out that leaving fundamental rights control to the service providers would effectively lead to a privatisation of law enforcement (for a critical overview of the e-evidence proposal [see Franssen 2018](#)).

Instead, the final text of the Regulation creates a notification requirement that aims to bring the burden of the fundamental rights control back to the state. For European Production Orders issued to obtain traffic or content data a copy of the order should be transmitted to a 'competent authority' in the Member State where the service provider is established. The Regulation leaves it to the law of the Member States to determine who this authority is and does not expressly require them to be a judicial authority. The competent authority then has 10 days or, in emergency cases, only 4 days to raise a ground for refusal.

The Result: Serious Fundamental Rights Concerns Remain

However, even with a notification requirement, the fact remains that henceforth the logic underlying cooperation requests will be reversed: instead of a judicial authority actively taking a decision on the recognition and execution of an order emanating from another Member State, automatic execution is now the rule, except where the competent authority chooses to intervene and raise a ground for refusal. This arrangement is fundamentally at odds with meaningful judicial oversight which is key to safeguarding fundamental rights in the context of extra-territorial enforcement of criminal law.

Moreover, practical considerations raise doubts as to whether the notification requirement will be suited to uphold a high and uniform level of fundamental rights protection in practice. Firstly, the person whose data is being sought might not necessarily be a national of the Member State that gets notified, and this might reduce the incentive of the competent authority to oppose the request. Secondly, the workload between the different competent authorities is bound to differ significantly. For example, it is likely that the designated authori-

ty in Ireland, which hosts most European headquarters of Big Tech companies and has expressed its intention to take part in the application of the Regulation, will receive a comparatively high number of notifications. In light of the short time limits and the fact that many EU Member States – including Ireland – are already struggling with overburdened justice systems, it is unclear whether this notification requirement can provide an effective layer of protection. Finally, the fact that requests for subscriber and traffic data obtained for the sole purpose of identify-

ing the user are excluded from the notification requirement does not exactly lessen concerns over surveillance.

In conclusion, the modalities of the e-evidence Regulation make it plain that the instrument was designed primarily with the interest of law enforcement authorities in mind. It is doubtful whether the purported advantages of direct cooperation will outweigh the risks of abuse and fundamental rights violations – but evidently, this is a price that the EU legislator was willing to pay.

Klaas Hendrik Eller

Regulating the Sustainability Transition

The Corporate Sustainability Due Diligence Directive Ahead of the Trilogue

doi: 10.17176/20230609-231159-0



The European Parliament's [adoption of its position](#) on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) last week marks a breakthrough for transnational corporate regulation. At a moment when the EU Green Deal was facing open opposition from within the European People's Party Group (EPP), rapporteur Lara Wolters (S&P) withstood lobbying efforts until the final minute and secured a majority for her [report](#). With a strong mandate for the Parliament in the upcoming Trilogue, the EU has come a big step closer to passing the most ambitious due diligence legislation worldwide.

The EU legislation will be the apex, for now, of the [transnational movement](#) around corporate accountability for human rights violations. Ten years ago, the factory collapse of Rana Plaza in Bangladesh epitomized the weak [regulatory framework](#) for global value chains where, in law and broader parts of public opinion, rights violations along value chains were considered 'too remote' to be connected to the responsibilities of lead firms. Since then, much has changed in political discourse, consumer perception and ultimately also legal baselines. The catalyst has been a unique set of transnational rules, the [UN Guiding Principles on Business and Human Rights](#) (UNGP) of 2011. The UNGPs redefined the terms of the debate around corporate accountability with respective responsibilities of states, companies and civil society and put forward 'due diligence' as a new legal mechanic through which lead firms ought to scrutinize their value chains. Like the German Supply Chain Act of 2021, the CSDDD largely follows the UNGP, it is transnational both in its reach and the origins of its underlying concepts.

Mandatory due diligence between rights and risks

The UNGP sought to infuse human rights into business operations and used 'due diligence', a concept that seemed familiar in the world of business, to translate human rights into the private sphere. This move driven by 'principled pragmatism' was characteristic of the mind behind the UNGP, international relations scholar and di-

plomat John Ruggie. In terms of legal conceptualizations, his key achievement was two-fold. First, the UNGP sideline lengthy debates on the 'horizontal' applicability of human rights that had created a deadlock in national and international debates. The procedural nature of due diligence turns human rights into performance benchmarks and shifts the debate from the level of interpreting rights to the mechanisms of controlling compliance. Second, the UNGP extend the sphere of responsibility beyond contracting parties and give meaning to the many mediated relationships and interconnections that mark the global economy.

Tracing such dynamics between the global and the local, between lead firm practices and working conditions at small suppliers, between economic interests, environmental footprint, and development requires adopting a *systems perspective* that breaks some of the cognitive and legal frames that work to dissociate and invisibilize, rather than integrate such dynamics. In particular, the UNGPs contest the boundaries that the concepts of contract and corporate personality draw for individual responsibility. The conceptual innovations come at the price of exposing human rights to a logic of risk assessment in which companies enjoy broad interpretive and managerial authority. The UNGPs [reshuffle our understanding of public and private](#) means of regulation in a potentially very impactful, yet also fragile manner that is prone to corporate capture. It is important to note this inherent tension in the idea of effective protection of rights through a procedural framework of corporate risk assessment, which is at the bottom of many debates around the CSDDD.

The European Parliament's position

Within the EU, the Parliament has been a critical actor for the CSDDD from the start after calling for corporate due diligence in a [2021 resolution](#). The Parliament's position adopted last week goes beyond the EU Commission's initial [proposal](#) and the EU Council's [position](#) in several important respects. The amount of amendments testifies

to the fact that value chain due diligence is a new mode of regulation that raises a host of open questions for legislative design. The Parliament agreed to expand the notion of ‘value chain’ to include not only suppliers of goods and services, but also downstream activities such as sale, distribution, and transport (while excluding consumption). It further expressed support for a lower threshold for the personal scope of application both for EU-based and non-EU companies and wants to see the financial sector included. Moreover, MEPs strengthened the mix of enforcement mechanisms, not only by expanding provisions on civil liability but also around administrative oversight and sanctions. The latter may go up to 5 % of the net worldwide turnover and include suspension from public procurement. Lastly, the Parliament substantiated the environmental and climate side of due diligence which is still [gaining contours](#) in international documents and practice. Due diligence shall also relate to the Paris Agreement and companies are expected to formulate a ‘transition plan’ tied to directors’ remunerations that can be a powerful decarbonizing instrument alongside due diligence.

Attaining root causes of unsustainable corporate conduct

How effective can such a refined due diligence legislation be? Some have pointed to the need for a clear inclusion of [workers’ voice](#) and the problematic role played by [social audits](#) and certification – despite their many well-established shortcomings. Mandatory due diligence indeed does not overcome previous regulatory paradigms of private governance and transparency, but makes them a building block of due diligence. However, the Parliament’s position takes a big step ahead by acknowledging how rights violations are often intrinsic to business models. Establishing this connection requires seeing rights violations as in-built features of value chain organization rather than as sporadic cases of wrongful individual management decisions. For example, through excessively short order timelines as known under the ‘[fast fashion model](#)’ and by [price squeeze](#) along the chain, lead firms contribute to highly volatile supplier relations and vulnerable working conditions on the ground. While a bit under the radar of the public debate, the Parliament’s position introduces references to living wages and business models that open the door to a more structural critique of corporate practices in today’s economy.

On the other side, the Parliament backs or introduces several practical tools of standardizing compliance that might further a culture of routinised checkbox due diligence. Those include the development of guidance on due diligence by the Commission, the formulation of model contract clauses to be used towards suppliers and the endorsement of value chain management IT to operationalize due diligence. In addition, there will be particular assistance for small and medium enterprises (SMEs). Those tools are a reaction to business demand for more ‘legal certainty’ – a claim that had already been made prominent by the EU’s [Regulatory Scrutiny Board](#) in its back-to-back [negative opinions](#) on the impact assessment by the Commission. Legal certainty, however, has a different bearing in due diligence legislation than under previous command-and-control forms of regulation. The openness of the due diligence procedure stems from its aspirational, reflexive and participatory character. It invites companies to develop tailored mechanisms and priorities within broad margins – rather than subjecting them to unpredictable state sanctioning, as in the liberal understanding of legal certainty as a bedrock of the rule of law. The French Constitutional Court had missed this point in its 2017 [decision](#) invalidating parts of the [French due diligence law](#). Going forward, this changing role of legal certainty needs to be exposed. Arguments of legal certainty here often work in favor of a minimalist, standardized and unambitious due diligence process.

What to expect in the Trilogue: Push for full harmonization? ~

Next to questions of scope and civil liability, the degree of European harmonization will be a central issue in the starting Trilogue negotiations. As a Directive, the CSDDD does not automatically require full harmonization but allows Member States to have stricter rules consistent with the Directive’s goals. But the creation of a level-playing field overcoming national fragmentation was a central aspiration of the EU Commission and was highlighted in the Parliamentary resolution of 2021. Companies have also lobbied for a uniform legal framework. The Parliament refrained from framing the CSDDD as full harmonization, but included a ‘Single Market Clause’ that requires ‘coordination’ towards full harmonization and foresees an evaluation after six years to consider a conversion of the Directive into a Regulation. Maintaining Mem-

ber States' ability to expand the scope and enforcement mechanisms will be important. Due diligence remains an emerging regulatory mode for which input and innovation from different regulators are welcome – similar to the early days of EU consumer law before the *acquis* consolidated. At the very least, if the EU and the Commission narrow the space for Member States' initiatives, they will bear a heavy responsibility of updating and adjusting due diligence in exchange with stakeholder groups. Furthermore, the timing of the release of the updated [OECD Guidelines for Multinational Enterprises](#) earlier this week underlines that standards and interpretation of due diligence will be subject to transnational regulatory competition.

The EU Green Deal and the mode of law for the sustainability transition

The CSDDD is a cornerstone of the EU Green Deal and as such complemented by several other legislations and agendas, including the [Deforestation Regulation](#), the [Conflict Minerals Regulation](#), the proposed [Forced Labour Regulation](#) and the overarching EU [Circular Economy Action Plan](#). In times of trade disruptions and scarce

critical commodities, sustainability becomes intertwined with geopolitics, as regulators around the globe growingly use global value chains as a regulatory proxy to attain different policy objectives, including the security of supply. Due diligence has been [criticized](#) as protectionist, placing excessive burdens on small suppliers in the Global South and [failing](#) to generate a positive impact on development.

The CSDDD has yet to find its place in a contested transnational regulatory space while remaining sensitive to the local differences it encounters across its diverse contexts of implementation along global value chains. The entangled transitions of systems of production, food, mobility, construction, energy and more will require a mode of law that reflects systemic dynamics and integrated thinking about different [ecologies of law](#)—a generational project which Horatia Muir Watt calls '[law's ultimate frontier](#)'. Due diligence can be part of such an emerging mode of law. The current shape of due diligence will not bring this search for a new legal consciousness to an end. Rather, as John Ruggie argued for the UNGP, '[it marks the end of the beginning.](#)'

Petra Bárd

Can the Hungarian Council Presidency be Postponed – Legally?

doi: 10.17176/20230623-231027-0



By now, it is commonly agreed that Hungary is no longer a democracy (see e.g. the [Resolution of the European Parliament](#), the assessments of [V-Dem](#) or [Freedom House](#)). I will offer in this blogpost some legal underpinnings to the argument that occupying the Council presidency must rotate only among those states that are in compliance with Article 2 TEU values including the rule of law, those that are fully fledged representative democracies in line with Article 10 TEU, that have been in line with Article 49 TEU at the time of accession and never regressed, in line with the CJEU case C-896/19 *Repubblika*.

Thereby I will join the recent brainstorming by the [Meijers Committee](#) and others including the [European Parliament](#) on whether and if so, how to prevent Hungary (and perhaps also Poland) – Member States unfit to represent common EU values and interests – from holding the EU presidency in the second half of 2024 (and consecutively in the first half of 2025, respectively).¹

I will show – following the argumentation in the CJEU twin judgments on the Conditionality Regulation – that postponing the Council presidency would not be a punishment of Hungary (unlike a sanction under Article 7(3) TEU if it ever got invoked), but a way of the EU protecting itself, which is a direct legal consequence of the Hungarian government systemically, repeatedly and gravely violating common European values. Not only will I show that the EU has the power to do so, but I will argue that it is a category error to pretend that democracies are to be treated equally with hybrid or authoritarian regimes.

The meaning of ‘equal rotation’

You must not fight the rule of law by breaking it. So, the question whether a postponement of the Hungarian presidency was in line with the rule of law is a highly relevant one.

¹For the auditory learners here is an excellent interview with John Morijn and Alberto Alemanno, for the rest of you, see here, here, and here.

²As per Article 236 b) TFEU.

The Treaties say little about presidency of Council configurations: Article 236 TFEU and Article 16(9) TEU are circularly pointing to each other, the latter only saying that the presidency be held by Member States “on the basis of equal rotation” – a manifestation of the principle of equality of Member States. This does not mean that the same order must be followed every 13-14 years (or more generally the number of Member States divided by two). In the past, this period has already been extended and shortened. The change in the number of Member States obviously results in an automatic change in the distance between two presidencies of a given Member State, but even beyond that the treaties give ample room of manoeuvre. As long as it respects the principle of equal rotation and some other vague requirements, such as [diversity and geographical balance](#), the Council determines the presidency configurations – other than that of the Foreign Affairs – by a qualified majority, so it does not require the consent of the Member States that might need to be side-lined.² The Council presidencies for the period between 2016-2030 are laid down in Council Decision (EU) 2016/1316, and the Council can change this by a qualified majority.

In the past such changes in the agreed order of presidencies only occurred upon the request of a Member State or due to a change in the number of member countries. Therefore, it is questionable whether the proposal to postpone the Hungarian presidency – obviously not upon the request of the Hungarian government itself – was a comparable situation. [Martijn van den Brink](#) argues it wasn’t, and only a sanction under Article 7(3) would provide a legal basis for doing so. Albeit the “equal rotation” requirement leaves some room of manoeuvre for the Council, if the Hungarian presidency was indeed to be postponed until the sanctioning procedure under Article 7 comes to an end (a procedure that has not even

been triggered), as van den Brink suggested, he is certainly right that we would run out of a timeline that still qualifies as 'equal rotation'. Irrespectively of an Article 7 procedure, also from a substantive perspective, if we connect Council presidencies to the restoration of the rule of law, the 'equal rotation' requirement is unlikely to be met. And here we only talk about restoring black letter law, procedures and institutions, and not a rule of law culture, the rebuilding of which takes even longer.³

So, is the idea of a change in the order of Council presidencies dead on arrival?

Legal consequences in a militant democracy, not sanctions: the twin judgments on the Conditionality Regulation

Two issues come to mind. First, the question emerges whether postponing the presidency was indeed a sanction or just a self-defence mechanism of the EU. The European Council [website](#) makes an analogy between Council presidencies and dinner hosts making sure that guests are having a good time and meaningful exchanges. How can someone create a good atmosphere and facilitate discussions when they themselves are hostile to the views of their own guests? How can Hungary as a "bad citizen" for more than a decade be a good host? It is repeatedly attempting to sabotage the ordinary work of the Council trying to use its veto on unanimity matters to leverage decisions on other points – e.g. blocking the budget in exchange for watering down the Conditionality Regulation, or blocking Ukraine sanctions to clear the way for it to continue to do business with Russia in violation of the very sanctions that the other EU member states were unanimous in agreeing to impose? How can it ensure smooth discussions on difficult topics, while fighting with virtually all the other countries on almost every issue – from showing hostility towards Sweden because the government there made the uncontroversial observation that there was little rule of law in Hungary, to challenging the use of gender in EU statements? How can Hungary act as a

trustworthy conciliator when all funds except the agricultural funds have been suspended due to its total disregard of the values of the rest of Europe, and for having broken its own promise to protect and promote these same values?

In determining the legal nature of the postponement of the presidency, the twin judgments of February 2022 on the Conditionality Regulation are helpful. The CJEU emphatically stated that the values entrenched in Article 2 TEU "define the very identity of the European Union as a common legal order. Thus, the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers as laid down by the Treaties."⁴ And Article 7 is not the only tool in the toolbox to protect Article 2 TEU values.⁵ The CJEU also laid down certain requirements for rule of law tools beyond Article 7 TEU to be legal: accordingly, the EU legislature must refrain from establishing a parallel procedure essentially duplicating Article 7 TEU.⁶ What made the Conditionality Regulation fundamentally different and thus legally permissible – apart from a genuine link to the EU budget –, was that it did not amount to a general rule of law mechanism, and did not even have a sanctioning objective, instead it attached legal consequences to rule of law decline, thus it did not create a parallel procedure to Article 7 TEU with the same objective.⁷ The fact that financial corrections are not penalties has long been established case-law.⁸ One could now similarly argue that postponing the presidency was not a sanction either, instead a natural consequence of rule of law decline which made Hungary ill-suited to become an 'honest broker'. Hungary is not being punished (that is only possible under Article 7(3) TEU), but instead the Council is protecting itself from harmful influence, the same way that the conditionality mechanisms prevent the budget from being abused. The emphasis is not on the sanctioning effect, i.e. what rights Hungary would be deprived of by not holding the Council Presidency, but such a step could rather be qualified as militant democracy in action: the EU as a democratic entity is protecting itself

³Cf. Ralf Dahrendorf's overused observation that it takes six months to reform the political systems in Eastern Europe, six years to change the economic system, and sixty years to create the social foundations required.

⁴CJEU, Case C-156/21 Hungary v Parliament and Council, para. 127, Case C-157/21 Poland v Parliament and Council, para. 145.

⁵C-156/21, para. 159, C-157/21, para. 195.

⁶C-156/21, para.167, C-157/21, para. 206.

⁷C-156/21, para. 353.

⁸CJEU, Case C-247/98, Greece v Commission, para. 14.

from its internal enemies.

The twin CJEU decisions on the conditionality mechanism give a green light to attempts by the EU institutions to buffer themselves from the harmful effects of a rogue Member State, provided the procedure in question “has a legal basis for doing so”. (C-156/21, para. 168, C-157/21, para. 207.) And here we must address the Treaty basis of determining the order of Council presidencies and explore whether hybrid regimes should be treated equally to democracies.

Avoiding the category error: the force of Article 7 TEU

The second question is whether the ‘equal rotation’ requirement applies to all Member States no matter what, or whether there is a chance of treating democracies and non-democracies differently. This problem is very apparent in the methodology of rule of law monitoring tools, such as the Commission’s [Annual Rule of Law Report](#). In line with the principle of equality of Member States – also enshrined in Article 4(2) TEU – the same benchmarks are used to make the assessments. On paper that sounds good, but if you investigate the details, you will grasp the absurdity of the situation. Benchmarks that are relevant for democracies are dysfunctional in autocracies. For example, in a democracy the principle of judges’ irremovability or the decent financing of media authorities is a must; in autocracies or hybrid regimes respect for the same principles means irremovability of non-judges appointed via illegal procedures or granting state support to the main enabler of government propaganda.

The findings behind the suspension of funds under the Conditionality Regulation, the Common Provision Regulations and the Charter horizontal enabling conditions, can be useful in proving that rule of law violators are indeed qualitatively different from the rest of Europe. How about the Article 7 procedure, especially its preventive prong, and especially if the process is still ongoing?⁹ The difficulty lies in the nature of the proceeding, which is much more political than legal, without a judicial decision in the end. Thus, the principle of *res iudicata pro veritate habetur* is of no help here. But the wisdom of Judge Donnelly sending the preliminary reference in the *LM (Celmer)* surrender case to Luxembourg is. She em-

⁹I am not even considering the next level procedure under Article 7(2)-(3) unlikely to even be triggered under the current Treaty constellations.

¹⁰High Court of Ireland, decision of 12 March 2018, *Minister for Justice and Equality v Celmer* [2018] IEHC 119, paras 115-116.; CJEU, C-216/18 PPU, *LM*, para. 61.

phasised the political nature of Article 7 TEU and concluded that the outcome of an Article 7 procedure was less relevant for determining the state of the rule of law in another Member State. Instead, she reasoned that documents produced during the process may serve as persuasive evidence to be considered.¹⁰

If Justice Donnelly is right, the [Sargentini report](#) from 2018, i.e. the document triggering the Article 7(1) procedure against Hungary, or the follow-up [report by Delbos-Corfield](#), passed by an even larger margin in September 2022, could serve as pieces of evidence – especially if surrounded by other proofs such as the Conditionality Regulation procedure, the Commission’s Annual Rule of Law Reports, infringement procedures and European court judgments disregarded –, for the case to be made that Hungary is unequal to other Member States.

Broader consequence: a multi-speed Europe realised

Whether the Hungarian Council presidency will take place next year or not, the brainstorming around its postponement shows that Hungary is side-lining itself from the rest of Europe. The Hungarian and Polish rule of law declines are used as case studies to test other Member States’ own democratic resilience and rule of law sustainability, and indeed a series of [workshops](#) have been organised on militant democracy, checking whether other European countries’ legal systems would resist an illiberal challenge.

But EU Member States do more than rethinking their internal democratic resilience and rule of law sustainability. Measures are introduced at the supranational level to save the (rest of the) EU from its internal enemies, thus giving as little room and money to illiberal regimes as possible. Unlike the Council of Europe, the EU does not provide a legal basis for expelling a member country for violating its core values, and the various rule of law enforcement mechanisms are still being tested. Attempts for Member States to quit from the EU, leave the *enfant terrible* behind, and create an EU No. 2 is more of an entertaining intellectual exercise than a real option. Another possibility would be to do away with unanimity and revert to majority voting in all areas. Illiberal govern-

ments have proven that they will blackmail EU institutions and other Member States whenever it has a chance and demand something in return of giving its vote. But giving up unanimity, just like the insertion of an expulsion clause, requires unanimity, so this is also a theoretical option.

So instead, the EU seems to be going into the direction of a two-speed Europe: giving the problematic Member States as little room as possible to destroy the EU. This is not only happening in the form of classic enhanced cooperation, but Hungary is left behind in a more indirect and organic manner too, when it fails to fulfil certain rule of law conditionalities.

Taking up the point of the previous chapter, we see more and more legal consequences attached to rule of law backsliding and systemic violations of fundamental rights. None of these are sanctions, albeit they are often misrepresented as such by the illiberal govern-

ments. Pushing Hungary out of [Erasmus+ and Horizon Europe](#) was misrepresented by the Hungarian government as Brussels sanctioning (taking revenge against) students and researchers due to its controversies with Budapest. But again, this wasn't a sanction, but a defence mechanism by the EU to stop funding Member States and their projects that do not respect Article 2 TEU values or the Charter of Fundamental Rights. Excluding Member States from holding the Council presidency – in whichever form – would smoothly fit into side-lining illiberal states by the rest of the EU.

Not making a choice is a choice, and remaining silent about the absurdity of illiberal regimes representing the EU would normalise the phenomenon. Irrespective of the odds that anything would happen, it is certainly beneficial that a broader debate evolves, and concerns are formulated doubting whether Hungary was fit to represent a common Europe.

Martijn van den Brink

An Inconvenient Constraint

A Hungarian Council Presidency and the EU's Rule of Law
doi: 10.17176/20230607-231101-0



On 1 July 2024, Hungary is set to take over the Presidency of the Council of Ministers. The idea that a state subject to the Article 7 TEU procedure and the rule of law conditionality mechanism procedure will helm Council meetings and represent the Council vis-à-vis other EU institutions – potentially also in files relating to the rule of law – has understandably been a cause for concern and criticism. The European Parliament adopted a [resolution](#) on 1 June questioning how Hungary could fulfil the important tasks of the Council Presidency and asking ‘the Council to find a proper solution’. It also recalls that ‘it could take appropriate measures if such a solution is not found’ (it does not say what measures). One week earlier, the Meijers Committee published a report in which it identified three concrete options that it argues could be pursued to prevent Hungary from exercising the Presidency ([here](#) and [here](#)). The same points were in the last days repeated in op-eds [here](#) and [here](#).

These proposals raise questions of political feasibility, however, especially as one may [doubt](#) if a Hungarian Council Presidency can do much practical damage to the EU. In addition, they also raise questions of legal feasibility. A logical prerequisite for preventing Hungary from holding the Presidency as long as it breaches the rule of law is that doing so is consistent with the EU's own rule of law. I doubt it is.

Article 16(9) TEU: equal rotation in the Council Presidency

The legal principle at the heart of the matter is that the Presidency of the Council shall be held by Member States ‘on the basis of equal rotation’. We find this principle in Article 16(9) TEU:

“The Presidency of Council configurations, other than that of Foreign Affairs, shall be held by Member State representatives in the Council *on the basis of equal rotation*, in accordance with the conditions established in

accordance with Article 236 of the Treaty on the Functioning of the European Union”.

This provision does not establish the details of these Council configurations or the manner in which these details are to be determined. The latter is governed by Article 236(b) TFEU, which reads as follows:

“The European Council shall adopt by a qualified majority ... a decision on the Presidency of Council configurations, other than that of Foreign Affairs, in accordance with Article 16(9) of the Treaty on European Union”.

Article 236(b) TFEU has served as the legal basis for Council Decisions regulating the exercise of the Council Presidency, but it explicitly provides that any rules adopted under it *shall* be adopted in accordance with Article 16(9) TEU: i.e., in accordance with the requirement that the Presidency of the Council shall be held ‘on the basis of equal rotation’.

As we will see below, this provision leaves room for some fluctuation in the order of Council Presidencies, and the Council can by a qualified majority decide on the sequencing of the Presidencies, for instance in order to ‘[take account of the diversity of the Member States and geographical balance within the Union](#)’. However, these political decisions must comply with the principle of equal rotation, so member states cannot be easily bypassed, and certainly not to the extent that they do not get their turn to preside over the Council before other states get a second turn.

The legal inevitability of a Hungarian presidency?

How do the proposals for preventing Hungary from exercising the Presidency deal with the legal constraints imposed by Article 16(9) TEU? Perhaps because they are a little inconvenient, they do not.

Neither the provision nor the requirement of equal rotation is mentioned in the Parliament resolution; of course, there is no reason it had to since the resolution makes

no concrete suggestions. In contrast, the report of the Meijers Committee repeatedly cites this provision; it even calls it ‘the legal basis’ for Council Presidency configurations. Yet the report does not reflect critically on the legal constraints this provision imposes. The most detailed discussion of Article 16(9) we find on page 7 of the report where the following argument is made:

“Every Member State is entitled to hold the Presidency “on the basis of equal rotation” as laid down in Article 16(9) TEU. The equal rotation is an expression of the principle of equality of Member States enshrined in Article 4(2) TEU and, together with the system of troikas, seeks to guarantee burden sharing while at the same time enabling coherence and co-ordination. At the same time, the Presidency is a demanding task with specific requirements flowing from the various (European) Council Decisions, the Council’s Rules of Procedure and established policy rules adopted by the Council itself.”

The crux lies in the last sentence of this paragraph, where the authors of the report seemingly try to water down the requirement of equal rotation. They admit that it is an important requirement that gives effect to the equality of Member States, but then tell us that the Presidency is ‘a demanding task with specific requirements flowing from’ various Council Decisions. The problem, of course, is that this is not a legal argument that defuses the requirement of equal rotation. Article 16(9) TEU gives member states a right to preside over the Council. It is a sanction to remove this right (obviously not merely a [precaution](#)). Nothing in Article 16(9) TEU suggests that a sanction is due when states are for some reason unable to perform the demanding tasks of the Council Presidency. Moreover, the report glosses over the fact that Council decisions adopted under Article 236(b) TFEU must respect Article 16(9) TEU and thus not compromise the principle of equal rotation.

One solution is available, at least hypothetically. The Meijer Committee rightly notes that on the basis of the [2009 Council Decision](#) on the exercise of the Council Presidency, the three members of the Presidency group (the Troika) may “decide upon alternative arrangements among themselves” and “by common accord determine the practical arrangements for their collaboration”. Ac-

ording to article 20(2) of the [Rules of Procedure of the Council](#), it may be decided ‘at the Presidency’s request and acting on its instructions, that representative or a member of that group shall replace it as and when required, shall relieve it, where necessary, of certain tasks and shall ensure the continuity of the Council’s proceedings’. Therefore, the Troika members could decide that Hungary will not chair Council meetings where rule of law issues are discussed. But since this would need to happen at the request of the Presidency, i.e. Hungary, and in accordance with its instructions, one may question whether this is much of a solution at all.

Yet unfortunately for everyone concerned about a Hungarian presidency, other solutions that have been proposed seem legally impermissible. The Meijer Committee also suggests that member states, either within the framework of Decisions regulating the exercise of the Council Presidency or by amending this framework, can delay states subject to the Article 7 TEU procedure or the rule of law conditionality mechanism procedure in holding the Presidency. In support of this proposal, they cite the fact that also in the past ‘relevant developments have led to changes in the order of the Presidencies’.

However, previous changes in the order of the Presidencies can hardly be regarded as relevant precedent for the current situation. Four of these happened upon the accession of new member states, one in 2002 at the request of Germany due to its upcoming elections, and one in 2009 to accommodate the changes introduced by the Lisbon Treaty. The case of Hungary is very different. While the four changes to the Council Presidency configurations following the accessions happened to include new member states on the basis of equal rotation, and the delay in the German presidency happened at the behest of Germany itself, the proposals discussed here seek to deny Hungary the right to hold the Presidency against its will.

But more importantly, while these examples show that the order of the Presidencies can be changed, such changes should respect the principle of equal rotation. So delays in when states can take up the presidency should not become quasi-permanent. Or rather, any delay should be temporary and short-term in order to observe the requirement that the Council Presidency is held on the basis of equal rotation. And therefore, since the realistic scenario is that the rule of law deficiencies in Hungary will not be resolved any time soon, Hungary would be blocked

from the Presidency for the foreseeable future if the suggested solutions of the Meijer Committee are implemented. This seems incompatible with the principle of equal rotation.

Is there then nothing that can be done? The proper course of action would be to follow the Article 7 TEU procedure. If a serious and persistent breach by a member state of the rule of law is found, it would be possible to suspend ‘certain of the rights deriving from the application of the Treaties’. A possible sanction would be to deprive them of the right to hold the Council Presidency. Of course, it is unlikely that this procedure will be used – the shortcomings of the Article 7 TEU procedure are well known and need not be restated here – but it is the procedure the EU has for depriving states of their rights for violations of the rule of law. One may be convinced this procedure should be amended to make it more effective (as I am), but I sincerely doubt the EU should ignore or manipulate its constitutional procedures when these fail to give it the results it likes (for similar concerns see [here](#)).

Being committed to the EU’s rule of law?

Just as there are [perils to passivity](#) in the EU rule of law crisis, there are perils to proposed EU action that violates the EU’s very own rule of law. It might be interesting to contemplate such measures at academic conferences, but we should be careful to present them as lawful measures that can be implemented in the short run. This merely distracts us from the debates we should be having and from finding the solutions that can and should be found. For example, Parliament has no right to prevent Hungary from holding the Presidency of the Council, so it does not help to suggest it [can or should](#) do so. Yet more importantly, such proposals sit uneasily with a commitment to the rule of law and therefore risk being self-defeating. Perhaps a broader debate is needed about when the EU might have to bend its own rules to protect the values on which it is founded. But in principle, a commitment to the rule of law should mean a commitment not only to the national rule of law but also to the at times inconvenient constraints of the EU’s own rule of law.

This text has also been published as a policy position on the Jacques Delors Centre website.

Thu Nguyen

Institutional Corsets and the Question of Timing



How Much Damage Can the Hungarian Council Presidency Do?

doi: 10.17176/20230603-231019-0

There has been a lot of noise around whether Hungary should, and legally could, be blocked from taking over the Council presidency in the second half of 2024, considering the state of the rule of law in the country. On 1 June, the European Parliament adopted a resolution, questioning Hungary's ability to "credibly fulfill" the tasks of a Council presidency and asking the Council to "find a proper solution as soon as possible", else Parliament could take "appropriate measures".

The Meijers Committee has laid out avenues how the Hungarian presidency could be postponed [here](#) and [here](#), despite such possibility not explicitly foreseen by the Treaties. Proponents of doing so argue that a member state in breach of EU fundamental values and subject to the [suspension of EU funds](#) on rule of law grounds should not be able to chair one of the main EU institutions. Such concerns are legitimate, but another question seems to be sidelined in the debate: How much practical damage can the upcoming Council presidency under Hungary actually do in the EU?

The answer is, arguably, not all that much.

The institutional role of a Council presidency

The presidency of the Council rotates between EU member states every six months. Member states holding the presidency work in groups of three ('trio') to ensure consistency and coherence in the Council's work. Hungary is set to be in a trio together with Spain (second half of 2023) and Belgium (first half of 2024).

A Council presidency has three main roles: Firstly, it sets the agenda in the Council and chairs the Council meetings. Secondly, it acts as an honest broker between the different member states and is expected to mediate between the different interests and foster compromise in the Council. And thirdly, it represents the Council in relation to the other institutions, most notably in the dialogues with the European Commission and European Par-

liament. These are important prerogatives. Setting the agenda means that a Council presidency has the power to prioritise policy topics during its term and can influence which specific policy issues will receive the most attention, time, and resources in the Council. In addition, as no other member state has a representative in the trilogue negotiations, the member state holding the presidency also enjoys leeway in how to conduct them.

And yet, a Council presidency is not as powerful as it is at times portrayed. It neither sets the [agenda for the EU](#) nor is it the "head of the EU" as has been claimed. Rather, it operates in a tight institutional corset between the European Commission and the European Council. This is especially the case after the Treaty of Lisbon limited its powers by separating the Council presidency from the presidency of the European Council and the chairmanship of the Foreign Affairs Council (FAC).

On the one hand, the Council does not have a right to initiative. This belongs exclusively to the European Commission. Council presidencies, thus, depend on the Commission to make legislative proposals and they must work within the Commission's own agenda. On the other hand, the Council is not a decision-maker of last resort. While the main legislative work takes place at Council level, it is the heads of State or government that ultimately decide on particularly contentious or politically sensitive issues in the European Council.

In addition, a Council presidency term only lasts six months, even though preparations for a presidency begin well in advance. The [average length](#) of EU legislative files adopted at first reading in the ordinary legislative procedure is 16 months; at second reading it is 36 months. This means that many legislative dossiers cannot be concluded from start to finish within a single Council presidency. Consequently, an incoming presidency inherits significant parts of the agenda from its predecessors. Likewise, its own dossiers will likely stretch well into the next pres-

idency. This significantly limits the room for maneuver in setting the agenda.

So arguably, the damage a Council presidency can do in general is limited. This is even more so the case when it comes to the next Hungarian presidency.

A question of timing

Hungary is set to take over the rotating presidency on 1 July 2024, right after the European Parliament elections. The Hungarian presidency will, thus, fall in a period during which the EU institutions will be busy with the distribution of positions and, most notably, the appointment of the new Commission. As a result, little legislative work will happen during that time. History has shown this. After the last European Parliament elections in 2019, the legislative files moving forward under the Finnish presidency in the second half of the year were significantly fewer than normal: agreements were reached on [18 texts](#) during its term. For comparison, the Estonian presidency brokered [76 agreements](#) in the second half of 2017, the Austrian one reached agreements on [128 documents](#) in the second half of 2018, and the French presidency even managed to foster agreement on [130 texts](#) last year.

The first presidencies after European elections are, thus, traditionally quiet. If ever there was a time for a Hungarian presidency to do as little damage as possible to legislative procedures, it is probably in the upcoming term.

Overall, concerns on whether a member state subject to an article 7-procedure as well as a procedure under the rule of law conditionality mechanism would be able to credibly chair and represent the Council are valid. In the same manner, it is understandable why the European Parliament would have an interest in underlining its role as the guardian of European values through its resolution. However, changing the order of the Council presidencies would require action by the member states – Parliament has no say in internal Council business – who seem to have little appetite to pursue any such avenue. Depriving another government of their turn to chair the Council would, after all, mean changing the rules of the games with uncertain outcomes – and in this case to prevent a presidency that, arguably, cannot do a lot of damage in the first place.

This text has also been published as a policy position on the Jacques Delors Centre website.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

How to Rebuild Poland's Rule of Law

doi: 10.17176/20230624-111021-0



Ahead of the next parliamentary elections, a core question is whether and if so how we can restore Poland's rule of law. While the current effort is understandably focused on resurrecting the Constitutional Court and rebuilding an independent judiciary and prosecution, in this post I argue that a purely institutional approach won't be enough. It obscures that Poland's particular vulnerability to rule of law backsliding is linked to on-going public disengagement and indifference thereto. This is arguably rooted in the top-down nature in which Poland's rule of law was built in the first place, and the persistent failure to build a culture of constitutional fidelity amongst Poland's citizenry since its democratization in 1989. Following the [impressive march on 4 of June 2023](#) to commemorate the anniversary of first democratic elections of 1989, it is thus imperative to continue to mobilize and build lasting defiance on the ground in order to truly work towards a restoration of the rule of law in Poland.

Revisiting 1989

After 1989, Poland's trajectory was defined by the gradual dissociation from its communist past, inter alia, by highlighting the rule of law as the meta-principle of the entire legal system. The achievements in this regard are unquestionable, with membership in the European Union in 2004 considered the culmination of this great "institutional effort". The problem, however, is that the Polish rule of law was built "from top to bottom" through declarations, texts, and institutional solutions, with no attention being paid to the importance of the process that must accompany such rapid and drastic changes in institutional design: the social embeddedness of the rule of law. The life of any institution must go hand in hand with the difficult process of building social legitimacy by the institutions themselves. As Poland's experience shows, even the best-constructed institutions will fall when attacked by the illiberal forces if these institutions fail in garnering social understanding of *why* the institutions exist in the first place, *what* and *how* they do and *how* they matter to

and affect the daily lives of the citizens. Because no effort was put into ensuring the latter, Poland's rule of law could be dismantled without much trouble in the name of the unlimited will of the majority. A civic voice in defense of institutions has been almost entirely absent.

A central problem, in this respect, is that Polish people never received the opportunity to learn the principles of liberal democracy and accept their responsibilities to the community. 50 years of communism were not conducive to building participation and trust in the state and the law, not to mention the short 20-year (1918 – 1939) interwar period. [The 123 years of partition](#) (1772 – 1918), in turn, put a premium on resistance and disobedience to the law (foreign) and the state (not one's own). Patriotism glorified death at the service of the imaginary motherland, instead of emphasizing the need for organic and less spectacular long – term work in, and for, the society. The culture of "doing little things" was always suppressed by the irresistible pull to play a martyr. Following a brief stint of civic mobilization in 1989, the voice of citizens became limited to the symbolic casting of votes during elections. Subsequent political cycles were dominated by political struggles "at the top" and a technocratic approach to top-down democratic consolidation, without seeking to foster civic education and engagement., including when it came to Poland's accession to the EU. At the same time, Polish citizens had to confront the daily struggle of their new capitalist reality, further distancing them from "politicized Warsaw". Meanwhile, the virtues of liberal democracy in the form of tolerance, respect for difference and pluralism, [never became part of the daily life and practice of Poles](#). In other words, it is because Poland's [democratic consolidation was based on weak civic foundations](#) that the PIS could carry out such a „smooth“ and methodical capture of the state, with the tacit approval of public opinion.

Liberal Institutions without Liberal Culture

The Polish experience demonstrates why any attempt to restoring its rule of law cannot be reduced to institutional and procedural reforms but must include a [change in socio-legal practice](#), as this determines the final shape of the law and its reception by citizens. In this respect, after 1989, the government and its citizens pursued two different understandings of “the law”. While the citizen saw the law as *a shield* to defend themselves against a dominant and omnipotent state, the courts and administration have lagged behind this civilizational change and stayed true to a vision of “*law as a sword*” resorted to in order to punish and enforce obedience.

It is the latter conception that has therefore dominated institutional practice in the modern Polish state. The State has remained ruthless in asserting “its own” from its citizens, while being overly formalistic and impervious when it comes to [the protective function of the law](#). This disappointed the expectations of citizens, who after dark decades of communism expected the law to protect them from arbitrary governmental power. Yet, in Polish institutional practice, their conception of “law as a shield” remained an aberration. Thus, when citizens sought protection against the state, the courts and administration were not ready to defend him with the same feeling of urgency with which they enforced the law as a sword against the same citizen. Of course, nothing alienates a citizen more than the belief that the law is just a façade, full of promises and ornaments. As a result, the on-going public indifference to the rampant manipulation and instrumentalization of the law by the ruling elite should be of no surprise. Citizens may rightly ask “why should I bother to defend the very law and the institutions that were never there to protect me when I badly needed such a protection?”

Central to counteracting this indifference and resentment towards the law is a reconceptualization of the rule of judges within Poland. After 1989, [we have never had an honest discussion about why people need a court](#) and how judges themselves perceive and understand their role in society. The pent-up resentment and the growing gap between the performance of the courts on the one hand, and the citizenry yearning for the “law as shield” on the other, was used and abused to prop up [the unconstitutional capture](#) with the argument that now “our judicial reform” will address these issues. While the ruthless

attack by PIS on the judiciary has already forced judges to recognize the importance of their profession’s social function and the necessity to better communicate with citizens, much more is needed to restore the rule of law in Poland. In particular, an honest discussion must be fostered of what [it means to be a judge](#) in a democratic rule of law – based state, zeroing in on the ethos of judging. [It is judges themselves](#) who must change the way they think about their vocation and power so that people can finally see the law and its institutions as an ally, and not just a dark and misunderstood force. The rule of law must work, and it must work in a way that is visible to and felt by the ordinary citizens.

At the same time, any attempt to restore the rule of law must abandon the myth of the “institutional wand” and the misguided narrative of “and now we will fix things top – down”. In a state whose institutions have been captured, it must be the citizens themselves who undertake to uphold the democratic system, who demonstrate that they want to be citizens and not just passive witnesses of the politics of the day. “Civic activism” and vigilance are necessary components of a consolidated democracy. This is the challenge of civil society, who must be active, responsive and ready to step out of the comfort of their own private space to defend the legal order. Therefore, when we want to seriously discuss yet another chance for the rule of law in Poland, we need to understand that real “change for the good” always starts *around* and *in* me, at the level of family, friends, neighbors, my community, municipality. Each of us must ask himself: how can I defend the rule of law? In my own case, I certainly not only write, but also listen, speak, and go when I get invited to speak, regardless of where it is. I have no expectations of those who invite me but rather I am grateful that after 30 years of passivity by Poland’s legal elites, someone still wants to listen to me at all.

To Rebuild the Rule of Law, We Must Start with Ourselves

The last 8 years have come as a shock to all those who, in a spirit of complacency, believed that Polish democracy was a consolidated one and that Poles have become fully-fledged citizens. We have also seen that our rule of law, built top-down, resembled an unstable structure that collapsed at the slightest shock because there was no substantive commitment or constitutional fidelity amongst either the citizenry or its political elite. Building this commitment is much more difficult than crea-

ting new and allegedly perfect institutions and takes infinitely longer than a few parliamentary sessions. With each parliamentary election, we as citizens are given another chance to show our commitment to the constitutional foundations of our political community. We must offer a *voice that persists and makes itself heard and does not flame out after one, even a spectacular, march*.

The citizen's willingness to speak up and resist is the best weapon against arrogance and impunity, cheating and manipulation. It yields positive results when it is practiced and nurtured day in day out. Instead of sentimental looking back, us lawyers, too, must talk honestly and openly in a spirit of self-criticism about indisputa-

ble mistakes committed, we must sensitize fellow citizens to wickedness and strengthen the need for participation, and finally, explain the importance of respect for institutions and the law. All this is what should make up our "*civic hearts*". The upcoming elections provide a chance for a new opening only if we understand that a well-ordered and decent state is so much more than a set of shiny new institutions residing in Warsaw. Instead, we must realize that it is about "We, the Citizens" and our own commitment to these institutions and a certain way of life defined by tolerance for the Other, mutual respect and consent to live side by side in a constitutional regime based on the rule of law.

Laurent Pech

Doing Justice to Poland's Muzzle Law

The Latest ECJ Judgement on Poland's Rule of Law Breakdown

doi: 10.17176/20230611-231026-0



On 5 June 2023, the Court of Justice issued its fourth infringement [judgment](#) in relation to yet another Polish piece of legislation – informally known as the muzzle law – which aimed to dissuade or punish Polish judges for applying and upholding EU rule of law requirements.

As anyone with any basic understanding of EU law could have predicted, the law rushed into force by Poland's ruling coalition in December 2019 did not survive judicial scrutiny in Luxembourg. The Court held that the muzzle law was incompatible with the fundamental right to effective judicial protection, the fundamental right to respect for private life, the fundamental right to the protection of personal data, the principle of primacy of EU law, the functioning of the preliminary ruling mechanism and the EU General Data Protection Regulation.

This post will focus on this new Grand Chamber Court judgment relating to Poland's rule of law breakdown without further detailing Poland's gradual transformation into a “[legal black hole](#)”. It is indeed already no easy task to provide a critical overview of a judgment totalling 46,681 words in fewer than 2,000 words.

Overall, the Court's muzzle law judgment is as compelling as it is comprehensive. One may only regret the Luxembourg Court's lack of engagement with the extensive [case law](#) of the Strasbourg Court. This is however less critical than the Commission's incomprehensible failure to raise the issue of the grossly irregular composition and grotesque lack of independence of Poland's “[Extraordinary Chamber](#)” from the very start of the procedure while it furthermore continues to – irresponsibly – ignore the legal monster in the room, i.e., the [unconstitutional body](#) masquerading as Poland's National Council of the Judiciary (NCJ) which continues to irregularly nominate wave after wave of “judges” (and let us not forget the Commission's half-baked, in part unlawful recovery “[milestones](#)”). As long as the Commission fails to demand full compliance with CJEU case law and decisively address the issue of judicial usurpers, especially at the level of Poland's courts of last resort, just chipping away at the arbi-

trary disciplinary changes Polish authorities have made will always fail to solve Poland's fundamental and systemic issues.

A long time in the coming

Poland's muzzle law was promptly, widely and severely criticised by [law professors](#), [civil society organisations](#), [judicial associations](#), [PACE](#), the [Venice Commission](#), the [OSCE](#) and the [European Parliament](#). It also led to public protests, including an unprecedented “[March of One Thousand Robes](#)” which gathered judges and lawyers from more than 20 countries in Warsaw. It however took the European Commission more than [four months to launch an infringement action](#) and more than a year after the adoption the muzzle law to lodge the action with the ECJ in [April 2021](#). And it took two more years for the Court to decide the case on the merits.

Possibly to offset its previous procrastination (which one may contrast with the Commission's pleasingly [swift reaction](#) following the recent adoption of yet another rushed and grossly unconstitutional piece of legislation known as [Lex Tusk](#)), the Commission did apply for interim measures. No fewer than four orders were subsequently adopted by the ECJ. In a particularly noteworthy development, the ECJ Vice-President [ordered Poland on 27 October 2021](#) to pay a penalty payment of €1m per day as Polish authorities had not suspended the application of the muzzle law as previously ordered by [the Court on 14 July 2021](#). The last order was adopted on 21 April 2023 and resulted in the Court reducing this amount – on [unpersuasive grounds](#) – to €0.5m per day until adoption of the judgment on the merits, the main elements of which will now be outlined.

Repeating itself (I): Member State competence is no carte blanche to dismantle the rule of law

Ever since it had to defend its judicial changes (not “reforms” please!), the Polish government has challenged the [Court's jurisdiction](#) to review national measures or

practices relating the organisation of national judiciaries. More originally, in this case, the Polish government relied on the decisions of the [currently imploding](#) body masquerading as Poland's Constitutional Tribunal (CT), arguing that Poland's (un)constitutional identity as interpreted by their (un)constitutional tribunal means that they can disregard basic EU membership requirements such as the rule of law.

In response, the Court had to offer a first-year law lecture reiterating basic points such as Poland's acquiescence to complying with the rule of law when it decided to join the EU and Member States' obligation to comply with EU law, including when they are allegedly seeking to "reform" the national judiciary. With respect of constitutional identity, the Court recalled what it held in its [twin judgments](#) regarding the EU's Conditionality Regulation: The rule of law is an integral part of the EU's very identity and Member States cannot hide behind their (captured or otherwise) constitutional courts to disregard it and systematically undermine, for instance, judicial independence.

Repeating itself (II): The Disciplinary Chamber as a kangaroo court

The Court had also to [repeat that the Disciplinary Chamber \(DC\) is not a proper court](#). More interestingly, the Court further developed its previous case law regarding judicial immunity rules to reiterate inter alia that decisions waiving judicial immunity must at the very least be reviewed by proper courts with the Court rightly emphasising the mere possibility or risk of involving a kangaroo court – my phrasing of course – suffices to infringe judicial independence.

The DC has since been disbanded but only to be replaced in July 2022 by a [body which suffers from the same flaws](#). This new body may appear to make more reasonable decisions but this is only because the ruling party wants to unlock access to recovery funds without fundamentally altering the set of tools it has adopted to control and punish judges. The Court does not address this development as it is well-established that it can only assess the situation as it existed when the administrative phase of the infringement action concluded. The changes adopted in [July 2022](#) and [January 2023](#) are, in any event, [cosmetic or unconstitutional](#) and plainly insufficient to ensure compliance with the case law of both the CJEU and

ECtHR.

Repeating itself (III): Broad and imprecise disciplinary provisions are not acceptable

The Court had to [repeat itself](#) also as regards disciplinary rules applicable to judges, holding that disciplinary rules cannot be used as a system of political control of the content of judgments and/or punish judges for submitting preliminary questions to the Court of Justice.

The Court did however go beyond merely repeating what it held in its previous infringement ruling of 15 July 2021 regarding Poland's disciplinary regime for judges and made a number of unprecedented findings: First, the Court (rightly) found the muzzle law to amount to a deliberate attempt to "legalise" the violation of its [preliminary ruling in AK](#); Second, the Court explicitly confirmed that Polish judges, following AK, can rule on the (lack of) independence of the neo-NCJ and recalled that the then not yet captured Supreme Court had already established that the neo-NCJ is no longer independent; Third, the Court made the unprecedented finding that Polish executive and legislature deliberately rushed the muzzle law to neutralise pending preliminary references relating to the right to an independent tribunal established by law.

In the light of this legal vandalism, the Court unsurprisingly found multiple violations of Article 19(1) TEU combined with Article 47 of the Charter as well as Article 267 TFEU.

Stating the obvious: National judges cannot be disciplined for reviewing whether a court is "established by law"

The primary aim of the muzzle law was to dissuade Poland's lawful judges from reviewing the irregular judicial appointments made by the unconstitutional neo-NCJ, thus blocking Polish judges from refusing to adjudicate with deficiently appointed "judges" or from overruling their acts. The Court's judgment is rich and persuasive but, to be brief, the Court stated the obvious here by holding that EU law precludes disciplinary provisions which can be used to arbitrarily prevent national courts from assessing whether a court or a judge meets the requirements relating to effective judicial protection, where appropriate, by referring questions to the Court for a preliminary ruling.

The Court's reasoning is compelling but the Court's findings plainly contradict its own [EAW case law relating to Poland](#). In short, in answer to multiple questions from [sceptical national courts](#), the Court has made it practically impossible to refuse extraditions to Poland on the basis of the formal existence of rules and remedies such as the recusation procedure which the Court are now essentially holding to be illusory, vague or too limited to guarantee compliance with EU effective judicial protection requirements.

Most novel aspect: Transversality of effective judicial protection and monopolistic control by a single (kangaroo) court

To its credit, the Commission provided the Court with the opportunity to build on the argument that issues relating to judicial independence must be understood as horizontal issues which should preclude any attempt to give exclusive jurisdiction over these issues to a new body such as the "Extraordinary Chamber" which, [similarly to the DC](#), was also found [not to be a court by the ECtHR](#). Disappointingly, the Commission raised the grossly irregular composition and lack of independence of this kangaroo body too late in the procedure for the Court to be able to address these crucial aspects.

In any event, the Court found multiple violations of EU law without engaging with either these irregularities. Instead, the Court compellingly explained how effective judicial requirements guaranteed by Article 19(1) TEU and Article 47 CFR – which the Court described as both constitutional and procedural in nature – must be transversally guaranteed across all the substantive areas of application of EU law and before all relevant national courts seized of cases within those areas.

Here, for the first time, the Court forcefully outlined how EU law precludes any reallocation of jurisdiction within a Member State when – to simplify – this reallocation has the object or effect of undermining effective judicial protection. And since all national courts must be able to ascertain whether they or other courts meet EU ef-

fective judicial protection requirements, a Member State cannot give exclusive jurisdiction to a single body such as the "Extraordinary Chamber", especially when said body cannot review the legality of judicial appointments.

Another noteworthy aspect is the Court's emphasis on Poland's specific rule of law context to further support its findings. In particular, the Court stressed the repeated attempts of Polish authorities to discourage or prevent Polish judges from fulfilling their EU obligations. Under those circumstances, the exclusive jurisdiction given to the "Extraordinary Chamber" was held to be liable to contribute to weakening even further the fundamental right to effective judicial protection.

Welcome clarification: Harassment and stigmatisation of judges under false pretences

The last part of the Court's judgment, which would amply deserve a separate post, concerns the grossly disproportionate obligations the muzzle law imposed on judges who were required to provide personal information about specific non-professional activities for the purposes of online publication. As AG Collins [put it](#), "a judge could potentially have to declare membership of an amateur sporting association dating back to his or her early childhood". Again, the Court's repeatedly doubted Polish authorities' good faith when it comes to the public interests they claimed to be pursuing. Moreover, the Court identified specific and unlawful risks ("undue stigmatisation" and "career unduly hindered") created by the muzzle law, a finding the Court justified inter alia with reference to Poland's rule of law context. The muzzle law was therefore also held incompatible with the judges' rights to respect for private life and to the protection of personal data as well as the GDPR.

Polish authorities having already forcefully indicated their [intention not to comply](#) with the Court's judgment, it would be [irresponsible for the Commission](#) to unlock EU recovery funds on the back of cosmetic, in part unconstitutional, changes adopted in January 2023 while the [industrial-scale violation](#) of EU/ECHR rule of law requirements continues unabated.

Barbara Safradin, Kees Groenendijk, John Morijn

An Honest Broker?

Three Avenues for Postponing Hungary's and Poland's Presidency of the Council of Ministers

doi: 10.17176/20230601-231129-0



A characteristic of the functioning of the EU is that the Presidency of the Council of Ministers rotates between Member States every six months according to a previously agreed order. The [EU Presidency](#) is responsible for driving forward the Council's work on EU legislation. In the second half of 2024, [Hungary will take over the Presidency](#), followed by Poland in the first half of 2025. Given their rule of law record, it is highly questionable whether they will act in the Council's general interest. In order to avoid damage, there are three avenues available to the Council and the Member States.

Urgent action required

The legal basis for this arrangement is Article 16(9) TEU. This provision lays down that

“The Presidency of Council configurations, other than that of Foreign Affairs, shall be held by Member State representatives in the Council on the basis of equal rotation, in accordance with the conditions established in accordance with Article 236 [TFEU]”.

Article 236, sub b, TFEU stipulates that the European Council shall adopt, by a qualified majority, “a decision on the Presidency of Council configurations, other than that of Foreign Affairs [...]”. On that basis, further details about how the different components of holding the Presidency, and how to exercise it in the interest of the Council of Ministers as an institution, have been laid down in various sources, including a [European Council Decision](#), a [Council Decision](#), the [Council's Rules of Procedure](#), a [comment on it](#), as well as a dedicated Handbook.

The [EU Presidency](#) is ensuring the continuity of the EU agenda, orderly legislative processes, and the cooperation among Member States and with EU institutions. To this end, the EU Presidency must, by definition, act in the Council's general interest. It serves as the moderator for discussions and cannot therefore favour either its

own preferences or those of a particular Member State. The Presidency is expected to act as an [honest broker](#) in reaching compromises within the Council and with other EU institutions.

The European Parliament and Commission have been consistently [critical](#) of the rule of law record of Hungary and Poland, adopting [several resolutions](#), publishing particularly [critical assessments](#) of their [rule of law record](#) and suing them before the [Court of Justice of the European Union](#) (hereafter: CJEU) that has often ruled in the favour of the actions initiated [by the Commission](#), adding further urgency to the many judgments by the [European Court of Human Rights](#) (hereafter: ECtHR) on the same issues.

Without any changes, for a full year Council meetings would be internally chaired – and externally represented – by Member States which are subject to an Article 7 TEU-procedure pending before the Council; Member States that have been subject to several [CJEU and ECtHR judgments](#) determining serious rule of law violations, and that are subject to [rule of law related budgetary conditionalities](#) decided by the Council.

On 24 May 2023, the European Parliament underlined the important role of the Presidency of the Council in a [motion for a resolution](#) supported by all major political groups. It particularly questioned how Hungary will be able to credibly fulfil this task in view of its non-compliance with EU law and the values enshrined in Article 2 TEU and asked the Council to find a proper solution as soon as possible. The Parliament clearly recognised the urgency of this issue adding that it “could take appropriate measures if such a solution is not found”.

Options to safeguard the Council's functioning

There are [three possible avenues](#) to minimise the risk that unresolved rule of law problems and other violations of fundamental values of Article 2 TEU in a Member State scheduled to exercise the Presidency will affect the pro-

per functioning of the Council of Ministers, its cooperation with other EU institutions, and the functioning of the EU more widely.

1. *Partial transfer of responsibilities of the Presidency among troika Member States*

The first avenue provides for troika partners, during the assigned time-period for Hungary and Poland, to take over the chairing of meetings on every file with a direct or indirect bearing on Article 2 TEU conflict of interests within the Council, as well as negotiations on behalf of the Council with other EU institutions. In practice, this action requires the cooperation of the Member States concerned. The Meijers Committee argues that this option may nonetheless be attractive for them, because of the existence of two more far-reaching options listed below.

2. *Postpone Hungary and/or Poland's Presidencies by using existing legal and policy options*

The second avenue argues for using existing legal and policy rules to prevent Member States that are subject to Article 7(1) TEU monitoring and various rule of law related budgetary conditionalities from holding the EU Council Presidency. A first way to do this is for one or more of the troika partners of Hungary and/or Poland, i.e. Spain and/or Belgium, or Denmark and/or Cyprus, to request a discussion in the Council. They can for example signal, based on Article 1(2) of the 2009 [European Council Decision](#) Article 2(2) and 2(3) of the 2009 [Council Decision](#) or the relevant rules in the [Council's Rules of Procedure](#), that they have been unable to agree on alternative arrangements, and that they will not, in that way, be able to "fulfil responsibilities" in the sense of Article 1(2) of the European Council Decision, therefore putting the fulfilment of their own role and responsibility in jeopardy. Moreover, the current Presidency (Sweden) could use its role to put this issue on the agenda, signalling that the combination of [Article 7 TEU](#) and [budgetary suspension](#) will jeopardise the capacity of Hungary and Poland in fulfilling their role as Council President, and could therefore put the effective functioning of the Council at risk.

3. *Changes in the current legal and policy framework: bar from EU Presidency by the European Council*

The [Meijers Committee](#) argues that a third avenue to address this issue is to change the current legal and policy framework. In particular, the European Council could formulate conditions for when a Member States currently, or previously under Article 7 TEU monitoring, or subject to rule of law related budgetary conditionalities, could again

hold the Presidency of the Council once these issues have been solved. This could be done by the European Council, based on its powers in Article 236, under b), TFEU, inserting a general rule in Article 1 of [European Council Decision](#) 2009/881/EU of 1 December 2009 that in case a procedure on the basis of Article 7 TEU is pending against a Member State, or rule of law based budgetary conditionalities are triggered against a Member State, that Member State shall be delayed in holding the Presidency pending that procedure *until three years* after the end of the Article 7 TEU procedure. In such case, based on the adapted European Council Decision, the Council, by way of amending [Council Decision 2016/1316](#), will determine the new order of Presidencies.

Practical arrangements regarding incoming EU Presidencies

In practical terms, if eventually it is decided to postpone the Presidency of Hungary and Poland, either using current possibilities or by amending law and policy measures, there are two solutions given in the short time before the second part of 2024:

1. divide the relevant other Member States of the upcoming troikas into pairs (i.e. link Spain only to Belgium, and Denmark only to Cyprus) and let them each do nine rather than six months. Hungary and Poland will then be rescheduled in the order of presidencies once their rule of law problems have been solved;
2. rearrange the troikas altogether, moving Denmark one year forward to link up with Spain and Belgium and move all other Member States up from there. The latter was the option chosen when the United Kingdom, 11 months before it was to take up the Presidency in July 2017, arranged for it to withdraw from the rotational schedule. Also here, Hungary and Poland will then be rescheduled once their rule of law problems have been solved.

The time frame demands urgent action. Perhaps, starting discussions and negotiations on changing the order of the EU Presidency could serve as an additional incentive for Hungary and Poland to redress their main Article 2 TEU violations. The best option for all parties is to solve the outstanding rule of law issues *immediately*, so that no change in the exercise and order of the EU Presidency will be necessary.

Mirosław Granat

Spotlight Interpretation and its Devastating Effects

On a Peculiar Method of Constitutional Interpretation

doi: 10.17176/20230605-231201-0



After 1989 Poland struggled to build up a free state based on the rule of law. More recently, illiberal constitutionalism has been damaging these hard-won gains. This blog-post will argue that the systematic dismantling of Poland's rule of law, without officially amending the Constitution, was possible due to a peculiar interpretative technique called spotlight interpretation. Its essence lies in the opportunistic interpretation of systemically important constitutional provisions to achieve the short-term political goals of the ruling majority, and it has arguably been central to the destruction of judicial independence in Poland's constitutional order.

Constitutional Interpretation in Poland

The significance of methods of constitutional interpretation in Poland results mainly from the fact that introducing formal amendments to the 1997 Constitution of Poland is very difficult. As the constitutional amendment procedure laid out in Article 235 requires a high majority, formal constitutional amendments have been nearly impossible. While Article 235 is often taken to “fully explain” the issue of amendments, modifications of the Constitution are not limited to formal amendments but can also occur through methods of constitutional interpretation.

Before 2016, the Constitutional Tribunal was the body tasked with the interpretation of constitutional provisions, according to its competences defined in Article 188 of the Constitution. However, the dismantling of the Constitutional Tribunal (*W. Sadurski, Demokracja na czarną godzinę, Cracow – Budapest – Syracuse 2022, Chapter IX*), paved the way for the emergence of what I refer to as the practice of spotlight interpretation of the Constitution, a form of abusive constitutional interpretation that utilizes the linguistic method of legal interpretation to serve populist ends and is marked by its anti-systemic character.

A Few Examples

The first symptom of the “revolution” in constitutional interpretation was a stunning interpretation of the constitutional provisions concerning the Constitutional Tribunal itself, following the elections of October 2015. According to Article 190(1) of the Constitution, “judgments of the Constitutional Tribunal shall be of universally binding application and shall be final”, while Article 190(2) requires the Prime Minister to publish its judgments immediately. Both of these provisions were reinterpreted to enable the government to control the judgments of the Constitutional Tribunal.

Thus, a new interpretation of the former provision, sometimes picturesquely described as “the interpretation on the stairs” (because it was announced on the stairs of the Constitutional Tribunal building), stated that the judgments of the Constitutional Tribunal are not always valid and final, because the Constitution does not specify what the finality of judgments means and how it should be understood ([Orzeczenia TK nie zawsze są ostateczne – rp.pl, accessed: 16.03.2023](#)). Meanwhile, the latter provision was interpreted to legalize the government's supposed right to review the judgments of the Tribunal. Specifically, it suggested that the Prime Minister must ensure that the text submitted for publication meets the legal requirements of a ruling and that it does not contain errors which affect the substance of the judgment. Consequently, publishing the judgments of the Constitutional Tribunal is not a simple technical activity of transferring a text received from the President of the Constitutional Tribunal to a publishing body (*Przegląd Sejmowy 2016, no. 3, p. 99*). Instead, this interpretation was upheld by the government until the end of 2016, i.e. until all judicial positions in the Tribunal were packed with government loyalists. Therefore, spotlight interpretation was used in 2015-2016 in order to take over the control over the Constitutional Tribunal by the government.

Another example of the use of spotlight interpretation can be seen in the [act of December 8, 2017](#) regarding the provisions concerning the National Council of the Judiciary. The Council plays an extremely important role as it safeguards the independence of the courts and judges (Article 186(1) of the Constitution). In particular, it nominates candidates for judges of common courts, who are then appointed by the President. Its impartiality is therefore crucial. Article 187 of the Constitution stipulates that the Council consists of 25 persons (15 judges and 10 other members), with a mixed composition with representatives from all three branches of government. The majority are representatives of the judiciary, who until 2017 were elected by judges themselves. Article 187 also states that the role of the Sejm – a chamber of Poland’s bicameral Parliament – is limited to electing 4 deputies (the Senate elects 2 senators, the President appoints 1 person).

However, the parliamentary majority interpreted Article 187 so that since 2017 all 15 judges have been elected by the Sejm, and not by other judges as is constitutionally mandated. This abrogated a 30 year-long constitutional precedent that each branch only elect representatives of their own branch to the Council. It also unlawfully shortened the constitutional term of office of the elected members of the Council to 4 years.

In 2022, the newly constituted Supreme Court, in one of its rulings concerning this interpretation, stated that the National Council of the Judiciary formed in accordance with the provisions of the 2017 law “is not identical to a constitutional body whose composition and method of selection is regulated by the Constitution of Poland, in particular by Article 187(1)”. It further noted that the appointment procedure for judges to the Council predated the 1997 Constitution. It had been agreed upon in the 1989 Round Table Agreements and it was preserved in the successive laws on the National Council of the Judiciary, so that “it was clear to everyone” that the members in question were selected by the judicial community. There are no reasons to assume that the composition and the method of selection of the National Council of the Judiciary were shaped in the Constitution in a different way than it resulted from the previous construction of this body over nearly 30 years ([Resolution of the Supreme Court of 2 June 2022, I KZP, OSNK 2022/6/22, LEX no. 3348360](#)). As a result, the Supreme Court rejected the new interpretation of Article 187. However, its position was ignored by the Sejm who continues to elect judges to the Council.

Features of Spotlight Interpretation and its Significance

These examples illustrate the characteristic features of spotlight interpretation. The first one is its anti-systemic character in that it contradicts the long-term and entrenched understanding of a provision and its practical application. On the other hand, supporters of spotlight interpretation claim that in the case of the composition of the National Council of the Judiciary, because “the Constitution does not prohibit the Sejm from electing judges”, the Sejm is entitled to carry out such an election. I have no doubts that a systemic approach should be the key feature of constitutional interpretation. It means that a provision is interpreted with reference to other provisions and that the mutual connections and dependencies between them are taken into account. Spotlight constitutional interpretation has destroyed the previous interpretation of Article 187, according to which the election of the judicial members of the National Council of the Judiciary is not carried out by political bodies. This allowed the legislator to restructure the composition of the Council, which resulted in “an inherent lack of independence of this body and irreversible contamination of the entire process of appointing judges” ([resolution of the Supreme Court](#)).

Another feature of spotlight interpretation consists in prioritizing the linguistic method of interpretation over teleological and functional methods. Linguistic interpretation does not have its usual legal meaning here, but consists in highlighting the ambiguity of words in everyday language (e.g. “finality”). While the linguistic method is indispensable in the interpretation of law, it must be supplemented by other methods to avoid its abusive use. Numerous examples of abusing the linguistic method of interpretation could be given. For example, in March 2020, during the SARS-CoV-2 epidemic, the government made a surprising interpretation of Article 232 of the Constitution (which defines the conditions for introducing a state of natural disaster by the government), based solely on the linguistic method. The government interpreted this provision to justify refraining from introducing a state of natural disaster which would have barred the government from carrying out the scheduled presidential elections. Eventually, the government did not introduce any extraordinary measures and the presidential elections were held.

The linguistic method of interpretation has also allowed populists to cherry-pick from other legal systems

to support their position. For example, one of the arguments offered within the context of the interpretation of Article 187 says that the same solution is present in the Constitution of Spain (as regards the composition of the General Council of the Judiciary) or that in Australia and Canada judges of the highest courts are appointed by the Prime Minister, who acts independently in this regard. While this is true, these solutions are grounded in the laws of these countries. This illustrates the utility of spotlight interpretation, which “enables” the interpreter to freely select solutions from other legal systems: on the one hand, legal acts are passed that implement a certain interpretation, and on the other hand, the government cherry-picks comparative examples that support their interpretation.

The third feature of spotlight constitutional interpretation is related to its subject matter. Thus, it is deployed vis-à-vis particularly important provisions, i.e. those that define the “critical infrastructure” of the judiciary or the state system. For example, the interpretation of Article 187 served to undermine the independence of the courts, the interpretation of Article 190 served to incapacitate the Constitutional Tribunal, and the interpretation of Article 232 was used in order to avoid the introduction of extraordinary measures. These interpretations paved the way for the adoption of laws which were burdened with serious allegations of unconstitutionality, e.g. the law on the National Council of the Judiciary or the so-called remedy laws on the Constitutional Tribunal in the years 2015-2016.

Finally, spotlight constitutional interpretation because it is limited to the linguistic method, gives rise to interpretative confusion. This is convenient for the government. It obscures the picture of the key provisions of the constitution and spreads a sort of interpretative “fog”, which means that “all interpretations” of a given constitutional provision are possible or “come into play”. For example, the judgments of the Constitutional Tribunal may be final, but they may also be non-final. In this way, both the shamelessness of these interpretations as well as violations of the constitution by the legislator are “covered up”. All in all, however, the results of these interpretations, even though they clearly violate the constitution, become acceptable interpretations of a given provision.

Concluding Thoughts

Spotlight constitutional interpretation has been a useful tool for proponents of illiberal constitutionalism by introducing changes that are not formally possible through ordinary amendment procedures. It operates as a form of “precision ammunition” by targeting sensitive spots in the Constitution that slowly create an avalanche of consequences that paralyze the legal system. One example of this is the creation of the so-called understudy judges in the Constitutional Tribunal or the new National Council of the Judiciary and its neo-judges. It introduces anarchy in constitutional interpretation and paves the way for a sham rule of law. As such, even though spotlight interpretation is only applied selectively, its effects are destructive for the legal system as a whole.

Wojciech Sadurski

The Law to Take Out Tusk

doi: 10.17176/20230601-231204-0



“The U.S. Government is concerned by the Polish government’s passage of new legislation that could be misused to interfere with Poland’s free and fair elections. We share the concerns expressed by many observers that this law to create a commission to investigate Russian influence could be used to block the candidacy of opposition politicians without due process. We call on the government of Poland to ensure this law does not preempt voters’ ability to vote for candidate of their choice and that it not be invoked or abused in ways that could affect the perceived legitimacy of elections”.¹

The language of US diplomats is, well, diplomatic. But make no mistake: it hides a deep irritation in Washington, accompanied by a [similar anger in Brussels](#). Poland has been a top ally of the United States in the geopolitical quandary caused by Putin’s aggression against Ukraine, and President Andrzej Duda – whose signing of the new law triggered the statement quoted – has so far been a privileged interlocutor of the Americans. Compared to Jarosław Kaczyński, the autocratic and suspicious of foreigners leader of the ruling PiS party, and the mendacious Prime Minister Mateusz Morawiecki, Duda seemed a “moderate”. Especially now, half-way through his second term of office and with no opportunity for reelection, Duda has been seen as the least distasteful of Polish nationalist-populist leaders. Not anymore.

The law signed by Duda sets up a new body: a commission to track Russian influence on Polish public officials and other public figures which may have resulted in the undermining of Polish security. A determination that a given person, investigated by the commission, has acted against Polish interests under such improper influence may result in various “remedial measures”, the most important of which is a ban on performing public functions

(related to the expenditure of public funds) for 10 years; hence the de-facto “political death” of a person. Even in the absence of such a penalty, the very fact of public hearings and of suspicions that a politician or another public figure had acted in Russian interests is deeply stigmatizing, especially these days, after the Russian invasion.

On 29 May, President Duda has peremptorily signed this law into force, meeting Kaczyński’s timetable under which the new institution should start waiting straight away, to be able to affect the developing electoral campaign. The unprecedented speed is a symptom of the unprecedented weight that the ruling party attaches to this initiative – and President Duda was more than happy to oblige, also using this opportunity to attack critics of the new law. Bizarrely, the President announced that he would also initiate ex-post scrutiny of the new law before the Constitutional Tribunal. Quite apart from the fact that the institution now calling itself “[Constitutional Tribunal](#)” is but a façade, simultaneously signing the law and foreshadowing ex-post scrutiny by the same official reveals a certain constitutional schizophrenia (even if, formally speaking, allowed). Launching constitutional scrutiny must be based on reasonable doubts as to constitutionality of the law, but the President, who has reasonable doubt about constitutionality, as the guardian of the Constitution² is not allowed to sign it.

Indeed, this monster of a law has so many defects, pathological features and outright conflicts with the rule of law, even at its very basis, that it is hard to know where to start.

Procedure

The law was processed and fast-tracked in an extraordinary procedure made possible by presenting it as a private member’s bill while obviously it was a government-prepared act. This trick has been used frequently by authoritarian populists around the world, and in particular

¹ Press Statement, US Department of State, 29 May 2023.

² His prime constitutional role, see Art. 126 of Polish Constitution.

in Poland.³, as it allows sidestepping various mandatory road-bumps on a bill's road to its final adoption. No audits, expert opinions etc are called for, although the bill had to go through Senate scrutiny, with various expert opinions produced at that stage, and with a devastating rejection of the proposal albeit no substantive effect on the final text.

The law entered into force immediately, without any *vacatio legis* which, as a default rule, in Poland is 14 days. This frantic pace on an issue which, on the face of it, does not have any special urgency, suggests suspect motivations of its proponents.

The composition of the new body

The "Commission on Russian influences on internal security of Poland in 2007-2022" will consist of 9 members, elected by the Sejm with a simple majority, thus virtually assuring that the ruling party will have a majority, and considering that the parliamentary minority intends to boycott this Kangaroo Court (and rightly so!), it will have all its members. The Chair of the Commission will be appointed by the Prime Minister whose office will also provide full administrative support to the Commission. So it will be a thoroughly politicised body, clearly dependant on the executive branch, and accountable to the Prime Minister.

Immunity

The statute peremptorily immunized all members of the Commission against any liability for any conduct related to the Commission. This means that, whatever they say and do in connection with the Commission's work – its members will not be liable for any misconduct, for instance defamation. They will enjoy a degree of impunity that no judge, no public official, no one, can ever dream of. In fact, they operate in a law-free zone, which obviously contradicts the rule-of-law principle that all public officials and institutions must act within legal constraints (Art. 7 of Polish Constitution).

Liable persons

The catalogue of persons who may be liable for conduct "to the detriment of Polish domestic security" is long and vaguely articulated. It includes "public officials" as defined by other Polish statutes, but also "other persons"

whose actions significantly impact Polish internal security or harm Polish interests, for instance by influencing mass media, NGOs, trade unions, political parties etc.

The list of Russian "influencers" is also extremely broad. It includes "representatives of public authorities of Russia", but also "persons known" (by whom?) as "close collaborators" of those representatives, or "persons connected personally, administratively or financially" with such persons, etc. If you have ever talked to a Russian who knows a Russian public official, you may be called before the Commission.

Take yours truly: probably most of the Russian academics whom I had met over the years know some high official or another, and at the same time I belong to a category of "other persons" because I have been trying, for years, to influence Polish media; whether it harmed Polish national interests remains to be determined by the Commission.

The act in question

The central concept of "influence" is never defined (despite a long list of other statutory definitions in Art. 2 of the act). It may be anything, ranging probably from acting under blackmail or under instructions, for money, to being just a sympathetic hearer of your Russian interlocutor's point of view.

The official title of the act is misleading if not straight deceitful: it speaks of Russian influence upon the internal security of Polish Republic. But throughout the text of the act, "internal security" is used interchangeably with harming the interests of Poland (e.g. Art. 4(2) and 5(2) of the Act). Arguably, these are not synonyms: the latter is much broader than the former. This ambiguity either results from sloppy drafting or is deliberate: either way, it creates additional scope for arbitrary actions by the Commission.

The nature of the Commission

Functionally, the Commission is a court. It conducts hearings, acquaints itself with evidence, metes out punishments, including removal of an important civil and political right (eligibility for public functions). It imposes penalties of a criminal character; for instance, the sanction of a temporary ban on performing public functions already figures in the Polish Criminal Code (Article 39).

³See my Poland's Constitutional Breakdown, OUP 2019, pp. 133-34.

Calling penal measures “remedial measures”, as the Act does, does not render them non-penal.

And yet it is not a court, by its attributes. It is not independent, its members do not need to be lawyers and undergo judicial training. It is a court-like institution but placed firmly in the administrative structure of the state, right at its very top. And it is not a parliamentary commission: if it were, it would have to be discontinued at the end of the current parliamentary term, which is only a few months away. It is an extraordinary, hybrid body, performing actions of a criminal court without any guarantees for the “accused”.

Guarantees for the “defendants”

There are none. The Commission will have a right to mete out harsh penalties for actions which were not necessarily prohibited at the time of their commission, thus expressly contradicting the principle *nulla poena sine lege*. It may find some actions punishable *ex post*, therefore offending against the principle of non-retrospectivity.

“Defendants” cannot refuse to testify or to provide evidence demanded by the Commission, hence offending the privilege against self-incrimination.

There is no presumption of innocence: the Act does not explain what exactly should be demonstrated in order to determine that a “defendant” acted to the detriment of Poland. No standards of liability are specified: Should there be intention, or recklessness, or negligence, or is it simply a strict liability standard?

The Commission will have full competence of unlimited search and seizure, with no judicial or oversight. The “defendants” have no right of defence: There are no provisions that they can be accompanied by their lawyers, or that their lawyers may speak on their behalf. “Trials” are public, and lifting of publicness is fully at the discretion of the Commission. So is the presence or the absence of media at the hearings. In contrast, deliberations of the Commission (other than hearings) are secret. The only privilege against testifying is that of a priest concerning the contents of the confession: other privileges: lawyers’, doctors’, journalistic privilege of confidential sources etc are all annulled.

Judicial oversight

There is none. There is no right of appeal (as required by the Polish Constitution in Article 78) or a pathway to judicial review of the decisions. The only avenue is a standard review by an administrative court, but such review, under Polish law, is allowable only on formal grounds: the administrative court will not review the Commission’s determination on its merits, with scrutiny of the evidence etc. Also, an appeal to an administrative court does not automatically result in the suspension of an administrative decision under appeal but rather such suspension is in the discretion of the administrative court. Administrative court procedures take years. So for all practical purposes, decisions of the Commission are final, instantly enforceable, and not reviewable.

Temporal range

The Commission will investigate cases of Russian influence from 2007 until 2022. Why this particular range? No reasons have been given, but it just so happens that 2007 was the first year of the liberal-democratic coalition of Civic Platform and the Peasant Party, after “the first PiS” rule of 2005-2007 ended. The final date of the period under scrutiny is also arbitrary: Has Russia finished trying to influence Poland on 1 January 2023?

Autocratic legalism

This law fully meets the criteria of “autocratic legalism”, described famously by Kim-Lane Scheppele.⁴ There is nothing subtle or sophisticated about these legalistic tricks; indeed, it is striking how vulgar and simplistic they are. And come to think of it, if after more than 7 years in power, with PiS having unlimited control over all the secret services, counter-intelligence and law enforcement agencies, all enjoying immense resources and competences, none of these state institutions turned out effective enough to detect and neutralize “Russian influence”, what does it say about the state PiS has built, over two parliamentary and two presidential terms of office?

Why this law, and why now? The answer is a name: Donald Tusk.

The former Polish Prime Minister, founder and leader of the now leading centrist-liberal party (Civic Platform), and a former President of the European Council (2014-

⁴Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review* 85 (2018): 545-583 at 556.

2019), Donald Tusk is by a long shot the most successful and experienced Polish politician on the non-PiS side of politics. If there is anyone who can play, in Poland, a role of Lula winning against Bolsonaro, it is him.

Which is not to say that he is universally admired. In fact, his so-called negative electorate is vast: just [over 50% Poles say they do not trust him](#). This is largely due to the relentless propaganda of hate and falsehoods run against him by state-owned media, and in particular, the broadcaster TVP.⁵ Tusk is daily depicted as a Russian and/or German agent, anti-patriotic, non-Polish, corrupt; and news stories on TVP about Tusk often use subliminal video shots depicting Tusk after Stalin or Hitler.

Still, Tusk's public meetings are fantastically popular, and the opinion polls predict a lead of roughly 10 percent for the democratic opposition parties over PiS and its junior coalition partners.

Kaczyński and his party cannot afford to lose. A system of immense systemic political corruption and state clientelism has produced a large category of people for whom a transfer of power would be a catastrophe, and not just in terms of loss of wealth and lucrative positions, but often of criminal liability. In this sense, for the ruling coalition and its clients, these elections will have an existential, not merely a programmatic weight. In turn, for the opposition a loss will mean a heavy consolidation of populist authoritarianism, just as in Hungary.

The cliché in Poland that these elections will be as important as those in 1989 rings true. It is clear that Kaczyński wants to remove Tusk (and any of his collaborators, for that matter) from electoral competition. In fact, PiS does not hide that Tusk figures highly in the legislative motives for the new law. They made it express in the official rationale provided for the Act during the legislative proceedings.

But even if, for whatever reasons, Kaczyński decides not to use the “nuclear option” of having the Commission declare Tusk ineligible in the elections, a weaker use of the Commission will be extremely advantageous for PiS, too. Just parading various Civic Platform politicians (including Tusk) before the Commission will give PiS and its powerful media tremendous propaganda material. Even without any sanction resulting from those show trials, associating Tusk and his collaborators with the words “Russian influence” and “harming security” and “damaging national interests, repeated hundreds and thousands of times, will create a great political dividend for PiS. Their opponents will enter public imagery as “Russian agents”.

In other words, Kaczyński wants to do to Tusk something functionally equivalent to what Putin did to Alexei Navalny in the “elections” of 2018. Though, admittedly, with gentler methods.

⁵Disclaimer: civil defamation proceeding by TVP against me are still pending; a criminal libel suit against me by TVP has been dismissed on appeal, and had its finale, to my advantage, before the Supreme Court

Ester Herlin-Karnell

Erdogan's Wish List Come True?

doi: 10.17176/20230617-231056-0



On 1 June 2023, the new Swedish [anti-terrorism legislation](#) entered into force whose primary novelty is the criminalization of membership in terrorist groups. While it thereby aligns Swedish counter-terrorism law with the EU 2017 Counter-terrorism [Directive](#), the move has been controversial for several reasons. On the one hand, the new offense has been criticized for potentially violating Sweden's freedom of association provision. On the other hand, the legislation is widely seen as an attempt to win [Erdogan's](#) support for Sweden's still pending NATO application. This, in turn, has raised concerns that the new law is exceeding what is required by the Directive. In this blog post, I argue that because criminalizing membership in a terrorist group is required by the Directive, the introduction of the new offense is not per se a problem. However, allowing Turkey to dictate the content of Sweden's anti-terrorist law threatens to adversely affect Sweden's fundamental rights framework in the long-term.

NATO Membership At Any Cost?

Until now, the EU Counter-terrorism Directive had been only half-heartedly (and arguably insufficiently) implemented in Swedish law. In particular, back in 2019, the [legislator](#) chose not to criminalize membership in a terrorist group as required by the Directive, after the Council of Legislation in Sweden advised against doing so. The Council had voiced concern, inter alia, that such an offense might violate the constitutional right to freedom of association. Fast forward to 2023, and the Government decided chose to ignore these concerns and introduce the new offense anyway. One reason for this is that Sweden's security landscape has changed dramatically with the outbreak of the Ukraine conflict, leading to its NATO application in May 2022. The latter's outcome is currently in limbo because both Hungary and Turkey are withholding their consent. While [Hungary](#) accuses Sweden of meddling with their internal affairs for [supporting](#) the EU's the rule of law procedures, Erdogan's main reason for

withholding consent is Sweden's supposedly inadequate framework for countering terrorism.

To sway Erdogan in their favor, Sweden, together with Finland, signed an [agreement](#) with Turkey in June 2022, whereby both countries promised to counter acts undertaken by the terror organization PKK. Following the agreement, Swedish politician thought they had sufficiently accommodated Turkey's demands. However, Erdogan has sent several subsequent [requests](#) to the Swedish Government, calling for tougher anti-terrorism legislation and a crack-down on what he claims is support for Kurdish groups which he considers to be terrorist entities. In this respect, while Turkey [identifies](#) the PKK as well as the PYD and the associated YPG as terrorist groups, only the PKK is on the EU (and consequently also on Sweden's) list of terrorist associations. Erdogan has also demanded the [extradition](#) of 120 claimed terrorists to Turkey and noted his disapproval of PKK flags being allowed at [demonstrations](#). While it may be true that there is a problem with terror financing, as the Swedish [security](#) service recently stressed, Erdogan's list with the 120 claimed terrorists also seem to include critical Kurdish journalists who by any reasonable definition do not fall into the terrorism category. In light of the slow NATO application process, the question of how to respond to these requests poses a real dilemma, especially as meeting some of them would require the Swedish government to breach the international law on extradition.

Another way in which the Swedish government has sought to accommodate the Turkish demands was through the adoption of a constitutional amendment to the Swedish Basic Law in January 2023. Designed to facilitate the criminalization of membership in a terrorist group, the amendment permits the limitation of the constitutional right to freedom of association to that end. It is questionable whether this constitutional amendment was, in fact, needed. Thus, chapter 2 § 24 in the Basic laws (Regeringsformen) on freedom of association already allowed for a limited set of derogations in the case of security concerns. Moreover, there were exceptions for military-

associated violence or persecution of ethnic groups, that were never protected under this provision. Membership in terrorist groups could fall under security concerns and in certain circumstances also under military violence, although clarification of the possible derogations from the provision made is useful. Likewise, it is of concern that there was very little discussion of proportionality in the legislative assessment, which seems to be an important question concerning the need for the amendment. In the proportionality assessment pros and cons of the legislation are weighed, and this may be necessary both in the legislative process and subsequently by the judiciary. The principle of proportionality seems oddly enough to be missing in a lot of constitutional matters in Sweden, concerning everything from [data protection](#) to rigid [ethics](#) approval for research and it is all the more alarming when it concerns anti-terrorism law and the use of coercion.

Criminalizing Membership in Terrorist Groups: The Council's Concerns

While the amendment might have removed the constitutional issue with regard to criminalizing membership in terrorist groups, the introduction of the offense raises several concerns. For one, the Council of Legislation, who advised the Government [not to proceed](#) with the law, expressed a worry that legitimate resistance groups, fighting for democracy and freedom would fall within the provision, such as the ANC in former Apartheid South Africa. Arguably, the legislator could have avoided at least some of these uncertainties by complying with the Directive and following the EU terrorist list. This goes some way to addressing any potential misclassification of a resistance group. In particular, for something to constitute terrorism under the Directive (Article 3), a group must, inter alia, both use violence and possess an intention to cause destabilization and fear in the public.

Moreover, the Council also cautioned against such broadly defined offenses, which risks blurring the criminalized space and makes it difficult to know with adequate legal certainty what the law is. In this respect, there are lingering questions of how much involvement in a terrorist group is needed to constitute a criminal activity as well as how much constitutes sufficient knowledge of such activity to be held criminally liable. While broadly defined offenses are clearly problematic, it may also be

difficult to define all possible scenarios in one offense.

In this setting, the Council of Legislation also warned against the idea of leaving the assessment to the courts to rule on possible mitigating factors concerning any alleged membership in a terrorist group. This reflects the fact that within Sweden's constitutional system, it is generally thought that courts should not engage in what is seen as 'politics'. While the ECHR and EU membership has slightly changed this by rendering judicial review a constitutional right when it concerns human rights or EU law, courts remain largely passive in Sweden's semi-parliamentarian system. Yet, in this particular context, courts are arguably best placed to consider such factors. It would also go some way to ensure that Sweden does not go beyond what the Directive demands simply to appease Turkey.

Erdogan's Newest Demand: Outlawing the Burning of the Koran

Another, very recent demand from Erdogan is to [outlaw](#) the burning of the Koran in Sweden. This is likely in response to the Danish-Swedish right-wing extremist [Rasmus Paludan](#) being granted permission to burn the Koran outside the Turkish embassy and in other public places, which occurred soon after Sweden had applied to join NATO. Because the [police](#) had a particularly tough security job in facilitating his right and warned about possible terrorist attacks in response thereto, they declined to grant permission to burn the script on subsequent occasions. The Stockholm Administrative [District Court](#) overruled this decision, holding that freedom of expression trumped security concerns, which the Court did not consider sufficient reasons for limiting freedom of expression. This was later confirmed by the [Administrative Court of Appeal](#). The decision can be criticized on the ground that there is no absolute right to decide the exact place of your freedom, especially when it concerns using fire in public spaces which has a clear public safety aspect, while also being too narrowly focused without any context.

Against the backdrop of Erdogan's most recent demand, there is a real question whether this reasoning will continue to hold, or whether Sweden will reconsider its approach. In this respect, it should be clear that catering to other countries' repressive demands seems a dangerous path to take. As we can see with Sweden's choice to criminalize membership in terrorist groups, while on

its own may not seem that controversial, the reasons for taking this step and the concomitant failure to refer to the Directive in doing so could lead to an overly broad conception of counter-terrorism powers. In particular, it seems that in order to achieve Turkey's consent to its NA-

TO application, Sweden seems to have gone from under-implementation to over-implementation of the Directive. Hopefully, this political-legal farce will soon come to an end and Erdogan will approve the application as it now stands.

Aylin Çırakcı, N. Betül Haliloğlu Pakdil, Ülku Olcay Uykun Altıntaş

Taking Separation of Powers Seriously

Is it Constitutional for Turkish Ministers Elected as MPs to Continue Their Ministerial Posts?

doi: 10.17176/20230614-231116-0



In 2017, Turkey introduced a „[Turkish-style presidential system](#)“ after about 100 years of parliamentary government.¹ According to the amendments, presidential and parliamentary elections were to be held simultaneously. After the 2018 elections, it was announced that the next elections would be held in 2023. Fifteen ministers from the Justice and Development Party, chaired by President Erdoğan, were nominated as parliamentary candidates and [elected as MPs](#) on 14 May. Since none of the presidential candidates won an overall majority, two leading candidates, Erdoğan and Kılıçdaroğlu competed in a runoff vote on 28 May, in which Erdoğan secured the victory. Thus, the new ministers were neither appointed nor took office until after the runoff vote. Throughout this process, the former ministers, including the 15 elected as MPs, preserved their executive posts and titles.

This sequence of events gave rise to several legal obscurities and questions. The first question is whether the 15 Erdoğan government ministers should have resigned to run for parliamentary candidacy. The second question is whether there is a constitutional incompatibility between ministerial and MP titles and when such incompatibility begins. While the law provides that an MP title and a ministerial title are incompatible with each other, the moment when a minister’s term in office, in other words, her/his ministerial post, ends is not clearly regulated. This lack of clarity, we argue, can have serious consequences for the balance of power in a newly established governmental system. It is essential to handle a newly established and not yet institutionalized governmental

system with great care and promptly address any uncertainties in critical issues.

Should the Ministers Have Resigned to Run for Parliamentary Candidacy?

According to the Constitution, certain public servants must withdraw from their duties to become parliamentary candidates. According to Article 76, judges and prosecutors, members of higher judicial bodies, academics in higher education institutions, members of the Council of Higher Education, civil servants of public institutions and organizations, and other public officials who are not considered workers, and members of the Armed Forces must resign from their duties to run for parliamentary office. Article 18 of Law No 2839 expands this list of professional groups. However, ministers are not listed among these professions.

[One view](#) holds that since ministers are not among the public officials listed in the legislation, they are not obligated to resign from their duties. This opinion cites decisions of the Turkish Constitutional Court (TCC) and the SEC during the parliamentary system as justification. The [TCC decided](#), and the [SEC held](#), that parliamentary ministers whose resignation was not explicitly regulated were not considered “other public officials” under Article 76 and did not have to resign.

The opposite view argues that in the new governmental system, ministers are not elected and should therefore be considered among other public officials and resign when running for parliamentary office.² There was an ob-

¹ Also see Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18th Edition, Ankara: Yetkin, p. 321. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Opinion, Opinion No. 875/2017, CDL-AD (2017) 005, “On the Amendments to The Constitution Adopted by The Grand National Assembly On 21 January 2017 And To Be Submitted to a National Referendum On 16 April 2017”, 13 March 2017.

² Serap Yazıcı Özbudun, (2023, April 2), “Hukuka uygun davranmak bu kadar mı zor?”, <https://www.politikyol.com/hukuka-uygun-davranmak-bu-kadar-mi-zor/>. Şule Özsoy Boyunsuz, (2023, March 30), “Bakanlar milletvekili adaylığı için görevinden ayrılmalı mıdır?”, <https://www.politikyol.com/bakanlar-milletvekili-adayligi-icin-gorevlerinden-ayrilmali-midir>. Tolga Şirin, (2023, May 19), “Milletvekili olanların bakanlıkları düştü”, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/milletvekili-olanlarin-bakanliklari-dustu,40067>.

jection to the SEC against the candidacy of the ministers for parliament, but the Council did not publish its decision on this issue. However, since ministers were included in [the final candidate lists](#) announced by the SEC, it appears that the Council concluded that ministers do not need to resign to become parliamentary candidates.

Did the Ministers Obtain an MP Title?

The moment when a person obtains the title of MP is not clearly stated in Turkish law. [According to the SEC](#), receiving the official minutes certifying a person's elected status is not a founding but an explanatory process and a person is considered an MP when the ballot boxes close on election day. In light of this decision, fifteen ministers who were elected on the election day obtained the title of MP.

Even though MPs obtain their title at the end of voting, they must take an oath in the Grand National Assembly of Turkey (GNAT) to assume their office and exercise the powers granted therein, according to Article 81 of the Constitution. Article 3 of the [Rules of Procedure of the GNAT](#) clearly regulates that Parliament will convene without any invitation on the third day following the announcement of the final results of the elections by the SEC. The final results of the parliamentary elections [were published in the Official Gazette](#) by the SEC on 30 May. Following this decision, the [GNAT convened on June 2nd for the oath-taking ceremony](#) of MPs, during which most MPs (with a few exceptions, including the 15 ministers) took office for the new parliamentary term. Thus the newly elected MPs, including the 15 ministers, did not take their oath and assume office until after the runoff vote.

Is it Constitutional for Turkish Ministers Elected as MPs to Continue Their Ministerial Post?

The separation of the executive and the legislative branches in terms of their origin and survival, and their independence from one another is regarded to be one of the

defining characteristics of presidentialism.³ Institutional separation is a crucial factor differentiating presidentialism from other governmental systems.⁴ A separation between executive and legislative membership is generally [considered](#) the norm in presidential governments.⁵ However, there are presidential constitutional systems in which ministers can hold parliamentary membership, allowing for a "fusion" of the two titles.⁶ The question is whether the Turkish Constitution allows for such a fusion.

Article 106/4 of the Constitution is crucial in answering this question: *"If a member of the Grand National Assembly of Turkey is appointed as a deputy president or minister, he/she shall lose his/her membership."* This Article only regulates the case of an MP being appointed as a minister and clearly demonstrates a constitutional principle of separation or incompatibility. Although the opposite scenario, the case of a minister being elected as MP, is not explicitly stipulated, such incompatibility between legislative and executive membership cannot be one-sided. Such separation is inherently reciprocal.

There is a consensus in the Turkish academic fora on the existence of such incompatibility.⁷ However, there are debates about when such incompatibility begins. [According to the Speaker of the GNAT and other academics](#), holding both titles simultaneously for a brief period is not problematic. This view holds that the problem only arises when the minister assumes office as an MP, thus carrying out the duties and exercising the powers of both the executive and legislative branches of government concurrently. Since MPs can only assume office and attend parliamentary proceedings once they take an oath, incompatibility does not begin before this point.

We disagree. According to Article 106/4 of the Constitution, legislative membership ends upon ministerial appointment. Due to their sole accountability to the President and as per clear regulation in Article 104/8 of the Constitution, ministers are appointed and dismissed

³Matthew Soberg Shugart, John M. Carey, *Presidents and Assemblies Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992, p. 19, 21.

⁴Ibid, 22; Richard Albert, *The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism*, Boston College School of Law, 2009, pp. 531-577, p. 541.

⁵Eliot Bulmer, "Should Ministers Be Members of the Legislature?", *Idea*, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/should-ministers-be-members-of-the-legislature.pdf>, 2019, p. 3; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Ed, Temmuz 2018, Ekin, p. 736.

⁶Bulmer, p. 1, 5.

⁷See e.g. Gözler, p. 745, 834; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 4. Ed, Seçkin, p. 746.

by the President without the approval of the GNAT. Although Article 106/4 stipulates that ministers have to take an oath in the GNAT, this is only the point at which office is officially assumed and powers granted to such office can be used.⁸ The moment of the appointment is when the ministerial title is obtained. In 2018, four MPs were appointed as ministers and their membership was **announced** to have ended automatically, without any further proceedings, on the appointment date.⁹ If the moment of incompatibility for an MP becoming a minister is when they obtain the ministerial title, then incompatibility for the opposite scenario should also begin once the MP title is obtained on 14 May, not after taking an oath.

What are the Consequences?

What are the consequences of such incompatibility? There are differing views on the matter. The majority of academics see the acquisition of the MP title as the moment of incompatibility and state that the ministers' term in office ended the moment they were elected.¹⁰ **Opposing voices**, including **the Speaker of the GNAT**, believe that it is possible for ministers to continue holding ministerial office as long as they do not take an oath.

One view approaches the debate differently and holds that holding a ministerial office after being elected as an MP, is a "service incompatible with membership". Article 82, which regulates such services, states that MPs "shall not be entrusted with any official or private duties involving proposal, recommendation, appointment, or approval by the executive organ". According to the Constitution and Law No. 3069, MPs who insist on holding such a position or carrying out such a service in a period of six months shall lose membership. However, the sanction for appointing a person as a minister while they are an MP is clearly regulated in Article 106. Therefore, the duties mentioned in Article 82 refer to executive duties other than ministers. In our opinion, it is not possible to apply this procedure to the case of a person elected as an

MP while they were a minister.

In our understanding, it becomes clear through Article 106/4 that the Constitution foresees an incompatibility between ministerial office and legislative membership as soon as either title is obtained. As previously described, the 15 ministers continued to hold their ministerial office after they obtained the MP title on 14 May. This resulted in minister-MPs who appeared to be a jack of two trades while the constitution only allows one to be the jack and master of only one trade at a time. However, the lack of precise regulation in the Constitution concerning the consequences of a minister being elected as an MP resulted in ambiguity on such a significant matter and made it difficult to propose a constitutional and feasible solution at that time.

During this period, the scenario in which the dual title holders, i.e. minister-MPs assumed office and had access to powers of both branches of government was not experienced. As previously stated, the SEC announced the final results after the runoff election on 30 May. Therefore, the GNAT did not convene until 2 May for the oaths of the MPs. Meanwhile, president Erdoğan **started his new term in office** on 3 June and **appointed** his new cabinet on 4 June. None of the 15 minister-MPs are a part of the new cabinet. Although most MPs took their oath on 2 and 3 June, the 15 ministers elected as MPs were not among them. They were among the few exceptions. It is apparent that the oath taking schedule was arranged so that the minister-MPs did not assume office in GNAT until after the new cabinet was determined. Erdoğan's new ministers and the 15 minister-MPs **took their oath** in GNAT on 7 June, on the same day. Therefore, the new ministers assumed office and the 15 newly elected MPs' ministerial office ended on 7 June. Due to this schedule, concrete problems resulting from such incompatibility were limited. However, this did not and does not obliterate the significance of the ambiguity of the aftermath.

The separation of personnel helps ensure separa-

⁸Eren, p. 953.

⁹Also see Gözler, p. 835.

¹⁰Tolga Şirin, (2023, May 19), "Milletvekili olanların bakanlıkları düştü", <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/milletvekili-olanların-bakanlıkları-dustu,40067>. Murat Sevinç, (2023, May 17), "Nasılsınız arkadaşlar, toparlandık mı, harika, haydi o zaman!", <https://www.diken.com.tr/nasilsiniz-arkadaslar-toparlandik-mi-harika-haydi-o-zaman/>. Ali Ulusoy, (2023, May 17), "Karpuz gibi ikiye bölünmüş toplum", <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/karpuz-gibi-ikiye-bolunmus-toplum,40023>. Duvar, (2023, May 20), "Türkiye Cumhuriyeti şu an hukuken bakansız mı? <https://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye-cumhuriyeti-su-an-hukuken-bakansiz-mi-haber-1619377>.

¹¹Steven G. Calabresi, Joan L. Larsen, "One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?", *Cornell Law Review*, Vol. 79, 1994, pp. 1045-1157, p. 1156.

tion between powers and institutions, i.e. Parliament and the executive.¹¹ A newly established and yet-to-be-institutionalised governmental system should be treated with exceptional care. Ambiguities in such crucial matters should be immediately resolved. The mere fact that it is not legally incorrect for us to use the term “minister-MP” in our blog post carries a risk of undermining the foundations and delicate balance that should guide the new governmental system. Therefore, it should not have been possible for “minister-MPs” to hold more than one title of government simultaneously. This could

have been prevented before any discussion on the matter was raised, effectively preventing any possibility of one person assuming office in two branches of government. Feasible and consistent application of the Constitution and its principles could have been possible if the above-mentioned incompatibility would have been regulated clearly in the candidacy phase. In other words, ministers could have been included in Article 76 of the Constitution among those required to resign for candidacy, leaving no room for any unconstitutional fusion or crossover between governmental branches.

Dilek Kurban

Boiling the Frog

Why Turkish Elections Have Not Been Competitive for Decades

doi: 10.17176/20230602-111131-0



In their posts concerning Turkey’s presidential elections, [Fareed Zacharia](#) and [Michael Meyer-Resende](#) objected to characterizing authoritarian regimes such as Turkey, Hungary and India as ‘competitive’ solely by virtue of regular elections, which are formally free but fundamentally unfair. Both criticized international observers for providing legitimacy to such regimes by certifying their elections. Indeed, while [noting](#) that “the lack of a level playing field” gave Recep Tayyip Erdoğan “an unjustified advantage” over his opponent Kemal Kılıçdaroğlu, OSCE observers did not conclude that the elections fell short of international standards – as they had done in Hungary, as Meyer-Resende reminded.

As valid their critiques are, Zacharia and Meyer-Resende miss the main problem in Turkey: not just a “[flawed vote](#)” but Turkey’s entrenched and, by now, stabilized authoritarian politico-legal regime in entirety. The playing field in Turkey is not only “[massively tilted in favor of Erdogan](#)” now; it has always been tilted in favor of the majority – long before Erdoğan. The architect of this system was the junta that staged the 1980 coup, who sought to ensure that pro-Kurdish parties would be left out of the Parliament after transition to civilian rule. And it is not just election observers, but the entire international community, which gave democratic legitimacy to this junta-made constitutional regime.

The list of Turkey’s authoritarian laws and their legitimization by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the European Union (EU) are long, which I analyze in [my 2020 book](#). Here, I limit my discussion to the issue of electoral competitiveness. First, I describe the politico-legal context that enabled Erdoğan’s rise. Second, I contrast the developments in Turkey regarding election competitiveness to European legal standards and strikingly late political demands.

The uneven playing field- 2002 elections

Any assessment of elections under Erdoğan needs to start with the elections that brought him to power. Erdoğan

claimed democratic legitimacy based on the strong mandate he argued to have received from the electorate, which enabled him to form a single-party government. Yet, this legitimacy rested on a fallacy. Of the 18 parties that took part in the 2002 elections, only two could enter the Parliament, leaving 45 percent of the electorate without representation. One of the two parties that made it was the Justice and Development Party (*Adalet ve Kalkınma Partisi*-AKP), which acquired 65 per cent of the parliamentary seats with a mere 34 per cent of the votes.

Such an anti-democratic outcome possible was possible thanks to the 10 percent threshold that applied to parliamentary elections. What’s more, the threshold was introduced, in June 1983, by the military regime several months before it stepped down in November 1983. Fearing that a future pro-Kurdish party would receive high support in the southeast region where the Kurds are the majority, the junta introduced a *national* threshold to deny them political representation. The generals were right in their projections. In 2002, the pro-Kurdish Democratic People’s Party (*Demokratik Halk Partisi*-DEHAP) could not enter Parliament because its nationwide votes remained at 6.2 per cent – although it received up to 56 per cent of the votes in the Kurdish region.

To illustrate the extent of this democratic deficit, let’s zoom in on the provincial level. In Diyarbakır, the largest Kurdish city, DEHAP received 56 percent of the votes, whereas the AKP a mere 16 percent. Had the threshold been 5 percent as in Germany, DEHAP would have gained eight of the ten parliamentary seats allocated to Diyarbakır – and AKP none. Instead, six seats were allocated to the AKP and four to independent candidates.

To reiterate, what enabled and long sustained Erdoğan’s majoritarian rule was the very military tutelage he claimed to overcome. Thus, even under a procedural/thin definition, the AKP’s rise to power was not grounded in democracy. Neither have any of the elections held in and since (and before) 2002 been competitive or fair.

Surely, electoral thresholds can be necessary to avo-

id political instability, especially in systems characterized by many small parties, which result in successive coalition governments. At the same time, where a threshold is much higher than the widespread [5 percent \(maximum\)](#) threshold in the rest of Europe, legitimate questions should rise as to whether a higher threshold has a discriminatory motive against minority representation rather than the claimed purpose of political stability.

Elimination of political rivals or the case of Selahattin Demirtaş

To exemplify how Erdoğan uses the courts to eliminate competition from his powerful rivals, both Zacharia and Meyer-Resende refer to the case against İstanbul's mayor Ekrem İmamoğlu – who was a potential opposition candidate to run against Erdoğan in the presidential elections. Convicted to over two years imprisonment under Erdoğan's instructions, İmamoğlu's eligibility for public office had become questionable. The appeal court sat on the case until the presidential elections, making it too risky for İmamoğlu to run. In light of Erdoğan's victory last Sunday, the court will quite likely uphold İmamoğlu's conviction before the upcoming local elections in 2024 – eliminating him from that competition as well.

Illustrative as it is, İmamoğlu is not the first leading opposition figure who has been the target of judicial harassment in the Erdoğan era. The precedent was set with Selahattin Demirtaş, the Kurdish opposition leader held in captivity since November 2016. To understand, we need to go back to 2015.

After he came to power in 2003, things went well for Erdoğan – until they did not. The Kurdish movement had for decades circumvented the threshold by entering in pre-election coalitions with social democratic parties or running with independent candidates. In June 2015, the Kurds dared, for the first time, to participate in general elections with their own party. By then, they were represented by the Peoples' Democratic Party (*Hal-kların Demokratik Partisi* – HDP), the successor of five pro-Kurdish parties dissolved by the Turkish Constitutional Court (speaking of an uneven playing field). The HDP ran on a platform, symbolized by [Demirtaş' famous speech](#), to bar Erdoğan from introducing a '[Turkish-style presidential regime](#)'. In a "[spectacular](#)" victory, the HDP won 13.1 per cent of the votes and 80 seats in the Parliament in June 2015. This deprived the AKP of not only the

two-thirds majority it needed to change the constitution or at least the three-fifths to put the regime change to a referendum, but even the simple majority to continue its single-party rule. Demirtaş had caused Erdoğan the first defeat in his career – İmamoğlu would bring the second.

Erdoğan resorted to the next authoritarian strategy in his playbook; disregarding election results. After the June 105 elections, he blocked the coalition negotiations and then used the hung Parliament's 'inability' to produce a government as a pretext to hold repeat elections in November. Running on a law and order platform, the AKP won back some of the nationalist votes it had lost in June, leading to its fourth single-party rule. Yet, the HDP still passed the threshold, was still the third largest party at the Parliament and, most importantly, still deprived Erdoğan the parliamentary majority he needed to change the constitution.

Erdoğan now needed external support to hold a referendum. He formed an alliance with the HDP's nemesis, the far right Nationalist Movement Party (*Milliyetçi Hareket Partisi*-MHP). The latter made the ousting of HDP deputies from the Parliament a quid pro quo for crowning Erdoğan's career with one-man rule. As I wrote [earlier on this blog](#), once again resorting to law to achieve outcomes he failed to win in the ballot, Erdoğan (with the MHP) presented to the Parliament an [unconstitutional constitutional amendment](#) to lift the parliamentary immunities of 55 out of the 59 HDP deputies. In November 2016, 13 of these de-immunized deputies, including the HDP's co-chairs Demirtaş and Figen Yüksekdağ, were put behind bars. Once they were out of the picture, the AKP-MHP alliance changed Turkey's political regime through a referendum. Erdoğan became the first president of his new regime in 2018.

All along, HDP deputies remained behind bars. As I write these lines, the HDP is facing a [dissolution case](#) – which led it to enter into this month's presidential elections under the banner of another party and, almost certainly, to lose some votes due to voter confusion.

European institutions' legitimization of authoritarianism

All along, these authoritarian laws and policies have been provided democratic legitimacy by European institutions, including the ECtHR and the non-judicial organs of the CoE and the EU.

To start with Strasbourg and the threshold. In its 2008 ruling in *Yumak and Sadak v. Turkey*, while considering “in general” a 10 percent threshold to be “excessive”, the Grand Chamber did not find a violation of the right to elections. I will not repeat what I [wrote](#) about this ruling on [Verfassungsblog](#). Suffice to say that the majority did not consider any of the factors that render the playing field uneven for the Kurds and did not problematize the deprivation of Turkey’s largest minority group of political representation. Moreover, in an astonishing factual mistake, it characterized the law as a will of the legislature “following the military regime” (paragraph 45), attributing democratic legitimacy to a law enacted by the junta *before* stepping down.

As for the imprisoned HDP deputies. Although their cases qualified for priority treatment, it took the ECtHR 21 months to issue a ruling. The Court’s initial response was [limited to Demirtaş](#); the remaining HDP deputies, left out for no apparent reason, had to wait another [four years](#). Finding the arrests to be politically motivated in violation of Article 18, the ECtHR called for the immediate release of the deputies. I [wrote earlier](#) about the defects of the Demirtaş judgment and will address here only the issue of competitiveness. Demirtaş had argued that the prolonged nature of his detention sought to secure his absence in the public debates concerning the 2017 referendum on the presidential system and the 2018 presidential elections. Moreover, he ran in the latter as the HDP’s candidate. The ECtHR agreed in the presence of bad faith but issued its ruling in November 2018 – five months after the elections for which Demirtaş had to run from prison.

Then there is the HDP. The party also petitioned Strasbourg, arguing that the arrests of its deputies violated its own electoral rights under Article 3 of Protocol 1. Yet, in unwanted legal formalism, the ECtHR applied to a political party the rules of standing it had set for trade unions and associations, [concluding](#) that the HDP’s grievances “relate to action taken against its members”, not against itself. The ECtHR, which has long emphasized the importance of parties for democracy and proclaimed itself as a court that [“attaches importance to protection of the parliamentary minority from abuse by the majority”](#), did not even hear the case of a minority party whose presence and influence at the Parliament were unconstitutionally diminished by the majority.

As for the political organs... With the exception of the [Parliamentary Assembly of the Council of Europe](#) (alt-

hough only in 2013), none of the European institutions have called on Turkey to lower Europe’s highest electoral threshold. It took the European Commission 18 years after its first progress report on accession to invite the Turkish government to “address” the threshold [“as a priority”](#) – in November 2015, after Erdoğan had already disregarded the elections where the Kurds had overcome the threshold. Only from 2018 onwards did the European Commission implicitly call on Turkey to lower the threshold. By then, Erdoğan had already consolidated his authoritarian rule and the EU had lost its leverage on Turkey.

Turkey still reaps the benefits of its EU accession status and CoE membership. Not a single European liberal democracy brought an inter-state case in Strasbourg to challenge the recent rule of law breakdown in Turkey, let alone the state violence in the Kurdish region. Erdoğan’s defiance of binding ECtHR judgments goes unpunished. It was only in February 2022 and with respect to only one judgment (concerning the politically motivated arrest of civil society activist [Osman Kavala](#)) that the Committee of Ministers triggered the infringement mechanism against Turkey – and has not followed up on that since. No infringement proceeding has been launched for Turkey’s blatant disregard of the ECtHR’s earlier call for the immediate release of Demirtaş, which moreover was [upheld by the Grand Chamber](#) in December 2020.

We need a new mindset

Anti-liberal regimes have the lead in the fight over democracy. They are not only winning the elections by cheating but are then re-defining liberal norms by equating democracy with majoritarian rule. The progressive front needs to develop new tools and strategies in addressing this threat.

The case of Turkey is full of lessons. The opposition has no chance of winning against autocrats unless they act in solidarity, especially with the most vulnerable amongst themselves. The CHP’s support to the AKP-MHP’s efforts to oust the HDP deputies [“to avoid any accusation of wishing to protect persons supporting terrorist activities, although it considers the Amendment unconstitutional”](#) was critical in putting Demirtaş behind bars. Leaving aside the immorality of this decision, Kılıçdaroğlu should have foreseen that his party would be the next in line. Supranational institutions [must differentiate](#) between authoritarian regimes and liberal democracies. The ECtHR’s persistence in applying its doctrines equal-

ly to all member states leaves human rights activists at the mercy of national courts, which are often complicit in state violence and repression. The EU's premature decisions to give accession status or membership attribute democratic legitimacy to authoritarian regimes. Liberal democratic governments must make full and timely use

of all their sanctioning tools to deprive autocrats of the legitimacy, reputation and money that memberships to international institutions and bilateral/multilateral trade agreements bring – which are crucial in sustaining their power at home.

Sarah Katharina Stein

Wagner ist keine Söldnertruppe

Und das ist nicht so gut, wie es auf den ersten Blick klingt

doi: 10.17176/20230630-231116-0



Spätestens seit Wagners Putsch-Versuch von letztem Samstag gerät die Gruppe immer stärker in den Fokus der Öffentlichkeit. Dabei nimmt das Interesse an Söldnern und die Forderung nach ihrer Kontrolle und Verboten von allen Seiten zu. Die Mitglieder der Gruppe Wagner sind jedoch keine Söldner. Sie sind *private military contractors* (PMCs) – und damit eine weitaus größere Bedrohung für das Gewaltmonopol, die Einhaltung des humanitären Völkerrechts und den Schutz von Betroffenen. Echte Regulierung von PMCs ist nicht erst seit Wagners brutalem Einsatz bitter nötig. Jetzt könnte sich zuletzt durch den gescheiterten Staatsstreich das erste Mal ein Fenster auf-tun, indem auch der Westen sich einer echten Kontrolle von PMCs nicht mehr verschließen kann. Wagner könnte damit zum Kipppunkt werden, die Haltung zum Outsourcing von Gewalt zu überdenken.

Altes und neues Interesse an privatisierter Gewalt

Die Meuterei ist vorbei – lang leben die Meuterer, zumindest im Fall von Jewgeni Prigoschin und seiner Wagner-Gruppe. Prigoschins Versuch, Moskau zu erobern, wurde am 24. Juni auf den Straßen Russlands offenbar von vielen begrüßt, endete aber am Abend desselben Tages recht antiklimatisch mit der Ankündigung des Rückzugs der Gruppe nach Zugeständnissen der russischen Regierung. Während Prigoschins Schicksal in [Belarus](#) unklar bleibt, haben die Mitglieder der Wagner-Gruppe das Angebot, sich dem russischen Militär anzuschließen und ungestraft davonzukommen (und wahrscheinlich – diesmal unter offizieller Flagge – in die Ukraine zurück-zukehren). Wagner wurde bereits 2014 im Kampf um die Eroberung der Krim-Halbinsel eingesetzt und anschließend verstärkt nach Syrien entsandt, wo ein Zwischenfall mit U.S.-Truppen in [Khasham](#) im Februar 2018 für Schlagzeilen sorgte. Außerdem hat Wagner in den letzten Jahren seine Präsenz in [Afrika](#), insbesondere in Mali und der [Zentralafrikanischen Republik](#), verstärkt.

Die Anwendung von Gewalt im internationalen bewaffneten Konflikt durch andere als staatliche Truppen

ist dabei kein Novum, auch wenn Wagner neue, [gräuliche Maßstäbe](#) zu setzen scheint. Organisierte Gruppen, die Gewalt im Krieg anwenden, werden schon immer eingesetzt. Nicht nur Wallensteins Söldner, die Schweizer Garde oder die französische Fremdenlegion passen in diese Kategorie, sondern auch die U.S.-amerikanischen Firmen Blackwater und DynCorp, die im Kampf gegen den Terror ab 2001 einer breiteren Öffentlichkeit bekannt wurden. Söldner, so sagt man, streiten sich mit der Prostitution darum, wer das älteste Gewerbe der Welt sei. Was Wagner allerdings so besonders macht, ist ihr Einsatz gegen den Westen und die Interessen der NATO. Bisher wurden „Söldner“ vor allem vom Westen für die eigenen Interessen eingesetzt – und nicht im Konflikt gegen sie. Daher eröffnet der Fall Wagner die Möglichkeit neuer politischer und auch moralischer Bewertungen.

Trotz der Ähnlichkeit: Wagner-Mitglieder sind keine Söldner

Die Wagnerianer sind jedoch keine Söldner. Sie sind PMCs, was ihren Einsatz für die Nutznießer profitabler und risikoärmer, aber gleichzeitig auch unberechenbarer macht.

Söldner sind nach Art. 47 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1977 weder Kombattanten noch Kriegsgefangene. Daher haben sie im Krieg oder nach ihrer Gefangennahme keine Privilegien und für den Umgang mit ihnen gelten nur die elementarsten (humanitären) Grundsätze (Art. 75 ZP I). Der Einsatz von Söldnern wird international verurteilt, wie aus Art. 47 ZP I (der vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Einsatz von Söldnern in der Zeit der Dekolonialisierung verfasst wurde) und die Anti-Söldner-Konvention der [Ver-einten Nationen](#) und der [Afrikanischen Union](#) deutlich wird. Letztere nutzen fast dieselbe Definition für Söldner, verbieten aber auch Ausbildung, Einsatz und Bezahlung von Söldnern. Allerdings sind die Söldnerkonventionen nicht von vielen Staaten ratifiziert worden, insbesondere nicht von Russland, den USA oder Großbritannien, wohl

aber von der Ukraine, die nach der russischen Besetzung der Krim 2014 den [Dispositar darüber notifizierte](#), dass sie die Anwendung und Umsetzung der U.N.-Konvention im Krim-Gebiet nicht garantieren könne, solange die Ukraine nicht ihre volle Souveränität zurückerhalte.

Was nun aber ist ein Söldner? Zunächst einmal ist ein Söldner eine Einzelperson und keine Gruppenkategorie. Als Söldner gilt,

- a) wer im Inland oder Ausland zu dem besonderen Zweck angeworben ist, in einem bewaffneten Konflikt zu kämpfen,
- b) wer tatsächlich unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt,
- c) wer an Feindseligkeiten vor allem aus Streben nach persönlichem Gewinn teilnimmt und wer von oder im Namen einer am Konflikt beteiligten Partei tatsächlich die Zusage einer materiellen Vergütung erhalten hat, die wesentlich höher ist als die den Kombattanten der Streitkräfte dieser Partei in vergleichbarem Rang und mit ähnlichen Aufgaben zugesagte oder gezahlte Vergütung,
- d) wer weder Staatsangehöriger einer am Konflikt beteiligten Partei ist noch in einem von einer am Konflikt beteiligten Partei kontrollierten Gebiet ansässig ist,
- e) wer nicht Angehöriger der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei ist und
- f) wer nicht von einem nicht am Konflikt beteiligten Staat in amtlichem Auftrag als Angehöriger seiner Streitkräfte entsandt worden ist.

Die Voraussetzungen von lit. (a) und (b) werden von den Mitgliedern der Wagner-Gruppe ohne weiteres erfüllt, ebenso wie (e) und (f), denn Wagnerianer sind (noch) keine Mitglieder der Streitkräfte Russlands. Die Eingliederung in die Streitkräfte ist ein formaler Prozess, dessen Einzelheiten der nationalen Gesetzgebung obliegen. Es besteht aber internationaler Konsens darüber, dass es nicht ausreicht, allein im Namen oder im Interesse eines Staates zu kämpfen (siehe Art. 43 ZP I). Das [Angebot von Präsident Putin](#), einzelne Wagner-Kämpfer in das Militär zu integrieren, würde sie zu Mitgliedern der Streitkräfte machen und damit jede Diskussion über Söld-

nertum oder private Gewalt beenden, da sie zu Soldaten und damit zu Kombattanten werden würden.

Dennoch sind die Wagnerianer keine Söldner, denn zum einen sind sie – in überwiegender Zahl – russische Staatsbürger. Das widerspricht lit. (d), die den Söldnerstatus für all diejenigen ausschließt, die im Gebiet einer Konfliktpartei ansässig sind oder dessen Staatsangehörigkeit innehaben. Bei jedem internationalen Konflikt mit russischer Beteiligung ist es daher fast ausgeschlossen, dass Wagner-Mitglieder als Söldner gelten. Da Art. 47 ZP I nur für den internationalen bewaffneten Konflikt gilt, können sie erst recht in inner-russischen Konflikten nicht als Söldner gelten.

Erschwerend hinzu tritt lit. (c). Die als völlig misslungen geltende Formulierung lässt fast alle Versuche, Söldner zu überführen, in Beweisprobleme laufen. Der Militärhistoriker Geoffrey Best fasste die Probleme der Norm in folgendem Bonmot zusammen: „any mercenary who cannot exclude himself from this definition deserves to be shot—and his lawyer with him“.

Keine Söldner - trotzdem ein Problem

Das Wagnerianer keine Söldner sind, macht die Sache aber weder weniger gefährlich, noch rechtlich klarer. Das Verhalten von Wagner und die Gefahren privater Gewalt sind nicht kleiner, nur weil sie nicht unter das Label „Söldner“ passen. PMCs können genau die gleichen Leistungen anbieten und durchführen wie Söldner. Der einzige wirkliche Unterschied besteht darin, dass PMCs völlig unreguliert sind. Und das ist – offensichtlich – keine gute Differenz.

Alle internationalen Bemühungen, den Einsatz privatisierter Gewalt einzudämmen, einschließlich der Gefahr mangelnder staatlicher Verantwortung, des Fehlens individueller strafrechtlicher Verantwortung oder der Sorge um die Opfer, kumulieren sich in den Söldnerkonventionen, Art. 47 ZP I und einigen UN-Menschenrechtsmechanismen. Regulierungsbemühungen von PMCs sind mehrfach auf vielen Ebenen gescheitert, z.B. in der „Open-ended intergovernmental working group to consider the possibility of elaborating (sic) an international regulatory framework on the regulation, monitoring and oversight of the activities of private military and security companies relating to the activities of private military and security companies“ der Vereinten Nationen, in der die USA, Großbritannien, Russland und andere das Mandat zur Ausarbeitung einer *verbind-*

lichen Regulierung blockierten. Die neue Working Group hat nunmehr nur noch das Mandat, einen [unverbindlichen Vorschlag](#) zu unterbreiten. Auf der letzten Sitzung im April 2023 wurde Wagner zwar erwähnt, aber nicht eingehend erörtert ([Russlands Vertreter erklärte](#): „Die Diskussionen in der Arbeitsgruppe sollten professionell und unpolitisch geführt werden“). Ein weiterer Grund für die fehlende Motivation, ein neues Instrument zu entwickeln, ist die Existenz des ebenso unverbindlichen [Montreux-Dokuments](#), einer Zusammenfassung bestehender (unspezifischer) Verpflichtungen und bewährter Praktiken für Staaten und PMCs, die vom IKRK, der Schweiz und 16 anderen Staaten entwickelt und bis heute von 58 Staaten unterzeichnet wurde.

Die Wirkung des falschen Versprechens und eine Chance zur Regulierung

Doch so gut und edel die Absichten auch sein mögen, das Montreux-Dokument und andere unverbindliche Initiativen lenken von der Tatsache ab, dass es an harten, verbindlichen und durchsetzbaren Regelungen bezüglich PMCs fehlt. Es gibt keine Regeln über Aufsicht, es gibt keine Anweisungen für die Anwendung von Gewalt, es gibt keine Vorgaben für ein Minimum an Verantwortung oder Führung. Die individuelle Verantwortlichkeit von PMCs ist gering bis nicht vorhanden, manchmal aufgrund fehlender Möglichkeiten zur Rechtsverfolgung durch die Schwächung des Staates durch den Konflikt auf ihrem Gebiet (hier sind die [Bemühungen der Ukraine](#) eine bewundernswerte Ausnahme); manchmal weil zwischen dem entsendenden Staat und dem Gaststaat [Abkommen](#) geschlossen werden, die eine straf- und zivilrechtliche Haftung für jegliches Fehlverhalten ausschließen. Die pro-

minentesten (und fast einzigen) verurteilten PMCs der vergangenen Jahre wurden von [Präsident Trump](#) in seinen letzten Tagen im Amt begnadigt. Kurzum: Gut gemeinte unverbindliche Instrumente sowie die Kumulation wirklicher Regulierung unter dem Söldner-Label führen dazu, dass der falsche Anschein erweckt wird, dass private Gewalt reguliert ist und im Zaum gehalten wird – was nicht der Fall ist. Dies ist ein hausgemachtes Problem des Westens, vor allem der USA und Großbritanniens, die am meisten PMCs einsetzten und beherbergen. Bislang schien es diesen Staaten nicht nötig, etwas zu regulieren, dessen unkontrollierte Verwendung in erster (und zweiter, dritter, vierter...) Linie von Vorteil war.

Das muss sich ändern. Der Einsatz und die Brutalität von PMCs haben schon lange vor Wagner deutlich gemacht, wie dringend ihre Regulierung ist (man denke nur an die [Kinderprostitutionsringe in Bosnien](#), die Folter von [Abu Ghraib](#) oder das Massaker am [Nisour Square](#)). Aber vielleicht kann der gescheiterte Aufstand Wagners in Russland allen Staaten vor Augen führen, dass private Militärdienstleister reguliert werden müssen – denn sie könnten nach langer Ausbildung, enger Zusammenarbeit mit dem Militär und Staatsschutzapparaten und mit teils hervorragender Ausrüstung in der Lage sein, ihre eigenen Auftraggeber physisch zu überwältigen.

Auch wenn der Aufstand Wagners keinen Regimewechsel (inklusive zu befürchtender Radikalisierung) in Russland herbeiführen konnte, kann er vielleicht das Momentum geben, sich dem falschen Versprechen der Kontrolle anzunehmen und damit zu beginnen, PMCs und ihre Auftraggeber zu regulieren. Der 24. Juni hat gezeigt, dass das Gewaltmonopol nicht nur von Rostow am Don nach Moskau laufen kann, sondern auch durch die Finger rinnt, wenn man es zu sehr aus der Hand gibt.

William Partlett

Yevgeny Prigozhin and Russia's Expanding Prerogative State

doi: 10.17176/20230626-111025-0



Over the weekend, the world's attention was gripped as a [well-equipped Russian private military company](#) led by [Evgeny Prigozhin](#) seized control of a key Russian city and military hub, and marched on Moscow.

Russian president Vladimir Putin gave a televised speech, [calling Prigozhin a traitor](#) who was “stabbing Russia in the back”.

It seemed that a real coup attempt was underway and Putin's leadership was in real jeopardy. But, within 24 hours, it was all over and much of the world was left scratching their heads. [Prigozhin had secured a deal for himself and his troops](#) were heading back to their camps.

What happened?

The Prigozhin affair was not a serious coup or attempt to challenge President Vladimir Putin's authority. It was instead Prigozhin's attempt to secure his own position in his ongoing feud with the Minister for Defence, [Sergei Shoigu](#).

Prigozhin's actions reveal a deeper truth about Putin's Russia: the absence of formalised, legal mechanisms for peacefully resolving high-level, intra-elite disputes. As the war in Ukraine drags on, what Ernst Fraenkel called the ‘prerogative state’ is expanding. This lawless realm of unchecked public power has no rules or institutions that can settle disputes among the Russian elite; these can only be resolved by Putin himself.

Prigozhin's actions therefore were not a challenge to Putin, they were an appeal to get his attention. This expanding prerogative state therefore demands more and more of Russia's aging president. Putin must be everywhere, solving the manifold problems and disputes that keep emerging from the pressures of the war in Ukraine. If he fails to, things can go wrong quickly. The expanding prerogative state therefore poses serious challenges to the stability of the underlying system that Putin created. And it raises important and pressing questions about what will happen to the Russian state when Putin is no

longer in power.

Resolving elite disputes

In the 1940s, Ernst Fraenkel wrote an important book about what he called the ‘dual state’ in Nazi Germany. He described how two states co-existed in Hitler's Germany. The prerogative state, he argued, operated outside of law. Here, the ‘governmental system’ directed by Hitler and the Nazi Party ‘exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees.’ In the ‘normative’ state, by contrast, courts continue to follow the law in resolving less high-profile cases and controversies.

He explained the co-existence of these two states as an adaptation to the rise of the National Socialist Party. When Hitler or the Party was challenged, the prerogative state would prevail and law would not limit the personal power of those in charge. But, in matters that did not involve the interests of the Nazi Party, the normative state continued to operate.

Why would the Nazis not intervene here as well? They needed the law to structure everyday, commercial affairs and dispute; it is next to impossible to organize a large system of market capitalism where there is no underlying consensus and trust among stakeholders on the predictability of outcomes if these vary from case to case. It would be impossible to have any form of economic growth or exchange if there are no rules for private and intangible property, entrepreneurial freedom, sanctity of contracts, unfair competition, labour employment.

Russia has evolved according to a similar logic. Putin and his supporters use the prerogative state to ensure that they have unchecked, personal power to settle disputes that threaten their power. In fact, ultimately these disputes are determined by the personal intervention of Putin himself.

But, in other disputes that do not make the headlines or impact major political players, legal institutions still function. Political scientist, [Professor Peter Solomon](#),

uses Fraenkel's terminology of the dual state to describe a system where politicised cases are handled according to power politics while other less high-profile cases "are handled fairly and expeditiously." Without this normative state in place, the Russian economy would struggle to function.

The Prigozhin affair

The 'Prigozhin affair' grew out of an intensifying intra-elite feud between Prigozhin and the Russian Minister for Defence, Sergei Shoigu.

This kind of elite feuding is highly common in Putin's Russia. In fact, elite splits enhance Putin's power by decreasing the possibility of a strong challenge to his power. This divide and rule style has played a key role in allowing Putin to preserve his power for decades.

For months, Prigozhin knew he could get away with his criticism of the Russian Defence Minister because he was useful to the war effort. His contributions to the war – and particularly the role of his private military company Wagner in the [capture of Bakhmut](#) – gave him leverage that guaranteed his safety.

But, in recent weeks, it appeared that he was losing this leverage. In the days before his 'mutiny', Prigozhin found out that his private military company (Wagner) would be absorbed into the Russian military. Rumours were also swirling around that Prigozhin would soon be arrested and put in jail. Seeing his position weakening, Prigozhin – a convicted criminal who served time in prison – understood the logic of the prerogative state. There were no regularised ways of defending his position. The best lawyers in Russia could not save him. Any criminal proceeding against him would be pre-determined and a mere formality before a very long jail sentence.

In the end, the currency of the Russian prerogative state was force and power. He had to flex his power while he still had it. His march on Moscow was therefore not a coup meant to challenge Putin or topple the Russian state. In fact, his public statements carefully avoided criticising Putin. His actions were instead a way to force Putin to recognise and protect Prigozhin.

And they paid off. The Russian army was caught off guard and his forces were able to seize a key Russian city (and military hub) in the south and begin to move toward Moscow. But throughout, all sides avoided serious confrontation; it looked like everyone understood what was

happening. Prigozhin got Putin's attention and, ultimately, a deal.

The perils of an expanding prerogative state

The Prigozhin affair shows the changing nature of Russia's dual state.

Although the normative state still operates in Russia today, the war in Ukraine has undoubtedly expanded the Russian prerogative state. This has advantaged Putin and his supporters by allowing them more space to crack down on opposition to the Kremlin. A good example is the failure of a recent challenge to a law that has been used to [punish thousands of Russians](#) for criticising the war.

The main complaint—filed by [OVD-Info](#)—argued (among other things) that this law unconstitutionally imposed a state ideology in violation of Article 13 of the Russian Constitution. An [amicus brief](#) (submitted by Alexander Blankenagel and myself) argued that the law is extremely vague and clearly not 'necessary' to achieving any constitutionally permissible goals as required by Article 55 of the Russian Constitution.

The Russian Constitutional Court dismissed these arguments, tacitly endorsing a significant expansion of the Russian prerogative state. The Court argued that the law was valid because it served a compelling end: the protection of the Russian armed forces and their duty in protecting Russia (as well as 'international peace and security'). The Court did not challenge the relationship between the law and this end, choosing to take the government's assertions at face value. Furthermore, it completely ignored whether this law was 'necessary' to achieving a legitimate end or if there might be less restrictive means of achieving this end.

This reasoning gives the state a blank check in protecting what it claims to be the 'public interest.' The individual rights provisions in the Constitution—already heavily underenforced before the war—are now irrelevant.

While the expanding prerogative state allows Putin and the Kremlin more room to suppress the opposition, it also generated the Prigozhin affair. In a time of war, elite disputes are more likely and can escalate more quickly. Furthermore, more and more members of the Russian elite themselves are personally enlisting themselves in the war effort. In fact, they are increasingly forming their [own private military companies](#) to shore up the military's war effort. For instance, the large natural gas company,

Gazprom, is starting [its own](#) private security organisation.

In this environment, intra-elite disputes are far more dangerous than they were before.

They are not more dangerous because they are the [beginning of the end for Putin](#), as many are arguing. In fact, intra-elite feuds enhance Putin's power because he is the only one capable of resolving them. Prigozhin's actions therefore appear to have been a very noisy way of getting Putin's attention. So, if anything, it confirms the ongoing personal power of Putin.

But, it does show that the *system* of power that Putin has created is increasingly dysfunctional. A system

that requires the aging president's personal management at all times – what many Russians call 'manual control (*ruchnoi kontrol*)' – is difficult to sustain when Putin is also overseeing the war. If Putin is distracted and neglects intra-elite feuds, they are left to fester and, as in this case, erupt. If Putin is unable to develop a more effective way of resolving intra-elite disputes (which is next to impossible), he and the Russian state along with him might very well be destroyed by the very war he started. Moreover, a post-Putin Russia looks even more precarious as the Russian prerogative state will be unable to regulate the feuds to replace Putin.

Afroditi Marketou

The Brave New World of Areios Pagos

Exploring the Grounds of Greek Supreme Judges' Turn to Militant Democracy

doi: 10.17176/20230616-111141-0



These are exciting times for Greek constitutionalists. In its capacity as electoral judge, the first section of the Greek Supreme Civil and Criminal Court (Areios Pagos) recently banned the participation of the neo-Nazi Hellenes National Party in the elections of 21 May. [The decision](#) applied a legal provision enacted in February in order to impede precisely this party, considered as the political successor of Golden Dawn, from participating in the elections. To do so, the judges had to accept the compatibility of the legislative provision with the Greek Constitution, and this was not an easy task.

In their comment [in this blog](#), Samartzis and Vadivoulis explain that to accept the constitutionality of the legislative ban on Hellenes National Party, Areios Pagos had to depart from a long-established interpretation of Article 29(1) of the Greek Constitution, which until then excluded legislative bans on political parties. While the new interpretation of the constitutional provision allows for such bans, it does not go so far as to imply “an authorisation for the judicial enforcement of militant democracy”, according to the authors. This solution is the result of the judges’ will to uphold the law without affirming their own power to assess the democratic character of political parties. In their view, this “ambivalent” embrace of militant democracy “minimises the implications of the (...) judgment for future cases”.

As I argue, this institutional reading of the decision might miss out its most important implications in terms of constitutional theory and method. Indeed, in order to accept the constitutionality of the legislative ban on Hellenes National Party, Areios Pagos had to provide not only a new interpretation of Greek constitutional provisions, but also a whole new vision of democracy, of the Greek and the European Constitution and of Greek constitutional politics. The brave new world of Areios Pagos is part of a new constitutionalist approach that is likely to affect the application of constitutional provisions in future cases, as the [more recent decision](#) concerning the elections of 25 June shows.

Democracy as a constitutional goal

Areios Pagos starts its reasoning with an analysis of Article 29(1), which states that Greek citizens “may freely found and join political parties, the organization and activity of which must serve the free functioning of democratic government.” In the court’s view, the rule established in this provision is “clearly compelling” (p. 10 of the judgment) as it results from the use of the term “must”. This term implies a “tacit” empowerment of the legislator (p. 11) to preclude the participation in the elections of political parties whose organization or activity contradicts the free functioning of democracy, as this is manifested through concrete acts. In this respect, the relevant legislation required that the party’s candidates or leading members have been convicted for certain crimes, including the participation in a criminal organization. This was the case for Kasidiáris, founder and leading member of Hellenes National Party, who had been convicted in 2020 for his role in the neo-Nazi Golden Dawn.

However, while Hellenes National Party was banned from the elections, Kasidiáris himself could still run as candidate, initially at least. What justified this solution was the consideration that the political action of individuals is considerably limited when compared to the action of political parties, which is much more organized, broad and effective. Since political parties by definition aim at influencing public opinion, restrictions on their electoral rights in the name of the free functioning of democratic government do not put pluralism and liberalism at risk. They are “simply means of self-defense of the militant Greek democracy” (p. 14). Much more than simply enabling legislative restrictions on the rights of political parties then, Areios Pagos provides a whole new interpretation of the Greek constitutional order (and of the European – the judges extensively refer to ECHR provisions and case law) as actively establishing militant democracy. This embrace of militant democracy, be it half-hearted or hesitant, has important structural implications in consti-

tutional reasoning. In modern constitutionalism, democracy as a political ideal can be said to be the goal of every constitution. In terms of constitutional doctrine however, it usually translates into procedural requirements, simply setting formal limits on legislative interferences with civil rights. Areios Pagos departs from this orthodoxy and defines democracy as a constitutional goal in itself, as an ideal that guides constitutional interpretation and practice and creates positive obligations of protection upon the legislator.

As such, militant democracy gives strong powers to Parliament and can justify extensive interferences with constitutional rights. Hence, Areios Pagos underlines that the Constitution and the ECHR impose a positive obligation upon the Greek State to prevent the abuse of political parties' rights and their use to the detriment of liberal democratic institutions (p. 12-13). In the same vein, Areios Pagos rejected any possibility to invoke the presumption of innocence by Kasidiáris as abusive. According to the court, a different solution would "render militant democracy completely powerless", and would turn the presumption of innocence from a democratic acquis to a "Trojan horse" (p. 20). The interference with fair trial rights and civil liberties then, is not simply a necessary evil resulting from Areios Pagos's strategic choices. It is a structural implication of militant democracy itself. Indeed, the establishment of democracy as a goal of the domestic and the European constitutional order implies that other constitutional rights and liberties are protected only insofar as they are not abused and turned against democracy itself.

This reading is confirmed by the decision of 8 June, in which the court applied the same reasoning to ban the participation in the elections of Kasidiáris and other members of Hellenes National Party as a coalition of independent candidates. The restriction on individual election rights this time was justified by reference to the constitutional prohibition of abuse of right, which not only imposes positive obligations upon State authorities but also directly limits individual rights and freedoms.

Constitutional maximalism

The identification of constitutional goals is an instance of constitutional maximalism that is quite rare in Greek constitutionalism. Constitutional doctrine in this context is traditionally liberal and generally conceives of the Constitution as a politically neutral document [setting limits](#)

upon the action of Parliament in favor of civil liberties. In order to define democracy as a constitutional goal the judges proceed to a "teleological and systematic" interpretation of the Constitution (p. 10), which accentuates its value-laden content. Along with the constitutional provisions on democracy, the rule of law and the separation of powers, they extensively refer to the fundamental values of human dignity, to the protection of the free development of the personality, to everyone's right to participate in the social, economic and political life of the country, as well as to the full protection of individuals' life, honor and liberty, irrespective of nationality, race, language, religion or ideology.

Areios Pagos's turn to values allowed for a shift from formal limits to the actual effectiveness of constitutional provisions. Hence, the constitutionally required protection of democracy should not only take place *ex post*, through criminal sanctions, but also *ex ante*, through electoral legislation. Criminal repression is insufficient as it occurs only after the party has been given the possibility to attempt the subversion of democratic government. On the contrary, the preventive function of electoral restrictions is understood as maximal, as they "prevent the creation of the conditions that could lead to the subversion of democratic government" (p. 14). In the same vein, the judges concluded that the extension of the legislative ban on parties whose *actual* leader has been convicted for participation in a criminal organization was legal-politically warranted in view of the legislative goal. This provision was enacted following Kasidiáris's stepdown from Hellenes National Party's leadership, and aimed at precluding this party from running for the elections under the leadership of a strawman. Areios Pagos considered that a different solution "would render the ban stale and easy to circumvent" (p. 17). Based on similar considerations and on the principle "fraus omnia corrumpit", in its June decision, Areios Pagos extended the application of the ban to a coalition of individual candidates formed by members of Hellenes National Party.

In the new kind of constitutionalism that underlies Areios Pagos's reasoning, the normativity of the Constitution expands not only in terms of effectiveness but also in terms of scope. The court provided guidance as to the criteria that allow establishing actual leadership of a political party, among which a person's previous participation in the party's activities, her previous political action or the way she was chosen to lead the party. Follo-

wing this reasoning, the extension of the ban was found to be compatible with the “principle of transparency” that guides not only the functioning of the State but also the “functioning of society, especially when it is related to the State and can exert political influence” (p. 17-18). In Areios Pagos’s reasoning then, the normative reach of the Constitution appears potentially *total*: The Constitution postulates to regulate not only the various fields of public action but also the internal organization of political parties, and even the functioning of society as a whole, at least in its politically relevant aspects. In the words used by the Areopagites, the Constitution “is guided by the fundamental principles of democracy and establishes a democratic society” (p. 10). Following this line of reasoning, in its June decision, Areios Pagos provided guidance concerning possible indications of the existence of a latent party structure behind coalitions of individual candidates.

A new vision of Greek constitutional politics

The decision raises fundamental questions. How are we to know whether a party’s action serves democracy or aims at subverting it? How are we to determine whether the invocation of electoral rights is abusive? Areios Pagos’s reasoning presumes that we are not only able to answer such questions but also to establish the answers with proofs. Referring to Strasbourg case law, the judges identify concrete criteria that allow establishing that a party’s organization or political action is detrimental to the free functioning of democracy. These criteria are the perpetration by the party’s members, and under the guidance of the party’s leaders, of acts of violence against political opponents or persons of different ethnic origin or race; the stirring of the public to commit such acts, in combination with anti-democratic views held by the party’s leading members; the constitution of paramilitary organizations; and the training of the party’s members in using arms. According to the judges, it is “self-evident” that democracy will defend itself by impeding such political parties from expanding their organized activity within Parliament (p. 12-13).

One thing is sure, the supreme judges’ embrace of militant democracy is not combined with a judicious approach to judicial powers. While restrictions on election rights are imposed by Parliament, they are implemented by Areios Pagos, after examination of the relevant elements of proof. In the end, it is the judges who define and

apply the criteria that allow banning a political party or even a coalition of individual candidates from the elections. This is why, further in its reasoning, Areios Pagos dedicates some long paragraphs to the procedural safeguards that guarantee judicial independence, impartiality and fair trial rights in the electoral procedure (p. 20-21).

As other instances of constitutional maximalism, the decision expresses the judges’ epistemological optimism, as well as their faith in the institutional checks and balances of Greek democracy. Such epistemological optimism and institutional faith are not always warranted, and can only be justified under precise socio-political conditions. In this respect, the judges describe the evolution of Greek constitutional politics from the fall of the dictatorship preceding the adoption of the Constitution to our days. As they point out, the Greek Constitutional Assembly had already expressed its will to ban anti-democratic parties during the debates on the adoption of the Constitution of 1975. The proposal was then withdrawn following the reaction of the opposition. The socio-political circumstances of the time, in combination with the absence of any constitutionally defined criteria for applying the proposed provision, justified the opposition’s “reasonable distrust”. While this is not mentioned in the decision, distrust was due to previous bans on the communist party and to the prosecutions against its members that have marked Greek constitutional and political history. In the Areopagites’ view, distrust however is no longer justified under the present socio-political circumstances. The smooth functioning of parliamentary democracy in Greece for almost half a century and the existent manifestations of anti-democratic political action allow for the law to determine “completely objective criteria” for banning political parties whose action does not serve the free functioning of democracy (p. 15).

Is it constitutional to doubt?

The supreme judges express a self-confidence that is rare in Greek constitutional writings. While this might indeed be a sign of maturity of Greek constitutionalism and constitutional politics, it also leaves the reader with some doubts. How can the law define “completely objective criteria” for banning political parties when the Constitution still does not provide for such? And if the functioning of Greek democracy over the last fifty years has been so smooth, why do we attest to the rise of neo-Nazi poli-

tical parties and groups? Will the Greek turn to militant democracy only concern neo-Nazi parties and coalitions or will it lead to the exclusion of groups with other political ideologies? In the end, what precisely guarantees that this empowerment of the legislator will not be abused by parliamentary majorities?

Following Geertz, law describes “a particular course of events and an overall conception of life in such a way that the credibility of each reinforces the credibility of the other” (p. 215). If Areios Pagos’s constitutional maximalism is to be viable, the worldview that it depicts must correspond to local knowledge. However, the decision is based on a vision of Greek constitutional politics that is not consensual among Greek constitutionalists and political actors. It is significant in this respect that the parties of the Left have not shared the supreme court’s optimism and faith during public debates on the legislative

ban on Hellenes National Party. Faith in the smooth functioning of Greek democracy is questionable in light of recent scandals that have shocked Greek political life, including the spying of the telephones of a large number of Greek political and public personalities and the government’s efforts to hinder investigations of the matter by independent authorities. Such faith appears even unwarranted when one considers the important positions that certain members of neo-Nazi political groups have occupied within Greek secret services and armed forces in the past. Faith in Areios Pagos and its impartiality also seems misguided, when one considers that it is a former member of this institution, and a quite important one, that succeeded Kasidiáris in the leadership of Hellenes National Party. In the brave new world of Areios Pagos, where the normativity of the Constitution appears as total, is it still constitutional to doubt?

Radosveta Vassileva

Bulgaria's Mafia State and the Failure of the CVM

doi: 10.17176/20230613-231059-0



In light of persistent rule of law challenges, Bulgaria has variously been called a “[captured state](#)”, an “[autocracy](#)”, a “[mafia state](#)”, and a “[FrankenState](#).” Yet, recent events have brought the true extent of its governmental decay to the fore. In particular, the war between the highest-ranking prosecutors in the country, public testimonies by participants in crime syndicates implicating senior magistrates and politicians, and the brutal murders of potential witnesses against organized crime demonstrate that the line between organized crime, the judiciary, and the political apparatus is increasingly difficult to draw. Below I argue that the current escalation of Bulgaria's rule of law crisis lays bare the European Commission's continued mismanagement of the [Cooperation and Verification Mechanism \(CVM\)](#). While the mechanism was designed to help Bulgaria catch up with other Member States in the areas of the rule of law and the fight against corruption, the Commission has not only chosen to render it nearly defunct, but has also turned a blind eye to Bulgaria's continued rule of law backsliding.

Confessions Straight from the Horse's Mouth

The War between the Two Highest-Ranking Prosecutors

Bulgaria's rule of law crisis spun out of control when Borislav Sarafov, the Head of the Investigation Department and Vice General Prosecutor of Bulgaria, [publicly accused](#) General Prosecutor Ivan Geshev of extortion, corruption, and abuses of office. Sarafov has also [asked](#) for physical protection by the Ministry of Justice because he fears for his safety, arguing Geshev is “unstable”. Moreover, Sarafov has submitted [a formal complaint against](#) Geshev to the Sofia Prosecutor's Office, demanding an urgent investigation into a series of crimes he allegedly committed. He has also demanded the [dismissal](#) of the Vice Head of the Investigation Department Yasen Todorov before the Supreme Judicial Council (SJC). Geshev, meanwhile, has demanded [disciplinary proceedings](#) against Sarafov before the same institution.

The War between Ivan Geshev and former Prime Minister Boyko Borissov

Soon thereafter, on 12 May 2023, six members of SJC's 11-member Prosecutorial College [demanded](#) Geshev's dismissal from office, arguing “serious breaches or systematic failure to perform official duties, as well as actions that undermine the prestige of the judiciary” (Article 129(3), point 5 of [Bulgaria's Constitution](#)). On 22 May 2023, four members of the same college submitted an [additional request](#) demanding Geshev's dismissal on the same legal grounds, but in relation to different facts. On 12 June 2023, the SJC ultimately decided to dismiss Geshev. To many, these events provide further evidence of the political dependencies of the SJC. Not only the same Prosecutorial College had unanimously proposed Geshev as a candidate for General Prosecutor despite mass protests by Bulgarian citizens in 2019, but also the same SJC had [shielded him from two much better-argued requests](#) for his dismissal by two Ministers of Justice in 2022.

It is telling that all implicated parties are threatening one another with revealing incriminating information to the public. Since a magistrate shielding someone from criminal liability commits a crime against justice (see Articles 286 and subsequent of [Bulgaria's Criminal Code](#)), these parties are thereby incriminating themselves, too. [During the sitting of SJC's Plenum on 18 May 2023](#), Geshev stated that if proceedings against him be opened, he would reveal information that would make some of SJC's members “ashamed”. This, of course, begs the question why Geshev intends to make such disclosures only now after these members of the SJC demand his dismissal. Coincidentally or not, media defending his case [leaked information](#) about the alleged inexplicable wealth of direct relatives of SJC's members.

In parallel, [at a press conference](#) on 15 May 2023, Geshev complained that he was threatened with the release of further compromising information about him if he did not resign voluntarily. He also warned that it was

high time to “sweep away the political trash in parliament”, implicating former Prime Minister Boyko Borissov. This threat came shortly after former EU Commissioner Mariya Gabriel from the GERB party, which formed a government with the PPDB coalition, [declared](#) she would seek Geshev's removal from office if elected to lead. Shortly thereafter, on 30 May 2023, Bulgaria's Prosecutor's Office [demanded](#) that Borissov's parliamentary immunity be lifted, so that it could charge him for money-laundering in relation to the infamous *BarcelonaGate* scandal. Yet, last year, when the Ministry of Interior under Kiril Petkov [arrested](#) Borissov in relation to *BarcelonaGate*, the Prosecutor's Office under Geshev's leadership refused to press charges due to lack of evidence. It appears that for years Geshev had shielded Borissov from criminal liability because *BarcelonaGate* emerged from the *YanevaGate* scandal of 2015.

Crime Syndicates Implicating Senior Magistrates

These public feuds took a more sinister turn when two members of crime syndicates provided testimonies to [Bulgaria's Anti-Corruption Fund](#) and a [TV station](#), respectively, alleging that Geshev and Sarafov are part of an organized criminal group trading in influence. These syndicates arguably control Bulgarian magistrates either by bribing them or by promising career development via the SJC or by racketeering them with [kompromats](#). This corroborates prior testimonials concerning a network of magistrates and assistants that “create or solve” problems for Bulgarian citizens with the justice system in exchange for payment (see, for instance, the [“Eight Dwarfs” scandal](#)). One witness admits to having filmed magistrates to acquire compromising information and to have participated in arson aimed at intimidation. The other claims that the syndicate is capable of inventing and planting proof, thus framing innocent, but inconvenient people.

Four Ruthless Murders

May also saw the [ruthless murders](#) of four Bulgarian citizens in South Africa which Geshev was quick to [dismiss](#) as an instance of gangsters settling accounts. However, journalists from Bird, partner of the Organized Crime and Corruption Reporting Project, disclosed that one of the victims was a source who had helped Bird acquire vital [evidence](#) showing that Bulgaria's Prosecutor's Office has been covering up the murder of [Ruja Ignatova](#), one of FBI's most wanted. This amounts to a crime against justice. Bird's journalists also claim that the same victim had given a testimony about the crimes of Bulgarian law en-

forcement authorities to foreign services earlier this year.

The Magnitsky Effect ~~

The current events reveal the depth of Bulgaria's rule of law crisis and the degree to which organized crime is embedded in Bulgarian government institutions. This should be of little surprise to those who have paid attention to the dire state of Bulgaria's rule of law over the years. Bulgarians have witnessed years of [controversial law reforms](#), suspicious [institutional behavior](#), [complaints by victims of harassment](#), including judges, or [illegal wiretappings](#) evidencing crimes at the highest ranks of government and the judiciary leaked to the media, such as the *YanevaGate* tapes.

For the first time, however, there are confessions by direct participants in the assault on Bulgaria's rule of law. The reason why key figures of Bulgaria's mafia state are now choosing to publicly denounce one another appears to be that the US has started to pay attention. Thus, Bulgaria is the only EU Member State which is explicitly mentioned in the [United States Strategy on Countering Corruption](#) from 2021. Moreover, in [2021](#) and [earlier this year](#), the US government sanctioned key figures from Bulgaria's autocracy for corruption under the Global Magnitsky Act, including a person who served as Minister of Finance in Borissov's second and third government and as Vice Minister of Finance in Borissov's first government. Earlier this year, the UK government [replicated](#) some of these sanctions under the Global Anti-Corruption Sanctions Regulations. Because Bulgaria's Prosecutor's Office was shielding these people from criminal liability, in early 2023, the Head of the Office of Sanctions Coordination at the US Department of State [paid a visit to Bulgaria insisting on judicial reform](#).

CVM's Failure under the Spotlight

Regrettably, the US evinces more concern about Bulgaria's rule of law challenges than the European Commission. This failure is both surprising and egregious in view of the [CVM](#). As Bulgaria (and Romania) did not fulfill the accession criteria on the rule of law, they were placed under this special mechanism.

The CVM puts Bulgaria and Romania in a different position under EU law when it comes to addressing their rule of law challenges than other Member States, such as Hungary or Poland. First, the mechanism emerged from

EU conditionality and reflects a self-imposed obligation on the part of the Commission to help Bulgaria (and Romania) catch up with other Member States in the area of the rule of law. Second, it allows the Commission to engage in closer monitoring and to make concrete recommendations about what reforms should be carried out to tackle corruption and organized crime, and to strengthen judicial independence and human rights. In particular, under the guidance of the Commission, Bulgaria had to fulfill six benchmarks – judicial independence, legal framework, continued reform, general corruption, high-level corruption, and organized crime.

Instead of disciplining Bulgaria and encouraging meaningful in-depth reforms, the Commission consistently produced sugar-coated reports, legitimizing assaults on the rule of law as progress and ignoring longstanding challenges to Bulgaria's rule of law (see [here](#)). The CVM neither addressed the excessive powers of the Prosecutor's Office that are not subjected to checks and balances, nor the heavily politicized SJC, nor the persistent threats to judicial independence. It even made some of these problems worse. At one point, the Commission suggested that the Prosecutor's Office should reform itself, and consistently praised it for self-increasing its powers (see [here](#)). Moreover, the Commission completely ignored the complaints of judges harassed by the same criminal syndicates mentioned above (see [here](#)).

The Gradual Impairment of the CVM

Even more worrisome is the fact that the Commission has gradually impaired the CVM, perhaps to cover up its own omissions.

In 2018, then Commissioner for the Rule of Law Frans Timmermans provisionally closed three out of the six benchmarks set for Bulgaria – judicial independence, legal framework, and organized crime, [provoking](#) fervent criticism by civil society. In 2019, the Commission curiously established further progress and provisionally closed the remaining three benchmarks: continued reform, high-level corruption, general corruption, [despite](#)

[continued rule of law backsliding](#). In 2020, amidst [mass protests](#) against the corruption of Borissov's third government and General Prosecutor Ivan Geshev, the then new Commissioner for the Rule of Law Vera Jourova [refused](#) to reconsider CVM's conclusions. This indirectly signaled the Commission's intention to substitute the CVM with the new [Rule of Law reports mechanism](#), throwing the former into limbo: while the CVM has not been formally terminated, no new reports have been produced for Bulgaria since 2019.

Jourova's decision is problematic for several reasons. First, the CVM and the Rule of Law reports have [very different scopes and purposes](#). Second, the European Commission's stubbornness to reconsider its conclusions raises concerns about the integrity and objectivity of its assessments. Third, in recent case law concerning Romania's CVM, the CJEU held that the decision setting up the CVM is "binding" (see Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, [para 178](#)). By analogy, [Decision 2006/929/EC](#) setting up the CVM for Bulgaria is binding, too. As recently argued by [Adelina Marini](#), "[b]y silently replacing the hard law CVM with the soft law [Rule of Law mechanism], the Commission is removing a conditionality without the consent of the main stakeholders of EU accession – the Member States, which are the addressee of Decisions 2006/928/EC and 2006/929/EC".

Time for Accountability

CVM's failure is not merely a Bulgarian problem. The Commission's failure to fulfill its own self-imposed obligations under the CVM and its mishandling of Bulgaria's rule of law crisis raises doubts whether it can adequately handle other rule of law crises, or manage future accession talks with integrity and objectivity. To this end, the Commission should take action to remedy the consequences of its flagrant omissions. A good start would be to produce a new CVM report on Bulgaria which reflects the reality on the ground.

Francesco Bromo

The Leopard Paradox?

Meloni's Institutional Reforms in Italy

doi: 10.17176/20230601-231110-0



“Everything must change so that everything can stay the same.” (Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *The Leopard*, 1958)

In early May, Prime Minister Giorgia Meloni hosted a roundtable to discuss institutional reforms designed to improve “the stability of governments and legislatures, and respect for citizens’ votes at the ballot box.” A central campaign promise of hers, the reforms are meant to address *Italians’ exacerbating distrust of political institutions*, rooted in the fact that *Italy’s administrations are among the most short-lived in Europe*. This adds to its *comparatively low levels of ‘clarity of responsibility’*, i.e., the public’s inability to punish (or reward) political leaders. To show her commitment, Meloni nominated former Senate President Maria Casellati as ‘Minister for Institutional Reforms,’ a position created in the late 1980s and only rarely filled since.

Three options emerged from the discussion: French-style semi-presidentialism (“*presidenzialismo alla francese*”), a German-style chancellorship (“*cancellierato*”), which includes the institution of ‘constructive no-confidence,’ and the direct election of the prime minister, the so-called “mayor of Italy” (“*sindaco d’Italia*”) with the abolition of ‘perfect bicameralism.’ I will briefly discuss the potential and challenges of each option.

French-style semi-presidentialism

Championed by the ruling center-right coalition, this proposal intends to strengthen the executive by politicizing the role of the president. Currently, their role is largely ceremonial, though they are formally in charge of appointing the prime minister and the other cabinet members (art. 92) and retain the prerogative to dissolve parliament (art. 88). The coalition’s sponsorship of this proposal follows the tumultuous election of incumbent President Sergio Mattarella in January 2022, who *defeated Carlo Nordio* – Meloni’s preferred candidate. Electors *failed to reach the required absolute majority seven times*, de-

monstrating the limitations of the current indirect election process for the presidency (Italian Constitution, arts. 83 and 85).

The two core features of French-style semi-presidentialism would be directly electing the President by popular vote and granting them a more active role in controlling the parliamentary majority. This could boost stability by allowing presidents to remain a constant when cabinets are reshuffled while furthering respect for citizens’ votes by decreasing the frequency of extra-parliamentary prime ministers (independent or technocratic), a recurring problem since the 1990s. Moreover, it could reverse the growing tendency to elect independent presidents (Ciampi 1999-2006, Napolitano 2006-2015, Mattarella 2015-), instead producing one affiliated with the ruling majority. This could further stability by creating continuity between the legislative majority in parliament and the office of the president, especially in light of findings that *copartisan “presidents with significant dissolution powers are able to shape the electoral success of incumbents”* (p. 730).

During the drafting of the Constitution in 1946-47, delegates debated and ultimately rejected the possibility of directly electing the head of state, favoring instead an indirect election to ensure the president’s neutrality and impartiality. The choice was driven by the fact that after twenty years of “*legally authorized executive dictatorship*” (p. 212), as the *constituent assembly debates* show, fear of personalism reigned supreme. With rare exceptions (e.g. Nepal), no modern constitution has since contemplated an indirect election for the head of state. At the same time, to enhance stability, any electoral reform for the Presidency would also have to involve changes to their powers. Otherwise, Italy would merely approximate countries like Ireland, where, despite the direct election, the President’s role remains ceremonial.

To successfully mimic the French system, some changes are necessary. The 1958 French Constitution contains procedures intended to “*rationalize parliament*” to achie-

ve a balance between elements of presidentialism and the confidence-based relationship between the government and the legislature, particularly if ‘cohabitation’ occurs (i.e., the President’s party differs from that of the parliamentary majority). These procedures are the ‘package vote’ (art. 44) and the ‘vote of confidence’ (art. 49), “that **“artificially ensure” executive decisiveness in the absence of coherent partisan majorities**” (p. 2). A similar effect can be achieved in Italy via the ‘confidence question’ procedure, though this is currently not codified in the Italian Constitution. France also eliminated the *ex-post* vote of investiture to sanction the completion of the government formation process when transitioning to the V Republic, something that is still required by the Italian Constitution (art. 94). Its elimination would allow the head of state to play a heavier role in the formation process by removing the need for explicit support from simple majorities. Finally, France shortened the President’s mandate to coincide with the constitutional term of parliament, something that is currently not the case in Italy, where the President is elected every seven years (arts. 83 and 85) and Parliament every five. Shortening the president’s mandate might lead the same political majority to control different branches of government because the public would vote simultaneously to elect legislators and the head of state, reducing the likelihood of divided government.

German-style ‘chancellorship’

Favored by the Democratic Party, the core innovation of the German-style ‘chancellorship’ option is the institution of ‘constructive no-confidence.’ If successful, a regular no-confidence motion results in the removal of the cabinet, an early election is usually called, or, more rarely, an opposition leader is appointed instead as prime minister. A ‘constructive’ no-confidence motion implies that the legislature votes to withdraw confidence in the incumbent while simultaneously designating a new prime minister. It thus combines two procedures: the no-confidence motion and the *ex-ante* vote of investiture.

Featured in various constitutions, including Germany, Spain, and Poland, and previously proposed in Italy, **including during the Constitution’s drafting**, this mechanism could enhance stability by diminishing the uncertainty that surrounds governmental crises. If there is enough support for a new prime minister, constructive no-confidence eliminates the need to call an early election to address the crisis while speeding up the process of re-

placing the outgoing government. It would also further respect for citizens’ votes by effectively closing off the scenario of extra-parliamentary leaders, as the successor would come from the parliamentary group(s) who initiated and carried the no-confidence motion.

However, to reach these objectives, the procedure must be coupled **with institutions that lubricate governance in the presence of non-homogenous social strata (such as federalism in Germany) and regulate the party system more rigidly**. In Italy, the opposition has never succeeded in removing the government, though **between 1963 and 2006, there have been at least twelve attempts**. This failure can be traced to uncertainty regarding the ousted government’s successors, a setting that accommodates fragmentation in parliament, and a dearth of party discipline. This renders it difficult for legislators to coordinate and coalesce behind a new executive. Notably, on its own, the constructive no-confidence procedure would only remove the uncertainty hurdle as assembly members would vote while being aware of what comes next.

A move towards German-style chancellorship also raises questions regarding the appointment process for the prime minister after an election (or any other case that does not imply no-confidence). The 1949 German Constitution prescribes an *ex-ante* vote of investiture for selecting a chancellor in situations other than a successful constructive no-confidence motion (art. 63), as was reiterated by the German Constitutional Court in 1983 following the ***Vertrauensfrage* case against Chancellor Helmut Kohl**. Currently, in Italy, the government must face an *ex-post* vote of investiture every time a new cabinet is formed (art. 94). Hence, should German-style chancellorship be adopted in Italy, four scenarios open up:

- (1) Constructive no-confidence and *ex-ante* investiture for all other cases, like in Germany.
- (2) Constructive no-confidence and *ex-post* investiture for all other cases.
- (3) Constructive no-confidence and *ex-post* investiture together. This would imply the presence of double investiture requirements, like in Ireland.
- (4) Constructive no-confidence and no investiture for all other cases.

It is also unclear whether the president would be constitutionally bound to appoint a leader selected via any of these options.

This proposal would also require the adoption of mechanisms that counterbalance the constructive no-

confidence procedure. The German Constitution affords no-confidence prerogatives to the Bundestag (art. 67) but likewise provides the government with the vote of confidence procedure (art. 68). Currently, a critical difference between the German vote of confidence and the corresponding Italian institution (confidence question) is the consequences of failure. In Germany, the denial of confidence upon invocation of article 68 enables the chancellor to submit a request for parliamentary dissolution to the Federal President. While this expedient is not directly mentioned in the Constitution, it has been used three times (1972, 1982, 2005), and the German Supreme Court upheld it twice (1983 and 2005). A similar procedure would grant Italian prime ministers the power to dissolve the legislature, which is currently an exclusive prerogative of the president. The German President's hands are largely tied when it comes to dissolution (arts. 63 and 68), and it remains unclear if the Italian President's powers would be restricted accordingly.

Direct election of the prime minister and abolition of 'perfect bicameralism'

The third option, supported by *Azione – Italia Viva*, is the direct election of the head of government and the abolition of 'perfect bicameralism.' Italy (together with Romania) is an idiosyncratic case in that the Senate is directly elected, enjoys confidence prerogatives, and carries out virtually the same legislative functions as the other chamber.

Holding a separate ballot for the prime minister was tested in Israel in 1996, 1999, and 2001 and labeled a "failed experiment," which "adds to the risk of a populist or even a plebiscitarian-authoritarian turn" (p. 121). Another concern pertains to reconciling the confidence-based relationship between the government and the legislature and the 'separate mandate' given to the PM by the electorate. The latter's direct election generates tension between the basic idea that parliamentary administrations answer to members of parliament and the 'legitimacy' provided to the directly-elected prime minister by the public. Additionally, just as with directly electing the president, it is unclear if or how the prime minister's and the president's powers would change or if the head of state would be constitutionally bound to appoint this prime minister. While this option likely aids the goal of respecting citizens' votes, it is unlikely to increase stability.

lity.

The abolition of 'perfect bicameralism' can be achieved either by an outright transition to unicameralism or alternatively by reducing or modifying the Senate's powers. Depending on the final arrangement, either could help reduce instability and expedite the legislative process. Granting confidence prerogatives to only the Chamber of Deputies would cut the number of votes that might result in withdrawal in half, as, under the current arrangements, Italian administrations usually present the same confidence questions to both chambers. This could potentially increase stability because the government would effectively only need to command the confidence of the lower chamber. As a matter of fact, Italy has the only case of a Prime Minister losing a vote of confidence in the Senate I am aware of (Romano Prodi in 2008). Moreover, reducing the legislative capacity of one chamber could increase efficiency and speed up law-making without relying on emergency procedures. Particularly, the lengthy approval process for legislation proposed by the government – an average of 333 days – has pushed Italian incumbents to rely increasingly on decree-laws. This emergency procedure sets a deadline of sixty days for the legislature to amend, ratify, or reject the decree (art. 77).

Taking stock

While all options would change Italian democracy, the least radical and most compatible with the current institutional setting is German-style chancellorship. It is also the only option that does not introduce additional voting responsibilities. Yet, all three have elements that might lead to increased stability of executives and legislatures. The French IV Republic experience shows that the adoption of semi-presidentialism significantly reduced alternations in power. The second proposal would give the legislature a more robust resolution mechanism by replacing the current no-confidence motion (art. 94) with a constructive one. This might ameliorate the recourse to untimely parliamentary dissolutions at the president's discretion (nine in total since 1947) and reduce the frequency of non-partisan prime ministers (which would also be the case under the French model). Neither the semi-presidentialism option nor the chancellorship one has alarming shortcomings *per se*, other than requiring majorly reshaping the Italian Constitution (which is notoriously 'rigid' and hard to amend). The final proposal is the most troubling. As well as possibly increa-

sing personalism and encouraging dangerous plebiscitarian tendencies, this option is simply not reconcilable with parliamentarism. Reforming perfect bicameralism, on

the other hand, might streamline the legislative process and lessen opportunities for confidence withdrawal.

Samuel D. Schmid

Democratizing Switzerland

The Significance of the New Naturalization Initiative

doi: 10.17176/20230602-231132-0



Swiss democracy is in bad shape. [About 25% of Switzerland's permanent population](#) do not possess the red passport necessary to participate in national referenda and elections. This renders present-day Switzerland arguably only semi-democratic when it comes to meeting the necessary and fundamental standard of inclusion. If it is wrong to exclude women, it also seems wrong to exclude 25% of resident adults. On this, there is relatively broad [consensus in political theory](#).

A key reason for Switzerland's current 75%-democracy is its citizenship law, which is one of the most restrictive in the Western democratic world. After multiple failed attempts to liberalize citizenship in parliament in recent years (see [here](#), [here](#), and [here](#)), [an alliance of progressive civil society actors and politicians](#) – led by social democrat Arber Bullakaj – launched the *Democracy Initiative*. It seeks to fundamentally transform the exclusive and peculiar Swiss citizenship system and paradigm to do nothing less than restore Swiss democracy.

While the initiative will likely reach the necessary number of signatures to stage a referendum, it arguably has only slim chances to be adopted. This is because the proposed constitutional changes will be perceived by most voters as too radical. While the initiative can thus be characterized as a long shot, I suggest it is nonetheless vital. In particular, it will trigger a long-needed discussion on migration in which progressive forces can present an alternative narrative and conception of Switzerland as an immigration country that embraces new members.

I unpack these claims by showing how the proposed law, on the one hand, constitutes a paradigm shift in naturalization law, especially because it abandons most integration conditions. On the other hand, the reform would overhaul the locally administered Swiss naturalization system. While the system change would normalize the country's organization of naturalization, the paradigm shift would defy current international trends. I conclude that the content and the timing of the *Democracy Initiative* is near ideal. From a democratic standpoint, it

has some contingencies regarding implementation and is way overdue, while from a realistic standpoint it is too transformative and comes way too soon.

The Restrictive Nature of Swiss Citizenship Law

The [current Swiss national framework for citizenship law](#) requires applicants to have been resident for at least ten years of residence, to hold a permanent residence permit, and to fulfill tough integration conditions in the form of language and citizenship tests as well as economic and criminal record requirements. Furthermore, being born on Swiss territory does not automatically make one a citizen, though the conditions for naturalization of second and third generation immigrants are relaxed. This makes Swiss citizenship law one of the most restrictive in the Western democratic world.

Several international comparisons support this claim. [One comparison](#) shows that in 2019, the only European peers that were more restrictive were Austria and most Eastern and some Southeastern European countries. [Another comparison](#) of 23 OECD countries in 2019 places Switzerland on position 20. And [yet another assessment](#) with data from 2010 shows that, when taking into account not only citizenship law but also naturalization rates and voting rights for foreigners, Switzerland was the second-most exclusive country compared to 20 of the most democratic EU member states; only Cyprus was more exclusive.

Crucially, in practice, Switzerland is even more restrictive because national-level indicators do not take into account the idiosyncratic naturalization system. Swiss citizenship is derived from membership in a particular municipality, just like EU citizenship is derived from passports obtained in a member state. And just like the citizenship laws of EU countries diverge, Swiss cantons and individual municipalities also [apply different rules](#).

One of the most consequential local rules comes in the form of additional residence requirements. There is no canton that does not require a minimum residence period in its territory, and most municipalities require some

time of residence in their territory as well. For instance, in the canton of Argovia, [applicants must have resided five years in the canton and three years in the municipality in which one seeks citizenship](#). Hence, any time an immigrant resident moves beyond cantonal or municipal borders, the naturalization clock starts ticking again at zero years of residence.

A second crucial and even more peculiar feature of the Swiss naturalization system is that local committees or public assemblies decide on a discretionary basis whether individual applicants are approved (some municipalities even [used to hold referenda on individual applicants](#), a practice that has been outlawed by the federal court). Most importantly, these local bodies evaluate the integration of applicants in interviews, and every now and then some bizarre justifications surface in international news coverage. In recent years, one could read about applicants being denied Swiss citizenship for [not knowing the origins of raclette](#), [for wearing the wrong clothes](#), [for not knowing that bears and wolves shared an enclosure at the local zoo](#), or [for not correctly naming the alphon](#), a traditional Swiss instrument. [The list goes on](#).

Hence, the Swiss naturalization system is characterized by blatant arbitrariness and frequent misuse of discretion by local bodies, who deny citizenship to applicants that have fulfilled all objective legal requirements. Fortunately, many unjustified rejections could be overturned by courts, yet the problematic discrimination and exclusion inherent in this system persists.

This is a fundamental problem for democracy if we agree that democracy means that all long-term residents in a national territory should have a say in lawmaking. There are various ways of elaborating this argument. American revolutionists insisted that there *should be no taxation without representation*. Others argue that all long-term residents *being subject to state coercion* should have democratic rights no matter what emblem is on their passport. Others point to the fact that all long-term residents *are or can be directly affected* by national laws and therefore should have a say. And still others argue *the flourishing of all long-term residents* is tied to the flourishing of a national polity and all long-term residents *should thus be entitled to citizenship*. One may debate whether access to citizenship really solves the problem, or whether a democracy could also grant voting rights to non-citizen residents. Overall, however, there is [a consensus in political theory](#) when it comes to the normative

demand of including long-term immigrant residents. Based on this literature, I conclude that if a democracy only includes 75% of its resident adults and makes it so hard to access voting rights, it has deteriorated into the tyranny of the native majority.

The Proposed Changes of the Initiative

This is where the *Democracy Initiative* comes in. It has been launched by the so-called *Aktion Viertviertel* (literally translated *Action Fourquarters*, alluding to the idea that Swiss democracy needs to be completed from 75% or three quarters to 100% or four quarters). The group is led by social democrat local politician [Arber Bullakaj](#), who migrated to Switzerland from Kosovo when he was eight years old and who has run for the national parliament in 2019 and will do so again this year. Bullakaj has repeatedly encountered how hard it is to naturalize in Switzerland when helping individuals with their applications. The movement *Operation Libero*, which fights for liberal values, has joined the effort to put an end to the exclusivist naturalization regime alongside like-minded members of various progressive parties as well as several individual members of civil society, among them also academics working topics related to immigration and citizenship.

The core proposal of the *Democracy Initiative* is to solve the underlying problem by liberalizing naturalization. This proposal has two components. First, it wants to abandon the localized naturalization system and to make naturalization a legal entitlement once certain objective conditions are fulfilled. The implementation and the granting of citizenship would most likely remain local as the system of being affiliated with a municipality would not be changed, but the specific body that will evaluate the meeting of these conditions would have to be defined further in the implementation of the new constitutional provisions (which is a task of the national parliament). Importantly, however, neither cantons nor municipalities could still demand further requirements of any kind or exercise arbitrary discretion in any way.

Second, the proposed new citizenship law itself would strongly liberalize and simplify the criteria for eligibility. It envisions the [following four requirements](#). To be entitled to citizenship, an immigrant must

(1) have been legally resident in Switzerland for five years;

- (2) not have been sentenced to a long-term custodial sentence;
- (3) not endanger the internal and external security of Switzerland;
- (4) have a basic knowledge of one of the national languages.

Thus, the new law would half the residence duration requirement from ten to five years, make citizenship accessible for any legal immigrant regardless of their specific residence permit or immigration status, and only demand basic linguistic skills. Meanwhile, provisions addressing problematic criminal records and security concerns would be maintained.

A Long Shot, but a Vital One

The proposed law would surely be successful in increasing naturalization rates and thereby strengthen the legitimacy of Swiss democracy by boosting inclusion. However, despite this vital role for democratic development, the initiative is likely to be rejected at the ballot box. While the broad alliance will likely collect the necessary 100,000 signatures to stage a referendum, it seems almost as certain that the referendum will be lost.

The reason for this is twofold and simple. First, most Swiss voters – especially in rural areas – want their local communities to retain the function of gatekeepers for national belonging. They want to determine their own local rules and they want discretion. This system is deeply entrenched. Second, most Swiss voters see citizenship as the endpoint of a successful process of integration, as opposed to an instrument for integration, and they want to keep it that way. Most importantly, demanding only basic linguistic skills of any of the national languages – and not necessarily the one spoken in their municipality – will be too thin a basis for democratic participation for many, though much will depend on the implementation of this provision and the resulting measures to foster language learning as well as the standards defined for objective lan-

guage testing. Even more, integration efforts and especially language learning are key to the cultural assimilation that most Swiss natives demand from immigrants. [Some of the first reactions](#) to the newly launched initiative reflect these points.

In addition, the [international trend in integration requirements is moving towards ever-more restrictive regulations](#). Across the past decades, many democratic countries have either introduced further integration conditions or maintained them in new laws. For instance, Germany's government is about to introduce a citizenship law that reduces the residence requirement from eight to five years [but does not in any way lower the strict integration demands](#). Going into the other direction, and [becoming almost as liberal as Sweden when it comes to integration conditions](#), does certainly not increase the chances of the initiative.

As many initiatives that are ultimately rejected at the ballot box, it nonetheless matters because it puts the topic of democratic exclusion on the public agenda. For too long, progressive forces in Switzerland have shied away from making bold pro-immigrant proposals in the face of the powerful right-wing populist Swiss People's Party that owns the immigration issue and profits from its salience in public debates. Therefore, this initiative presents an opportunity to tell a different story about immigration and democracy, and to problematize the assumption that only those that are deemed as "sufficiently integrated" in arbitrary processes by local communities are worthy of democratic rights. Indeed, this is one of the Alliance's core messages.

In short, by presenting an alternative vision of the future of Swiss society and democracy when faced with demographic change, the *Democracy Initiative* may help realize this vision in the long run. It thus constitutes an essential step forward in the process of democratic development in a *de facto* country of immigration that might ultimately embrace this fact as one of its pillars of national identity.

Philipp Darius, Andrea Römmele

Politicians don't dance? AI doesn't either!

A discussion of generative AI and political campaigning
doi: 10.17176/20230630-231152-0



“Why don't politicians ever dance? – Because they have too many steps to backtrack on!”

Chat-GPT answered this when we asked the program to tell a political joke. While this example is somewhat worrying since the underlying assumption might perpetuate existing stereotypes about politics and politicians, the joke also highlights that AI has become witty and incredibly good at behaving in a way we perceive as human. Thus, we take the recent advancements of generative AI as a motivation to analyze its potential effects on political campaigns and democratic elections.

Political campaigning is about quick and widespread communication. The goal of any campaigner is to get political message across to voters. AI, and especially LLMs, potentially change the mechanics of that communication as they allow for rapid proliferation of communicatory acts at very low costs. What took the Russian influence campaign on the 2016 US Presidential election (only) a warehouse full of ‚trolls‘, may now be done in a more automatized manner using interfaces to generative AI systems. We argue that generative AI will influence the political sphere and communication environments as an accessible bag of instruments but does, at least for now, not change the music of political campaigning. Until systems are completely autonomous, they instead intensify existing problems concerning content moderation, media trust and false information online.

In this blog article, we discuss the potential consequences of current generative AI applications for democratic elections and political campaigns with respect to four sets of actors (1) organized campaigns and political parties, (2) other political actors like partisans, third party campaign organizations, NGOs, (3) digital online platforms as digital campaign environments like social media platforms and online search engines, and (4) regulators and electoral governance institutions like, in the German case, the *Landesmedienanstalten*, *Bundeswahlleiter*, Digital Service Coordinators on the national level and EU

Commission, or the OSCE on a supranational level. In the end, we give an outlook on the 2025 German Federal Elections and the role generative AI will play in contrast to the past elections in 2021. Moreover, AI systems may become more independent, with unknown consequences for online platforms and elections. Here, however, we refrain from speculation about further technological developments and focus on the implications of currently existing AI applications as tools for the selected sets of actors.

Generative AI has improved rapidly, and in recent months more accessible interfaces to image and text generators like Chat-GPT spurred worldwide hype about the capabilities and social implications of these models. OpenAI and other companies have used en-masse annotations and interactions with humans to further train foundation models and decrease the [alignment problem](#) of machines behaving statistically rationally but in ways that do not make sense to humans. Also, generative AI for images and videos has become easily accessible and incredibly realistic, which lowers the cost of image and video production to almost zero.

This will have significant consequences for political campaigns and the media system. AI does not yet dance, which means it is not autonomous and is not further developing its own algorithms. However, this could be the case in the soon future. In 2023, generative AI can be a powerful tool for political campaigns as for many other sectors by generating textual and visual content and providing coding support for data analysis. However, it also accelerates existing risks concerning digital media as political communication environments when political actors do not obey the norms or self-limit themselves to ethical codes. Thus, it points to online platform governance, regulation, and education as critical areas to protect and strengthen democracies' resilience and ensure electoral fairness.

AI and data-driven campaigning in the fourth phase of political communication

In recent years, there has been much debate about using data-driven methods and AI in political campaigns. In this respect, AI should be understood as an umbrella term for machine learning and natural-language processing methods. The so-called fourth phase of political communication is distinct to prior phases because digital platforms and data-driven methods have become much more present and advanced compared to campaigns before the emergence of the Internet and social media platforms (Römmele and Gibson, 2020). Our conversations with experts and campaign professionals as part of the ERC-project DiCED – Digital Campaigning and Electoral Democracy emphasized that data-driven methods complement and sometimes compete with a political logic based on intuition (the so-called gut feeling) and experience of campaign professionals. However, experts and campaign professionals stressed that there is not one central algorithm or AI model for campaign decisions such as on distribution of ads spending, main campaign messages or fund raising. Where advanced predictive models have been used, they performed similar or worse than established social science methods like survey research and focus groups to test key campaign messages and to identify target groups. With the easier employability of generative and analytical AI methods via interfaces like Chat-GPT, we expect an increase of their use in organized political campaigns and third-party actors as the first two sets of actors we will discuss in this article.

Concerning digital online platforms, complex AI models have been used for content moderation, as the recommendation and filtering of content, for years and have become very efficient in maximizing user time spent and targeted advertisement, but also in the detection of illegal and community guideline inflicting content. However, we know that social media platforms like Twitter have not successfully deleted content promoting conspiracy narratives and vaccination-sceptic content during the Covid-19 pandemic (Darius and Urquhart, 2021). While digital platforms are the set of actors where AI systems play the most crucial role because they manage flows of information on these platforms, it will be essential to how well platforms will perform in detecting and how they will deal with removing AI-generated content like images, videos or text, mainly when containing mis-

leading, false information or consciously misleading political disinformation by internal and external actors.

Regarding the regulators and electoral governance institutions, we would advise building task forces to monitor online debates and the use of generated content during sensitive election times and recommend a close cooperation with Digital Service Coordinators, which will be the *Bundesnetzagentur* in Germany. For these institutions, it is vital to have a task force for the electoral peak time to coordinate with civil society actors and identify inauthentic behaviour and [astro-turfing campaigns](#). Research has shown that there have been various interferences in elections via astroturfing campaigns and ill-controlled targeted advertisements on social media platforms (Kim et al., 2018, Schoch et al., 2022).

Organized political campaigns in a changing party and communication sphere

Digital platforms like social media and online search engines have become essential campaigning environments for organized political campaigns and enable increased data analytics. With respect to the use of data-driven methods and new technologies, however, the application may lead to two distinct types of campaigns that Römmele and Gibson (2020) describe as scientific and subversive. As ideal types, these state a scientific sort of campaign that uses enhanced analytics to engage and mobilize voters. In contrast, the subversive type of campaigns uses divisive issues and messaging, populist speech and targeted advertisements to increase political conflict and sometimes actively demobilize voter groups that lean to vote for the political opponent. As such, technologies like generative AI may accelerate this bifurcation of political campaigns into scientific and subversive.

In the case of Germany, parties choose marketing campaign agencies as close partners in creating campaign content and strategies and supporting or managing the digital campaign. Especially to identify target groups and roll out targeted ads on social media like Facebook, Instagram and TikTok (and since Musk's return to allow political ads in the future again also Twitter) and online search engines like Google. The central goal of digital and general campaigns is the persuasion of voters, particularly the group of undecided voters. In the past 2021 German federal elections, the group of undecided voters was abnormally large by German standards because party affi-

liations are further loosening, and the Merkel era ended and left many former Merkel voters undecided between parties. The continued communication between parties and campaign actors seeks to bring voters to subscribe to online newsletters via their main campaign website and to follow candidates and party accounts on social media. The subscription to newsletters, however, comes with extended analytic capabilities to test campaign messages and grouping favourable voters.

Concerning the application of generative AI, we know that visual content has increased in importance and quantity, whilst costs dramatically decreased even before the availability of generative AI at the current quality levels. Thus, we expect a further increase in the use of visual content and use of generative AI tools like DALLE2, Midjourney and many others. Whilst generative AI lowers the cost of the production of visual content, it may increase the cost for party internal rapid response teams to counteract fake posts about the own party or major candidates. In the past 2021 elections, we also observed an increase in negative campaigning, as video spots or social media posts and ads attacking political opponents instead of promoting the own political goals. This is in Germany, in contrast to other countries and especially the US, relatively uncommon and could accelerate with increased use of generative AI that may allow producing compromising photos of political adversaries. A recent example that made [German headlines](#) in recent months was a generated image of Arabic-looking men with angry faces generated and posted (with a misleading caption) by politicians of the far-right party Alternative für Deutschland (AfD). Also, in the run-up to the 2024 US Presidential elections, the [campaign of Ron DeSantis uses deep fakes and generated content](#) to compromise his opponent for the Republican candidacy Donald Trump. To avoid an spiral of inauthentic campaign content parties and political actors should commit themselves to publicly communicated guidelines or codexes and adhere to these rules.

Third-party actors

Digital tools and social media also give third-party actors a public stage to express their opinions on parties and candidates that are part of the electoral competition. Third-party actors are partisans and sometimes well-funded third-party campaign organizations like NGOs, industry associations, or labour unions. Whilst some of these organizations have been representing their cliente-

le's interests for decades, others were funded in recent years and roll-out marketing and social media campaigns in campaign times to influence public opinion on parties, issues and candidates. The Internet and social media enable a sort of citizen-initiated campaigning ([Gibson, 2015](#)). Platforms like Facebook, Instagram or Twitter also allow partisans to influence the public perception and visibility of messages of official political campaign actors ([Bossetta, 2018](#); [Darius, 2022](#)).

Moreover, partisans and political actors behave strategically and sometimes seek to claim their political opponents' messages and hashtags in so-called hashjacking strategies ([Bode et al., 2015](#); [Darius and Stephany, 2019](#)). In these competitive public campaign environments, generated visual content can provide a tool to increase attention and cause scandals, first by potential claim of the generated content itself, and second when media report about it being a fake. Moreover, third-party actors may also employ bots and inauthentic accounts to appear as "normal" citizens and support their favoured political candidates or verbally attack political opponents.

AI-generated content and activity may help make a campaign "dance" and attract more online visibility, however, in a misleading and inauthentic fashion. This is especially concerning with respect to the capability of AI generated arguments to affect or persuade citizens to change their policy positions ([Bai et al., 2023](#)). Thus, it is crucial to that multiple actors monitor the campaign sphere to detect early coordinated inauthentic behaviour such as disinformation campaigns and debunk misleading generated content before it reaches a broad audience on social media platforms or gets even picked up by traditional media. Moreover, we can only hope the electorate will punish those using subversive methods at the ballot box.

Digital platforms and the media

Digital online search engines and social media platforms provide crucial campaign environments that enable more fine-grained analytics than traditional media channels and will need to invest more resources into discovering AI-generated activity and misinforming content in the coming years. The core service of these platforms is the recommendation of content to users and is based on algorithmic content moderation systems ([Gorwa et al., 2020](#)). Generative AI and large-language models will further improve the accuracy of content moderation, and our ex-

pectation is that also the detection of harmful and misleading content will also keep up with increasing numbers of generated content and inauthentic accounts. Platform companies should report in detail about methods used and metrics applied to detection of harmful generated content and consult with researchers and policymakers how to make their platforms a safer environment for political campaigns and constructive political debate.

Regulators and electoral governance institutions

Regulators and electoral governance institutions might not directly apply generative AI models. Still, they should build capacities to coordinate and communicate on a technical level with campaign teams, platform companies and creators of generative AI. The German Digital Service Coordinator will be the Bundesnetzagentur, also responsible for telecommunications and having technical expertise within their institution. Here it could be possible to require very large online platforms (VLOPs) and very large online search engines (VLOSEs) to report specifically on political and electoral risks of their services, and potentially even a continuous election sphere monitoring by platforms and civil society actors. Looking ahead, espe-

cially when generative AI starts to “dance” with respect to being autonomous and improving and recoding itself, regulators must prohibit, request or execute deletion of such systems when harmfully interfering with digital publics, especially during election campaign periods.

Summary

We argued that because generative AI yet does not dance as acting autonomous most application of generative AI rather provides tools for all sets of actors. Nevertheless, these tools will have significant consequences for election campaigns and their use by political actors can pose challenges to the integrity of elections. Thus, campaign codes by organized campaigns and close coordination of regulators and digital platform providers are essential to limit the potential of misleading or disinforming content generated and disseminated by generative AI applications and systems. Establishing these safety mechanisms will be crucial to prevent interferences and protect the integrity of upcoming elections such as the European election and US presidential election in 2024, and the German Federal election in 2025.

Stav Zeitouni, Noa Diamond

Saifan and the Weaponization of Trade Secrets

doi: 10.17176/20230628-111055-0



Over the last few months, the Knesset's Constitution, Law and Justice Committee ("Constitution Committee") has been convening sessions to discuss the regulation of spyware. It is a response to the on-going fall-out over the Israeli police's use of the spyware *Pegasus* ("*Saifan*" in its local iteration) to surveil Israeli citizens, including political activists. After [journalist Tomer Ganon broke the news last year](#), the Attorney General ordered the police to suspend the use of the technology while an inquiry team, headed by Deputy Attorney General for Criminal Affairs Amit Merari, looked into the allegations. The resulting "[Merari Report](#)" highlighted a multitude of troubling developments in the interface between law and technology.

In this post, we offer an overview of current Knesset discussions; the contested legal grounds on which the Israeli police and Ministry of Justice rely for spyware authorization; and an analysis of governmental procurement of surveillance technology, with particular emphasis on the weaponization of trade secrets to strategically conceal governmental operations. Current public engagement has chiefly focused on the uncertain legal basis for the police's enhanced surveillance capacities as a result of using spyware. However, this is not the only concern with the use of technologies as advanced and powerful as *Saifan* by public bodies. In particular, we argue that the current combination of outdated laws with nontransparent operations makes public accountability and oversight with regards to how such technology is used intensely and unduly difficult.

Background and Current Committee Discussions

The Merari Report was released in two parts. While the first part refuted [Ganon's allegations](#) "that the Israeli police infected cellphones [...] with its *Saifan* system without a judicial order," the second part detailed "[a series of structural problems relating to the use of spyware by the \[police\] in connection with the exercise of its powers](#)

[of online surveillance.](#)"

Many of these were related to the expansive functions of the *Saifan* technology itself. Its ability to collect not only communication data as defined by relevant legislation, but also any other information that may be found on the infected cellphone (such as contact lists, notes, apps, as well as third party information and meta-data) was of particular concern. Additionally, in an early iteration of the system procured by the police, data collection was not limited to dates set by the judicial warrant. A further concern was *Saifan's* adoption into use without consulting either the police's legal advisors, or the Ministry of Justice. Nonetheless, the report concluded that with the drafting of proper internal procedures and regulations based on the report's recommendations, the police has legal authority under the 1979 Wiretapping Law to continue using the spyware in their investigations.

Because the Law only grants authority to conduct wiretapping of a conversation (including inter-computer communication), the report framed spyware as a form of wiretapping as long as the communication collected meets the legal restriction of collection of data communication *in transit and not in rest* (Merari Report, p. 21). In order to further establish authority to use spyware and justify collection of inter-computer encrypted communication, the report leaned heavily on the authority granted by the law to "enter a place for the purpose of installing necessary means for wiretapping." Based on this auxiliary authority clause, the report concluded that phone hacking for the purpose of spyware installation is the equivalent of entering a "place" (Merari Report, pp. 84-86), an interpretation widely criticized by scholars and [civil society jurists](#). However, even though the report grounded legal authority for the use of spyware in the Wiretapping Law, it also called the Law outdated and incompatible with the pace of technological developments, and urged the legislator to adopt new legislation (Merari Report, pp. 69-70).

Since the report's publication, the Knesset's Constitution Committee has convened four times to discuss the report's findings and further regulation. These meetings focused primarily on facts, such as how many phones were infected with spyware, who within the police and the Ministry of Justice was aware of the acquisition and use of spyware, and what information was brought before the judges approving wiretapping with spyware. In response to the report's attempt to fit current practices within preexisting laws, MK Simcha Rothman, chair of the committee, criticized the Ministry of Justice and the police for what he described as taking authority that wasn't granted by the legislature. Recently, following a case of [evidence withdrawal due to spyware collection](#) of information beyond the legal scope of the Wiretapping Law, [the Constitution Committee called](#) upon the Israeli government to form a governmental commission of inquiry or investigative panel into the use of spyware by the Israel Police.

Despite the importance and validity of the questions raised, no robust discussion took place regarding the basic question of authority. As a result, the Committee did not refute the Merari Report's conclusion that Israeli law grants authority to install and operate spyware during police investigations. Nor did the Committee engage with the growing problem of governmental actors procuring technology from private corporations, and the increasing use of the trade secrets doctrine to shield the use of powerful surveillance technology from public scrutiny and criticism. Yet, these are central to any attempt at reforming Israel's legislative framework governing the use of surveillance technology.

Contested Legal Grounds

As [previously pointed out on *Verfassungsblog*](#), and also recognized in the report, the legal framework governing surveillance under Israeli law is outdated, and therefore unsuited for handling spyware regulation.

In particular, contrary to the report's conclusion, spyware is not "more of the same"; it cannot be termed simply as a variation of wiretapping. The spyware's abilities are vast and evasive, and the temptations of using the wide range of data it can collect is huge. Due to these pertinent characteristics, several privacy experts in Israel have contested the justifications provided for the continued use of *Saifan* by the police without explicit legal authority, arguing that the framework provided by current law cannot bear the expansive interpretation of out-of-date

laws provided in the Merari Report.

Moreover, as the Association for Civil Rights in Israel and the TAU Privacy Clinic (which one of us heads) argue [in an appeal](#) to the Attorney General, the Merari Report's interpretation of "place" in the Wiretapping Law "goes too far, is mistaken, and fails to convince... It is wrong to authorize the use of a harmful system via a creative and expansive interpretation of the [auxiliary] authority" (translated by SZ). To insist on firm and explicit authorization in the law is in line with several standing precedents set down by the Supreme Court (e.g. *Lam v. Dal*; *Tel Aviv-Jaffa District Commander v. Israel Internet Association*). Even if the law is amended, [some argue](#) that *Saifan*'s technological capabilities require more robust oversight, especially in the interface between public and private surveillance.

Government Procurement of Surveillance Technology

Many of the problems that arise in relation to *Saifan* are tied to its procurement by the police from a private corporation. It reflects a broader trend, with ["government \[becoming\] increasingly intertwined with the private sector through its regulatory and supervisory requirements, direct partnership with or funding of private entities, and the direct provision of public infrastructure by wholly private entities."](#) Thus, the "government and the private sector... increasingly [...] regard the other as a direct partner in achieving their largely divergent goals" of secrecy and commerce on the one hand and (at least ideally) transparency and accountability on the other. This development has led to conflicts and distortions in relevant legal doctrines.

One such distortion stems from the fact that it is the company developing the surveillance product that often determines its functionalities (especially if that company dominates the market on a particular product). For products like *Saifan* – where the police had so little input into the development of the product that the version they used could not at first comply with relevant legal requirements – the technology and its capabilities end up determining the policy adopted by the police in conducting surveillance. Later iterations, which are more limited in function due to alterations requested in order to comply with the law, are still anchored in the original product's scope because the police seeks to maintain as many of the product's original functionalities as possible.

This phenomenon, i.e. the adjustment of the police's

capacity and authority to match the functions of a particular technology, arguably also affects the legal reasoning used to justify the use of such surveillance products, prospectively and retrospectively. Regarding *Saifan*, Michael Birnhack [argues](#) that, “the [Merari] report interprets the law in accordance with the police’s necessity, but, as the High Court of Justice has very clearly ruled in other privacy cases: authorization is not derived from necessity” (translated by SZ). *Saifan* is not singular – the Israeli security establishment has [already shown](#) its readiness to first implement surveillance technology and only then, when pressed, find justification for it. Policy led by capabilities, rather than by a clearly articulated, publicly debated and balanced framework, runs the risk of unchecked and expansive surveillance by government authorities.

The Expansion and Weaponization of Trade Secrets

Issues arising from procurement of proprietary surveillance technology are compounded by the assertion of trade secrecy, which aids in the obfuscation of technological capabilities and of the possible role the original developer continues to play in policing operations. In April, the Constitution Committee approved the creation of a restricted sub-committee which will be able to hear secret material relating to the ongoing use of *Saifan*. In previous sessions, the police and the Ministry of Justice [claimed](#) that some information cannot be shared in the public sessions for fear of misappropriating trade secrets and revealing operational techniques and procedures.

Trade secrets have been progressively expanding in recent decades, in definition and in scope. Key terms including “secrecy” and “commercial use” have significantly broadened and now apply to almost any form of information related to a business. Additionally, under certain circumstances trade secrets may be kept secret in perpetuity. Due to these characteristics, [“the value of transparency is undermined by the commercial trade secrecy doctrine.”](#)

Moreover, claims of trade secrecy are steadily rising [“not for the purposes of protecting property against competitors, but in the service of other values, namely concealment from the public for reasons other than harm suffered in marketplace competition.”](#) These reasons include, among others, the delegation of government functions to private entities. It is unclear from the Merari Report how much involvement NSO still has with the day-to-day operations of *Saifan*, but at the very least a database of surveillance logs is maintained by the company. Under these circumstances, the police does not maintain full independence in overseeing these operations, and the claim of trade secrecy creates only more ambiguity about surveillance capabilities, perhaps strategically so.

These trends are reflected precisely in the police and Ministry of Justice’s claims before the Knesset Committee charged with their oversight. The addition of trade secrets as a claim against transparency (on top of the preexisting opaqueness commonly found in national security contexts), sees the government advance a claim grounded in private rights of action and intellectual property. The logic of these claims are completely apposite to the transparency required of government agencies, especially in a policing context, as they legitimize enhanced concealment while reducing the burden of justification.

Already on shaky legal grounds, the additional cooptation of private claims in service of governmental opacity marks the *Saifan* saga as a dangerous turn in the Israeli police’s expanding operations targeted at Israeli civilians. This, in addition to the [militarization of surveillance and method-creep from the Occupied Territories into Israel](#), highlights the need for serious revisions to the current legal framework governing surveillance, as well as its methods and justifications. Although the Israel Democracy Institute has [offered](#) some preliminary principles for regulating spyware, the road to comprehensive, modern legislation on the matter remains long. Only time and serious deliberations will reveal whether the ultimate outcome will align with all relevant constitutional requisites.

Richard Mackenzie-Gray Scott

YouTube Updates its Policy on Election Misinformation



The platform will no longer remove false claims about past US Presidential elections.

doi: 10.17176/20230608-111130-0

Last Friday, [YouTube announced](#) that it ‘will stop removing content that advances false claims that widespread fraud, errors, or glitches occurred in the 2020 and other past US Presidential elections’. This development has upsides and downsides, a few of which are worth sketching out, and all of which further accentuate why the US constitutional framework regarding online platform regulation requires updating. The nature of this update requires transcending a governance approach of overreliance on expecting good faith self-regulation by companies providing these intermediaries.

Downsides

There are many reasons why leaving misinformation circulating online is a problem. These mainly concern what the spread of misinformation can contribute to down the line, whether vaccine hesitancy (and [related death](#)) or electoral distrust (and [related destruction](#)). Whatever these downstream effects may be, they can share two common denominators that help highlight why leaving misinformation circulating online is a potentially bad decision. The first consists of misunderstanding the marketplace of ideas metaphor and not accounting for its limitations in online information environments. The second concerns underestimating information operations targeting elections and their relationship to the spread of misinformation.

Online marketplaces of attention where ideas are unevenly distributed and weighted

The marketplace of ideas metaphor underpinning the US constitutional framework attempting to govern expression and thought does not account for how ideas are distributed and weighted across online networks. Ideas can only compete if they are known and rationally weighed against prior knowledge. Algorithmic curation by online platforms and the cognitive quirks of users combine with the result that people are not aware of diffe-

rent sources of information, and if made aware, [process and respond to them differently](#). There are measures offering a corrective to this dynamic, such as those providing for ‘[informational osmosis](#)’, which is when alternative sources of information are introduced into the informational bubble of a user. However, the underlying assumption that truth will ultimately emanate from falsehood if ideas are left to compete in online information environments is faulty, especially considering platforms decide *what* ideas receive *whose* attention. A [recent study](#) found YouTube’s recommendation algorithm presented content featuring narratives questioning the previous US Presidential election to users that were more likely sceptical of its legitimacy. If algorithmic curation continues operating in such a way, then leaving electoral misinformation online risks bolstering belief in it, including from people that may not be likely, at least initially, to lend it credence. Increases in exposure to such misinformation is made more problematic if no alternative explanations are offered that might assist in users switching out the false information in their belief systems. Democratic debate rests in part on people having access to the same sources of information, not differentiating exposure to those sources depending on their data profile.

Information operations that saturate online spaces with misinformation

Further complicating choices to leave election misinformation online are actors looking to influence user behaviour through its spread. An old problem with new components, [information operations](#) occur today in attempts to forge the future according to their planners’ preferences. For example, a company or government may deploy bots across platforms before an election for the purpose of influencing the result and/or behaviour towards it. This ‘[computational propaganda](#)’ can result in spikes of misinformation on those platforms. The false information that initially begins as disinformation shared

by a small number of non-human accounts can turn into misinformation being shared by a large number of users. This situation can be compounded by ‘reverse censorship’, part of which consists of users coordinating to increase the amount and reach of content underpinned by a particular partisan stance. Should this content contain falsehoods, there is the risk that concentrations of accurate information become diluted on hosting platforms. A [Facebook report](#) claims that in information operations targeting elections, ‘authentic voices typically outweigh inauthentic attempts to manipulate public debate’. But by not removing electoral misinformation, YouTube is banking on any increase of it not contributing to a decrease in the amount of accurate information to which users are exposed. While the probabilities of how this gamble unfolds are unknown and perhaps immeasurable, the inescapable aspect of it is the vulnerability of the process to manipulation, where parties interested in particular electoral outcomes can assist misinformation attaining greater reach and impact than accurate information.

Upsides

Despite these (mitigable) downsides, the latest YouTube policy is not necessarily bad when considering the interconnected human rights of expression and thought. Further appreciation of this perspective can be gained when reflecting on their link to perhaps the most significant factor in countering online misinformation: trust.

Divergent thought and expression are crucial to democracy founded on pluralism

Content removal on the grounds that it is misinformation can be arbitrary and thus ‘[suspect under a liberal commitment to free expression](#)’. Aggravating factors here are when these decisions contain no clarity about what constitutes misinformation, how such determinations are made, and any inconsistent enforcement. Measures short of removing misinformation from online platforms are preferable from this perspective because they grant comparatively more agency to users. By allowing people on YouTube the opportunity to seek out, receive, and impart what may be electoral misinformation, the platform is attempting to respect freedom of expression and freedom of thought. This motivation is implied in the [marketing of their change in policy](#): ‘The ability to openly debate political ideas, even those that are controversial or based on disproven assumptions, is core to a functioning democratic society—especially in the midst of elec-

tion season’. Whether and how less limitations being placed on the exercise of expression and thought necessarily corresponds to them being respected is another, meatier question. Yet more significant than arguments revolving around the extent to which particular content moderation decisions regarding misinformation do or do not respect these two human rights, is user trust in these processes.

Dispelling misinformation depends on trust

[Research from The Royal Society](#) helps show why content removal is a poor option to effectively managing misinformation, notably because it may ‘exacerbate feelings of distrust and be exploited by others to promote misinformation content’. Misinformation is, by definition, created and spread by people that have a knowledge deficit about the content at issue and lack malicious intent when sharing it. Feelings of innocence and offence in connection to accusations of promulgating misinformation, which are implicit in content removal decisions, may lead to users refusing to consider, never mind believe, sources of information that contradict misinformation. Trust in sources of information and in the systems that disseminate them depend on *how* communication occurs perhaps as much [if not more](#) than *what* is being communicated – and takedowns are a form of the *how*. If the connection between media and political trust is [being driven by](#) public sentiment against elites, then those who are considered to comprise these groups need to exercise care in how they express their views so as not to come across as infantilising, patronising, or the like. Very large online platforms and their overlords arguably fall into the category of an elite group, meaning their removal decisions can be perceived disapprovingly by users, the negative feelings connected to which may be heightened if users disagree that the content was misinformation.

Related to these factors is the Streisand effect, which describes attempts to restrict access to information that have the paradoxical effect of leading to it receiving considerably more attention than it otherwise would have if left be. Censorship can be counterproductive. First, because the associated user distrust may mean more people believing conspiracy theories surrounding the applicable content. Second, because when accounting for the switching costs to users of online platforms, removing content may have no short- or long-term impact on reducing the spread of misinformation, and could even result in its increase across other platforms. The decision of users to

change platforms is made easier when content they are wanting to access is available on one intermediary but not another. This may well be another reason behind YouTube reversing its previous policy on US Presidential election misinformation, as resorting to takedowns risks the platform losing users, and thus the related revenue that their engagement generates.

A constitutional update is in order

The U-turn from YouTube regarding its policy on US Presidential election misinformation is yet another instance marking just how much societies are at the mercy of powerful online platforms. The unpredictability of their decisions, reliance on unaccountable algorithmic systems of information dissemination, and [wide scope for abuse](#) of their role, render the notion of democratic oversight illusory. These issues stem from the considerable extent to which platform conduct is discretionary under the US constitution. Whether originating from [new legislation](#) or [amendments to existing legislation](#), an update is in order. Even if US lawmakers [struggle to understand](#) the ins and outs of platform regulation, there is appetite for reform, including from [Democrats](#) and [Republicans](#) alike. The status quo is not only [putting courts in difficult positions](#) regarding content moderation, but also failing to realise the value of governing through a participatory system providing checks and balances on power. Regulations in the US securing wealth extraction have allowed online platforms such as YouTube to grow into the positions of hegemony they now hold. It is past time to rebalance the scales. Let there be less [‘whack-a-mole’](#) approaches

to content moderation, [spurred by](#) legitimising (possibly) deceptive and performative mechanisms of accountability that [rely on](#) appearing juridical. The [procedural aspects of platform regulation](#) require more attention. And as to the substance of the US free speech culture emboldened by its constitution, history and recent research leave food for thought.

After the US Bill of Rights entered into force, the [Alien and Sedition Acts of 1798](#) criminalised speech containing ‘false, scandalous and malicious’ content about public institutions and officials, punishable ‘by a fine not exceeding two thousand dollars, and by imprisonment not exceeding two years’. The First Amendment has not always been such a prominent consideration in the governance of public life. If US citizens [now prefer](#) ‘quashing harmful misinformation over protecting free speech’, then it can be questioned whether this constitutional provision and accompanying jurisprudence should continue to retain as much influence in debates and decisions about content moderation.

The people working at YouTube may genuinely care about electoral integrity. Even so, the preferences of its owning company (Alphabet) are guided and shaped by the dictates and incentives of a market system favouring profit maximization. These preferences are not the same as those of the public. With evidence showing further incongruence between these preferences, should those of platforms be taking precedence? While YouTube and its compatriots may again update their election misinformation policies as the next US Presidential election looms, that US society and beyond are all left waiting to see what happens is unsatisfactory.

Jannis Lennartz

An American in the Antique Store

Adrian Vermeule in Berlin

doi: 10.17176/20230606-231018-0



Last week, Adrian Vermeule gave a [lecture](#) at a [conference](#) at Berlin's Catholic Academy which brought together a diverse set of participants. Titled "Non Nova, Sed Nove: The Common Good in Constitutional Law", the catholic convert gave a glimpse of his common good constitutionalism with a focus, appropriate to the place, on what he draws on to concretize his American ideas about the common good: the European tradition of civil law, developed by the Romans, preserved by the See of Rome and brought to fruition by legal scholars from Baldus to Jhering. The latin phrase "Non Nova, Sed Nove" ("not a new thing, but in a new way") is typically applied to new interpretations of the bible – a text that is notoriously difficult to interpret but at least has widely accepted boundaries. The European legal tradition of the *ius commune*, that Vermeule uses to re-read US law, is more openly woven. His lecture, framed by comments from Corine Pelluchon and Joseph H.H. Weiler, wasn't really tying the threads closer. Vermeule reminds of an American tourist rummaging in the antique stores of Europe for things that will make an impression at home. Meanwhile, the locals are raising their eyebrows at his choices.

The common good in constitutional law

Vermeule exposed his idea around the common good to the public in an 2020 [article](#) in the Atlantic. Its title „Beyond Originalism“ fits well with the conference's own title, "Beyond Liberalism". Last year, the article was followed by a [book](#) with an alternative to originalism in its name: Common Good Constitutionalism. In it, Vermeule calls on conservative jurists to turn away from originalism. In his view, this dominant 'conservative' method of constitutional interpretation, which aims to interpret the constitution how it would have been understood at the time it was written, does not correspond to the Framers's understanding of law, leads to results that contradict their ideas and is not suitable for preparing the ground for the right policies. The constitution is not about the protection of freedom as an end in itself but the common good. The

protection of individual freedom as well as the expression of collective freedom are subordinate to it. Vermeule outlines a program that advocates for judicial restraint, a strong executive and significant rollback of individual freedoms, especially the First Amendment. His statements at least make it clear that he is not only concerned with a different description of the modern constitutional state. After all, it is not obligatory to place courts and individual rights at the center of such a description, as is often done. This perspective is the one which privileges lawyers over politicians – no wonder lawyers lean towards it. But Vermeule wants more than a different description of the status quo. He strives to change it. To quote his 2020 article: "The hostile environment that made originalism a useful rhetorical and political expedient is now gone. (...) Assured of this, conservatives ought to turn their attention to developing new and more robust alternatives (...) It is now possible to imagine a substantive moral constitutionalism (...) one can imagine an illiberal legalism that is not 'conservative' at all, insofar as standard conservatism is content to play defensively within the procedural rules of the liberal order." Instead, he aspires to a "candid willingness to 'legislate morality' ". His position has led to considerable criticism in the United States and accusations that Vermeule is working to dismantle key achievements of the second half of the 20th century. In Berlin, he avoided the candid statements of his article.

Vermeule's praise of the common good is an attempt to bring legal method and political aspiration together. This is something that liberals have long succeeded in doing. The common good is a mirror image of an expansive fundamental rights jurisprudence. As fundamental rights were suitable as legal carriers of certain moral convictions and political aspirations, the common good allows for conservative ideas to be framed as already preserved in the law of the land. Whereas originalism in its emphasis on original understanding represents a typically conservative, in most cases delaying and restraining metho-

dology, Vermeule's approach promises more room to maneuver.

His approach seems to offer conservative jurists an alternative to the sectarian disputes inside the originalist's camp. The opening of the argumentative field to the European tradition pleases a European reader. But the persuasiveness of his – in his view – old but recently recovered variant of constitutionalism depends on the concretization of the common good. With regard to examples, in his Berlin lecture, Vermeule largely limited himself to references to the common good or general welfare in a variety of legal documents and the rather general statement that legal interpretation has traditionally been understood as being concerned with the common good. The actual concretisation of the concept is to be achieved by harking back to the civil tradition.

Finding American arguments in European legal history

Learning Latin was not entirely in vain: the language opens the gate to the civil tradition, in which Vermeule wants to anchor an application of law freed from too strong textual ties. Vermeule does not argue for a direct adoption of old ideas, but for a consideration of the principles present in them. But what does the civil tradition or the *ius commune* mean?

Ius commune refers to the modern interpretation of Roman law bundled in the *Corpus iuris civilis* (a collection of fundamental works in Roman jurisprudence), which, together with canon law and local traditions, characterized European jurisprudence for centuries and was also of considerable importance for legal practice. Until the Bürgerliches Gesetzbuch (the German civil code) came into force in Germany in 1900, German lawyers resorted to presentations of Roman law such as Windscheid's "Lehrbuch des Pandektenrecht". But the new Civil Code itself was heavily influenced by the *ius commune* and therefore did not cut the Roman roots of German private law. While lawyers in England and the United States use Latin primarily to show off their erudition, on the continent, Roman law never really left – although its place for example in the German curriculum today is but a small one. In Italy and Switzerland, it has retained more prominence in legal education.

For lawyers who are aware of the roman roots of their everyday practice, it is strange to hear a scholar of US ad-

ministrative law describe himself as someone who stands in the tradition of the *ius civile*. Not because the distinction between common law and *ius civile* is regularly brought up as a major distinction within the Western legal tradition, but because *ius civile* or *ius commune* is emphatically private law. And not only that: In the German private law scholarship of the nineteenth century, the romanists were the advocates of private autonomy, which was criticized by the germanists in particular as being one-sidedly fixated on individual interests, at the expense of collective concerns. Ironically, what Vermeule wants to use today to strengthen the common good in the United States was perceived as a threat to the common good in the 19th century. Little water can be drawn from this well for an orientation of public law toward the common good rather than toward individual rights. Vermeule is not concerned with a concrete legal framework, but with a large reservoir of arguments and references with which one can feed one's own ideas. Aquinas, the glossators, Spanish Theories of Natural Law, Cardinal Newman – all without the will to form this multitude of voices into a coherent sequence. There is no compelling connection between Christian natural law and Roman civil law.

In Vermeule's selection, one omission is interesting: There is a tradition of Roman *public* law in the European Tradition. No other than Theodor Mommsen, the greatest classicists of the 19th century and winner of the 1902 Nobel Prize in Literature wrote a systematic treatise on "Roman Constitutional Law" ("Römisches Staatsrecht") which uses the concept of the office to show the citizens of the German Empire the constitutional law of a republic. Mommsen's Rome, often referred to by the Weimar classics of constitutional law like Carl Schmitt or Gerhard Leibholz, gave its office holders *imperium* and the Senate its famous *auctoritas*, but always in a framework of constitutional balance, guaranteed by elections and the duplication of offices. Mommsen's Rome functioned and still functions as an example of a republic without a monolithic executive, then constructed around the Prussian king and German emperor. Today, they might be useful to argue against a president at the top of an unbound executive. Roman conceptions of public law in the European tradition serve as examples that plurality doesn't mean fracture. If one ignores this element, one ends up with a public law not for praetors, but for praetorians.

Giulio Fedele

Strasbourg's Coming Out

doi: 10.17176/20230605-111112-0



Coming out is a deeply personal and sensitive process that can be incredibly challenging. Everyone needs their own time and space to determine when and how they choose to share their journey of acceptance and disclosure. Admittedly, the European Court of Human Rights chose a very apt moment in selecting the first day of [Pride Month](#) to make its own.

On June 1st, in [Maymulakhin and Markiv v. Ukraine](#), the Court determined for the first time in clear terms that the general absence of legal recognition for same-sex couples is discriminatory and violates Article 14 of the European Convention of Human Rights. This marks a significant addition to the Court's case-law concerning the rights of same-sex couples with implications for future litigation on this subject.

Denial and Acceptance: The Stages of Coming Out

[Article 14](#) has been in the closet for quite some time, as the Court has constantly denied and downplayed its significance regarding the rights of same-sex couples. In numerous cases involving gay rights, the Court often chose to omit a distinct examination of potential discrimination under Article 14, instead prioritizing the assessment of the substantive provision violation in isolation.

In the case of [Dudgeon v. UK](#), for instance, the Court restricted its examination to determining whether a national law that criminalized consensual sexual relations between men infringed upon the right to respect for private life, without delving into an analysis of its discriminatory nature (paras. 64-70).

Likewise, when addressing the issue of legal recognition for same-sex couples, the Court held that States had an obligation to provide some form of legal recognition according to Art. 8. This obligation stemmed from the fact that the absence of legal recognition prevented same-sex couples from enjoying various social benefits and civil rights, thereby impacting their right to private and family life. However, the Court declined to examine the applicants' additional complaints that the absence of such

recognition amounted to discrimination (see [Oliari v. Italy](#), 2015; [Orlandi v. Italy](#), 2017; [Fedotova v. Russia \[GC\]](#), 2023, see [here](#) and [here](#) for some comments; [Buhuceanu v. Romania](#), 2023).

This practice stems from the Court's tendency to consider a separate violation of Article 14 only when it is firmly convinced that discrimination is a "fundamental aspect of the case" under consideration ([Airey v. Ireland](#), 1979, para. 30).

The Court remained steadfast in this approach, even when it was evident that the respondent State possessed clear discriminatory intent in denying same-sex couples any form of legal recognition. As noted by partly dissenting judges Pavli and Motoc in the case of [Fedotova v. Russia \[GC\]](#), sexual orientation "was *the sole basis* for denying [same-sex couples] any form of legal recognition or protection of their bond as couples in committed relationships" (para. 4 of the partly dissenting opinion). Indeed, it was clear that that the Russian State exhibited bias against same-sex couples, as it relied on the prevailing negative perception among the majority of the Russian population towards same-sex unions to justify the complete absence of recognition ([Fedotova v. Russia](#), para. 118). This was even more clear in the case of [Buhuceanu v. Romania](#), where the respondent State deemed it appropriate to emphasize that the majority of Romanians disagreed with the idea that "gay, lesbian, and bisexual people should have the same rights as heterosexual people" (para. 50). They asserted that this disagreement constituted a "pressing social need" that could outweigh the need of recognition of same-sex couples (*ibid.*).

In [Maymulakhin and Markiv v. Ukraine](#), the Court reconsidered its position and finally accepted (as [scholars long suggested](#)) that Art. 14 speaks to the denial of legal recognition to same-sex relationships. The Court emphasized that while unmarried different-sex couples had the option to choose between marriage or maintaining a *de facto* family union, same-sex couples were "denied any such choice" (para. 68). Consequently, the Court maintained, similarly to its approach in [Taddeucci and Mc-](#)

Call v. Italy (2016, see para. 83), that it would be artificial to solely compare the situation of same-sex couples with unmarried different-sex couples. Unlike different-sex couples who opt not to marry for personal reasons but can still receive some legal recognition and protection in Ukraine due to their *de facto* family status, the applicants in this case had no access to marriage nor any alternative form of legal recognition. As a result, same-sex couples were subject to differential treatment due to the absence of legal recognition and protection. Given that the Ukrainian State failed to provide sufficient justification for this disparity, the Court concluded that Article 14 had been violated.

The Insecurities of Coming Out: A Schizophrenic Court?

As is often the case with coming out, the European Court experienced some personal confusion and uncertainty during the process. Notably, just one week prior to the Maymulakhin and Markiv case, the Court had dealt with a similar issue in *Buhuceanu v. Romania* (May 23rd), where several same-sex couples lodged complaints regarding their inability to marry or form legally recognized partnerships. Confusingly, the Court approached these two cases in entirely different ways. In *Buhuceanu*, the Court focused solely on the practical dimension of legal recognition, namely the rights and benefits associated with it. It approached the complaint under the perspective of Article 8, rejecting a separate examination of Article 14. [As I argue](#) elsewhere, arguments grounded on equality considerations seemed to disappear entirely from the decision.

In *Maymulakhin and Markiv*, however, the Court adopted a completely different approach. It emphasized the “intrinsic value” of recognition as a symbol of inclusion and equality of same-sex couples, affirming in para. 64 that “allowing same-sex couples to be granted legal recognition and protection undeniably serves [the Convention’s] ideals and values in that recognition and protection of that kind confers legitimacy on [same-sex] couples and promotes their inclusion in society, regardless of sexual orientation. A democratic society within the meaning of the Convention rejects any stigmatisation based on sexual orientation, being built on the equal dignity of individuals and sustained by diversity”. Furthermore, the Court noted that the core of the applicants’ grievance was “to be treated with equal dignity” and that “the State would confer a sense of legitimacy on their relationship by legal-

ly recognising its existence and by ensuring its adequate protection” (para. 77).

Both judgments evince different underlying logics, with one emphasizing the practical dimension of legal recognition in terms of rights and benefits (Article 8 analysis), and the other highlighting its symbolic value in terms of equality (Article 14 and Article 8 analysis). It might also be that the different outcomes hinged on the formulation of the complaint. Thus, the applicants in *Maymulakhin and Markiv* chose to directly invoke Article 14 in conjunction with Art. 8, rather than Article 8 alone, which was the case in *Buhuceanu*.

Adding further nuance, the composition of the Court differed between *Maymulakhin* (Fifth Section) and *Buhuceanu* (Fourth Section), with no overlap amongst the judges hearing each case. The apparent implicit inconsistency may eventually find its way to the Grand Chamber, especially considering that the latest GC judgment on same-sex couples and legal recognition, *Fedotova v. Russia*, employed arguments grounded in equality considerations but ultimately denied a separate examination of Article 14 (on this point see more extensively para. 5 of the partly dissenting opinion of judges Pavli and Motoc).

If the opportunity presents itself, the Grand Chamber should re-evaluate this stance. An equality-based approach to legal recognition is preferable to analysis based on Article 8 because it can address the broader societal implications and consequences of denying legal recognition to certain individuals or groups. For one, it acknowledges the fundamental importance of treating all individuals equally and ensuring that they have access to the same rights and benefits, regardless of their characteristics. At the same time, it recognizes that the impact of legal recognition extends beyond the immediate practical dimension and contributes to the advancement of the values underlying the ECHR, such as democracy, social justice and inclusion. Moreover, an equality approach serves a practical purpose, since Article 14 allows a comparative assessment between different-sex couples and same-sex couples in deciding the exact content of protection that should be granted with legal recognition.

In this regards, Judges Pavli and Motoc aptly noted in *Fedotova v. Russia* (para. 5 of the partly dissenting opinion) that:

“[...] laws have a moral dimension and they help shape a society’s moral views. They tell

their beneficiaries that they are not invisible, that they are seen and valued as equal members of that society, irrespective of their differences. Conversely, national legal regimes that discriminate on impermissible grounds do the contrary: they tend to reinforce prejudice and social segregation, causing harm that goes above and beyond the violation of particular individuals' Article 8 rights. There is, therefore, great inherent value in a Court judgment that confirms the "equal enjoyment of rights" is imperative."

The Day After: Where to Next?

Within the LGBT community, there is a light-hearted saying that when somebody comes out, it seems like everyone else follows suit. In Proust's *À la recherche du temps perdu* the protagonist's discovery of the first homosexual character occurs in the fourth book, *Sodome et Gomorreh*. Afterward, it seems that a multitude of characters within the story engage in various homosexual relationships or encounters.

One may wonder if, after this judgment, other Convention rights will eventually "come out". Specifically,

one may consider the implications of this judgment for Article 12, which guarantees the right to marry. Historically, the Court has consistently maintained that restrictions on the right to marry cannot be examined in light of Article 14 (from *Schalk and Kopf v. Austria* onwards, more explicitly in *Oliari v. Italy*, para. 193). However, it is plausible that the exclusion of same-sex couples from marriage constitutes an excessive restriction of a Convention right based on sexual orientation.

Some of the arguments presented by the Court in the *Maymulakhin and Markiv* case may hold relevance for future assessments of complaints under Article 12. This is particularly evident upon examination of the Court's dismissal of the States' justification for the protection of the traditional family, which is often invoked as a valid reason to oppose same-sex marriage. The Court affirmed that the recognition of same-sex couples does not impede different-sex couples from marrying or establishing a family based on their own understanding of the term (para. 77). Furthermore, the Court emphasized that securing rights for same-sex couples does not inherently weaken the rights of others or other couples (*ibid.*). These considerations may have implications for future evaluations of complaints related to Article 12.

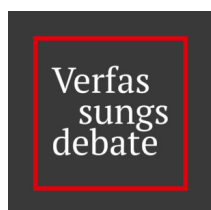
About Us

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.

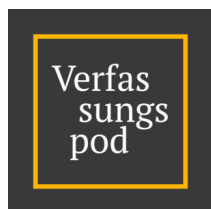
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



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.



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.



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.

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