

10/2023
Oktober

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20231116-134045-0](https://doi.org/10.17176/20231116-134045-0)

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

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

Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28/29
12045 Berlin
Germany
[verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)
info@verfassungsblog.de

© 2023 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



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

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

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Asyl- & Migrationsrecht Asylum & Migration Law

<i>Rosa-Lena Lauterbach</i> Ein populistischer Taschenspielertrick: Die Forderung nach dem verstärkten Einsatz von Sachleistungen	1519
<i>Winfried Kluth</i> Asylrechtliche Einzelfallgerechtigkeit und Demokratieprinzip: Die Härtefallkommission besteht auch die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht	1523
<i>Isabel Kienzle, Anuscheh Farahat</i> Zwischen Symbolpolitik und Verschärfung: Eine Einordnung der derzeit diskutierten Asylrechtsreform	1526
<i>Andrea Kießling</i> Migrationsrecht und Antisemitismus: Zur Forderung, Hamas-Unterstützer auszuweisen	1530
<i>Julian Seidl</i> Arbeitspflicht, Arbeitszwang und Arbeitendürfen: Warum die aktuelle Debatte zur „Arbeitspflicht“ für Asyl-suchende neben der Sache liegt	1534
<i>Jonas Wieschollek</i> Responsives Aufenthaltsrecht: Individuelle Integrationsvereinbarungen gegen das aufenthaltsrechtliche „Voll-zugsdefizit“	1537

Parteien & Politische Stiftungen Political Parties & Foundations

<i>Aden Sorge</i> Halbwegs raus aus dem Hinterzimmer: Der Bundestag stellt die Weichen für ein Gesetz zur Regelung der Finanzierung parteinaher Stiftungen	1542
<i>Gertrude Lübbe-Wolff</i> Wehrhafte Demokratie: Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung	1546
<i>Antje Neelen</i> Fördern und Fordern: Das Stiftungsfinanzierungsgesetz als ausreichende Grundlage für die Finanzierung parteinaher Stiftungen?	1553
<i>Tim Renner</i> Verloren und doch gewonnen: Die Einstufung der AfD als verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall	1557
<i>Jannik Klein</i> Das Ende der Linksfraktion, nur wann?	1561

Verschiedenes Miscellaneous

- Sonja Buckel, Anne Engelhardt, Judith Kopp, Maximilian Pichl, Christian Scheper, Carolina A. Vestena*
“Powered by the Supply Chain”: Der Streik in Gräfenhausen & die Rechtskämpfe um das neue Lieferkettengesetz 1564
- Lennart Lagmöller*
Ein Mensch, zwei Jobs, viele Fragen: Ministerkompatibilität und auskunftsrechtliche Verfahren 1568
- Clemens Arzt*
Pro-Palästina als unmittelbare Gefahr?: Zur Aushöhlung des Versammlungsrechts in aufgeheizten Zeiten 1572
- Kira Koethke*
Forschungsfreiheit im Strafprozess 1576

Europa Europe

Digitales Digital

- Werner Schroeder, Leonard Reider*
A Step Forward in Fighting Online Antisemitism: The Contribution of the EU’s Digital Services Act (DSA) 1579
- Alexander Peukert*
Who Decides What Counts as Disinformation in the EU? 1584
- Timo Hammelsbeck*
Politisches Microtargeting vs. Rechtsaufsicht 1588

Italien Italy

- Guido Bellenghi, Luca Knuth*
Food Culture and the Far-Right: Making sense of the Italian Ban on Cultivated Meat 1592
- Eleonora Celoria, Virginia Passalacqua*
Turning the Exception into the Rule: Assessing Italy’s New Border Procedure 1595

Polen Poland

- Tomasz Tadeusz Koncewicz*
The Great Yes or the Great No: About Poland in Europe, About Me, About You and About Us 1598
- Yaniv Roznai, Amichai Cohen*
Post-populist Populism 1601

Südosteuropa Southeastern Europe

- Benjamin Nurkić, Admir Isanović*
False Hope for Democracy in Bosnia & Herzegovina: On the Role of the International Community in the Implementation of the ECtHR’s Judgments 1604
- Radosveta Vassileva*
At a Snail’s Pace: How EU Bureaucracy Undermines Fundamental Rights 1607
- Ali Yildiz*
Strasburg Weighs In On Political Persecution In Turkey 1610

Verschiedenes Miscellaneous

- Anja Bossow*
Europe's Faustian Bargain 1613
- Joseph H.H. Weiler, Daniel Sarmiento*
The Comeback of the Mixed Chamber: Institutional reform and competence creep in an enlarged Union 1616
- Sarah Geiger, Pierre-Emmanuel Rodriguez*
The French Republic's (In)Divisibility: Some Thoughts on Corsican Autonomy 1619
- Catharina Ziebritzki*
A Hidden Success: Why the EU General Court's Frontex Judgment is Better Than it Seems 1622
- Marc Schack*
Obstinate Choices: Understanding the Danish Intelligence Scandal 1626
- Max Steuer, Darina Malová*
To Hell, on a White Horse: Governing in Slovakia after the 2023 Early Elections 1629

International International

Amerika Americas

- Nina A. Mendelson*
Slicing Away at Regulatory Statutes: On Sackett v. EPA 1632
- Daniel Bertram, Laura Higuera Sánchez*
The Mexican Standoff: AMLO vs. the Judiciary 1636

Asien (ohne Indien & Israel) Asia (excl. India & Israel)

- Josephina Lee*
The Constitution Does Not Sleep: On the South Korean Debate to Restrict the Freedom of Assembly After Midnight 1639
- Mohammad Ibrahim*
Justifying a Political Dynasty: The Indonesian Constitutional Court on Who May Run for Presidency in the 2024 Elections 1642

Digitales Digital

- Richard Mackenzie-Gray Scott, Elena Abrusci*
Automated Decision-Making and the Challenge of Implementing Existing Laws 1645
- Ramiro Álvarez Ugarte*
Ruling by Bullying?: On the Difficult Balance between Illicit Threats and Effective Government 1648

Indien India

- Anmol Jain*
Using the Constitution for Partisan Benefits: On the Reservation of Women in the Indian Legislative Assemblies 1651
- Akshat Agarwal*
When Discrimination is Not Enough: The Indian Supreme Court's Rejection of Marriage Equality and the Illusion of Fairness 1654

<i>Israeli International Law Experts</i> Open letter from Israeli international law experts	1657
<i>Barak Medina, David Enoch</i> What is Permissible in the War against Hamas?	1658
<i>Kai Ambos</i> Solidarity with Israel, but no Blank Check: A Call for a More Nuanced Debate	1663
<i>Kai Ambos</i> Solidarität mit Israel, aber kein Blankoscheck: Ein Aufruf zu einer differenzierteren Debatte	1666
<i>Vicente Medina</i> Moral Absolutism in the Wake of Terrorism	1669
<i>Muriel Asseburg, Lisa Wiese</i> Die Gräueltaten der Hamas, Israels Reaktion und das völkerrechtliche Primat zum Schutz der Zivilbevölkerung	1672
<i>Muriel Asseburg, Lisa Wiese</i> Hamas' Atrocities, Israel's Response, and the Primacy of International Law to Protect Civilians	1676
<i>Peter van Elsuwege</i> Who Speaks on Behalf of the European Union?: What the Chaotic Reactions of the EU to the Israel-Hamas War Reveal About the State of European Foreign Policy	1680
<i>James C. Hathaway</i> Trapped in Gaza	1682

Rosa-Lena Lauterbach

Ein populistischer Taschenspielertrick

Die Forderung nach dem verstärkten Einsatz von Sachleistungen

doi: 10.17176/20231011-233529-0



Am Sonntag fanden in Bayern und Hessen Landtagswahlen statt. Im Vorfeld der Wahl forderten **konservative und liberale Parteien** mit zunehmender Schärfe, Geflüchteten künftig verstärkt Sach- statt Geldleistungen zukommen zu lassen. Dabei handelt es sich um eine populistische Nebelkerze, denn diese Forderung ist rechtlich fragwürdig, impraktikabel und nicht sachgerecht. Wem dieser Diskurs genutzt hat, dürfte anhand der **Landtagswahlergebnisse** deutlich geworden sein: Klare Zugewinne gab es am rechten Rand jenseits von CDU und FDP. Stattdessen bräuchte es eine Migrationspolitik, die sich anhand lebensnaher Erwägungen vollzieht. Umso verwunderlicher, wie diese Debatte nun **fortgesetzt** wird.

Asylbewerberleistungsrecht im Wahlkampf

Betrachtet man den zuletzt geführten Diskurs zum Asylbewerberleistungsrecht, könnte man den Eindruck gewinnen, Geflüchtete in Deutschland würden vorrangig durch Geldleistungen versorgt, die sodann in ihre jeweiligen Heimatländer abwanderten. Die allseits empfohlene politische Lösung der vergangenen Woche bestand darin, Asylbewerber*Innen künftig die Ausnutzung sozialer Sicherungssysteme zu erschweren. Hierzu **kommentierte** Ralf Euler von der FAZ, „Stellschrauben [müssten] dort gedreht werden, wo sie sich vergleichsweise leicht bewegen lassen – bei der Umstellung von Geld- auf Sachleistungen beispielsweise.“

Besonders Antragssteller*Innen abgelehnter Asylverfahren, deren Abschiebung zwar angeordnet, aber nicht vollziehbarer ist, erscheinen in der Debatte als illegitime Nutznießer*Innen deutscher Sozialhilfen. Friedrich Merz (CDU) etwa betonte, man dürfe mittels Geldleistungen **„keine Anreize zur Bleibe geben, wenn kein Bleiberecht in Deutschland besteht.“** Christian Dürr (FDP) ließ **verlauten**, die „irreguläre Migration“ müsse „runter“, und dafür, so sein logischer Schluss, müssten „Bargeldauszahlungen zügig gestoppt werden.“ FDP und Unionsparteien **sprachen sich insgesamt dafür aus**, Geldleistungen an Asylan-

tragssteller einzustellen. Es sei notwendig, die deutschen Sozialsicherungssysteme weniger attraktiv für Geflüchtete erscheinen zu lassen, um diesen „Pull-Faktor“ zu beseitigen. So wurde seitens des liberalen Koalitionspartners auch ein **Ultimatum** gesetzt: Bis zur nächsten Ministerpräsidentenkonferenz, am 6. November 2023, sollen die Bundesländer entscheiden, ob sie einen Umstieg auf Sachleistungen mittragen.

In eine verwandte Kerbe schlug jüngst auch das Vorhaben Christian Lindners (FDP), der durch **„Financial Blocking“** zu verhindern gedachte, dass Geflüchtete Geld aus den sozialen Sicherungssystemen in ihre Heimatländer überweisen. Auch dieses Problem, so das Kalkül, ließe sich durch Sach- statt Geldleistungen lösen.

Das menschenwürdige Existenzminimum

Es gilt, die gemachten Vorschläge zum Umstieg auf Sachleistungen einer kritischen Gesamtprüfung zu unterziehen. Zur Bedarfsdeckung Geflüchteter sind das AsylbLG und die Leitplanken des Grundgesetzes maßgeblich.

Zumal Geflüchtete in der Regel erst nach neun Monaten Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten (vgl. §§ 47 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 1 S. 1 AsylG), ist ihr Überleben bis zur vollständigen Integration oder Rückführung von staatlichen Leistungen abhängig. Wenngleich einige **Änderungsvorschläge** zu dieser gesetzlichen Anordnung im Raum stehen, bleiben Geflüchtete auf absehbare Zeit auf soziale Hilfen angewiesen. In der Menschenwürde begründet, erteilt das Sozialstaatsprinzip dem Gesetzgeber einen Auftrag zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums Hilfebedürftiger.¹ Wie etwa **hier** und **hier** bereits vertieft thematisiert worden ist, kommt dieser Anspruch Geflüchteten wie anderen mittellosen Personen in Deutschland zugute.

Das in der Verfassung verankerte Leistungsrecht „sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen,

¹BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 2014 – 1 BvL 10/12, Rn. 74.

kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.“² Es setzt sich im AsylbLG in zwei Säulen um, die nach der materiellen Lebensgrundlage und dem notwendigen persönlichen Bedarf aufteilbar sind, § 3 Abs. 1 AsylbLG. Der Anspruch **bezieht** sich für alleinstehende Asylbewerber*Innen in Sammelunterkünften auf monatlich insgesamt 410 €. Davon entfallen derzeit 228€ auf Sachleistungen, während 182,00€ zur persönlichen Bedarfsdeckung bar ausgezahlt werden, §3a Abs. 2 Nr. 1b) AsylbLG.

Realitätscheck: Das Sachleistungsprinzip und seine Ausgestaltung nach dem AsylbLG

Sachleistungen bilden schon seit der Einführung des AsylbLG im Jahr 1993 den Schwerpunkt der Versorgung Geflüchteter, vgl. § 3 Abs. 2 AsylbLG. Das sogenannte Sachleistungsprinzip gilt damit entgegen dem in der politischen Debatte Suggestierten als maßgeblich.

Darüber hinaus ist das AsylbLG bereits in seiner aktuellen Fassung darauf ausgerichtet, die Bleibeperspektive einer antragstellenden Person in der Bedarfsermittlung zu berücksichtigen. Bei einem abgelehnten Asylantrag sehen §§ 1 Abs. 4 S. 4-5, 1a Abs. 1 S.4 AsylbLG schon jetzt vor, dass der Anspruch in Form von Sachleistungen erbracht werden *soll*.

Verfassungsgerichtlich bestätigt, ist der Gesetzgeber frei darin, den Schwerpunkt bei Sachleistungen zu setzen.³ Einschränkung betonte das BVerfG allerdings in seinem Urteil vom 18. Juli 2012, der Anspruch beinhaltet auch einen Mindestbetrag, der die „Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen.“⁴ Der „gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt.“⁵

²BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 2014 –1 BvL 10/12, Leitsatz 1.

³BVerfG, Urte. v. 18.7.2012 –1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn. 121, Rn. 93

⁴BVerfG, Urte. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rn. 90; hierzu auch: BVerfG, Urte. vom 9.2.2010 –1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

⁵BVerfG, Urte. v. 18.7.2012 –1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn. 91.

⁶BVerfG, Urte. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rn. 90.

⁷Kluth: Geld- oder Sachleistungen –Hinweise zum Meinungsstand zu einer aktuellen Streitfrage des Asylbewerberleistungsrechts. ZAR 2015, 310 (310).

⁸Rothkegel: Das Sachleistungsprinzip des Asylbewerberleistungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht. (ZAR 2011, 90) (93).

Dieses Recht, so das BVerfG, besteht unabhängig von der Gewährung von Sachleistungen, die „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege“ sicherstellen.⁶ Unklar bleibt nach dem BVerfG, wie dieser Anspruchanteil durch Sachleistungen gedeckt werden könnte.

Populistisches Evergreen: Die Umstellung auf Sachleistungen

Die Debatte um einen etwaigen Umstieg auf Sachleistungen ist indes nicht neu. Schon 2015 beschäftigte sich der Gesetzgeber mit einschlägigen Fragestellungen. Es sollte verhindert werden, dass „ein nicht unerheblicher Teil von Asylbewerbern aus Balkanstaaten trotz fehlender Erfolgsaussichten nach Deutschland reist, um die während des laufenden Verfahrens ausgezahlten Gelder anzusparen und für eine Verbesserung der Lebenssituation im Heimatland zu verwenden.“⁷

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wurden damals erhebliche Zweifel daran geäußert, ob Sachleistungen zur Deckung des menschenwürdigen Existenzminimums ausreichend sein können. Rothkegel⁸ und Classen gingen jeweils darauf ein, dass eine Bedarfsdeckung ohne die gesetzliche Festlegung von Mindestwerten nicht realisierbar sei. Nach ihrer Ansicht sollte die Höhe der damaligen Leistungssätze des § 3 Abs. 2 AsylbLG a.F. die absolute Untergrenze des Werts einschlägiger Sachleistungen bilden. Dies wiederum führte zu dem Folgeproblem, dass weder rechtlich noch empirisch festgestellt werden kann, ob die gewährten Leistungen tatsächlich zur Bedarfsdeckung ausreichen.

Der individuelle Bedarf einer jeden Person ist realistischere Weise einzelfallabhängig zu beurteilen und kann nicht starr über einen Sachleistungskatalog abgebildet werden. Ob der Mensch mehr oder weniger als die in seiner Sammelunterkunft zur Verfügung gestellte Essensra-

tion benötigt oder zu einer nach seinem Ermessen hygienischen Lebensführung befähigt ist, lässt sich nicht all-gemeingültig ermitteln. Um verfassungskonform zu sein, müsste ein Umstieg auf Sachleistungen jedoch zumindest gewährleisten, dass der „[interne] Ausgleich der Ausgabepositionen und -beträge möglich bleibt“.⁹ Wie ein entsprechendes Gesetz formuliert werden könnte, ist vollkommen unklar.

Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte es unmöglich sein, einen vollständigen Umstieg auf Sachleistungen für Asylantragssteller*Innen oder abgelehnte Asylbewerber*Innen verfassungskonform zu gestalten. Deutlich wird allein, dass den Betroffenen der letzte Posten individueller Dispositionsfreiheit entzogen würde.

Daneben, so wandte zuletzt der [Deutsche Städtetag](#) ein, sind Sachleistungen (auch durch Geldkarten oder Gutscheine) fiskalisch nicht sinnvoller als Geldleistungen. Zur individuellen Bedarfsdeckung wird es immer wieder anspruchsgedeckte Leistungen geben, die nicht durch Sachleistungen abgedeckt werden können. Der Deutsche Städtetag gab insoweit den erhöhten Verwaltungsaufwand zu bedenken und wies darauf hin, dass derzeit kaum eine Kommune von den bestehenden Möglichkeiten zur Erweiterung von Sachleistungen Gebrauch mache. Das dürfte auch Union und FDP hinlänglich bekannt sein.

Der existenzsichernde Bedarf ist im Übrigen nicht an den Aufenthaltsstatus einer Person gekoppelt, ebenso wenig kann es die staatliche Pflicht zu seiner Sicherung sein. Insoweit bestätigte das BVerfG auch in seinem Beschluss vom 19. Oktober 2022, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht allein nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren kann.¹⁰

„Pull-Faktor“ Geldleistung, eine überschätzte Migrationstheorie

Die gemachten Forderungen liefern zudem Erkenntnisse über den Debattenhintergrund. Erstens scheint derzeit allgemein anerkannt zu sein, dass Menschen im Wesentlichen aufgrund der hohen Sozialleistungen nach Deutschland kommen. Zweitens setzt der Diskurs als gegeben voraus, dass anderswo von aus der deutschen Staatskasse stammendem Geld profitiert wird.

Immer wieder werden vermeintliche ökonomische Vorteile, sogenannte „Pull-Faktoren“ oder „Anreize“, als ausschlaggebend für eine Flucht nach Deutschland bezeichnet. Die FDP teilte in einer [Pressemittteilung](#) zu ihrem Präsidiumsbeschluss vom 18. September 2023 mit, „Pull-Faktoren [...] zur irregulären Migration“ könnten reduziert werden, indem „wir von Geldleistungen auf Sachleistungen umstellen bei den Asylbewerbern“. Dagegen [berichtete](#) der ARD-Faktenfinder im Oktober 2022 darüber, dass diese sogenannte „Pull-Faktor“-Theorie als überholt gilt. Das Narrativ, Geldleistungen – und seien sie auch noch so geringfügig – führten dazu, dass Menschen nach Deutschland kämen, bestätigt sich nicht. Sie können laut der innerhalb des ARD-Beitrags zitierten Wissenschaftler vom Deutschen Zentrum für Integrations- und Migrationsforschung (DeZIM) lediglich als „eine sehr vage Idee, mehr nicht“ bezeichnet werden. Insoweit kam auch eine [Untersuchung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages](#) zu dem Ergebnis, dass fraglich ist, „inwiefern sich der konkrete Einfluss einzelner, isoliert betrachteter Faktoren auf das Migrationsgeschehen exakt bestimmen lässt.“ Die Ursachen für Flucht und das Land, in das geflohen wird, sind vielfältiger.

Im Übrigen gibt es auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass Geflüchtete im Asylverfahren große Summen in ihre Heimatländer überweisen. Laut [Medien-dienst Integration](#) wurden im Jahr 2020 insgesamt 6 Milliarden Euro aus Deutschland zu Familienangehörigen ins Ausland überwiesen, der Großteil davon innerhalb Europas (4,4 Milliarden Euro). Dieses Geld dürfte nach den [herangezogenen Erkenntnissen der Bundesbank](#) in nicht geringem Maße von im Arbeitsmarkt integrierten Geflüchteten stammen. Der Verdacht, Geld aus deutschen Sozialsystemen flösse als „illegitime Entwicklungshilfe“ ab, scheint sich dagegen (soweit hier nachvollziehbar) vielmehr aus einer [gegenüber der WELT geäußerten Befürchtung](#) von Markus Frohnmaier (AfD) verselbstständigt zu haben.

Realitätsfern und gefährlich

Zusammenfassend wird deutlich: Der vollumfängliche Umstieg von Geld- auf Sachleistungen ist kaum auf verfassungskonforme Art vorstellbar. Dazu ist mehr als frag-

⁹Mahler/Follmar-Otto: Asylbewerberleistungsgesetz auf dem menschenrechtlichen Prüfstand. ZAR 2011, 378 (382).

¹⁰BVerfG Beschluss vom 19.10.2022 –1 BvL 3/21, Rn. 56.

lich, ob Sachleistungen allein leichter auf der Staatskasse wögen. Es erschiene zudem beinahe strafend, würde man Geflüchteten tatsächlich den wenigen verbleibenden Raum zur freien Gestaltung ihres Alltags entziehen, den das Taschengeld für sie darstellt.

Die Annahme, Geldleistungen zu streichen würde jeden Anreiz zur Flucht nach Deutschland auslöschen, ist realitätsfern. Der Diskussionsrahmen hilft weder fiskalisch noch ist er gesamtgesellschaftlich förderlich, trägt er doch vielmehr zu einem ausgrenzenden Bild von Personen bei, die in der Debatte kaum Möglichkeit bekommen, sich und ihre Interessen selbst zu vertreten. Am Ende haben demokratische Parteien mit einem solchen Diskurs

nichts – erst recht keine Wahlen – zu gewinnen.

Sinnvolle Migrationspolitik kann keine Frage von Geld- oder Sachleistungen sein. Langsam sollte durchdringen, dass die Antworten auf Überlastung durch Migration vielfältiger sein müssen. Statt verkürzte Narrative zu bedienen und sich in eine Diskussion um etwaige Arbeitspflichten und Sachleistungszwänge zu versteigen, müsste ein Kurs eingeschlagen werden, der ohne Populismus auskommt. Konstruktiv wären etwa ein flächendeckender Zugang zu Deutschkursen, zum Arbeitsmarkt und zu (Rückkehr-)Beratung während des Asylverfahrens.

Winfried Kluth

Asylrechtliche Einzelfallgerechtigkeit und Demokratieprinzip



Die Härtefallkommission besteht auch die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht

doi: 10.17176/20231016-233620-0

Zum zweiten Mal innerhalb kurzer Zeit wurde eine Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs durch das Bundesverfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft. Nachdem die gegen die Verwerfung des Parité-Wahlrechts durch den Verfassungsgerichtshof ([ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020](#) – VerfGH 2/20) eingelegte Verfassungsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen wurde ([BVerfG v. 06.12.2021](#) – 2 BvR 1470/20), wählte die 3. Kammer des Zweiten Senats nun die verfahrensrechtliche Alternative der Nichtannahme zur Entscheidung wegen Unbegründetheit. Das eröffnet die Möglichkeit, zu den wesentlichen Streitfragen auch inhaltlich Stellung zu nehmen.

Streit über die Härtefallkommissionen

In der Sache ging es in den von der AFD-Fraktion im Thüringer Landtag geführten Verfahren um die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu den Härtefallkommissionen in [§ 23a AufenthG](#). Die hauptsächlichen Einwände richteten sich sowohl gegen die Bildung und Zusammensetzung der Kommissionen als auch die nach Ansicht der Beschwerdeführer unzureichende demokratische Legitimation der aus ihrem Vorschlagsrecht resultierenden Entscheidungen der obersten Landesbehörde.

Die heutige Regelung zur Härtefallkommission in [§ 23a AufenthG](#) ersetzte eine im Entwurf des Zuwanderungsgesetzes (2005) im Rahmen des [§ 25 AufenthG](#) vorgesehene sehr weite Härtefallregelung, die im Vermittlungsverfahren wegen ihrer Unbestimmtheit auf erhebliche Kritik gestoßen war. Als Sinn und Zweck der Regelung wird eine „Ventil-„ und Korrekturfunktion im Einzelfall angesehen, durch die „unerwünschte“ Folgen der grundsätzlich nicht in Frage gestellten allgemeinen gesetzlichen Regelungen korrigiert werden können. Zur Umsetzung werden die Länder ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Errichtung und Zusammensetzung von Härtefallkommissionen zu regeln. In die Härtefallkommission

werden in Thüringen nach der Konzeption der angegriffenen Verordnung Vertreter von Einrichtungen oder Organisationen, die mit den Angelegenheiten von Ausländern befasst sind, maßgebliche Teile der Bevölkerung repräsentieren oder ein sachdienliches Fachwissen besitzen, als stimmberechtigte Mitglieder einbezogen.

Die Härtefallkommissionen greifen Fälle auf, die an sie herangetragen wurden. Ein förmliches Antragsrecht der Ausländer gibt es nicht. Nach der Würdigung des Falls wird in den Fällen, in denen die Kommission einen Handlungsbedarf sieht, entsprechende nicht bindende Vorschläge der zuständigen obersten Landesbehörde zugeleitet, die dann eigenständig entscheidet. Diese Entscheidungen sind nicht justitiabel. Die Zahl der Fälle ist im Vergleich zu den regulären Entscheidungen sehr gering.

Die Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs

Der Thüringer Verfassungsgerichtshof hatte sich 2021 zunächst ausführlich mit seiner Befugnis zur Prüfung einer auf Bundesrecht basierenden Rechtsverordnung am Maßstab des Landesverfassungsrechts geäußert ([ThürVerfGH Urt. v. 16.12.2020](#) – VerfGH 14/18 und dazu Kluth ZAR 2022, 204) und war dabei ausführliche auf das Verhältnis beider Verfassungsrechtsräume eingegangen. Dabei sah er auch keine Notwendigkeit einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht.

Inhaltlich sah der Verfassungsgerichtshof die Durchbrechung des parlamentsgesetzlich geregelten Systems der Aufenthaltsgewährung durch die Möglichkeit der Exekutive, auf Ersuchen einer Härtefallkommission eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, durch [§ 23a AufenthG](#) als parlamentsgesetzlich ausreichend legitimiert an. Eine solche Durchbrechung sei auch mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, solange sie normativ als enge Ausnahme für tatsächlich vorliegende Härtefälle ausgestal-

tet ist und diesem Ausnahmecharakter in der praktischen Handhabung Rechnung getragen wird. Auch das wurde bejaht. Schließlich sei die Tätigkeit der Härtefallkommission mit dem Demokratieprinzip vereinbar, weil sie nicht als Ausübung von Staatsgewalt zu qualifizieren sei und im Übrigen ihre andernfalls erforderliche demokratische Legitimation durch das Letztentscheidungsrecht der obersten Landesbehörde und das Zusammenwirken mehrerer Legitimationsstränge gewährleistet werde.

Im Sondervotum eines Richters wurden allerdings unter enger Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegenteilige Schlüsse abgeleitet, wobei vor allem die Vorschläge der Kommission bereits als staatliche Entscheidung qualifiziert wurden, die demokratisch nicht hinreichend legitimiert seien.

Die problematische, aber offengelassene Zulässigkeitsfrage

Unter anderem an diese Argumentation knüpfte die von der Landtagsfraktion der AFD erhobene Verfassungsbeschwerde an, die insbesondere eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie eine Verletzung des Willkürverbots aus Art. 3 Abs. 1 GG durch Teile der Argumentation des Thüringer Verfassungsgerichtshofs

Die juristisch interessanteste Frage des Verfahrens war die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Diese wurde von der Kammer aber offengelassen, was richterlichem Pragmatismus entspricht. Eine Landtagsfraktion ist kein Grundrechtsträger und die Frage, ob sich Landtagsfraktion ähnlich wie Körperschaften des öffentlichen Rechts auf Prozessgrundrechte berufen können, deren Verletzung wegen der Nichtvorlage an das Bundesverfassungsgericht durch den Thüringer Verfassungsgerichtshof vor allem gerügt wurde, ist in der Verfassungsrechtsprechung bislang noch nicht geklärt worden. Die besseren Gründe sprechen wohl gegen die Zulässigkeit, aber es kam letztlich nicht darauf an. Zudem hätte dazu der Senat entscheiden müssen, da die Frage noch nicht durch Senatsrechtsprechung geklärt ist.

Präzisierung des Kontrollmaßstabs gegenüber Landesverfassungsgerichten

Den größten Raum nehmen in dem Beschluss Ausführungen zum Kontrollmaßstab von Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte durch das Bundesverfassungsge-

richt ein. Hier zeichnet der Kammerbeschluss die bisherige Senatsrechtsprechung zum Recht auf den gesetzlichen Richter im Zusammenhang mit Vorlagepflichten nach, die vor allem verlangt, dass ein Landesverfassungsgericht sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinandergesetzt und eine im Rahmen der juristischen Auslegungsmöglichkeiten vertretbare Position entschieden hat.

Der Kammerbeschluss geht mit diesem Maßstab auf die einzelnen Rügen ein und überprüft die Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs jeweils mit dem Ergebnis, dass sich dieser für eine vertretbare verfassungsgerichtliche Beurteilung entschieden hat. Dabei wird inzident auch auf die abweichende Sichtweise des dortigen Sondervotums eingegangen und aufgezeigt, dass dessen Ergebnis nicht zwingend aus den in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ableitbar ist. Insoweit wird vor allem betont, dass die Vorschläge der Härtefallkommission anhand der Maßstäbe, die aus früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abzuleiten sind, nicht zwingend als Maßnahmen mit Entscheidungscharakter, d.h. mit einer rechtlichen Bindungswirkung, zu qualifizieren sind. Auch in Bezug auf die übrigen gerügten Begründungen reichen der 3. Kammer die vom Verfassungsgerichtshof angeführten Argumentation jeweils aus, um als vertretbar und nicht willkürlich eingestuft zu werden. Das ist in der Sache auch überzeugend.

Keine eigene inhaltliche Positionierung des Bundesverfassungsgerichts

Auf den ersten Blick mag nach der Lektüre des Beschlusses ein gewisses Unbehagen beim Leser zurückbleiben, weil man nicht erfährt, ob die Kammer im Falle einer eigenen Entscheidung in der Sache zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre. Das kann man insoweit annehmen, weil der gesamte Duktus der Argumentation in diese Richtung weist.

Wer mehr erwartet, muss aber bedenken, dass in diesem Fall in Bezug auf die Zulässigkeit eine Senatsentscheidung erforderlich gewesen wäre, weshalb es hilfreich ist, sich auch am Ende noch einmal vor Augen zu führen, dass einer Landtagsfraktion kein prozessrechtlicher Anspruch zusteht, die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz durch das Bundesverfassungsgericht anzustoßen. Die dafür vorgesehene ab-

strakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sieht nur die Landesregierungen als Antragsberechtigte. Auch bei der Subsidiaritätsklage nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG sind nur die Landtage als solche und nicht die Fraktionen antragsberechtigt. Insoweit stellte die Verfassungsbeschwerde letztlich den Versuch dar, insoweit einen Schleichpfad zu beschreiten, um ein nicht bestehendes Antragsrecht durch die Hintertür zu erreichen.

Vergleich zum Umgang mit der Rechtsprechung des EuGH

Abschließend ist es interessant zu beobachten, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu den Spielräumen der Landesverfassungen und der Landesverfassungsgerichte sich auf eine Linie der Großzügigkeit und Zurückhaltung festgelegt hat, wie die Ent-

scheidungen zur kommunalen Selbstverwaltung, zum Wahlrecht und zum Wahlprüfungsrecht aus den letzten Jahren zeigen.

Anders ist die Entwicklung im Bereich der Einwirkungen durch das Unionsrechts. Hier hat das Bundesverfassungsgericht seinen eigenen Kontrollanspruch schrittweise ausgeweitet mit der Folge, dass die Homogenitätskontrolle abnimmt, während die Integrationskontrolle zunimmt. Das ist auch deshalb interessant, weil das Gericht eigentlich gegenüber dem Landesverfassungsrecht in der stärkeren Position wäre, aber die Konfrontation eher mit dem Europäischen Gerichtshof aufnimmt. Der Grund für die unterschiedlichen Strategien dürfte neben dem jahrzehntelangen Machtkampf mit dem EuGH vor allem darin zu suchen sein, dass in diesem Verhältnis die inhaltlichen Positionen stärker voneinander abweichen.

Isabel Kienzle, Anuscheh Farahat

Zwischen Symbolpolitik und Verschärfung

Eine Einordnung der derzeit diskutierten Asylrechtsreform
doi: 10.17176/20231017-233603-0



Vergangene Woche verständigte sich die Regierungskoalition auf ein Maßnahmenpaket zur Reform des Asylrechts, das medial vielfach unter dem Topos „schnellere Abschiebungen“ diskutiert wurde (siehe [hier](#) und [hier](#)). Die Änderungsvorschläge zeigen im Detail jedoch in sehr verschiedene Richtungen und enthalten sowohl Verschärfungen als auch punktuelle Erleichterungen. In Teilen sind sie rein symbolpolitischer Natur, enthalten aber auch spürbare Verschärfungen gegenüber Schutzsuchenden. Dabei simulieren die Vorschläge allerdings nur politische Handlungsfähigkeit und drohen gerade dadurch die Wahrnehmung politischer Lähmung zu verstärken.

Maßnahmenpakete in aufgeladenem politischem Klima

Das angekündigte Maßnahmenpaket der Regierungskoalition beruht in Teilen auf einem [Entwurf des Bundesinnenministeriums für ein „Rückführungsverbesserungsgesetz“](#). Neu beschloss das Kabinett nun unter anderem, die Arbeitsaufnahme für Asylsuchende zu erleichtern und die Asylverwaltung zu entlasten. Seitens der Länder formulierte die Ministerpräsidentenkonferenz plakative [Forderungen](#), die von der Bundesregierung teils aufgegriffen, teils lediglich begrüßt wurden, darunter die Einführung einer Bezahlkarte zur vollständigen Umstellung auf Sach- statt Geldleistungen während des Asylverfahrens und die Verpflichtung zu ehrenamtlicher Arbeit während des laufenden Asylverfahrens. Der altbekannten Forderung nach (gesetzlich bereits heute möglichen) Sachleistungen ging [Rosa-Lena Lauterbach auf dem Verfassungsblog](#) bereits auf den Grund. Im Folgenden soll der Fokus auf Maßnahmen der Verfahrensbeschleunigung und des Arbeitsmarktzugangs liegen.

Die Bundesregierung steht, nicht erst seit den Landtagswahlen in Bayern und Hessen, unter massivem Druck. Rechtspopulisten, allen voran die AfD – zuletzt aber auch Stimmen aus der [CDU](#) – schüren die Angst vor weiterer Zuwanderung gezielt, um daraus politisch Kapital zu

schlagen. Die jüngst vorgeschlagenen Maßnahmen erschöpfen sich in weiten Teilen in symbolischen Maßnahmen, die zwar spürbare Verschärfungen gegenüber Schutzsuchenden mit sich bringen, an der Realität der Herausforderung der Fluchtmigration aber weitgehend vorbei gehen. Dabei haben die meisten Geflüchteten in Deutschland [tatsächlichen Schutzbedarf](#): Die Erfolgsquote der in diesem Jahr geprüften Asylanträge liegt bei [52 Prozent](#), unter den Verfahren mit inhaltlicher Prüfung sogar bei 70 Prozent. Solche Symbolpolitik, die auf Druck von rechts reagiert und Handlungsfähigkeit nur simuliert, spielt rechtspopulistischen Kräften am Ende in die Karten und verschiebt den Diskurs über das Migrationsrecht weiter nach rechts. Berechtigte Sorgen der Bevölkerung etwa hinsichtlich der Frage, wie Integration und Unterbringung neu ankommender Flüchtlinge am besten organisiert werden können, werden auf diese Weise dagegen nicht gelöst. Vor diesem Hintergrund [forderten kürzlich 270 Wissenschaftler*innen](#) und über 1.500 Mitunterzeichnende, den realen Herausforderungen im Flüchtlingsrecht mit einem Menschenrechtspakt in der Flüchtlingspolitik statt mit weiteren Verschärfungen zu begegnen. Stattdessen aber droht mit dem nun angekündigten Maßnahmenpaket neben einigen Verbesserungen erneut eine Verschärfung im Asylrecht.

Entlastung der Verwaltung und Belastung der Schutzsuchenden

Zugute kommt Geflüchteten, dass Behördengänge reduziert werden sollen, um die Behörden von Arbeitsbelastung zu befreien. Das begünstigt zum einen Aufenthaltsgestattungen für Personen im Asylverfahren, die bei Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung künftig für sechs Monate, im Übrigen für zwölf Monate ausgestellt werden sollen (bislang gelten drei respektive sechs Monate, § 63 Abs. 2 S. 2 AsylG). Zum anderen wird der Aufenthaltstitel bei subsidiärem Schutz aufgewertet: Bei erstmaliger Erteilung soll dieser künftig drei Jahre statt bislang nur ein Jahr gelten (vgl. § 26 Abs. 1 S. 2 u. 3 Auf-

enthG).

Die Mitwirkung der Betroffenen soll noch weiter forciert werden, insbesondere bei der Klärung von Identität und Staatsangehörigkeit und im Rahmen von Anhörungen. Dafür soll auch lange vor einem Abschiebungsverfahren künftig nicht mehr nur die Person, sondern auch deren Wohnung durchsucht werden können (§ 48 Abs. 3 AufenthG). Das Nichtvorlegen eines Passes und das Fehlen bzw. die Unrichtigkeit einer Aussage im Asylverfahren nach § 15 AsylG werden zu Straftatbeständen nach § 85 AsylG. Dieser wird überdies ergänzt um einen zweiten Absatz, der eine Freiheitsstrafe für bis zu drei Jahre vorsieht bei unrichtigen oder unvollständigen Aussagen im Asylverfahren, die getätigt werden, um einen Schutzanspruch zuerkannt zu bekommen. Nicht nur die Höhe des Strafrahmens gibt hierbei zu bedenken, sondern auch die Unbestimmtheit der Voraussetzungen: Während eine Falschaussage identifiziert werden kann, ist unklar, ab wann die erforderlichen Angaben als unvollständig gelten sollen. Diese Rechtsunsicherheit ist aus rechtsstaatlicher Perspektive problematisch.

Erleichterte Bedingungen für Abschiebungen und Ausweisungen

Die Gründe für eine Abschiebungshaft sollen ergänzt und der Ausreisegewahrsam nach § 62b Abs. 1 S. 1 AufenthG für bis zu 28 statt wie bisher für zehn Tage ermöglicht werden. Zudem soll die vorherige Ankündigung der Abschiebung aus § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG gestrichen werden, mit Ausnahme von Ausländer*innen mit Kindern unter 12 Jahren. Diese Streichung betrifft allerdings nur wenige Fälle: Es gilt als Grundsatz bereits jetzt ein Verbot der Ankündigung einer Abschiebung (§ 59 Abs. 1 S. 8 AufenthG). Die Pflicht zur Ankündigung besteht derzeit nur, falls eine Duldung widerrufen wurde, die betroffene Person über ein Jahr lang geduldet war und ihr kein verhinderndes Verhalten vorgeworfen werden kann (§ 60a Abs. 5 S. 4 u. 5 AufenthG). Endet eine Duldung, was der Regelfall ist, wegen Ablauf der Befristung oder dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, ist ohnehin keine Ankündigung vorgesehen. Während die Ankündigung von Abschiebungen einerseits dem Vertrauensschutz der Betroffenen dient und ihnen Zeit zur Regelung der Lebensverhältnisse gewährt, verringert sie andererseits die Erfolgsaussichten der Vollzugsmaßnahme, da die informierte Person versuchen kann, unterzutauchen. Anders

ist dies bei inhaftierten Personen: Auch hier soll die Ankündigung (derzeit § 59 Abs. 5 S. 2 AufenthG) gestrichen werden, obwohl ein Untertauchen nicht möglich ist. Da die Androhung der Abschiebung oft Monate im Voraus ergeht, sollte der rechtsstaatliche Anspruch an diese belastende und lebensverändernde Maßnahme aber sein, sie wann immer möglich anzukündigen.

Zur Durchführung der Abschiebung sollen künftig durch entsprechende Ausweitung des § 58 Abs. 5 AufenthG in Sammelunterkünften auch die Wohnung anderer Personen und sonstige Räumlichkeiten betreten werden können. Damit wird eine Norm erweitert, deren Verfassungsmäßigkeit bereits jetzt zweifelhaft ist. Denn anders als für die Durchsuchung nach Absatz 6 ist für das „Betreten“ einer Wohnung zum Zwecke der Ergreifung nach Absatz 5 keine richterliche Anordnung notwendig. Hierauf gestützt finden [Polizeirazzien in Aufnahmeeinrichtungen ohne Durchsuchungsbeschluss](#) statt. Unlängst hat das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dass auch Zimmer in Aufnahmeeinrichtungen [als Wohnung i.S.d. Art. 13 GG gelten](#). Es hat das Betretungsrecht aber unter Art. 13 Abs. 7 GG gefasst, der für Eingriffe zur Verhütung dringender Gefahren keine richterliche Anordnung erfordert. Die künstliche aufenthaltsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Betreten und der Durchsuchung, beides zur Ergreifung der Person, überzeugt aber nicht. Verfassungsrechtlich liegt nahe (für eine Übersicht zum Streitstand siehe [hier](#)), beides als Durchsuchungen unter Art. 13 Abs. 2 GG zu fassen. Eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht steht allerdings derzeit noch aus.

Zudem soll das Ausweisungsrecht verschärft werden, also die Möglichkeit, den legalen Aufenthalt einer Person durch Entzug des Aufenthaltsrechts zu beenden. Ein besonders schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 AufenthG soll künftig auch aus einer rechtskräftigen Verurteilung zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe wegen Schleusung nach § 96 AufenthG folgen, ebenso aus der Zugehörigkeit zu einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB. Ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse (§ 54 Abs. 2 AufenthG) soll überdies darin begründet liegen, dass der Tatbestand des Einschleusens verwirklicht oder versucht wurde. In diesem Fall muss also der Abschluss des strafrechtlichen Verfahrens nicht abgewartet werden, auch eine etwaige Einstellung des Strafprozesses ist unschädlich. Rechtliche Bedenken, [die auch Vizekanzler Habeck erwähnt](#), liegen auf

der Hand: Dem Bleibeinteresse der rechtmäßig aufhältigen Person wird hier ein Ausweisungsinteresse gegenübergestellt, das der der [Gesetzentwurf des BMI](#) (S. 42) lediglich mit dem hohen Allgemeininteresse begründet, das an der Bekämpfung der Schleuserkriminalität und damit der illegalen Einwanderung bestünde. Das gesonderte Interesse an einer eigenständigen Bewertung des komplexen Tatbestands durch die Ausländerbehörde, anstatt den Ausgang des strafrechtlichen Verfahrens abzuwarten, wird damit nicht erklärt. Diese Prüfung durch die Ausländerbehörde, die nicht auf das Ergebnis des Strafverfahrens zurückgreifen kann, muss sich an strafrechtlichen Maßstäben messen lassen und begründet damit einen erheblichen Mehraufwand, der nicht im Allgemeininteresse liegen kann.

Erleichterter Arbeitsmarktzugang oder Arbeitszwang für Schutzsuchende?

Begrüßenswert sind im Grundsatz die geplanten Erleichterungen beim Arbeitsmarktzugang. Asylsuchende, für die bei Unterbringung in einer Erstaufnahmeeinrichtung derzeit nach § 61 AsylG in der Regel ein neunmonatiges Arbeitsverbot gilt, sollen bereits nach sechs Monaten einer Beschäftigung nachgehen dürfen. Ausgenommen bleiben Personen aus sicheren Herkunftsländern, zudem soll bei Weigerung der Offenlegung der Identität das Arbeitsverbot fortgelten. Aus Sorge, Anreize zur Einreise zu schaffen, soll der zügigere Arbeitsmarktzugang jedoch nur rückwirkend gelten für Personen, die bis Dezember 2022 eingereist sind (siehe [hier](#) und [hier](#)). Damit läuft die Reform allerdings praktisch nahezu leer: Denn die Asylverfahren von Menschen, die vor Dezember 2022 einreisten und bei Einreise einen Asylantrag stellten, dauerten bereits Ende August 2023 neun Monate an. Wird die Stichtagsregelung nicht aufgehoben, bleibt der erleichterte Arbeitsmarktzugang für Asylsuchende also ein leeres Versprechen.

Für Personen mit Duldung, die verpflichtet sind, in einer Erstaufnahmeeinrichtung zu wohnen, „soll“ künftig bereits nach sechs Monaten eine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden. Aus dem freien Ermessen in § 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AsylG wird also ein intendiertes Ermessen. Der Anwendungsbereich bleibt allerdings begrenzt, da für alle anderen Geduldeten die Beschäftigungserlaubnis weiterhin im Ermessen der Behörden liegt (vgl. § 4a Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 32 BeschV). Auch die angekündig-

ten Erleichterungen im Hinblick auf die Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG haben bei Lichte betrachtet kaum einen praktischen Anwendungsbereich, da die Beschäftigungsduldung mit Wirkung zum 1. Januar 2024 ohnehin aufgehoben wird. Die angekündigten Erleichterungen beim Arbeitsmarktzugang entpuppen sich damit als weitgehend symbolische Erleichterungen. Ein wirklicher Beitrag zur zügigeren Integration und ökonomischen Unabhängigkeit von Migrant*innen ist von ihnen dagegen nicht zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zynisch, dass aus Länderkreisen nun die Forderung laut wurde, man solle arbeitsfähigen Geflüchteten spätestens nach ihrer Zuweisung aus der Erstaufnahmeeinrichtung an die Kommunen [zur Arbeitsaufnahme verpflichten](#). Kommunen sollen Geflüchtete zu gemeinnütziger Arbeit heranziehen oder ihnen geeignete Arbeitsgelegenheiten zuweisen können. Einen Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis bleibt Asylbewerbern in dieser Situation allerdings vorenthalten, denn es bleibt beim Ermessen nach § 61 Abs. 2 S. 1 AsylG i.V.m. § 4a Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 32 BeschV. Anders als die Debatte suggeriert, scheidet die Arbeitsaufnahme in der Regel nicht am fehlenden Arbeitswillen der Geflüchteten, sondern eben auch an der fehlenden Beschäftigungserlaubnis. Trotz faktischer Arbeitsverbote werden die Betroffenen nun konfrontiert mit dem Vorwurf, nicht arbeiten zu wollen. Das geht nicht nur völlig am Problem vorbei, sondern wirft im Lichte des Verbots von Arbeitszwang und Zwangsarbeit nach Art. 12 Abs. 2 und 3 GG, Art. 4 EMRK und Art. 6 des UN-Sozialpakts auch verfassungs- und menschenrechtliche Fragen auf. Vieles wird letztlich davon abhängen, wie eine solche Arbeitspflicht für Asylsuchende in der Praxis ausgestaltet wird, sollte es tatsächlich dazu kommen.

Verschärfung und Symbolpolitik ohne Blick für die flüchtlingspolitische Realität

Trotz einzelner pragmatischer Züge, etwa in Form des begrüßenswerten Bestrebens, die Verwaltung zu entlasten und Geflüchteten den Zugang zum Arbeitsmarkt zu erleichtern, wird insgesamt die Strategie der Flüchtlingsabwehr durch Abschreckung konsequent weiterverfolgt. Diese Strategie darf aber inzwischen als politisch gescheitert gelten. Dies belegen nicht nur exemplarisch die ausbleibenden Effekte massiver Gesetzesverschärfungen (siehe [hier](#) und [hier](#)) und miserabler Aufenthaltsbedin-

gungen auf das Fluchtgeschehen in Italien. Auch im wissenschaftlichen Diskurs ist die Vorstellung, Migrationsentscheidungen ließen sich durch Verschlechterung der Lebensbedingungen im Zielstaat (sog. „pull-Faktoren“) gezielt beeinflussen, längst überholt (siehe [hier](#), S. 46-46 und [hier](#)). Stattdessen droht eine Abwärtsspirale der rechtlichen Standards im Wettrennen mit anderen EU-Mitgliedstaaten auch in Deutschland gerade diejenigen Umstände hervorzubringen, vor denen sich viele Menschen zu Recht sorgen – nämlich soziale Segregation statt Integration. Fluchtursachen, internationale Kooperation und der menschenrechtlich ausgestaltete Zugang zu Schutz müssen daher dringend wieder mehr Aufmerksamkeit in der Debatte finden. Stattdessen ist das Maßnahmenpaket weitgehend eine Form der symbolischen Gesetzgebung, die grundlegende Herausforderun-

gen des Schutzes und der Integration von Flüchtlingen nicht adressiert und Verschärfungen vor allem als Signal an die eigene Wahlbevölkerung versteht. Eine solche Politik läuft in einem menschenrechtlich und politisch hochsensiblen Bereich wie dem Migrationsrecht jedoch stets Gefahr, das Vertrauen in die Handlungsfähigkeit der Politik weiter zu untergraben und damit den Nährboden für weitere rechtspopulistische Erfolge zu bereiten. Der fortgesetzte Abbau rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Garantien wird dabei zunehmend auch [zur Gefahr für demokratische Systeme insgesamt](#). Der [Anstieg globaler Fluchtbewegungen](#) wird jedenfalls nicht durch die Einführung von Bezahlkarten in deutschen Erstaufnahmeeinrichtungen oder einer Arbeitspflicht für Asylbewerber*innen bewältigt werden.

Andrea Kießling

Migrationsrecht und Antisemitismus

Zur Forderung, Hamas-Unterstützer auszuweisen

doi: 10.17176/20231024-233630-0



Nach dem brutalen Angriff der Hamas auf die israelische Zivilbevölkerung am 7. Oktober kam es in mehreren deutschen Städten zu öffentlichen Reaktionen, bei denen der Terror der Hamas relativiert oder gebilligt wurde. Daraufhin forderten die deutsche Innenministerin Faeser und SPD-Chef Klingbeil die „[Ausweisung von Hamas-Unterstützern](#)“. Ähnliches war auch aus der CDU zu hören, deren Generalsekretär außerdem den „[Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit](#)“ forderte. Der Beitrag zeigt auf, was nach dem Migrationsrecht möglich wäre: Während in Einzelfällen wohl tatsächlich Ausweisungen verfügt werden könnten, droht am ehesten der Ausschluss von Aufenthaltsverfestigung und Einbürgerung. Darüber hinaus verstellen schnelle Rufe nach Ausweisungen den Blick dafür, dass es sich bei Antisemitismus um ein gesamtgesellschaftliches Problem handelt, dessen man sich nicht einfach durch Aufenthaltsbeendigungen entledigen kann.

Ausbürgerung deutscher Sympathisanten?

Eine Ausweisung kommt von vornherein nur bei Personen in Betracht, die nicht im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit sind. Das hat aber gerade zu der Forderung geführt, Sympathisanten des Hamas-Angriffs die deutsche Staatsangehörigkeit zu „entziehen“. Der Begriff „entziehen“ bzw. „Entzug“ wurde hier bislang in Anführungszeichen gesetzt, weil Art. 16 I 1 GG den Entzug der Staatsangehörigkeit ohne Ausnahmen verbietet, der Begriff also gleichzeitig das Urteil der Verfassungswidrigkeit beinhaltet. Zulässig ist nach Art. 16 I 2 GG von vornherein nur der „Verlust“ der Staatsangehörigkeit. Ob eine staatliche Maßnahme, die in der Wegnahme der deutschen Staatsangehörigkeit besteht, als Entzug oder als Verlust zu qualifizieren ist, wird u.a. durch den historischen Kontext des Art. 16 I GG bestimmt: Ausbürgerungen aufgrund missliebigen Verhaltens will er nach den Erfahrungen im Nationalsozialismus gerade verhindern (bei ihnen handelte es sich also um verfassungswidrige Entziehungen); wer einmal die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, ist gleichberechtigter deutscher Staatsangehöriger (ausführlich [hier](#)). Allein wer sich konkret an Kampfhandlungen der Hamas beteiligt und noch eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt, müsste ggf. mit dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit rechnen (§ 28 I Nr. 2 StAG). Dieser Verlustgrund, der 2019 als Reaktion auf deutsche „ISIS-Kämpfer“ neu ins StAG eingefügt wurde, ist in der Literatur aber sehr umstritten (vgl. [hier](#) und [hier](#)).

Welchen Umgang aber erlaubt das Aufenthaltsrecht mit Personen, die keine deutschen Staatsangehörigen sind? Das am weitesten reichende Instrument ist die Ausweisung. Bei ihr handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der zum Erlöschen eines bestehenden Aufenthaltstitels führt und dadurch die Ausreisepflicht des Betroffenen auslöst (§§ 51 I Nr. 5, 50 I AufenthG). Reist der Betroffene nicht freiwillig aus, kann er unter bestimmten Voraussetzungen abgeschoben werden (§ 58 I AufenthG); die Abschiebung stellt eine Vollstreckungsmaßnahme in Form des unmittelbaren Zwangs dar.

Ausweisung Nicht-Deutscher?

Das Ausweisungsrecht ist – historisch erklärbar – Gefahrenabwehrrecht. Auch wenn Ausweisungen in der Praxis häufig eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat zugrunde liegt, ist eine solche Verurteilung keine zwingende Voraussetzung. Anlass der Ausweisung ist vielmehr, dass der Aufenthalt des Ausländers die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet (§ 53 I AufenthG). Diese Gefahr wird bei manchen Ausweisungsgründen durch eine strafgerichtliche Verurteilung indiziert (vgl. § 54 I Nr. 1, 1a, 1b AufenthG), bei anderen Ausweisungsgründen nennt das Gesetz aber nur ein bestimmtes Verhalten.

Die Ausweisung von Terroristen und Extremisten hat in Deutschland eine längere Geschichte, die nicht erst nach dem 11. September 2001 begann. 1972 wurden

nach dem Attentat von acht Mitgliedern der palästinensischen Organisation „Schwarzer September“ auf elf israelische Sportler während der Olympischen Spiele in München viele Ausländer ausgewiesen, die Mitglied der Generalunion Palästinensischer Studenten (GUPS) oder der Generalunion Palästinensischer Arbeiter (GUPA) waren, weil man weitere Anschläge befürchtete. Damals gab es noch keine Ausweisungstatbestände, die in besonderem Maße auf terroristische oder extremistische Sachverhalte zugeschnitten waren; für solche Fälle enthielt das Ausländergesetz eine Art Generalklausel, die verlangte, dass der Ausländer die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdete (§ 10 Nr. 1 AuslG 1965).

Zu einer Ausdifferenzierung des Ausweisungsrechts kam es insbesondere nach dem 11. September 2001 (dazu ausführlich [hier](#)). Das AuslG wurde 2002 um den Tatbestand der Mitgliedschaft in bzw. Unterstützung einer Vereinigung, die den Terrorismus unterstützt, ergänzt (jetzt § 54 I Nr. 2 2. HS 1. Var. AufenthG). Diese Formulierungen erinnern an § 129a StGB. Auf diese Vorschrift wird aber im Ausweisungsrecht nicht verwiesen; notwendig ist deswegen auch keine entsprechende strafgerichtliche Verurteilung. 2005 wurde ein auf „Hassprediger“ zugeschnittener Ausweisungsgrund hinzugefügt (jetzt § 54 I Nr. 5 AufenthG), dessen Anlass der Fall „[Metin Kaplan](#)“ (selbsternannter „Kalif von Köln“) war. Hier bestehen Ähnlichkeiten mit dem Straftatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB). Auch Leiter verbotener Vereine können seitdem ausgewiesen werden (jetzt § 54 I Nr. 3 AufenthG). Als sich 2008 und 2009 die Hinweise darauf verdichteten, dass in Deutschland lebende Männer in Ausbildungslagern in Pakistan und Afghanistan für den militanten Dschihad trainierten, wurde das AufenthG wieder um einen neuen Ausweisungsgrund ergänzt (jetzt § 54 I Nr. 2 2. HS 2. Var. AufenthG), der auf § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) Bezug nimmt, aber keine entsprechende Verurteilung verlangt.

Ausweisungen im Zusammenhang mit dem Nahostkonflikt

Diese Vorschriften werden seit dem 11. September 2001 regelmäßig genutzt. Viele Fälle betrafen die Unterstützung von Al-Qaida, aber auch Sachverhalte mit einem Bezug zum Nahostkonflikt waren Gegenstand von Gerichtsentscheidungen.

Was ist aber nun mit Ausländern, die auf Demonstration ihre Unterstützung für den Terror der Hamas oder der Organisation Palästinensischer Islamischer Dschihad (PIJ) zum Ausdruck bringen? Die in den sozialen Medien Bilder posten, die auf eine Nähe zur Hamas schließen lassen?

Wer auf einer Versammlung durch Redebeiträge zu Hass gegenüber Juden aufruft, indem er diese „böswillig verächtlich macht“, erfüllt den Ausweisungsgrund des § 54 I Nr. 5 AufenthG, wenn dadurch die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört werden kann. Die Hürde liegt ungefähr dort, wo das Strafrecht die Grenze zur Volksverhetzung zieht. Grundsätzlich ist die Erfüllung dieses Ausweisungsgrunds also denkbar, auch wenn die Behörden wohl – falls sich entsprechende Sachverhalte prognostizieren lassen – versuchen werden, bereits die Versammlungen zu beschränken oder zu verbieten. Hier werden die Gerichte in der nächsten Zeit wohl erst noch eine einheitliche Linie finden müssen (einen aktuellen Überblick zum Versammlungsrecht findet sich [hier](#)).

Vergleichsweise niedrig liegt die Hürde beim Ausweisungsinteresse, das an die Unterstützung einer terroristischen Vereinigung anknüpft (§ 54 I Nr. 2 AufenthG). Als Unterstützung einer solchen Vereinigung gilt jede Tätigkeit, die sich in irgendeiner Weise positiv auf deren Aktionsmöglichkeiten auswirkt, die also die Durchführung terroristischer Anschläge unmittelbar erleichtert oder ermöglicht. Die Hürde dafür liegt nach der Rechtsprechung nicht besonders hoch; der Betroffene muss nicht Sprengstoff beschafft oder Spenden gesammelt haben. Für die Erfüllung des Ausweisungsinteresses reicht die bloße Teilnahme an Demonstrationen oder anderen Veranstaltungen aus, wenn sie geeignet ist, eine positive Außenwirkung im Hinblick auf die durch § 54 I Nr. 2 AufenthG missbilligten Ziele zu entfalten. Hinzu kommt, dass nur „Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen“ müssen, dass der Ausländer die Vereinigung unterstützt, hier ist also das Beweismaß herabgesetzt.

Mit der Einstufung unterschiedlicher Organisationen als terroristische Vereinigung bzw. Vereinigung, die den Terrorismus unterstützt, hat die ausländerrechtliche Rechtsprechung Erfahrung. In der Vergangenheit wurde die Einstufung bejaht für z.B. Al-Qaida, Ansar Al-Islam, die Hizbollah, die Islamische Dschihad Union, die PKK, den Al-Aqsa e.V. und die Hamas. Die Gruppierung Samidoun Palestinian Prisoner Solidarity Network (Samidoun), die kurz nach dem Angriff der Hamas auf Israel am

7.10.2023 in die Schlagzeilen geriet, [weil sie auf der Straße Süßigkeiten verteilte](#), und die der [Bundeskanzler nun vereinsrechtlich verbieten](#) will, wurde im August 2023 vom VG Berlin hingegen [nicht als terroristische Vereinigung eingestuft](#). Dabei setzt sich das Gericht auch mit der Auffassung von Verfassungsschutz und Ausländerbehörde auseinander, für die Annahme, Samidoun unterstütze terroristische Organisationen, reiche die häufige Verwendung des Slogans „From the River to the Sea, Palestine will be free“ aus. Das Gericht sah dies anders; der Slogan negiere für sich genommen nicht das Existenzrecht Israels. Dass sich andere Gerichte dem anschließen, ist aber nicht unbedingt gesichert, da es zu dieser Frage auch andere Einschätzungen gibt (vgl. z.B. [hier](#) und [hier](#)). Als terroristische Vereinigungen stufte das VG Berlin die Volksfront für die Befreiung Palästinas (PFLP), die Hamas, die Al-Aksa-Märtyrerbrigade und die PIJ ein und begründete dies insbesondere damit, dass diese Gruppierungen auf der EU-Terrorliste stehen.

Nach der Ansicht der Rechtsprechung genügt für die Unterstützung einer Vereinigung auch die „[niedrigschwellige Vorfeldunterstützung in Form der Sympathiewerbung](#)“ in sozialen Netzwerken. Das Verbreiten von Bildmaterial muss aber geeignet sein, andere dazu zu motivieren bzw. darin zu bestärken, sich für die genannten Terrororganisationen und für den bewaffneten Kampf der Palästinenser gegen den Staat Israel einzusetzen. Das [VG Berlin](#) hatte dies bejaht in einem Fall, in dem der Kläger auf Facebook und Instagram mehrere Bilder gepostet hatte, die nach Ansicht des Gerichts so zu verstehen waren, dass auf dem Gebiet des Staates Israels durch Waffengewalt ein rein palästinensischer Staat errichtet werden solle. Das Einstellen von Bildern der Hamas, die an ihr 29-jähriges Bestehen bzw. ihren Mitbegründer erinnern sollen, reicht hingegen nach Ansicht des [OVG LSA](#) nicht aus.

Bleibeinteressen und Abschiebeverbote

Ist ein Ausweisungsinteresse erfüllt, führt dies noch nicht automatisch zu einer Ausweisung. Das Ausweisungsrecht verlangt von den Behörden, das öffentliche Interesse an der Ausweisung mit den Bleibeinteressen des Ausländers abzuwägen. Der Gesetzgeber hat hierfür eine Vorstrukturierung vorgenommen: Sowohl die Ausweisungsinteressen als auch die im Gesetz aufgeführten Bleibeinteressen werden jeweils in zwei Kategorien eingeteilt – sie wiegen jeweils entweder „besonders schwer“ oder nur „schwer“

(vgl. §§ 54 I, II, 55 I, II AufenthG). Die oben aufgeführten Ausweisungsgründe mit terroristischem oder extremistischem Bezug wiegen allesamt „besonders schwer“, die mindestens entsprechend schwere Bleibeinteressen erforderlich machen, damit von einer Ausweisung abgesehen wird. Eine Person mit unbefristetem Aufenthaltstitel wird wohl eher nicht wegen weniger Facebook-Posts ausgewiesen. Besonders hoch liegen die Hürden im Falle von Personen, die in Deutschland verwurzelt – ggf. hier geboren – sind oder deutsche Familienangehörige haben. Eine hohe Hürde stellt das Gesetz in § 53 IIIa AufenthG außerdem für anerkannte Asylberechtigte, anerkannte Flüchtlinge nach der GFK oder Personen mit subsidiärem Schutz auf. Auch sie genießen zwar keinen absoluten Ausweisungsschutz, es müssen aber „zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung“ vorliegen. Diese dem Europarecht entstammenden Begriffe versteht das [BVerwG](#) so, dass der Betroffene „eine gewichtige Rolle im Rahmen seiner Unterstützung der terroristischen Organisation gespielt haben muss“. Social-Media-Einträge reichen hierfür nicht mehr aus.

Dass der Ausländer das Ausweisungsinteresse des § 54 I Nr. 2 AufenthG erfüllt, hat aber auch dann Konsequenzen, wenn die Bleibeinteressen überwiegen und von einer Ausweisung abgesehen werden muss: Es verhindert die Verfestigung des Aufenthalts. Ist der Ausländer nur im Besitz einer befristeten Aufenthaltserlaubnis, steht deren Verlängerung nach Fristablauf zwingend das Ausweisungsinteresse entgegen (§ 5 IV AufenthG). Auch eine Einbürgerung ist ausgeschlossen (§ 11 S. 1 Nr. 2 StAG).

Selbst wenn nach den oben genannten Maßstäben eine Ausweisung möglich ist, führt dies noch nicht dazu, dass der Betroffene das Land verlassen muss. Neben den bekannten Vollzugsproblemen bei Abschiebungen kann auch ein Abschiebungsverbot bestehen: So genießen z.B. anerkannte Asylberechtigte, anerkannte Flüchtlinge nach der GFK und Personen mit subsidiärem Schutz Abschiebungsschutz (§ 60 I, II AufenthG). Selbst Terroristen dürfen nicht in ein Land abgeschoben werden, in denen ihnen Folter oder die Todesstrafe droht (§ 60 III, V AufenthG). In diesen Fällen verursacht die Ausweisung aber neben der Ausreisepflicht – die aufgrund des Abschiebungsverbots nicht mehr vollstreckt werden kann – weitreichende Rechtsfolgen: Der Aufenthaltstitel erlischt (und § 11 AufenthG verhindert, dass ein neuer erteilt wird), der Betroffene erhält eine Duldung. Er gehört somit zu der Personengruppe mit prekärem Aufenthaltsstatus,

über die die Öffentlichkeit ansonsten nur spricht, wenn es um abgelehnte Asylbewerber geht. Geduldete dürfen die ersten drei Monate nach Erteilung der Duldung nicht erwerbstätig sein (§ 32 BeschV) und erhalten keine Sozialleistungen nach dem SGB II (Bürgergeld) oder SGB XII (Sozialhilfe), sondern nur nach dem niedrigeren Niveau des AsylbLG (§ 1 Nr. 4 AsylbLG).

Das Migrationsrecht als Lösung aller Probleme?

Für die Ausweisung von Terroristen und Extremisten hält das AufenthG also mehrere Tatbestände bereit. Mit terroristischen oder terror-nahen Gruppen im Zusammenhang mit dem Nahostkonflikt haben Ausländerbehörden und Rechtsprechung Erfahrung; bevor Verschärfungen des Ausweisungsrechts (wie aktuell seitens der [Union](#)) gefordert werden, sollte erst deren Notwendigkeit dargelegt werden. Der Fokus auf das Migrationsrecht birgt außerdem die Gefahr, vermeintlich die Lösung eines Problems gefunden zu haben, das sich aber nicht auf die

nicht-deutsche Bevölkerung beschränkt. In Zeiten, in denen der aktuelle (und wahrscheinlich künftige) stellvertretende bayerische Ministerpräsident es nicht schafft, sich glaubhaft von einem antisemitischen Flugblatt zu distanzieren, sollte die Gesellschaft vielleicht über andere – allgemeingültige – Lösungen nachdenken.

Nicht jede Form des Antisemitismus kann exportiert werden. Viele der Menschen auf den pro-palästinensischen Versammlungen werden Deutsche sein. Das Versammlungsrecht bietet die Möglichkeit, durch Beschränkungen oder ggf. auch Verbote auf bestimmte Formen des Antisemitismus zu reagieren. Zwar liegen die Hürden hierfür (zu Recht) hoch, aber möglich ist ein Verbot z.B., wenn gewalttätige Auseinandersetzungen, Angriffe auf Polizeieinsatzkräfte und Straftaten wie Volksverhetzung, die öffentliche Aufforderung zu und die Billigung von Straftaten [konkret befürchtet werden](#). Im Übrigen wird man [andere – nachhaltige – Instrumente](#) gegen den Antisemitismus in Deutschland finden müssen.

Julian Seidl

Arbeitspflicht, Arbeitszwang und Arbeitendürfen



Warum die aktuelle Debatte zur „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende neben der Sache liegt

doi: 10.17176/20231102-224029-0

Zurzeit wird dem Asylbewerberleistungsrecht eine bislang ungeahnte Aufmerksamkeit zuteil. Dabei ist das Sonderleistungsrecht für Asylsuchende und andere Gruppen von Ausländer*innen eigentlich eine politisch unliebsame Materie. So konnte sich der Gesetzgeber trotz [Entscheidung des BVerfG](#) (mehr dazu [hier](#) und [hier](#)) noch nicht dazu durchringen, die verfassungswidrige Sonderbedarfsstufe für Leistungsberechtigte in Sammelunterkünften aus dem Asylbewerberleistungsgesetz zu tilgen. Stattdessen läuft die aktuelle Debatte darauf hinaus, Restriktionen vorzuschlagen, die in offenem Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen (vgl. [Merz mit BVerfG](#), Rn. 76), oder medienwirksam nach Gesetzesänderungen zu rufen, wenngleich die gewünschten Inhalte bereits gesetzlich normiert sind. Hier reiht sich der [Vorschlag der Ministerpräsidentenkonferenz](#) ein, Asylsuchende verstärkt zu gemeinnütziger Arbeit heranzuziehen.

Der vorliegende Beitrag hat das Anliegen, die aktuelle Debatte zu versachlichen – man könnte auch sagen von der [anekdotischen Evidenz eines Zahnarztbesuchs](#) zu lösen – und im Lichte der einschlägigen verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben zu führen. Vier Anmerkungen zur gegenwärtig diskutierten „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende:

1. Die Idee einer „Arbeitspflicht“ findet sich bereits im Asylbewerberleistungsgesetz

Der Gedanke, Asylsuchende zu gemeinnütziger Arbeit zu verpflichten, ist keineswegs neu. Eine entsprechende Vorschrift kennt das Asylbewerberleistungsgesetz bereits seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1993. So heißt es in § 5 Abs. 1 AsylbLG:

„(1) In Aufnahmeeinrichtungen [...] und in vergleichbaren Einrichtungen sollen Arbeitsgelegenheiten insbesondere zur Aufrechterhaltung und Betreibung der Einrichtung

zur Verfügung gestellt werden; [...] Im übrigen sollen soweit wie möglich Arbeitsgelegenheiten bei staatlichen, bei kommunalen und bei gemeinnützigen Trägern zur Verfügung gestellt werden, sofern die zu leistende Arbeit sonst nicht, nicht in diesem Umfang oder nicht zu diesem Zeitpunkt verrichtet werden würde.“

Nach der geltenden Rechtslage können Asylsuchenden sowohl Aufgaben innerhalb ihrer Unterkunft als auch Tätigkeiten bei staatlichen, kommunalen oder gemeinnützigen Trägern zugewiesen werden. Letzteres erinnert an die Arbeitsgelegenheiten im SGB II, die gemeinhin als „Ein-Euro-Jobs“ bekannt sind. In geradezu zynischer Weise setzt sich die restriktive Logik des Asylbewerberleistungsgesetzes auch bei der zu zahlenden Aufwandsentschädigung fort, welche nicht einmal mehr einen symbolischen Euro, sondern lediglich 80 Cent je Stunde beträgt.

Demgegenüber gibt es derzeit keine Rechtsgrundlage, um Asylsuchenden Tätigkeiten im privaten Sektor – [etwa Aushilfsjobs in der Gastronomie](#) – zuzuweisen. Für diesen Vorschlag wären die Arbeitsgelegenheiten nach § 5 AsylbLG ohnehin nicht geeignet. Zielführender wäre es, die für Asylsuchende nach § 61 AsylG bestehenden Beschränkungen des Arbeitsmarktzugangs abzubauen und die betreffenden Personen in reguläre Beschäftigungsverhältnisse zu vermitteln.

Ähnlich wie bei den „Ein-Euro-Jobs“ ist auch im Rahmen der Arbeitsgelegenheiten nach § 5 AsylbLG sicherzustellen, dass Verzerrungen des Wettbewerbs und Verdrängungseffekte ausbleiben. Nur zusätzliche Aufgaben dürfen als gemeinnützige Arbeit zugewiesen werden („*sofern die zu leistende Arbeit sonst nicht, nicht in diesem Umfang oder nicht zu diesem Zeitpunkt verrichtet werden würde*“). Bildhaft gesprochen: Die Gemeinde darf nicht das für die Gräberpflege angestellte Friedhofspersonal oder die Vergabe von Aufträgen an Gartenbauunternehmen ersetzen,

indem sie auf Bedürftige als kostengünstige Arbeitskräfte zurückgreift. Das macht es für die Verwaltung nicht gerade einfach, geeignete Arbeitsgelegenheiten zur Verfügung zu stellen. Die niedrige Praxisrelevanz der Regelung dürfte in erster Linie [diesen Umsetzungsschwierigkeiten](#) geschuldet sein, und nicht etwa – wie in der öffentlichen Debatte suggeriert – einer fehlenden Arbeitsbereitschaft der Leistungsberechtigten.

Für den Fall, dass Betroffene die Aufnahme einer ihnen zur Verfügung gestellten Arbeitsgelegenheit verweigern, trifft § 5 Abs. 4 AsylbLG die folgende Regelung:

„(4) Arbeitsfähige, nicht erwerbstätige Leistungsberechtigte, die nicht mehr im schulpflichtigen Alter sind, sind zur Wahrnehmung einer zur Verfügung gestellten Arbeitsgelegenheit verpflichtet. Bei unbegründeter Ablehnung einer solchen Tätigkeit besteht nur Anspruch auf Leistungen entsprechend § 1a Absatz 1.[...]“

Damit findet sich die geforderte „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende bei näherem Hinsehen bereits im Gesetz. In einem technischen Sinne handelt es sich hierbei nicht um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit. Es wird kein Versuch unternommen, die Aufnahme der Tätigkeit als solche mit den Mitteln des Verwaltungszwanges durchzusetzen. Die unbegründete Ablehnung einer Arbeitsgelegenheit führt lediglich zu leistungsrechtlichen Nachteilen, indem nur noch abgesenkte Leistungen nach § 1a AsylbLG gewährt werden, was einer Kürzung des Existenzminimums um etwa die Hälfte entspricht (mehr dazu [hier](#)).

2. Eine „Arbeitspflicht“ ist noch kein verfassungsrechtlich unzulässiger Arbeitszwang

Die Durchsetzung einer solchen „Arbeitspflicht“ ist nicht nur mit praktischen Schwierigkeiten, sondern auch mit verfassungsrechtlichen Fragen behaftet. [Isabel Kienzle und Anuscheh Farahat](#) haben in diesem Kontext bereits auf das Verbot des Arbeitszwanges und der Zwangsarbeit aus Art. 12 Abs. 2 und 3 GG hingewiesen.

Nach Art. 12 Abs. 2 GG darf niemand zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen

einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht. Art. 12 Abs. 3 GG besagt wiederum, dass Zwangsarbeit nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig ist. Die im Verfassungstext verwendeten Begriffe „zu einer bestimmten Arbeit gezwungen“ und „Zwangsarbeit“ sind in erster Linie vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG zu kontextualisieren.

So kam es dem Verfassungsgeber – wie es das [BVerfG](#) in einer älteren Entscheidung herausgearbeitet hat – darauf an, die im nationalsozialistischen System verbreiteten Formen der Zwangsarbeit mit ihrer Herabwürdigung der menschlichen Persönlichkeit auszuschließen. Demgegenüber finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die im Fürsorgewesen praktizierten Arbeitsmaßnahmen (vgl. etwa [§ 19 RFV \(1924\)](#)) grundlegend in Frage gestellt werden sollten. So wurde im Parlamentarischen Rat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Zwangsarbeit in der „Fürsorgeerziehung“ auf Grund gerichtlicher Entscheidung, welche die „Fürsorgeerziehung“ anordnet, möglich sei ([Drucks. Nr. 370, 13.12.1948](#), Anm. 3 zu Art. 12 GG). Damals hatte man wohl die Unterbringung in Arbeitshäusern vor Augen. Derartige, aus heutiger Sicht kaum mehr vorstellbare Einrichtungen waren noch bis in die 1970er-Jahre hinein im Bundessozialhilfegesetz vorgesehen und wurden sogar durch das [BVerfG](#) – ohne Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 2, 3 GG – als verfassungskonform gebilligt.

Mit einem solchen Verständnis von „Fürsorgeerziehung“ haben die Arbeitsgelegenheiten im heutigen Grundsicherungsrecht nicht viel gemein. Insbesondere sind die Maßnahmen nicht darauf gerichtet, die geforderte Arbeit als solche zu erzwingen. Mit dieser Argumentation hatten bereits das [BVerfG](#) ([BVerwGE 11, 252.](#)) – und weite Teile des Schrifttums¹ – die sozialhilferechtliche Obliegenheit zu gemeinnütziger Arbeit im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 und 3 GG für unbedenklich erachtet. Dem wird mitunter entgegengehalten, dass der Entzug existenzsichernder Leistungen einen mittelbaren Arbeitszwang begründet.² Hieran ist richtig, dass Leistungskürzungen im Bereich des Existenzminimums eine intensive Belastung darstellen und zugleich Druck auf die Betroffenen ausüben, die geforderte Mitwirkungshandlung zu erbringen.

¹Dreier/Wollenschläger, Art. 12 GG, Rn. 232; Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 GG, Rn. 489.

²Jarass/Pieroth, Art. 12 GG, Rn. 115; v. Mangoldt/Klein/Starck/Manssen, Art. 12 GG, Rn. 304.

3. Eine verfassungskonform ausgestaltete „Arbeitspflicht“ erfordert Zugang zum Arbeitsmarkt

Dahinter steht die Frage: Inwieweit darf die Solidargemeinschaft die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz von Selbsthilfeanstrengungen des Individuums abhängig machen? Hierauf hat das BVerfG in seiner [Entscheidung zu den Sanktionen im SGB II](#) bereits eine Antwort gegeben. Dabei ist es gar nicht erst – wie vom vorliegenden Sozialgericht aufgeworfen – auf Art. 12 Abs. 2, 3 GG eingegangen, sondern hat seine Ausführungen allein am Maßstab des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG entwickelt. Demnach ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, von Hilfesuchenden zu verlangen, an der Überwindung ihrer Hilfebedürftigkeit selbst aktiv mitzuwirken oder die Bedürftigkeit gar nicht erst eintreten zu lassen ([Rn. 126](#)). Unzulässig sind demgegenüber Mitwirkungsanforderungen, die auf eine staatliche Bevormundung oder Versuche der „Besserung“ gerichtet sind ([Rn. 127](#)).

Auch im Rahmen des Asylbewerberleistungsrechts kann von Hilfesuchenden verlangt werden, ihre Integration in Gesellschaft und Arbeitsmarkt voranzubringen und hierdurch ihre Hilfebedürftigkeit zu überwinden. Dies setzt voraus, dass Betroffene arbeiten dürfen und die Perspektive haben, sich durch die Arbeitsgelegenheit für eine reguläre Beschäftigung zu qualifizieren. Diesbezüglich haben [Isabel Kienzle und Anusheh Farahat](#) herausgearbeitet, welchen rechtlichen Hürden Asylsuchende beim Arbeitsmarktzugang (weiterhin) unterliegen. Eine „Arbeitspflicht“ ohne Zugang zum regulären Arbeitsmarkt ist nicht nur paradox, sondern auch verfassungsrechtlich bedenklich. Sie gleicht einer bloßen „Beschäftigungstherapie“ mit erzieherischem Charakter. Solche erzieherischen Versuche einer „Besserung“ der Hilfesuchenden vermögen allerdings – [wie das BVerfG ausgeführt hat](#) – eine Beschränkung des von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gewährleisteten Existenzminimums nicht zu rechtfertigen.

Anders gewendet: Eine leistungsrechtliche Obliegenheit zur Arbeitsaufnahme ist verfassungskonform, soweit die Betroffenen die Chance haben, auf dem regulären Arbeitsmarkt Fuß zu fassen und hierdurch ihre Hilfebedürftigkeit zu überwinden. Die geforderte Mitwirkung ist allerdings in verhältnismäßiger Weise durchzusetzen.

Diesbezüglich wirft die in § 1a AsylbLG als Rechtsfolge vorgesehene Leistungskürzung weitere verfassungsrechtliche Probleme auf (mehr dazu [hier](#)).

4. Das Unionsrecht erlaubt es gegenwärtig nicht, eine „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende mittels Kürzung der Existenzsicherung durchzusetzen

Weiterhin sind die Vorgaben der Aufnahmerichtlinie (RL 2013/33/EU) zu beachten, soweit eine Kürzung existenzsichernder Leistungen für Personen in Rede steht, die internationalen Schutz beantragt haben. Art. 20 der Richtlinie bestimmt abschließend, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten die im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen einschränken oder entziehen dürfen. Verstöße gegen „Arbeitspflichten“ sind hier schlichtweg nicht aufgeführt. Allenfalls bei Arbeitsgelegenheiten innerhalb der Unterkunft kommt Art. 20 Abs. 4 RL 2013/33/EU („Sanktionen für grobe Verstöße gegen die Vorschriften der Unterbringungscentren“) als Rechtsgrundlage für Leistungskürzungen in Betracht. Zwar beabsichtigen [Reformvorschläge auf europäischer Ebene](#) den Katalog der Sanktionstatbestände um den Fall fehlender Integrationsbemühungen zu ergänzen. Dies hilft nicht darüber hinweg, dass eine „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende nach dem derzeit geltenden Sekundärrecht nicht mit der Kürzung existenzsichernder Leistungen durchgesetzt werden kann.

Resümee einer verfehlten Debatte

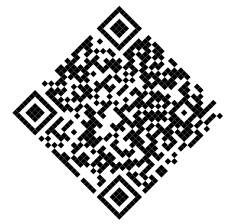
Damit liegt die aktuelle Debatte zur „Arbeitspflicht“ für Asylsuchende in mehrfacher Hinsicht neben der Sache. Bereits nach geltendem Recht besteht die Möglichkeit, Asylsuchenden gemeinnützige Arbeit nach § 5 AsylbLG zuzuweisen. In der Praxis bestehende Umsetzungsschwierigkeiten, geeignete Arbeitsgelegenheiten zur Verfügung zu stellen, lassen sich nicht auf legislatorischer Ebene kompensieren. Zugleich begrenzen verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben den Handlungsspielraum des Gesetzgebers. Insbesondere setzt eine „Arbeitspflicht“, die mittels Kürzungen der Existenzsicherung durchgesetzt werden soll, den Zugang der Betroffenen zum Arbeitsmarkt voraus. Eine „Arbeitspflicht“ für diejenigen zu fordern, die nicht arbeiten dürfen – derartige Widersprüchlichkeiten sind geradezu sinnbildlich für die aktuelle migrationspolitische Diskussion.

Jonas Wieschollek

Responsives Aufenthaltsrecht

Individuelle Integrationsvereinbarungen gegen das aufenthaltsrechtliche „Vollzugsdefizit“

doi: 10.17176/20231102-223750-0



In der politischen Debatte um Migration in Deutschland ([hier](#) und [hier](#)) und Europa ([hier](#)) zirkulieren derzeit kontroverse, wahlweise [repressive oder progressive Lösungsvorschläge](#). Neben den altbekannten, rechtlich nur schwer umsetzbaren Rufen nach einer „[Obergrenze](#)“ für Migration und [Leistungskürzungen für Asylbewerber](#) finden sich vereinzelt auch Vorschläge für Gesetzeslockerungen, wie der jüngste Vorstoß für eine [schnelle Erteilung von Arbeitserlaubnissen](#). Vor dem Hintergrund dieser Debatte unterbreite ich in diesem Beitrag den rechtspolitischen Vorschlag, dem „Vollzugsdefizit“ im asylrechtlichen Bereich mittels *individueller Integrationsvereinbarungen* in Gestalt öffentlich-rechtlicher Verträge entgegenzuwirken und damit das Aufenthaltsrecht am Beispiel anderer Rechtsgebiete mit Vollzugsschwierigkeiten zu schulen. Der Vorschlag adressiert das viel diskutierte „Vollzugsdefizit“, gemeinhin präsentiert als das Aufeinandertreffen einer hohen Zahl ausreisepflichtiger Ausländer mit einer geringen Zahl durchgeführter Abschiebungen,¹ auf zwei Wegen: Individuelle Integrationsvereinbarungen zwischen Behörden und Asylbewerbern² eröffnen einerseits einen transparenten Weg zur Regularisierung des Aufenthaltsstatus bei nachgewiesenen Integrationsleistungen. Andererseits erleichtern individuelle Integrationsvereinbarungen Rückführungen, da sie aufenthalts- und asylrechtliche Mitwirkungspflichten (etwa bei Passbeschaffung und Identitätsklärung) auf kooperativem Wege durchsetzen.

Strukturelle Durchsetzungsprobleme und responsives Recht

Die Responsivität des Rechtssystems gegenüber strukturellen Durchsetzungsproblemen gilt gemeinhin als Zeichen von Komplexität und Lernfähigkeit.³ Dementsprechend kennt das Recht neben den hergebrachten staatszentrierten, einseitig-hoheitlichen Handlungsformen Instrumente wie den öffentlich-rechtlichen Vertrag, die über die verstärkte Beteiligung der Betroffenen Legitimation erzeugen und somit im Ergebnis die Rechtsdurchsetzung stärken. Das fortgesetzte Lamento über das „Vollzugsdefizit“ lässt vermuten, dass die Durchsetzung des Aufenthalts- und Asylrechts mit dem gegenwärtigen Schwerpunkt auf einseitig-hoheitlichen Maßnahmen an die Grenzen der rechtlichen Steuerungsfähigkeit stößt. Tatsächlich stellt die unter hoheitlichem Zwang durchgeführte Abschiebung eine komplizierte und kostspielige Art des Vollzuges dar, die sich mit logistischen, diplomatischen und menschenrechtlichen Herausforderungen konfrontiert sieht.⁴ Hier stellt sich die Frage, warum das Aufenthaltsrecht nicht vermehrt auf Mittel der kooperativen Durchsetzung seiner Regelungsanliegen wie den öffentlich-rechtlichen Vertrag zurückgreift, zumal die Herstellung rechtskonformer Zustände nicht allein und nicht am besten mit polizeilichen Zwangsmaßnahmen erreicht werden kann.

Individuelle Integrationsvereinbarungen als Baustein kooperativen Aufenthaltsrechts

Auf derartige Reaktionen eines lernfähigen Rechtssystems warten wir für den aufenthaltsrechtlichen Bereich

¹Die Rede vom „Vollzugsdefizit“ erscheint häufig politisch motiviert (etwa [hier](#)), findet aber gleichwohl ein beachtliches mediales Echo ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Zur Kritik am fragwürdigen Umgang mit den statistischen Daten vgl. die Stellungnahme von ProAsyl. Zu den Zahlen für 2022 [hier](#).

²Alle Gender inkludiert, [hier](#) und im Folgenden.

³Klassisch Luhmann, Niklas 1983. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt a.M.

⁴Folgerichtig ordnen manche aufenthaltsrechtliche Regelungen daher die Priorität der freiwilligen Ausreise an (vgl. § 59 Abs. 1 AufenthaltsgG).

bislang indes vergebens. Die politisch diskutierten Maßnahmen (etwa der jüngste [Regierungsentwurf](#)) sprechen die Sprache des einseitig befehlenden Hoheitsstaates und enthalten keine rechtlichen Instrumente zur verstärkten Beteiligung der betroffenen Migranten.⁵ Dabei bietet das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages die nötigen Rahmenbedingungen für individuelle Integrationsvereinbarungen, mit denen ein kooperativer Ausgleich zwischen den staatlichen Interessen der Aufenthaltsregulierung und den individuellen Interessen der Betroffenen erzielt werden kann. Zunächst gehe ich auf den *de lege lata* Spielraum für individuelle Integrationsvereinbarungen ein. Danach skizziere ich *de lege ferenda*, wie das deutsche Aufenthaltsrecht um das Instrument der individuellen Integrationsvereinbarung als spezifisch migrationsrechtlicher Handlungsform ergänzt werden könnte. Konstruktive rechtspolitische Vorschläge erscheinen dringend geboten, denn 44 % der Wahlbevölkerung haben Migrationsfragen jüngst zum [wichtigsten politischen Thema](#) erklärt.

Individuelle Integrationsvereinbarungen als öffentlich-rechtliche Verträge *de lege lata*

§ 54 VwVfG erlaubt Behörden auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mittels öffentlich-rechtlicher Verträge zu agieren, sofern keine Spezialregelungen entgegenstehen. Auch die Ersetzung eines Verwaltungsaktes durch einen „subordinationsrechtlichen“ Vertrag ist möglich (§54 S. 2 VwVfG). Abweichende Regelungen finden sich weder im Aufenthaltsgesetz noch im Asylgesetz, sodass der Rückgriff auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag in diesem Bereich rechtlich zulässig ist.⁶ Die höchstpersönlichen Fragen des individuellen Aufenthaltsstatus mit den häufig folgenden Rechtsdurchsetzungsproblemen geben einen Anwendungsfall *par excellence* ab, bei dem die Vorteile der Vertragsform zum Tragen kommen: Ausländer und Behörde handeln eine passgenaue, einzelfallbezogene Lösung aus, der Übergang zu kooperativem Verwaltungshandeln erhöht die Akzeptanz für migrationsrechtliche Entscheidungen, die Transparenz des Aushandlungsprozesses stärkt Rechtssicherheit und Planbarkeit für Behörden und Betroffene und die komplizierten Vollzugs-

probleme werden frühzeitig vermieden. Konkret könnten hierbei staatliche Interessen in den Bereichen Spracherwerb, Lebensunterhaltssicherung, Straffreiheit, Identitätsklärung und Passbeschaffung als Leistungspflichten des Ausländers mit der bedingten Zusicherung einer Aufenthaltserlaubnis als behördlicher Leistung verknüpft werden, was die nach § 56 Abs. 1 VwVfG erforderliche Angemessenheit des vertraglichen Austauschverhältnisses sichert. Bei erfolgreicher Erbringung der ausgehandelten Integrationsleistungen führt die Pflicht zur Erteilung eines Aufenthaltstitel die „rechtliche Unmöglichkeit“ der Ausreise herbei, was der Behörde die Erfüllung ihrer Vertragspflichten in rechtlicher Hinsicht ermöglicht (etwa nach § 25 Abs. 5 S. 1 Aufenthaltsg). Die Regularisierung des Aufenthaltes bei nachgewiesenen Integrationsleistungen bedient sowohl staatliche als auch individuelle Interessen und trägt zu einer Abmilderung des aufenthaltsrechtlichen „Vollzugsproblems“ bei, denn jede (sachlich gerechtfertigte) Aufenthaltsregulierung reduziert die Zahl der ausreisepflichtigen Personen. Beim Ausbleiben der vertraglich versprochenen Integrationsleistungen entfällt die behördliche Pflicht zur Aufenthaltserteilung, sodass die Vertragserfüllung im ureigenen Interesse des ausländischen Vertragspartners liegt. Auch hierbei wird dem aufenthaltsrechtlichen „Vollzugsproblem“ durch den Abschluss individueller Integrationsvereinbarungen entgegengewirkt, da die staatlichen Ressourcen auf diese Fälle konzentriert und bei der Rückführung auf etwaige Teilleistungen bei Identitätsklärung und Passbeschaffung zurückgegriffen werden kann. Öffentlich-rechtlichen Verträgen im aufenthaltsrechtlichen Bereich wohnt damit das kostbare Potential inne, staatliche und individuelle Interessen weitreichend zu harmonisieren und das „Vollzugsproblem“ nachhaltig zu adressieren, egal, ob es zu einer erfolgreichen Vertragserfüllung kommt oder nicht.

Der Abschluss von individuellen Integrationsvereinbarungen ist, wie gezeigt, nach jetziger Rechtslage zulässig (und migrationspolitisch angezeigt), was für kompetente Migrationsbehörden und willige Landesregierungen schon jetzt erheblichen Spielraum eröffnet. Dennoch möchte ich die offensichtlichen Schwierigkeiten

⁵Überblick über die Gesetzesänderungen 2015–2020 in Pichl, Maximilian 2021. Rechtskämpfe gegen die Asylrechtsverschärfungen: Die juristischen Auseinandersetzungen um die deutschen Asyl- und Migrationspakete zwischen 2015 und 2020. In: Buckel, Sonja u. a. (Hg.). Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015, 125–156.

⁶Die Ausnahme, die für die Verleihung des deutschen Staatsangehörigkeit angenommen wird (vgl. etwa BeckOK VwVfG/Kämmerer, 60. Ed. 1.4.2023, VwVfG § 54 Rn. 67), bestätigt im Umkehrschluss diese Einschätzung.

meines rechtspolitischen Vorschlags nicht verschweigen: Zur traurigen Realität der Migrationsverwaltung in Deutschland gehört, dass die überwiegende Zahl der Ausländer- und Migrationsbehörden mit ihren knappen Ressourcen sowie der oft mehr auf Migrationsverhinderung als Migrationsregulierung abzielenden Arbeitsweise denkbar schlecht auf die kooperative Aushandlung von einzelfallgerechten Integrationsvereinbarungen mit Ausländern vorbereitet sind. Dazu kommen die Fallstricke des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts: Bei dem Machtgefälle zwischen Staat und Individuum droht die Vertragsverhandlung zu einer schlecht verhüllten staatlichen Vorgabe der Vertragsbedingungen zu verkümmern, die den Erfüllungsversuch der womöglich unrealistischen Integrationsleistungen aussichtslos erscheinen lässt. Darüber hinaus führen die zahlreichen in Asyl- und Aufenthaltsgesetz verstreuten Verbotsvorschriften (etwa in Sachen Beschäftigung, Wohn- und Aufenthaltsort, aufenthaltsrechtlicher Spurwechsel usw.) zu der Gefahr, dass in guter Absicht abgeschlossene Integrationsvereinbarungen letztlich am Zusammenspiel dieser Verbotsnormen mit den weitreichenden Nichtigkeitsgründen für öffentlich-rechtliche Verträge (§ 59 Abs. 2 VwVfG) scheitern. Diese erwartbaren praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten sprechen aus rechtspolitischer Sicht dafür, den Abschluss individueller Integrationsvereinbarungen auf eine eigene Ermächtigungsgrundlage im Aufenthaltsgesetz zu stützen und durch eine entsprechende Ausstattung der Behörden zu begleiten.

„Verwaltung mit Menschen“ statt „Verwaltung von Menschen“: Individuelle Integrationsvereinbarungen als migrationsrechtliche Handlungsform *de lege ferenda*

Um das Potential öffentlich-rechtlicher Verträge systematisch zu nutzen, bedarf es einer Ergänzung des Aufenthaltsgesetzes um eine Spezialregelung, die die Behörden zum Abschluss individueller Integrationsvereinbarungen ermächtigt. Zugleich könnten gesetzgeberische Leitplanken für die beiderseitigen Leistungen (wie Spracherwerb, Arbeitstätigkeit und -erlaubnis, Lebensunterhaltssicherung, Ausbildung, Straffreiheit, Passbeschaffung, Identitätsklärung und Aufenthaltserteilung) vorgegeben werden. Eine derartige Ermächtigungsnorm würde die be-

schriebenen rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit aufenthalts- und asylrechtlichen Verbotsvorschriften beheben. Die Neuregelung sollte eine behördliche Verpflichtung vorsehen, den frühzeitigen Abschluss individueller Integrationsvereinbarungen mit allen Asylbewerbern anzustreben. So ließe sich gewährleisten, dass der Paradigmenwechsel von der hoheitlichen „Verwaltung von“ Asylbewerbern zur kooperativen „Verwaltung mit“ den Betroffenen von allen zuständigen Behörden mitvollzogen wird.

Dass die Ampelkoalition über den politischen Willen für aufenthaltsrechtliche Innovationen verfügt, hat sie mit der Einführung des **Chancen-Aufenthalts** bewiesen (§ 104c AufenthaltsgG). Der persönliche Anwendungsbereich der Regelung ist jedoch dahingehend eingeschränkt, dass für die Erteilung eines Chancen-Aufenthaltsrechts eine Duldung zwingend erforderlich ist, sodass die Möglichkeit zur Regulierung des Aufenthaltsstatus einer bestimmten Gruppe von Ausländern vorbehalten bleibt. Für Asylbewerber mit einem laufenden Asylverfahren, die regelmäßig über eine Aufenthaltsgestattung verfügen (§ 55 Abs. 1 S. 1 AsylG), bedeutet dies konkret, dass der Weg zur Regularisierung über das Chancen-Aufenthaltsrechts versperrt ist, ganz gleich, ob sie die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Integration womöglich längst erfüllen. Stattdessen wird diese Personengruppe derzeit auf die weitere Durchführung des langjährigen Asylverfahrens verwiesen, das für Behörden, Gerichte und Betroffene gleichermaßen eine erhebliche Belastung darstellt. Daher sollte die Ermächtigungsnorm zum Abschluss von Integrationsvereinbarungen ohne Einschränkungen des persönlichen Anwendungsbereiches ausgestaltet werden und allein auf die glaubhafte und realistische Absicht des betroffenen Ausländers abstellen, die individuell vereinbarten Integrationsleistungen zu erbringen. In diesem Fall würde die mit dem Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages verbundene Entlastung nicht allein den für Abschiebungen zuständigen Vollzugsbehörden zu Gute kommen: Vielmehr ließen sich Asylverfahren von Ausländern, die mit der zuständigen Behörde den Abschluss einer individuellen Integrationsvereinbarung erreicht haben, zurückstellen und für den Fall der erfolgreichen Leistungserbringung und anschließenden Aufenthaltserteilung mit der Rücknahme des Asylantrags verbinden.⁷ Zur Realität der deutschen Migrationspoli-

⁷Selbstverständlich dürfte die Rücknahme des Asylantrags nur zeitgleich mit der Erteilung des Aufenthaltstitels erfolgen, so dass das völkerrechtlich und EU-rechtlich garantierte Asylrecht nicht leerläuft.

tik gehört nämlich auch, dass zahlreiche Asylbewerber – unabhängig von den Aussichten ihres Schutzgesuches – als Arbeitskräfte dringend benötigt werden. Individuelle Integrationsvereinbarungen würden hier erstmalig die Bedeutung dieser Personengruppe für Arbeitsmarkt und Wirtschaft anerkennen und in rechtlich passende Bahnen lenken, ohne Behörden und Betroffenen zwingend den Belastungen und Beschränkungen des langjährigen Asylverfahrens zu unterwerfen.

Was das Migrationsrecht von anderen Rechtsgebieten lernen kann

Nicht zuletzt ergänzen individuelle Integrationsvereinbarungen das Aufenthaltsrecht um jene Responsivität, die dieser Materie im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten mit strukturellen Durchsetzungsschwierigkeiten abgeht. So finden sich im Bau- und Naturschutzrecht Normen, die die fehlende Akzeptanz der Bürger für einseitig-hoheitliche Maßnahmen (und deren aus dem Eigentumsrecht folgende Widerspruchs- und Klagemöglichkeiten) antizipieren und die Behörden daher vorrangig zum Abschluss konsensualer Verträge anhalten (etwa § 171c BauGB für städtische Umbaumaßnahmen und § 3 Abs. 3 BNatSchG für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege). Auch im Sozialrecht, wo das Verwaltungshandeln oftmals höchstpersönliche Lebensentscheidungen der Betroffenen berührt, spiegelt sich der Vorrang des kooperativen Zusammenwirkens von Behörde und Individuum im Gesetz wider (vgl. etwa § 15 SGB II und § 12 Abs. 2 SGB XII im Bereich der Existenzsicherung oder der Teilhabeplan nach § 19 SGB IX).⁸ Wenn das an strukturellen Durchsetzungsproblemen geschulte Bau- und Sozialrecht auf die Berührung eigentumsrechtlicher bzw. höchstpersönlicher Interessen mit dem Übergang zu kooperativen Handlungsformen reagiert, sollte dann nicht auch im Aufenthaltsrecht mit seiner menschen-, grund-, und völkerrechtlichen Unterfütterung der kooperativen Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Vorzug gebühren? Die effektive Verfolgung migrationspolitischer Ziele, die gesteigerte Akzeptanz der konsensual und transparent erreichten Entscheidungen sowie die Entlastung der mit dem aufenthaltsrechtlichen „Vollzugsdefizit“ ringenden Behörden und Gerichte lässt

die Einführung individueller Integrationsvereinbarungen naheliegend und rechtspolitisch dringend geboten erscheinen. Die zu erwartenden positiven Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Integrationsbemühungen der Betroffenen dürften dem Konzept auch die Zustimmung derjenigen Bevölkerungsteile sichern, deren **Bedenken** sich weniger an der Zuwanderung selbst als an der ungenügenden staatlichen Begleitung der komplexen Integrationsvorgänge entzündeten.

Kooperatives Aufenthaltsrecht statt symbolischer „Rückführungsoffensiven“

Im größeren Zusammenhang betrachtet bietet die gesetzliche, möglicherweise zunächst auf bestimmte Behörden oder Bundesländer beschränkte Einführung individueller Integrationsvereinbarungen die Chance, Deutschlands festgefahrene Migrationsdebatte (vgl. [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) in zweierlei Hinsicht in neues Fahrwasser zu lenken: *Erstens* reduziert die frühzeitige Formulierung der öffentlichen Interessen und Integrationserwartungen (samt der späteren, rechtlich verbindlichen „Belohnung“ bei deren Erfüllung) die Selbstwidersprüchlichkeit der gegenwärtigen Migrationsregulierung, die die meisten Migranten in langwierige und kostspielige Asylverfahren mit entsprechenden Arbeitsverboten (vgl. § 61 AsylG und § 60a AufenthaltsgG) leitet – nur um einem erheblichen Teil der abgelehnten Asylbewerber anschließend aufgrund von wirtschaftlichen Erwägungen doch eine Aufenthaltssicherung zu ermöglichen (vgl. etwa §§ 60c und 104c AufenthaltsgG). Betriebe und Unternehmen würden beim Abschluss individueller Integrationsvereinbarungen von der verbesserten Planbarkeit profitieren. Gleiches gilt für die betroffenen Asylbewerber, für die das jahrelange Warten und die quälende Unsicherheit während des Asylverfahrens abgemildert würde. *Zweitens* bringt dieser rechtspolitische Vorschlag die Debatte von symbolischen, allzu oft auf wissenschaftlich überholten Theorien (Stichwort **Pull-Faktor**) beruhenden Schlagwörtern wie „**Rückführungsverbesserungsgesetz**“ und „**Obergrenzen**“ zurück zu den für die Erfahrung der Bevölkerung entscheidenden Fragen: Welche Bedingungen müssen erfüllt (und gefördert) werden, damit das einträchtige Zusammenleben von Alt- und Neubürgern

⁸Dass diese Vereinbarungen und – nach der Neuregelung des Bürgergeldes – auch der Kooperationsplan nach § 15 Abs. 2 SGB II überwiegend nicht als bindende Verträge eingestuft werden, geht auf die gesetzgeberische Zielsetzung zurück, das kooperative Element sogar zulasten rechtlicher Verbindlichkeit zu stärken und unterstreicht damit gerade die partielle Abkehr vom einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln im Sozialrecht.

auf finanzieller, wirtschaftlicher, sprachlicher und gesellschaftlicher Ebene gelingen kann? Die Stärkung kooperativer Handlungsformen im Aufenthaltsrecht gibt berechtigten Anlass zu der Hoffnung, dass das Gespenst des aufenthaltsrechtlichen „Vollzugsdefizits“ angesichts individuell ausgehandelter Integrationsvereinbarungen

schnell an Schrecken verliert.

*Ich danke Johannes Thierer, Lydia Leibbrandt und dem*der anonymen Reviewer*in für hilfreiche Anmerkungen.*

Aden Sorge

Halbwegs raus aus dem Hinterzimmer

Der Bundestag stellt die Weichen für ein Gesetz zur Regelung der Finanzierung parteinaher Stiftungen

doi: 10.17176/20231013-233730-0



Wenn der Deutsche Bundestag heute in erster Lesung über den Entwurf für ein Stiftungsfinanzierungsgesetz ([BT-Drs. 20/8726](#)) berät, setzt der Gesetzgeber zum Schlusspunkt in einem eigenverschuldeten Wettlauf gegen die Zeit an. Hinter der Ziellinie wartet gewiss (mindestens) eine Klage vor dem Bundesverfassungsgericht, dessen verfassungsrechtliche Kontrolle der Gesetzestext nicht bestehen dürfte.

Zur Erinnerung: Das Bundesverfassungsgericht hat der bisherigen Finanzierungspraxis, beruhend auf informellen und weitgehend undurchschaubaren Vereinbarungen, die noch in [Bonner Hinterzimmern](#) ausgekugelt wurden, mit Urteil vom 23. Februar 2023 (2 BvE 3/19) endgültig ein Ende gesetzt (dazu bereits [hier](#) und [hier](#)). So weit, so vorhersehbar. Keinem Beobachter des politischen Prozesses ([exklusive Mitglieder des SPD-Fraktionsvorstandes](#)) konnte der seit Jahrzehnten bestehende rechtswissenschaftliche Konsens entgangen sein, dass parteiwettbewerbsrelevante finanzielle Mittelbewilligungen in dieser Höhe mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz eine transparente, öffentlichkeitswirksame Debatte und eine Grundlage in Form eines materiellen Gesetzes bedürfen.

Die Kunst, wohldurchdachten Ratschlägen zu widerstehen

Umso mehr überrascht die Planlosigkeit, mit der die politischen Akteure die vergangenen Monate haben verstreichen lassen. Ein umsichtiger Gesetzentwurf fehlt, trotz straffen Zeitplans. Bis zum Haushaltsgesetz 2024, das diesen Herbst zu verabschieden ist, muss das Stiftungsfinanzierungsgesetz vorliegen. Dabei hat das [Bundesverfassungsgericht](#) dem Gesetzgeber, trotz dessen weiten Gestaltungsspielraums (Rn. 245) gleich einige Haltelinien mit auf den Weg gegeben: Wenngleich eine Anknüpfung an die Wahlteilnahme und Wahlergebnisse verfassungsrechtlich zulässig (Rn. 240) und hinsichtlich der

Dauerhaftigkeit das Abstellen auf einen Zeitraum, der die Dauer einer (!) Legislaturperiode übersteigt, „nicht fernliegend“ sei (Rn. 244), ist angesichts der bisherigen Anknüpfungen an die wiederholte Vertretung im Deutschen Bundestag (und damit an die 5%-Hürde) darauf zu achten, „dass einer schlichten Übertragung bereits bestehender Sperrklauseln entgegenstehen könnte, dass diese dem Schutz von Verfassungsgütern dienen, denen im vorliegenden Zusammenhang nur eine nachrangige Bedeutung zukommt“ (Rn. 244). Andererseits sei fraglich, ob „allein auf die Ergebnisse von Bundestagswahlen abzustellen ist oder ob auch die Ergebnisse sonstiger Wahlen als Indikator für den Bestand einer relevanten politischen Grundströmung herangezogen werden können“ (Rn. 244).

Die beiden letztgenannten Hinweise des Bundesverfassungsgerichts fordern den (rechts-)wissenschaftlichen Diskurs geradezu heraus. Insbesondere, weil der inzwischen vorliegende Gesetzentwurf gleich alle drei vorgenannten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts unberücksichtigt lässt.

Der Gesetzentwurf sieht stattdessen vor, für die Relevanz einer politischen Grundströmung weiterhin allein die Ergebnisse der nahestehenden Partei bei der Bundestagswahl zu berücksichtigen. Als Indikator für die Dauerhaftigkeit der Grundströmung wird der mindestens dreimalige, aufeinanderfolgende Einzug der nahestehenden Partei in Fraktionsstärke in den Deutschen Bundestag herangezogen (§ 2 Abs. 2 S. 1). Verfassungsrechtlich fundierte Angriffspunkte gegen das Stiftungsfinanzierungsgesetz liegen damit auf dem Silbertablett.

Es lag auf der Hand, dass der Gesetzgeber den Kreis der zukünftigen Zuwendungsempfänger eher wird begrenzen denn erweitern wollen. Nicht nur angesichts des neuerlich betonten Prozeduralisierungsgebotes und abermals statuierten erhöhten Begründungserfordernisses bei [Entscheidungen in eigener Sache](#), müsste der Gesetzgeber den berechtigten Hinweisen des Bundesver-

fassungsgerichts schon im Gesetzgebungsverfahren eine eingehende und nachvollziehbare Begründung entgegenbringen. Der vorliegende Gesetzentwurf bleibt dies schuldig.

Die Spreu vom Weizen trennen

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und der Offenheit des Willensbildungsprozesses zwingt den Gesetzgeber, den Kreis der Zuwendungsempfänger zu erweitern. Das Bundesverfassungsgericht hat den wettbewerbsrelevanten Charakter der Stiftungsfinanzierung endgültig anerkannt: Die Stiftungen leisten wichtige Vorfeldarbeit, die die nahestehende Partei bei der Mitwirkung an der politischen Willensbildung finanziell wie ideell erheblich unterstützt und entlastet. Der Staat darf durch die Stiftungsfinanzierung nicht zugunsten etablierter Kräfte in den Parteienwettbewerb eingreifen und ihnen (staatlich vollalimentiert) das Werben für ihre Ziele und Werte im nebenpolitischen Raum ermöglichen, während weniger etablierte Parteien auf kein vergleichbares Engagement einer Stiftung zurückgreifen können (vgl. A. Sorge, [Parteiahe \(politische\) Stiftungen](#), in: Zeitschrift für Parteienwissenschaften (MIP) 2023, S. 151f.).

Naheliegender erscheint die wettbewerbsneutrale Bestimmung der Relevanz einer politischen Grundströmung anhand eines Mindestzweitstimmenanteils, den die nahestehende Partei bei Bundestagswahlen erreichen muss. Dieser müsste, um der Offenheit des Willensbildungsprozesses angemessen Rechnung zu tragen, unter der 5%-Hürde liegen. Dass allerdings eine Partei, die den Einzug in den Deutschen Bundestag wiederholt verfehlt, tatsächlich eine relevante Grundströmung repräsentiert, die über einen hinreichenden Rückhalt in der Bevölkerung verfügen soll, ist zumindest nicht unmittelbar ersichtlich.

Gerade die Möglichkeit, im Wettbewerb um politische Handlungs- und Gestaltungsmacht Mehrheiten hinter sich zu versammeln, Debatten für die breite Öffentlichkeit zu initiieren und schließlich selbst Regierungsverantwortung zu übernehmen, muss doch eine wirklich relevante Grundströmung in Abgrenzung zu anderen Grundströmungen auszeichnen. Einer Grundströmung, die daran scheitert, ihre eigene Wählerklientel hinreichend zu überzeugen und politisch nahezu keinerlei Einfluss nehmen kann, ist gerade in Zeiten einer zunehmend zersplitterten Parteienlandschaft eher schwerlich

eine ins Gewicht fallende Relevanz zu attestieren.

Um das verfassungsrechtliche Gebot der Offenheit des Willensbildungsprozesses dennoch zu gewährleisten, sollte ein weiterer Indikator für die Relevanz einer Grundströmung herangezogen werden. Die Stiftungsfinanzierung ist für Parteien zu öffnen, die in einer relevanten Anzahl von Landesparlamenten vertreten sind. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass solche Parteien nicht nur eine bedeutende Anzahl von Wählerstimmen auf sich vereinigen konnten, sondern mit Blick auf die besondere Bedeutung des Föderalismus für unser politisches System (z.B. über den Bundesrat) erhebliche Einflussmöglichkeiten haben und öffentlich wahrnehmbar politische Debatten anstoßen können. Das muss eine relevante Grundströmung auszeichnen.

Eine solche Regelung hätte wohl im Gegensatz zur Festlegung eines Mindestzweitstimmenanteils von 2%, 3% oder 3,5% tatsächlich eine Auswirkung auf den Kreis der Zuwendungsempfänger. Nur ein Beispiel: Verfehlt DIE LINKE. bei den nächsten beiden Bundestagswahlen den Einzug in den Deutschen Bundestag, wird die parteinahe Rosa-Luxemburg-Stiftung ihre Arbeit einstellen müssen. Sogar dann, wenn DIE LINKE. in einigen Landesparlamenten vertreten bleibt oder es gar weiterhin vermag, eine Landesregierung anzuführen. Unabhängig davon, wie die konkrete Arbeit der Stiftung zu bewerten ist, überzeugt es nicht, einer Grundströmung links von der Sozialdemokratie ihre Relevanz im politischen System schon deswegen abzusprechen, weil sie nicht mehr im Deutschen Bundestag vertreten ist. Wer das Schicksal der Stiftungen unmittelbar an den Verbleib der nahestehenden Partei im Deutschen Bundestag knüpft, verkennt den Charakter ihrer einflussreichen Bildungsarbeit. Sie richtet sich, unabhängig von ganz offenkundig bestehenden Verflechtungen zwischen Partei und Stiftung, nicht exklusiv an die Mitglieder oder Wählerschaft der Partei. Vielmehr spricht die Bildungsarbeit der Stiftungen, die Studien-, Promotions- und Wissenschaftsförderung ein breites Spektrum an, das sich oft, aber eben nicht ausschließlich durch die nahestehende Partei repräsentiert sieht.

Nachvollziehbar ist hingegen die Entscheidung, den Zeitpunkt des dreimaligen, aufeinanderfolgenden Einzugs in den Deutschen Bundestag (und wie hier vorgeschlagen in eine relevante Anzahl von Landesparlamenten) als Beginn für die Stiftungsfinanzierung festzulegen. Die acht- (bzw. zehnjährige) parlamentarische Repräsen-

tation ist als Nachweis für die Beständigkeit und nachhaltige Verwurzelung einer Grundströmung in der Gesellschaft keine unverhältnismäßig lange Zeitspanne.

Wer sich in die Nesseln setzt, muss mit Stichen rechnen

Herzstück des Gesetzentwurfs ist die Normierung materieller Zuwendungsbedingungen in § 2 Abs. 4. Die Stiftungen müssen in einer Gesamtschau die Gewähr bieten, für die freiheitlich demokratische Grundordnung (FDGO) sowie für den Gedanken der Völkerverständigung aktiv einzutreten (§ 2 Abs. 4 S. 1). Eine solche Entscheidung nach begründeter Prognose überzeugt, um Stiftungen, die verfassungsfeindlichem Gedankengut Vorschub leisten, frühzeitig von der Stiftungsfinanzierung auszuschließen, wenngleich wie [hier](#) schon zurecht kritisiert, die Verwendung des Begriffes FDGO ohne Definition oder Erläuterung in der Gesetzesbegründung erfolgt.

Der verfassungskonforme Ausschluss von der Stiftungsfinanzierung und der damit verbundene Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien setzt eine Regelung voraus, die zum Schutz eines gleichwertiges Verfassungsgutes, mithin dem Schutz der FDGO, geeignet und erforderlich ist. Eine solche Prognoseentscheidung ist hierfür nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich. Andere Mittel, bspw. eine einfache Selbsterklärung, mit der sich die Stiftungen zur jederzeitigen aktiven Förderung der FDGO verpflichten, sind nicht annähernd gleich effektiv. Zu einer solchen Selbstverpflichtung wird sich wohl jeder Zuwendungsempfänger mit Blick auf das erhebliche Fördervolumen durchringen können. Angesichts des Charakters der politischen Bildungsarbeit und der beachtlichen Höhe der finanziellen Zuwendungen sollte der Gesetzgeber deshalb nicht nur Mittel zurückfordern können, die nachweisbar der Vermittlung verfassungsfeindlicher Inhalte dienen. Vielmehr muss die Möglichkeit bestehen, dass solche Stiftungen erst gar nicht in den Genuss staatlicher Zuwendungen kommen, mit denen sie sich als Bildungswerk etablieren und verfassungsfeindliche Inhalte vermitteln können. Ein einflussreiches Bildungswerk, das im In- und Ausland allerhand verfassungsfeindliche Bestrebungen bündeln und eine Grundströmung konsolidieren könnte, die auf die Aufhebung der FDGO gerichtet ist, muss der Staat nicht dulden und erst recht nicht finanzieren.

Auf halbem Weg stehen geblieben: Transparenz- und Rechtsschutzlücken

Der Gesetzentwurf offenbart allerdings an vielen Stellen noch Schwächen und bedarf der Nachbesserung im weiteren Gesetzgebungsverfahren, um einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle standhalten zu können. So ist bisher vorgesehen, dass sich die Höhe der jährlich zur Verfügung stehenden Fördermittel weiterhin aus dem jeweiligen Haushaltsgesetz ergibt (§ 3 Abs. 1 S. 2). Davon ist dem Gesetzgeber aber ganz dringend abzuraten. Das Bundesverfassungsgericht hat die freie Festlegung des Finanzierungsvolumens durch den Haushaltsgesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen: „Eine auf das Binnenverhältnis von Parlament und Regierung begrenzte bloße Auflistung von Zuwendungsempfängern und -beträgen (!) im jeweiligen Haushaltsgesetz“ ist mit dem Vorbehalt des Gesetzes nicht vereinbar (Rn. 193). Vielmehr brauche es ein abstrakt-generelles Gesetz, an dem sich die jeweilige Haushaltsgesetzgebung zu orientieren hat (Rn. 193). Offenkundig soll an dem vielfach kritisierten, überaus intransparenten Verfahren der Mittelveranschlagung im Wege von „Stiftungsgesprächen“ und Hinterzimmervereinbarungen festgehalten werden, in dem die Höhe der Förderung ohne Begründung festgelegt und an dem Bedarf der Stiftungen ausgerichtet wird. Dies lädt fast zu einer willkürlichen Erhöhung des Fördervolumens ein, um mögliche Einbußen einzelner Stiftungen aufgrund eines Bedeutungsverlustes der nahestehenden Partei oder des Eintritts einer neuen Zuwendungsempfängerin auszugleichen (vgl. [hier](#) und [hier](#)).

Überdies birgt die Zuständigkeit des BMI für die Feststellung des Vorliegens materieller Förderbedingungen, also die Befugnis einer weisungsgebundenen Behörde, Entscheidungen über die Gewährung staatlicher Mittel zu treffen, die sich unmittelbar auf den Parteienwettbewerb auswirken, jedenfalls dann eine erhebliche Missbrauchsgefahr, wenn keine effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten vorgesehen sind, die der Bedeutung der Stiftungsfinanzierung für die Chancengleichheit der Parteien und der Offenheit des Willensbildungsprozesses (s.o.) Rechnung tragen. Schließlich manifestiert sich durch einen möglicherweise unbegründeten Ausschluss von der Stiftungsfinanzierung ein Wettbewerbsnachteil für die nahestehende Partei, der sich durch eine spätere Aufnahme in den Kreis der Zuwendungsempfänger nicht mehr ausgleichen lässt. Praktikabel wäre es, Klagen einer Stiftung ge-

gen die Verwaltungsentscheidung des BMI der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Erst- und Letztinstanz durch eine Erweiterung des Katalogs in § 50 Abs. 1 VwGO zuzuweisen, um einen dreinstanzlichen Rechtszug und damit eine langjährige Anhängigkeit der Verfahren zu verhindern (so auch [Möllers/Waldhoff](#), S. 19).

Schließlich bedürfen auch die vorgesehenen Transparenzregelungen (§ 6) einer Ergänzung. Die Pflicht öffentliche Jahresberichte vorzulegen (§ 6 Abs. 1 S. 1) und die Wirtschaftsführung von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überprüfen zu lassen (§ 6 Abs. 1 S. 2) ist, wie die Verpflichtung, Spenden über 10.000 Euro anzuzeigen (§ 6 Abs. 2 S. 1) zu begrüßen. Diese Transparenzvorschriften sollten allerdings mit dem Aufbau eines einheitlichen Stiftungsregisters verbunden werden. Nur so wird der breiten Öffentlichkeit ein möglichst einfacher Zugang u.a. zu den Jahresberichten und Spendenanzeigen ermöglicht. Zum Zwecke der Vergleichbarkeit der Stiftungstätigkeit sollten die Jahresberichte auch einem

einheitlichen Muster folgen. Derzeit trägt die individuelle Veröffentlichung der Jahresberichte eher zur Intransparenz bei.

Die Spitze des Eisbergs

Es bleibt zu hoffen, dass das weitere Gesetzgebungsverfahren zu einer wesentlichen Nachbesserung des Gesetzentwurfes führt, der noch an unzähligen weiteren Stellen überarbeitungsbedürftig ist. In Windeseile müssen zudem dann auch die Landesparlamente sechzehn Gesetzestexte nachschießen, um die Förderung der parteinahen Stiftungen aus dem Landeshaushalt weiterhin zu ermöglichen. Zu Beginn des Jahres hat beispielsweise das VG Magdeburg (3 A 70/22 MD) die Förderung der Bildungsarbeit parteinaher Stiftungen ausgesetzt, weil bislang die hierfür erforderliche Grundlage fehlt. Aber daran haben die handelnden Akteure bestimmt schon gedacht, oder?

Gertrude Lübbe-Wolff

Wehrhafte Demokratie

Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung

doi: 10.17176/20231013-233713-0



Die Rede von der „wehrhaften Demokratie“ bezog sich ursprünglich auf die militärische Wehrhaftigkeit nach außen. Das änderte sich mit Karl Loewensteins Überlegungen zur „*Militant Democracy*“ (1937)¹, in denen es um die notwendige Wehrhaftigkeit der Demokratie nach innen ging, gegen den Faschismus, der ihr den Krieg erklärt hatte. In dem seither vorherrschenden innengerichteten Sinn gilt das Prinzip der wehrhaften oder, weniger prägnant, der streitbaren Demokratie heute in Deutschland als Verfassungsprinzip.

Es soll, so das Bundesverfassungsgericht, „gewährleisten“, dass „Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören“ (s. [hier](#), Rn. 418). Als Ausdruck dieses Prinzips betrachtet das Gericht vor allem die grundgesetzlichen Vorschriften zum Verbot verfassungsfeindlicher Vereine (Art. 9 Abs. 2 GG) und Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG) und zur Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), aber auch noch eine Reihe weiterer Institutionen (näher [hier](#), Rn. 418; s. auch, zur Möglichkeit des Vereinsverbots als Ausdruck wehrhafter Demokratie, [hier](#), Rn. 101, zur Möglichkeit geheimdienstlichen Verfassungsschutzes [hier](#), Rn. 150, zur beamtenrechtlichen Treuepflicht [hier](#), Rn. 39). Zum Arsenal der wehrhaften Demokratie gehört auch die 2017 – nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, mit dem zum zweiten Mal ein Verbotsantrag gegen die NPD scheiterte – in das Grundgesetz aufgenommen Möglichkeit, zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine Partei von staatlicher Finanzierung auszuschließen (Art. 21 Abs. 3 GG).

Die Mär vom wehrlosen Weimar

Mit der Kennzeichnung der grundgesetzlichen Ordnung als „wehrhafte“ Demokratie verbindet sich die Vorstellung, der Weimarer Verfassung habe es an der Wehrhaf-

tigkeit gefehlt, die nötig gewesen wäre, um das nationalsozialistische Unrechtsregime zu verhindern. Auch das Bundesverfassungsgericht schien zunächst dieser Vorstellung anzuhängen. In seinem Extremistenbeschluss hieß es 1975, das Grundgesetz habe „die Bundesrepublik Deutschland aus der bitteren Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Demokratie als eine streitbare, wehrhafte Demokratie konstituiert“ ([hier](#), Rn. 96). Im NPD-Urteil von 2017 heißt es an einer Stelle, die „Etablierung des Parteiverbots in Art. 21 Abs. 2 GG“ sei Ausdruck des Bestrebens des Verfassungsgebers „strukturelle Voraussetzungen zu schaffen, um eine Wiederholung der Katastrophe des Nationalsozialismus und eine Entwicklung des Parteiwesens wie in der Endphase der Weimarer Republik zu verhindern“ ([hier](#), Rn. 514). Auch damit wird die Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes in einen Gegensatz zur Weimarer Verfassungslage gerückt. An etwas späterer Stelle qualifiziert das Gericht dann allerdings [Art. 21 Abs. 2 GG](#) als Reaktion auf den Aufstieg des Nationalsozialismus und „die (vermeintliche) Wehrlosigkeit der Weimarer Reichsverfassung gegenüber den Feinden der Demokratie“ (ebd., Rn. 583). Das trifft die Sache sehr viel besser.

Die nach Kriegsende aufgekommene Idee der Weimarer Verfassung als einer im Gegensatz zum Grundgesetz wehrlosen gehört zu den diversen Selbstentlastungslegenden, mit denen die Eliten der ersten Nachkriegsjahrzehnte sich selbst und die öffentliche Meinung davon zu überzeugen suchten, dass für das Vorausgegangene Andere und Anderes als sie selbst verantwortlich waren. Um solche Legenden handelte es sich auch, wenn der spätere erste Bundespräsident Theodor Heuss im Parlamentarischen Rat, und nach ihm zeitweilig die intellektuelle Mehrheitsmeinung, die Weimarer direkte Demokratie zum Wegbereiter der Diktatur erklärten, und wenn Gustav Radbruch und seine Nachbeter als Quelle des totalitären Übels den angeblich herrschenden Gesetzespositivismus identifizierten, der die Menschen unfähig zum

¹S. zu Theodor Heuss' vielfach aufgegriffenen Einlassungen über die direkte Demokratie Lübbe-Wolff, *Demophobie*, 2022, S. 29 ff. Zur Radbruch'schen „Positivismus-Legende“ treffend Horst Dreier, *hier*, S. 120 ff.

Widerstand gegen Unrecht in Gesetzesform gemacht habe.¹

Was das angeblich Neue der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes angeht, ist festzustellen: Von einer konstitutionellen Wehrlosigkeit der Weimarer Demokratie kann überhaupt keine Rede sein. Die Weimarer Republik verfügte über Polizei und Geheimdienste mit weitreichenden Befugnissen. Auch eine beamtenrechtliche Treuepflicht gab es schon unter der Weimarer Verfassung. Nur weil das so ist, konnte das Bundesverfassungsgericht die beamtenrechtliche Treuepflicht zu den von Art. 33 Abs. 5 GG verbindlich gemachten „hergebrachten“, d.h. mindestens schon unter dieser Verfassung in Geltung gewesenen Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG zählen (hier, Rn. 40 ff.). Beamte wegen verfassungsfeindlichen Verhaltens aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen, war auch zur Weimarer Zeit möglich.² Und Parteien mit verfassungswidrigen Zielsetzungen zu verbieten, war damals nicht etwa schwieriger, sondern sehr viel einfacher als unter dem Grundgesetz. Art. 21 Abs. 4 des Grundgesetzes monopolisiert zur Vermeidung von Missbräuchen die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit einer Partei beim Bundesverfassungsgericht und erschwert damit ein solches Verbot. Unter der Weimarer Verfassung konnten dagegen Parteien wie beliebige andere Vereine von den dafür zuständigen Ordnungsbehörden verboten werden. Tatsächlich war die NSDAP sowohl in verschiedenen Ländern als auch nach dem Hitler-Putsch von 1923 auf Reichsebene zeitweise verboten³. Aber eben nur zeitweise. Was fehlte, war nicht die rechtliche Handhabe, sondern der politische Wille, dieser Partei das Handwerk zu legen.

Die Potentialitätsrechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat nun ein Parteiverbot noch deutlich über das offenkundig im Text des Grundgesetzes Angelegte hinaus erschwert. Nach Art. 21 Abs. 2 GG sind Parteien verfassungswidrig, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger „darauf ausgehen“, die freiheitliche demokrati-

sche Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden. Ein solches „Daraufausgehen“ soll nach der [Entscheidung zum NPD-Verbot aus dem Jahr 2017](#) nur noch angenommen werden können, wenn „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht“ es möglich erscheinen lassen, dass die Partei in ihrem verfassungsfeindlichen Handeln „erfolgreich sein kann“ (Rn. 585). Eine Partei muss, um verboten werden zu können, über „hinreichende Wirkungsmöglichkeiten“ verfügen, die „ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheinen lassen“ (Rn. 586). Weil es an dieser sogenannten „Potentialität“ fehlte, scheiterte der Antrag, die NPD zu verbieten. Das Gericht bescheinigte der Partei verfassungsfeindliche Zielsetzungen und ein planmäßiges Hinarbeiten auf deren Verwirklichung, aber für deren Durchsetzbarkeit fehle es an hinreichenden Anhaltspunkten von Gewicht. Eine Durchsetzung „mit parlamentarischen oder außerparlamentarischen demokratischen Mitteln“ erscheine ausgeschlossen; speziell im parlamentarischen Bereich verfüge die Partei – die damals nur rund 5000 Mitglieder hatte, bei der zurückliegenden Bundestagswahl mit einem Stimmenanteil von 1,3% den Einzug ins Parlament verpasst hatte und auch auf Länder- und Kommunalebene nur geringfügige Erfolge verbuchen konnte – „weder über die Aussicht, bei Wahlen eigene Mehrheiten zu gewinnen, noch über die Option, sich durch die Beteiligung an Koalitionen eigene Gestaltungsspielräume zu verschaffen“ (Rn. 896 f.).

Dieser Schwenk in der Rechtsprechung, die früher derartige Anforderungen nicht enthielt – von seiner Interpretation der Worte „darauf ausgehen“ im KPD-Verbotsurteil von 1956 hat das Gericht sich ausdrücklich distanziert (Rn. 586) –, ist kaum verständlich ohne die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dieser hatte in dem Bestreben, dem exzessiven türkischen Parteiverbotswesen eine Grenze zu ziehen, etwas unvorsichtig formuliert, einem Staat könne nicht abverlangt werden, abzuwarten, bis eine verfassungsfeindliche Partei die Macht ergriffen und mit

²Näher zur Entwicklung der Weimarer Rechtslage und Rechtsprechung Schmahl, Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik, 1977, S. 52 ff. u. passim.

³Zu den zeitweiligen Verboten näher Schön, Grundlagen der Verbote politischer Parteien als politische Gestaltungsfaktoren in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik, Diss. Würzburg 1972, S. 26 ff., 50 ff.; Gusy, Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik, Baden-Baden 1993, S. 37 ff.; Stein, Parteiverbote in der Weimarer Republik, 1999, S. 80 ff. u. passim (auch zu Verboten auf anderer als vereinsrechtlicher Grundlage). Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung alle Parteien außer der NSDP durch Gesetz verboten.

der Umsetzung ihrer demokratie- und menschenrechtsfeindlichen Ziele begonnen hat, obwohl die Gefahr „hinreichend erwiesen und unmittelbar“ (*sufficiently established and imminent*) ist. Der Gerichtshof erkenne vielmehr an, dass ein Staat gegen die Umsetzung derartiger Ziele einschreiten dürfe, wenn nach eingehender Prüfung der nationalen Gerichte, die insoweit strenger europäischer Kontrolle unterlägen, das Vorliegen „einer solchen“ Gefahr festgestellt worden sei ([hier](#), Rn. 102). In Teilen der Literatur ist daraus geschlossen worden, dass der EGMR ein Parteiverbot nur bei konkreter Gefahr für eine die Menschenrechte achtende demokratische Ordnung zulasse (einige Nachweise [hier](#), Rn. 619).

Dem ist das Bundesverfassungsgericht mit Recht **nicht gefolgt** (Rn. 619). Tatsächlich verwendet der Straßburger Gerichtshof den Gefahrenbegriff nicht in der engen Bedeutung, der ihm im deutschen Sicherheitsrecht zukommt (s. z.B. für die gleichbedeutende Verwendung des *Risikobegriffs* [hier](#), Rn. 104, und [hier](#), Rn. 83). Er stellt nicht zusätzlich auf das Vorliegen einer konkreten Gefahr ab, sofern eine Partei Gewalt oder Aufrufe zu Gewalt als Mittel zur Verfolgung ihrer Ziele einsetzt (s. z.B. [hier](#), Rn. 79). Zudem hat er betont, dass die erforderliche Gesamtwürdigung auch eine Berücksichtigung der Verhältnisse und der historischen Hintergründe des Parteiverbotsverfahrens im jeweiligen Land einschließen müsse (u.a. [hier](#), Rn. 105).

Ob das Bundesverfassungsgericht der Meinung war, dem EGMR wenigstens mit einer etwas weniger anspruchsvollen Erfolgschancen der jeweiligen Partei betreffenden Verbotsvoraussetzung, eben dem Potentialitätskriterium, entgegenkommen zu müssen, geht aus der Entscheidung zum NPD-Verbotsverfahren nicht klar hervor. Erforderlich dürfte ein solches Entgegenkommen jedenfalls nicht gewesen sein. Dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich quergestellt und ausgerechnet dem deutschen Bundesverfassungsgericht einen Menschenrechtsverstoß bescheinigt hätte, wenn es die NPD für verfassungswidrig erklärt und damit verboten hätte, halte ich für vollkommen ausgeschlossen.

Zur Diskussion eines Verbots der AfD

Wie dem auch sei – inzwischen haben wir in Deutschland eine sich zunehmend radikalisierte Partei, die „Alternative für Deutschland“, die vom Verfassungsschutz als Verdachtsfall der Verfassungsfeindlichkeit geführt und deren thüringischer Landesverband vom thü-

ringischen Verfassungsschutz als gesichert rechtsextrem eingestuft wird. Bei den Bundestagswahlen vom September 2021 haben nicht 1,3 %, sondern 10,3 % der Wähler für diese Partei gestimmt, und jüngsten **Umfragen** zufolge würde sie, wenn am nächsten Sonntag Bundestagswahl wäre, um die 20 % erreichen. Bei kommenden Landtagswahlen wollen laut **Umfragen** in Sachsen-Anhalt 29%, in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen 32%, und in Sachsen 35% für sie stimmen. Bei der hessischen Landtagswahl am vergangenen Sonntag hat die AfD immerhin 18,4% der Stimmen erreicht.

Es gibt nun Rufe, diese Partei zu verbieten. Unterstellt einmal – was ich hier nicht beurteilen will –, dass die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts explizierten inhaltlichen Voraussetzungen für ein Verbot der AfD im Übrigen vorliegen: An der Potentialität – an gewichtigen Anhaltspunkten für die Möglichkeit, dass diese Partei ihre Ziele erreicht – fehlt es jedenfalls nicht. Hier wird nun aber allenthalben ein Problem, ein „Dilemma“ oder eine „Zwickmühle“ aufgrund des Potentialitätskriteriums diagnostiziert (s. statt vieler [hier](#)): Im Frühstadium könne man eine verfassungsfeindliche Partei aus rechtlichen Gründen, mangels „Potentialität“, nicht verbieten, und wenn die geforderten gewichtigen Anhaltspunkte für ein Erfolgspotential erst einmal vorlägen, dann sei es faktisch zu spät. Eine Partei zu verbieten, die ein Fünftel, regional sogar ein Drittel der Stimmbürger wählen will, wäre in der Tat ein politisches Abenteuer mit unvorhersehbarem Ausgang.

Der Dilemma-Diagnose liegt allerdings eine unnötig problemerzeugende Auslegung des vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Potentialitätskriteriums zugrunde. Anforderungen für ein Parteiverbot aufzustellen, die praktisch nicht oder jedenfalls nicht mit guter Erfolgsaussicht nutzbar sind, weil ein rechtskonformes Verbot politisch zu spät käme, ist offensichtlich nicht das, was das Bundesverfassungsgericht mit seiner Potentialitätsrechtsprechung beabsichtigt hat. Das Gericht hat denn auch ausdrücklich die Geltung der Maxime „Wehret den Anfängen“ bekräftigt ([hier](#), Rn. 584): **Art. 21 Abs. 2 GG** ziele darauf ab, nach dieser Maxime ein frühzeitiges Vorgehen gegen verfassungsfeindliche Parteien zu ermöglichen. Diese Passage taucht im Zusammenhang damit auf, dass das Gericht das Erfordernis einer konkreten Gefahr als Verbotsvoraussetzung zurückweist. In diesem Zusammenhang wird die Möglichkeit des Parteiverbots ausdrücklich auf die historische Erfahrung zurück-

geführt, „dass radikale Bestrebungen umso schwieriger zu bekämpfen sind, je mehr sie an Boden gewinnen.“ (Rn. 583). Diese Erkenntnis muss selbstverständlich auch die Auslegung und Anwendung des Potentialitätskriteriums bestimmen. Es wäre deshalb abwegig, anzunehmen, das Bundesverfassungsgericht verlange, mit einem Parteiverbot abzuwarten, bis eine kontraproduktive Wirkung befürchtet werden muss, oder bis die Erfolgchancen einer Partei so gut stehen wie derzeit die der AfD. Dass das Gericht im Fall der NPD bei der gebotenen Gesamtwürdigung kein für ein Verbot ausreichendes Potential gesehen hat, dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass angesichts einer für sich genommen vollkommen marginalen Bedeutung der Partei *auch eine besorgniserregende Entwicklungsrichtung* nicht ansatzweise festzustellen war. Dass parlamentarische Mehrheiten für die NPD „weder durch Wahlen noch im Wege der Koalitionsbildung erreichbar“ (Rn. 898) seien, hat das Gericht nicht einfach mit den schwachen Wahlergebnissen der Partei begründet, sondern damit, dass diese auf niedrigem Niveau *stagnierten* (Rn. 900), dass die NPD in den westlichen („alten“) Bundesländern bei niedrigen Stimmanteilen zuletzt auch noch weitere Verluste hinzunehmen hatte, in den östlichen („neuen“) Ländern, ausgehend von einem höheren Niveau, gleichfalls Rückgänge zu verzeichnen waren, es der Partei in den mehr als fünf Jahrzehnten ihres Bestehens nicht gelungen war, dauerhaft auch nur in einem einzigen Landesparlament vertreten zu sein, und auch auf der kommunalen Ebene ein positiver Trend zugunsten der Antragsgegnerin insgesamt nicht festgestellt werden könne (Rn. 900 ff.).

Man kann also auch unter der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus sehr frühzeitig einschreiten. Für den Umgang mit der AfD, die über das Stadium der frühestmöglichen Intervention längst hinaus ist und in der auch erst seit einigen Jahren die gemäßigeren Kräfte derart auf dem Rückzug und die radikalen derart auf dem Vormarsch sind, dass sich die Frage der Verbotbarkeit ernsthaft stellen lässt, hilft das freilich nicht weiter. Was also tun?

Teilverbandsbezogene Verbote?

Jüngst hat man den Gedanken ins Spiel gebracht, bis auf Weiteres nicht die Gesamtpartei, sondern einzelne Landesverbände zu verbieten, in denen der Rechtsextremismus, wie zum Beispiel in Thüringen in der Person des Vorsitzenden Björn Höcke, besonders deutlich zutage tritt.⁴

Die Möglichkeit solcher teilverbandsbezogenen Verbote sieht das Bundesverfassungsgerichtsgesetz ausdrücklich vor: Die verfassungsgerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei kann nach § 46 Abs. 2 BVerfGG auf einen rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei beschränkt werden. Mit dem Hinweis auf diese einfachgesetzliche Regelung ist zwar die Frage noch nicht beantwortet, ob das *Grundgesetz* solche Teilverbote zulässt. Auch diese Frage ist aber zu bejahen. Das in Art. 21 Abs. 2 GG verwendete Wort „Partei“ hat keinen bedeutungsimmanenten Bundesbezug. Es unterliegt daher auch keinem Zweifel, dass die grundgesetzliche Regelung zum Parteiverbot auch auf Parteien anwendbar ist, die überhaupt nur in einem Bundesland organisiert sind (s. dementsprechend § 43 Abs. 2 BVerfGG). Wenn ein Landesverband aber als isoliert existierender verboten werden könnte, ist kein Grund ersichtlich, weshalb dasselbe nicht auch im Fall der Integration in einen bundesweiten Verband möglich sein sollte. Angesichts der Möglichkeit, dass zu einem gegebenen Zeitpunkt nur ein Teilverband die Verbotsvoraussetzungen erfüllt, widerspräche es im Gegenteil eklatant dem präventiven Sinn und Zweck des Art. 21 Abs. 2 GG, in einem solchen Fall jegliches Verbot auszuschließen.

Historischer Zweck des Art. 21 Abs. 2 GG war es zwar nicht, das Grundgesetz *in puncto* Parteiverbot wehrhafter zu machen als die Weimarer Verfassung, sondern im Gegenteil, die Wehrhaftigkeit der Verfassung in diesem Punkt weniger missbrauchs anfällig zu machen als sie es zur Weimarer Zeit war.⁵ Aber es spricht nichts dafür, dass die mit der Monopolisierung beim Bundesverfassungsgericht verbundene Erschwerung des Parteiverbots über das zur Missbrauchsvermeidung Erforderliche hinaus reichen sollte. Dass in Art. 21 GG eine Beschränkung der Parteiverbotsmöglichkeit auf die bundesweite Lösung angelegt ist, kann deshalb nicht angenommen werden, denn eine solche Beschränkung hätte keinerlei spezifisch miss-

⁴S. Gärditz, hier; Grunert, hier; Wielenga, hier.

⁵S.o. und, zur zugleich rechtsstaatlichkeitssichernden Funktion der Grundgesetzbestimmungen, die die grundgesetzliche Demokratie wehrhaft machen sollen, z.B. hier, Rn. 25.

brauchsvermeidenden Sinn.

In einer frühen Entscheidung ([hier](#), Rn. 12) ist auch das Bundesverfassungsgericht *en passant* davon ausgegangen, dass Art. 21 Abs. 2 GG auf eine Partei „als Ganzes oder auf rechtliche und organisatorische Teile der Partei“ angewendet werden könne. Fragen kann man sich allenfalls, ob aufgrund der jüngsten Rechtsprechung nun das Potentialitätskriterium im Wege steht. Antwort: Entschieden nein.

Zwar kann es einer Partei auch mit noch so großen Erfolgen in nur einem einzelnen Land schwerlich gelingen, die freiheitlich demokratische Ordnung des Grundgesetzes aus den Angeln zu heben. Selbst der Schaden, den der Landesverband einer Partei für diese Ordnung auf der Ebene des betreffenden Landes anrichten könnte, etwa was die Offenheit des demokratischen Wettbewerbs oder die Achtung und den Schutz der Menschenwürde von Angehörigen aller Bevölkerungsgruppen angeht, dürfte angesichts bundesrechtlicher Aufsichts- und Rechtsschutzmöglichkeiten begrenzt sein. Entscheidend ist aber auch hier, dass es für die Potentialität auf eine Prognose ankommt, und dass der Blick sich dabei nicht auf die Grenzen des jeweiligen Landes verengen darf. Erfolge einer verfassungsfeindlichen Partei in einem Bundesland indizieren die Möglichkeit solcher Erfolge auch in anderen Bundesländern, denn politische Stimmungen überspringen häufig die Grenzen politischer Einheiten. Und so verschieden, dass verfassungsfeindliche Parteien, die in einem Bundesland viele Wählerstimmen hinter sich versammeln, das mit geeigneten Führungspersonal nicht auch in anderen Ländern könnten, sind die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik nicht. Von solchen Potentialitäten geht offenbar auch das Bundesverfassungsgericht aus, denn anderenfalls hätte keine Veranlassung bestanden, im Hinblick auf das Erfolgspotential der NPD sogar die Verhältnisse auf der Ebene der Kommunen zu untersuchen.

Das alles ändert freilich nichts daran, dass im Hinblick auf die AfD ein Verbot auch nur einzelner Landesverbände mit einem hohen Risiko belastet wäre, das schwinden-

de Demokratievertrauen großer Teil der Bevölkerung nur noch weiter zu erschüttern, insbesondere bei dem großen Teil der AfD-Wähler, die dieser Partei nicht aufgrund einer extremistischen Haltung zuneigen, sondern weil sie Anliegen, die man haben kann, ohne mit der freiheitlichen Demokratie auf Kriegsfuß zu stehen, derzeit bei keiner anderen Partei ausreichend vertreten finden.⁶

Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG?

Es liegt deshalb nahe, sich auf ein noch zielgenaueres Instrument der wehrhaften Demokratie zu besinnen: Die Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG), die das Bundesverfassungsgericht einzelnen Personen gegenüber aussprechen kann, wenn sie bestimmte Grundrechte – unter anderem die Meinungs-, die Presse-, die Versammlungs- und die Vereinigungsfreiheit – zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbrauchen. Vereinzelt landesverfassungsrechtliche Vorschriften über ein eigenständiges landesrechtliches Verfahren der Grundrechtsverwirkung sind nach herrschender und richtiger Auffassung mit Inkrafttreten des Art. 18 GG unwirksam geworden.⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem lange zurückliegenden Fall einen solchen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Auffassungen der Antragsgegner keine „als ernsthafte Gefahr für den Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in Betracht kommende, politisch bedeutsame Resonanz mehr“ fänden ([hier](#), Rn. 10). Auch für das Verfahren der Grundrechtsverwirkung gilt demnach ein Potentialitätskriterium, das allerdings ungeachtet des hier wohl untechnisch verwendeten Terminus der „Gefahr“ nicht so verstanden werden kann, dass es inhaltlich anspruchsvoller ist als das im NPD-II-Urteil für das Parteiverbotsverfahren entwickelte. Ein solcher Unterschied wäre angesichts der gleichgerichteten Abwehr- und Schutzfunktion kaum erklärbar.

Das Instrument der Grundrechtsverwirkung ermöglicht es, gezielt die Wirkungsmöglichkeiten derjenigen, und *nur* derjenigen, Akteure erheblich zu beschneiden,

⁶Zu rechten und rechtsextremen Einstellungen in Deutschland und insbesondere bei AfD-Wählern s. Art. „Nicht rechtsextrem als früher. Die Einstellungen der Wähler haben sich weniger verändert als oft behauptet“, FAZ v. 11.10.2023, und zugrundeliegende Umfrage ARD-DeutschlandTrend v. 29.9.2023.

⁷HessStGH, Beschl. v. 27.7.1951, NJW 1951, S.734; s. auch BVerfGE 10, 118 (123) und, einen Gegenschluss auf die o.g. Rechtsauffassung nahelegend, BVerfGE 13, 174 (177); a.A., mit der korrespondierenden Annahme, eine vom BVerfG ausgesprochene Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG lasse die Möglichkeit, sich gegenüber der Landesstaatsgewalt auf Landesgrundrechte zu berufen, unberührt, Barczak, in Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Rn. 23, m.w.N. auch zur gegenteiligen Auffassung der „wohl h.M.“

denen tatsächlich ein relevanter Missbrauch vorgeworfen werden kann. Auch wenn hinsichtlich der Voraussetzungen und möglichen Reichweite einer Grundrechtsverwirkung in rechtlicher Hinsicht noch etliche Fragen offen sind,⁸ hat dieses Instrument zudem jedenfalls den Vorteil, in tatsächlicher Hinsicht weniger umfangreiche Ermittlungen zu erfordern und daher, wenn es denn zügig betrieben wird, schneller durchführbar zu sein als ein Parteiverbotsverfahren.

Das Parteienprivileg – das Privileg der Parteien, allein auf der Grundlage eines Verbotsverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht aus dem Verkehr gezogen werden zu können – steht der Anwendung des Art. 18 GG auf aktive (Partei)Politiker nicht im Wege. Das Parteiverbotsmonopol des Bundesverfassungsgerichts darf zwar nicht gezielt durch andere Formen der Behinderung einer Partei umgangen werden. Das Parteienprivileg hat aber nicht die Bedeutung, dass es einzelne Parteimitglieder oder -funktionäre gegen jede Anwendung rechtlich vorgesehener Möglichkeiten individueller Sanktionierung und Prävention verfassungsfeindlichen Handelns schützt. Parteimitglieder, ob mit oder ohne innerparteiliche Führungsfunktionen, können für verfassungsfeindliches Verhalten, das gegen Strafgesetze verstößt, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (s. [hier](#), Rn. 6 ff.), sie sind als Beamte nicht durch Parteimitgliedschaft vor Konsequenzen einer Verletzung ihrer politischen Treuepflicht und als Bewerber um Beamtenstellen nicht vor Konsequenzen diesbezüglicher Prognosen geschützt ([hier](#), Rn. 53 ff.), und sie können in den Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vom Verfassungsschutz beobachtet werden; erlaubt ist solche Beobachtung insbesondere dann, wenn sie durch ihr eigenes Verhalten dazu Anlass gegeben haben ([hier](#), Rn. 120 f.). Für die Verwirkung von Grundrechten als Folge ihres Missbrauchs zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gilt nichts anderes. Auch hier müssen Politiker die Konsequenzen individuellen verfassungsfeindlichen Verhaltens tragen. Dass damit Unannehmlichkeiten auch für ihre Partei verbunden sind, än-

dert daran nichts. Das Parteienprivileg ist kein prinzipieller Freibrief für individuelle verfassungsfeindliche Umtriebe.

Speziell hinsichtlich der Grundrechtsverwirkung ist das deutlich vorausgesetzt in Art. 46 Abs. 2 GG. Die Einleitung eines Verfahrens der Grundrechtsverwirkung gegen Bundestagsabgeordnete bedarf danach einer Genehmigung des Bundestages. Aus dieser Bestimmung hat auch bereits das Bundesverfassungsgericht abgeleitet, dass die Möglichkeit eines Parteiverbotsverfahrens keine Sperrwirkung für ein gegen einen Abgeordneten gerichtetes Verfahren der Grundrechtsverwirkung entfaltet ([hier](#), Rn. 115). Das leuchtet umso mehr ein, als ja auch das Instrument der Grundrechtsverwirkung durch Monopolisierung des Verwirkungsausspruchs beim Bundesverfassungsgericht vor Missbrauch seitens der politischen Konkurrenz geschützt ist.

Die Immunitätsvorschriften der Landesverfassungen enthalten ein speziell das Verfahren nach Art. 18 GG betreffendes Erfordernis der Genehmigung durch den Landtag nur in Niedersachsen (Art. 15 Abs. 2 NdsVerf). Hier wäre allerdings die Gesetzgebungskompetenz des Landes zu prüfen. Soweit Landesverfassungen allgemeiner das Erfordernis einer Genehmigung des Landtages für Beschränkungen der persönlichen Freiheit oder eine Aufhebung oder Aussetzung solcher Beschränkungen auf Verlangen des Landtags vorsehen, wäre, auch abgesehen von der Kompetenzfrage, klärungsbedürftig, ob hier nicht nur räumliche Beschränkungen der Bewegungsfreiheit im Sinne des Art. 104 Abs. 1 GG („Freiheit der Person“) gemeint sind,⁹ und ob der Wortlaut nicht auch unabhängig von dieser Frage eine Anwendung auf die Einleitung bzw. Durchführung eines Verfahrens der Grundrechtsverwirkung ausschließt.

Fazit

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im zweiten NPD-Verbotsverfahren hat an der Wehrhaftigkeit der grundgesetzlichen Demokratie gegenüber Parteien, die

⁸S. statt vieler v. Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, insbes Rn. 19 ff., 44, 47 ff., zu § 39 (Stand 62. EL, 1/2022), m.w.N.).

⁹Für ein entsprechendes Verständnis des Begriffs der persönlichen Freiheit in Art. 46 Abs. 3 GG s. Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Rn. 10 zu Art. 46 GG, m.w.N. auch zur Gegenauffassung. Soweit allerdings ein Genehmigungserfordernis über die Fälle der Festnahme oder Verhaftung des Abgeordneten und Untersuchungsmaßnahmen im Rahmen einer Strafverfolgung auch bei „jeder anderen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit“ vorgesehen ist, „die die Ausübung des Abgeordnetenmandats beeinträchtigt“ (Art. 48 Abs. 2 nrwVerf; ähnlich eine Reihe weiterer Landesverfassungen), liegt eine Auslegung dahin, dass nur die Freiheit der Person i.S.d. Art. 104 Abs. 1 gemeint ist, nicht nahe.

die freiheitlich-demokratische Grundordnung bekämpfen, trotz Verstärkung der Verbotsvoraussetzungen nichts Entscheidendes geändert. Und für Fälle, in denen ein Parteiverbot, erst recht ein bundesweites, wenn es denn rechtlich in Betracht kommt, aus politischen Gründen kontraproduktiv zu wirken droht, hält das Grundgesetz auch noch andere Möglichkeiten der Abwehr bereit. Über alledem sollte man aber nicht vergessen: Die Ursachen verbreiteter politischer Unzufriedenheit, die sich in Misstrauen gegenüber den schon länger etablierten

Parteien und bei nicht Wenigen in Misstrauen gegen das gesamte politische System niederschlagen, sind mit den spezifischen Mitteln der „wehrhaften Demokratie“ nicht zu beseitigen. Hier hilft nur eine Politik, die sich entschlossener und realistischer den nicht verfassungsfeindlichen Anliegen der Bürger zuwendet. Ohne eine in der Mehrheit abwehrbereite Bürgerschaft, die sich mit ausreichendem Institutionenverstand demokratiewidrigen Bestrebungen widersetzt, nützt auf die Dauer auch das beste verfassungsrechtliche Abwehrsystem nichts.

Antje Neelen

Fördern und Fordern

Das Stiftungsfinanzierungsgesetz als ausreichende Grundlage für die Finanzierung parteinaher Stiftungen?

doi: 10.17176/20231019-233521-0



Die Ampel-Koalition hat gemeinsam mit der Union einen Entwurf für ein „Stiftungsfinanzierungsgesetz“ (StiftFinG)vorgelegt. Mit dem vorgeschlagenen Gesetz soll die Grundlage für eine verfassungskonforme, mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbare Stiftungsfinanzierung geschaffen werden.. Darüber hinaus soll es für mehr Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Finanzierungspraxis sorgen. Beides gelingt nur bedingt.

Das Gesetz muss möglichst vor Erlass des Haushaltsgesetzes für das Haushaltsjahr 2024 beschlossen werden. Denn das Bundesverfassungsgericht hatte im Februar dieses Jahres auf Antrag der AfD entschieden, dass die Stiftungsfinanzierung wegen ihrer Auswirkungen auf die Chancengleichheit der Parteien auf eine spezialgesetzliche Grundlage gestützt werden muss. Die bisherige Finanzierungspraxis, die ihre Grundlage lediglich im jeweiligen Haushaltsgesetz findet, ist also verfassungswidrig. Das Gericht hat dem Gesetzgeber aufgetragen, in abstrakt-genereller Weise die Kriterien für den Kreis der Empfänger und die Höhe der jeweiligen Zuwendungen zu regeln. Dabei steht ihm zwar ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Dieser dürfte aber an entscheidenden Stellen zugunsten der Chancengleichheit der Parteien eingeschränkt sein.

Die Förderungswürdigkeit der Stiftungen

Das Herzstück des Gesetzentwurfs ist § 2, der die Voraussetzungen für die Förderungswürdigkeit der Stiftungen festlegt. Er dient der Differenzierung zwischen bestehenden parteinahen Stiftungen und ermöglicht es, einzelne Stiftungen von der staatlichen Finanzierung auszuschließen.

Ein zentrales Differenzierungskriterium, das auf die Rechtsprechung des BVerfG im ersten Stiftungsurteil zurückgeht, ist der Bestand einer „dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmung“. Nach Auffassung des Zweiten Senats fordert die plurale Struktur

unserer Gesellschaft sowie das Gleichbehandlungsgebot, dass alle gewichtigen und dauerhaften Grundströmungen bei der Stiftungsfinanzierung berücksichtigt werden (BVerfGE 73, 1 (38)). Andersherum ist es aber verfassungsrechtlich unbedenklich, die staatliche Finanzierung auf eben diese Grundströmungen zu beschränken. Es kann vielmehr sogar verfassungsrechtlich geboten sein, um die Wettbewerbslage von staatlicher Seite nicht unzulässig zu beeinflussen (s. [hier](#) Rn. 242). Das ist richtig, denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Staat kleinere, kurzlebige Strömungen mit Finanzmitteln größer macht, als sie gemessen an ihrem Rückhalt in der Bevölkerung tatsächlich sind. Die Aufnahme dieses Differenzierungskriteriums begegnet also keinen Bedenken.

Kritische Beachtung verdient allerdings der Maßstab, an dem gemäß § 2 Abs. 2 das Vorliegen einer dauerhaften, gewichtigen Grundströmung gemessen werden soll. Zunächst einmal ist es unbedenklich, dass der Gesetzentwurf an den Wahlerfolg der nahestehenden Partei anknüpft. Schließlich handelt es sich dabei um eine neutrale Größe, die eine rein formale, der Chancengleichheit der Parteien Rechnung tragende Anwendung zulässt. Der Gesetzentwurf sieht jedoch vor, dass die der Stiftung nahestehende Partei mindestens drei Mal in Folge in Fraktionsstärke im Bundestag vertreten sein muss, damit ihre parteinahe Stiftung förderungswürdig ist. Damit wird die Hürde zur Aufnahme in die Stiftungsfinanzierung deutlich höher gesetzt, als es bisher der Fall war.

In der Gesetzesbegründung wird zwar darauf verwiesen, dass es diesbezüglich noch keine einheitliche Staatspraxis gebe. Schließlich wurden bei der Aufnahme der Linken- (früher: PDS)-nahen Rosa-Luxemburg-Stiftung (1999) und der Grünen-nahen Heinrich-Böll-Stiftung (1989) in die Stiftungsfinanzierung unterschiedliche Maßstäbe angelegt. Dabei wird aber ausgeblendet, dass in der sogenannten [Gemeinsamen Erklärung](#) der parteinahen Stiftungen aus dem Jahr 1998 festgelegt wurde, dass die nahestehende Partei zwei Mal in Folge – da-

von einmal in Fraktionsstärke – im Bundestag vertreten sein muss, damit die parteinahe Stiftung Zuwendungen erhält (s. Dritter Abschnitt, 1.). Die Gemeinsame Erklärung diene nach [Auskunft der Bundesregierung](#) bislang als Grundlage für die Entscheidung des Bundestages über die Gewährung der Globalzuschüsse. Folglich galten die darin vorgeschlagenen Kriterien als faktische Finanzierungsvoraussetzungen.

Die nun höhere Hürde zur Aufnahme in die Stiftungsfinanzierung stößt insbesondere der AfD sauer auf, da die ihr nahestehende DES damit im kommenden Jahr wieder von der Finanzierung ausgeschlossen wäre. Aber auch einige Sachverständige äußerten in der öffentlichen Anhörung am Montag Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hält es in seinem zweiten Stiftungsurteil für „nicht fernliegend, hinsichtlich der Beständigkeit einer politischen Grundströmung zumindest im Regelfall auf einen Zeitraum abzustellen, der die Dauer einer Legislaturperiode übersteigt“ ([Rn. 244](#)). Daraus wird teilweise geschlossen, dass das Abstellen auf drei Legislaturperioden vom BVerfG für verfassungswidrig gehalten werden könnte (s. [hier](#)).

Allerdings steht dem Gesetzgeber bei dieser Frage ein gewisser Gestaltungsspielraum zu, der nur durch grundgesetzliche Garantien wie die Offenheit des politischen Willensbildungsprozesses und die Chancengleichheit der Parteien eingeschränkt ist. Den genannten Garantien wird hinreichend Rechnung getragen, wenn die zeitliche Hürde nicht derart hoch liegt, dass die Etablierung einzelner Grundströmungen nachhaltig verhindert wird. Das scheint aber weder bei einem Beurteilungszeitraum von zwei noch von drei Legislaturperioden der Fall zu sein.

Problematischer scheint in diesem Zusammenhang zu sein, dass eine Vertretung in Fraktionsstärke, also mit 5 % der Abgeordnetensitze, gefordert wird. Die sogenannte 5 %-Hürde bei Bundestagswahlen soll die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments erhalten (s. [hier](#) Rn. 67). Dieses Schutzgut spielt bei der Stiftungsfinanzierung aber keine Rolle, sodass die Sperrklausel nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht ohne Weiteres übertragen werden kann. Die Gesetzesbegründung führt hingegen keine Verfassungsgüter an, deren Schutz an dieser Stelle eine Einschränkung der Chancengleichheit der Parteien rechtfertigen würde. Es kann

damit bezweifelt werden, dass das Erfordernis der Fraktionsstärke einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht standhält.

Ausschluss von potenziellen Verfassungsfeinden

Ein weiteres Differenzierungskriterium, das zunächst in einem Haushaltsvermerk aus dem Jahr 2022 zu finden war und nun auch seinen Weg in den Gesetzentwurf gefunden hat, ist das Kriterium der Verfassungstreue der Stiftungen.¹ Die Überprüfung der Verfassungstreue einzelner Organisationen oder Personen ist zwar nicht neu, aber nach wie vor in ihren Einzelheiten sehr umstritten. Sie gilt als Ausdruck der Wehrhaftigkeit unserer Demokratie, birgt aber immer auch die Gefahr, für den politischen Kampf gegen unliebsame Ansichten oder politische Kräfte instrumentalisiert zu werden.

Zunächst einmal erscheint es sinnvoll, auch an die Verfassungstreue von parteinahen Stiftungen gewisse Anforderungen zu stellen. Dabei geht es nicht darum, politische Gegner:innen auszuschalten, indem man ihnen die Mittel zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung entzieht. Es geht vielmehr darum, die Stiftungsfinanzierung, die vor allem der Stärkung des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates dienen soll, nicht *ad absurdum* zu führen, indem man den Kampf einzelner Stiftungen gegen eben diesen mitfinanziert. Auch das Bundesverfassungsgericht hält es für zulässig, die Verfassungstreue als Differenzierungskriterium bei der Stiftungsfinanzierung heranzuziehen, um die freiheitliche demokratische Grundordnung zu schützen ([Rn. 246](#)). Fraglich ist aber, welcher Maßstab für einen Finanzierungsausschluss zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung angelegt werden sollte.

Der Gesetzentwurf fordert in § 2 Abs. 4, dass die parteinahen Stiftungen „in einer Gesamtschau die Gewähr [bieten], für die freiheitliche demokratische Grundordnung sowie für den Gedanken der Völkerverständigung aktiv einzutreten.“ Damit wird die Grenze der zulässigen und förderungswürdigen Stiftungsarbeit – anders als bei der Parteiarbeit (vgl. Art. 21 Abs. 3 GG) – nicht erst dort gezogen, wo der aktive Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung beginnt. Vielmehr wird von den Stiftungen eine „Verfassungsfreundlichkeit“ positiv vorausgesetzt (s. [dazu das Gutachten von Möllers/Waldhoff](#)). Für ein solches Erfordernis könn-

¹S. dazu bereits Antje Neelen, Die gleichheitsgerechte Finanzierung parteinaher Stiftungen, DÖV 2023, 504 (510 f.).

te die besondere Rolle der Stiftungen als Akteure der politischen Bildungsarbeit sprechen. Schließlich erhalten sie die staatlichen Mittel gerade dafür, den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat zu fördern, sodass ihnen eine gewisse Loyalität ihm gegenüber abverlangt werden kann.

Die Formulierung „Gewähr bieten ...aktiv einzutreten“ ist aber schon mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot kritisch zu sehen. Sie ist dem Beamtenrecht entlehnt, wo sie zur Normierung der Verfassungstreuepflicht von Staatsbediensteten verwendet wird. Sie wurde zwar in Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf das Verhalten von natürlichen, im Staatsdienst tätigen Personen überzeugend ausgelegt, diese Auslegung ist aber nicht ohne weiteres auf die parteinahen Stiftungen als juristische Personen und Akteure der politischen Bildungsarbeit übertragbar. Zwar enthält der Gesetzentwurf in § 2 Abs. 4 einen Katalog von Indizien, die auf die fehlende „Verfassungsfreundlichkeit“ der Stiftungen hinweisen können. In diesem werden jedoch ebenfalls an vielen Stellen unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet (z.B. „der Förderung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung dienen“), sodass schlussendlich offenbleibt, was genau von den Stiftungen verlangt wird. So ist weder für die kontrollierende Instanz noch für die parteinahen Stiftungen selbst erkennbar, wie sie sich zu verhalten haben. Mangels Bestimmbarkeit der Begriffe hängt es maßgeblich von der Auslegung der kontrollierenden Instanz ab, was unter diesem unbestimmten Rechtsbegriff verstanden wird. Die Gefahr der politischen Instrumentalisierung, die damit einhergeht, liegt auf der Hand.

Die Chancengleichheit der Parteien als nicht zu vernachlässigender Maßstab

Hinzu kommt, dass die parteinahen Stiftungen nicht mit anderen Akteuren der politischen Bildungsarbeit vergleichbar sind. Ihre Finanzierung betrifft – wie das BVerfG im zweiten Stiftungsurteil klargestellt hat – die Chancengleichheit der Parteien und ist an ihr zu messen (s. [hier](#)). Die relativ niedrige Hürde für den Finanzierungsausschluss steht mit diesem Grundsatz nicht in Einklang. Wie der zweite Senat deutlich gemacht hat, muss eine Differenzierung zum *Schutz* der freiheitlichen demokratischen Grundordnung geeignet und erforderlich sein. Schutz bedeutet in diesem Zusammenhang aber Verteidigung und nicht aktive Förderung. Das Bundes-

verfassungsgericht hat in seiner jüngsten Entscheidung deutlich gemacht, dass es zwei Optionen gibt: Entweder wird grundsätzlich das gesamte parteipolitische Spektrum gefördert – oder die Stiftungsfinanzierung wird unterlassen. Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Förderung, darf er den Kreis der förderungswürdigen Stiftungen nicht künstlich eingrenzen, indem er Maßstäbe anlegt, die für die nahestehenden Parteien nicht gelten. Denn so wäre eben nicht das gesamte parteipolitische Spektrum abgedeckt. Die Grenze für den Finanzierungsausschluss parteinaher Stiftungen ist also – ebenso wie bei der Parteifinanzierung – dort zu ziehen, wo die Stiftungen beginnen, die freiheitlich-demokratische Grundordnung aktiv zu bekämpfen.

Darüber hinaus ist § 2 Abs. 5 des Entwurfs besonders problematisch. Er macht den Finanzierungsausschluss davon abhängig, ob eine verfassungsfeindliche Ausrichtung der parteinahen Stiftung erkennbar ist. Es ist zwar erst einmal richtig, auf die Ausrichtung der Stiftung selbst und nicht etwa die der nahestehenden Partei abzustellen. Als Maßstab für verfassungsfeindliche Tendenzen wird jedoch § 4 Abs. 2 BVerfSchG genannt, der bekanntermaßen den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung deutlich weiter fasst, als es das BVerfG in seiner jüngsten Rechtsprechung tut. Darüber hinaus wird eine Regelvermutung aufgestellt, nach der eine Einstufung der Stiftung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz als Verdachtsfall oder gesichert extremistisch ausreicht, um eine verfassungsfeindliche Ausrichtung anzunehmen. Damit weist man dem BfV erhebliche Entscheidungsmacht zu, obwohl es eigentlich nur eine erforschende und informierende Funktion erfüllen und keine freiheitsbeschränkende Maßnahmen ergreifen darf (s. [hier](#) Rn. 153 ff. und [hier](#)).

Die zuständige Stelle unter parteipolitischem Einfluss

Im Rahmen der internen Beratungen zum Gesetzentwurf wurde lange darüber gestritten, welche Stelle geeignet ist, um die grundsätzliche Förderungsfähigkeit der parteinahen Stiftungen zu beurteilen (s. dazu [hier](#)). Die Tatsache, dass die Stiftungsfinanzierung mittelbar die Chancengleichheit der Parteien betrifft, könnte auf den ersten Blick dafürsprechen, dass das Bundesverfassungsgericht über den Finanzierungsausschluss zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung entscheidet. Das ist aber nicht notwendig, wenn – wie hier – für die Beurteilung der Verfassungstreue der Stiftung nicht an

das Verhalten der nahestehenden Partei angeknüpft wird. In diesem Fall steht lediglich das Verhalten der Stiftung selbst im Fokus, auf die das Parteienprivileg keine Anwendung findet.

Der Gesetzentwurf benennt nun in § 7 das BMI als prüfende Stelle. Dieses scheint aus praktischen Gründen für die Aufgabe besonders geeignet zu sein, weil es auch über Vereinsverbote im Sinne des Art. 9 Abs. 2 GG entscheidet und sich als Aufsichtsbehörde des Bundesamts für Verfassungsschutz mit Verfassungsschutzangelegenheiten auskennt. Es ist aus verfassungsrechtlicher Sicht für diese Aufgabe auch grundsätzlich geeignet. Allerdings stößt die Wahl des BMI als prüfende Stelle vor dem Hintergrund der Unbestimmtheit der Förderungsvoraussetzungen auf erhebliche Bedenken. Schließlich ist es in nicht unerheblichem Maße parteipolitischem Einfluss ausgesetzt und könnte die Auslegung der unbestimmten Förderungsvoraussetzungen zur Ausgrenzung politischer Gegner nutzen. Die Tatsache, dass es darüber hinaus dem BfV übergeordnet ist und auf deren Arbeit Einfluss nehmen kann, verschärft diese Gefahr zusätzlich. Schließlich liefert das BfV im Zweifel die notwendigen Informationen, auf die die Entscheidung des BMI gestützt wird.

Die Stiftungsfinanzierung bleibt intransparent

Das Versprechen, für mehr Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Stiftungsfinanzierung zu sorgen, hält der Gesetzentwurf nicht. Er regelt weder die Zwecke, für die den Stiftungen staatliche Mittel zugewendet werden, noch legt er die Höhe der Stiftungsmittel verbindlich fest. Damit überlässt er wesentliche Entscheidungen dem Haushaltsgesetzgeber, der die Mittel nach Belieben in den Einzelplänen der Bundesministerien veranschlagen und erhöhen kann. Das wird auch in Zukunft dazu führen, dass die Zuwendungen auf einzelne Haushaltstitel verstreut sind, sodass nicht ohne weiteres erkennbar ist, wie viel Geld den Stiftungen für welche Aufgaben zugutekommt. Auch ermöglicht es weiterhin, die kritische Öffentlichkeit von den Entscheidungen über die Erhöhung der Stiftungsmittel praktisch auszuschließen. Schließlich findet eine umfassende öffentlichkeitswirksame Debatte über einzelne Haushaltstitel so gut wie nicht statt (mehr dazu [hier](#)). Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem zweiten Stiftungsurteil deutlich gemacht, dass das Haushaltsgesetzgebungsverfahren nicht geeignet ist, um die wesentlichen Kriterien der Stiftungsfinanzierung festzulegen. Das gilt nicht nur für die Förderungsvoraussetzungen, sondern ebenso für die Art und Höhe der staatlichen Zuwendungen. Der Gesetzentwurf muss in dieser Hinsicht unbedingt nachgebessert werden.

Tim Renner

Verloren und doch gewonnen

Die Einstufung der AfD als verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall

doi: 10.17176/20231024-233538-0



Nach Gerichtsentscheidungen aus Sachsen-Anhalt¹ und Nordrhein-Westfalen² äußert sich nun auch die bayerische Rechtsprechung durch den Beschluss des VG München³ in erster Instanz und den Beschluss des BayVGH⁴ in zweiter Instanz zum Thema AfD als verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall. Diesem Thema kommt insbesondere vor dem Hintergrund der Landtagswahlen in Bayern und Hessen, bei denen die AfD einen Zugewinn von jeweils mehr als 4% im Vergleich zu den Vorwahlen erreicht hat, besondere Relevanz zu. Obwohl es scheint, als schade ein gerichtliches Scheitern der AfD nicht, ist die Entscheidung des BayVGH dennoch von Bedeutung.

Sachverhalt

Am 21. Juni 2022 stufte das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz (BayLfV) die AfD als Beobachtungsobjekt ein. Gestützt wurde dies unter anderem auf ein Gutachten des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV) vom 22. Februar 2021, nach welchem die Gesamtpartei der AfD als Verdachtsfall zu beobachten sei (Rn. 2)⁵. Weiterhin führt es das (zum Zeitpunkt des Beschlusses noch nicht rechtskräftige) Urteil des VG Köln vom 8. März 2022 an, das diese Einschätzung bestätigen soll. Über diese Beurteilung veröffentlichte das BayLfV am 8. September 2022 eine Pressemitteilung mit der Überschrift „Herrmann: Krisen idealer Nährboden für extremistische Szenen – AfD als Beobachtungsobjekt aufgenommen“.

Die AfD wendet sich sowohl gegen die Einstufung und Beobachtung als Verdachtsfall als auch gegen die öffentliche Berichterstattung darüber. Das VG München lehnte die Anträge erstinstanzlich ab. Hiergegen erhob die AfD die gegenständliche Beschwerde. Der Antrag wurde größ-

tenteils abgelehnt.

Relevanz der Einstufung als Verdachtsfall

Mit der Einstufung als verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall gehen unter anderem die Befugnisse des Landes- bzw. Bundesamtes für Verfassungsschutz einher, die entsprechende Partei mit nachrichtendienstlichen Mitteln im Sinne der Art. 8 ff. BayVSG n.F. zu beobachten, im Unterschied zu dem – dem Verdachtsfall vorgelagerten – sog. Prüffall, bei dem lediglich eine Beobachtung aus allgemein zugänglichen Quellen möglich ist, vgl. insofern Art. 5a Abs. 2 BayVSG n.F. Weiterhin besteht bei einem Verdachtsfall die hier genutzte Möglichkeit, gem. Art. 27 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG n.F. über die Einstufung und Beobachtung der Partei öffentlich zu berichten.⁶

Voraussetzung für eine Beobachtung nach Art. 5a Abs. 1 BayVSG n.F. ist, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass beobachtungsbedürftige Bestrebungen gem. Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 BayVSG n.F., § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4 BVerfSchG vorhanden sind (oder Tätigkeiten gem. Art. 4 Abs. 2 BayVSG n.F. gegeben sind), „also – wie bisher – insbesondere Bestrebungen [vorliegen], die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind“ (Rn. 79).

Dass diese Maßnahmen erhebliche Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützten Positionen der Partei, insbesondere in Art. 21 Abs. 1 GG, darstellen, liegt auf der Hand. Zurecht ging das Gericht daher von einer Abschreckungs- und Stigmatisierungswirkung trotz etwaiger fehlender Außenwirkung der Beobachtung aus

¹VG Magdeburg, Beschluss vom 07.03.2022, 9 B 273/21 MD.

²OVG Münster, Beschluss vom 18.02.2021, 5 B 163/21; VG Köln, Beschluss vom 08.03.2022, 1.13 K 326/21; OVG Münster, Beschluss vom 27.09.2023, 5 B 757/23; vgl. zum Beschluss des VG Köln auch die Anmerkung von Huber, NVwZ 2023, 225.

³VG München, Beschluss vom 17.04.2023, M 30 E 22.4913.

⁴BayVGH, Beschluss vom 14.09.2023, 10 CE 23.796.

⁵BayVGH, Beschluss vom 14.09.2023, 10 CE 23.796.

⁶S. zur Differenzierung zwischen Prüf- und Verdachtsfall ausführlich Schneider, DÖV 2022, 372 (378).

(Rn. 75). Nicht verwunderlich also, dass die AfD mit Schriftsatz vom 20. August 2023 beantragte, die Entscheidung bis „nach der bevorstehenden Landtagswahl“ zurückzustellen (Rn. 52). Diesem Begehren wurde im Ergebnis nicht entsprochen, wenngleich ihr die Bekanntgabe über die Beobachtung jedenfalls bei der Landtagswahl in Bayern bzw. Hessen scheinbar nicht schwer geschadet haben dürfte.

Kein Entgegenstehen subjektiver verfassungsrechtlicher Positionen

Die AfD argumentierte, die Einordnung als Verdachtsfall und insbesondere die Beobachtung mit nachrichtendienstlichen Mitteln missachte die Bedeutung der ihr zukommenden verfassungsrechtlichen Positionen. So verkenne das VG insbesondere, dass Meinungsäußerungen verfassungsschutzrechtlich nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sich darin tatsächliche Bestrebungen zur Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung manifestieren.

Weiterhin sei der Schutzbereich des Art. 21 GG insofern nicht ausreichend beachtet worden, weil die Regelungen des BayVSG generell nicht auf politische Parteien anzuwenden seien (Rn. 20). Zudem sei die Beobachtung mangels zeitlicher Obergrenze unverhältnismäßig, weshalb es an einer ermessensfehlerfreien Entscheidung des BayLfV fehle.

Der Senat erkannte zwar einen fortlaufenden Eingriff insbesondere in die durch Art. 21 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition der AfD durch die Beobachtungsmaßnahmen an (Rn. 75). Dieser sei allerdings dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der Art. 5a Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 S. 1 BayVSG n.F. vorliegen.

Das war nach Ansicht des Senats der Fall. Ob weitere grundrechtliche Positionen (etwa aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG oder aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) beeinträchtigt waren, konnte deshalb dahinstehen, weil Art. 21 Abs. 1 GG einen strengeren Beurteilungsmaßstab für die Rechtfertigung eines Eingriffs voraussetze (Rn. 75).

Vier tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen

Verfassungsfeindliche Bestrebungen – dies soll hier als Synonym zu „Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ verstanden werden – sind gem. § 4 Abs. 1 lit. c BVerfSchG solche politisch bestimmten, ziel- und zweckgerichteten Verhaltensweisen in einem oder für einen Personenzusammenschluss, der darauf gerichtet ist, einen der in § 4 Abs. 2 BVerfSchG genannten Verfassungsgrundsätze zu beseitigen oder außer Geltung zu bringen. In § 4 Abs. 2 BVerfSchG sind die Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung abschließend⁷ aufgelistet. Diese Auflistung entspringt der Rechtsprechung des BVerfG zu den beiden Parteiverbotsverfahren der frühen Bundesrepublik (s. insofern [hier](#) (S. 60)). Mit seiner Rechtsprechung zum zweiten NPD-Verbotsverfahren änderte das BVerfG die Definition dahingehend, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung „[nur jene zentrale Grundprinzipien \[umfasst\], die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unverzichtbar sind.](#)“ Dazu sollen die Garantie der Menschenwürde, das Demokratieprinzip sowie die dem Rechtsstaatsprinzip entspringende Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt wie auch die Kontrolle jener Bindung durch unabhängige Gerichte zählen. Ob der Gesetzgeber nach Erneuerung der Rechtsprechung auch die Definition in § 4 Abs. 2 BVerfSchG anpasst, bleibt abzuwarten.

Der BayVGH begründete seine Entscheidung, dass solche tatsächlichen Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen vorliegen, im Wesentlichen mit vier Aspekten.

Zunächst argumentiert das Gericht, dass Personen, die der von Björn Höcke gegründeten Strömung „Der Flügel“ angehörten, weiterhin in der Partei aktiv sind und Einfluss auf ihre inhaltliche Ausrichtung nehmen, obwohl dieser informelle Zusammenschluss im Frühjahr 2020 aufgelöst wurde, nachdem ihn das Bundesamt für Verfassungsschutz im März 2020 als „gesichert rechts-extremistisch“ einstufte. Die Angehörigen dieser Gruppierung, denen durch die AfD auch nach Auflösung die Möglichkeit zur öffentlichen Verbreitung ihrer (verfassungsfeindlichen) Positionen eröffnet wurde (vgl. insoweit Rn. 108), vertreten ein „ethnokulturelles Volksverständnis“, das die Bundespartei der AfD ebenfalls laut

⁷Vgl. dazu Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage, 2019, § 4 BVerfSchG Rn. 48.

[Verfassungsschutzbericht 2022 \(S. 50\)](#) vertritt. So haben die entsprechenden Personen öffentlich xenophobes Vokabular (etwa „Großer Austausch“, „Umvolkung“, „Volks-tod“) verwendet, das in der rechtsextremen Szene üblich ist. Ein solcher ethnokultureller Volksbegriff ist mit der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar (Rn. 105).

Denselben ethnokulturellen Volksbegriff vertrete, begründet das Gericht, auch die „Junge Alternative“ (JA), die Jugendorganisation der AfD. Auch sie ist der Ansicht, dass es eine „vorherrschende ethnokulturelle Identität“ der europäischen Völker gebe, die durch die „Masseneinwanderung kulturfremder Einwanderer“ bedroht sei (Rn. 105).

Als dritten Aspekt führte der Senat an, dass auf unterschiedlichen Parteiebenen der AfD, insbesondere auch in einer Telegram-Gruppe, in der 13 (von 16) Landtagsmitgliedern beteiligt waren, „Umsturzphantasien“ vorlägen (Rn. 114 ff.). So sah etwa eine Abgeordnete des Bayerischen Landtages die Lage in Deutschland als so prekär an, „dass wir ohne Bürgerkrieg aus dieser Nummer nicht mehr herauskommen werden“ (Rn. 118).

Schließlich zog das Gericht Aussagen von Mitgliedern der Gesamtpartei und dem bayerischen Landesverband heran, die den Schluss zulassen, dass die AfD die Menschenwürde von Muslimen missachtet. Zwar seien einzelne Aussagen möglicherweise noch nicht geeignet, um einen Verstoß gegen die Garantie der Menschenwürde zu begründen; jedenfalls in ihrer Gesamtheit könne die Vielzahl der menschenverachtenden Äußerungen aber eine verfassungsschutzrechtlich relevante Tendenz der Gesamtpartei erkennen lassen (Rn. 135).

Bereits die unterschiedlichen Anhaltspunkte würden für sich betrachtet genügen, um das Vorliegen verfassungsfeindlicher Bestrebungen bejahen zu können. Dies gelte jedoch umso mehr, wenn man die verschiedenen Anknüpfungspunkte in einer wertenden Gesamtbetrachtung beurteilt (Rn. 145).

Auch die erhöhten Voraussetzungen für die Berichtserstattung über die Beobachtung gem. Art. 26 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG a.F. bzw. Art. 27 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG n.F. lagen nach Auffassung des Senats vor (Rn. 154).

Allerdings erzielte die AfD einen kleinen Teilerfolg: Mit ihrem Antrag auf Unterlassung scheiterte sie nicht in Bezug auf die Verwendung der Überschrift der Pressemit-

teilung mit dem Titel „Krisen idealer Nährboden für extremistische Szenen – AfD als Beobachtungsobjekt aufgenommen“ (Rn. 156 ff.). Dies begründet das Gericht damit, dass aus dieser Formulierung nicht hinreichend klar hervorgeht, dass die AfD noch nicht als gesichert (rechts-)extremistisch eingestuft ist, sondern lediglich als Verdachtsfall. Dies sei für den durchschnittlichen Adressaten bzw. Leser der Pressemitteilung nicht hinreichend ersichtlich (Rn. 159).

Das Urteil verdient in seiner Gänze Zustimmung. Der beschriebene Sachverhalt genügt, um eine verfassungsfeindliche Bestrebung im Sinne der §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 lit. c BVerfSchG zu bejahen. Insbesondere ist zu beachten, dass für die Annahme einer solchen Bestrebung gerade keine Erfolgsaussicht erforderlich ist.⁸

Verloren und doch gewonnen?

Hat die gerichtliche Bestätigung nun also dafür gesorgt, dass die Mitglieder der AfD ihre Ansichten und Aussagen überdenken und sich künftig nur noch verfassungskonform äußern? Werden überzeugte AfD-Wähler nun davon absehen, ihr Kreuz bei der AfD zu setzen? Wer die Landtagswahlen in Hessen und Bayern verfolgt hat, kennt die Antwort auf letztere Frage. Es scheint vielmehr, als nutze die AfD den [Gerichtssaal als Bühne](#), als würde ihr eine Niederlage mehr zugutekommen als ein Sieg, als würde ein gerichtliches Scheitern ihre Anhänger gerade in ihren Ansichten bekräftigen. Wenn – wie vorliegend – ein Gericht einen Antrag oder eine Klage der AfD (überwiegend) ablehnt, folgt nicht etwa ein Prozess kritischer Selbstreflexion, sondern man schlüpft in die „Opferrolle“ und gibt der Regierung, den Behörden oder dem staatlichen System insgesamt die Schuld am Urteil. Alternativ wird dem Verfahren keine weitere Beachtung geschenkt und sich auch nicht öffentlich dazu geäußert. Entscheidet das Gericht zugunsten der AfD, fällt es hingegen umso leichter, die Regierungsparteien oder die staatlichen Institutionen – meist auf polemische Art und Weise – [zu kritisieren und diffamieren](#).

Trotzdem ist der Aussagegehalt dieses Urteils nicht zu unterschätzen. Zunächst ist die Möglichkeit zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch das BayLfV jetzt mit der Rechtmäßigkeit der Einstufung als Verdachtsfall gerichtlich festgestellt. Dies kann zu weiteren relevanten Informationen über die Gesamtpartei der AfD füh-

⁸Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage, 2019, § 4 BVerfSchG Rn. 19.

ren. Zudem setzt sich der Verfassungsschutz mit der Beobachtung einer politischen Partei immer den Vorwürfen aus, eine politische Agenda zu verfolgen (vgl. etwa [hier](#) oder durch den Vortrag der AfD selbst [hier](#)). Der Bestätigung einer solchen Entscheidung durch die Dritte Gewalt kommt daher großes Gewicht zu. Dies könnte nicht zuletzt Verfassungsschutzämter und andere Organe dazu ermutigen, rigider gegen Verfassungsfeinde vorzugehen.

Fazit und Ausblick

Das Urteil des BayVGH ähnelt in vielerlei Hinsicht seinem „Vorgänger“ aus Nordrhein-Westfalen, was auch an

den vielen Verweisen sowohl des BayLfV als auch des Senats auf das Urteil des VG Köln zu erkennen ist (s. nur Rn. 70, 75, 102, 104, 105, 115, 136 und 138). [Da die Radikalisierung der Anhänger der AfD zusehends voranschreitet](#), werden in Zukunft wohl weitere Landesämter für Verfassungsschutz die entsprechenden Landesverbände der AfD auf die Verdachtsliste setzen, sodass es auch dort nur eine Frage der Zeit ist, bis es zu ähnlichen Verfahren kommen wird. Die Gerichte werden dann auch nach Bayern schauen können

Jannik Klein

Das Ende der Linksfraktion, nur wann?

doi: 10.17176/20231102-224045-0



Sahra Wagenknecht und weitere neun Abgeordnete der Fraktion „Die Linke im Bundestag“ sind **am Montag aus der Partei „Die Linke“ ausgetreten**. Zugleich haben die ausgetretenen Parteimitglieder den Verein „**Bündnis Sahra Wagenknecht**“ gegründet und angekündigt, damit die Gründung einer neuen Partei vorzubereiten. Dennoch möchten sie vorerst Mitglied ihrer Bundestagsfraktion bleiben. Ob die Fraktion den vorübergehenden Verbleib unterstützt, soll sich in der übernächsten Woche entscheiden. Auf den ersten Blick scheint das Fraktionsende bis auf Weiteres aufgeschoben, weil die nun ausgetretenen Parteilosen noch keiner konkurrierenden Partei angehören.

Doch auf den zweiten Blick könnte das Gebot der politischen Homogenität einer Fraktion das Ende der Linksfraktion schon jetzt besiegeln: Dürfte der Bundestag der Linksfraktion den Fraktionsstatus aberkennen? Oder hat die Fraktion ihren Rechtsstatus bereits am Montag automatisch verloren?

Die Parteimitgliedschaft als Voraussetzung einer Fraktion

Das „Fraktionsbildungsrecht koalitionswilliger Abgeordneter“ – verfassungsrechtlich aus Art. 38 I 2 GG abgeleitet – bildet die legitimatorische Grundlage für Fraktionen.¹ Sie üben eine „Scharnierfunktion“ aus, indem sie das Parlament mit den Parteien verbinden und verschränken. Zudem sind Fraktionen unerlässlich, um die parlamentarische Arbeit zu strukturieren und die Entscheidungen des Gesetzgebers vorzubereiten. Der einfache Gesetzgeber hat das Recht zur Fraktionsbildung in § 53 I AbgG deklaratorisch ausformuliert, ohne jedoch weitere Bedingungen aufzustellen. Vielmehr hat der Bundes-

tag als Geschäftsordnungsgeber – gedeckt von seiner Geschäftsordnungsautonomie aus Art. 40 I 2 GG – die Voraussetzungen zur Fraktionsbildung näher konkretisiert: Nach § 10 I 1 GO-BT sind Fraktionen „Vereinigungen von mindestens fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages, die derselben Partei oder solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen“. Damit wird die Bildung einer Fraktion von einer quantitativen und einer qualitativen Vorgabe abhängig gemacht.

Quantitativ ist eine Fraktionsmindeststärke erforderlich, um die Funktionsfähigkeit des Bundestages zu sichern. Nach dem BVerfG erfüllt die Mindestgröße von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages den weiten Gestaltungsspielraum des Parlamentes in verfassungsrechtlich zulässiger Weise.² Auch wenn die Linkspartei bei der Bundestagswahl 2021 knapp an der 5%-Sperrklausel gescheitert ist, konnte sie aufgrund des Gewinns von drei Direktmandaten über die damals noch geltende Grundmandatsklausel³ mit 39 Abgeordneten und mithin in Fraktionsmindeststärke in den Bundestag einziehen. Nach dem Fraktionsaustritt von Thomas Lutze zählt die Fraktion mittlerweile nur noch 38 Abgeordnete. Sobald die Fraktionsmindeststärke – die im 20. Deutschen Bundestag bei 37 Abgeordneten liegt – unterschritten wird, erlischt der Fraktionsstatus automatisch.⁴ In der Folge endet gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 AbgG die Rechtsstellung der Fraktion; eine Liquidation findet statt.

Zehn Abgeordnete der Linksfraktion sind am Montag zwar aus der Linkspartei, nicht aber aus der Linksfraktion ausgetreten. Spätestens mit der geplanten Gründung einer neuen Partei Anfang 2024 möchten die nun parteilosen Abgeordneten jedoch auch aus der Fraktion austreten, sodass dann die Fraktionsmindeststärke unterschrit-

¹Lontzek/Dietsche, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, AbgG § 53 Rn. 5 mwN.

²BVerfGE 84, 304 (322); 96, 264 (279).

³Inzwischen wurde die sog. Grundmandatsklausel des § 6 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BWG a.F. durch das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 08.06.2023 (BGBl. I Nr. 147) ersatzlos gestrichen.

⁴Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 38 Rn. 277 mwN.

ten und der Fraktionsstatus automatisch erlöschen würde. Alternativ könnten die anderen Fraktionsmitglieder schon jetzt die zehn parteilosen Mitglieder aus der gemeinsamen Fraktion ausschließen, würden damit jedoch den Fraktionsstatus opfern.

Das Gebot der politischen Homogenität einer Fraktion

Qualitativ setzt eine Fraktion eine politische Homogenität ihrer Mitglieder voraus, indem zuvorderst nur Abgeordnete eine Fraktion bilden können, die derselben Partei oder solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen. Die privilegierte Stellung von Fraktionen ist nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn sich auch wirklich koalitionswillige Abgeordnete zusammenschließen, die aus der gleichen politischen Grundhaltung heraus ein politisches Programm durchsetzen möchten.⁵ Andernfalls könnten sich z.B. radikale Gruppen verschiedener Parteien zusammenfinden, nur um die mit einer Fraktion verbundenen Vorteile in Anspruch zu nehmen. Wenn sich politisch heterogene Abgeordnete dennoch zusammenschließen möchten, bedarf ihre Anerkennung als Fraktion gem. § 10 I 2 GO-BT der Zustimmung des Bundestages. Das Erfordernis der Anerkennung gewährleistet eine aktive Entscheidung des Parlamentes, die zwischen dem Assoziationsrecht der betroffenen Abgeordneten und der Funktionsfähigkeit des Bundestages abwägt.

Der Linksfraktion gehören seit Montag nicht mehr nur Mitglieder derselben Partei an, sondern auch solche, die aus genau dieser Partei ausgetreten und nunmehr parteilos sind. Der Wortlaut des § 10 I 1 GO-BT erfasst diesen Fall nicht ausdrücklich, sondern kann in die eine wie in die andere Richtung gedeutet werden: Zum einen könnte lediglich ein „[parteiliches Konkurrenzverhältnis](#)“ die politische Homogenität ausschließen, weil § 10 I 1 GO-BT nur Mitglieder konkurrierender Parteien negativ ausschließt, parteilose Fraktionsmitglieder aber nicht erwähnt. Zu einem parteilichen Konkurrenzverhältnis würde es demnach erst kommen, wenn die parteilosen Mitglieder einer anderen Partei beitreten (bzw. eine solche gründen) sollten. Zum anderen könnte die Fraktion ih-

re politische Homogenität jedoch bereits verlieren, sobald einzelne Mitglieder aus der die Fraktion tragenden Partei(en) austreten; ein parteiliches Konkurrenzverhältnis wäre nicht erforderlich. Insofern ließe sich z.B. darauf abstellen, ob „die Mitglieder der bestehenden Fraktion weiterhin als geschlossene politische Aktionseinheit auftreten oder gegeneinander arbeiten“,⁶ „die politische Homogenität der Fraktion ernstlich in Frage gestellt“⁷ ist oder „es konkrete Anhaltspunkte gibt, an ihrer politischen Geschlossenheit zu zweifeln“.⁸

Gegen ein zwingend „parteiliches“ Konkurrenzverhältnis sprechen sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck der Regelung: Erstens können gem. § 10 I 1 GO-BT nur solche Abgeordnete positiv Mitglied einer Fraktion werden, die derselben Partei oder solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen. Den Fall eines parteilosen Mitglieds erfasst S. 1 gerade nicht, sodass § 10 I 2 GO-BT einschlägig ist. Zweitens erfährt eine Fraktion ihre Legitimation durch koalitionswillige Abgeordnete, die gemeinsam ein politisches Programm durchsetzen möchten. Wenn Mitglieder aus der entsprechenden Partei austreten, drücken sie damit für gewöhnlich ihre Missbilligung gegenüber dem politischen Kurs der Fraktion aus, zumal der Austritt aus einer Partei regelmäßig auch den Ausschluss aus der dazugehörigen Fraktion rechtfertigt.

Dass die zehn aus der Partei ausgetretenen Abgeordneten rund um Sahra Wagenknecht und die übrigen 28 Abgeordneten in der Zukunft noch geschlossen auftreten und ein gemeinsames politisches Programm verfolgen, dürfte eher nicht anzunehmen sein. Vielmehr möchten die Fraktionsmitglieder lediglich vorübergehend zusammenbleiben, um [mit Rücksicht auf die Beschäftigten einen geordneten Übergang](#) zu gewährleisten. Damit fehlt es aber an der gebotenen politischen Homogenität der Fraktion. Würden sich die 38 Mitglieder der Linksfraktion heute erneut zu einer Fraktion zusammenschließen wollen, könnten sie sich mangels politischer Homogenität gerade nicht auf § 10 I 1 GO-BT berufen, sondern müssten den Weg über S. 2 gehen und sich vom Bundestag anerkennen lassen.

⁵Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 70.

⁶Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 77.

⁷Klein/Krings, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2015, § 17 Rn. 13

⁸Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 38 Rn. 185; Lontzek/Dietsche, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, AbgG § 53 Rn. 37.

Die Aberkennung des Fraktionsstatus oder dessen automatischer Verlust?

Wenn die qualitative Voraussetzung der politischen Homogenität entfallen ist, sind prinzipiell zwei rechtliche Folgen denkbar: Entweder könnte die Fraktion ihren Status automatisch verlieren⁹ oder der Bundestag dürfte der betroffenen Fraktion wegen Rechtsmissbrauchs den Fraktionsstatus aberkennen.¹⁰

Für einen automatischen Verlust spricht, dass die Bildung einer Fraktion allein auf der positiven Erfüllung der zwei Voraussetzungen des § 10 I 1 GO-BT beruht und der Bundestag nicht über eine Anerkennung der Fraktion zu entscheiden hat. Wenn der actus contrarius zur Aberkennung aber fehlt, dürfte allein der Verlust der Voraussetzungen schon zum Erlöschen des Fraktionsstatus führen. Die damit verbundene Einschränkung der Assoziationsfreiheit der Abgeordneten kann allerdings nur mit der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bundestages gerechtfertigt werden. Diese Abwägung sollte allein dem betroffenen Bundestag obliegen – trotz einer parla-

mentarischen „Entscheidung in eigener Sache“, schließlich wäre für die Anerkennung einer politisch heterogenen Fraktion gem. § 10 I 2 GO-BT ebenfalls der Bundestag zuständig. Ein Missbrauch durch die Parlamentsmehrheit scheint insofern ausgeschlossen, als der Fraktionsstatus nicht willkürlich, sondern nur aberkannt werden darf, wenn tragfähige Indizien (z.B. der Parteiaustritt) für einen Wegfall der politischen Homogenität überwiegen. Zudem lässt sich die mangelnde Rechtssicherheit bei einem automatischen Verlust anführen, die jedoch insbesondere für formale Verfahrensfragen notwendig ist. Denn anders als die quantitative Voraussetzung der Fraktionsmindeststärke kann die qualitative Voraussetzung der politischen Homogenität nicht unmittelbar festgestellt werden, sondern bedarf einer wertenden Betrachtung.

Im Ergebnis darf der Bundestag der Linksfraktion den Fraktionsstatus schon jetzt aberkennen; dazu verpflichtet ist er indes nicht. Spätestens mit dem Unterschreiten der Fraktionsmindeststärke von 37 Abgeordneten endet der Fraktionsstatus aber automatisch.

⁹Ipsen, NVwZ 2006, 176 (178): „Zeitpunkt, zu dem das negative Tatbestandsmerkmal des § 10 I 1 GeschOBT entfällt“.

¹⁰Butzer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 38 Rn. 185; Klein/Krings, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2015, § 17 Rn. 13; Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 77; Lontzek/Dietsche, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, AbgG § 53 Rn. 42.

Sonja Buckel, Anne Engelhardt, Judith Kopp, Maximilian Pichl, Christian Scheper, Carolina A. Vestena

“Powered by the Supply Chain”

Der Streik in Gräfenhausen & die Rechtskämpfe um das neue Lieferkettengesetz

doi: 10.17176/20231003-233537-0



Der zehnwöchige Streik von LKW-Fahrern auf der Raststätte in Gräfenhausen hat in den letzten Wochen für bundesweite Aufmerksamkeit gesorgt. Die Arbeiter kommen größtenteils aus Tadschikistan, Georgien und Usbekistan und arbeiten alle für die polnische Spedition Mazur. Nachdem am 29. September 2023 der bislang längste Streik von Trucker:innen in Europa beendet wurde, kommentierte Edwin Atema vom niederländischen Gewerkschaftsbund FNV (Federatie Nederlandse Vakbeweging) und Verhandlungsführer während des Streiks: »Lkw-Fahrer sind in der Lieferkette unsichtbar. Mit dem Streik haben sie sich sichtbar gemacht«. Am Vortag hatte er sich im Gespräch mit unserem [Forschungsteam](#) bereits optimistisch gezeigt: die politischen Auswirkungen des Protests seien riesig. Auch Bundesarbeitsminister Hubertus Heil (SPD) ließ verlauten, Gräfenhausen zeige, »[g]emeinsam können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer etwas bewegen. Und das Lieferkettengesetz wirkt«.

Seit vielen Jahren wird eine internationale Debatte über Umwelt- und Menschenrechtsfolgen transnationaler Lieferketten geführt. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹ (LkSG oder kurz: Lieferkettengesetz), das zum 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist, [lenkt eine deutlich verstärkte Aufmerksamkeit auf diese Problematik](#). Dabei liegt der Fokus bisher überwiegend auf Menschenrechtsverletzungen und Umweltschäden in Produktionsstätten im Globalen Süden. [Europäische Gewerkschaften](#) wiesen allerdings schon [lange darauf hin](#), dass ausbeuterische Arbeitsbedingungen und Verstöße gegen europäisches Recht bzw. nationales Arbeitsrecht auch mit-

ten in Europa stattfinden. Der Streik der LKW-Fahrer im März/April und August/September 2023 führt uns diese Realität nun deutlich vor Augen. Der Arbeitskampf ist auch deshalb so relevant, weil er sich nicht nur gegen die Spedition Mazur richtet, sondern auch Unternehmen adressiert, die unter das deutsche LkSG fallen. Der Streik in Gräfenhausen ist damit Teil umfassender Rechtskämpfe entlang transnationaler Lieferketten.

Das LkSG ist selbst auch ein Ergebnis jahrelanger Kämpfe um menschenrechtliche Sorgfaltspflichten. Mit dem Abschluss des Gesetzgebungsprozesses sind diese keinesfalls zu Ende. Denn jetzt beginnen vielmehr die Auseinandersetzungen um die Auslegung der Rechtsnormen. »Der Rechtstext ist ein Spielball von Kämpfen«, hatte Bourdieu treffend festgestellt.² Die Anwendung auf den besonderen Fall sei »in Wahrheit eine Konfrontation antagonistischer Rechte«.³ Bei einem so neuen, umstrittenen Gesetz wie dem LkSG, findet diese Konfrontation nicht nur in Gerichtsverfahren statt, sondern bereits früher. Dies verdeutlicht die stattliche Anzahl von ca. 13 deutschsprachigen juristischen Kommentaren, in denen jede Seite versucht, ihre Position festzuzurren. Aber nicht nur die Kämpfe im Inneren des juristischen Felds von den dazu Berufenen, den juristischen Intellektuellen,⁴ tragen zur Herausbildung von Rechtsnormen bei. Sondern ebenfalls, wenn auch vermittelt, gesellschaftliche Kämpfe, wenn es ihnen gelingt, die Buchstaben des Gesetzes noch vor den gerichtlichen Verfahren oder mit Bezug auf diese mit Leben zu füllen. »Rechtskämpfe«, wie wir sie im Rahmen unseres [Forschungsprojekts](#) konzipieren, finden auf drei Ebenen statt: 1. der gesellschaftlichen

¹ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten, v. 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959).

² Pierre Bourdieu, Die Kraft des Rechts, in: Andrea Kretschmann (Hrsg.): Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist, 2019, S. 39.

³ Ebd., S. 46.

⁴ Sonja Buckel/Andreas Fischer-Lescano, Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in: Dies. (Hg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis. Baden-Baden, 85-104, S. 93.

und politischen Ebene, die zwar auch immer schon rechtlich konstituiert ist, aber in der Auseinandersetzung noch vor dem juristischen Feld liegt; 2. im rechtlichen Fachdiskurs und in rechtlichen Verfahren sowie 3. in der Rückübersetzung in den gesellschaftlichen Raum.⁵

Der Streik von Gräfenhausen zeigt exemplarisch, dass die gesellschaftlichen Kämpfe – in diesem Fall: Arbeitskämpfe – die Grundlage juridischer Kämpfe sind, die in Bezug auf das LkSG bereits in vollem Gange sind. Ab einer bestimmten Zuspitzung können sie das Terrain wechseln und ins juristische Feld überspringen. Das muss aber nicht immer der Fall sein.

LkSG becomes real: Politische Ökonomie der Transportlogistik

Seit Jahren weisen Gewerkschaften und deren Initiativen wie das DGB-Beratungsnetzwerk »Faire Mobilität« und die Kampagne der Europäischen Transportarbeiter:innenföderation (ETF) »Fair Transport« [auf die Deregulierung des Gütertransports auf europäischen Straßen hin](#). In den letzten vierzig Jahren hat sich die Arbeit in Logistik und Lagerhaltung stark verändert. Technologische Innovationen und die globale Ausbreitung und Integration verschiedener Paketzusteller und Einzelhändler in die weltweiten Produktions- und Vertriebsketten haben nicht nur die Produktion und den Vertrieb, sondern auch die Arbeit in diesen Sektoren verändert. GPS, Satellitentechnologie sowie eCommerce haben das Management globaler Lieferketten und deren reibungslose Taktung enorm verbessert. Einige Aspekte wie prekäre Verträge, niedrige Löhne, Gesundheits- und Sicherheitsbedenken und eine gewerkschaftsfeindliche Politik sind jedoch gleich geblieben, auch wenn sich die Möglichkeiten für erfolgreiche Kämpfe durch die Internationalisierung der Vertriebsaktivitäten möglicherweise, wie das Beispiel des internationalen Streiks in Gräfenhausen zeigt, etwas verbessert haben.

Schon im März gab es einen Streik von etwa 200 LKW-Fahrern, ebenfalls aus Georgien, Usbekistan und Kasachstan, die sich auf Raststätten in der Schweiz, Italien, in Niedersachsen und zum ersten Mal auch in Gräfenhausen versammelten, um gegen das Unternehmen Mazur zu streiken. Auch der erste Streik in Gräfenhausen endete mit einem Erfolg: Über 300.000 Euro ausstehende Ge-

hälter wurden damals ausgezahlt. Erst im zweiten Streik in Gräfenhausen wurden aber nun auch die Bezüge zum LkSG deutlich.

Wie unser Forschungsteam vor Ort beobachten konnte, klebte an jeder LKW-Tür ein Din-A4 Plakat, auf dem jeweils prominent die Namen der Endkunden ihrer geladenen Waren standen. Außerdem waren auf den Zetteln die jeweiligen Summen der ausstehenden Löhne vermerkt. Zwar wurde in erster Linie Lukasz Mazur auf verschiedenen Illustrationen und Slogans als »Schuldner« angeprangert, doch die Streikenden hatten zusätzlich die *Codes of Conduct* und ethische Grundsätze von Unternehmen wie DHL und Dachser ausgedruckt und an der Rückwand eines LKWs befestigt, der als Streikzelt und Infopoint diente. Damit machten sie auf die Verantwortung der Endkunden in den Lieferketten aufmerksam und auf den Kontrast zwischen Anspruch und Realität ihrer ethischen Grundsätze. Stickers mit dem Slogan »Powered by the supply chain« zierte einige der blauen LKW-Planen.

Am 19. August hatten die Fahrer beschlossen, die Endkunden ihrer Frachtpapiere öffentlich zu machen. Denn Mazur selbst ist mit seinen drei Sub-Unternehmen LUKMAZ, AGMAZ und Imperia, von denen letzteres kürzlich verkauft wurde, nur eines von vielen Gliedern in den Lieferketten von DHL, Kühne und Nagel, Porsche, Audi, VW, DB Schenker und anderen Unternehmen. Diese sahen sich teilweise durch die Veröffentlichung ihrer Firmennamen in Verbindung mit dem Streik und dem LkSG zum ersten Mal gezwungen, transparent zu machen, in welcher Verbindung sie zu einem Unternehmen stehen, das mitten in Europa Hungerlöhne zahlt – oder selbst diese verwehrt, wie die Streikenden gezeigt haben.

Welche menschenrechtlichen Aspekte des LkSG adressiert der Streik?

Der Streik erhielt eine derartige Dynamik, dass [Bundesarbeitsminister Hubertus Heil am 15. September 2023 auf eine Sonderprüfung bei Auftraggebern Mazurs bezüglich des Verstoßes gegen das LkSG hinwirkte](#). Kurz darauf besuchte Torsten Safarik, Präsident des zuständigen Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), die Raststätte, um sich ein Bild zu machen. Frachtscheine und andere Dokumente wurden geprüft. Neben der Bestätigung durch Safarik, dass hier tatsächlich Menschen-

⁵ Ausführlich vgl. Sonja Buckel/Maximilian Pichl/Carolina A. Vestena, Legal Struggles: A Social Theory Perspective on Strategic Litigation and Legal Mobilisation. *Social & Legal Studies*, 2023, <https://doi.org/10.1177/09646639231153783>.

rechte verletzt worden seien, kündigte das BAFA einen Krisengipfel mit Arbeitgeber:innen und Gewerkschaften der Branche am 16. Oktober diesen Jahres an.

Im Hinblick auf das LkSG geht es um die Prüfung verschiedener Verstöße der in Paragraph 2 des LkSG »geschützten Rechtspositionen«. Ein »mensenrechtliches Risiko«, wie es § 2 Abs. 2 LkSG beschreibt, kann hier in Bezug auf fehlende Maßnahmen gegen körperliche und geistige Ermüdung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5c LkSG), etwa durch lange Arbeitszeiten und mangelnde Ruhepausen in Betracht kommen. Zu berücksichtigen ist auch das Vorenthalten eines angemessenen Lohnes (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG), das nach Art. 7 lit. a des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Menschenrecht konkretisiert ist, worauf das LkSG Bezug nimmt. Der Lohn muss dabei mindestens so hoch liegen wie der anwendbare Mindestlohn und richtet sich nach dem Beschäftigungsort. Die niedrigen Löhne sind allerdings nur ein Aspekt der Ausbeutung. Zusätzlich berichteten Fahrer immer wieder, dass sie zum Teil seit einem Jahr nicht mehr zu Hause gewesen seien, dass das Geld für eine Heimreise jedoch nicht ausreiche und sie unter Druck ständen, weiterzuarbeiten und oft bis zu 15 Stunden am Tag unterwegs seien.

Konfliktstrategien entlang der Lieferketten

Am 29. September gelang es Arbeiter:innenvertretern wie Edwin Atma und anderen nun schon zum zweiten Mal an der Raststätte in Gräfenhausen, einen LKW-Streik erfolgreich zu Ende zu führen. [Während der polnische Spediteur Mazur bisher eine Einigung abstreitet, konnten die Streikenden dennoch die Zahlung in Höhe von fünfhunderttausend Euro durch auftraggebende Unternehmen entlang der Lieferkette erwirken.](#) Auf der Grundlage unserer bisherigen Erkenntnisse wollen wir drei Thesen für diesen zumindest teilweisen Erfolg formulieren. *Erstens* herrscht momentan ein großer Arbeitskräftemangel, der durch die Überausbeutung von LKW-Fahrer:innen während der Pandemie und durch den Ukrainekrieg – viele Fahrer:innen stammen aus dem osteuropäischen und west-asiatischen Raum – verstärkt wurde. Laut [Erhebungen](#) der International Road Transport Union (IRU) fehl-

ten im Jahr 2022 allein 425.000 Fahrer:innen in Europa. Dadurch und durch weitere damit verschränkte Entwicklungen, lässt sich eine latente Transportkrise konstatieren, die die Arbeitenden zu ihrem Vorteil nutzen konnten und die ihre Handlungsmacht verstärkte. *Zweitens* gelang es den Arbeitenden internationale Solidaritätsnetzwerke aufzubauen und zu nutzen, bzw. ein Rescaling⁶ ihres lokalen Kampfes mit einem polnischen Spediteur auf eine internationale Ebene. Beide Male organisierten LKW-Fahrer:innen in Süd-Korea Solidaritätsstreiks und Proteste mit den Streikenden in Gräfenhausen. Die schwedische Gewerkschaft Solidariska Byggare setzte zuletzt einen Streikfond auf. Auch vor Ort wurden die Streikenden durch Lebensmittelspenden, Shuttlefahrten nach Darmstadt zum Duschen und einem Streikfond der FAU unterstützt. *Drittens* stützten sich die Streikenden und ihre Vertreter:innen auf die Skandalisierung der Rechtsverstöße, wodurch sie sowohl medial als auch bei den deutschen Behörden Druck aufbauen konnten, diesen Fall zu untersuchen.

Fazit

Durch die kollektive Mobilisierung ist es den Streikenden gelungen, die in der Lieferkette verborgenen Formen der Ausbeutung sichtbar und damit rechtlich angreifbar zu machen. Denn die Stabilität der globalen Produktions- und Lebensweise, die weltweit Natur und Arbeitskraft ausbeutet, beruht gerade darauf, dass die Ausbeutung unsichtbar bleibt.⁷

Dieser Kampf einer globalisierten Arbeiter:innenklasse findet in dem LkSG einen rechtlichen Anknüpfungspunkt im Sinne einer institutionellen Machtressource. Der qualitative Sprung dieses zurecht als »Baustein eines transnationalen Arbeitsrechts«⁸ beschriebenen Gesetzes besteht darin, dass es eine rechtliche Bindung der Unternehmen an die ILO-Übereinkommen herbeiführt, sodass alleine die Drohung damit Wirkung zeigen kann. Das LkSG entspricht allerdings zugleich dem Interesse vor allem transnational agierender Unternehmen. Denn der Kern des Gesetzes, die »Sorgfaltspflicht«, verpflichtet die Unternehmen nicht unmittelbar dazu, Rechtsverletzungen in der Lieferkette zu verhindern,

⁶Markus Wissen, Contested terrains. Politics of scale, the national state and struggles for the control over nature, in: Review of International Political Economy 16(5): 883-906, hier S. 898.

⁷Ulrich Brand/Markus Wissen, Imperiale Lebensweise, München, 2017, S. 13.

⁸Rüdiger Krause, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Baustein eines transnationalen Arbeitsrechts – Teil II, Recht der Arbeit, 6/2022, S. 329.

sondern zunächst lediglich zur Etablierung bestimmter Managementprozesse im Rahmen der zu erwartenden Sorgfalt. Dies versetzt sie prinzipiell in die Lage, sowohl die Menschenrechtskritik aufzunehmen als auch eine

grundlegende Krise der Produktion abzuwenden.⁹ Die Auseinandersetzungen um die Anwendung und Auslegungen des Gesetzes werden daher in den nächsten Jahren weitergehen.

⁹Christian Scheper, Corporate Due Diligence in Global Value Chains, in: Madelaine Moore, Marcel van der Linden, Christoph Scherrer (Hrsg.), *The Elgar Companion to Decent Work and the Sustainable Development Goals*, Cheltenham, im Erscheinen.

Lennart Lagmüller

Ein Mensch, zwei Jobs, viele Fragen

Ministerkompatibilität und auskunftsrechtliche Verfahren

doi: 10.17176/20231102-224147-0



In Deutschland gibt es eine verfassungsrechtliche Besonderheit: Regierungsmitglieder können gleichzeitig Abgeordnete bleiben, obwohl diese Funktionen mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten einhergehen. Insbesondere für die Informationsfreiheit hat sich dadurch eine rechtliche Grauzone entwickelt.

Wo beginnt politische Kommunikation?

Diese rechtliche Grauzone trat in der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2023 vor dem Verwaltungsgericht Berlin (Az. VG 2 K 124/22) zu Tage. Der Journalist Arne Semsrott [begehrte](#) nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) Zugang zu der SMS- und Messenger Kommunikation des damaligen Außenministers und Bundestagsabgeordneten Heiko Maas zum chaotischen (und [rechtswidrigen](#)) Afghanistan-Abzug im April 2021. In solchen auskunftsrechtlichen Verfahren gegen Minister*innen, die auch Abgeordnete sind, besteht grundsätzlich ein Spannungsverhältnis, da Abgeordnete wegen des in Art. 38 GG geschützten freien Mandats, anders als Ministerien, keine auskunftspflichtigen Stellen sind. Semsrott scheiterte mit seiner Klage sowohl hinsichtlich der Kommunikation auf dem Diensthandy als auch bezüglich der Kommunikation, die der Minister über sein Bundestagshandy führte. Das Heiko Maas vom Ministerium zur Verfügung gestellte Diensthandy hatte man nach dem Ausscheiden des Ministers trotz des noch nicht abgeschlossenen IFG-Verfahrens auf Werkseinstellungen zurückgesetzt. Ob von dem Antrag umfasste Kommunikation vorher auf dem Handy vorhanden war, blieb ebenso ungeklärt wie die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Form diese Kommunikation beim Auswärtigen Amt veraktet worden ist. Am Rande erwähnte das Gericht noch, dass auch auf Diensthandys des Auswärtigen Amts „politische Kommunikation“ stattfinden könne, die nicht

Gegenstand des Informationsfreiheitsrechts sei.

Die Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor, aber das Gericht ließ in der mündlichen Verhandlung durchblicken, dass etwaige auf dem Bundestagshandy von Maas vorhandene Kommunikation schon deshalb nicht herausgegeben werden müsse, da sie nie beim Auswärtigen Amt vorhanden gewesen sei. Der faktische Zugriff des im Zeitpunkt des IFG-Antrags noch amtierenden Ministers Maas mache diese Informationen – ungeachtet ihres Inhalts – nicht zu amtlichen Informationen des Auswärtigen Amtes. Ist eine solche strikte Zweiteilung in den Fällen der Personalunion von Amt und Mandat überhaupt möglich und wie ist sie rechtsdogmatisch einzuordnen? Anlass, um sich im ersten Teil dieses Beitrags der Trennung von Amt und Mandat¹ zu widmen und anschließend den Zusammenhang zu einer kritischen Verschleierungspraxis zu untersuchen.

Vereinbarkeit von Amt und Mandat als gängige und wenig umstrittene Praxis

Ein Blick in die Statistik zeigt, dass die Personalunion von Regierungsamt und Abgeordnetenmandat auf horizontaler Ebene in Deutschland eher die Regel als die Ausnahme ist. Lediglich vier der aktuell sechzehn Bundesminister*innen (Nancy Faeser, Klara Geywitz, Boris Pistorius, Wolfgang Schmidt) sind *nicht* gleichzeitig Abgeordnete des Bundestages. In der Geschichte der Bundesrepublik gab es überhaupt nur 60 Nicht-Abgeordnete, die Bundesminister*innen waren ([Datenhandbuch](#) Kap. 6.8.). Demokratietheoretisch ist die Vereinbarkeit von Regierungsamt und Abgeordnetenmandat keine Selbstverständlichkeit. So [kämpfte der linke Parteiflügel von Bündnis90/Die Grünen](#) bis Ende der 90er Jahre gegen die Ämterhäufung, weil er sie für unvereinbar mit der Gewaltenteilung und -kontrolle hielt. Gleichzeitig diskutierte die Verfassungs-

¹Im Folgenden meint „Amt und Mandat“ „Regierungsamt und Abgeordnetenmandat“. Nicht betrachtet wird der Bereich der vertikalen Verschränkung von Ämtern und Mandaten (bspw. ob ein*e Landtagsabgeordnete*r oder ein*e Abgeordnete*r des europäischen Parlaments auch Bundesminister*in werden kann). Außerdem ist die Thematik auch von der Trennung des Parteiambtes und Abgeordnetenmandates zu trennen, wie sie heute gelegentlich noch bei den Grünen diskutiert wird.

lehre die Frage, ob das Grundgesetz eine Inkompatibilität sogar vorsehe. Kritiker*innen nahmen die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierte Gewaltenteilung als Ausgangspunkt und verstanden die durch Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich vorgeschriebene Existenz „besonderer Organe“ als eine Notwendigkeit der Gewährleistung „von einander gesonderter Organe“. Dies lässt jedoch aus dem Blick, dass für eine parlamentarische Demokratie neben der Gewaltenteilung auch eine Gewaltenverschränkung typisch ist. Das Grundgesetz sieht eben keine „absolute Trennung, sondern eine gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten“ vor (BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, 1-27, Rn. 44). So dürften sich damalige Vertreter der Inkompatibilitätsthese wie Epping (DÖV 1999, 529), von Münch (NJW 1998, 34) sowie Schneider/Zeh (Parlamentsrecht § 4 Rn. 38 Fn. 64) heute der ganz herrschenden Meinung gegenübersehen, dass das Grundgesetz die Vereinbarkeit von Regierungamt und Abgeordnetenmandat jedenfalls nicht ausschließt. Das [Ergebnis](#) wird auch aus dem Umkehrschluss von Art. 66 GG (einfachgesetzlich § 5 BMinG) gezogen. Diese Einigkeit überrascht insbesondere vor dem Hintergrund, dass heutzutage mehr Abgeordnete denn je Teil der Bundesregierung sein dürften. Schließt man parlamentarische Staatssekretäre und die immer [wachsende Zahl der Regierungsbeauftragten](#) ein, sind es 56 Abgeordnete und damit knapp 10% der Bundestagsmindestgröße, die regierungsnahen Tätigkeiten wahrnehmen und eigentlich als Abgeordnete die Regierung kontrollieren sollten. Denn die [Ansicht des Volljuristen](#), Bundesjustizministers und Bundestagsabgeordneten Marco Buschmann, dass Regierungsmitglieder im Parlament gerade die Kontrolle der Exekutive stärken, dürfte zu weit gehen.

Inkompatibilität andernorts Normalität

Diese Verfassungsrealität ist jedoch keine Selbstverständlichkeit. Dafür genügt zunächst schon ein Blick in die Bundesländer, von denen etwa Bremen im Art. 108 Abs. 1 sowie Hamburg in Art. 39 Abs. 1 ihrer jeweiligen Verfassung vorsehen, dass Mitglieder der Regierung keine Parlamentsmandate ausüben dürfen. In Brandenburg hingegen sehen die [parteiinternen Regelungen](#) der Linken und der Grünen vor, dass ihre Mitglieder bei der Ernennung zu*r Minister*in ihr Landtagsmandat aufgeben. Auch im europäischen Vergleich dürfen Regierungsmitglieder unter anderem in Belgien (Art. 50), Frankreich (Art. 23), Luxemburg (Art. 54) und Schweden (Kap. 4 § 13)

nach ihrer jeweiligen Verfassung ein Parlamentsmandat nicht ausüben (vgl. [vollständige Übersicht](#)). In der Regel ruht dann das Mandat oder wird von einem Stellvertreter ausgeübt.

Für Regelungen, wie sie Bremen und Hamburg treffen, gibt es gute Gründe. Sowohl das Abgeordnetenmandat als auch das Amt als Bundesminister*in sind anspruchsvolle Tätigkeiten, die jeweils „den ganzen Menschen“ verlangen (So das BVerfG (Urt. v. 5.11.1975 – 2 BvR 193/74) in seinem Diätenurteil jedenfalls bzgl. der Abgeordnetentätigkeit). Eine Umfrage der [Süddeutschen Zeitung](#) aus dem Jahr 2018 unter Abgeordneten ergab, dass mehr als 90 Prozent der Parlamentarier 55 oder mehr Stunden arbeiten und fast die Hälfte mehr als 70 Stunden pro Woche arbeitet. Kaum vorstellbar also, dass Bundesminister*innen ihre Abgeordnetentätigkeit so ausfüllen, wie andere ämterlose Abgeordnete. Gleichzeitig sieht die [„Orientierungshilfe zu den Rechtsverhältnissen der Mitglieder der Bundesregierung“](#) des Bundesinnenministeriums vor, dass Bundesminister*innen „ihre Arbeitskraft in vollem Umfang ihrem Amt zu widmen“ haben. Schneider/Zeh (Parlamentsrecht § 4 Rn. 32) prägten den Begriff der „faktischen Inkompatibilität“. Dass eine Person diese beiden Tätigkeiten nicht vollumfänglich ausfüllen kann, findet schließlich auch in der Vergütung von Abgeordneten Berücksichtigung. So wird gem. §§ 11, 29 AbgG die Abgeordnetendiät bei gleichzeitigem Einkommen aus einem Amtsverhältnis um die Hälfte gekürzt.

Abgrenzungsprobleme und Interessenkonflikte

Wenig verwunderlich also, dass die Tätigkeiten im politischen Alltag oft kaum voneinander abzugrenzen sind. Momentan wird wieder viel über den Interessenkonflikt bei der Nutzung amtlicher Ressourcen zur Förderung der eigenen politischen Ambitionen als Abgeordnete*r diskutiert. So wurde die [Umwidmung des Twitter-Accounts](#) der Bundesinnenministerin Nancy Faeser zu Wahlkampfzwecken in Hessen kritisiert. Vergangene Woche entschied das [Amtsgericht Berlin-Mitte](#), dass Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach Nutzer*innen auf X blockieren darf, obwohl er dort – nach Ansicht des AG jedoch nicht überwiegend – als Gesundheitsminister und mit einem blauen, staatliche Institutionen kennzeichnenden, Haken auftrat. Es finden sich noch weitere Probleme. So etwa die Frage, wann ein*e Bundesminister*in, die auch Abgeordnete*r ist, sich auf die Indemnität gemäß Art. 46 GG berufen kann (exmpl.: OVG Münster, Urt.

v. 04.10.1966, II A 16/65, DVBl 1967, 51, 53). Indes scheinen die Bundesministerien keine Notwendigkeit zur Regelung dieser Interessenkonflikte zu sehen. So ergaben verschiedenen Anfragen der Plattform [fragdenstaat](#), dass in den Bundesministerien über die bereits erwähnte Orientierungshilfe hinaus keine internen Regelungen zu Interessenkonflikten eine*s Bundesminister*in mit einem Abgeordnetenmandat bestehen. Die Orientierungshilfe selbst stellt lediglich fest, dass Ministeramt und Abgeordnetenmandat kompatibel sind und führt Näheres zur Vergütung, Dienstreisen und Dienstwägen aus.

Schlupfloch für demokratische Kontrolle?

Wie das eingangs erwähnte Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin gezeigt hat, ist die Ministerkompatibilität auch eine Herausforderung für die Bestimmung des Umfangs von Auskunftsrechten. Abgeordnete sind nicht auskunftspflichtig, da sie weder Behörden im Sinne des Presserechts (vgl. § 4 Abs. 1 LPersG) noch im Sinne des Informationsfreiheitsrechts (vgl. § 1 Abs. 1 IFG) sind. Jedoch offenbarten einige Verfahren der jüngeren Vergangenheit, dass die Kommunikationskanäle von denen des Ministeriums nicht immer klar getrennt sind.

So teilte in einem weiteren auskunftsrechtlichen Verfahren bezüglich der Kommunikation Marco Buschmanns das Bundesjustizministerium zunächst mit, dass „Korrespondenz, die in Zusammenhang mit parteipolitischer Betätigung oder Abgeordnetentätigkeit steht“ nicht unter das IFG fällt und dem Ministerium [in diesem Sinne keine Informationen](#) vorlägen. Erst im Laufe des Klageverfahrens ergab sich, dass Buschmann in dem angefragten Zeitraum zwar keine E-Mails von seiner Ministeriumsadresse verschickt hat, jedoch drei E-Mails von seinem Abgeordnetenaccount. Bei den – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – bisher herausgegebenen Dokumenten handelte es sich eindeutig um amtliche Kommunikation, in der die Pressestelle des Ministeriums Marco Buschmann um die Freigabe bestimmter Zitate bittet.

Auch der damalige Bundesverkehrsminister Andreas Scheuer nutzte seine Bundestags-E-Mail-Adresse, um über die unionsrechtswidrige PKW-Maut zu kommunizieren. Scheuer ließ sich unter anderem von einem Abteilungsleiter des Ministeriums [über seine Abgeordneten-E-Mail-Adresse](#) bezüglich der damals diskutierten Einsetzung eines Untersuchungsausschusses briefen und stimmte seine Reaktionen diesbezüglich mit ihm ab. Die technische Infrastruktur des Bundestages zu nutzen, war

ein zunächst erfolgreiches Manöver, denn dem eingesetzten Untersuchungsausschuss wurden erst nachträglich 320 Seiten E-Mails vorgelegt, die auch Kommunikation von der Abgeordnetenadresse Andreas Scheuers enthielten. In einem daraufhin angestrebten Verfahren nach § 17 Abs. 4 PUAG verpflichtete der Bundesgerichtshof den Untersuchungsausschuss, sich die auf den Servern des Bundestages gespeicherten Protokolldateien (Logfiles) bestimmter E-Mail Accounts des Bundestages vorlegen zu lassen. Der BGH (Beschl. v. 29.1.2021 – 1 BGs 42/21, 1 ARs 1/20, BeckRS 2021, 917 Rn. 38) stellte fest, dass, falls ein Bundesminister es zulässt, „dass Bedienstete des Ministeriums ihn unter seinen vom Deutschen Bundestag bereitgestellten E-Mail-Adressen zu Amtsgeschäften kontaktieren“ und er darauf antwortet, „er diesen Kommunikationsweg eigenverantwortlich für Dienstgeschäfte als Minister“ öffnet. Was auskunftspflichtig ist, wird hier richtigerweise funktional nach dem Inhalt der Information bestimmt und nicht nach der organisatorischen Zugehörigkeit der technischen Infrastruktur.

Gänzlich außerhalb der Reichweite auskunftsrechtlicher Ansprüche dürfte – jedenfalls nach Auffassung des VG Berlin – jede Kommunikation sein, die ein Minister mit Dritten über seine Abgeordnetenkanäle führt. Ob es eine solche Kommunikation im eingangs erwähnten Maas-Verfahren gegeben hat, wird wohl ungeklärt bleiben.

Ausblick und Fazit

Warum Abteilungen eines Ministeriums ihre Minister*innen über ihre Abgeordnetenadressen kontaktieren, wie im Fall Scheuer und Buschmann, lässt sich nur mutmaßen. Ebenfalls unklar bleibt, warum solche Kommunikation nicht veraktet wird. Die Auswahl der drei Verfahren zeigt zunächst, dass Lena Buß (Kompatibilitätsregeln für Angehörige der Legislativ- und Exekutivorgane im Mehrebenensystem, 2019, S. 114ff) in ihrer Dissertation einem Fehlschluss unterliegen dürfte, wenn sie feststellt, dass kein Regelungsbedarf bestehe, da „sowohl des Bundesregierungsmitglied als auch der Bundestagsabgeordnete dem Gemeinwohl des Bundes gegenüber verpflichtet“ sind und es somit unwahrscheinlich sei, „dass bei Ausübung beider Funktionen ein Interessenkonflikt besteht.“ Vielmehr zeigen die Beispiele, dass es einer Regulierung bezüglich der Interessenkonflikte bei Personalunion von Ministeramt und Abgeordnetenmandat bedarf. Mit verbindlichen Regeln zur Aktenführung lie-

ßen sich Auskunftsrechte besser durchsetzen. Auch die politische Diskussion um die Notwendigkeit der Abgeordnetenmandate von Bundesminister*innen muss nicht gescheut werden. Die Kompatibilität ist zwar *de lege lata*

nicht ausgeschlossen. Das bedeutet aber nicht, dass eine Inkompatibilität nicht durch eine Grundgesetzänderung möglich oder gar wünschenswert wäre.

Clemens Arzt

Pro-Palästina als unmittelbare Gefahr?

Zur Aushöhlung des Versammlungsrechts in aufgeheizten Zeiten

doi: 10.17176/20231102-224117-0



Seit dem menschenverachtenden Überfall der Hamas auf Israel am 7. Oktober 2023 und den weiteren Angriffen danach gehen die Wogen [international](#) wie auch in Deutschland hoch. Jüdinnen und Juden in Deutschland äußern ihre nur zu berechnete [Besorgnis](#) und [Angst](#) vor Übergriffen auch hier. Dass sie diese Sorge haben müssen, ist [bedenklich und real](#), nicht erst seit dem 7. Oktober 2023.

Vor diesem Hintergrund hat der Kanzler abermals die deutsche Staatsräson (und Israels Sicherheit als Teil hiervon) aufgerufen und zum Leitbild staatlichen Handelns gemacht. Auf einer politischen oder auch moralphilosophischen Ebene ist das nachvollziehbar. Wenn die Staatsräson indes zum Maßstab der Versammlungsfreiheit in Deutschland wird, knirscht es laut, wie unten näher ausgeführt wird. Eine arge Gemengelage. Jedes [Wort](#), auch an dieser Stelle, will sorgfältig abgewogen werden und das beschränkt auch die Fähigkeit zum kritischen Diskurs. Kritik an den Mitteln der israelischen Selbstverteidigung bis hin zum Vergeltungskrieg und der humanitären Krise im [Gazastreifen](#) ist in Deutschland deutlich leiser und zurückhaltender als in vielen [Nachbarländern](#). Versammlungen werden von der Polizei als „israelfeindlich“ gelabelt und aufgelöst oder verboten. Jurist*innen beginnen, sich mit Strafnormen zu befassen, die eher nicht zum Kanon einer klassischen Jurist*innenausbildung gehören. Mensch kann sich hier fast nur die Finger verbrennen und rechtliche Einordnungen in der Öffentlichkeit begegnen schnell der aggressiven und um Teil schlicht uninformierten Kritik in öffentlichen [Foren](#).

Versammlungsfreiheit - nicht nur für Deutsche

Gehen wir also in *medias res* und schauen, was Art. 8 GG eigentlich als Freiheitsrecht gewährleistet und was „Palästina-Demos“ entgehen könnte.

Geschützt ist die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG allein für „alle Deutschen“. Ob dies auch im Jahr 2023 noch akzeptabel ist, mag bezweifelt werden, ist hier aber letztendlich nicht relevant, weil schon die Lan-

desverfassungen (zB. [Art. 26 Verfassung von Berlin](#)) dieses Grundrecht auf alle Männer und Frauen ausweitet. Wollte man Bayern gleichsam als Gegenmodell hier anführen, dann kommt dort die Versammlungsfreiheit nach [Art. 113 Bayerische Verfassung](#) allen „Bewohnern“ Bayerns zu. Abgehakt also. Nicht anders die Versammlungsgesetze. Nach dem nicht gerade liberal-rechtsstaatlichen [Versammlungsgesetz des Bundes von 1953](#), das noch immer in rund der Hälfte der Bundesländer gilt, hat „Jedermann“ das Recht, sich zu versammeln (und Frauen gehören für die Anhänger des generischen Maskulinums auch hier dazu). Berlin gewährt dieses Recht [in § 1 VersFG Bln](#), einem der neusten Landesversammlungsgesetze, folgerichtig jeder Person. Ebenso abgehakt, und zur Not hilft auch noch ein Blick in [Art. 11 EMRK](#).

Hinzu kommt, dass die Versammlungsbehörden und Polizei schwerlich vor jeder Demo die Ausweise kontrollieren könnte. Dies wäre zudem schon mit Art. 8 GG und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vereinbar.

Provokative Äußerungen sind nicht „unfriedlich“

[Art. 8 GG](#) gewährleistet jedoch nur Versammlungen, die „friedlich und ohne Waffen“ stattfinden. Verstöße gegen das Waffenverbot sind mir im Kontext von „Pro-Palästina-Versammlungen“ in den beiden letzten Wochen nicht aufgefallen. Zu unfriedlichen Auseinandersetzungen kam es schon, vor allem, wenn die Polizei gegen Versammlungen einschritt. Aber könnten Rufe wie etwa der nach einer Auslöschung Israels nicht unfriedlich sein? Unfriedlich ist eine Versammlung nach gängigem Verständnis in der Literatur und Rechtsprechung des [BVerfG](#) nur, wenn sie einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder unmittelbar anstrebt.¹ Unfriedlich wäre also eine Versammlung, die jüdische Einrichtungen, Synagogen oder vergleichbare Objekte angreift. [Strafrechtlich relevante Äußerungsdelikte](#) können dagegen zwar eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit

¹vgl. Deiseroth/Kutscha in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht, 2. Auflage, Art. 8 GG Rn. 158

im Sinne des Versammlungsgesetzes darstellen (dazu sogleich), sind aber nicht unfriedlich, was auch für noch so provokative Äußerungen gilt. Abgehakt, auch hier.

Mit Blick auf die immer wiederkehrende Verkennung der Rechtslage in der Presseberichterstattung sei hinzugefügt, dass niemand in Deutschland eine Genehmigung für Versammlungen braucht. Es gibt keine „genehmigten“ und keine „ungenehmigten“ oder „nicht genehmigten“ Demonstrationen, sondern allenfalls solche, die beschränkt, verboten oder aufgelöst werden. Man muss Versammlungen entgegen dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 GG „nur“ der zuständigen Versammlungsbehörde anzeigen (anmelden),² soweit es sich nicht um eine Spontanversammlung handelt. Dies alles gilt auch für „Palästinenser-Demonstrationen“, nicht mehr und nicht weniger. Dabei kann allerdings nicht verborgen bleiben, dass die Versammlungsbehörden und Polizei offenbar bei solchen Demonstrationen immer wieder andere Maßstäbe anlegen als bei anderen Gelegenheiten. Die Staatsräson und überforderte Polizeien lassen grüßen (dazu unten mehr).

Das Recht zum Dissens

Mit Blick auf den Nationalsozialismus und die Shoah hat Deutschland die Sicherheit Israels zur deutschen Staatsräson erklärt, was auch immer das genau bedeuten mag. Rechtlich ausbuchstabiert scheint dies nicht. Unstrittig sollte indes sein, dass die Staatsräson die Verfassung, die Grundrechte und auch das einfache Gesetz nicht einschränken oder gar verdrängen kann. Anders als etwa § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßGG kennt das Versammlungsrecht auch keinen Vorbehalt, der Versammlungsverbote bei der Gefährdung „sonstige[r] erhebliche[r] Belange der Bundesrepublik Deutschland“ erlauben würde. Damit kann die deutsche Staatsräson Eingriffe in Art. 8 GG (und die Grundrechte aus den Landesverfassungen) nicht rechtfertigen. Auch hier also: abgehakt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist Kritik an Israel jetzt und heute in Deutschland also zulässig und von der Meinungsfreiheit im Sinne des Art. 5 GG und bei Versammlungen von Art. 8 GG gedeckt. Jeder Mensch, der gegen die Hamas demonstrieren und Solidarität mit Israel bekunden will, kann dies tun. Und ebenso kann ge-

²Näher hierzu BVerfG 69, 315/350 f..

³Instruktiv hierzu Berend Koll, *Liberales Versammlungsrecht*, Zum Stellenwert der Freiheit in den Versammlungsgesetzen, Baden-Baden 2015.

⁴BVerfGE 69, 315/346 f. unter Rekurs auf K. Hesse

gen die israelische Kriegsführung im Gazastreifen oder für die Rechte der Palästinenser demonstriert werden, selbst nach den Verbrechen der Hamas in Israel. Dies ist Teil des politischen Meinungsstreits und hier scheint es in Deutschland an einer Streitkultur auf der Straße zu fehlen.³ Das Unbehagen, dies in der innenpolitisch aufgeheizten Diskussion in Deutschland zu tun, spiegelt sich vermutlich auch in der (eher geringen) Teilnehmerzahl an der [Versammlung zur Unterstützung Israels](#) am 22. Oktober 2023 in Berlin.

Demonstrationen zur aktiven Unterstützung des Angriffs der Hamas sind dagegen schlicht inakzeptabel und wohl auch strafrechtlich ein Problem (dazu sogleich), mit Blick auf deren Verbrechen seit dem 7. Oktober 2023. Versammlungen zur Unterstützung „der Palästinenser*innen“ in diesen Tagen mag mensch politisch verurteilen, aber man muss konträre Auffassungen in dieser Frage politisch wie verfassungsrechtlich aushalten. Versammlungen dienen dem Diskurs, dem Streit um Positionen, sind ein Minderheitsrecht und das Recht zum Dissens. Sie können bis hin zum Sturz von Regierungen führen, wie wir in Deutschland selbst erfahren haben. In den Worten des BVerfG bieten sie „die Möglichkeit zur öffentlichen Einflussnahme auf den politischen Prozess, zur Entwicklung pluralistischer Initiativen und Alternativen oder auch zu Kritik und Protest...; sie enthalten ein Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie, das geeignet ist, den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren“.⁴

Pro-Palästina als unmittelbare Gefahr?

Eine Versammlung kann daher grundsätzlich nur beschränkt oder verboten werden, wenn die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet ist. Für die öffentliche Ordnung als Schutzgut des Versammlungsrechts ist hier mit Blick auf eine Vielzahl von Regelungen und Beschränkungen im Straf- und Versammlungsrecht kein Raum. Zudem ist die öffentliche Ordnung zum Beispiel in § 14 VersFG Berlin kein Schutzgut (mehr).

Für Meinungsäußerungen auf Versammlungen setzt zunächst das [Strafrecht die Grenzen](#). Hier sei etwa auf die Kettenverweisungen in § 140 StGB hingewiesen, auf die Volksverhetzung nach § 130 StGB, mit der Beson-

derheit der Leugnung des Holocaust als **nicht „allgemeinem Gesetz“** im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. Auch die Strafbarkeit antisemitischer Äußerungen wäre ein solches „Sonderrecht“ im Sinne des Art. 5 GG, das unterstreicht die **Wunsiedel-Entscheidung** des Bundesverfassungsgerichts. Die Beleidigung nach § 185 StGB kommt in diesem Kontext ebenso in Betracht wie das Verbrennen von Staatsflaggen. Die Strafbarkeit von Flaggenverbrennungen wurde 2020 erheblich durch § 104 Abs. 1 Satz 2 und 3 StGB ausgeweitet und erstreckt sich selbst auf den **symbolischen Akt der Verbrennung** einer Flagge im Eigentum des Täters.

Zudem wurden die strafrechtlichen Begrenzungen von Meinungsäußerungen bei Versammlungen 2005 im Kontext der Genese des § 130 Abs. 4 StGB versammlungsrechtlich durch Einfügung des § 15 Abs. 2 VersG des Bundes „ergänzt“ und seither immer stärker erweitert, so etwa in § 15 VersG Sachsen oder jüngst in völliger Entgrenzung durch § 14 Abs. 2 VersFG Berlin, der wohl kaum vor Art. 5 und Art. 8 GG Bestand haben dürfte. Die Berliner **Versammlungsbehörde** jedenfalls scheint bisher nicht auf diese Norm zu rekurrieren und geht lieber den Weg über § 14 Abs. 1 VersG. Ob und welche Begrenzungen der Meinungskundgabe durch Strafrecht in diesem Kontext zulässig sind, ist dabei mit Blick auf die **Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG** nicht unumstritten, kann hier aber nicht vertieft werden.

Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann die Meinungskundgabe auf Versammlungen nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden. Sobald in einer Versammlung verfassungsrechtlich zulässige Grenzen der Meinungsfreiheit überschritten werden, kann die Polizei einschreiten; ein Vorabverbot geht über das Ziel hinaus. Eine ganze Reihe von Städten hat nach dem 7. Oktober indes durch Allgemeinverfügungen oder das Verbot von einzelnen (nicht angemeldeten) Versammlungen mit einem über Tage hinaus geltenden Verbot von „Ersatzveranstaltungen“ teilweise längerfristige und flächendeckende Beschränkungen der Versammlungsfreiheit unabhängig von der Gefahrenprognose für eine bestimmte Versammlung angeordnet, so etwa Augsburg, Berlin (s.a. VG Berlin 11.10.2023, Az.: 1 L 428/23), Bremen (s.a. VG Bremen), Hamburg (s.a. VG Hamburg) und München. An anderen

Orten wurde allein zum Verbot einzelner Versammlungen gegriffen, so etwa in **Karlsruhe**.

Verbote „pro-palästinensischer“ Demonstrationen mit einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu begründen (ablehnend zu Beschränkungen hingegen **VG Frankfurt**, anders **VGH Kassel** sowie **VG Frankfurt**), ist eine Abkehr von einer jahrzehntelang etablierten Praxis und verfassungs- wie verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung. „Verbot oder Auflösung setzen zum einen als ultima ratio voraus, daß das mildere Mittel der Auflagenerteilung ausgeschöpft ist“, stellte das BVerfG schon im Brokdorf-Beschluss (BVerfGE 69, 315, 353) fest. Verbote und Auflösung stellen nach der Rechtsprechung des BVerfG die **schwerste mögliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit** dar. Selbst bei der Möglichkeit gewalttätiger Auseinandersetzungen ist ein „vorbeugendes Verbot der gesamten Veranstaltung wegen befürchteter Ausschreitungen einer gewaltorientierten Minderheit (...) nur unter strengen Voraussetzungen und unter verfassungskonformer Anwendung des § 15 VersG statthaft“, stellt das BVerfG bereits in der Brokdorf-Entscheidung fest.⁵

Eine fatale Verkennung des versammlungsrechtlichen Schutzbereichs

Für Verbote unter dem Schuttschirm der Staatsräson scheint all dies nicht länger zu gelten. Dies spiegelt eine Entwicklung wider, die mit wochenlangen **Totalverboten während der Corona Pandemie** begann⁶ und eine Weiterentwicklung in den polizeilichen **Reaktionen der Versammlungsbehörden gegen „Klimakleber“** fand. Statt vor Ort bei tatsächlichen Verstößen gegen strafrechtliche Normen oder die Maßgaben des Versammlungsrechts gegen **strafrechtlich relevante Parolen** oder Transparente und Poster einzuschreiten und deren Beendigung oder Entfernung durch Anordnung zu verfügen und bei Nichtbefolgung trotz mehrfacher Aufforderung die Versammlung aufzulösen, gehen die Versammlungsbehörden lieber den vermeintlich einfacheren Weg eines totalen Vorabverbots; eine fatale Verkennung des Schutzes aus Art. 8 GG und zudem für nicht wenige offenbar ein Stimulus, erst recht und auch gewalttätig zu demonstrieren.

⁵BVerfGE 69, 315, 362; vertiefend so auch Barczak in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht, 2. Auflage, § 15 VersG Bund Rn. 345 ff.

⁶Ausführlich Arzt, COVID-19-Pandemie und Versammlungsfreiheit – Ein Schönwetter-Grundrecht (?) vor Gericht, in: Die Gewährleistung der Versammlungsgarantie unter pandemischen Bedingungen, Rothenburger Beiträge 111, Schwier (Hg.), 2023.

Ein Grund für diese neue behördliche Linie könnten die Schwierigkeiten in der Beurteilung einer **möglichen strafrechtlichen Relevanz bestimmter Meinungsäußerungen** sein. Statt nach dem Grundsatz in *dubio pro libertate* auch Zumutungen der Versammlungsfreiheit zu ertragen, reagiert der Staat mit Totalverboten. Ein anderer Grund mag im gleichsam vorseilenden Gehorsam die politische Orientierung der Versammlungsbehörden an der deutschen Staatsräson sein.

Meinungs- und Versammlungsfreiheit haben in einer dritten Runde seit Corona und Klimaprotesten erneut einen schweren Stand bei den Versammlungsbehörden und einigen Gerichten, die aber zum Teil auch „über-

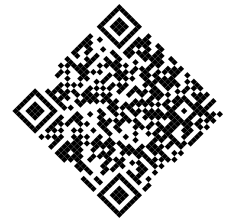
schießende“ Verbote aufgehoben haben. Die Staatsräson scheint den exekutiven Umgang mit Versammlungen zu prägen und die Schwierigkeiten einer Einordnung politischer Aussagen nach strafrechtlichen Kriterien macht das Aushalten auch provokativer und von der Mehrheitsmeinung abweichender Meinungen offenbar schwer.

Für Hinweise und Kritik zu einer früheren Version dieses Beitrages sowie Materialien und begleitende Diskussionen danke ich allen, die mich in den letzten Tagen dadurch unterstützt haben. Für die Recherche danke ich Tim Mühlberg. Die Verantwortung für die rechtliche und auch politische Einordnung trage ich allein.

Kira Koethke

Forschungsfreiheit im Strafprozess

doi: 10.17176/20231102-223938-0



2020 lehnte erstmals ein Gericht ein Zeugnisverweigerungsrecht für Forschende ausdrücklich ab. Dass Forschende ihren Proband*innen so keine Vertraulichkeit zusichern können, macht ihre Forschung schwer bis unmöglich. Diesen Zustand kritisierten zurecht zahlreiche Jurist*innen und andere Wissenschaftler*innen, unter anderem beim [Verfassungsblog](#). Nun hat sich das [Bundesverfassungsgericht](#) in der Sache geäußert, nachdem es die Verfassungsbeschwerde wegen einer versäumten Frist als unzulässig ablehnen musste. Das Gericht hätte es bei der Ablehnung der Beschwerde als unzulässig belassen können. Dass es dies nicht tut, offenbart bereits die Bedeutung des Falls und die Fragwürdigkeit der Münchener Beschlüsse. Diese hätten die Forschungsfreiheit – die auch die Vertraulichkeit wissenschaftlicher Daten schützt – bei der Anordnung der Beschlagnahme stärker berücksichtigen müssen. Dabei muss das Gericht insbesondere auch Fernwirkungen, die ein Eingriff in die Forschungsfreiheit auf ebendiese hat, einbeziehen und bei Kriminalitätsforschung außerdem deren Beitrag zur funktionsfähigen Strafrechtspflege durch die Prävention von Straftaten. Dass das Bundesverfassungsgericht damit deutlich Stellung zur Forschungsfreiheit bezieht, ist zu begrüßen. Ebenso, dass es einzelne Aspekte ihrer Gewichtung klarstellt und eine gesonderte Stellung der Kriminalitätsforschung durch ihren Beitrag zur Strafrechtspflege hervorhebt. All dies reicht aber leider nicht aus, um der empirischen Forschung die Sicherheit zu geben, die sie braucht, um ihren Proband*innen Vertraulichkeit zuzusichern. Darüber hinaus bleibt auch nach dem Beschluss die Frage nach einem Zeugnisverweigerungsrecht für Forschende offen, die in der vorangehenden Debatte aufkam.

Der zugrundeliegende Sachverhalt

Ein Psychologe erforscht die Hintergründe islamistischer Radikalisierung im Strafvollzug, indem er Gespräche mit Inhaftierten führt. Damit diese sich ihm anvertrauen, sichert er ihnen vorab Verschwiegenheit zu, insbesonde-

re, dass sich ihre Äußerungen nicht auf ihre Strafe auswirken. Als die Strafverfolgungsbehörden einige Zeit später Ermittlungen gegen einen der Befragten einleiten und von der Forschung erfahren, beschlagnahmen sie Aufzeichnungen dieser für vertraulich gehaltenen Gespräche. ([Rn. 1 ff.](#)) In einer Beschwerde beim OLG München rügt der betroffene Professor, dass ihm als publizierendem Forscher das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO und das darauf fußende Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 5 Satz 1 StPO zustehe, ihn die Beschlagnahme jedenfalls in seiner Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verletzt und gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Nachdem er damit [beim OLG München](#) keinen Erfolg hat, erhebt er Verfassungsbeschwerde.

Bundesverfassungsgericht äußert „erhebliche Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Entscheidungen“

Mit seinem kürzlich veröffentlichten [Beschluss vom 25.09.2023](#) hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde ärgerlicherweise wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Frist als unzulässig abgelehnt. Umso mehr ist es zu begrüßen, dass sich das Gericht dennoch zur Sache äußert und sich dabei mit Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Beschlüsse deutlich zur Forschungsfreiheit bekennt. Bei strafprozessualen Maßnahmen wie der Beschlagnahme muss wegen der mit ihnen einhergehenden Grundrechtseingriffe die Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Wenn Forschungsdaten betroffen sind, muss an dieser Stelle auch die Forschungsfreiheit in die Prüfung einbezogen werden. Dies hat das OLG München nicht ausreichend getan, beklagt nun das Bundesverfassungsgericht. Weil die Forschungsfreiheit schrankenlos gewährleistet wird, kommt für einen Eingriff nur eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht – hier durch die Pflicht zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als Teil des Rechtsstaatsprinzips – in Frage. Die Rechtsgüter hat

das OLG München in der Abwägung allerdings nicht angemessen gewichtet. (Rn. 15)

Die Forschungsfreiheit schützt die vertrauliche Erhebung von Daten

Das Bundesverfassungsgericht stellt klar, dass die Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die vertrauliche Erhebung wissenschaftlicher Daten schützt. Um darzustellen, inwiefern der angegriffene Beschluss den Gehalt des Grundrechts verkennt, geht es weiter ins Detail: Weil manche Daten von Proband*innen nur unter zugesicherter Vertraulichkeit preisgegeben werden – wie es in der Debatte schon unter anderem [Pollähne](#), [Weißer](#), [Walter und Nedelcu](#) anbrachten –, muss auch diese durch die Forschungsfreiheit geschützt werden. Ein staatlicher Zugriff auf Forschungsdaten untergräbt die zugesicherte Vertraulichkeit und erschwert damit Forschung, die auf sie angewiesen ist, bis zur Unmöglichkeit. (Rn. 13) Dabei nimmt das Gewicht der Wissenschaftsfreiheit in der Einzelfallabwägung mit der Notwendigkeit von Vertraulichkeit für ihre Durchführung zu.

Auch wenn diese Ausführungen offensichtlich erscheinen waren sie angesichts der angegriffenen Beschlüsse dringend notwendig. So hatte das Beschwerdegericht gegen die Vertraulichkeit der Forschungsdaten noch unter anderem damit argumentiert, dass Wissenschaft transparent und nachvollziehbar sein muss, weshalb der für den Journalismus erforderliche Quellenschutz nicht auf sie übertragen werden kann. (S. 8 f. des Münchener Beschlusses) Auf diese Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich Bezug genommen und sie zutreffend damit entkräftet, dass Forschende nicht alle ihre erhobenen Daten veröffentlichen müssen, damit ihre Arbeit wissenschaftlichen Standards entspricht. (Rn. 15)

Bei Eingriffen muss die über den Einzelfall hinausreichende Fernwirkung berücksichtigt werden

Das Gericht betont auch einen anderen Aspekt, den das OLG München noch als „bloße nicht konkretisierte Erwartung“ abgetan hatte: dass die Gefährdung empirischer Forschung über den konkreten Fall hinausreicht. (Rn. 13) Das für empirische Forschung erforderliche Vertrauensverhältnis zu den Proband*innen können Forschende schließlich kaum aufbauen, wenn preisgegebene Informationen in einem anderen Fall bereits in die

Hände der Strafverfolgungsbehörden geraten sind. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt damit die [von vielen Autor*innen](#) in Reaktion auf den Münchener Beschluss festgestellte Gefahr negativer Fernwirkungen, die das Beschwerdegericht noch verkannt hatte. Dabei trifft gerade diese Fernwirkung die Forschungsfreiheit in besonders empfindlicher Weise. So hat der Münchener Beschluss [weit über den behandelten Fall hinaus](#) Forschende damit konfrontiert, dass sie ihre Proband*innen nicht davor schützen können, dass die Strafverfolgungsbehörden Informationen erhalten, die sie vorher zu wissenschaftlichen Zwecken preisgegeben haben. Wegen der versäumten Frist gibt es keine Möglichkeit, dass das Münchener Gericht seine Entscheidung korrigiert. Aber selbst damit wären die Fernwirkungen nicht aus der Welt. Dieser erste oberlandesgerichtlich bestätigte Zugriff auf Forschungsdaten hat die [schon länger befürchtete](#) Möglichkeit eines solchen perpetuiert. Die bestehende Unsicherheit kann nur beseitigt werden, indem Forschenden ein Beschlagnahmeverbot zugesprochen wird, das eine über die Abwägung der Grundrechte im Einzelfall hinausgehende Grundlage hat, auf die sie sich verlassen können.

Kriminalitätsforschung als Beitrag zur funktionstüchtigen Strafrechtspflege

Besonders zu begrüßen ist, dass sich das Bundesverfassungsgericht nicht nur für einen starken Schutz der Forschung insgesamt ausspricht, sondern obendrein den Beitrag berücksichtigt, den empirische Kriminalitätsforschung zur Prävention von Straftaten leistet. Dies tut es, indem es ihn als Förderung der rechtsstaatlich gebotenen funktionstüchtigen Strafrechtspflege wertet, die in die Abwägung einbezogen werden muss. (Rn. 15) Diese weitere Stärkung der Rechtsposition der Kriminalitätsforschung trägt auch dem von [Weißer](#), [Walter und Nedelcu](#) beschriebenen Phänomen Rechnung, dass mit der Schwere einer Straftat nicht nur das Interesse an ihrer Aufklärung im Einzelfall, sondern zugleich das gesellschaftliche Interesse am wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn steigt.

Herleitung eines Zeugnisverweigerungsrechts bleibt unklar

Das Verfassungsgericht verortet den Einfluss der Forschungsfreiheit in der Verhältnismäßigkeit der Beschlagnahme, was für eine verfassungsunmittelbare Rechtspro-

sition spricht. (Rn. 12) Die im Münchener Prozess aufgeworfene und in der darauffolgenden [Debatte](#) aufgegriffene Frage nach einem Zeugnisverweigerungsrecht für Forschende als Grundlage für ein Beschlagnahmeverbot, bleibt weiterhin offen. Für dessen Herleitung wurden insbesondere eine direkte oder analoge Anwendung von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO und eine unmittelbare Wirkung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG diskutiert (über den [Verfassungsblog](#) hinaus auch bei Gärditz, Strafverteidiger 2020, 716 und Gless, Neue Kriminalpolitik 2020, 275, DOI: 10.5771/0934-9200-2020-3-275). Wegen der ausführlichen Regelung beruflicher Zeugnisverweigerungsrechte in § 53 StPO, wurde ein verfassungsunmittelbares Zeugnisverweigerungsrecht bislang nur in Einzelfällen aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet (so etwa bei BVerfGE 33, 367), nicht jedoch für eine ganze Berufsgruppe. Dies macht es schwierig, die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ohne weiteres auf die Frage nach einem Zeugnisverweigerungsrecht für Forschende zu übertragen. Auch zum Verhältnis zwischen Presse und Forschung, das für die Einbeziehung Forschender in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO und für eine etwaige Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG entscheidend ist, äußert sich das Bundesverfassungsgericht nicht. Diese wesentlichen Fragen, die der Münchener Beschluss aufgeworfen hat, bleiben damit unbeantwortet und tra-

gen zur Unsicherheit über die Stellung von Forschenden im Strafprozess bei.

Fazit

Durch seinen Beschluss stärkt das Bundesverfassungsgericht das Gewicht der Forschungsfreiheit im Strafprozess. Indem es ausdrücklich die Vertraulichkeit wissenschaftlicher Daten unter Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fasst und der Fernwirkungen, die ein Eingriff in die Forschungsfreiheit auf künftige Projekte hat, große Bedeutung zumisst, gibt es den Gerichten wichtige Leitlinien für die Berücksichtigung des Grundrechts in künftigen Entscheidungen an die Hand. So sehr die Ausführungen des Gerichts zu begrüßen sind, so sehr ist es zu bedauern, dass keine vollumfängliche Entscheidung vorliegt. Der Beschluss bedingt vorerst nur, dass Richter*innen bei künftigen Fällen eine ausführlichere Abwägung vornehmen und die vorgebrachten Aspekte einbeziehen müssen. Dass staatliche Zugriffe auf Forschungsdaten im Strafverfahren sicher ausgeschlossen sind, garantiert er nicht. Dies wäre aber notwendig, damit Forschende ihren Proband*innen guten Gewissens Vertraulichkeit zusichern und so – gerade im Bereich der Kriminalitätsforschung – belastbare Daten als Grundlage für politische Entscheidungen liefern können.

Werner Schroeder, Leonard Reider

A Step Forward in Fighting Online Antisemitism

The Contribution of the EU's Digital Services Act (DSA)

doi: 10.17176/20231018-113608-0



Any examination of the current state of [antisemitism](#) must consider the central role of online platforms, as these spaces are now the [principal vehicles](#) for the dissemination of antisemitic sentiments. Social networks such as Facebook, microblogging services such as X (formerly known as Twitter), and messenger services like Telegram have significantly [facilitated](#) – if not promoted – the dissemination of antisemitism. Alarmingly, this trend continues to gain momentum, as illustrated by the spread of antisemitic messages on X, which [more than doubled](#) after Elon Musk's takeover in October 2022. In addition, following the recent Hamas terrorist attacks against Israel, there is evidence that X is being used to [disseminate antisemitic hate speech](#).

Against this backdrop, the present blog post analyses the legal framework for combatting online antisemitism in the EU and the regulatory approaches taken so far. It addresses the new [Digital Services Act \(DSA\)](#), [Regulation \(EU\) 2022/2065](#), highlighting some of the provisions that might become particularly important in the fight against antisemitism. The DSA improves protection against online hate speech in general and antisemitism in particular by introducing procedural and transparency obligations. However, it does not provide any substantive standards against which the illegality of such manifestations can be assessed. In order to effectively reduce online antisemitism in Europe, we need to think further, as outlined in the following blog post.

Online Antisemitism

Virtually every imaginable expression of antisemitism freely circulates across online platforms, ranging from timeworn antisemitic tropes and conspiracy theories to

cases of overt Holocaust denial and incitement to violence, despite the latter constituting a criminal offence in most EU Member States.¹ However, in the majority of cases, antisemitic online content is non-violent and not subject to criminal prosecution under national law.

The EU and its Member States struggle to develop clear rules for dealing with such content. So far, EU law does not provide any guidance, except for the case where antisemitic terrorist online content is disseminated (see [Regulation \(EU\) 2021/784](#) and [Directive \(EU\) 2017/541](#)), on when online antisemitic speech is legal or not, leaving it to Member States to address this issue. Still, most of the legal bans on online antisemitic speech in Member States contain terms whose definitions highly hinge on interpretation, thus every potentially incriminating online utterance must be assessed [in context](#). In practice, it is therefore difficult to distinguish between permitted and illegal antisemitic online content. As a result, antisemitic content can very often be characterized as “[lawful but awful](#)” and thus [defies removal](#). The prohibitions of online antisemitism contained in the Terms of Service of online providers on the other hand, go beyond the national statutory prohibitions in some cases, but are not always adhered to, which will be discussed below.

Amplification of Antisemitism by Platforms

An unfortunate consequence of the presumed anonymity offered by online platforms is that users assume immunity from consequences, and, therefore, act with supposed impunity in articulating antisemitic hostilities in ways unthinkable in a live setting or authored works. Furthermore, for economic reasons, the algorithms used by online platforms reinforce rather than remove controver-

¹Under § 130 German criminal code, for instance, incitement to hatred of a group based on national, ethnic, religious, or racial characteristics in a manner capable of disturbing public peace (Volksverhetzung) is a criminal offence. Similarly, the Austrian criminal code prohibits incitement to hatred (§ 283 StGB) and the disparaging of religious doctrines as well as other forms of behaviour that are likely to arouse justified indignation (§ 188 StGB). Additionally, according to the Austrian Prohibition Act 1947 (Verbotsgesetz 1947), any form of re-engagement in National Socialist activity is subject to criminal prosecution.

sial content, because such content entices users to spend more time on the platform.

Growing antisemitism on these platforms is even more alarming given the fact that social media has become the dominant source of news for a significant segment of the population. Hence, enacting legal means to combat or limit the online dissemination of antisemitism is essential to protect [informed freedom of opinion and public discourse](#), both of which are closely linked to the EU's values as described in [Article 2 of the Treaty on European Union \(TEU\)](#).

Effective Self-Regulation?

The EU and its Member States postponed countering online hate, and online antisemitism in particular, relying instead on the platforms regulating themselves. Platforms specify in their Terms of Service, which form part of their contractual relations with users, the content they consider inappropriate and subject to deletion. Typically, platforms prohibit any “hateful conduct”, whether overtly violent or not, on the basis of race, ethnicity, or religious affiliation. They also ban hateful references to the Holocaust – but not its denial or even antisemitism per se, which is made clear, for example, in the “X Rules” which are part of X's (formerly Twitter's) [Terms of Service](#). The situation is somewhat different with Meta, which in 2020 introduced [more precise and stricter rules](#) in this respect, explicitly banning dehumanising speech or imagery (e.g. equating Jewish people with rats or pigs) as well as Holocaust denial and harmful stereotypes. Indeed, one should not make a blanket judgement and lump together all online providers' measures to (self-)regulate antisemitism.

Notwithstanding, it can be observed that these internal rules have so far not been effective in countering antisemitism. Either they do not exist in a well-defined form as with X, or they are not applied consistently, which rather holds true for Meta, for example. In this regard, a 2021 [study](#) by the Center for Countering Digital Hate found that online platforms respond to only 16% of reported cases of antisemitism on their services and delete only a tiny fraction of such content. Moreover, these numbers decrease significantly when paying users are involved, as demonstrated by [research](#) regarding hateful posts by X Premium (formerly Twitter Blue) subscribers. However, Article 14 (4) DSA now requires online platforms to adhere to their own Terms of Service more strictly than before, which will increase their significance in the fight

against antisemitic online hate speech, as will be shown later in this post.

E-Commerce-Directive and Member State Legislation

Self-regulation of platforms has, therefore – up until now –, proven ineffective in combatting antisemitism. Similarly, governmental regulation has also faced difficulties in holding platforms responsible for antisemitic content.

The legal status quo of platform regulation at the EU level has been maintained by the [E-Commerce Directive](#), which closely mirrors [Section 230](#) of the United States Communications Decency Act of 1996 by essentially introducing liability relief for platform operators. According to Article 14 of the E-Commerce Directive, providers of intermediary services are only liable for illegal content if they have actual knowledge of the illegality or if the illegality is apparent and they remain inactive. However, there is no obligation for service providers to acquire this knowledge independently. Passivity or wilful blindness, on the other hand, is rewarded with a general reduction of liability.

Some Member States introduced legislation to combat hateful content and improve upon the E-Commerce Directive's framework. The German [Network Enforcement Act](#) of 2017 ([Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG](#)) and Austria's similar [Communication Platforms Act](#) of 2020 ([Kommunikationsplattformengesetz, Kopl-G](#)) are noteworthy examples of national anti-hate speech legislation. They define “illegal/unlawful content” and introduce an obligation for intermediaries to establish an effective review procedure. However, NGOs campaigning against antisemitic online hate, such as [Hate Aid](#) and the [European Union of Jewish Students](#), note, that even in Germany, where the positive effect of the NetzDG is supposed to be apparent, users who report antisemitic content usually receive [no response](#) or only automated negative reactions from online platforms. Moreover, these national initiatives might violate the Country of Origin Principle of the E-Commerce Directive, and are therefore likely in breach of the Directive (see [here](#) and [here](#)). Ultimately, these national laws will become obsolete due to the harmonizing effect of the DSA. In Germany, a proposal for a national Digital Services Law ([Digitales-Dienste-Gesetz, DDG](#)) to replace the NetzDG is already on the table.

DSA and Online Antisemitism

The EU recognised that the current legal framework for combatting online hate is insufficient and adopted the [DSA](#), which will be directly applicable across the EU as of February 2024. The European Commission has [designated](#) services with 45 million average monthly active recipients as “Very Large Online Platforms” (VLOPs) and “Very Large Online Search Engines” (VLOSEs), whose obligations under the DSA already apply as of the end of August 2023. Following their [designation as VLOPs](#), platforms such as X, Facebook, TikTok and YouTube are now required to comply fully with the provisions introduced by the DSA (see Article 92 DSA). It appears at first glance, that the Commission takes its powers to enforce these obligations (Article 65 ff. DSA) quite seriously. On 12 October 2023 it sent to X its [first formal request for information](#) under the DSA concerning the spreading of illegal content, in particular of terrorist content and hate speech.

The DSA purports to counter unlawful content by setting transparency standards as well as introducing procedures and [legal protection](#) concerning online hate speech, lies, and disinformation spread through platforms. However, the DSA only leads to full harmonization in [procedural matters](#), while remaining silent regarding specific EU standards on what constitutes illegal online content. Nonetheless, it does define “illegal content” in Article 3 (h) very broadly as “any information that, in itself or in relation to an activity, (...) is not in compliance with Union law or the law of any Member State (...), irrespective of the precise subject matter or nature of that law” (see also Recital 12 DSA). In the absence of an express ban on antisemitic content, either in primary or secondary EU law, it is left to the Member States – and the online providers by way of self-regulation – to address this issue. Still, Article 3 (h) expands the narrow understanding of illegal content, which was previously limited to criminal offences. Now, it explicitly includes breaches of *any* law in its definition of illegal content, which is a step forward in combatting hateful content.

More importantly, Article 3 (h) DSA may modify the [Country of Origin Principle](#) enshrined in Article 3 of the E-Commerce Directive, which, under Article 2 (3) DSA, remains relevant. Article 3 (h) DSA applies in any case where content violates the law of *any* Member State, thus,

the question of illegality may not depend exclusively on the law of the Member State where the online provider resides.²

It is, therefore, unnecessary to refer to the complex exemption from the Country of Origin Principle laid down in Article 3 (4) of the E-Commerce Directive, which allows a country of destination to take measures against a service provider established in another Member State for reasons of public policy (see [here](#) and [here](#)). Article 3 (h) DSA, as well as Recital 38 DSA, supports the view that stricter national provisions, such as the prohibition of Holocaust denial, in the country of destination of an online service may apply to a service provider residing in a different Member State (see [here](#), pp. 130-132). In his recent opinion regarding the compatibility of the Austrian KoPI-G with the Country of Origin Principle codified in the E-Commerce Directive, Advocate General Maciej Szpunar [seems to endorse this interpretation](#) (see [para. 72](#)).

Article 16 DSA - Notice and Takedown Procedure

The DSA improves upon the legal regime established by the E-Commerce Directive, not least due to the introduction of a mandatory notice and takedown procedure in Article 16 DSA (see [here](#), p. 1010). According to this provision, platform providers throughout the EU are required to provide online tools enabling persons or entities to report online content they consider unlawful. These notices must be reviewed, and content that is confirmed illegal must be removed.

The procedures prescribed by Articles 16, 20, and 22 DSA allow individuals and organizations to highlight hate speech, particularly, antisemitism, bringing a large volume of such content to the attention of online service providers in the EU, which are obliged to conduct a review. Compliance with this duty to review is compelled by platform operators being subject to liability for reported illegal content (Article 6 DSA).

Articles 34 and 35 DSA - Online Antisemitism as a Systemic Risk

The obligation of online providers to conduct systemic risk assessments is usually praised as a special feature of the DSA that constitutes an attempt to overcome the limitations of individual remedial mechanisms in content

²See Hofmann, ‘Article 3’, in: Hofmann/Raue (eds.), Digital Services Act: Gesetz über digitale Dienste (2023), para. 81.

moderation by focusing on service providers' "curation practices" (see [here](#), p. 170). Articles 34 and 35 establish obligations for platforms to assess and mitigate systemic risks stemming from the design and function of their services. Widespread antisemitism, which differs from ordinary hate speech, particularly due to the [global annihilation fantasies](#) associated with it, may well pose such a systemic risk through specific negative effects on freedom of expression (for example, the [silencing effect](#)), public discourse, and the democratic process in general, which the DSA ostensibly seeks to protect (see Recitals 9, 76, 79, and 82). However, a detailed analysis of these provisions is beyond the scope of this blog post.

Article 14 DSA - Taking Terms of Service Seriously

Article 14 introduces another novelty. According to this provision, providers of intermediary services are required to disclose any restrictions regarding user-generated content in their Terms of Service. Furthermore, under Article 14 (4) DSA they are obliged to act "carefully, objectively and proportionately, taking into account (...) the rights and legitimate interests of all parties", when applying these restrictions in practice.

All providers, therefore, after years of turning a blind eye, must finally take their own Terms of Service seriously. So far, legal matters, particularly from the standpoint of platform operators, have been dominated by disputes between users and platforms over alleged overblocking. The DSA could help overcome this asymmetry by putting a stronger emphasis on the rights and legitimate interests of *all* parties, including aggrieved parties who do not necessarily have to be users. The act codifies case law on the E-Commerce Directive, calling for "a balance (...) between the different interests" of *all* parties concerned and for an interpretation consistent "with the fundamental rights involved", as [advocated by Advocate General Maciej Szpunar](#) (see [para. 34](#); less explicit [ECJ, case C-18/18, Gławischnig-Piesczek, para. 43](#)).

From the wording of Article 14 (4) it is not entirely clear, whether the EU legislator intends to impose a [horizontal effect of EU fundamental rights](#) in the relationship between online platforms, users, and third parties. If there is a horizontal effect of the Charter of Fundamental Rights in relation to the application of providers' Terms of Service, it is rather indirect (see [here](#), pp. 901-903). In any case, providers of intermediary services will be required to give more consideration to the protection

of users whose personal rights are violated by antisemitic online content through the strict application of their Terms of Service in alignment with fundamental rights. Furthermore, they are obliged to genuinely follow up on complaints about offensive antisemitic content lodged in accordance with their Terms of Service.

Particularly interesting in this context is the [lawsuit](#) filed by the NGOs HateAid and EUJS against Twitter on 24 January 2023, before the Berlin Regional Court. The purpose of this test case, which already reflects the shift in perception of the underlying fundamental rights relationship now expressed in Article 14 (4), is to clarify whether users have a legal right to enforce the Terms of Service of online platforms and, on this basis, to demand the removal of online content that incites antisemitic hatred. However, this case has not yet been decided.

Conclusion - Defining Antisemitic Online Content as "Illegal" Per Se?

Overall, the DSA is an improvement on the status quo and may contribute to a reduction of illegal hate speech on social media and it is positive that the Commission is indeed enforcing its provisions against VLOPs regarding hate messages.

However, the DSA fails to provide the tools to effectively reduce online antisemitism in Europe on a large scale. This would require additional legal steps, such as the establishment of specific monitoring obligations for platforms pertaining to antisemitic online content, or the introduction of substantive law provisions regarding "illegal content" under Article 3 (h). For example, if the EU clarified that certain antisemitic online content is, in principle, "illegal", even if it is not a criminal offence, platform operators would be more inclined to delete such content.

However, such a strict regulatory approach could well lead to legal conflicts, as exemplified by the Documenta fifteen [scandal](#). In the [discussion](#) on the tension between antisemitism and artistic freedom that followed last year's Documenta art exhibition, calls for a general legal prohibition of antisemitic artworks were met with scepticism. Rather, it was [recommended](#) alleged antisemitism be dealt with on a case-by-case basis. Such an approach may be understandable, at least from the perspective of (German) constitutional law, but it can hardly be viewed as a solution for effectively combatting the mass disse-

mination of antisemitic hate on the internet. In this respect, further legislative modifications may be required by expanding Article 3 (h) to declare antisemitic content “illegal”. Such content would, *prima facie*, have to be removed from online platforms.

Objections from the point of view of legal certainty in dealing with the legal term “antisemitism”, however, can be addressed by considering that [the EU already pro-](#)

[vides a definition of antisemitism](#) that could be used as a point of reference in this context. The endorsement of this definition, though it is embedded in soft law, clearly indicates the EU’s view that online manifestations, which meet the definition’s criteria, even if they do not amount to criminal offences, are pejorative and should therefore be condemned.

Alexander Peukert

Who Decides What Counts as Disinformation in the EU?

doi: 10.17176/20231024-113535-0



Who decides what counts as “disinformation” in the EU? Not public authorities, because disinformation is not directly sanctioned in the [Digital Service Act](#) (DSA) or other secondary legislation. Nor Very Large Online Platforms (VLOPs) and Very Large Online Search Engines (VLOSEs), which avoid editorial decisions to maintain their legal status as intermediaries with limited liability. Instead, an analysis of reports published on the [2022 Strengthened Code of Practice on Disinformation](#) (Disinfo Code) [Transparency Centre](#) and online self-descriptions (‘about us’) reveals that the delicate task of identifying disinformation is being undertaken by other private organisations whose place of administration and activity, purpose, funding and organizational structure appear problematic in terms of the legitimacy and even legality of the fight against disinformation. This blog post maps out the relevant (private) actors, namely the ad industry, fact checking organizations and so-called source-raters.

Brand Owners and Other Ad Industry Players

The first group of organizations that classify disinformation is primarily concerned with the demonetization of disinformation, which is a key element of the EU’s anti-disinformation policy. In the very first commitment of the Disinfo Code, “relevant signatories participating in ad placements” pledge to “defund the dissemination of Disinformation, and improve the policies and systems which determine the eligibility of content to be monetised”. Following the money in the online ad market ultimately leads to brand owners and other advertisers deciding where to place their ads. Their aggregate control of the global ad budget gives them considerable leverage, even vis-à-vis the largest ad-financed social media platforms.

Motivated by a strong commercial self-interest to preserve “brand safety”, i.e. to prevent the association of valuable brands with harmful or even only polarizing content, the global ad community indeed fully supports the fight against disinformation. The Disinfo Code has be-

en signed by the [Interactive Advertising Bureau Europe](#), the [European Association of Communication Agencies](#) and last but not least the [World Federation of Advertisers](#) (WFA), which claims to represent 90 % of global (!) marketing expenditure. In complying with the commitment to advance the development and use of “brand safety tools and partnerships” (Measure 1.6 of the Disinfo Code), WFA set up the [Global Alliance for Responsible Media](#) (GARM), a cross-industry initiative led by brands, which also includes agencies, ad tech companies and platforms. The GARM initiative [developed](#) a common understanding of what harmful and sensitive content is, where ads should not appear (“Brand Safety Floor”), and a common way of delineating different risk levels for sensitive content (“Brand Suitability Framework”). The Brand Safety Floor, i.e. content not appropriate for *any* advertising support, includes i.a. the “insensitive, irresponsible and harmful treatment of debated social issues ... that ... incite greater conflict” and “verifiably false or willfully misleading content that is directly connected to user or societal harm”. The Brand Suitability Framework calls for enhanced advertiser controls if ads appear next to high, medium or low risk content. High risks are for example associated with “the discussion of debated social issues ... in a negative or partisan context”, and medium risks with “Breaking News or Op-Ed coverage” of “partisan advocacy of a position on debated sensitive social issues” or “coverage of misinformation”. Still a low risk is triggered by an “Educational, Informative, Scientific treatment of debated sensitive social issues ... including misinformation” and “news features describing various misinformation campaigns as such”. Thus, if a news publisher objectively and diligently reports about a sensitive issue like migration or a misinformation campaign, it already creates a brand safety risk and may lose ad revenues.

In order to fulfil their respective commitments under the Disinfo Code (measures 3.1 and 3.3) but first and foremost in order to meet their customers’ needs, the biggest social networks and search engines have

integrated GARM classifications into their systems. In their reports under the Disinfo Code and in a separate [GARM Measurement Report](#), Google/YouTube, META/Facebook/Instagram, Microsoft/LinkedIn and TikTok unanimously praise their (allegedly) effective enforcement of their GARM-compliant ad policies. Even X/Twitter, which withdrew from the Disinfo Code after Elon Musk's acquisition of the company, still features in the 2023 GARM Measurement Report and promises "enhanced brand safety controls and reporting for our advertisers".

On the face of it, market-based cooperation between the ad industry and VLOPs/VLOSEs does not appear to be problematic. An advertiser is free to choose how and where to spend its ad budget, and preserving brand safety is a legitimate concern reflected inter alia in EU trademark law. However, the size and scope of GARM with its seamless implementation of GARM standards in the online ad environment poses a real and significant threat to media freedom and pluralism. If the partisan discussion of controversial social issues, and even the scientific treatment of a sensitive topic, raises brand safety concerns and thus may negatively affect ad revenue prospects, news providers will have good reason to refrain from publishing this kind of public interest information in the first place. The GARM system therefore tends to undermine the strict separation between editorial decisions on the one hand and the commercial interests of advertisers on the other, which has been a cornerstone of media law for decades. To prevent brand owners from exerting undue influence on editorial decisions by blacklisting websites that publish legitimate journalistic content, Member State media authorities should investigate GARM. Such oversight is also needed because several key players in the ad tech industry have their headquarters outside the EU. In addition to Google and Microsoft, this also concerns the Disinfo Code signatories [MediaMath](#) and [DoubleVerify](#), both headquartered in New York.

Fact-Checking Organisations

While brand owners and other advertisers define brand safety and thereby general disinformation standards, they do not decide whether a particular piece of content qualifies as dis- or misinformation. This role has instead been assumed by fact-checking organisations, whose articles are used by VLOPs and VLOSEs in various ways to identify and down-rank disinformation. Meta, for exam-

le, [reports](#) that it used over 190,000 distinct fact-checking articles to both label and reduce the amplification of over 40 million pieces of content on Facebook in the first half of 2023.

On the one hand, fact-checking organisations operate under strict rules of independence and transparency and in a relatively well-established institutional framework. The [European Fact-Checking Standards Network](#) (EFCN) is a signatory of the Disinfo Code and represents dozens of fact-checking organisation. Its members agree to be evaluated by two independent academic experts every two years on their compliance with the [European Code of Standards for Independent Fact-Checking Organisations](#), and they are subject to an EFCN complaint procedure.

On the other hand, fact-checks still raise problems regarding freedom of expression and the media. In two decisions ([here](#) and [here](#)), the Karlsruhe Court of Appeal held that a fact-checking organisation (CORRECTIV) and Facebook engaged in unfair competition against an online news publisher by placing negative fact-checking labels on two articles, thereby reducing their reach. The court reasoned that the fact-check denigrated the services of the publisher in an unjustified way because it falsely represented the content of the original article: misinformation on alleged disinformation.

This case-law demonstrates that fact-checking needs to be independently monitored and, if necessary, corrected. Considering the scale, effect and speed of fact-checks, a punctual and expensive ex-post regulation by ordinary courts appears inadequate. As of today, content providers who are confronted with a negative fact-check are also unable to rely on art. 20 paras 4-6 DSA, which will only oblige online platforms from 17 February 2024 to reverse unjustified content moderation decisions without undue delay. However, a fact-check that violates unfair competition law is at the same time an "illegal content" under the DSA. VLOPs and VLOSEs are therefore obliged to assess and if necessary mitigate the risk of the dissemination of such illegal fact-checks through their services (art. 34(1)(a) DSA). Repeat infringers (i.e. bad quality fact-checkers) should be excluded from the scheme, and ratings have to be precise and sufficiently supported by the check. It is questionable whether the [Facebook categories](#) "Partly false" and "Missing context" satisfy this threshold.

Source-Raters

The third group of actors engaging in the classification and identification of disinformation are source-raters. Unlike fact-checkers, these organisations do not evaluate individual pieces of content, but entire websites, particularly those of news providers. Source-raters thus operate at a more fundamental level of content curation than fact-checkers. Despite this, source-raters have received less attention from the public, academia and regulators than fact-checkers. Three of these actors will therefore be briefly presented.

[Reporters without Borders](#) (RSF) is an international non-profit organisation working to defend and promote the freedom, pluralism and independence of journalism. RSF, a signatory of the Disinfo Code, is engaged with the issue of disinformation primarily via the [Journalism Trust Initiative](#) (JTI), a self-regulatory standard that RSF initiated and is currently in the process of rolling out. JTI translates the self-assessments and independent third-party audits of media outlets regarding transparency and guarantees of editorial independence and processes into a machine-readable trustworthiness indicator. The JTI certification mark will be awarded for two years to media outlets that meet the requirements. When integrated into Big Tech's algorithms, the compliance certificate should improve the ranking of the certified media outlets.

The second source-rater, which signed the Disinfo Code is [NewsGuard](#), a company established 2018 and headquartered in New York. NewsGuard provides credibility ratings and detailed "Nutrition Labels" for thousands of news and information websites across the U.S., U.K., Canada, Germany, France, Italy, and Austria. The rating, done by local journalists, depends inter alia on whether a website repeatedly publishes false content, whether it gathers and presents information responsibly and avoids deceptive headlines. Microsoft [reports](#) to employ NewsGuard trustworthiness indicators for numerous products, including the Edge browser, the MSN news aggregator, Bing Search and the AI-powered Bing Chat. NewsGuard furthermore offers [Misinformation Fingerprints™](#), a catalog of "top hoaxes", which can be used as a unique identifier to seed AI tools searching for disinformation. This product was positively evaluated in a test run with AI "social listening tools" by U.S. Cyber Command to monitor state-sponsored disinformation in near real time. A similar service to analyse "digital chatter" is provided by

[Crisp](#), a Code signatory owned by a large U.S. risk and financial advisory company and headquartered in the UK.

The third source-rater to be briefly introduced is the [Global Disinformation Index](#) (GDI). GDI, also established in 2018 and based in the UK, is a not-for-profit organisation, which means that all income is reinvested in support of its mission to defund disinformation. GDI is not a signatory to the Disinfo Code, but – like the U.S.-based [Alliance for Securing Democracy](#) – expressly referenced in Microsoft's report to the Code. GDI uses both expert human review and AI to assess disinformation risks across the open web. It [claims](#) to have assessed more than 700 million websites in over 40 languages. GDI's operations are funded by ad tech licenses of GDI's dynamic exclusion list, philanthropic organisations such as the Knight Foundation, and governments (U.S., UK, Germany, EU) to conduct studies of the news ecosystems in countries under the influence of authoritarian regimes, such as China and Russia. GDI stresses, however, that it "never worked with – and will never work with – any government to conduct research into that government's own country". GDI's close ties to public authorities on both sides of the Atlantic are also reflected in the biographies of its two founders. One (Clare Melford) serves on the [Advisory Council for the EU-funded European Digital Media Observatory](#) (EDMO), which in turn is represented in the permanent task force of the Disinfo Code, the other one (Daniel Rogers) has a background in the U.S. intelligence community. With this in mind, it is perhaps not surprising that GDI's [foundational study](#) on the concept of disinformation begins with the McLuhan quote "World War III is a guerrilla information war with no division between military and civilian participation."

Such a credo should raise concerns when it comes to regulating the digital public sphere in the EU. Under [German constitutional law](#), the press must remain free from state influence, let alone military influence (which, by the way, is also very present in the [DISARM Framework](#) supported by the Code signatory [Alliance4Europe](#)). In its [proposal for a European Media Freedom Act](#), the Commission stresses that opaque and biased allocation of state advertising can be a powerful tool to 'capture' media service providers to the detriment of fundamental rights. Yet in the context of the particularly delicate war against disinformation, we observe an indirect but still intense involvement of public authorities, including intelligence agencies, in the classification and rating of al-

leged disinformation sources. This is most obvious in the case of the GDI, but [three of the four co-funders](#) of RSF's Journalism Trust Initiative are also either public authorities/agencies (European Commission, [Agence Française de Développement](#)) or fully publicly funded (U.S. [National Endowment for Democracy](#)). If there is any truth to the adage that he who pays the piper calls the tune, such a funding structure is another cause for concern. In addition, the JTI trust certificate suffers from potentially biased self-assessments by participating media organisations seeking privileged visibility in the hotly contested news market.

Considering this, NewsGuard appears to be the least objectionable source-rater. If their ratings are inadequate, no-one will be willing to pay for them. Yet it remains a remarkable fact that NewsGuard is headquartered in a third country, namely the U.S., where EU laws, for example regarding data protection, do not apply. It is indeed strange that the European Commission, on the one hand, [proclaims](#) that it wants to strengthen Europe's "digital sovereignty" and become a global standard-setter rather than follower, while, on the other hand, it accepts and even encourages the outsourcing of the highly sensitive question of which website is a purveyor of disinformation to a U.S. company and a UK not-for-profit (GDI). It is true that NewsGuard, under Measure 22.4 of the Disinfo Code, committed to "ensure that information sources are being reviewed in a transparent, apolitical, unbiased, and independent manner, applying fully disclosed criteria equally to all sources and allowing independent audits by independent regulatory authorities or other com-

petent bodies". Whether the company meets these standards is another matter. In a case currently pending before the Frankfurt Regional Court, a German news provider claims that NewsGuard's negative rating of its website is unjustified and thus unfair and illegal. If the court agrees, Microsoft and other VLOPs/VLOSEs should reconsider integrating NewsGuard's source ratings into their algorithms.

Implications

Until now, the activities of disinformation classifiers have largely flown under the radar of public and academic attention. Considering that the [European Approach to tackling misinformation](#) "should strictly respect freedom of expression" and include safeguards that prevent the misuse of respective measures, "for example, the censoring of critical, satirical, dissenting, or shocking speech", this is an unsustainable state of affairs. There is an urgent need for a critical assessment of the operations of disinformation classifiers, which are not subject to the relatively strict rules of art. 22 DSA on trusted flaggers regarding illegal content. In view of this regulatory lacuna, the Commission is called upon to implement the DSA and in particular the rule on systemic risks for fundamental rights (art. 34(1)(b) DSA) in a balanced way that transforms the current, one-sided mode of anti-disinformation self-regulation into a co-regulatory scheme that pays due respect to the freedom of expression, information and the media. The possibly imminent DSA investigation into several online platforms provides a perfect opportunity to achieve this aim.

Timo Hammelsbeck

Politisches Microtargeting vs. Rechtsaufsicht

doi: 10.17176/20231024-233606-0



In der letzten Woche ist bekannt geworden, dass die EU-Kommission, konkret der amtliche Account der Kommissarin für Inneres, Microtargeting auf X (vormals Twitter) nutzte, um Schwung in ein festgefahrenes Gesetzgebungsvorhaben zu bringen. Es handelt sich um eine gezielte Beeinflussung der gesellschaftlichen Debatte rund um die sogenannte „[Kinderschutzverordnung](#)“, auch bekannt als „[Chatkontrolle](#)“ durch datenbasierte Zielgruppenansprache (zur [Berichterstattung und Analyse](#)). Diese, auch inhaltlich zweifelhaften Posts sollten dazu dienen, Druck auf mitgliedsstaatliche Regierungen auszuüben die sich im Rat gegen das Gesetzgebungsverfahren gestellt haben, um doch noch eine Mehrheit für das Vorhaben zu beschaffen. Dieser Vorgang ist auch abseits der inhaltlichen Debatte um die „Chatkontrolle“ bemerkenswert, schließlich zeigt er neben den systemischen Risiken von Plattformen und dem Bedürfnis nach effektiver Durchsetzung von Plattformregulierung auf, dass die Kommission sich in einem Spannungsverhältnis der Funktionen als Aufsichtsbehörde und als politische Akteurin befindet und somit das systeminhärente Risiko besteht, dass sie ihre Funktion als Aufsichtsbehörde zugunsten politischer Ziele vernachlässigt.

Der Gesetzgebungsprozess der „Verordnung zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern“ geriet zuletzt ins Stocken, als sich insbesondere aufgrund berechtigter Bedenken an der Verhältnismäßigkeit des Verordnungsvorschlags (siehe [hier](#)) abzeichnete, dass sich im Rat keine Mehrheit für den Vorschlag finden würde. Einen Tag später spielte die EU-Kommission Videos auf X aus, welche die Bedeutung von Kinderschutzregulierung darstellen sollen. Nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf der EU-Kommission soll Kinderschutz durch eine allgemeine Chatkontrolle und ein Ende der verschlüsselten Kommunikation erreicht werden (siehe und [hier](#) und [hier](#) zu den berechtigten Zweifeln dieser Annahme). Dieser Spot wurde auf der Plattform X veröffentlicht und sodann gezielt solchen Menschen angezeigt, die mit hinreichender

Wahrscheinlichkeit nicht christlich sind, kein Interesse an bestimmten antieuropäischen Accounts und Hashtags gezeigt haben und in ausgewählten Ländern leben.

Die politische Funktion der Europäischen Kommission

Die wichtigste politische Funktion der Kommission ist ihr Initiativrecht, auf europäischer Ebene besitzt die Kommission nach [Art. 17 II EUV](#) ein Initiativmonopol – in fast allen Bereichen des Unionsrecht kann ein Gesetzgebungsakt nur auf Vorschlag der Kommission hin erlassen werden. Aus diesem Recht (und der Aufgabe) Gesetzgebungsvorschläge zu erarbeiten folgt auch das Recht, ihre Vorschläge für Gesetzgebungsakte der Öffentlichkeit vorzustellen und diese auch an Rat und Parlament zu vermitteln und eine Annäherung derer Standpunkte herbeizuführen, gegebenenfalls durch Änderungen an dem Vorschlag (siehe [hier](#), Rn. 74). Ihre politischen Kompetenzen hat die Kommission aber im vorliegenden Fall weit überschritten, wie die folgende Analyse der einzelnen Aspekte des Falles aufzeigt.

Die Posts der Kommission wurden nur in einzelnen Mitgliedsstaaten per Microtargeting beworben – und zwar in jenen, die sich im Rat gegen das Vorhaben ausgesprochen haben (dazu [Mekić](#)). Die Posts wurden auch nicht in die Amtssprachen weiterer Mitgliedsstaaten übersetzt, stehen folglich nicht dem allgemeinen öffentlichen Diskurs in der Union zur Verfügung, sondern entziehen sich diesem bereits durch die Gestaltung der Inhalte teilweise. Das zielgerichtete Bewerben mittels Microtargeting ist da fast nur eine logische Konsequenz. Aus der Strategie heraus lässt sich erkennen, dass es um die zielgerichtete Beeinflussung der mitgliedsstaatlichen Diskurse geht.

Inhaltlich betrachtet handelt es sich bei den Posts auch nicht um eine Bewerbung des Kommissionsvorschlags oder eine an die Öffentlichkeit gewandte Vorstellung der Arbeit der Kommission – es wird in vielen Videos nicht einmal erwähnt, dass es einen Kommissions-

vorschlag gibt (siehe [hier](#)), auf konkrete Inhalte des Vorschlags wird nie eingegangen ([hier](#) der Post in englischer Sprache, es handelt sich dabei um die „objektivste“ Version der Videos). Die verschiedenen Videos wurden für die jeweiligen Mitgliedsstaaten angepasst, bestehen alle aus zwei Elementen: Im Hintergrund werden Videos eingeblendet, die in düsterer Stimmung (seelisch) verletzte Kinder und männlich gelesene Täter an Smartphones und Computern zeigen sollen. Im Vordergrund werden (vermeintliche) Statistiken eingeblendet, nach denen die große Mehrheit der Bevölkerung in der EU oder in den jeweiligen Mitgliedsstaaten (je nach Video) harte Maßnahmen „für“ den Kinderschutz, wie eine Chatkontrolle befürwortet. Die zentrale Message wird am Ende des Videos vorgestellt: es braucht eine Regulierung und die Zeit drängt. Warum die Zeit nun besonders drängt, wird nur in einigen der Posts erläutert, erschließt sich allerdings aus den politischen Umständen: Eine [temporäre Regelung](#), welche es Kommunikationsdiensten erlaubt, freiwillig (vertrauliche) Nachrichten und Inhalte zu durchsuchen, läuft im August 2024 aus. Nun möchte die Kommission also eine neue Regelung noch in dieser Legislaturperiode verabschieden, also vor der Europawahl im Juni 2024. Der Vorschlag soll dabei mit einer allgemeinen Überprüfung sämtlicher digitaler Nachrichten weit über die bisherige Regelung hinausgehen und dabei den Wesensgehalt des grundrechtlich gewährleisteten Kommunikationsgeheimnis aus [Art. 7 GRCh antasten](#). Inhaltlich geht es folglich um viel mehr als eine Verlängerung des temporären Regulierungsmechanismus. Die Aussage, dass die Zeit drängt, hängt nicht wirklich mit dem Ablauf der alten Regulierung zusammen. Es handelt sich in der Gesamtschau somit nicht um objektive Informationen oder Bewerbung der eigenen Arbeit für die allgemeine europäische Öffentlichkeit.

Die Posts stellen auch keine lösungsorientierte Vermittlung der Standpunkte zwischen den gesetzgebenden Organen (konkret: von Rat und Kommission) dar, diese muss nach [Art. 13 II S. 2 EUV](#) im Wege der loyalen Zusammenarbeit mit den anderen Organen erfolgen. Dies schließt Druckausübung auf mitgliedstaatliche Regierung durch das gezielte Beeinflussen der öffentlichen Debatte in diesen Mitgliedsstaaten als geeignetes Instrument aus. Insgesamt handelt es sich folglich um eine evidente Überschreitung der politischen Kompetenzen der Kommission.

Die Gesetzmäßigkeiten der politischen Sphäre und die Funktion als Aufsichtsbehörde

Die Kommission hat als politische Akteurin agiert und dabei rechtlich unzulässig in den politischen Willensbildungsprozess eingegriffen. Es handelt sich dennoch, wie anfangs angedeutet, nicht nur um ein Problem der Überschreitung der politischen Kompetenzen. Der Vorgang zeigt vielmehr auf, dass die Kommission primär politischen Gesetzmäßigkeiten unterliegt und sich davon in der Entscheidungsfindung beeindrucken lässt, anstatt über das Zusammenspiel der verschiedenen Aufgaben und Funktionen zu reflektieren.

Die EU-Kommission wird gemäß [Art. 17 VI, VII EUV](#) in politischen Aushandlungsprozessen ernannt, welche eng verwoben sind mit der Wahl des europäischen Parlaments, das Spitzenkandidat*innenverfahren dient zudem auch dazu, die politische Legitimität und damit auch die politische Funktion der Kommission zu [stärken](#). Die Kommission ist somit eine politische Akteurin, sie wird in der Folge primär an ihren politischen Erfolgen gemessen. Daraus folgt, dass sie eher politischen Gesetzmäßigkeiten unterworfen ist, als verwaltungsrechtlichen. Dies spielt einerseits bei der Ausübung der Exekutivfunktionen eine große Rolle, wenn die Rechtsdurchsetzung (und der Grundrechtsschutz) mit Interessen des Binnenmarkts, der politischen Agenda der Kommission oder diplomatischen Beziehungen in Konflikt steht. Aber auch die verschiedenen Exekutivfunktionen stehen teilweise im Spannungsverhältnis zueinander, ein effektiver Grundrechtsschutz im Bereich des Datenschutzrechts (man denke insbesondere an [Angemessenheitsbeschlüsse für die Datenverarbeitung in Drittstaaten](#) nach [Art. 45 DSGVO](#)) oder der Plattformregulierung kann für den Binnenmarkt (zumindest kurzfristig) nachteilige Auswirkungen haben (Ruscheimer, Die aktuelle Digitalgesetzgebung in der EU, ZG 2023 i.E.).

Das Verbot von Profiling im DSA

Problematisch wird die überragende Bedeutung der politischen Funktion beispielsweise dann, wenn sich die Kommission zur Erreichung der eigenen politischen Ziele eines Mittels bedient, dessen Verbot sie auf sehr großen Online-Plattformen (wie beispielsweise X) als Aufsichtsbehörde durchsetzen soll.

Die Anzeige von Werbung die auf Profiling unter Verwendung sensibler personenbezogener Daten beruht, ist

nach Art. 26 III DSA verboten. Die Anzeige der Posts durch die Kommission beruhte, neben dem Ausschluss bestimmter politischer Interessen, darauf ob eine Person, nach der Vorhersage von X, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht-christlichen Glaubens ist. Für die Prognose müssen systematisch personenbezogene Daten zur religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen der betroffenen Person ausgewertet werden, die Anzeige der Posts beruht folglich auf Profiling. Für die Kommission selbst gilt Art. 26 III DSA nicht, da sie keine Online-Plattform ist – das Recht bricht folglich nur die Plattform, X.

Das Verbot solcher Anzeigen will die EU-Kommission zudem grundsätzlich noch weiter verschärfen. Politisches Microtargeting hat das Potential die öffentliche Debatte zu manipulieren und zu fragmentieren und stellt folglich eine Gefahr für demokratische Prozesse, insbesondere Wahlen, dar, wie der Cambridge Analytica Skandal [gezeigt hat](#). Dies sieht auch die Kommission so, weshalb noch in dieser Legislaturperiode die Verabschiedung eines neuen Regelwerks zur Regulierung von politischer Werbung von statten gehen soll. Stand jetzt ist ein Totalverbot nicht absehbar, vielmehr bleiben mehrere Lücken, insbesondere soll Microtargeting weiterhin erlaubt sein, wenn eine Einwilligung vorliegt (siehe [hier](#)).

Bei politischem Microtargeting handelt es sich um ein gesellschaftliches Risiko, ein systemisches Risiko für die gesellschaftliche Debatte und Wahlprozesse. Solche Risiken sind gemäß Art. 34, 35 DSA von den Plattformen zu mindern, die EU-Kommission beaufsichtigt diesen Regulierungsmechanismus. Hinzu kommt im konkreten Fall noch der Aspekt der Desinformation: der gesamte Inhalt der angezeigten Posts bezieht sich auf eine Umfrage mit sehr zweifelhafter Methodik ([Quelle](#)), dessen Ergebnisse als Fakten dargestellt werden. Andere Quellen, mit verlässlicherer Methodik kommen zu [anderen Ergebnissen](#). Auch solche Desinformationen unterfallen dem Regulierungsmechanismus des Art. 34, 35 DSA.

Die Macht von Microtargeting und die Funktion als Aufsichtsbehörde

Die EU-Kommission weiß um die Gefahr von Microtargeting und die Folgen für demokratische Prozesse, erlässt Gesetze die Microtargeting einschränken und will explizit ein Gesetz für politische Werbung verabschieden. Dennoch konnte die Kommission der Versuchung des Micro-

targeting nicht widerstehen und nutzte das Instrument für die eigene politische Agenda. Dies sagt viel darüber aus, wie stark die Verlockung von politischem Microtargeting ist. Es handelt sich um ein Instrument, mit dem politische Werbung effektiver wird und das (zumindest in einem gewissen Rahmen) eine Steuerung gesellschaftlicher Debatten [ermöglicht](#). Da die Kommission ein politisch zusammengesetztes Organ ist, welches primär an politischen Erfolgen gemessen wird, ist der politische Gestaltungswille der Kommission und der einzelnen Kommissar*innen, welche jeweils auch eigene politische Ziele verfolgen, naturgemäß groß. Die Kommission befindet sich somit in einem Zwiespalt zwischen ihren Funktionen als politische Akteurin, die gestalten will und als Aufsichtsbehörde, die für rechtswidriges Verhalten, das unter ihre Aufsicht fällt, nicht bezahlen sollte. Zusammenfassend ist die Kommission insgesamt ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde des DSAs und insgesamt ihrer Funktion als Hüterin des Rechts, nicht gerecht geworden.

Diese Funktion wurde gerade in der Regulierung zur sogenannten „digitalen Dekade“ enorm gestärkt. So ist die Kommission nicht nur die (fast) alleinige Aufsichtsbehörde des DMA, sondern ist auch für die Durchsetzung des DSAs gegenüber sehr großen Online-Plattformen und Suchmaschinen zuständig. Auch in weiteren Gesetzgebungsakten spielt sie eine wichtige Rolle der Aufsicht. Grund dafür ist primär, dass das dezentrale One-Stop-Shop Prinzip der mitgliedstaatlichen Rechtsdurchsetzung der DSGVO als [gescheitert gilt](#). Aufgrund der Schwierigkeiten die sich aus der starken Machtposition der großen Online-Plattformen und Suchmaschinen ergeben, fiel die Wahl auf die Kommission als Aufsichtsbehörde gerade wegen ihrer, im Vergleich zu mitgliedstaatlichen Behörden, stärkeren Machtposition (s. ErwG 124 f, 137, 145 DSA).

Fazit und Ausblick

Plattformregulierung ist, ebenso wie das Datenschutzrecht, eine Frage der Regulierung von Macht. Dies gilt insbesondere im Bereich der sehr großen Online-Plattformen und -Suchmaschinen. Die Ausübung der Aufsichtsfunktion durch die Kommission kann im Zwiespalt zwischen der Funktion als politische Akteurin und der Funktion als Hüterin des Unionsrechts zu Schwierigkeiten führen, wie sie der Fall hier sehr plakativ zu Tage fördert. Diese Schwierigkeiten sind jedoch systematisch in der Ausgestaltung der Kommission und ihrer wachsen-

den Bedeutung als Aufsichtsbehörde im digitalen Raum angelegt. Notwendig ist deshalb eine Reflektion dieser Spannungen, sowohl in der Kommission, als auch in der (Rechts-)Wissenschaft.

Im konkreten Fall, welcher durch seine vielfältigen Facetten, welche von Big-Data-Analyse über politische Beeinflussung und Fragmentierung der öffentlichen Debatte bis zu Desinformation reichen, anschaulich die Bedeutung von effektiver Plattformregulierung aufzeigt, ist wohl nicht zu erwarten, dass die Kommission das Verbot von Microtargeting effektiv durchsetzen wird. Eine Sanktion gegen X ist nicht zu erwarten und wäre, soweit

es um die Posts der Kommission geht, nun auch rechtsstaatlich bedenklich. Die Plattformregulierung ist jedoch nicht alleinig betroffen, die zugrundeliegenden Datenverarbeitungen werden vom europäischen Datenschutzbeauftragten wegen Verstoßes gegen die DSGVO aufgrund der zugrundeliegenden Datenverarbeitung (Profiling mit sensiblen Daten) [untersucht](#). Wie es inhaltlich weiter geht, bleibt also spannend, an den aufgezeigten Analysen ändert der Fortgang des Verfahrens jedoch nichts.

Guido Bellenghi, Luca Knuth

Food Culture and the Far-Right

Making sense of the Italian Ban on Cultivated Meat

doi: 10.17176/20231013-233639-0



*Dis-moi ce que tu manges, je te dirai ce que tu es.*¹ Brillat-Savarin's words describe how what we eat and how we prepare it forms part of our identity. The Bolognese *tagliatelli*, the Swabian *Spätzle* and the Polish *Lazanki* are very much different from one another. What they have in common, however, is that they do not represent merely a dish, but an essential part of regional heritages. Under the nationalist slogan of 'food sovereignty', the Italian government presents itself as the protector of Italian culinary identity with a ban on cultivated meat. From an EU law perspective, the ban is a largely ineffective 'talk show law'. Nevertheless, it puts on the table the politics underlying food regulation and the room left for national differentiation within harmonised areas of the internal market.

'Food sovereignty'

Increasingly globalised markets for food and technological progress allow us to taste not only local flavours but also those of the furthest areas of the world, affordably and safely. The plurality of food cultures, however, is often perceived as under existential threat due to the industry's preference to rely on uniform standards that allow market access.

The interplay between differentiation and harmonisation is also reflected in EU law. On the one hand, EU law recognises the value of protecting regional culinary specialities, for example by introducing [geographical indications](#). On the other hand, the EU's internal market relies on harmonised criteria for food safety to ensure free movement. EU food law is based on the premise that safe products can be freely marketed throughout the internal market and what is safe is determined by uniform, evidence-based criteria.

The evidence-based approach underlying EU internal market policy, as vividly demonstrated in [GMO-related debates](#), does not preclude politicisation. Food, in parti-

cular, provides ample fodder for right-wing identity politics. This is exemplified by the nationalist Italian Government led by Giorgia Meloni, who infamously [complained](#) about Brussels technocrats depriving Italians of their right to choose the length of their *zucchine di mare* (sic). Right after entering office, the Meloni Government declared its intention to take back control of food policy and introduced 'food sovereignty' as a political slogan, now adorning what was previously the mundane Ministry of Agriculture. The thrust of the rhetoric is clear: the nation state is being promoted as the patron saint of internal, regional cultural plurality against the perceived threat of homogeneity posed by Europeanisation and technologisation. Hence, the new 'Ministry of Food Sovereignty', headed by Meloni's brother-in-law Francesco Lollobrigida, has followed the [call for help](#) uttered by Italian agricultural and food producers and put its name to action. The threat supposedly requiring urgent action comes, as it did in the case of GMOs, from the laboratory: cultivated meat.

The Ministry's response is an outright prohibition. In the [Draft Bill n. 651](#), approved by the Senate on 19 July 2023, the use, sale, import, export or distribution of food produced from cell cultures is prohibited on the grounds of health protection with reference to the precautionary principle. The draft, as approved by the Senate, will soon be voted in the Chamber of Deputies.

A punch in a fight where the opponent has not shown up yet

What is alternatively referred to as 'cultivated', 'cell-based' or 'cultured' meat describes meat derived from cell cultures grown not as a living animal on a farm but behind the closed doors of a laboratory. This innovation carries significant potential for the future. Not only could it contribute to animal welfare, but cultivated meat could also have positive implications for climate protection, given

¹Tell me what you eat, and I will tell you what you are.

that animal farming is a major source of greenhouse gas emissions.

Ten years ago, the [first cultivated burger was cooked in London](#). Since then, important steps towards commercialisation have been taken in [Singapore](#), [U.S.](#), [Israel](#) and [Switzerland](#). Through the [REACT-EU](#) and [Horizon](#) programmes, the EU has granted €9,000,000 to research projects. In quantitative terms, this still falls well short of the [€60,000,000](#) investment made by the Dutch Government.

Despite these efforts, until now, cultivated meat has not reached the shelves of European supermarkets, and [comparative studies](#) examining its consistency and taste remain rare. Whether and when cultivated meat will end up on European tables is anything but foreseeable. If it becomes market-ready in the future, it will fall within the scope of the [Novel Foods Regulation](#) (NFR). Read in conjunction with the [General Food Law](#) (GFL), the NFR [renders](#) the free circulation of novel foods conditional upon the Commission's authorisation. Such an authorisation follows a scientific opinion of the European Food Safety Authority (EFSA) and a comitology procedure. Comitology is precisely the forum that Union law envisages for Member States' participation within authorization procedures. While EFSA has recently [increased its attention](#) to cultivated meat, no application for market authorisation has been submitted so far. Before the authorisation is granted, placing cultivated meat on the market is prohibited anyway. The Italian ban, for now, remains a punch in a fight where the opponent has not shown up yet.

Differentiation instead of harmonisation?

The crux of the matter therefore lies in Italy's prospects of maintaining such a ban even after a future authorisation of cultivated meat by the Commission. A constitutional concession to differentiation is enshrined in Article 114(4) and (5) TFEU, allowing Member States to opt-out from harmonisation measures. In particular, Article 114(4) TFEU applies to national measures already in place when the harmonising measure is adopted and when the Member State seeks to maintain its national measure. Whilst it can invoke Article 114(5) TFEU if it intends to adopt restrictive measures where harmonisation is already in place. Opting-out comes with considerable limitations under both alternatives; under the latter more stringent than under the former.

Even assuming that an opt-out from a future Commission implementing act amending the Union list of autho-

risied novel foods would be feasible, such an attempt is in all likelihood doomed to fail. Article 114(4) TFEU allows only national measures serving the protection of the interests laid down in Article 36 TFEU as well as the protection of the environment or working environment. The only possibility for the Italian ban to stand any chance of survival is thus scientific evidence demonstrating the alleged health risks posed by cultivated meat. The Commission and the Court of Justice have set a high threshold for the Member States to prove the legality of their opt-outs. The case-law of the Court shows that ['\[t\]he role that scientific evidence plays in the derogation procedure is crucial'](#): national authorities will have to provide scientific evidence that will be subject to the scrutiny of the Commission. After all, ranging back to [Sandoz](#) and [Reinheitsgebot](#), in its free movement of goods jurisprudence, the Court has repeatedly rejected mere insubstantial assumptions.

Although the precautionary principle, invoked in the Italian draft bill, may broaden the regulator's discretion, it cannot give *carte blanche* for regulatory arbitrariness. The evidence-based imperative of EU law is upheld even under circumstances of uncertainty: the Member State [must](#) prove that the risk is not merely hypothetical and conduct risk assessment where and to the extent possible. Only where the Member State provides sufficient evidence of a risk to human health, the national measure can be justified under EU law.

The Italian government would have to be able to provide reasons why the authorised food should *not* be or have been regarded as safe. To do so, it would have to counteract the assessment performed by EFSA in the course of the authorisation procedure by citing aspects the Authority failed to (sufficiently) consider or that only came to light after the scientific opinion was issued – arguably not the easiest task.

Differentiation within harmonisation?

Where the requirements for an opt-out are not met by the Member State, it remains in principle bound by the harmonising measure. Within the framework of the GFL, the Member States are given responsibility for enforcement, but their discretion is limited in particular by uniform food safety requirements. Even seemingly internal measures restricting the marketing of the food in question [have to comply with the principles of EU food law](#), in particular those of risk assessment and the precautionary

principle.

As a last resort, Italy could adopt an emergency measure once the food is authorised. This would follow the [infamous example](#) of some Member States' appeal to so-called safeguard clauses to prevent authorised GMOs from accessing their markets and meadows. As the NFR does not contain specific rules for safeguard measures, the GFL applies in this respect. Under the GFL, responding to emergencies is primarily a competence of the Commission and national powers are limited to the adoption of interim measures. Although the respective clauses are precautionary in nature, they maintain the evidence-based character of decision-making. That is, the alleged emergency must be scientifically substantiated. Ultimately, any interim measure will trigger a comitology procedure leading to a Commission decision whether or (more likely) not to adopt an emergency measure. Once the Commission has taken its decision, [there is no more room for manoeuvre for the Member States](#).

The politics of food law

As cultivated meat approaches European markets, the debate is likely to keep us busy in the future. It touches on two central issues of internal market policy. First, harmonisation inherently requires a certain degree of uniformity.

Nevertheless, local peculiarities are worth protecting even in a harmonised market. Second, internal market law follows an evidence-based regulatory approach. Adhering to the guiding voice of science, though, does not affect the necessity to consider and respond to legitimate fears and concerns, provided that this happens *within* the existing procedural framework.

The Italian ban on cultivated meat makes little legal sense, if any, as it cannot produce any effect until a product is actually authorised at EU level. If and when it is authorised, upholding the ban would be an almost-impossible-to-win battle. The ban is an act of '[hyper-politics](#)', not a constructive contribution to the dialogue on a sustainable future.

Concerns and fears about technological innovation are being misused to endorse the nationalist narrative of the State as a shield against technological development and globalisation of food markets. If anything constructive can be gleaned from the proposed Italian law, it is the reminder of the need, in all scientific correctness, not to forget other legitimate factors and to reflect on the balance to be struck between harmonisation and differentiation. In times of a pan-European shift to the right, it is not only about legal containment of fragmentation along national lines. It is also about finding a convincing political response to the nationalist rhetoric of 'food sovereignty'.

Eleonora Celoria, Virginia Passalacqua

Turning the Exception into the Rule

Assessing Italy's New Border Procedure

doi: 10.17176/20231102-224101-0



Having promised its electorate a strong stance towards immigration, in January 2023 Italy's new government adopted a reform that heavily curtailed immigrant rights to speed up return procedures. However, between September and October, [several judgments issued by the Catania Tribunal declared it in violation of EU law](#). In particular, when requested to review the detention of asylum applicants, the judges found the new Italian asylum border procedure contrary to the [Procedures Directive 2013/32](#) and the [Reception Conditions Directive 2013/33](#).

The judgments led to a backlash, with PM Meloni and other members of the government accusing them of being politically motivated. One minister even published a video on social media showing a judge of the Catania Tribunal taking part in a pro-migrant rights demonstration in 2018, thus accusing her of partiality.

Such [political attacks](#) must always be condemned, for they pose a significant threat to judicial independence and thus Italian democracy. Yet, they are particularly unwarranted given that the Catania Tribunal's judges were correct in finding the new Italian border procedures incompatible with EU law.

Detention as the Rule for Asylum Seekers

The 2023 [reform](#) of Italy's asylum system included the introduction of an accelerated border procedure which allows for the [detention](#) of asylum seekers „exclusively to determine the applicant's right to enter the territory“ ([Art. 6 bis, Law Decree 142/2015](#)).

This new procedure is applied when an asylum application is made „at the border or in a transit zone“ by a person who either a) evaded or attempted to evade border controls, or b) hails from a safe country of origin, which were determined by a [Ministerial Decree in 2019](#), later [updated in 2023](#).

Another [Ministerial Decree](#) identified the „border and transit zones“ where the border procedure can be used, without providing a clear definition of these concepts nor explaining the distinction between them. Instead, it lists

16 provinces where the procedure applies (Trieste, Gorizia, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi, Caltanissetta, Ragusa, Syracuse, Catania, Messina, Trapani, Agrigento, Cagliari, and South Sardinia).

Finally, the law specifies that asylum seekers are to be detained unless they submit a passport (or equivalent document) or [provide a financial guarantee of € 4,938.00](#). This amount was allegedly calculated with reference to the cost of suitable accommodation, repatriation, and minimum means of subsistence. The sum can be provided through a bank guarantee or an insurance policy, but solely by the asylum seekers themselves, not by third parties.

Following a recent increase in migrant flows from Tunisia, the Italian authorities extensively relied on the new border procedure to detain several Tunisian citizens on the ground that they come from a “[safe country of origin](#)”. However, on [September 29](#) and [October 8](#), the Catania Tribunal issued a series of similar rulings in which it annulled the detention orders because they were in conflict with EU law. In the following sections, we analyze and expand the three main arguments advanced by the Tribunal, showing that they were largely correct in their findings that the new Italian border procedure exceeds what is permissible under EU law.

The ‘Border’ under EU Law

The first argument made by the Catania Tribunal regards the correct initiation of a border procedure. According to the judge, the procedure was not applied „at the border“, as understood by EU law (Art. 43 Directive 2013/32). Indeed, the applicants arrived and made their asylum application in Lampedusa (province of Agrigento) but the detention was ordered several days later in Pozzallo (Ragusa province) when the applicants were no longer „at the border.“ Because the border procedure (involving detention) was utilized at a later stage and in a different place, it was not appropriately initiated.

In support of the Catania Tribunal's conclusion, we

should recall that [Article 43 the Procedures Directive requires a spatial and temporal link between the border crossing and the activation of the border procedure](#). Although the Directive does not define the terms „border“ or „transit zone“, it clearly distinguishes these areas from other „locations in the proximity of the border or transit zone“ (Article 43(3)), where applicants can be exceptionally accommodated but never detained. The distinction between the border and other places in its vicinity suggests that the procedure provided for in Art. 43 can only be applied in narrow and well-defined areas or in pre-identified transit zones (such as the Hungarian transit zones examined by the Court in *FMS* and *Commission v Hungary*).

Other EU law instruments support this narrow interpretation of the “border” concept. [Regulation 1931/2006 defines a „border area“ as a delimited space within 30 km from the Member State’s border](#). In the *Affum* case, the Court also called for a narrow interpretation of the spatial concept of „border.“ There, the Court clarified that the Return Directive allows Member States to apply a simplified return procedure at their external borders in order to „ensure that third-country nationals do not enter [their] territory“ (a purpose which resonates with that of Art. 8(3)(c) Reception Directive). However, such a procedure can only be applied [if there is a „direct temporal and spatial link with the crossing of the border“, i.e. „at the time of the irregular crossing of the border or near that border after it has been crossed“](#) (par. 72).

By contrast, under the Italian accelerated procedure, the border has blurred contours. The new procedure, relying on the “[fiction of non-entry](#)”, can be carried out not only „at“ the border and in transit zones or in areas territorially „close“ to the border, but in entire provinces in southern and northern Italy. This far exceeds the narrow definition of border or border area derived from EU law.

The Regulation of Detention under EU Law

The second argument of the Catania Tribunal turned on the lack of motivation for the detention orders. The applicants were detained solely because they were from Tunisia, did not submit a valid passport nor pay the bail. As such, the orders lacked any case-by-case assessment of the applicant’s individual circumstances, and they did not apply the proportionality and necessity principles, as prescribed by EU law under art. 8(2) Directive 2013/33 and art. 52 and 6 of the Charter.

Indeed, even if a border procedure is correctly initiated, Italy’s new provisions on the detention of asylum seekers do not meet the requirements of Article 8(2) of the Reception Directive. According to the CJEU, this authorizes asylum seekers’ detention “only where, following an assessment carried out on a case-by-case basis, that is necessary” and where other less coercive measures cannot be applied effectively. (ex multis, *FMS*, par. 258; *VL*, par. 102; *M.A.*, par. 82).

Italy’s norms contain no reference to the principles of necessity and proportionality nor to the need for a case-by-case assessment (Art. 6 bis D. Lgs. 142/2015). In so far as the Italian provisions allow for an automatic application of detention whenever the border procedure is activated, they are incompatible with Art. 8(2) of the Reception Directive. In light of the primacy and direct effect of EU law, Italian public authorities are required to give direct application to the principles of proportionality and necessity and to carry out an individual assessment, even if not directly foreseen by Italian law.

The Possibility of Bail

Finally, the Catania Tribunal argued that the financial guarantee to avoid detention is contrary to EU law. The Tribunal observed that the guarantee is not used as an alternative measure to detention, but rather as an „administrative requirement“ that, if not complied with, leads to detention. According to the judge, this renders it incompatible with Articles 8 and 9 of the Reception Directive 2013/33 which “[preclude\[s\] an applicant for international protection being placed in detention on the sole ground that he or she is unable to provide for his or her needs.](#)”(at 256).

[As rightly noted by Savino](#), EU law does not prohibit the use of financial guarantees; to the contrary, [Article 8\(4\) mentions it as a legitimate alternative to detention](#). However, both [scholars](#) and the European Asylum Agency maintain that the guarantee shall be proportionate to the means of the applicant in order to avoid discriminatory effects. The [EUAA Guidelines](#) on asylum seeker detention further specify that:

“the amount should be tailored to individual circumstances, and therefore be reasonable given the particular situation of asylum seekers, and not so high as to lead to discrimination against persons with limited funds. Any

failure to be able to do so resulting in detention (or its continuation), would suggest that the system is arbitrary.”

It is doubtful whether the financial guarantee in its current legal design can be considered an “effective” alternative to detention (Art.8(4)). Its high amount (€4,938.00) and procedural requirements make it practically impossible for asylum applicants to rely upon it. In particular, they are required to deposit the sum upon arrival, through a bank guarantee or an insurance policy, which are concretely impossible for them to obtain. Moreover, the financial guarantee is the only alternative to detention provided by the new Italian law, while migrants detained under other circumstances can rely upon more alternative measures.

Taken together, it means that the measure is designed in a discriminatory way and is neither effective nor proportionate.

Concluding Thoughts

Several aspects of the new law foresee a system in which the border procedure is systematically applied, rendering

detention the rule, instead of the exception. This follows from the geographic expansion of the “border areas and transit zones”, the automatic (indiscriminate) application of the safe country of origin concept, the lack of a proportionality assessment, and the practical impossibility of applying the only alternative measure foreseen.

[More and more Italian courts are annulling detention orders](#), on the grounds that the Italian border procedure is in conflict with EU law. While the Italian government considers this an unacceptable form of judicial activism, this blog has shown that the judges’ concerns are well-founded.

Member States’ courts are “EU law judges”, they must give precedence to EU law and general principles and set aside any incompatible national law. The recent personal attacks against some of the judges show that the government struggles to come to terms with this thick form of judicial review which takes seriously European and human rights standards.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

The Great Yes or the Great No

About Poland in Europe, About Me, About You and About Us

doi: 10.17176/20231013-233656-0



The effect of Van Gend en Loos was to take Community law out of the hands of politicians and bureaucrats and to give it to the people. Of all the Court's democratising achievements none can rank so highly in practical terms – Former Judge of the Court of Justice the Late **Federico Mancini**

As we gear up for the most **consequential elections in Poland** since 1989, the situation on the ground after 8 years of the **paranoid polarizing and no-holds-barred politics**, forces all those concerned about the future, to ask **where Poland is heading**. On 13 October 2023, we must understand that POLEXIT is much more than a mere **dispute over institutions, rule of law, judicial independence, etc.** What is at stake now is incomparably greater. It is the defense of a certain way of life, values and belonging to a community of law and values, a civic Poland in Europe and Europe in civic Poland and finally of “Me and You” as part of Europe.

Polexit. What's really in a name?

The European Union's liberal foundations are challenged by one country, something that no one saw coming in 1952. The **ruthless logging in the Białowieża Forest** was the first step towards POLEXIT, as I have already predicted **in August 2017**. Attacking the preliminary ruling procedure, initiating disciplinary proceedings against judges who apply EU law, failing to implement the judgments of the Court, and openly ridiculing the Court, this is already, unfortunately, **POLEXIT**. In the past eight years, Poland has offered an aggressively and unilaterally antagonistic understanding of the initial decision to come together. *Ad hoc* politics and the irrepressible lust to maintain power *per fas et nefas* (**the volte-face on Ukraine** is the clearest evidence of this political degeneration and of the shameless pandering to the electorate) are more important than our membership in the Union and the image of the country. According to PiS rhetoric, “We Poles” are unique in that we differ fundamentally from others in our understanding(s) of constitutional essentials, since even

the rule of law or judicial independence allegedly mean something different in Poland than elsewhere, and there is no consensus in this regard at the core level with other Europeans. Europe is being told that according to the Polish “understanding” of the rule of law, judges and prosecutors can be dismissed/transferred by fax from the ministry, there are disciplinary proceedings for referring questions to the Court of Justice and that the decisions of the Court can be ignored as allegedly imposing on us “foreign” legal standards and values. In such a situation, the core values stabilized at the level of the European Union member states in contrast to our “understanding” of the community and its values, must lead and have led to an inevitable clash.

A challenge to the community of citizens

The attacks on the Court of Justice and contempt for the Union not only marginalize Poland within the community and ultimately push Poland out of the Union, but also turn the Polish citizen back into a servant of the state and a second-class European citizen, deprived of the protection afforded to citizens in other countries by European law and the independent courts. This is a return to a world in which we the citizens are cast in the old role of somebody to shine only through the reflected light of the state and to obey its will. The citizen is to live in the shadow of the “**constitution of fear**”. Here we come to the essence: what should it mean for a citizen to be part of the integrated Europe? Thanks to European integration, the citizen no longer belongs solely to the territory demarcated by the borders of “his” state of origin. He makes his own choices and decides where he wants to work or buy a car. European law has survived precisely because it has been and is being applied in the individual citizens' cases in the local courts of the member states. The spirit of integration, captured by the opening words of Judge F. Mancini, has been to liberate the citizen from the strait jacket of the all-powerful state, in whose shadow the citizen has hitherto lived. The contradiction between the

European vision and ideal and the doctrine according to which PiS lives and breathes is thus fundamental. While, according to PiS narrative, the citizen is supposed to live under the shadow of a “constitution of fear”, which allows the state unlimited discretion to interfere in his rights and life, post-war Europe has promoted a constitutional culture of restraint and limitation. While the vision of the state adhered to by PiS seeks to handcuff the citizen, the Union frees us from this statal framework and opens up new possibilities. While European law offers a chance to win over the powerful state ([the recovery of excise tax](#) by Polish importers of used cars is one of many examples), PiS narrative understands “a good citizen” as a controlled citizen, convinced that the state’s decisions are always good for him, and meekly accepting them. [From captured state to captive mind ...](#)

Before our eyes, a spectacle is playing out in Poland, with everyone playing their part on a political game board called “How to manipulate the law and institutions” and “How to destroy the law and institutions when they resist”. This spectacle of hatred is played out to the accompaniment of sovereignty war rhetoric, and the soloists are government representatives who outdo each other with ignorance, repeated contempt of court and tearful scenes of martyrdom in the hope that their electorate will see and appreciate it. One dreads to think what will happen when citizens buy (have they already bought?) this politically orchestrated spectacle and, on October 15, 2023, forget the last eight years of contempt shown by the state to the law, the Constitution and themselves.

However, this spectacle becomes a historical drama [when questions](#) about Poland’s participation in the Schengen area are increasingly heard in the background. Here it is no longer about the Court, the Supreme Court, the courts, etc. It is about all of us citizens, about our freedoms and liberties that European law guarantees us, which we will lose when POLEXIT becomes a ghastly fact. That’s why it’s the citizens who must ask today about the far-reaching European consequences (for themselves) of the paranoid policies of PiS, where everyone is our enemy plotting to the detriment of Poland – the chosen one among the nations –, where Poland repeatedly questions the foundations of the Union, rejects the authority of the courts and court rulings, and has turned disdain for the political adversary, corruption and insolence into “virtues of governance”. The citizens must understand that with the election of a party that rejects the separation of

powers, tolerance of others, promotes chauvinism, division, and elevates distrust and pettiness, there is also a European price to be paid one day.

The Union is only enforcing the terms of the contract we have voluntarily signed in 2004. Europe will not defend itself unless each of us is ready to defend it here and now. Recalling the foundations therefore rises to crucial importance. We cannot take Poland’s membership in the EU for granted and as part of our everyday life. Freedom to travel, to work, to shop in Berlin, to vacation in Greece – all this cannot be taken as given. Have we forgotten that the border separated us from Europe only 19 years ago, and that a passport was essential to travel? When we give up on the community that we are part of, we must also be ready give up this opening and all the opportunities that come with it.

The power of dissent

Being part of the community of values and law to which the generation of my grandparents, parents and mine too aspired to, and dreamed of, means that its members voluntarily adopt certain rules of conduct that bind everyone as a condition of living side by side as equal partners and neighbors, no longer perfect strangers. Diversity (the perspective of member states) is constantly seeking an accommodation with the pursuit of uniformity (the perspective of the Union). For that to happen, though, an element of good faith must always be present, and this is where Poland has failed the Union ... and is now failing us. Today we live in a state devoid of any checks and balances, where power is uncensored and can, and in fact does, do anything. The actions of the last 8 years to take over independent institutions are coming to a ghastly logical close at the worst possible time for both Europe and our civil rights and liberties. When laws and institutions begin to serve ruthless politics instead of civilizing and restraining it, one of the cornerstones of the post-war European order is destroyed: the belief that any political power must be a power limited and controlled by institutions independent of it, primarily the courts. Let us therefore be aware of what is at stake in the uncompromising political game. It is our continuance in the European community of law and values, whose rules and principles we voluntarily accepted in 2004 and which were the dream and aspiration of entire generations of Poles after 1945, or ... a definitive POLEXIT.

So when I think of Poland in 2023 two days before the

parliamentary elections, [I return yet again](#) to a poignant poem about the power of dissent and the courage to speak out in times of trial by K. Cavafy, [Che Fecce ... Il Gran Rifutto](#):

“For some people the day comes when they have to declare the great Yes or the great No. It’s clear at once who has the Yes ready within him; and saying it, he goes from honor to honor, strong in his conviction. He who refuses does not repent. Asked again, he’d still say no. Yet that no – the right no – drags him down

all his life”.

On 13 October 2023, I revisit Cavafy’s words and search for my own civic great “YES” and/or “NO”. Understanding the consequences of the devastating and hateful politics of resentment and exclusion that is pushing our country and us citizens into the abyss of POLEXIT must be the first and necessary civic step. Therefore, I make my own when I speak up to defend what I hold dear by shouting out: “This is My Poland in Europe and Europe in Poland”.

What and How will you choose on 15 October 2023?

Yaniv Roznai, Amichai Cohen

Post-populist Populism

doi: 10.17176/20231019-113523-0



Democracy's victory over populism?

Good news for democracy from Poland? It appears that in the [recent general elections](#) the right-wing populist Law and Justice party (PiS) won most seats but not enough to allow it to form a coalition. Donald Tusk's Civic Coalition has a better chance of forming a coalition, which might put an end to PiS' eight years of rule. This, *prima facie*, seems like a victory of democracy over populism. Prof. Daniel Ziblatt, the author (together with Steven Levitsky) of *How Democracies Die* (2018) & *Tyranny of the Minority* (2023), [tweeted](#) that „Look to Poland today to see the power of majority rule: how the hard work of cobbling together majorities can defeat an authoritarian minority faction.“

While this is certainly true, in this post we wish to flag certain warning signs that this possible democratic rotation is not the end of the struggle for democracy but merely the beginning of this process. This is because, as we claim in a recent paper (in-process), even when populists are voted out of office, their legacy – at least partially – persists.

In recent years, the populist movement was able to significantly strengthen its political achievements, but in some countries such as the United States, Brazil, and Israel (only temporarily, so far), anti-populist political forces were able to take the power away from the populists, and win the elections.

What happens to politics when anti-populists return to power? On its face, the answer to this question is simple: post-populists present themselves as the complete opposite to the populist politics, both in rhetoric and action. The best articulation for this was given by President Biden, when he was [asked](#) why he could not issue more executive orders on gun safety. The President's answer was: “What I don't want to do, and I'm not being facetious, I don't want to emulate Trump's abuse of the constitution and constitutional authority.... I often get asked: ‘look, the Republicans don't play it square, why do you play it square?’ But if Democrats follow suit, our de-

mocracy would literally be in jeopardy.”

However, we believe that the answer is much more complex than that.

Populism shifts politics and the relationship between the different branches of government, in ways that transcend the populist ideology. The politicians who win office from a populist leader now act within this changed political field. Hence, even if their ideology is anti-populist, their policies can often be described as post-populism. By post-populism we mean the mechanisms of governance adopted by governments or coalitions that achieve the task of taking power by democratic means from a populist regime. We focus especially on the mechanisms of governance that come close, and dangerously so, to those used by the previous populist regimes.

Importantly, we are not completely equating post-populist politics with populism. But we do identify several areas in which populist mechanisms persevere in a post-populist era. These are, first, the Schmittian “us versus them” political divide. Second, the aggrandizement of executive power, and third the willingness to change the “rules of the game” by changing the constitution or ignoring accepted constitutional conventions, to make political gains.

That is not to say that post-populist politicians explicitly, or even implicitly, adopt the populist rhetoric or its constitutional project. Post-populists have, for example, more respect for judicial decisions, civil servants and generally do not attack elites as fiercely as populists. As important as these differences are, they cannot cover the political reality: often post-populist leaders cannot ignore the temptation to use populist policies or tools in order to entrench their political power.

The anti-populist coalition - The Case Study of Israel

In the summer of 2021, after four consecutive election campaigns in which no party was able to form a stable government, a new coalition emerged in Israel. It relied on an unprecedented coalition of parties that ranged from

the Muslim Arab Party and left-wing parties to right-wing parties. In both, their rhetoric, and its unique formation, the new coalition seemed to present Israelis with a classic anti-populist alternative. Instead of negative portrayal of the other parties, the coalition party's spoke of what they are for. Instead of bashing of minorities, the coalition presented its ideology as inclusive – especially of the Arab minority, which for most of Israel's history was excluded from the coalition. The government included an Arab minister, a minister with special needs, and generally presented itself as the opposite of its populist predecessor: a government that will not allow the undermining of the state's legal institutions as the attorney general or the judiciary. Indeed, the government's colloquial name was “the Government of Change” precisely in order to portray that it would be the complete opposite of Netanyahu's previous governments.

At first blush, the Israeli story is that of an anti-populist parties' success at blocking a populist movement. A careful look, however, reveals a more complicated picture. Clearly, because the government did not last more than 18 months, and after a fifth round of elections the most far-right and religious government Israel ever had won the elections. That [government initiated a far-reaching judicial overhaul](#), met with world-famous, unprecedented civil protest.

Notably, during its short term in power, the government of change had to rely on some strategies commonly associated with the populist project.

First, among these is the use of us-versus-them characterization of politics. Representatives of the government routinely characterized their predecessors in office as incapable rulers, and as using office to promote narrow personal and political interests over public interest. This was most evident with regards to former Prime Minister Netanyahu but was evident with regards to almost every member of Netanyahu's party, the Likud. But if, in the previous government of Netanyahu, the opposition was characterized as an enemy of the Jewish identity of the state, the current coalition characterizes Netanyahu as the enemy of the democratic identity of the state. Explicitly, the potential return of the right-wing coalition to power was portrayed as a clear and present danger for Israel's democratic nature – a prophecy that, in retrospect, proved to be correct.

One important distinction is that while populist leaders refer to all those who do not conform with the po-

pulist agenda as either detached elites or enemies, in the post-populist government, the rhetoric was mainly aimed at the politicians, while the post-populist leaders went out of their way to emphasize that they are the leaders of everyone – an inclusive rather than exclusive rhetoric.

Second, the coalition did not shy away at changing the rules of the game when it fitted its political interest. For example: Naftali Bennet and Yair Lapid came to an agreement alternating the Premiership of the coalition after a year and a half. Explicitly to cement this agreement, Basic Law: The Government was changed in a way that would penalize the Prime Minister if he caused an early election before handing over the premiership according to the agreement. Basic Law: The Knesset was changed in order to allow more Members of the Knesset to resign their posts as MK when appointed as ministers, while preserving their ability to return to their posts as MK's if they left the government. So, the instrumental use of constitutional laws, which is a main characteristic in the populist constitutional project, and, especially in Israel in [recent years](#), continued.

A third policy was the politicization of professional offices in public service. Hence, the government appointed the former leader of the Labor Party, Amir Peretz, to the office of one of Israel's largest government-owned corporations (Israel Aviation Industries) even though he was declared an inappropriate political appointment by the special committee approving with senior appointments in public service. The process of appointment of Israel's attorney general became a political struggle, when the professional committee appointed to nominate the attorney general was controlled by representatives of the Minister of Justice, and used political maneuvers to nominate the Minister's preferred candidate.

A fourth occurrence was the fact that the opposition did not participate in important legislative work. Most importantly, the opposition did not formally join in the Knesset's various committees. Indeed, the real motivation of the opposition for this move was their on-going policy of delegitimizing the government, but the coalition greatly assisted this policy by offering the Opposition less than their fair share of members of committees. The participation of opposition members in committees preserves the Knesset's independence vis-à-vis the government, since it allows MK to create ad-hoc coalitions transcending the formal divide. Without the opposition's participation, the Government only strengthened its grip on

the Knesset.

Lastly, several parties within the coalition promoted bills directed against Netanyahu personally. Most important was the attempt to forbid a person under a criminal indictment to form a government, and for „term-limits“ for a prime minister. These bills, while presented as principled, were clearly directed at Netanyahu, whose corruption trial is still ongoing, and who has been Israel’s longest serving prime minister.

Explaining post-populism

For sure, the post-populists have a different ideology than their populist predecessors. Many of them, though certainly not all, genuinely believe in pluralism, diversity, and in the need to limit the power of the majority in politics by respecting the decisions of the courts, and strong checks and balances. And yet, it should not be ignored that post-populism resembles populism in many important aspects. There are, we believe, several explanations for this:

First, once the “populist toolbox” is available for politicians, the temptation to use it is simply too strong to ignore. If one can control the media, gatekeepers, courts, etc., and through that capturing to govern ‘more effectively’, why not do so (from a post-populist politician’s perspective)? The various tools of governing that populists used in recent years – such as ad hoc constitutional reforms for narrow political interests – are still available and the urge to use them is enormous.

Second, the glue that holds the anti-populist coalition is the existence of the populist camp, and the threat it will return to power. To survive politically, the anti-populist must use the same enemy-friend rhetoric and style of governing that characterized the previous regime. Populism entails a moral division of politics and society between the “good people” and the “corrupt elite.” Categorizing one group as good while the other is not, means that one is legitimate and the other is not. In post-populism, [there is a moral division between the “good people” – the anti-](#)

[populists and the corrupt populists](#), the former legitimate and the latter is illegitimate.

Third, polarization is central not only for maintaining the enemy-friend distinction [but studies show](#) that, in a context of affective polarization, partisans may excuse executive aggrandizement and would accept the weakening of checks on the power of the executive in order to advantage their party and disadvantage the opponent.

Fourth, the social, economic, and national divides that were at the root of the rise of the populist movement have not vanished. They go deeper than any momentary political movement. And without solving the deep problems and tensions, the fears, insecurity and other feelings upon which populism flourishes, post-populist movements will fail in ending populism.

Conclusion

Post-populists might want to explain their use of questionable policies as one that was simply forced upon them by the continued actions of the populists from the opposition, or because of the real malice of populists when they were in government, or because of external circumstances. In some cases, this might be true. Yet, the overall picture is that the post-populists have more in common with populists than they would care to admit. Post-populist politics is different – but not very different – from populist politics. Even if post-populists usually mean well, their mechanisms of governance might lead them on a route that, while not identical to the populist one, might come dangerously close to it.

That is why we need to be cautious about the illusion that once the anti-populist coalition wins and populist leaders loose, politics would be back to normal. Populism is here to stay. Populists uncovered serious flaws in democracy, and until we manage to solve these flaws, we cannot completely defeat populism by mere victory in elections. Winning the elections, therefore, is merely the beginning – not the end – in the journey against populism.

Benjamin Nurkić, Admir Isanović

False Hope for Democracy in Bosnia & Herzegovina

On the Role of the International Community in the Implementation of the ECtHR's Judgments

doi: 10.17176/20231001-132225-0



Bosnia & Herzegovina (B&H) is notoriously hard to govern. Scarred from a bloody war in the 1990s after the collapse of Yugoslavia, the country's constitutional order emerged in international peace talks in the United States. What later became famous as the Dayton Peace Agreement (DPA) might have stopped the war but, in our opinion, sowed the seeds for complex democratic problems today. The root of the problem is that the peace agreement brokered a fragile balance between the three main ethnic groups in the country – Bosniacs, Serbs, and Croats – by giving them special rights and extra influence. These rights are countered, or rather overshadowed by the true power center of the state, which is the unelected Office of the High Representative, a foreigner who shall maintain peace among the ethnic groups. In several decisions, the European Court of Human Rights (ECtHR) had issues with this arrangement. We take a deeper look at the intricate legal and political entanglements of human rights law, democracy, self-determination, and peculiar institutional relics from the end of history.

As we will show in this text, the ECtHR's judgments represent a false hope for democracy in B&H, because ethnopolitical parties in B&H will not agree on how to implement the ECtHR's judgments and the Office of the High Representative will not take a more active role in this context – all united in their respective desires to protect their positions and powers in B&H. We therefore argue against an earlier contribution on this blog by [Woelk \(2023\)](#), who suggested that the solution for the implementation of the ECtHR's judgments should come from within the country, as we will show, ethnopolitical actors do not have a real interest in implementing these judgments. To put it bluntly, change from within is, alas, pie in the sky. It is much more likely that nothing changes and the powers that are remain the powers that will be.

Historical Context

Let us begin with some historical context. The primary aim of establishing the new constitutional order in the late 1990s was to stop the war. Therefore, the new constitutional order introduced the new concept of the 'constituency of peoples' which prescribes special collective rights for Bosniacs, Serbs and Croats (the constituent peoples). Only members of the 'constituent peoples' have the right to be candidates for the Presidency of B&H and the House of Peoples. The democratic problem with this concept is that these institutions have powers to deal with a life of *all* citizens of B&H. However, not all citizens have the right to stand for elections to these institutions. The last census in B&H was held in 2013, where [3,7% \(130.054\)](#) of citizens did not belong to one of the three constituent peoples. Crucially, many of these 3.7 % of citizens are historically marginalized groups like Sinti, Roma, or Jews. In five cases, before the last case of *Kovačević v. B&H*, the ECtHR stated that the constituency of peoples is not in line with the European Convention on Human Rights (ECHR). All five cases challenged the same provisions of the B&H Constitutions (Art. IV and V), which prescribe exclusive positions for the members of the constituent peoples to the House of Peoples (the upper house of the B&H Parliamentary Assembly) and the Presidency of B&H. In the *Zornić v. B&H* case, the ECtHR states that the concept of the constituency of peoples was introduced to stop the war, but after peace had been established, there is no reason for maintaining this concept in the B&H Constitution (*Zornić v. B&H*, para. 43).

In *Kovačević v. B&H*, the ECtHR repeated that the collective ethnic rights of the constituent peoples undermine the rights of all other citizens of B&H (including national minorities) who do not qualify as members of the constituent peoples. To be clearer in this context, Sejdić and Finci, as members of national minorities (Roma

and Jews), and Zornić as a citizen of B&H, who does not want to affiliate as a member of the constituent peoples, do not have the same rights as the constituent peoples (see: *Sejdić and Finci v. B&H*, *Zornić v. B&H*). Thus, the last judgment in the case of *Kovačević v. B&H*, deepened the permanent political crisis in B&H, because the ECtHR struck again at the current ‘essence’ of B&H’s constitutional order – the special rights for constituent peoples at the cost of marginalized groups.

Overcoming the constitutionalized division into three distinct constituent peoples with special rights would make B&H an effective (self-sustainable) democracy. In other words, overcoming the focus on the three constituent peoples would gut the formal powers of ethnopolitical leaders in B&H. On the other hand, in our opinion, keeping this concept in the constitutional order maintains political division and sectarianism, which requires the presence of the international community in B&H in the first place.

After initial euphoria about this judgment, its implementation remains uncertain. In this text, we scrutinize the role of the international community – and its institutionalized manifestation, the ‘Office of the High Representative’ (OHR) – in the possible implementation of the ECtHR judgments. The OHR as the institution whose role is to implement and protect the DPA is particularly interesting in the context of the implementation of the ECtHR’s judgments. What are the legal and political obligations of the OHR in this context, and accordingly, should the OHR in B&H take a more active role in the implementation of the ECtHR’s judgments?

Possible consensus on the implementation of the ECtHR’s judgments?

After the ECtHR’s judgment in the *Kovačević v. B&H* case, political leaders commented on this judgment. Nermin Nikšić, the prime minister of the Federation of B&H (FB&H) Government and one of the leaders in the so-called ‘Trojka’, said that this judgment stated the future of B&H is undoubtedly a liberal-democracy. However, experience shows that not everything that comes from Strasbourg gets implemented in B&H. For example, the informal leader of the Croat people in B&H, Dragan Čović, said that regardless of this judgment, he and his party will continue to support and promote the concept of ‘legitimate representation’ (which is contrary to this

judgment). Much in the same vein, the informal leader of the Serb people in B&H, Milorad Dodik said that this judgment cannot be implemented in B&H and that he will recommend to the National Assembly of the Republika Srpska (RS) to reject this judgment. Currently, in B&H the government at the state level is the coalition of ‘Trojka’ (a mix of civic and Bosniac parties), Čović’s party (HDZ), and Dodik’s party (SNSD). They have a consensus on the last judgment of the ECtHR that now they cannot implement this judgment. Dodik and Čović support the non-implementation because it would take their powers, and ‘Trojka’ supports the non-implementation because they do not want to undermine the current coalition with their partners.

Against this backdrop, the suggestion of Jens Woelk (2023) to implement ECtHR’s judgments in B&H through national consensus seems too optimistic and idealistic.

Woelk’s optimism appears particularly misplaced from a historical and practical perspective. History reminds us that almost all political-sensitive judgments in B&H were implemented (or imposed) by the OHR which has the power to impose any measure to implement and protect the DPA. That includes the implementation of judgments, enactment of new laws, and dismissal of politicians. The High Representative is the figure who represents the OHR, and he is not elected by the people in B&H, but by the Peace Implementation Council (also the international actor in B&H established in London).

Theoretically, as Woelk (2023) stated, the implementation of ECtHR judgments is simple. The House of Representatives can amend the B&H Constitution with a two-thirds majority (Art. X of the B&H Constitution). But, in the practical sense, this means that still adversarial ethnopolitical (Bosniac, Serb, and Croat) parties must support amending the Constitution. The question is why would they support amending the Constitution with the mentioned judgments if that implies losing their powers? More precisely, the ECtHR’s judgments require (see for example *Kovačević v. B&H*, para. 55) the over-composition of the House of Peoples or limiting its powers, which implies ethnopolitical parties in B&H in that case would lose powers to obstruct the political process in B&H. Therefore, we may expect the internal, political implementation of ECtHR decisions through the three ethnopolitical players only in a very distant and uncertain future.

Legal obligations of the OHR in implementing the ECtHR's judgments

So, what about the High Representative? The DPA in [Annex 10, Art. V](#) stated that the High Representative 'is the final authority in theater regarding interpretation of this Agreement on the civilian implementation of the peace settlement.' Accordingly, the OHR should secure enforcement of the civilian aspects of the DPA. That was the legal basis for the OHR when it implemented past decisions by B&H's constitutional court.

In principle, the B&H Constitution prescribes that the European Convention of Human Rights and Protocols apply directly and 'have priority over other law' ([Art. II \(2\)](#) of the B&H Constitution). That means the B&H Constitution requires the implementation of all ratified international treaties. B&H ratified the ECHR in 2002 and ratified Protocol 12 in 2005. By ratifying, the ECHR and additional Protocols, including Protocol 12, B&H established the obligation under international law and domestic law to implement ECHR and Protocols. Therefore, in principle, ECtHR judgments assume a spot at the cusp of B&H's constitutional structure. It should, therefore, go without saying that the DPA implements ECtHR decisions whenever the political process is gridlocked.

The political role of the OHR in the implementation of the ECtHR's judgments

The DPA was signed to establish peace, but not only that. If we consider the DPA as a document of transitional justice, the first aim of the implementation of this document would be to establish peace, and the second aim would be to establish a self-sustainable democracy that does *not* depend on the intervention of the international community. Implementing the string of ECtHR judgments, would be a huge step towards a 'normalized' constitutional regime in B&H. In that sense, implementation should be the OHR's chief concern. That is also the opinion of the Strasbourg court, which stated that 'peace and dialogue are best maintained by an effective political democracy (...), of which the ability to freely exercise one's right to vote is a pillar' (*Kovačević v. B&H*, para. 74).

The democracy in B&H, since the domination of collective ethnic rights, is not effective. The ineffective democracy in B&H also blocks the implementation of the ECtHR judgments. Unsurprisingly, leaders of ethnic groups in B&H do not wield their powers. So, there is the paradox situation where B&H without implementing these judgments can become an effective democracy – because the OHR could force implementation upon recalcitrant ethnopoliticians – but on the other hand, B&H would have to be an effective democracy to implement all these judgments on its own.

To reiterate, [Woelk \(2023\)](#) suggested that the solution for the implementation of the ECtHR's judgments should come from within the country. However, as we have shown, ethnopolitical actors have no real interest in implementing these judgments. Unlike Woelk's opinion that the international community should have only an advisory role in implementing these judgments, we think that the OHR should take a *more active* role, including the authoritative implementation of these judgments in the B&H Constitution – regardless of the will of ethnopolitical parties.

Ironically, also this appears unlikely to happen. The reason? Well, the OHR itself has an interest in keeping things as they are as only the fragile, formalized balance between the three ethnic groups provides the soil for the OHR. In other words, if B&H would indeed become a self-sufficient democracy, the OHR would be obsolete. But, it seems, in our perception, that the OHR defends its position to stay in B&H. The collective rights of the constituent peoples in B&H do not impact the preservation of peace. Instead of that, the collective rights manifest political division of the state and undermine democracy. The political division of the state and ineffective democracy are the reasons why B&H still needs the OHR to preserve peace and will need it as long as B&H does not implement the ECtHR's judgments that they will make it an effective (self-sustainable) democracy. By the non-implementation of the ECtHR's judgments, the OHR gives the reason to stay in B&H, and in that manner defends its position. Without the active role of the OHR in implementing the ECtHR's judgments, they are false hope for democracy in B&H.

Radosveta Vassileva

At a Snail's Pace

How EU Bureaucracy Undermines Fundamental Rights

doi: 10.17176/20231018-233623-0



By 1 April 2018, EU members had to transpose [Directive \(EU\) 2016/343](#) on ‘the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings’. Bulgaria has not fully transposed it to this day. Moreover, it continues to breach it, including by adopting legislation which undermines the result which the Directive seeks. What would you do if you noticed that an EU Member State had *not* only not transposed a Directive concerning fundamental rights, but also persistently violated it?

As early as I saw Bulgaria’s deliberate breaches of EU law in 2018, I decided to put my knowledge to practice and try to do something in addition to ringing the alarm in an [article](#) – I petitioned the EU Parliament to take a stand and I submitted a claim against a breach of EU law to the EU Commission. Now, according to a [recent press release](#) on infringement decisions, the EU Commission has finally sent a letter of formal notice to Bulgaria in view of its breaches of Directive 2016/343. The timing is disappointing, however, considering my attempts to draw attention to this issue since 2018. Every one of my attempts was rejected and closed by the EU institutions, including as late as 2022 by the EU Commission. My 5-year long disillusioning experience with the EU Parliament and the EU Commission may serve as a case study providing some food for thought about the value of fundamental rights in the eyes of these EU institutions, as well as their handling of reasoned citizen complaints.

Bulgaria - A Persistent Abuser of the Right to a Fair Trial

Bulgaria’s lack of transposition of Directive 2016/343 is symptomatic of a much more profound issue – Bulgaria has a long record of violating the presumption of innocence and the right to a fair trial, which can be linked back to the country’s politicized Prosecutor’s Office with excessive powers that are not subjected to checks and balances (see [here](#), [here](#), and [here](#)). According to the [2021 Annual Report](#) of the European Court of Human Rights (EC-

tHR), which provides historical statistics on judgments, by 2021 Bulgaria had been found in 309 violations of Article 6 (right to a fair trial) of the European Convention on Human rights (ECHR). This is notable, considering that Bulgaria ratified the ECHR only in 1992 and given the country’s population (compare with Czechia, which was found in 151 violations of Article 6 per the same table, while it has a much bigger population and a seemingly more alert legal profession). According to the [2022 Annual Report of the ECtHR](#), in 2022 alone, Bulgaria was found in 4 violations of Article 6 of the ECHR.

To this end, it is important to note that Bulgaria’s politicized Prosecutor’s Office closely collaborates with media to assert the guilt of non-indicted and/or non-convicted persons to manipulate public opinion, especially in high-profile [cases](#). It is also common for politicians to make unmeasured assertions, echoing the PR campaigns of the [Prosecutor’s Office](#). Often the victims of such media trials do not get convicted in court because of the lack of proof – in fact, Bulgaria has a record of [framing](#) innocent people and abusing criminal proceedings for political reasons or for the personal gain of magistrates (see the [Eight Dwarfs](#) investigation).

The former controversial General Prosecutor of Bulgaria, Sotir Tsatsarov (2012-2019), went as far as [saying](#) that “Bulgaria’s Prosecution applies Bulgarian law according to which the guilty ones become accused and that is the purpose of criminal proceedings”. Such statements incarnating a presumption of guilt clearly show a lack of care about Article 6 of the ECHR and Article 48(1) of the EU Charter (“Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law”). Moreover, they violate Bulgarian law, as the presumption of innocence is enshrined in Article 16 of Bulgaria’s [Code of Criminal Procedure](#) and Article 31(3) of Bulgaria’s Constitution.

The fact that one of the three highest-ranking magistrates in the country confidently makes such statements before the media further demonstrates the severe

riety of the problem. Unsurprisingly, there is a plethora of recent condemning ECtHR judgments concerning media trials orchestrated by the Prosecutor's Office and politicians – for instance, *Stoyanov v Bulgaria* (2016), *Maslarova v Bulgaria* (2019), *Lolov v Bulgaria* (2019), *Banevi v Bulgaria* (2022), etc.

Finally, after the entry into force of Directive 2016/343 in 2016, Bulgaria adopted legislation further weakening the right to a fair trial, which, one may argue, amounts to undermining the result sought by the Directive. Namely, in 2017, Bulgaria introduced a series of controversial provisions to its Code of Criminal Procedure – one of them enshrines the notion of the 'eternally accused person'. In essence, the prosecution can investigate an accused person *in perpetuity* without the latter ever being indicted in court. However, because of his/her status as an accused party, the same person can be subjected to an array of repressive measures – detention in custody for excessive periods, freezing of property in perpetuity, permanent restrictions on the freedom of movement, etc (see [here](#)).

A 5-Year Wait to Receive a Long-Overdue Update from the EU Parliament

Pursuant to Article 44 of the EU Charter of Fundamental Rights, “[a]ny citizen of the Union and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State has the right to petition the European Parliament” (see also Articles 20, 24, and 227 TFEU). In May 2018, I submitted a petition (see [Petition No 0464/2018](#)) inviting the EU Parliament to take a stand about Bulgaria's *systemic* violations of the presumption of innocence and to liaise with the EU Commission to force Bulgaria to fully transpose Directive 2016/343.

My petition was deemed admissible in October 2018. On 6 October 2023, five and a half years after I submitted the petition and 5 years after it had been deemed admissible, I heard from the Committee on Petitions (PETI) for the first time. Bizarrely, the PETI Committee had sent me a 'Notice to Members' dated December 2018 from the 2014-2019 EU Parliament, which assured its addressees that the EU Commission was closely monitoring “the effective application of Directive 2016/343 in all Member States, including Bulgaria”.

The timing of this communication is not just disappointing – it amply demonstrates that *in practice* the right to petition does not entail the right to be heard. It

took the PETI Committee 5 years to update me on actions they undertook in 2018. Moreover, their email indirectly shows that the PETI Committee has not done any work concerning this petition in the 2019-2024 legislative period. Furthermore, while MEPs may feel reassured that the EU Commission is closely monitoring the effective application of Directive 2016/343, I have my reservations, as explained below.

The EU Commission's Generic Responses and Empty Assurances

In May 2018, I also decided to alert the EU Commission about Bulgaria's breaches of Directive 2016/343 via its [complaint form for breach of EU law](#), which is accessible to all citizens. A year and a half later, in November 2019, I received a 'pre-closure reply', informing me that my complaint would be closed because it did not concern “a wider principle [of EU law]”. This was a cliché-ridden response I had seen before – the EU Commission had previously informed me that it closed another [complaint](#) I lodged against Bulgaria's breaches of Directive 2013/48/EU ‘on the right of access to a lawyer in criminal proceedings’ with an identical statement. Even worse, considering that Directive 2016/343 evidently pertains to fundamental rights, and given that my complaint provided evidence of systemic breaches of both the Directive and Articles 47 and 48 of the EU Charter, and that fundamental rights are general principles of EU law (Article 6(3) TEU), it was baffling how my complaint could be dismissed as not concerning a wider principle of EU law.

I sent a letter vehemently protesting the reasoning in their pre-closure reply, while also wondering how many citizens who had received such clichéd responses had felt discouraged to alert the EU Commission of breaches of EU law in the future. The EU Commission must have left my complaint open because I received a reply in December 2021, two years after my protest. This time I was informed that my complaint would be closed because the EU Commission had sent a reasoned opinion to Bulgaria in October 2020 and because it was analyzing Bulgaria's reply. In its reply to me, the EU Commission also referred to its [press release](#) of October 2020 announcing its reasoned opinion, which states, among other arguments, that the Commission “has identified shortcomings in relation to public references to guilt, for example, when public authorities refer to a person as being guilty in public state-

ments, and the availability of appropriate measures if this happens” in the case of Bulgaria. At the time, this looked like a partial victory because sending a reasoned opinion to a violating EU Member State is the last step which the EU Commission undertakes before taking it to the Court of Justice of the European Union (CJEU). Yet, my enthusiasm quickly melted when I learned that the EU Commission had decided to close case INFR(2018)0110 in May 2022 from the [public database of infringement decisions](#). This was bewildering because nothing had changed in Bulgaria in relation to the matter in the meantime – neither institutional practice, nor legislation. What assurances could Bulgaria have given to mislead the EU Commission that it had taken measures to comply with the Directive and deter it from taking it to court?

However, the bureaucratic mystery does not end here. In its [press release](#) of 28 September 2023 announcing infringement decisions, the EU Commission informs the general public that it has sent a letter of formal notice to Bulgaria (INFR(2023)2093). One of its concerns is that “[...]certain national transposition measures notified [...]fall short of the requirements of the Directive, in particular those concerning public references to guilt”. Essentially, the EU Commission has started a new infringement procedure against Bulgaria. This, of course, begs the questions why the EU Commission had closed the earlier case against Bulgaria in 2022 – why did Bulgaria check the ‘compliant’ box over inappropriate references to guilt in 2022, but not in 2023, considering neither the relevant legislation has changed, nor institutional practice in the meantime? From the Commission’s website, one learns that “[m]ost cases are settled before being referred

to the court”. Yet, one cannot help but wonder if in 2022 the Commission turned a blind eye in the case of Bulgaria’s breaches and accepted its assurances at face value for political reasons.

Bureaucratic Tricks Undermine Fundamental Rights

If you are a scholar researching the decay of the rule of law in the EU, you may feel tempted to do something instead of observing assaults on the rule of law as an officious bystander. Sadly, my experience shows that Bulgaria’s failure to transpose Directive 2016/343, as well as its systemic breaches of fundamental rights, are not possible just because of its bad faith – the lenience bordering on complicity of EU institutions has also taken its toll. The disinterest of these institutions in actively protecting fundamental rights is, of course, hidden behind an array of unimpressive bureaucratic tricks – from endless delays in responding to citizen complaints, through empty hypocritical assurances of close monitoring, to actively seeking to smother complaints by citizens with dubious legal reasoning and, in my view, without due care. Coupled with the bigger picture of the [political murder](#) of Bulgaria’s Cooperation and Verification Mechanism that was supposed to help Bulgaria achieve the rule of law, this lenience raises concerns that the EU exists as a community of values on paper, but not in practice. Even more depressingly, those whose fundamental rights, such as the right to be presumed innocent, have been wronged in Bulgaria can only resort to an application before the ECtHR – yet this was also the only way forward to fighting human rights abuses before Bulgaria joined the EU anyway.

Ali Yildiz

Strasburg Weighs In On Political Persecution In Turkey

doi: 10.17176/20231102-223852-0



In a pivotal judgment delivered by the Grand Chamber, the European Court of Human Rights held that the conviction of [Yüksel Yalcinkaya](#), a former teacher, under Article 314-2 of the Turkish Penal Code (TPC) violated Articles 6,7, and 11 of the Convention. The applicant Yalcinkaya was dismissed from his teaching position via emergency decree. Said decree was enacted during the state of emergency between 2016 and 2018. Later, Yalcinkaya was prosecuted and convicted for his use of a specific app – Bylock – and for his membership in a teachers’ union and an association. Both organizations were also closed down via emergency decree. In Erdogan’s ever more repressive Turkey (or, in contemporary parlance, Türkiye as his government seeks to avoid confusing the country with a North American bird), usage of said app or membership in organizations and unions may lead to arrest. Especially anything that appears remotely related to the oppositional Gulen movement carries the risk of persecution.

The judgment is crucial as it may trigger retrials (and acquittals) of 100,000 individuals who have been convicted for membership in armed terrorist organizations over their links to the Gulen Movement – called FETO/PDY by the Turkish Government – that has been designated a terrorist group. Further, Strasburg’s reading of Article 7 of the Convention, the principle of no punishment without law, is especially noteworthy as the Court identified a violation of Article 7 in only 60 out of its 25,000+ decisions since 1959.

Bylock was an encrypted communication app that was [available](#) via Google Play Store and Apple Store. According to a report prepared by a Netherlands-based prominent forensic company FOX-IT, Bylock was in service between March 2014 and February 2016, and it was downloaded more than a hundred thousand times only from the Google Play Store. Since 2016, the Bylock App has been at the center of controversy and human rights violations in Turkey.

The Turkish judiciary’s position concerning Bylock, on the other hand, is as follows:

“Since the Bylock messaging app is a communication network, exclusively designed and developed to fulfil the communication needs of the FETÖ terrorist organization, the detection, through technical means, of the involvement of any individual within this network beyond any doubt proves the link of the individual to the terrorist organization.” (Court of Cassation, E. 2017/16-956, K. 2017/370, Turkish Constitutional Court; Ferhat Kara, B. No: 2018/15231).

Based on this interpretation, Turkish authorities prosecuted over 100,000 individuals on terrorism charges, asserting that merely using or downloading this app warrants conviction under Article 314-2 of the Turkish Penal Code.

Although the Turkish judiciary’s position about the Bylock app has been very firm and categorical, the criteria used to identify Bylock users have been inconsistent at best. Official figures and criteria outlining what constituted a Bylock account have constantly changed. For instance, authorities claimed that there were 215,000 users in August 2016, and by June 2017 this number dwindled to 102,000 users. In December 2017, the judicial authorities [admitted](#) that more than 11,000 individuals had been wrongfully identified as Bylock users with more than 1000 of them having already been detained, bringing the total number of users to roughly 90,000. Despite mounting scepticism based on credible expert reports (see, i.e. [1](#), [2](#)) about the reliability of ByLock’s data, [over 100,000](#) people were prosecuted as its users based on electronic/digital data obtained by the Turkish Intelligence Service through undisclosed methods.

In Turkey, using Bylock alone may yield a conviction for membership in an armed organization, as per Article 314-2 TPC which criminalises the membership of an armed organization and carries a penalty of up to 15 years imprisonment. The article appears strategically am-

biguous. It does not define the ‘membership of an armed terrorist organisation’ and is prone to arbitrary application of judicial authorities. Indeed, its invocation since 15 July 2016 has reached an industrial scale. According to a [communication](#) by Turkey to the Committee of Ministers of the Council of Europe in January 2023, 340,000 criminal cases have been filed under Article 314 of TPC between 2017-2021, leading to more than 126,000 decisions of imprisonment and more than 170,000 decisions imposing other punishments and security measures.

The ECHR’s *Yüksel Yalcinkaya* judgment is therefore decisive as it addressed the complex issues surrounding some 100,000 Bylock-related terrorism prosecutions and found that the Turkish judiciary’s interpretation and reasoning in these cases were utterly wrong.

Violation of Article 7 ECHR

The court unequivocally stated that imprisoning someone solely for the use or download of Bylock is in direct violation of the principle of ‘no punishment without law’. The court pointedly remarked on the approach of Turkish prosecutions, stating at § 268: „Turkey’s prosecutions against Bylock users rely on an automatic presumption of guilt based on Bylock use alone, making it nearly impossible for the applicant to exonerate himself from the accusations.“ This approach, according to the court, violated Article 7 of the Convention, which fundamentally ensures that individuals are protected against arbitrary prosecution, conviction, or punishment.

Violation of Article 6 ECHR

The ECHR also held that the Turkish courts’ *modus operandi* in Bylock cases undermined the defendants’ rights to challenge the credibility of Bylock data as evidence. According to the ECHR, this violates the right to a fair trial.

The Court observed at §312 that electronic evidence has become ubiquitous in criminal trials in view of the increased digitalisation of all aspects of life. However, the Court also highlighted the vulnerabilities of electronic evidence raises towards destruction, damage, alteration or manipulation (§312). The ECHR underscored that while it does not have the mandate to decide on the admissibility of intelligence data in criminal proceedings, Strasbourg asserts that such data’s reliability can often be questioned, especially when lacking oversight or review.

The Bylock data’s reliability has been a central concern for defendants and their lawyers since 2016, as there were several discrepancies and gaps in the narrative of the Turkish government. Several reports by international and Turkish experts refuted the government’s exclusive use claims and also proved the alteration of data by the Turkish intelligence services. The Court found that Turkish courts left the arguments of the applicant about the reliability of Bylock unanswered. The Court also noted that „The domestic courts did not address the separate matter how the integrity of the data obtained from the server had been ensured in all respects, particularly in the months-long period prior to their transmission to the judicial authorities in December 2016.“ The ECHR also pointed out the applicant’s complaints about the disregard of domestic law safeguards while Bylock data was being obtained and processed by the Turkish Intelligence Agency. The applicant’s requests to have a look at the digital data himself remained unanswered by Turkish courts.

The Court accentuated the defence’s inability to directly access, test and challenge the Bylock evidence prevented the applicant from having a genuine opportunity to challenge the evidence against him and conduct his defence in an effective manner and on an equal footing with the prosecution.

Faced with these shortcomings, the Court highlighted that ensuring fairness in the proceedings was paramount. The ECHR noted: „The domestic courts were required to take adequate measures to ensure the overall fairness of the proceedings against the applicant. ... they failed to do [so].“

In conclusion, the ECHR determined that the criminal proceedings against the applicant violated the principle of a fair trial, culminating in a breach of Article 6 of the Convention. Further, the Court observed that domestic courts’ characterization of the use of Bylock resulted in violations under Articles 7 and 6 of the Convention and this flawed approach, anyone who is identified as a Bylock user could, in principle, be convicted in Turkey of membership of an armed terrorist organization.

Having established these violations, the Court held that the problems around this case are systemic and widespread, and this problem concerns more than 8,000 cases pending before the ECHR alone and possibly 100,000 more applications in the Turkish justice system.

The Court then mandated Turkey under Article 46 of the Convention to address the defects identified in the

judgment as soon as possible to avoid similar violations in the hundred(s) of thousands cases in the future.

Criticism

While the Court's acknowledgement of violations of Articles 6 and 7 is commendable, its approach to the case appears tentative. For example, the ECHR acknowledged that the Turkish court's interpretation of Article 314-2 Turkish Penal Code (No. 5237) in Bylock cases violated Article 7 of the Convention. Yet, the ECHR also held that Article 314 § 2 is, in principle, foreseeable when juxtaposed with the Prevention of Terrorism Act and the case law of the Court of Cassation. According to the Court, Article 314 § 2 is articulated with enough precision to allow an individual, with suitable legal advice if necessary, to discern which actions or omissions might subject them to criminal liability. However, this determination by the Court could be seen as inconsistent with its findings in *Selahattin Demirtas v. Turkey II* (*Demirtas II*). In *Demirtas II*, the Grand Chamber observed that 'national courts seem to have overlooked principles (namely continuity, diversity, and intensity) established in the case law of the Court of Cassation' (§278). Furthermore, the Grand Chamber opined that Article 314-2's foreseeability is questionable in the context of Article 5 of the Convention.

Regarding Article 6, the Court's approach again appeared constrained. It refrained from ruling on the applicant's grievances about the alleged illicit collection of his Bylock usage data by the intelligence service. The applicant contended that even if the data collection was lawful, the Law on Intelligence Services forbids its use in the proceedings in question. Additionally, he argued that the in-

telligence service processed the data without the necessary legal oversight, violating Articles 134-135 of the Code of Criminal Procedures. Instead of delving into these complaints, the Court's basis for finding an Article 6 violation largely rested on the domestic court's lack of sufficient reasoning or lack of reasoning at all.

After accepting at §328 that the Bylock material potentially contained elements which could have enabled the applicant to exonerate himself, or to challenge the admissibility, reliability, completeness or evidential value of that material, the ECHR stated at §329 that the applicant's right to disclosure must not be confused with a right of access to *all* that material. Accordingly, to the ECHR accepts that there may have been legitimate reasons for Turkish courts and prosecutors not to share the raw data with the applicant. Further, the ECHR contended that if such data is withheld from the defence on public interest grounds, the individual legality of such non-disclosures is not for Strasburg to decide. At §331 the ECHR seemed that it would accept even denying the defendants receiving their personal raw/digital data if enough reasoning is given by domestic courts.

While it was not realistic to expect the Grand Chamber to rule on the admissibility of the evidence, which, according to the ECHR's case law remains with the domestic courts, the Grand Chamber should refrain from giving a *carte blanche* to Turkish courts on denying the defendants reaching their digital Bylock data.

Thus, the Court has left several open doors that Turkish authorities could use to slip around the judgment and convict the Bylock users again. Yet, although the judgment is not conclusive enough, it is OK!

Anja Bossow

Europe's Faustian Bargain

doi: 10.17176/20231002-012218-0



On Thursday, news broke that in a radical change of course the [German government had agreed to incorporating the previously rejected Crisis Regulation into the EU's new asylum and migration pact](#). Framed as [allowing for more 'flexibility' in case of migratory surges](#), the Crisis Regulation's now very likely adoption [will, in effect, suspend the EU asylum system as we know it for the time being](#). After all, recorded sea arrivals are [significantly up, though not \(yet\) at 2015 levels](#). A crisis in need of regulation, if you will.

There is, in a sense, nothing new about this [latest regulatory attack on the rights of migrants and refugees](#). The last decade has seen a constant ebb and flow of headlines proclaiming yet another new or resuscitated border crisis, flooding our screens with heart-breaking [tales of drowned children, separated families, and guards with guns](#) in front of huddled masses of blank, scared faces. Each time a new 'crisis' is proclaimed, governments adopt harsher, ever more inhumane measures to "[deter](#)" those who cannot be deterred, for they clearly fear nothing, not even death. Each time, [lefty lawyers](#) will diligently point out the inhumanity, ineffectiveness and illegality of the newest addition in the toolbox of migrant deterrence. And each time, this is to little avail, with governmental enthusiasm for ever more restriction remaining unwavering.

In this blogpost, I highlight the dangerous fallacy that underpins our tolerance for the illegality that has come to characterize contemporary migration policy. In particular, our failure to oppose the constant expansion of the limits of the law that occurs in the name of crisis and political necessity rests on the mistaken assumption that we have nothing to lose in this race to the bottom.

Leveling Down to the Point of Oblivion

The last few years have witnessed rising contempt for legal constraints on governmental action in the realm of border control, evidenced most clearly by [the consistent trend of leveling down and hollowing out the rights of mi-](#)

[grants and asylum seekers](#). Yet, 2023, in particular, has seen a rapid escalation in the kind and severity of governmental responses to increased human migration, with the right to asylum now being effectively abolished for large swaths of those seeking safety and protection. Thus, earlier this year, the UK made headlines with its [Illegal Migration Act](#) which [abolished the right to asylum for 'irregular' migrants and allowed for indefinite detention without bail or judicial review](#). The US followed suit shortly thereafter, substituting its Title 42 policy, which had legitimized fast-tracked expulsions for public health reasons during the course of the pandemic, with a "carrots" and "sticks" strategy. [The stick was the resuscitation of Trump's asylum ban](#) for individuals who failed to apply for asylum in countries they passed on their journey to the US; a measure that was repeatedly [declared illegal and condemned by the very administration who re-introduced it](#).

The Crisis Regulation would permit similar practices through its provision on 'migration instrumentalization,' [a novel legal concept designed to legitimize the denial of the right to asylum](#) to irregular border crosser who are thought to be instrumentalized by hostile governments to put pressure on the EU and its Member States. The instrumentalization paradigm was first utilized by countries such as Latvia, Lithuania and Poland to justify the adoption of legislation that authorized pushbacks of asylum seekers at the Belarusian border. [Latvia and Lithuania](#) have recently doubled down on this practice, despite the [CJEU declaring](#) their legislation incompatible with the [Asylum Procedures Directive](#) last year. Nonetheless, the concept has found its way into the Crisis Regulation, with [only its exact scope and applicability remaining a point of contention](#).

Most of these measures are widely seen as violating either EU or international human rights law, and/or the rule of law itself (see, *inter alia*, [here](#), [here](#), [here](#)). Nonetheless, there remain plenty of voices who will dispute that any of this is truly illegal. Each time a new measu-

res is adopted, [lawyers and policy makers will highlight the details and complexity of this or that policy, making the kind of lawyerly distinctions and nuances that is their bread and butter](#). I don't mean to discredit this kind of work; after all, determining a policy's legality is a complex and context-dependent enterprise. Yet, this attempt at line-drawing appears increasingly delusional when both the purpose and net-effect of a measure is to disapply a foundational limit on what counts as permissible governmental action in the realm of migration control, of which the right to asylum, notably, is one of the most long-standing and vital ones.

Of Crisis and Necessity

Some might say that harping on about the illegality of border control measures ignores that we are clearly confronting a crisis. It is commonly assumed that [governments should be given more leeway in moments of crisis than during times of normalcy](#). Some believe this includes the adoption of measures that would ordinarily be considered illegal. [It is, of course, true that migrant arrival numbers are significantly up compared to the last few years](#). Yet they are still noticeably lower than when the migrant 'crisis' was first declared almost a decade ago. As such, there is really nothing new, sudden, or unforeseeable about this that would allow, let alone necessitate, the continued invocation of the crisis concept in the above detailed legal sense, ie as a legitimizing device for the adoption of exceptional measures that violate or derogate from certain fundamental principles of governance.

Of course, this might be missing the point. Whatever [us lefty lawyers](#) might think, governments are faced with mass arrivals and no legally available measure is capable of stemming the flow. Yet, they must clearly do something, lest they be voted out of office and displaced by their right-wing opposition. So, whatever the law or our fundamental principles might demand, pure political necessity, indeed perhaps the survival of democracy itself, demands that we built that wall, control those borders, separate those families, cage those children, cease all rescue operations at sea, and suspend the right to asylum.

As we watch the cruelty of this reasoning unfold on our screens, we comfort ourselves that whatever governments are doing with regards to [them will never affect us](#). Whenever another border control measure that violates our fundamental principles passes into law, we tell ourselves that loosening the law's limits will not unleash ar-

bitrary governmental power upon us: after all, we are not migrants and likely never will be (though Ukraine's fate should cast some doubt on this). Yet, this thought process – which disassociates the health of our system from the havoc and destruction that contemporary migration policy wreaks on our principles of governance – rests on a mistaken and dangerous fallacy.

The Fallacy of Us vs Them

In *Origins of Totalitarianism*, the Jewish political philosopher Hannah Arendt chronicles how the European nation-state system, understood as a system of political organization premised on the rule of law and the principle of equality, collapsed. She notes, *inter alia*, a creeping lawlessness that spread across the Continent when governments were confronted with an ever-growing population of individuals whom they did not want to include but could not rid themselves of either [281]. Instead of governing them on the basis of the rule of law and the principle of equality, governments transferred the matter to the police which governed by an "arbitrary [...] rule against which there are no lawyers and no appeals" [286]. Arendt frames this embrace of a lawless rule as a crucial step towards the totalitarian collapse that ensued. After all, the "clearer the proof of [the nation states'] inability to treat stateless people as legal persons and the greater the extension of arbitrary rule by police decree, the more difficult it is for states to resist temptation to deprive all citizens of legal status and rule them with an omnipotent police [290]."

To be sure, we cannot equate the problems of 2023 with those of 1935. Nor do I wish to argue that the illegality that marks the contemporary border regime necessarily puts us onto a path into totalitarianism. Nonetheless, Arendt's analysis suggests that allowing governments to consistently flout the restraints we ordinarily impose on the exercise of the political power comes at a price, and potentially a very steep one. With each new measure that disregards what were previously considered hard limits to legitimate government authority, we normalize granting government and its agents more power and discretion than we know (and have learned the hard way) is wise to do.

It shouldn't pacify us that this disregard for our principles occurs in the realm of border control. The underlying assumption is that border control measures are exclusively deployed against undeserving, territorially excluded

aliens whom we can easily identify and whose well-being we can legitimately and safely disregard. Yet, this ignores that contrary to popular imagination, [the border does not end at our territorial frontier but reaches both into the territory and lives of those around us](#). Once the territorial dividing line falls away, the question of who *they* are and who *we* are becomes much harder to answer. More often than not, racially sanitized national identities that do not map onto a citizenry's actual cultural, ethnic, or religious composition fill the gap. As a result, [they easily become those who do not look, speak or act the way the imagined national we does, irrespective of their actual legal status or material belonging to the political community](#).

The aggrandizement of governmental power in the name of shielding us from an ill-defined *they* matters to the extent that just like some 70 years ago, we see right-wing parties gaining political strength, even as or perhaps precisely because they openly oppose the very principles and values that are supposedly foundational to our political-legal orders. Whether it is the US, UK, Italy, Poland, Hungary, France or even Germany, anti-democratic and illiberal ideologues are swept into power on electoral platforms rife with xenophobic and racist rhetoric and policies. Do we really believe that these individuals and the parties they lead will respect the principles whose continuous violation we so carelessly tolerate?

Towards a New Political Imaginary

So where does this leave us? Migrants will keep coming, governments will keep pushing back, more dead babies will be swept up at our shores, and more right-wing extremists will be voted into power. And so continues the toxic carousel of deterrence politics, avoidable human death, and right-wing opportunism until eternity. The current

state of politics leaves little room for thinking otherwise. Yet, there is nothing inevitable or irresolvable about the problem we are confronted with.

Arendt also highlighted that the problem that facilitated the collapse of the nation-state system was almost entirely one of their own making: only with the self-administered hardening of national borders – both territorial and metaphysical in kind – did the intractable problem of the non-deportable and non-includable undesirables arise. And so it is today: the crises we are facing at our borders are man-made. They are the direct result of conceiving our communities as walled kingdoms with fixed identities under siege, not malleable, well-funded and powerful systems of political organization with porous boundaries that allow for both continuity and change. There is nothing inevitable about our choice to pursue the former instead of the latter. And we would do well to remind ourselves that [passports, detention centers, militarized fences and walls](#), and indeed, state-administered, centralized immigration control itself, [are all very recent inventions](#) that were, lest we forget, [driven almost exclusively by racism and xenophobia](#).

Of course, the political implementation of a decisively inclusionary approach to border control would be costly, both in monetary and societal terms. From funding the administrative capacities to process tens of thousands of arrivals to facilitating their settlement and societal inclusion, managing migration within the structure of the modern state system costs a pretty penny. But [it is not the case that the walled kingdoms we are currently pursuing are cheap either](#). And what we are currently paying for is human death and suffering as well as the abrogation of the very principles that supposedly make us who we are. This is a Faustian bargain we must resist striking.

Joseph H.H. Weiler, Daniel Sarmiento

The Comeback of the Mixed Chamber

Institutional reform and competence creep in an enlarged Union

doi: 10.17176/20231002-233631-0



Three years ago, in the wake of the [Weiss judgment](#) of the German Federal Constitutional Court, we proposed the creation of a “Mixed Chamber” in the Court of Justice of the European Union, to rule in last instance on judicial disputes on points of Union competence. The rationale of a Chamber so composed is not obvious. After all, in a Union in which EU Law has primacy over national law, in which the autonomy of EU law is all-pervasive and where the Court of Justice is the ultimate interpreter of EU law, why should a Mixed Chamber be needed?

The proposal generated a lively debate including in political circles. If there was merit to this idea back in 2020, it is, we believe, still necessary at present, and it will be even more so in the years to come. Now we are pleased to see, in anticipation of the upcoming Granada Summit in which institutional reform will be discussed by EU leaders, that the group of twelve French and German experts appointed by the governments of both countries, in their recent Report on Reform and Enlargement (available [here](#)), have embraced this idea.

But first, a quick reminder of what the Mixed Chamber is. What we proposed is the creation of a chamber within the Court of Justice, loosely inspired by its Grand Chamber, but composed of thirteen judges, seven rotating judges of the Court of Justice (including its President in all cases) and six judges from among the twenty-seven highest courts of the Member States, on a rotating basis too. The Mixed Chamber would act only after the Court of Justice has delivered a ruling on a point of Union competence, upon a request from a national high court or a Member State. The Mixed Chamber would make decisions in accordance with voting rules that require the support of both the sitting judges of the Court of Justice and of the national high courts, so that the judges of the Court of Justice will always need the vote of other judges to declare an EU act within the Union’s competence. We proposed that the rulings of the Mixed Chamber would be binding as all other decisions of the CJEU, their legal authority deriving from the Treaty itself. The moral and po-

litical gravitas of decisions in the delicate and at times controversial area of EU competences, we argued, would be enhanced by the highly representative composition of its members. Our proposal related specifically to cases involving the jurisdictional limits of the Union. But it could perhaps be fruitful in other sensitive domains.

The full text of our proposal is available [here](#), as is the [reply](#) that we wrote in response to the critics who disagreed with us. In this Post, we will not repeat all the detailed analysis found therein.

One of the most frequent criticisms pointed to the fact that a Member State or a national court could still, irrespective of the ruling of the Mixed Chamber, continue to unilaterally go solo and reject its findings. That is indeed a possibility, a rather extreme one and less likely one, but it is obvious that, in such a case, the legal, moral and political high ground would stand with the Union and its Mixed Chamber. Competence disputes will be definitively resolved by the Mixed Chamber, and rogue Member States will need to seriously consider the consequences of denying the Mixed Chamber’s authority. In such a scenario of continuous rebellion, strictly speaking, withdrawal from the Union, or acceptance of the Mixed Chamber’s decision, would be the only two viable options for the rebellious Member State.

Why is this proposal more necessary than ever at this juncture in the history of the European Union?

First, the Mixed Chamber gives a workable alternative to the unworkable alternatives that try to fix the current crisis of EU law’s primacy. We all know that the principle of primacy is a fragile entity, unrecognized formally in primary law, rejected in its current form by all constitutional courts, and only visible in the case-law of the Court of Justice. A possible way to overcome this limitation is to introduce a primacy clause in the Treaties, but that would hardly fix the problem. The judgment in Weiss would have been delivered anyway and in the same terms, whether the principle was enshrined in the Treaty or in the case-law. Other options, like enshrining a primacy clause in the

Constitutions of all the Member States, a strategy already explored (only partly successful) in the Fiscal Compact, is we believe politically naïve and full of perils on the way. In fact, in some countries such a reform could be declared unconstitutional by their constitutional courts (particularly in those Member States whose courts have asserted exceptional powers of review of constitutional reforms).

So what is there to do?

In a Union which is not a State, the only viable and realistic solution is to find a *procedural route* that provides legitimacy and robust representativeness to a final decision on the matter, as does the proposed Mixed Chamber. We must assume once and for all that the Court of Justice as currently composed, when facing a serious, continuous and insistent call from a Member State or a constitutional court challenging the Union's competence, will never be recognized as an authoritative arbiter in the eyes of that Member State. In contrast, the Mixed Chamber provides exactly the legitimacy that the dispute requires, allowing the Member State to receive a decision in which not only the Court of Justice, but also a representative number of constitutional courts, rule on the matter. So long as the Union refrains from becoming a unified State, we must settle the primacy conundrum through procedural means, and the Mixed Chamber, though not a foolproof solution, delivers the goods better than all the alternatives with which we are familiar.

Second, in the years and decades to come competence conflicts are not going to decrease, but rather the opposite. NextGenerationEU, supporting the war in Ukraine, EU windfall taxes, the Green New Deal, and a long list of transformative EU policies (to name only a few approved in the recent past) will not appease those concerned with jurisdictional overreach. In fact, litigation and contestation over the Union's ability to carry on acting with the current Treaties, but in a fashion and ambition that has never been seen to date, will only bolster competence contestation and, eventually, litigation. Is the Court of Justice ready to assume the role of appeaser in the eyes of the critics, of the Member States and of the constitutional courts concerned, in a context in which the Union is assuming fundamental tasks traditionally performed by the Member States? To put it bluntly, the Court of Justice will lack such credibility in the eyes of too many constitutional stakeholders, including apex courts of the Member States.

And third, we must be realistic about the prospects

of enlargement, and that means that the number of constitutional courts is going to grow in the years to come. The profile of the candidate countries does not indicate that their integration will be an easy one. Identity conflicts will ensue, as well as competence disputes, but in a context in which new constitutional courts will have a say in a Union with a fragile principle of primacy. How are we to tame the fears of these new courts, together with those of the more veteran jurisdictions who already share those same concerns? Once again, the Mixed Chamber comes to the rescue, providing representation to all the constitutional and/or supreme courts, and yet, critically, it will be *a chamber of the Court of Justice*, albeit differently composed. It would thus preserve the principle that the Court of Justice of the European Union is the final arbiter in such matters.

One may add one additional consideration: Independently as a means of solving constitutional "tricky" cases, the very fact of establishing such a chamber would be, in our view, of huge symbolic value in giving credence to the notion of unity in diversity.

The French and German experts who have authored the recent Report on Reform and Enlargement seem to agree. They propose the creation of a "Joint Chamber of the Highest Courts and Tribunals of the EU", but with no binding jurisdiction. We believe that this last feature, depriving the chamber of the power to deliver binding rulings, is a mistake. For a jurisdiction to take itself seriously (and incite its sitting judges to take their tasks seriously too), it must be in a position to rule definitively on a point of law. Non-binding decisions are the domain of mediation, not adjudication, and the Mixed Chamber is destined to handle a crucial, verging on the existential, task for the Union: the final determination on the attribution of competence between the Union and the Member States. This task cannot be left in the hands of a mediating body, or otherwise the principle of primacy and the autonomy of Union law, so dearly protected and treasured by Union law, would become seriously undermined.

In sum, the issues which the proposal of a Mixed Chamber attempts to resolve, is more alive than ever. For the Member States to prepare for a viable and workable Union of thirty or thirty-three Member States, including possibly the Ukraine or the Balkan countries, we should not only focus on decision-making in the Council and in the European Parliament. Eventually all political disputes can turn into legal quarrels, particularly about compe-

tence and over who has the power to do what. After Weiss, Landtovà, Ajos, the *Conseil d'État's* reaction to La Quadrature du Net, the Polish and Romanian primacy crisis, etc., it is obvious that the *status quo* does not provide a stable and robust framework for an enlarged and reinvigorated Union. In fact, the *status quo* cannot even provide for a robust principle of primacy to protect the sacro-

sanct autonomy of EU Law. That is why, we believe, the Mixed Chamber is “as good as it gets”. As long as the Union refrains from putting on the hat of a State, primacy and competence will be a matter in the ultimate hands of the Member States. But a Mixed Chamber can turn this logic around, providing the stability and legitimacy that the current framework simply cannot deliver.

Sarah Geiger, Pierre-Emmanuel Rodriguez

The French Republic's (In)Divisibility

Some Thoughts on Corsican Autonomy

doi: 10.17176/20231011-233556-0



On Thursday 28 September 2023, French President Emmanuel Macron called, in front of the Corsican Assembly, [for Corsica to be given 'autonomy within the Republic'](#). The French government and Corsican elected representatives have six months to produce a text which, if approved by the Corsican Assembly, will serve as the basis for an amendment to the French Constitution. Nonetheless, the political reactivation of an old constitutional principle might get in the way. In particular, conservative parliamentarians can be expected to invoke the principle of the indivisibility of the Republic in the constitutional amendment process. Despite the principle's long-standing presence in republican constitutional history, we argue that it cannot serve as a constitutional argument against Corsican autonomy, both because the Constitution allows amendments despite contradictory principles and because it has always tolerated a certain degree of divisibility.

Corsican Autonomy: Its History and Status

The prospect of autonomy status for Corsica is a small but remarkable step in a long constitutional and political struggle between French centralists and Corsican autonomy – and even independence – aspirations.

A broader Corsican independence movement emerged in the 1960s, when French people who had been residents of Algeria for generations (the so-called *pièdes-noirs*) were forced to leave the country after Algerian independence and settled in Corsica. Fearing land grabbing, Corsicans called for '[corsification](#)' of the island's economy. In 1998, the murder of French prefect Claude Érignac by a Corsican marked the culmination of growing tensions between Corsica and the French government. Nevertheless, this event led most Corsican politicians to reconsider their political support for the independence movement, committing themselves instead to achieving greater autonomy for Corsica through a legal process within the French Republic.

Today, the pro-independence movement is more of a

minority, while the majority are calling for the island's legal autonomy. From an administrative point of view, Corsica already has a special status among the various [territorial collectivities](#) of the Republic. Since 2018, the term '[Corsican Collectivity](#)' has been used instead of the neutral terms of 'territorial collectivity' to underline Corsica's special administrative status. However, this status has few practical consequences. It grants Corsica its own deliberative body – the Corsican Assembly, elected by universal suffrage, as well as an Executive Council made up of a president and ten members elected by the Assembly. Corsica differs from other French territorial collectivities (Municipalities, Regions, Departments, e.g. Paris or Marseille) in that there is a clearer demarcation between the elected deliberative body and the executive. For example, the Corsican Assembly, on the proposal of the Executive Council, can [decide on the construction of new housing and the distribution of financial aid granted by the French State](#). It [approves the general budget and exercises administrative control](#) over the Corsican Executive Council. However, it cannot pass its own laws.

The New Caledonian Model as a Blueprint?

If Corsica's autonomy were to be strengthened following Macron's announcement, there are various different models under the current constitutional settlement that could be followed.

New Caledonia possesses the most extensive autonomy status following the 1998 '[Nouméa Accord](#)' which added a new section to the Constitution (Art. [76](#) and [77](#)). Its [implementing law](#) provides for New Caledonia to have its own political institutions, including a Congress and a Government, and lays the foundations for a [New Caledonian citizenship](#) distinct from French nationality. New Caledonia is also free to determine its [identity signs](#) alongside the national emblem and the symbols of the Republic. Yet, the most notable aspect of New Caledonian autonomy is the [long list of legislative powers](#) that were

transferred to its Congress. Thus, its Congress can pass tax laws and can lay down rules on access to employment for foreign nationals, determine trade union law and social security law. In the areas of its competences, the Congress may even authorise the President of the New Caledonian Government to [negotiate agreements with one or more States](#).

Even more, New Caledonian autonomy allows for a possible evolution towards *independence*, with the Nouméa Accord framing New Caledonia's autonomy as a form of transitional status on the way to realising its own sovereign existence. Recognition of New Caledonia's special status led to the organization of three referenda between 2018 and 2021 in which New Caledonians had to decide whether they wished to remain in or leave the French Republic. However, [in the last referendum](#), which confirmed the two previous results of remaining in the Republic, not even half of those eligible to vote participated.

A less radical alternative would be to grant an autonomous status for Corsica similar to that of the Overseas Collectivities. This would require, at the very least, that certain legislative powers be transferred to Corsica, thus going beyond mere free administration. The Corsican Assembly would then have the power to pass its own laws. A 'minimal transfer' could take the form of a 'power of adaptation' of French laws to Corsican specificities. This corresponds to a [demand](#) of the moderate right-wing opposition in the Corsican Assembly and is already part of the Constitution with regards to the status of [French Overseas Collectivities](#).

For his part, President Macron has remained very vague about a transfer of legislative powers to Corsica's Assembly. He simply spoke out in favour of recognizing the specific characteristics of the Corsican community: a historical, linguistic and cultural island community. This could be done by improving the recognition of bilingualism, including by encouraging the learning of Corsican at school and in the public arena – without Corsican becoming a second official language on the island. Such a move would be in line with a more general, recent trend to protect regional languages as *France's* '[national treasure and linguistic heritage](#)'. However, this would be far from a real recognition of an autonomous status for Corsica.

France as an Indivisible Republic?

Notably, the recognition of autonomy aspirations of a region that is considered part of the French *metropolitan territory* would amount to a real paradigm shift. Thus, no French region on the European continent has been granted autonomous legislative status, be it an island or mainland. However, even if the French government and the Corsican Assembly can agree on the details in a joint bill, for the proposal to take effect it must also clear the hurdle of the constitutional amendment procedure. Yet, there is a real risk that an old, [maybe useless](#) [p. 937], constitutional principle will get in the way.

According to article 89 § 2 of the Constitution, an amendment must be passed by the two Houses in identical terms and then be approved by referendum. However, if the President, on the proposal of the Prime Minister, introduces the constitution-amending law to Parliament, a referendum is not mandatory (art. 89 § 3). Under the Fifth Republic, [only one referendum was held under article 89](#) to reduce the presidential term from seven to five years. In light of this constitutional practice, if the French Government tables a constitutional amendment law with the Corsican Assembly, the procedure will certainly not involve a referendum. Instead, the amendment will need to be approved by the two Houses of Parliament convened in Congress with a three-fifths majority.

However, neither in the Senate nor in the National Assembly does Macron's party have an absolute majority. While it has a relative majority in the National Assembly, *Les Républicains* have a relative majority in the Senate. As the latter generally advocate centralism and the 'unity' of the Republic, they are likely to oppose *any* constitutional amendment that grants Corsica more autonomy. This not only concerns the idea of modelling Corsica's autonomy on that of New Caledonia – the chairman of *Les Républicains* has already made it clear that he believes this [would lead to a dead end](#) because the question of independence would naturally arise. But even the transfer or recognition of lesser competences is unlikely to pass because of concerns that it would open the door to a quasi-federal state, which conservative French politicians reject.

Les Républicains will likely rely on the principle of the indivisibility of the Republic as a political argument against amending the Constitution. Contained in article 1 of the Constitution which states that France is an *indivisi-*

ble (...) Republic, the principle first appeared in the post-revolutionary Convention from 25 September 1792. It is historically reminiscent of the indivisibility of the sovereign, which was maintained with a few interruptions under the various French republics and in a turbulent colonial context. Yet, it was the French Constitutional Council that revived the principle under the Fifth Republic, particularly in the 90s, when France was faced with new regionalist and autonomist movements.

In 1999, the Council held that the indivisibility of the Republic would [preclude the recognition of collective rights for any group defined by a community of origin, culture, language or belief](#) [pts. 5, 6, 10]. At the same time, it derived from article 1 a constitutional principle of 'unicity' of the French people and declared both to be guarantees of the equality of citizens before the law. On the '[Corsican question](#)' [pt. 92] in particular, it held that a legislative recognition of a 'Corsican people, a component of the French people' was contrary to the Constitution, which [recognizes only the French people](#) [pt. 13]. In 2001, conservative members of parliament argued before the Council that delegating certain legislative powers to the Corsican territorial collectivity [would undermine the indivisibility of the Republic](#) [pt. 19]. The Council censured the legislative provision, briefly and imprecisely noting that the law in question had intervened in an area not covered by the Constitution, which did not provide for a territorial collectivity to be empowered to take measures falling within the scope of the law [pts. 20, 21].

In fact, the Constitutional Council, through its judicial interpretation of the principle of indivisibility, has provided political arguments against an autonomous sta-

tus for Corsica. Thus, the chairman of *Les Républicains* in the Senate has already declared that the legal recognition of a Corsican people would be a '[red line](#)', [leading to separatism](#).

Political, Not Constitutional Objections

While any draft constitutional amendment is thus likely to face clear political hurdles, there are notably no constitutional objections to its adoption. Thus, the Constitutional Council considers the constituent power to be sovereign. Therefore, there is [no objection to the inclusion in the Constitution of new provisions that derogate from an existing constitutional principle](#) [pt. 19]. Of course, it can serve as a constitutional argument for the repeal of an *ordinary* law, as in the examples above. But: while the principle of the indivisibility of the Republic and the 'unicity' of the French people can be politically mobilised, it cannot establish the unconstitutionality of a constitutional amendment law.

While there is no constitutional obstacle to enhancing Corsica's autonomy, political considerations are likely to play the decisive role for the time being. The [various reactions](#) in Metropolitan France show the discord of the indivisible Republic. In fact, Macron's remarks seem to have given a boost to other autonomy aspirations in France. The president of the region of Brittany has already called for 'the same thing' for Brittany in order to free France from '[passéiste centralism](#)'. As it is unlikely that Macron will agree on the need for other French regions to be 'freed', there is a risk that Macron's announcement will be nothing more than a political promise in a vacuum.

Catharina Ziebritzki

A Hidden Success

Why the EU General Court's Frontex Judgment is Better Than it Seems

doi: 10.17176/20231013-113656-0



Following the EU General Court's dismissal of the complaint of WS and other asylum seekers against Frontex in its [ruling on September 6, 2023](#), scholarly commentary has largely expressed disappointment. However, a more optimistic way of reading the judgement is also possible. By declaring the lawsuit admissible, the court confirmed that factual misconduct by Frontex can be addressed with action for damages claims – and this in itself is a major step forward in the system of fundamental rights protection in the European Union.

Facts of the Case and the General Court's Judgement

To briefly recall: In 2016, WS and several other Syrian nationals arrived in Greece and expressed their intention to apply for international protection in the EU. Only eleven days after their arrival, their deportation to Türkiye was carried out in a joint return operation by Greek authorities together with Frontex.

With their complaint, the deported applicants sought compensation for the damage resulting from Frontex's failure to comply with its obligations under the [then-applicable Frontex Regulation](#), the agency's Standard Operating Procedures and its Code of Conduct. In essence, the applicants invoked a violation of their right to asylum and the prohibition of refoulement under Art. 18, 19, 4 ChFR, the rights of the child under Art. 24 ChFR, as well as the right to good administration and to an effective remedy under Art. 41, 47 ChFR.

The General Court found the applicants' complaint under Art. 268, 340 para 2 TFEU to be admissible. As I argue below, this in itself is a great success. When it comes to the merits, however, the judgment remains doctrinally weak – which justifies the harsh scholarly criticism. The General Court's main consideration here was that Frontex's contribution could not be considered causal for the relevant damage. It justified this with an argument that as imprecise as it is widespread, namely that Frontex merely assisted in the factual process of deportation.

A Major Step for the Protection of Fundamental Rights

The complaint is of particular importance because it was the first of its kind. After decades of discussion among scholars and practitioners on how Frontex could possibly be held responsible for its violations of fundamental rights, two main approaches have emerged. While some advocate for the route via the annulment procedure under Art. 263 TFEU, or the closely related action for failure to act under Art. 265 TFEU, others suggest employing the action for damages under Art. 340 para 2 TFEU. Both approaches have recently been presented before the CJEU.

While each approach has its advantages depending on the specific circumstances of the case, the action for damages seems structurally more promising. This is because Frontex mainly acts in non-formally binding forms, and only the action for damages allows to challenge factual conduct.

Against this background, it comes as no surprise that the scholarly response to the General Court's judgement of 6 September was to a large extent marked by disappointment. Joyce de Coninck, for instance, saw the General Court's judgement as contributing 'to the [systematic shielding](#) of Frontex from any responsibility for contributions to human rights harms', while Christopher Paszkowski observed the perpetuation of an '[administration without responsibility](#)'.

Such criticism is important and necessary. But it should not be overlooked that the judgment nevertheless represents an important step towards the protection of fundamental rights against the EU border administration. Even though the applicants lost in the first instance and even though the General Court has fallen for a standard sham argument, the case of WS et al can already be considered a success. For since September 6, there can be no doubt that the action for damages is a suitable way to address factual misconduct by Frontex before the Court of Justice of the European Union. As [Mariana Gliakti has put it](#), the main success of this case is that it has paved

the way for further proceedings of its kind.

Adapting the EU Legal Protection System to Administrative Realities

Viewed from this angle, the General Court's judgement appears as an important step in the gradual process of adapting the EU legal protection system to administrative realities at the EU's external borders. No doubt, it would have been even better if the General Court had not argued beside the point on the question of causation. But a look into the CJEU's case law in other areas, such as EU agricultural subsidies or EU financial support, suggests that the judicial development of the EU legal protection system tends to proceed neither quickly nor steadily.

When it comes to judicial protection against the integrated border administration, countless studies have found serious shortcomings in the EU legal protection system. This is hardly surprising, given that the system was designed at a time when EU bodies did not yet interact with individuals in areas that are highly sensitive to fundamental rights, let alone in direct physical contact. Today, however, the outdated design of the EU protection system makes it almost impossible for asylum seekers to exercise their right to an effective remedy under Art. 47 ChFR against EU agencies, despite these agencies directly interacting with them and systematically impacting their fundamental rights. As a result, the rule of law is undermined in an area where its benefits are most urgently needed. There can hence be no doubt that the CJEU must urgently reform its interpretation of the legal protection system.

The Action for Damages as a Makeshift Fundamental Rights Remedy

In this context, the judgement of September 6 confirms that judicial protection against EU bodies can be achieved through the action for damages. In other words, the judgement confirms that the action for damages functions as a makeshift fundamental rights remedy.

Concerning the admissibility of the claims of *WS et al*, Frontex had argued that the applicants should have lodged an action for annulment against the latest response letter of the agency's Fundamental Rights Office within the relevant time limit, and that therefore, their later action for damages was inadmissible. The General Court took the occasion to recall and specify the relation between

Art. 263 TFEU and Art. 340 para 2 TFEU. Although the action for damages is a self-standing form of action in the EU system of remedies, it must be declared inadmissible 'where it is actually aimed at securing withdrawal of an individual decision' (para 24). Nonetheless, the General Court then continued, 'it would be contrary to the autonomy of an action for damages, and to the effectiveness of the system of remedies' to consider an action for damages inadmissible 'on the sole ground that it might lead to a result comparable to the results of an action for annulment' (para 25). Therefore, the General Court held, 'an action for damages may also be able to nullify the legal effects of a decision which has become final where the applicant seeks greater benefit, but including that which it could obtain from an annulling judgement' (para 26).

Remarkably, the General Court did not even object to the applicants not only seeking compensation for their material and immaterial damage but also requesting the Court to 'find that Frontex engaged in improper conduct with regard to them' (para 17). Dedicating only a few paragraphs to this issue, it considered it 'clear' that the present action for damages 'does not have the same purpose or the same effect as an action for annulment' as the maximum effect of an action for annulment would have been a fresh examination by Frontex's Fundamental Rights Office. On this basis, the General Court deemed the action for damages admissible (para 27 to 29).

The judgment thus clearly confirms two claims that have been made repeatedly by scholarship. The first, as made for instance by *Timo Rademacher*, is that the action for damages slowly evolves into a form of declaratory relief. Albeit far from being designed for such purposes, Art. 340 para 2 TFEU has proven to be the only procedure in the EU legal protection system that is flexible enough to allow for judicial review of factual conduct. The second and closely related claim, made for instance by *Angela Ward* and by *Melanie Fink*, is that the action for damages functions as a makeshift fundamental rights remedy. Put differently, Art. 340 para 2 TFEU secures access to the CJEU in cases where EU bodies act in a non-formally binding manner, which is the case in the majority of border administration scenarios.

From a practical standpoint, the core benefit of the judgement of September 6 is that it enables future complainants against Frontex to rely on Art. 340 para 2 TFEU without lengthy discussions of admissibility. From now on, a simple reference to the General Court's argument in

WS et al should suffice.

Contingency of Facts and Difficulties of Proof

Speaking about future cases, it seems that slightly different constellations might have more chances to succeed on the merits. This is not merely a hint from the ivory tower; it is obvious that the well-documented lack of documentation and proof remain significant hurdles to litigation against Frontex. Based on what can be seen from the judgement, there can be no doubt that the representatives of WS et al have done an excellent job in this regard.

However, it should be kept in mind that the case of WS et al was about a deportation, not about a pushback. As [observed by Omer Shatz](#), this difference is important. While a pushback is unlawful per se, a deportation can be either lawful or unlawful. Among other factors, the lawfulness depends on whether the country of destination is safe for the individual deportee. In the case at hand, the decisive question hence was whether Turkey can be considered as a safe third country or not. Given that the Court of Justice had made clear years ago already that it was not willing to decide this highly contentious issue, it seemed unlikely that the General Court would take a stance on this matter. In cases of pushbacks, however, the General Court might have less difficulties to identify these as unlawful.

Furthermore, the existence of material and non-material damage might be easier to prove in cases that slightly differ from that of WS et al. Here, the applicants claimed compensation for material and non-material damage that had occurred due their onward flight from Türkiye to Iraq ([para 58 and 59](#)). While this onward journey can hardly be said to result from a free decision of the applicants, as the General Court suggested, the fact remains that the relevant damages occurred not as the temporally most direct consequence of the deportation as such. Although the applicants' arguments for causation in this regard might convince in light of the CJEU's own case law, the reference to the comparatively long chain of causation might still be a weak point from a strategic point of view. And indeed, the General Court was eager to make use of this weakness in order to support its own doctrinally weak arguments in the context of causation ([para 67 to 70](#)). In cases where the invoked damage is a more direct consequence of the process of deportation, this additional hurdle could be avoided.

The Question of Causation and De Facto Bindingness as Relevant Threshold

As regards the case of WS et al, it remains to be seen if and how the Court of Justice will decide. As [Gareth Davies](#) put it, 'things do not look good for Frontex' and 'the Court of Justice must now sort out this mess on appeal'. This being said, some doctrinal weaknesses of the General Court's reasoning are so obvious – and have been highlighted so immediately and consistently – that it will be very difficult for the Court of Justice to not be more precise. And when it comes to holding Frontex accountable, precision helps.

As mentioned above, the General Court's brief argument in essence repeats the standard answer of Frontex itself to allegations of misconduct. The point is as commonplace as it is inconsistent, suggesting that the causal link between Frontex's conduct and the resulting damage is not established because Frontex 'only assists'. In other words, the argument is that Frontex does not have the competence to issue return decisions, and therefore its operations cannot be considered causal for damages resulting from the execution of the deportations.

As shown by [Joyce de Coninck](#) and [Christopher Paszkowski](#), this argument is plainly wrong. The General Court made at least two very basic mistakes.

First, it failed to define Frontex's misconduct. Instead of beginning its assessment with the identification of what exactly Frontex did wrong, the General Court jumped directly to the criterion of the causal link ([para 55](#)) and based its assessment of causation on a general reference of 'Frontex misconduct before, during and after the deportation' ([para 57](#)). This is problematic because a meaningful evaluation of causation necessarily presupposes a prior definition of the conduct at stake. Although the conditions for EU liability are cumulative, as the General Court rightly stresses ([para 53](#)), it seems logically impossible to assess the causal link between the conduct and the damage without prior identification of the relevant conduct.

The identification of relevant misconduct requires distinguishing between the rejection of an asylum claim, the issuance of a deportation order, and the execution of a deportation – and to recognise that Frontex's conduct forms part of the latter phase. On this basis, the Court of Justice will then have to identify what exactly Frontex did wrong. From what can be discerned from the judge-

ment, this will include a failure to raise objections to an unlawful deportation, a failure to insist on the respect of EU law, and ultimately a failure to withdraw its administrative support altogether.

The second basic mistake of the General Court's analysis was made in the context of causation. Here, the General Court started with the wrong question. Instead of asking whether Frontex's conduct properly defined was causal for the resulting damage, the General Court implicitly asked which conduct was causal for the resulting damage (para 62). It then concluded that the national decision to reject the applicants' asylum claims and to issue their deportation orders was causal for the deportation (para 64 and 65). While this statement is correct in itself, it ignores that there can be multiple causes for one result, i.e., that both a national administrative decision and EU administrative support can be causal for a resulting damage. Based on its wrong assumption, however, the General Court then observed that Frontex was not competent to issue the relevant administrative decisions, and from this concluded that Frontex's conduct could hence not have been causal (para 66). Again, the argument here misses the point. While it is of course true that Frontex's competences are limited, this as such does not say anything on whether its factual conduct is causal for a resulting damage. It will hence be for the Court of Justice to ask the right question, namely whether Frontex's participation in the process of deportation was causal for the damage resulting from the deportation, and to answer this question on the basis of an extensive case law analysis.

The issue of causation is complex and requires delving into the CJEU's case law on the matter. A closer analysis – considering, among other things, the Court's judgement in *KYDEP* and its seminal ruling in *Ledra* – will show that formal bindingness is no longer a precondition for causation. Instead, the relevant conduct must only be 'de facto binding', and de facto bindingness in this sense can be established by financial pressure upon the host mem-

ber state, superior technical expertise or an advantage in terms of information and knowledge on the part of the EU body. Prima facie, an application of these criteria to the case at hand suggests that Frontex's misconduct was de facto binding upon national authorities and hence, at least in principle, causal for the resulting damage.

The Unavoidable Question of Politics Before the CJEU

Setting aside the more general question of whether the CJEU is an appropriate forum to solve contentious issues of EU migration and asylum policy, potential further litigation against Frontex on the basis of Art. 340 para 2 TFEU must be aware of the fact that the CJEU has on several occasions already shied away from protecting the fundamental rights of asylum seekers against public power exercised by the EU itself.

The decisive question is therefore whether the CJEU will now dare to uphold the fundamental rights of asylum seekers against Frontex. Without resorting to crystal ball gazing here, three reasons seem to give hope in this regard.

First, the Court of Justice is certainly a more appropriate forum to confront Frontex's practices than the bench of three judges which decided in first instance. Second, the CJEU's restrained approach in cases such as *NF et al* or *X and X v Belgium* concerned informal international 'deals' and extraterritorial activities by embassies. In comparison, administrative activities by an EU agency seem fairly technical and perhaps a little less susceptible to political interference. In this sense, the often regretted technical complexity of administrative cooperation might work here in favour of the fundamental rights of refugees. Third, and most importantly, the CJEU has confirmed in the context of the rule of law crisis that it is ready to uphold the values enshrined in Art. 2 TEU against member states. It would now be only consistent to ask the same from the Union itself.

Marc Schack

Obstinate Choices

Understanding the Danish Intelligence Scandal

doi: 10.17176/20231013-233747-0



Denmark is currently going through a [full-blown intelligence scandal](#). It includes charges of illegal activity lodged by the Danish Intelligence Oversight Board (TET) against the Danish foreign intelligence service (FE), as well as a range of criminal cases brought against the former head of FE, a former minister of defence, and a former intelligence officer on charges of leaking classified information. It also includes a [parallel scandal](#) involving an alleged former agent, who is trying to get the Danish intelligence services to acknowledge his role in order to vindicate himself (to reduce complexity this element is not covered here). In this post, I argue that these scandals can best be understood through the lens of a series of obstinate choices made by the Danish government and its representatives. Seemingly, because key decision-makers lacked trust and got fed up with leaks, the situation was handled aggressively from the start, as a matter of principle. I explain the complex scandal but focus on specifics only in the case against former minister of defence, Claus Hjort Frederiksen, as his case is the most clear-cut and observable for outsiders.

One or more whistle-blowers

The Danish intelligence scandal exploded into public view when TET issued a [press release](#) on 24 August 2020, in which it claimed that FE was operating unlawfully, not being truthful with the Board, and that a risk existed of unauthorised collection against Danish citizens. These claims were made on the basis of information provided by “one or more whistle-blowers”. TET sent its analysis to the Minister of Defence on Friday 21 August 2020, and on the following Monday the Ministry [announced](#) that the head of FE and two senior employees had been suspended (later, two additional people were sent home). Herein lies the first two offensive choices: When the Minister was provided with TET’s analysis and explosive draft press release, she allowed it to go out as is and almost immediately suspended key employees at FE. Former high-level officials have [argued](#) that the situation should have

been handled quite differently, and the head of TET even gave an [interview](#) in which he expressed surprise by how seriously the situation escalated.

The media went to work

The TET press release essentially functioned as a guide for journalistic inquiries, and [seemingly in no time](#), Danish media was able to expose what lay beneath. [Incredibly detailed](#) stories laid bare that the criticism revolved around a secret agreement between Denmark and the United States on the tapping of fibreoptic cables running through Denmark. This agreement was described as the ‘crown jewels’ of Danish intelligence. These stories led to the third and fourth choice that furthered the scandal. Firstly, an [unprecedented investigation](#) was initiated within the Danish domestic intelligence service (PET), aimed at identifying the source(s) of these and other leaks. This investigation would lead to an intense surveillance effort against the then suspended head of FE, Lars Findsen, which included tapping his house and extensive use of physical surveillance. This approach was, secondly, only made possible by the decision to view the situation not through the lens of article 152 of the [Danish Criminal Code](#), which is the main criminal rule on disclosures of confidential information, but rather through the lens of article 109, which contains a much more serious rule on disclosures. While the former article is used all the time (including in [a case](#) decided in 2020 against the former head of PET) the latter has essentially remained dormant since its introduction in 1866. As such, it came as a surprise that this article – which carries a maximum sentence of 12 years of imprisonment rather than the normal maximum of six months (or two years in particularly aggravating circumstances) – was used.

Arrests were made

On the morning of 8 December 2021, [four people](#) were arrested and charged under article 109, including the suspended head of FE. He was arrested in Copenhagen Air-

port by members of the Danish Special Intervention Unit and subsequently held in prison for 71 days. The aggressiveness of this approach seems at odds with how these cases would develop:

- Two of the cases were [simply dropped](#). Apparently, there was no basis to maintain them.
- The third case – the one against a former intelligence officer, whose alleged leaks are seemingly unrelated to the cable tapping stories – was [dropped down](#) from article 109-charges to article 152-charges.
- The fourth case, against Findsen, was also softened. In the [published version](#) of the [charges](#) reference is made to both article 109 and 152, thereby opening the door for large parts of the case to be handled under the milder article. Indeed, the case was brought in such a way that the maximum penalty is less than 4 years.

Exoneration, intimidating meetings, and intimate details

While arrests were made, a set of parallel developments were also underway. Firstly, it was [reported](#) that the heads of FE and PET had invited several editors of large Danish media institutions to a series of meetings in early December 2021, where they were warned that the passing of confidential information could be a criminal offense. During these meetings the intelligence chiefs even referred specifically to article 109 and its maximum penalty of 12 years of imprisonment, which was subsequently described as [intimidating](#). Secondly, while technically unrelated to the leaks, on 11 December 2021, the Commission, which had been put in place to investigate the claims made by TET, published its findings. Its [conclusions](#) were surprising: It found that there was simply no reason to raise criticism. Neither in relation to FE, nor in relation to the persons suspended. Given the confidential nature of the underlying analysis of both TET and this Commission, it is not possible to account for this discrepancy. Soon after, it was also reported that parliamentary party leaders had been briefed in early 2022 on the case against Findsen. In these briefings, the leaders were provided with [highly intimate details](#) about Findsen’s private life, including sexual preferences. Both the decision to share such details and to warn the media seem highly extraordinary and escalatory.

Frederiksen’s case

That brings us to the case against former minister of defence, Claus Hjort Frederiksen. Frederiksen had not been involved in the situation from the start (he was an opposition MP at the time), but when the situation escalated, he felt compelled to comment. As such, Frederiksen made [several statements](#) on the situation. On that basis, the Prosecution Service accused Frederiksen of divulging confidential information in violation of article 109. Frederiksen couldn’t be formally charged, however, because he was an MP with parliamentary immunity, and in May 2021, it became clear that parliament would not lift his immunity. On 1 November 2022, however, Denmark held parliamentary elections, in which Frederiksen did not run. From that point on he had no immunity, and on 21 February 2023 the Prosecution Service [announced](#) that it had formally charged Frederiksen. This chain of events is noteworthy because it illustrates yet another set of offensive choices. First, the choice to initially accuse Frederiksen, knowing that lifting his immunity might be tricky. Second, the choice to charge him after he had left parliament, knowing the backstory. Indeed, in cases such as these, the decision to charge is made by the Minister of Justice, and there was thus ample opportunity to back-track if that had been preferred.

These choices make it relevant to consider the case against Frederiksen more closely. It is important to note that there is no indication that Frederiksen was behind any of the original leaks. His case is thus purely about subsequent comments. As mentioned, Frederiksen is charged under article 109, which criminalizes the divulging or disclosing of “any information on secret negotiations, consultations or resolutions of the state in matters affecting the security or rights of the state relative to foreign states or involving substantial economic interests towards other countries”. On the face of it, divulging information about the agreement with the Americans would seem to fit. However, there are several legal problems related to the charge, in particular because much of the information provided by Frederiksen was already public knowledge. According to Danish case law, information that is already public knowledge cannot generally be considered confidential.

Confidential public information?

A few years back the former head of PET was charged (and largely acquitted) for having divulged confidential information. In that case, the Court of Appeal of Eastern Denmark stated that: “The duty of confidentiality does not, as a rule, include information that is generally known or that are publicly available, e.g. as a result of media coverage.” It went on to say, however, that if the information provided “goes further” than what was already known, such information can be considered confidential. That is the standard that we need to judge the situation against.

The exact charges against Frederiksen are not public, but there are [several likely candidates](#) of statements that could be included. One example is a televised [interview](#) with TV2 News on 15 December 2021. Here he was asked whether the problem in relation to TET’s criticism could be that he and other ministers of defence had simply failed to tell TET about the relevant agreement. Frederiksen answered: “I want to be careful with what I say. I will at least – well, then I will have to risk a prison sentence. I have, in any case, participated in informing them [TET] that this agreement existed.” Later, the interviewer refers to a news story where it was revealed that the agreement was concluded in the late 1990’s between the prime minister of Denmark and the President of the United States. He then asks Frederiksen if he got that right. The following exchange ensued:

Frederiksen: “Yes, that’s how I understood it too.”

Interviewer: “This is not something you’ve been informed about?”

Frederiksen: “Yes, that’s how it is.”

Interviewer: “You believe, or you know?”

Frederiksen: “I know.”

As such, Frederiksen essentially confirmed the existence of the agreement, its origins, and (also in other

statements) a range of more general information about the programme. The legal question is thus, if this mere confirmation from someone in his position is a breach of confidentiality, and if he provided additional confidential information. That is likely what the Danish courts will have to consider as they engage with the case. To solve this problem the courts will need to compare Frederiksen’s statements to what was publicly available at the time. Of relevance in this regard is, firstly, a story from 2014 in which a Danish newspaper, using documents from the Snowden-leaks, revealed that a Danish-US partnership on the tapping of fiberoptic cables existed. The newspaper [wrote](#) that FE “is apparently participating in a hitherto secret collaboration with the [NSA] about the tapping of fibre cables that transport internet and telecommunications traffic through Denmark.” Secondly, the many media revelations since TET’s 2020-press release, [beginning with *Weekendavisen*](#) on 3 September 2020, revealed a range of details about the agreement – although on the basis of unnamed sources. Given this lack of clarity on the actual crime committed by Frederiksen, the decision to charge him – especially the second time – seems a highly principled rather than practical choice.

A scandal that got out of hand

How did Denmark end up in a place where the ‘crown jewels’ of Danish intelligence were revealed, and trial after trial is leading to new revelations? Seemingly, the government has consistently been keen on acting quickly and decisively, and with an emphasis on clamping down on leaks, rather than trying a softer hand in order to keep a lid on the story. Key decision-makers have been highly obstinate in their approach to the scandal, employing a risky, offensive strategy that, in my view, has backfired to a degree that should lead to serious reflection.

Max Steuer, Darina Malová

To Hell, on a White Horse

Governing in Slovakia after the 2023 Early Elections

doi: 10.17176/20231102-224133-0



Slovakia [voted](#) on the final day of September 2023. The majority of the emerging governing coalition used narratives typical from Hungarian, Polish and other illiberal discourses, and now represents a risk of illiberalizing Slovakia's constitutional system and joining Hungary in a revamped illiberal Visegrad alliance, with [Poland expected to leave it](#).

The electoral rhetoric, results and subsequent coalition-building give grounds to expect illiberal constitutional changes. Is it possible that Slovakia backslides to the era of 'Mečiarism', named after the Slovak Prime Minister who tried — and failed — to implement a non-democratic regime between 1994 — 1998? This post, while it cannot conclusively answer this question, argues that more attention is needed towards the Constitutional Court's capacity to resist illiberalization.

The context of the elections

The elections came early, due to [the fall](#) of the governing coalition constituted in 2020, at the start of the COVID-19 pandemic. This coalition led by Igor Matovič [mismanaged](#) the COVID-19 pandemic. The fatigue from the ensuing economic downturn coupled with the [frenetic work](#) of the former PM, the increasingly illiberal Robert Fico, have [secured](#) the latter the dominant position.

Fico [won](#) convincingly over his main contender, the liberal 'Progressive Slovakia' party led by the then Vice President of the European Parliament, Michal Šimečka. During the campaign, Fico has consistently been promoting illiberal rhetoric and pro-Russian stances, which helped him gain support of large segments of the population, who [increasingly lean](#) toward conspiracy and disinformation. His success with this rhetoric weakened the far-right 'Republic' party and the pro-Orbán Hungarian minority party 'Alliance', which failed to reach the threshold of five per cent votes needed to gain mandates by a narrow margin.

To form a majority, Fico needed the support of the more mainstream party 'Voice' (Hlas). The latter emerged via splitting from Fico's 'Smer', led by one of his closest aides, Peter Pellegrini, who also became PM in Fico's government when he had to leave the post due to public pressure. The chauvinist 'Slovak National Party' (SNS), which joined forces with a range of conspiracy theorists and anti-European activists, found itself, by a similarly narrow margin, on the successful end of the threshold. If we add the votes for 'Republic' and 'Alliance' (over 270,000 in total) to the ones of Smer and SNS, over 1,100,000 voters of the around three million (68.5 %) participating voted for parties with illiberal appeals.

Hlas had good reasons to be reluctant to consent to a coalition with Fico, who is also [known](#) for his tendency to siphon his coalition partners to boost support for Smer at their expense, even at the cost of their total political annihilation. Moreover, Progressive Slovakia, Fico's strongest opponent, offered Pellegrini the PM position. Yet, Pellegrini [decided](#) to join forces with Fico and Andrej Danko, the Chairman of the SNS. The deliberate decision of Pellegrini to join this coalition makes it unlikely that Hlas would be able to become a bulwark against illiberalism.

Looming illiberalization, step 1: Official post-election rhetoric

The three future governing parties [signed](#) a 'Memorandum of Understanding' (Memorandum) that, between the lines, sets out a clear illiberal trajectory for Slovakia. When introducing the Memorandum, Fico [referred](#) to a [nursery rhyme composed](#) by Czech composer Leoš Janáček saying that if we should go to hell, then [on a white horse](#) (he [used the phrase before](#)).¹

The Memorandum, when read thoroughly, contains few remnants of a pro-EU position and indicates the readiness to assault constitutional human rights guarantees.

¹If this has a deeper meaning, it is known to him only. However, the hero of the nursery rhyme, who is travelling to hell on a white horse is also said to 'know nothing' and to have 'bought a key'.

On the former, while it claims the parties “guarantee the foreign-policy orientation of the Slovak Republic on the basis of EU, NATO and other important international organization membership”, it hastens to add that they will be doing so while “respecting sovereignty and national-state interests of the [Slovak Republic] and strengthening of healthy patriotism”. The coalition agreement (an informal set of joint commitments by the parties which had agreed to form a government in Slovakia) signed on 16 October softened some portions of the Memorandum, by highlighting “the significance of European integration and international cooperation for the security of the citizens of the Slovak Republic”.

Nevertheless, the presentation of national interest as in tension with the European and global integration of Slovakia is retained in both the Memorandum and the coalition agreement. Moreover, as the [Hungarian](#) (and, to a lesser extent [Polish](#)) examples demonstrate, EU institutions have been tolerant towards “multitasking” between EU membership and building illiberal regimes.

Of course, it may come at a (monetary) price, for example, due to the [Conditionality Regulation](#), and Slovakia is smaller in size than Hungary or Poland (as a [Politico commentary](#) was quick to assert even before the elections), which may pose a challenge in opposing joint EU solutions. One cost for Smer and Voice has already materialized through their suspension from the Party of European Socialists. The suspension materialized [because](#) the parties associate with the chauvinist SNS, while Smer also opposes military aid to Ukraine and engages in anti-minority rhetoric.

However, it is unclear whether the European Commission will be strong and effective enough to pick new battles and devote resources to combatting illiberal surges. In addition, Fico is [likely](#) to join forces with Hungarian PM Orbán.

Looming illiberalization, step 2: The possibility for an illiberal constitutional majority

Domestically, the Memorandum declares, inter alia, the ambition to “through constitutional and legal means implement a reform of the Slovak criminal justice system and mechanism of human rights protection”. This is a vaguely formulated ambition that may open the floodgates for regress in human rights standards, common for illiberal regimes. The Minister of Interior, despite hailing from

the more moderate Hlas, [communicated](#) to the investigators of high-profile corruption cases that they should “pack their stuff and get lost from Slovakia”.

Both Smer and SNS have engaged in anti-minority rhetoric, in particular against the LGBTIQ and Roma. The ‘human rights provision’ of the Memorandum openly indicates that the new majority will not take existing constitutional and international human rights guarantees for granted. And while they alone do not enjoy a constitutional majority (as several pro-democratic commentators [rejoiced](#) in the wake of the elections), it would be premature to argue that effecting constitutional changes are impossible for them.

This is because of the flexibility of the Slovak Constitution, where a three-fifth majority of a unicameral legislature suffices to enact amendments. Moreover, there is an established practice to pass amendments by a coalition of ‘strange bedfellows’, for example, the ‘[peculiar union](#)’ between Smer and the Christian Democrats on cementing ‘marriage’ to denote a union between a man and a woman in 2014.

An illiberal majority can be found in the current legislature. Besides the coalition parties, several opposition parties are not reliable guarantors of fundamental rights. Members of Igor Matovič’s party (which [remains](#) an amalgamation of various individuals and groupings with little to no ties to any party structures) engage in anti-minority rhetoric, claiming to defend the (Catholic) religious origins of the country.

Finally, there is the Christian Democratic Party, which succeeded to return to the legislature after two terms of non-parliamentary status. This party claims commitment to the democratic foundations of the regime, but it remains adamant to prevent the advancement of some minority rights — perhaps best illustrated by the Chairman of this party [having called](#) LGBTIQ people “a plague”. Though he later [apologized](#), this act might have even helped him gain some votes from the more extreme parties amidst a general backlash against gender equality in the region. Some MPs of this party have already [indicated](#) openness to support some illiberal constitutional changes, if they are proposed by the governing coalition.

Looming illiberalization, step 3: Small illiberalisms

In addition to the more formal communications and the risks of illiberal constitutional majorities, signs of ‘small illiberalisms’ (paraphrasing Scheppele’s ‘[small emergen-](#)

cies’) may be observed in leaders’ post-election communication. For one, Fico has vouched to spearhead legislation registering NGOs with funding from abroad as foreign agents, an [inspiration](#) from Putin’s Russia.

Even more telling are the videos posted on his social media. In one of these videos, Fico first explains how the suspension of his and Pellegrini’s parties from membership in the European socialist party family signals an anti-democratic move that does not tolerate ‘freedom of expression’. By presenting freedom of expression as allowing divergences in commitments to fundamental rights and basic foreign policy positions within a [party group](#) that is brought together on the basis of shared beliefs in the first place, he [undermines](#) the commitment to any coherent principles and stances on key policy issues. He abuses the fundamental rights narrative; a tendency [identified](#) to occur in the rhetoric of Slovak extreme political actors, a [fundamental characteristic](#) of political parties and party families.

Subsequently, Fico openly engages in dehumanizing rhetoric. Talking about the Roma having been “bought” by former PM Igor Matovič, himself a populist politician, Fico stresses that they will “lick their paws” because his new government will give nothing “for free” to those who think there are “rights but no duties”.

This statement, made on social media instead of an ‘official’ press conference, may not change much in the larger scheme of things. Ultimately, discrimination against the Roma has been the norm, not the exception in Slovak politics. Yet, (more or less) ‘small illiberalisms’ such as these add up, marking the rise of [anti-constitutional populist practices](#) in Slovakia.

Constitutional resilience through the Constitutional Court?

With the Parliament unlikely to pose a barrier to illiberalization even via constitutional changes, despite a relatively strong democratic opposition, at least in the domain of fundamental rights protection, more eyes should turn to the Constitutional Court.

Most of the 13 constitutional judges are expected to serve beyond the end of the current electoral term. Hence, it would be difficult for Fico to tamper with the Court’s composition.

However, Fico, unlike Vladimír Mečiar, the [semi-authoritarian Slovak PM](#) in the 1990s, is well aware of the importance of the Constitutional Court. In fact, at one point he [wanted](#) to ‘leave politics’ by becoming its President, an attempt that failed as more information surfaced on Fico’s connection with oligarchs, in particular the one suspected to be [responsible](#) for the murder of the journalist Ján Kuciak and his fiancée.

Consequently, Fico could explore complicating the Court’s operations through procedural changes, as the [2018 Act on the Constitutional Court](#) does not have a constitutional status and is amendable by a simple majority as standard statutory legislation. For example, the quorum for the Court to be able to make decisions in the plenum could be increased from the simple majority of seven judges, thus complicating the capacity to decide if some judges cannot participate due to objective reasons. Moreover, there are no constitutional budgetary guarantees for the Court’s operations, so its budget could be reduced on alleged grounds of budgetary consolidation, along the lines of practices already tried (p. 355) by PM Mečiar in the 1990s. And if the Court strikes down any legislation of interest to Fico, he might publicly condemn the Court and spur animosity or even hatred against its judges.

One can only [hope](#) that the current Constitutional Court has what it takes to halt likely illiberal changes in Slovakia despite the expected accusations of its ‘undemocratic activism’ by their proponents. It may rely on alliances with other pro-democratic stakeholders, including a relatively strong independent media sector, some NGOs and state institutions preserving their democratic commitments, such as the [Slovak National Centre for Human Rights](#). These did not exist or were considerably weaker during ‘Mečiarism’, but, without the Court, remain vulnerable to practices of [autocratic legalism](#). For the Court to be a bastion of democracy, it should avoid [Oliver Wendell Holmes’ dictum](#) claiming the “job” of the judge(s) is to “help [...] fellow citizens to go to Hell [...] if they want to”.

This post was supported by The Ministry of Education, Science, Research and Sport of the Slovak Republic under the grant number VEGA-1/0658/23 (Project ‘Illiberalism and the Constitution of the Slovak Republic: Political Discourse Analysis’)

Nina A. Mendelson

Slicing Away at Regulatory Statutes

On *Sackett v. EPA*

doi: 10.17176/20231005-233558-0



In its June 2023 decision in *Sackett v. EPA*,¹ the U.S. Supreme Court interpreted the Clean Water Act of 1972 to significantly cut back its water pollution protections and to hand an important victory to private property owners. *Sackett* is not simply important for its impact on environmental protection. Although it may be among the Court's less visible recent rulings, it follows the Court's trend of anti-administrativist rulings and may add importantly to the Court's kit of anti-regulatory interpretive tools.

Wetlands Protection Prior to *Sackett*

The Clean Water Act is the most important federal statute protecting oceans, lakes, rivers, and their major tributaries from water pollution. Its central regulatory program, which requires a permit for any discharge of fill or pollutants, extends to "navigable waters," which the statute defines as "waters of the United States", 33 U.S.C. 1362(7) (Clean Water Act sec. 502(7)). The question in *Sackett* was whether this jurisdictional language covered a particular, small area of wetlands.

Before getting to the details of the case, some further background is necessary, so bear with me. Wetlands such as marshes and bogs are environmentally critical; they trap and filter pollutants before they reach other waterbodies, and they provide flood control and important plant and animal habitat. But wetlands have long been a legal sore spot, as they are not traditionally navigable and do not fit neatly into the Clean Water Act's jurisdictional language. Meanwhile, residential and commercial land developers and farmers have steadfastly resisted government wetlands regulation limiting the extent to which they can fill, destroy, or otherwise impair wetlands located on their properties.

Previous Supreme Court rulings addressing the extent of Clean Water Act protection for wetlands created confusion and uncertainty. Since 2006, the government's reading of the Court's rulings prompted agencies to con-

duct case-by-case analysis of wetlands to assess whether they (solely or together with similarly situated wetlands) might have a "significant nexus" with a traditionally navigable waterbody, including through their impact on the quality of the waterbody's tributaries. These determinations of which wetlands might be "jurisdictional" were heavily factual and perceived to be unpredictable; they were also slow. One point of relative clarity, however: since 1978, the Environmental Protection Agency had consistently taken the position that wetlands "adjacent" to "covered waters" – navigable waters and their tributaries – were protected, and such "adjacent" wetlands included those separated by a dike, berm, dune, or similar barrier. This position recognized the ecological importance of wetlands even if they were not directly adjoining such a waterway. Without the wetlands, for example, more pollutants could readily flow into waterways.

The Sacketts' wetlands fill and the Court's resolution of the controversy

Chantell and Mike Sackett, the plaintiffs in *Sackett v. EPA*, are the owners of a fairly small wetlands-containing property of less than an acre. They bought the property near Priest Lake, one of Idaho's largest lakes, to build a vacation home. The wetlands at issue were thirty feet away and across a road from a nonnavigable tributary (some called it a ditch), which flowed into a stream, which in turn flowed into Priest Lake. The wetlands were located 300 feet from the lake itself. The Sacketts were aware that the federal government viewed the wetlands on their property as federally protected, and they lacked the required permit, but nonetheless backfilled some of the wetlands with dirt. The U.S. Environmental Protection Agency found that together with a larger group of similarly situated nearby wetlands, the Sackett property wetlands had a significant nexus to Priest Lake. The agency

¹598 U.S. 651 (2023).

ordered the Sacketts to halt the filling and restore the site, and it threatened penalties for noncompliance.

In response, the Sacketts filed suit challenging the agency's jurisdiction over the wetlands. The appellate court upheld the agency's conclusion that the wetlands had a significant nexus to the lake; the court noted some subsurface flow and deferred to the agency's conclusion that the wetlands were collectively important to maintaining the quality of Priest Lake's water, fish, and wildlife.

Perhaps the case could have been narrowly resolved, because it concerned a small wetlands parcel separated from Priest Lake by a road as well as a ditch. Indeed, all nine Justices agreed the Sacketts should win. But instead, the Court's conservative majority, in an opinion written by Justice Alito and joined by Chief Justice Roberts and three others, ruled in a far broader manner. They issued an opinion with grave implications both for the Clean Water Act's scope and for the administrative state.

Justice Alito, writing for the majority, repeatedly expressed concern that the government was overreaching in regulating wetlands. The majority opinion noted that the legal standard was unpredictable, the Act potentially applied to a "staggering array" of landowners, and the Act's penalties could be "crushing," and worried that faced with all this, a property owner might simply choose to "build nothing." The opinion then concluded that the only wetlands protected under the Clean Water Act's "waters of the United States" language are those that directly abut and possess a continuous surface connection to other covered "waters." He went further: while waters protected by the statute could include traditionally navigable waters, the tributaries protected would only be those "relatively permanent" bodies of water with a "continuous surface connection" to traditionally navigable waters. Because the Sacketts' wetlands lacked a continuous surface connection to any other body of water, the Court ruled in their favor. The other four Justices concurred in the ruling in the Sacketts' favor but objected to the Court's interpretation regarding adjacent wetlands, reasoning (as had the government) that the Act should have been interpreted to protect "adjacent" wetlands that were

near, but not directly adjoining other waters.

The implications of the *Sackett v. United States* for U.S. waterbody protection

Sackett v. EPA undercuts federal water pollution protection in important ways. Wetlands separated only by a dune, berm, or similar from covered waters have lost their federal protection. This is far more serious than it may initially sound. One estimate is that up to 50% of wetlands previously protected as "adjacent" will lose federal protection as a result of the *Sackett* decision.² This will cause greater pollution in waterbodies such as the Mississippi River, Chesapeake Bay, and Great Lakes. In intervening on behalf of the Sacketts, the Court was willing to disrupt decades of established administrative practice, removing protections to adjacent wetlands afforded even in the Trump Administration, which had notoriously sought to limit environmental protection in other ways.

Second, intermittently or ephemerally flowing streams, such as those dry during certain seasons, are also no longer protected because they may not be "permanent" and may lack a "continuous" connection with traditionally navigable waters, even if they may carry large volumes of water (along with sediment or pollutants) downstream at other times of year. A sizeable percentage of streams may lose federal protection, possibly up to 80% of previously protected streams.³

The Biden Administration responded to *Sackett* very simply by publishing, in September 2023, revised jurisdictional regulations that recited the language used by the Court.⁴ The regulations stated that the Environmental Protection Agency and Army Corps of Engineers, the implementing agencies, would only exercise jurisdiction over "adjacent" wetlands, those with a "continuous surface connection" to tributaries, and that the only covered tributaries would be relatively permanent waterbodies with a "continuous surface connection" to traditionally navigable waters.⁵ The *Sackett* Court reserved the possibility of protecting waterbodies even with "temporary" interruptions of that connection, as with "dry spells,"⁶

²See Richard J. Lazarus, *Judicial Destruction of the Clean Water Act: Sackett v. EPA*, U. Chi. L. Rev. Online at notes 19-24 and accompanying text (2023), available at <https://lawreview.uchicago.edu/judicial-destruction-clean-water-act-sackett-v-epa>.

³Id.

⁴See Revised Definition of "Waters of the United States"; Conforming, 88 Fed. Reg. 61964 (Sep. 8, 2023).

⁵Id. at 61969.

⁶*Sackett*, 651 U.S. at 678.

but the Biden Administration has not yet offered further guidance.

Furthering the Court's anti-regulatory, textualist agenda

Beyond its impact on marshes, bogs, and intermittent streams, the *Sackett* decision has far broader implications. The *Sackett* opinion, like other recent decisions, focuses narrowly on statutory text. For example, the Court selected a 1950s-era dictionary, published decades before the Act's enactment, to conclude that the statutory term "waters" includes only those water features with continuous flow and a surface connection to traditionally navigable waters – and adopted a crabbed interpretation of "adjacent" wetlands, a phrase that also appears in the statute, to mean only those wetlands that directly "adjoin" covered waters. These textualist techniques downgrade attention to the statutory purposes and function. They raise concerns that courts are merely manipulating the tools not to effectuate the statute, but to reach the judicially-preferred policy. In this case, the majority disregarded arguments that the Clean Water Act's overall purpose, in the words of the statute, of protecting the "physical, chemical, and biological integrity" of the Nation's waters, required protecting nearby wetlands.

The Court's focus on statutory text also meant disregarding the agencies' consistent judgment across eight presidential administrations that the Clean Water Act was properly read to protect many wetlands near covered waters, not just those directly adjoining them. This was also in tension with the Court's own decades-long approach of deferring to agency interpretations of unclear statutory language. Such deference recognizes that the legislature has charged agencies with implementing often complex statutory regimes, as well as agencies' typically superior expertise and democratic accountability for policy decisions.

Sackett joins similar recent cramped textualist decisions, including the Court's rulings striking down a program to regulate greenhouse gases from power plants in *West Virginia v. Environmental Protection Agency* and staying an occupational safety and health rule requiring large employers to ensure that employees in the work-

place are either vaccinated for COVID or test for it.⁷ In these cases, the Court also created a controversial new doctrine, which it named the major question doctrine, discussed further [here](#). Under that doctrine, U.S. courts are not to find that a statute authorizes an agency to act on an economically or politically significant "major" issue unless Congress has used clear language. Broad or general language is insufficient. Congress, over the decades, deliberately drafted many regulatory statutes broadly to enable agencies to respond to new issues—as by authorizing the Food and Drug Administration to regulate "drugs," say, not simply listing them. A court's identification of an issue as economically or politically significant thus effectively requires Congress to legislate twice to protect the public. At a time when the U.S. Congress is notoriously gridlocked, the chances of new, specific legislation are vanishingly small.

But in the *Sackett* case, the Court may have birthed a new interpretive tool with even wider anti-regulatory application than the major question doctrine. In the recesses of the *Sackett* majority opinion, the Court stated that a statute must use "exceedingly clear language" in order to alter government power over private property. Regulatory statutes, of course, generally are designed to do exactly that. They affect the way people utilize their property or businesses when that impacts others or the public at large. Further, this private property canon could have far broader implications than the major question doctrine, because it is not limited to "major questions" and because a statute, to survive interpretive limits on its application, must use not merely "clear" language, but "exceedingly clear" language. The announcement of a brand-new canon that further impedes the application of regulatory statutes, as this one does, is of dubious legitimacy when applied to already-enacted statutes, let alone statutes like the Clean Water Act that were enacted decades ago. Instead, the canon simply seems to be another tool for limiting the scope of statutes enacted to protect the environment, public health, and safety.

Sackett joins other recent decisions in which the Court has paid little heed to statutory purpose or agency views, instead using a cramped statutory interpretation approach to limit the administrative state's authority to act

⁷ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ___, 142 S. Ct. 2587, 2608 (2022) (vacating rule because statute was not sufficiently clear to authorize the significant agency action); *National Federation of Independent Businesses v. Department of Labor*, 595 U.S. 109, 118 (2022) (upholding stay of rule because Act had not clearly authorized this "significant encroachment by the agency).

to protect health, safety, and the environment. In addition to reducing environmental protection for important water resources, *Sackett's* interpretive style and proposal of a brand new private property canon should fuel con-

cerns that the Court's conservative majority continues to engage in interpretive gamesmanship to support an anti-regulatory agenda.

Daniel Bertram, Laura Higuera Sánchez

The Mexican Standoff

AMLO vs. the Judiciary

doi: 10.17176/20231102-224232-0



In a historical march, tens of thousands of judicial staff, lawyers, and judges – including at least one [justice](#) of the Supreme Court – took to the streets of Mexico City on 22 October 2023. Chanting slogans such as ‘*¡El Poder Judicial de la Federación no se toca!*’¹ and ‘*¡Somos los garantes de la Constitución!*’² protesters [rallied](#) against the Mexican government’s plans to slash the federal judiciary’s (*Poder Judicial de la Federación*, PJF) funding. In this contribution, we analyse what this dispute is all about and explain why the government’s plans jeopardise the independence of the Mexican judiciary. In particular, we argue that the recent, seemingly innocent financial measures come at the cusp of an alarming [authoritarian turn](#). Finally, we offer some tentative thoughts on what the endgame in this quickly escalating dispute might look like.

Rights, not Privileges

At the heart of the current controversy lies a complex compensation arrangement. Employees of the PJF – including judges as well as administrative staff – receive regular monthly salaries which are guaranteed by the Constitution. Mandatory labour benefits such as health insurance and pension payments, however, are funnelled through six separate trust funds (*fideicomisos*) managed by the PJF itself. Additional trusts provide supplementary allowances that are intended to increase judicial independence and reduce the risk of corruption, among them retirement top-ups and special medical services. As a whole, the system ensures the impartial functioning of the judiciary by shielding judicial remuneration from outside interference.

The governing coalition’s intentions to dismantle this system came to light on 6 September, when Parliamentary Group Coordinator Ignacio Mier Velazco (*Movimiento Regeneración Nacional*) tabled a bill to reform the Judiciary Law (*Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*). The proposed [reform](#) came on the heels of the 2024 bud-

get preparations and foresaw the elimination of all trusts that are not explicitly enshrined in the Judiciary Law – which applies to 13 of the total of 14 trusts, jointly covering more than 15 million Mexican Pesos. The only remaining trust, the 6 million Mexican Pesos *Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia*, merely funds basic expenses related to the administration of justice, such as the acquisition and maintenance of buildings.

The proposal was touted as a redistributive corrective to curb the supposed privileges of a ‘corrupt’ judicial elite by President Andrés Manuel López Obrador (commonly known by his acronym, AMLO). PJF employees, members of opposition parties, and civil society organisations strongly countered these accusations and pointed out that many trusts directly affect the fundamental labour rights of thousands of workers. Moreover, as the president of the Supreme Court, Justice Piña Hernández, [contended](#), the planned reforms would indirectly threaten the rights of all Mexican citizens who rely on an impartial and effective judiciary.

Despite the backlash, the lower chamber of parliament (*Cámara de Diputados*) approved the bill on 18 October. One day later, more than 40,000 employees of the PJF [entered](#) into an unprecedented, nationwide strike that saw most courthouses remain closed and judges only attending to the most urgent matters. On 23 October, members of the opposition *Partido Acción Nacional* (PAN) and *Partido Revolucionario Institucional* (PRI) [invited](#) Justice Piña Hernández to the Senate session the next day in a last-minute attempt at mediation. Pending a formal invitation from the Senate Political Coordination Board (*Junta de Coordinación Política del Senado*), the dialogue failed to materialise, and in the late hours of 24 October, the upper chamber of parliament (*Senado*) passed the law into effect without amendments.

¹ ‘Don’t touch the federal judiciary!’

² ‘We are the guarantors of the Constitution!’

Death by a Thousand Cuts

When AMLO assumed office in 2018, there were justified hopes that his government would respect and strengthen the system of checks and balances. Among the ‘100 promises’ submitted at the beginning of his mandate were commitments to ensure ‘an authentic rule of law’ as well as to maintain ‘respectful relationships’ with the legislative and judicial branches. Yet, mere weeks later, the government passed a law mandating a significant reduction in the salaries of federal judges. While the provision was eventually **struck down** by the Supreme Court, the clash illustrated that the judiciary was unwilling to bow to the governing coalition’s flagship reform programme known as the ‘Fourth Transformation’ (*La Cuarta Transformación*, after the Mexican independence, the secularisation of Mexico under Benito Juárez, and the Mexican Revolution).

To keep the judiciary in check, the government initially pursued a strategy of co-optation. Between 2018 and 2021, AMLO managed to nominate four of the eleven justices (*ministros/-as*) sitting on Mexico’s powerful Supreme Court (*Suprema Corte de Justicia de la Nación*). In 2021, he further attempted to modify the Court’s rules in order to extend the tenure of sitting Court President Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, who had shown deference to the government on various occasions. However, the judicial institutions proved remarkably resistant. Even some AMLO-nominated *ministros/-as* increasingly began to rule against the government’s projects, and the so-called *Ley Zaldívar* was invalidated by the Court as a flagrant violation of the Constitution.

By late 2021, the President noticed that the co-optation strategy had failed. In a telling statement, he **confessed** to having nominated the wrong *ministros/-as*, whom he accused of being more committed to ‘judicial mechanisms’ than to his political project. Moreover, having **lost** its congressional supermajority in the 2021 mid-term elections, the government could no longer change the Constitution to rein in the PJF. As such, co-optation increasingly gave way to defamation and open contestation. Unfavourable rulings were met with public fury by the administration. AMLO did not shy away from **accusing** judges of acting ‘against the people’ and being ‘eclipsed by money.’

In June 2023, the Supreme Court **invalidated** a new electoral law that sought to curb the powers of the Natio-

nal Electoral Institute, another gatekeeping institution that has suffered repeated attacks on its independence. Four months later, the government seems to have found a way to discipline the rebellious Court – by eliminating the *fideicomisos*. Some commentators suggest that there might be another, more practical reason for AMLO to tap into the judiciary’s trusts: He simply needs the money to fund a range of ambitious infrastructure projects – such as the infamous Tren Maya railway in the Yucatán peninsula – during the last year of his presidency.

Can the Judicial Empire Strike Back?

In *How Democracies Die*, Steven Levitzky and Daniel Ziblatt argue that the weakening of gatekeeping institutions – such as the judiciary – is a warning sign of pending democratic decline. Indeed, the Mexican government seems to be taking a page from the authoritarian rule book pioneered in **Poland** and other countries. AMLO’s statements in the wake of the recent protests and strikes have added insult to injury and further escalated the situation. He branded employees of the PJF as ‘lazy’ and ‘corrupt’, opined that no one would notice their strike, and called protesters an ‘embarrassment’ and ‘hailed’ (*acarreados*). Meanwhile, the PJF is far from giving up its resistance. So, what is the potential endgame in this Mexican standoff?

In the short term, the law is likely to be challenged by the upper or lower house opposition through an action of unconstitutionality (*acción de inconstitucionalidad*), which requires the support of 33% of either house’s members. This action could **base** itself on flaws in the legislative procedure, as the bill had been assigned to the Budget Committee rather than the institutionally competent Justice Committee. Moreover, the Court could take issue with the law on substantive grounds, for instance under the constitutional provisions **dealing** with the PJF’s budgeting powers. While the case is in the docks, the law could even be temporarily suspended to halt the dissolution of the *fideicomisos*. For the law to be declared unconstitutional, however, a minimum of 8 out of 11 Justices would need to side with the complainants.

In an effort to undermine the legitimacy of this potential legal avenue, **some critics** have already raised concerns about a perceived conflict of interest. They argue that having the Supreme Court adjudicate the action would make them ‘judge in their own case’ (*juez y parte*). However, this claim misses that the elimination of trusts

first and foremost impacts administrative PJF employees' labour rights rather than the benefits enjoyed by Supreme Court justices. Beyond seeking a resolution through the national courts, there is also the option of submitting a petition to the Inter-American Commission on Human Rights.

In the mid to long term, however, there can only be a political solution to this deep institutional crisis. Mexico will elect a new president along with a new legislature on 2 June 2024. AMLO is barred from re-running, but his political protégée, presidential candidate and in-

cumbent mayor of Mexico City Claudia Sheinbaum has gleefully joined the judiciary-bashing. Sheinbaum even [pitched](#) the idea of electing judges by popular vote in case of her coalition winning a congressional supermajority that would allow for constitutional amendments. Meanwhile, the opposition candidate Xóchitl Gálvez publicly [defended](#) the PJF and called the government's plans an act of 'vengeance'. When over 90 million citizens are called to the polls in eight months, the very future of judicial independence in Mexico will be on the ballot.

Josephina Lee

The Constitution Does Not Sleep

On the South Korean Debate to Restrict the Freedom of Assembly After Midnight

doi: 10.17176/20231002-233555-0



The South Korean government is embarking on a process to amend the current Assembly Act with the aim of enforcing stricter regulations on assemblies and demonstrations. Among other things, demonstrations at night are to be generally prohibited. I argue that the legislator's plans disregard the jurisprudence of the Constitutional Court and fail to comply with standards of international law.

Tensions between Labor Unions and the Government as Catalyst

On September 21, 2023, the South Korean National Police Agency announced that a draft bill to revise the Assembly Act is in the legislative pipeline. According to [press reports](#), this draft bill will contain a general ban on assemblies conducted during rush hours and between midnight and 6 a.m. The potential for such measures to significantly erode fundamental freedoms does not seem to be a primary concern for advocates of the reform. The announcement of the Police Agency was a direct response to the [recommendations](#) of the Presidential Office on July 21 to implement specific measures and propose amendments to address societal issues arising from late-night demonstrations.

The tension between the government and civil actors exercising their right to freedom of assembly was underscored by a large overnight protest held by the Korean Metal Workers' Union. The protest, initially planned as an overnight sit-in, commenced in the early afternoon in front of the Supreme Court on May 25, 2023, and continued until it was forcibly dispersed by police. Article 11 Section 2 of the South Korean Assembly Act prohibits assemblies within 100m of the court, with exceptions for assemblies or demonstrations that are unlikely to influence judicial independence or escalate into a large-scale assembly. The police authorities justified their dispersal action by alleging that the protesters intended to influence court decisions. Critics point out that the harsh reaction

of police authorities was triggered by official statements of President Yoon on May 23 in favor of [stronger counter-measures](#) against 'illegal protests', in response to several previous assemblies by the Metal Workers' Union. In reaction to the political controversy stirred up by the Metal Workers' Union's demonstrations, the ruling conservative party (People Power Party) submitted a draft bill for revision of the Assembly Act on June 12, 2023, proposing a complete ban on assemblies from 11 p.m. until 7 a.m.

Supporters of the government's reaction defend the increased restrictions on assembly rights by highlighting the inconvenience caused to the general public by participants' behavior. Numerous media reports on the overnight protests noted that participants were drinking, smoking in public, and littering in adjacent areas, potentially contributing to a negative image of protesters.

While some might argue that it is too early to be overly concerned, it is indeed a fact that the draft bill has not yet been submitted to the Ministry of Government Legislation. Furthermore, since the ruling party does not hold a parliamentary majority, it is unlikely that the bill will pass in the National Assembly during upcoming legislative sessions. Nevertheless, the current trend of expansive restrictions on freedom of assembly cannot be overseen and warrants a thorough examination for its compliance with the Constitution.

Challenged authority of the Constitutional Court

Regardless of the outcome of parliament's approval of the draft bill, the current efforts of the government and the National Police Agency are highly problematic because they deviate from some pioneering, fundamental rights-friendly decisions of the South Korean Constitutional Court.

In 2009, the Court ruled that a blanket ban on 'outdoor assemblies' from sunset to sunrise violates the freedom of assembly. However, the Court allowed lawmakers to pro-

¹Decision of the South Korean Constitutional Court from 2009.09.24 (2008 헌가 25).

vide reasonable regulation until June 30, 2010.¹ The first challenge to the Constitutional Court was raised when the legislature failed to enact an amendment by the specified date, resulting in a legal void on this issue. Due to the absence of effective legislation, the standards for intervening in assemblies were not clearly determined. Contributing to confusion among civil actors was the fact that the legal definition of Assembly in Act Par. 2 differentiates between ‘outdoor assembly’ and ‘demonstration’ and regulates the two forms of action separately.

This ambiguity naturally led to another case in 2014, culminating in a decision by the Constitutional Court. This time, the Constitutional Court declared Article 10 of the Assembly Act as partially unconstitutional, arguing that a total ban on outdoor demonstrations from sunset to sunrise violated the fundamental right to peaceful assembly.² Holding demonstrations after sunrise until midnight must be allowed, in the view of the Court, considering this timeframe as a regular part of normal social activities. The Court further reasoned that other provisions of the Assembly Act already provide effective means of intervention in cases where demonstrations could seriously infringe upon residents’ privacy or their right against excessive noise disturbance. Indeed, the current Assembly Act already contains numerous provisions enabling police intervention in cases of assembly or demonstration which pose a direct, clear threat to public peace by inciting violence and in cases where an assembly or demonstration causes serious inconvenience to traffic flow. Just as in the previous decision from 2008, the Court obligated the legislature to propose amended legal regulations for demonstrations occurring from midnight until sunrise. The reasoning of the Court clearly indicates that assembly regulations for specific time periods should result from a careful balance of conflicting interests such as privacy rights, demonstration practices within a specific national context, and general public opinion on the issue. The current attempts to amend the Assembly Act, however, rather challenge the authority of the Constitutional Court than comply with its decisions. Although the Court explicitly stated in its ruling that demonstrations at nighttime fall under the general protection of freedom of

assembly and that restrictions must be imposed only to the necessary extent, the draft bills of the National Police Agency and People Power Party contain a complete ban on demonstrations at certain times. This leaves ample room for criticism, suggesting that the government may not be taking the Constitutional Court’s final interpretation of fundamental rights as seriously as they are obliged to.

Deviation from international human rights law

Since 1980, South Korea has been a State Party to the International Covenant on Civil and Political Rights. As such, it is obligated to enact laws or other measures that are necessary to give effect to the rights recognized in the Covenant, provided they are not already covered by existing laws. The amendments proposed by the ruling party and National Police Agency, however, may not conform to the recognized standards of the treaty based on pronouncements of the Human Rights Committee. Although these pronouncements do not constitute binding interpretations for State Parties, they are more than mere recommendations and should be duly considered.³

The Committee has already expressed concern in its observations about the severe restrictions imposed by South Korean authorities on the right to peaceful assembly, including the operation of a de facto system of authorization for peaceful assemblies by the police and the restriction on demonstrations held past midnight.⁴ Restrictions on the specific time of day or date when assemblies can or cannot be held pose compatibility issues with the Covenant since the freedom to choose the time, place and manner of assemblies falls under the protection of the treaty.⁵ Although this right may be subject to justified restrictions under some circumstances, it should be kept in mind that State Parties have a positive duty to enable participants to conduct assemblies while directly addressing their target of protest.

²Decision of the South Korean Constitutional Court from 2014.03.27 (2010 헌가 2, 2012 헌가 13).

³ILA, International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Impact of the Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, Berlin Conference (2004), para. 15.

⁴Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/4, para. 52.

⁵General Comment No. 37 (2020), CCPR/C/GC/37, para. 54.

Assembly Act as an institutional framework for participation

Current political developments in South Korea illustrate that the right to freedom of assembly can be disproportionately restricted based on the interests of political actors. As of now, the legislature has not succeeded in proposing an alternative regulatory model for nighttime assemblies that adequately aligns with constitutional standards. Regulatory measures should be implemented and executed with the goal to balance the freedom of assembly and public interests, and should only be as restrictive as necessary. When oppressive elements predominate and legal measures fail to facilitate active political participation,

the state impairs its own grounds of legitimacy, on which representative democracy lives.

The state has a duty to promote and enable an environment conducive to exercising the right to peaceful assembly by providing a legal and institutional framework within which this right can be exercised effectively.⁶ A blanket ban on assemblies at specific times cannot be deemed a suitable measure for safeguarding freedom of assembly. The Korean civil society awaits a reform of the Assembly Act, where political participation is not perceived as a risk, but rather as an opportunity to bolster the legitimacy of representative democracy.

⁶General Comment No. 37 (2020), CCPR/C/GC/37, para. 24.

Mohammad Ibrahim

Justifying a Political Dynasty

The Indonesian Constitutional Court on Who May Run for Presidency in the 2024 Elections

doi: 10.17176/20231102-223922-0



The Indonesian Constitutional Court is one of the great judicial institutions in Asia. It has been lauded for its pivotal role in consolidating democracy, [helping transform a once violence-prone polity into the most stable democracy in Southeast Asia](#). While some scholars contend that [the constitutional justices generally remained independent in the first fifteen years of the Court's operation](#), in recent years, there have been clear indications that the Court's independence is under attack and its justices are being politicised. The House of Representatives' decision to replace Deputy Chief Justice Aswanto with Justice Guntur Hamzah in September 2022 for not representing its interest is a case in point of [the legislature's interference with the independence of the Court](#). Earlier in the same year, the Court found itself entangled in [a conflict of interest](#) as its current chief justice, Anwar Usman, married President Joko Widodo's (more commonly known as President Jokowi) younger sister, Idayati.

On 16 October 2023, the Indonesian Constitutional Court handed down [a decision](#) (Constitutional Court Decision No 90/PUU-XXI/2023) on the minimum age requirement for presidential candidacy. The decision is highly controversial and raises further alarms about the Court's independence as the petitioner sought to allow President Jokowi's son, Gibran Rakabuming Raka, the 36-year-old current mayor of Surakarta, to run in the 2024 presidential elections. In a tight 5-4 ruling, the Court declared that the requirement that a presidential or vice-presidential candidate „be at least 40 years of age“ under [Article 169q of Law No 7 of 2017 on General Elections](#) was unconstitutional, unless it was to be read and interpreted: „be at least 40 years of age or have held/are currently holding positions elected through general elections including regional head elections.“ Following the Court's judgement, with the support of a big coalition of political parties, [Prabowo Subianto announced Gibran as his running mate](#) in the 2024 presidential elections. Prabowo is the current Indonesian Minister of Defence and a former lieutenant

general of the Indonesian army who has participated in presidential elections three times (2009, 2014, 2019), but has yet to be successful.

From a legal-doctrinal perspective, the Court's decision is problematic. The Indonesian Constitutional Court has taken on the legislature's function by introducing a new criterion to bypass the age requirement for the upcoming 2024 presidential elections. Even if one were to agree with the Court's majority that, in certain circumstances, the Court can and should take the role of a positive legislator, the reasoning provided by Court's majority in this case was insufficient to justify such a move.

The Petition's Arguments

The case was brought up by a university law student in Surakarta named Almas Tsaqibbirru. As is the case in Indonesia, judicial review of legislation can be filed directly by individuals and private entities without having to initiate it in an ordinary court, provided that they have the standing as laid out under [Article 51 of the 2003 Constitutional Court Law](#). Tsaqibbirru was an admirer of Gibran, to whom he attributed the economic growth of 6% in Surakarta since he took the office in 2021 [at 15].

Tsaqibbirru contested the minimum age requirement of 40 for presidential candidacy. He did not seek a declaration that the age requirement was unconstitutional, nor did he request the Court to lower it. Instead, he asked the Court to declare Article 169q unconstitutional unless it was to be interpreted with the additional phrase „or having an experience as the head of regional government both at the provincial or municipal/regency level“ [at 18-19]. In other words, the applicant asked the Court to introduce an alternative criterion to bypass the age requirement, allowing individuals to qualify if they had experience as the head of a local government.

Tsaqibbirru put forward two main arguments to support his application. First, he contended that Article 169q violated the morality principles because it discriminated

against younger people by not giving them the same opportunity to be a presidential or vice-presidential candidate. Thus, the argument goes, it was inconsistent with [Articles 27\(1\), 28D\(1\) and \(3\), and 28I\(2\) of the Indonesian Constitution](#) [at 14-15]. Second, he argued that Article 169q resulted in a situation that he deemed „an intolerable injustice“. He defined an intolerable injustice as a situation where people were compelled to vote for candidates whose age was predetermined by Article 169q, i.e., at least 40 years old. For Tsaqibbirru, it seemed intolerably unjust that an ideal character that he had in mind, who should become a leader of the country, namely Gibran, the current mayor of Surakarta and son of President Jokowi, could not be eligible for candidacy because of his age [at 14 and 17].

The Court's Reasoning

In reviewing the constitutionality of Article 169q, the majority of the Court first addressed the concept of *open legal policy*. In Indonesian constitutional law, [open legal policy refers to laws that fall exclusively under the authority of the legislature](#). Certain matters fall within the ambit of the open legal policy if (i) they are not explicitly stated in the Constitution, or (ii) the Constitution mandates the lawmakers to make legislation on those certain matters without further details. In its judgement, the majority maintained that while determining the age requirement was an open legal policy and, thus, fell within the scope of the legislature's powers, the Court still had the power to declare it unconstitutional provided that the policy satisfied the three pronged test to render it unconstitutional: (i) it violated the principles of morality, (ii) it infringed the principles of rationality and (iii) it resulted in an intolerable injustice.

The reasoning may not initially appear problematic, considering that the Court had introduced the test in its earlier decisions (for example, Constitutional Court Decisions [No. 51-52-59/PUU-VI/2008](#) and [No. 7/PUU-XI/2013](#)). However, in this case, the majority failed to differentiate between a petition seeking to declare an open legal policy unconstitutional and a petition aiming to create a new legal rule within an existing legal provision. By not dismissing Tsaqibbirru's petition on the basis of the Court's lacking jurisdiction to create new norms, the majority was willing to engage in judicial activism. This activism took the form of assuming the role of the elected legislature as the majority ultimately introduced

a new legal rule within the legal provision: creating an exception to the presidential age requirement.

The majority's reasoning, thus, runs counter to the Kelsenian idea that a constitutional court operates as a negative legislator, a concept widely [accepted and applied](#) in Indonesia. As the Court declared itself in various cases (for instance, Constitutional Court Decisions [No. 132/PUU-XIII/2015](#) at 49 and [46/PUU-XIV/2016](#) at 444-445):

„The Constitutional Court was established with the intention of serving as a negative legislator. It means that the Constitutional Court can only invalidate laws and cannot assume the legislative authority to create laws or regulations.“

In 2018, when the Court declared that the minimum age requirement of 16 years for girls to marry was unconstitutional for being discriminatory and enabling child marriage, [it refrained from establishing a new legal rule](#). Instead, it left the responsibility to the lawmakers to amend the 1974 Marriage Law. Setting aside these considerations for now, one important question remains: did the Court provide adequate reasoning to justify its taking the role as a positive legislator?

The majority did not directly address whether Article 169q violated the principles of (i) morality, (ii) rationality and (iii) led to an intolerable injustice, which was a necessary condition for declaring an open legal policy unconstitutional. Instead, after showing that more than 32 countries around the world require presidential candidates to be at least 35 years old, and previous Indonesian experiences allowed individuals under forty, it somewhat surprisingly suggested that the law should incorporate an alternative criterion to replace the minimum age requirement, and this should be: „individuals who have been elected through general elections (such as majors and governors), as they have demonstrated that they have gained the trust of the public“ [at 39-49].

For the majority, holding an elected political position such as mayor and governor seems sufficient to replace the age requirement. The majority viewed that being elected democratically through a general election was a determining factor for presidential candidacy because the majority saw those elected as „having minimum degree of maturity and experience“ [at 50]. This should be questioned. Being elected democratically as a mayor or a

governor does not have any correlation with presidential elections. Further, being elected through a general election does not guarantee that a candidate has the capabilities and understands the responsibilities expected of elected individuals. Indonesian Corruption Watch, for example, reported that from 2010 to 2018, [253 heads of regional government were declared as suspects in corruption cases](#).

In principle, the majority did not explicitly mention that Article 169q violated the morality principles. It even stated that the age requirement of forty was not inconsistent with the rationality principles. It did, however, acknowledge that such a provision potentially disadvantaged a younger generation capable of being leaders. But instead of lowering the age requirement, the majority made the following observation [at 50]:

„The minimum age requirement of 40 years of age for presidential and vice-presidential candidates is, in and of itself, a manifestation of treatment that lacks proportionality, ultimately leading to the revelation of intolerable injustice. The intolerable injustice here lies in the fact that the provision does not only disadvantage, but also it eliminates the opportunities for young leaders who demonstrate that they have previously earned the trust of voters, such as in regional elections.“

It is inappropriate and misguided to apply the concept of intolerable injustice in this way. The observation above seems to indicate that the majority may not fully grasp the essence of what constitutes a situation that is intolerably unjust. Of course, one might be willing to accept the view that not allowing individuals under forty to be a president is unfair. Still, it does not constitute an intolerable injustice. Because the right of persons under forty to participate as a presidential or vice-presidential candidate is not eliminated; they are simply required to wait until they reach the age of forty to be eligible for presidential elections. The concept of intolerable injustice would be much

better suited to practices such as slavery and torture. In the Indonesian context, it would make more sense to use this concept to refer to [the 1965 massacre](#) rather than the age requirement for presidential candidacy.

Conclusion

In *Tsaqibbirru*, the Indonesian Constitutional Court has assumed the role of lawmakers, effectively legislating from the bench without sufficient justification. The reasoning that the majority provided to justify making a new legal rule did not satisfy the three-pronged test that the majority had proposed: that the age candidacy violated the principles of morality, rationality and led to an intolerable injustice. While this decision may find favour among many Indonesian political elites, it is, in fact, another great setback for Indonesian democracy and the rule of law. Indonesian democrats and the younger generation should not welcome the decision because it is only those elected through a general election, possibly because of the possession of wealth or familial ties to the elites, who are permitted by the Court to bypass the presidential age requirement.

This ruling has further eroded public confidence in the Court's independence, especially since Chief Justice Anwar Usman was one of the five judges who granted the petition, enabling Gibran to seek the vice-presidency. In addition, the timing of the decision was oddly convenient, given that it was delivered on 16 October 2023 (only two months after the petition was lodged on 3 August 2023), just before the presidential candidate registration period from 19 to 25 October 2023 [set by the General Elections Commission](#). Unfortunately, the same Court will examine future high-stakes political cases, including disputes over the results of the 2024 presidential elections. In a court case where President Jokowi's family members, Gibran and Anwar Usman, will likely get involved directly both as a party and a judge, it is highly unlikely that the Indonesian Constitutional Court will be able to perform its role fairly and impartially.

Richard Mackenzie-Gray Scott, Elena Abrusci

Automated Decision-Making and the Challenge of Implementing Existing Laws



doi: 10.17176/20231005-233624-0

Who loves the latest shiny thing? Children maybe? Depends on the kid. Cats and dogs perhaps? Again, probably depends. What about funders, publishers, and researchers? Now that is an easier question to answer. Whether in talks provided by the [tax-exempt ‘cult of TED’](#), or in [open letters](#) calling for a moratorium, the attention digital technologies receive today is extensive, especially those that are labelled ‘artificial intelligence’. This noise comes with calls for a new *ad hoc* human right against being subject to automated decision-making (ADM). While there is merit in adopting new laws dedicated to so-called AI, the procedural mechanisms that can implement existing law require strengthening.

The perceived need for new substantive rules to govern new technology is questionable at best, and distracting at worst. Here we would like to emphasise the importance of implementing existing law more effectively in order to better regulate ADM. Improving procedural capacities across the legal frameworks on data protection, non-discrimination, and human rights is imperative in this regard. This includes establishing adequate oversight mechanisms, requiring robust risk and impact assessments, and ensuring a participatory approach when designing systems that incorporate ADM. It is also crucial that lopsided regulatory impacts are avoided when applying the law in a given sector.

The need for better enforcement and oversight

With the European Union in the final stages of approving its [AI Act](#), the United Kingdom proposing a ‘[pro-innovation approach](#)’ to AI regulation, and the United States publishing its [Blueprint for an AI Bill of Rights](#), people can be forgiven for having the impression that new laws are urgently needed to better regulate ADM. While having tailored laws focused on ADM can have upsides, such as helping raise awareness about the problems and pitfalls of related technology, existing laws already applicable to technologies that incorporate ADM are far from

deficient in being capable of providing sufficient regulation. Blaming existing law for the drawbacks of ADM applications is easier than trying to answer why the law struggles to address harms already happening and keep pace with developments in the digital technology sector.

As [Susie Alegre](#) and [Elizabeth Renieris](#) help emphasise, idealising new law as the solution to the problems posed by ADM is counterintuitive to improving this very catch-up. It is past time to stop playing regulatory whack-a-mole with new technologies. The reality is that new laws can take considerable time to be constructed, debated, approved, enter into force, incorporated (into domestic law, if international law), and enforced. By the time a new law is operational, the technology it was aimed at regulating might have changed, maybe significantly. Then there is the matter of interpretation. Consider how long it has taken to reach consensus on points of law that already apply to ADM, or those laws that have been around for decades, such as privacy, on which there is [still little agreement](#) as to what they actually mean for the purposes of practice. How would new rules be any different? Such rules may also merely duplicate what is already enforceable. Not to mention would be products of further processes that require investments of capital, resources, and time.

These concerns are pertinent to claims that in order to better regulate ADM, there is a need to create a new human right against being subject to ADM. Yet it is difficult to envisage what such a new rule would add to those already applicable to ADM across the legal frameworks governing data protection, non-discrimination, and human rights. Combined, rules from these bodies of law offer numerous ways of regulating ADM, in addition to providing recourse to individuals and groups for harmful impacts of its use. Yet the extent to which these rules can do so *effectively* depends on their enforcement and oversight. Attention tends to fall on how substantive rules across these areas can be interfered with by the design, develop-

ment, and deployment of ADM. There is comparatively less focus on the procedural mechanisms that are needed in order for substantive rules to have tangible impact on ADM.

Requiring risk and impact assessments

Part of bolstering procedural capacities is ensuring there are means of gathering and scrutinizing necessary information relating to ADM systems. Evidence must be gathered and verified before applying the law to a given situation. This knowledge accretion is crucial to understand how particular ADM systems operate, what measures exist to mitigate or eliminate possible harms, and what can be reasonably expected when they are deployed. This is why requiring thorough and robust risk and impact assessments for ADM is vital. The current draft of the EU AI Act stipulates that providers and deployers should conduct risk assessments and human rights impact assessment for systems considered to be ‘high risk’. Several commentators have also [called for](#) mandatory human rights impact assessments for any technology incorporating what may be classified as ‘AI’, even systems that at first may be labelled as ‘low risk’. But it is the implementation of the risk and impact assessment process that can help identify actual and potential harms of ADM systems, which makes it easier for there to be timely interventions for avoiding or mitigating harm. As do these procedures facilitate assessments regarding the apportionment of responsibility when things do go wrong.

Participatory approaches to designing ADM systems

Participation of those impacted by systems incorporating ADM in their design and deployment is also a [crucial aspect](#) of governance. For example, if an employer wishes to implement a worker-surveillance system that incorporates ADM, such as to [deter theft](#), then workers that will be subject to that system [should be](#) involved in designing it – lest the code [not account for](#) the reality that individuals need to drink, eat, defecate, urinate, and rest while at work, including in order to do their jobs well. Although this overall problem is compounded by the numerified ranking of productivity and impact based on gameable metrics, now rife in [many sectors](#), it can be alleviated. By incorporating into its design the insights of people with hands-on experience and knowledge of the context in which the ADM would operate, such systems have the po-

tential to allow humans and computer code to function in harmony. Pre-deployment efforts of this sort are in the interests of providers and deployers of ADM systems, as they help avoid potentially costly and time-consuming issues arising in the future, such as being fined or sued.

Oversight mechanisms: Public, private, or both?

To ensure that existing legal frameworks, as well as any new additional regulations, are appropriately applied to ADM systems, there is a need for accompanying oversight mechanisms. Different calls have been made for an international AI council or other forums to ensure that AI is governed at the [international level](#). Yet it may be that creating new bodies tasked with the oversight of ADM falls into similar traps of those associated with creating new laws.

Private companies have publicly committed to adopt internal guidelines, review their ADM systems, and even establish their own oversight mechanisms. However, there is a limit to how much we should defer to the private sector when it comes to ensuring ADM does not harm individuals, groups, and societies more generally. Voluntary commitments from companies [being part](#) of the regulatory framework pose risks. Combined with the [lobbying prowess](#) of large technology companies, such an approach could end up resulting in the rules being written by those whose very power they are aimed at governing. As Linda Griffin [has noted](#), there are ‘inherent risks when technical capabilities and computing power are concentrated in private entities primarily guided by what is best for shareholders’. These interests are not the same as those of the public, which require being meaningfully integrated into the regulation of ADM.

This is why public bodies, such as legislatures, regulators, and courts, should play a central role in ensuring that existing legal frameworks enshrining rules on data protection, non-discrimination, and human rights are appropriately accounted for by providers and deployers of ADM systems. Such bodies could take different forms, from the proposed Office for AI stemming from the draft of the EU AI Act, to the Digital Regulation Cooperation Forum (DRCF) in the UK. What matters is that these bodies are democratically accountable and equipped with enough powers and capabilities to successfully oversee the design and use of ADM systems, monitor compliance with existing laws, and ultimately ensure that providers and deployers minimise risk, impact, and potential harms

on individuals and groups.

Avoiding lopsided regulatory impacts

Other pressing factors that besiege discussions and decisions about improving the procedural mechanisms for the effective application of substantive rules to ADM are capacity-building and resource allocation. Both require financing. Investment in related machinery is therefore key. Failures to increase related budgets can contribute to the continued exposure of individuals and groups to the harms generated by ADM. However, funding *is not* the only problem.

In addition to the matters of capacity-building and resource allocation that need to be addressed if procedural machinery is going to be in a position to provide for any substantive rule to form part of effectively regulating ADM, ensuring that lopsided regulatory impacts do not occur is crucial. For instance, the complexity involved in trying to navigate the ‘regulatory thicket’ of data protection frameworks has resulted in ‘harm to small and medium enterprises (SMEs), especially in less developed countries, and a boon to large companies’. The introduction of new substantive rules *can affect* competition in a given market, sometimes to the detriment of businesses that are smaller in comparison to their potential competitors. With respect to the design, development, and deployment of ADM, there needs to be careful implementation of the law to ensure that provider and deployer diversity is fostered. Creating conditions that do the opposite *helps monopolies become entrenched*. While the law is a means to conserve and consolidate power in the hands of its creators and beneficiaries, one of its uses is also as a check on power. It is essential that regulation of ADM

balance these realities in ways that do not tilt the scales even further in favour of technology companies that already boast market dominance, and too often abuse it.

Shaping a promising future

With challenging issues such as those raised by the development and use of ADM, there sometimes comes with them a sense of defeatism and inevitability. Perhaps part of this feeling is owed to the problem alluded to above of automatically accepting the production outcomes of companies in the digital technology sector, and assuming that the processes upon which they rely should and will remain as they do. But change is always possible. More attention needs to be directed away from the products produced by digital technology companies, towards the processes by which they are created. By focusing attention on the processes behind the products, and not only the products themselves, piecing together an accurate picture of what is being provided becomes possible. Effective and meaningful regulation could be assisted by this shift. Furthermore, with the aim of shaping a future in which developments and applications of ADM are fair and just, the legal tools that already exist should be sharpened at least in addition to, and perhaps even instead of, trying to create new shiny laws.

This article is based on research that received funding from the British Academy (grant no. BAR00550-BA00.01). For more of our thoughts on this subject, see Elena Abrusci and Richard Mackenzie-Gray Scott, ‘The questionable necessity of a new human right against being subject to automated decision-making’ (2023) 31 International Journal of Law & Information Technology 114-143 – [available open access](#).

Ramiro Álvarez Ugarte

Ruling by Bullying?

On the Difficult Balance between Illicit Threats and Effective Government

doi: 10.17176/20231012-233558-0



On September 8th, the Fifth Circuit Court of Appeals of the United States [partially upheld](#) a decision that found several public officials had coerced social media companies into censoring speech protected by the First Amendment. This was done through veiled threats and subtle forms of intimidation made by administrative officials in emails, calls, and regular meetings with corporate executives. The plaintiffs—composed of private parties who felt censored by platforms and two states—argued that behind the supposedly private moderation decisions laid the hand of the federal government.

Americans call this area of the law *jawboning*, in reference to the jawbone that is moved when we talk, which is the mechanism through which pressures of these sorts are exerted. It is an extremely complex area of law, in part because distinguishing when public officials cross that fuzzy legal line depends on assessing the nature actions that happen in private settings in light of vague and ambiguous criteria. In this piece, I explain why the occurrence of jawboning might be an inevitable feature of modern administrative governance, and outline both the unique challenge that underpins any attempt to legally regulate it as well as the urgency of doing so.

Jawboning: An Inevitability of Administrative Governance?

Biden v. Missouri turned on the allegedly coercive nature of a set of communications between public officials and executives at tech companies. These communications, often in the form of emails, showed a relationship of collaboration and tension, in which public officials made requests and corporate officials provided explanations, excuses, and information. The record reveals a persistent and frustrated group of public officials who make content moderation demands and ask harshly for policy changes. Corporations appear compliant and submissive.

The Fifth Circuit held that while *urging*, *pressuring*, or even *inducing* a private actor to censor protected speech does not violate the Constitution, *coercing* or *significantly*

encouraging them to do so does. In holding that the latter had occurred, the Court focused on the regulator’s “direct involvement” in the decision-making process (p. 34) as well as their word choice and tone, whether the speech was “perceived” as a threat or not, whether there is regulatory authority vested on the speaker, and whether adverse consequences were foreseen (p. 44).

At times, jawboning cases seem like hair-splitting exercises. For instance, in *Biden v. Missouri* the Fifth Circuit found that the line that separates permissible speech from illicit threats had been crossed, but in [O’Handley v. Weber and Twitter](#)—in a case about a collaborative “trusted flagger” relationship between Twitter and California state officials—the Court found the collaboration was voluntary and that the company executives in *O’Handley* acted by their own free will.

The decisions evidence the difficulty of establishing workable legal tests to regulate informal processes of policy-making that are arguably both an unavoidable and even necessary part of our system of governance. They are unavoidable for the rule-producing stage of politics is only the final step of a process that starts well before a statute is adopted. A statute, before being a statute, is a bill, and a bill—before being a bill—is often a hearing, a request made to a legislator by concerned constituents, a problem named in the public sphere, and so on. In the administrative state, where enforcement and rule-making adopt different forms, the policy-making process is even more complex and—on occasions—invisible. Informal calls, emails, meetings, speeches delivered in not-too-public settings, are all ways through which public officials communicate with individuals and corporations subjected to their jurisdiction.

It is within these informal settings and communications that the risk of jawboning arises. Courts have tried to distinguish between what are legitimate assertions of regulatory authority and jawboning by focusing—among other factors—on a regulator’s capacity to actually follow up their denied requests with formal rule-change. Yet,

this ignores that a regulator's informal remarks will likely always be *perceived* as coming from someone with such capacity, irrespective of whether the particular regulatory actor in question actually holds formal rule-making power. Due to this “cloak of authority” that surrounds regulators and administrative officials, the risk of jawboning occurring is basically inevitable,

Notably, contrary to the formal processes of rule making, the informal channels of communication through which jawboning occurs cannot be subjected to the values of transparency, accountability, participation, and stakeholder engagement that we ordinarily insist upon. This is not to be taken lightly. We insist on these values because they capture core democratic values implicit in the design of our representative institutions. We want to be involved in decision-making processes and we want to see how decisions are made, in part to ensure that our votes, voices and interests are considered and respected by those who represent us. Yet, despite their incompatibility with these requirements, the informal processes of policy making that give rise to the possibility of jawboning appear to be not just an unavoidable but also a necessary aspect of modern administrative governance. In particular, spaces for sharing insights between public and corporate officers seem essential to make informed public policy. These spaces cannot be totally formalized, nor can they be made absolutely transparent. But while they must exist, they also pose the problems we are discussing.

The Limits of Line Drawing

The issue with regulating jawboning is thus rooted in a paradox: we want our cake and eat it too. Indeed, we want our political process to be open and transparent and subjected to contestation by different stakeholders, but we also want our public officials and administrators to be effective in what they do. This means allowing them to [communicate with individuals and corporations in informal settings in which they can make requests with the purpose of guiding private conduct in a way that complies with public policy goals established by law](#). And this includes discussing and imagining possible regulatory solutions to deal with specific problems.

This paradox explains why the law deals with jawboning through line drawing questions: it is ultimately a question of when public officials went too far. But if the problems raised in the previous section are sound, the line drawing exercise hardly solves them. Courts have pro-

posed standards that are difficult to administer from the point of view of public officials. In *Vello*, the New York public official who signaled that she was willing to show leniency in her enforcement obligations if certain conduct change happened was found to be moving within the boundaries of permissible government speech. But in *Missouri v. Biden* the official mentioning that in the White House they were “considering our options” was found out of line. Perhaps it is the consistency of a pattern of interactions that becomes unacceptable, but this does not come out clearly from the case law. This leaves us not with a hard-coded rule but a vague, general standard calling for caution that carries the risk of unduly obstructing effective regulatory action.

To make things worse, to determine whether a particular set of interactions went too far requires a level of evidence that can only be produced through judicial discovery. Yet, cases remain rare, not least because corporate officials generally have little incentive to undermine their channels of communication with public officials: they usually take advantage of them for lobbying purposes. As a result, jawboning cases are few when compared to the extent to which [informal communications are used to make policy](#). Only those who feel injured by the effects of these informal policy-making mechanisms end up pursuing legal action, whether it was the Writer's Guild affected by the [Family Hour adopted by the National Association of Broadcasters](#), the [authors of the books being questioned by Senator Warren](#), or the physicians, activists, and Attorney Generals who felt censored for questioning Covid-19 federal policies in *Missouri v. Biden*.

Jawboning as A Global Regulatory Phenomenon?

Pressuring corporations is a normal governance mechanism that has been found e.g. in use in [Spain](#) to deal with utility companies, in [Sweden](#) to deal with the local textile industry, and in [India](#) and [Canada](#) to deal with the governance of the Internet.

A newly launched research project at [CELE](#) has similarly found that electoral authorities in Mexico, Brazil, and Argentina asked corporations to sit down at informal meetings with the purpose of creating fluid channels of communication between public and corporate officials, especially around election season and to deal with disinformation. In the three countries all major Internet platforms voluntarily joined.

Outside the US, however, there is almost no case law

on how to legally regulate the appropriate scope of these practices. This might be due, not least, because of the need for efficient judicial discovery to establish the factual patterns required to establish jawboning. Judicial inquiries in other jurisdictions rarely produce similar levels of detailed paper trails as occurs in the US, rendering the occurrence of jawboning not only be difficult to prove but practically invisible. To make matters worse, states also enjoy different levels of regulatory power. The power a US public official to pressure Internet corporations into complying with her desires is different from the power enjoyed by peers in or with weaker market-shared from the point of view of companies' business models.

How to Regulate the Regulators

A comparative research agenda on jawboning is thus challenging. Yet, its pursuit is arguably of particular urgency, not least given that the exertion of informal regulatory pressures is one of the main mechanisms through which the Internet is governed. The informal streamlined channels of communications between corporate and pu-

blic officials are currently made possible by [existing protections against intermediary liability](#). However, this is changing. Thus, the EU's [Digital Services Act \(DSA\)](#) is an attempt to formally regulate these relationships: there are specific obligations, oversight mechanisms, and potential sanctions in the future of the DSA's implementation. Transparency laws at the state level in the United States also move [towards more routinized interactions](#).

In this context of incipient global regulatory change an opportunity arises to think more deeply about how to effectively regulate the regulators. The US case law on jawboning provides a useful starting point in this regard but research from other jurisdictions is necessary to develop adequate criteria. One thing the *Missouri v. Biden* saga showed is the importance of creating adequate paper trails of all communications between public and corporate officials. As such, forthcoming regulations should develop paper-trail obligations in the context of more routinized interactions. It seems like a necessary condition to draw the difficult line that separates effective government from regulatory bullying.

Anmol Jain

Using the Constitution for Partisan Benefits

On the Reservation of Women in the Indian Legislative Assemblies

doi: 10.17176/20231018-233556-0



Last month, the Indian parliament passed the [106th amendment](#) to the Constitution. It inserted several provisions to the Indian Constitution, collectively providing for horizontal reservation of one-third of directly elected seats of the House of the People, the state legislative assemblies, and the Delhi legislative assembly for women. The reservation is to continue for fifteen years from the date it is enforced in respective assemblies, and its duration could be extended further by a law made by the parliament to this effect.

In this blog, I discuss the political motivations underlying the enactment of this amendment and argue that this amendment is an opportunistic attempt by the incumbent government to reap partisan benefits using the Constitution before the upcoming state and general elections. Such actions demystify the idea that constitutions are a place for high-order politics. The amendment shows that with enough numbers, constitutions could easily be reduced into a political tool for furthering dominant political interests. While constitutions may claim to entrench certain values and present themselves as the identity of the society, the true entrenchment of values demands their internalization by the majority, which should be active in calling out, through available avenues, the partisan or unconstitutional nature of governmental actions.

Reservation for Women: A Promise to Deliver in the Future

A quick reading of the 106th amendment would show that it seeks to create a scheme of reservation for women to nudge their increased participation in the Indian legislatures. It would seem to be a continuation of the efforts that began with the introduction of the 73rd and 74th amendments to the Constitution in 1992, which, for the first time, formally introduced the idea of reservation for women in the Indian constitutional imagination by reserving seats in the local representative bodies. However,

once we read the amendment in light of the prevailing political situation in India, a different picture emerges.

The amendment introduces Article 334A to the Constitution, stipulating that the reservation of seats for women will not be immediate but will occur ‘after an exercise of delimitation is undertaken for this purpose after the relevant figures for the first census taken after commencement of the Constitution (One Hundred and Sixth Amendment) Act, 2023 have been published’. Since the late 19th century, India has regularly undertaken a census every ten years until 2021, when the COVID-19-induced lockdown delayed it. In July of this year, the government [further delayed](#) taking a decision on the conduct of the 2021 census exercise to 2024-25. The term of the current national government is set to expire in May 2024. It is, therefore, certain that seats for women will not be reserved in the upcoming general elections. Moreover, while there is no certainty that the census will take place in 2024-25, even if, hypothetically speaking, the government adheres to this timeline, it is nearly certain that the delimitation exercise will take around 4-5 years from the date of the conduct of the census. Therefore, it appears that India will have at least two national governments before the 106th amendment fulfills its promise.

It cannot be denied that if the government had honest intentions about women’s reservation, it could have introduced the reservation with immediate effect within the existing delimitation formula. So, why was the amendment introduced in the first place? In my opinion, the answer lies in the political capital that the Bharatiya Janata Party (‘BJP’) hopes to gain from this illusion of constitutional ‘change’.

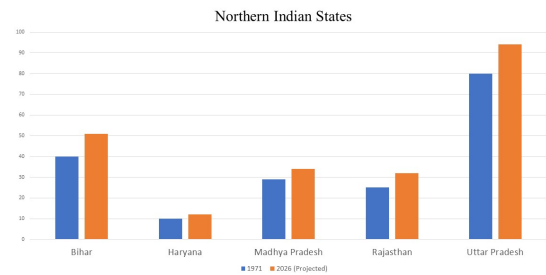
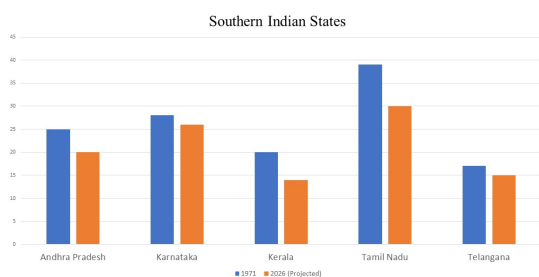
Five Indian states are set to vote this November, followed by the 2024 general elections. While multiple opinion polls conducted to date position the BJP strongly in the 2024 elections, there is a genuine fear of a reduction in its win margin compared to the 2019 election. The 106th amendment, therefore, seems like a political strategy of

the BJP to woo female voters and consolidate their votes before the elections. It forms part of a series of women-focused initiatives by the BJP that are making headlines, with the latest one being the [mass mobilization](#) of women and the distribution of free tickets for the cricket World Cup opener between England and New Zealand.

The other important political maneuvering that the BJP intends to undertake using the 106th amendment is to preempt the debate on the delimitation process in India. After India's independence in 1947 and the conduct of three [continuous delimitation exercises](#) in 1952, 1963, and 1973, India's delimitation formula has been frozen as a way to incentivize family planning. It was frozen in 1976 for 25 years, and then the 84th amendment froze it for another 25 years. As a result, the current delimitation is based on the 1971 census data, and the next delimitation exercise is set to be undertaken after 'the relevant figures for the first census taken after the year 2026 have been published' [Article 82], unless it is extended further.

The considerable political opposition to a fresh delimitation in India stems from the disparate outcomes of family planning in India. While the southern states have been successful in managing their population growth, the northern states have shown dismal performance. Consequently, if delimitation is conducted based on the current population composition, the southern states are set to lose their parliamentary influence to their northern counterparts, and the loss would be quite significant. To quote an example, an estimate [shows](#) that if delimitation is conducted based on the projected 2026 Indian population, the southern state of Tamil Nadu would lose nine parliamentary seats and reduce its representation to 30 seats, whereas the northern state of Uttar Pradesh would gain 14 seats, increasing its seat share to a staggering 94. A similar story runs in other states of the two regions.

The graph below presents this north-south divide by using the examples of a few Indian states:



These graphs clearly tell the story of why the southern Indian states are resisting delimitation. By linking the idea of women's reservation to delimitation, the incumbent BJP government is trying to shift the conversation about delimitation away from the question of family planning (and its possible negative consequences for the southern states) and link it to the question of women's representation in the legislature. While it is easier and totally justifiable for political parties to flag family planning as a reason to oppose delimitation, the resistance becomes tricky and perhaps even inconvenient when it also hampers women's increased participation in the legislative bodies.

A natural question to ask at this stage is why the BJP is pushing for delimitation. The answer is simple – the BJP is predominantly a northern party. In both the 2014 and the 2019 general elections, most of the BJP members of parliament were elected from the northern states. For instance, out of the 303 seats that the BJP won in the 2019 election, it won 62 out of 80 in Uttar Pradesh, 24 out of 25 in Rajasthan, 10 out of 10 in Haryana, 17 out of 40 in Bihar (its coalition partner won another 16 seats), and 28 out of 29 in Madhya Pradesh. In contrast, the BJP's performance in the southern states was abysmal – it won no seat in Kerala, Tamil Nadu, and Andhra Pradesh, and 4 out of 17 in Telangana. The only southern state it performed well in was Karnataka, where it won 25 out of 28 seats. In this situation, delimitation based on the present population composition is certain to yield electoral benefits for the BJP.

Against this backdrop, the 106th amendment helps the BJP in pushing for the delimitation exercise by anchoring the conversation around it to women's representation in legislative bodies. The BJP's intent is further underscored by related developments, such as the construction of a new parliamentary building with increased seating capacity and the inclusion of a provision that ties the rotation of reserved seats to delimitation in the 106th

amendment.

Article 334A(3) provides in this regard that the rotation of seats reserved for women 'shall take effect after each subsequent exercise of delimitation as the Parliament may by law determine.' As incumbent politicians may create pressure to reclaim their seats (as they may not want to permanently cede their seats in favor of women candidates), the 106th amendment ensures that this pressure is expressed in terms of the demand for regular delimitation exercises.

The seats reserved for women in local representative bodies follow a different design. Rotation, at the local level, takes place every election cycle, which ensures that every constituency sends a women candidate at least every third electoral cycle. This rotation is not linked to delimitation. The linkage in the 106th amendment, therefore, is a conscious scheme change adopted by the BJP government to institute the practice of regular decennial delimitation exercise.

Due Process of Lawmaking

Another factor that shows how the current BJP government has reduced the constitution to a tool for everyday politics is the way the 106th amendment was introduced and passed in the parliament. The amendment bill was introduced in a surprise special parliamentary session, and it became the first bill to be moved in the new parliament building. Utmost secrecy was kept about the existence of the bill, and public engagement began only with its introduction in the parliament. It was passed the next day after its introduction in the lower house, and the upper house passed it the day after. The constitution was amended in

three days, with no pre-legislative consultation, presentation of policy or draft bill, public participation, or civil society engagement. However, such questionable processes are emblematic of lawmaking in India. Lawmaking is largely a close-door party or government-driven swift exercise in India. The only avenue for debate and deliberation is the legislative bodies, which are also rendered powerless if the government controls a brute parliamentary majority.

The public discourse after the introduction and enactment of women's reservation in the 106th amendment largely revolved around the issues of women's empowerment, the political nature of the amendment, and caste politics. The aspects of due process of lawmaking were rarely discussed. It is high time that we acknowledge that many conversations need to be had about the need to institutionalize the due process of lawmaking in India.

Concluding Remarks

The 106th amendment to the Indian Constitution needs to be studied in its surrounding political context. While it does promise reservation of seats for women in the Indian legislatures in the future, its underlying intent is rooted in the possibility of electoral gains for the BJP. It is not a genuine step in the direction of women's empowerment. Such partisan use of the Constitution must be highlighted and reflected deeply, particularly by the Indian society.

Akshat Agarwal

When Discrimination is Not Enough

The Indian Supreme Court's Rejection of Marriage Equality and the Illusion of Fairness

doi: 10.17176/20231022-233526-0



The Supreme Court, India's apex constitutional court, recently delivered its disappointing decision in *Supriyo Chakraborty v Union India* (*Supriyo*), rejecting marriage equality in Indian law. The much-awaited decision was heard by a constitution bench (five judges) of the Supreme Court and dealt with [far-reaching questions of both Indian constitutional law and family law](#). The decision is characteristic of the Indian Supreme Court's ongoing phase of great deference to the executive and legislative branches but also marks a sharp and worrying break from the court's otherwise progressive jurisprudence on issues of gender and sexuality.

The petitioners, which included many LGBTQ+ couples and individuals, had challenged India's secular marriage law, the Special Marriage Act, and asserted a right to marry in Indian constitutional law. Their arguments were built on concepts of liberty, privacy, dignity, and equality, which are well-developed in the jurisprudence of the court. They had asked the court to declare the secular marriage law, which only recognized heterosexual marriage, unconstitutional and, as a remedy, had asked the court to re-interpret it to allow for LGBTQ+ marriages.

During the hearings, the respondents, primarily the Government of India, but also other intervenors such as religious organizations, opposed such recognition. They primarily argued that the Indian Constitution did not recognize a right to marry. The complexity of Indian family laws, which comprises both secular and religious identity-based personal laws, meant that any remedy locating LGBTQ+ marriage in just secular law was unwor- kable, and, if at all desirable, the parliament, and not the court, was institutionally better suited to grant marriage equality.

No Right to Marry, but a Government-Appointed Committee

All five judges unanimously rejected a right to marry in Indian constitutional law. They all held that marriage

was, at best, a statutory right, and constitutional rights could not create a new social institution like same-sex marriage. The court also unanimously rejected challenges to the Special Marriage Act. They, however, did hold that transgender persons who were in heterosexual relationships could marry under existing family laws in keeping with their gender identities. Beyond these issues, the court split (3-2) on all other aspects of the judgement. The majority rejected the challenge to the marriage law based on both an equality analysis and in recognition of its institutional limitations, but the minority largely focused on institutional limitations alone. While the minority, perhaps in a bid to assuage the feelings of India's LGBTQ+ community, sought the recognition of a right to civil unions and recognized joint adoption for LGBTQ+ couples, the majority disagreed and ruled against both.

All the judges of the court, however, did stress that compared to heterosexual couples, LGBTQ+ couples were indeed discriminated against in relation to several marriage-linked material benefits, such as pensions, access to financial instruments, healthcare decision-making, gratuity, etc. The majority even admitted that they were empathetic to LGBTQ+ couples' feelings of being left out. In this context, the court welcomed the suggestion of the Solicitor General of India during the hearings that a committee at the highest levels of the Central Executive would be set up to study issues faced by such couples and suggest appropriate solutions. However, the majority did not express any view on how such a committee should approach issues of relationship recognition.

A Jurisprudence of Inconsistency and Forgetting

In the past, I [have extensively argued](#) how locating marriage equality in India's secular marriage law alone is problematic. This is because family laws in India, both secular and religious personal laws, remain inherently interconnected. Thus, secular marriage law remains intimately connected to personal law for various aspects of the law, such as inheritance, parenthood, and property. The-

refore, approaches to marriage equality that do not account for family law in its entirety are bound to be inadequate. This is also compounded by the general granularity of family law, where marital recognition remains linked to several other laws, including criminal law, which in India remains binaried and not gender neutral. Moreover, Indian family law often treats women and men differently, for instance, through differential ages of consent for marriage, thereby making judicial re-interpretive exercises difficult. The court's frank admission that it could not possibly re-interpret hundreds of statutes and at the same time decide difficult questions of policy, such as retaining gendered provisions, is therefore not surprising.

However, what is indeed surprising is the court's refusal to declare rights. The Indian Supreme Court, especially when it comes to rights issues, is generally not a minimalist court. In fact, one of its key achievements has been its storied jurisprudence on positive rights, including several procedural and remedial innovations. Most recently, through its gender and sexual jurisprudence, the court stressed several progressive concepts, such as the equal constitutional citizenship of LGBTQ+ Indians, transformative constitutionalism, and the triumph of the morality of a liberal constitution over hidebound social morality. Many of these concepts are intrinsically counter-majoritarian and aimed at protecting minorities who may otherwise not have a sufficient voice in political processes.

In the Supreme Court's marriage equality decision, much of this past is either conveniently forgotten or distinguished away. For instance, in its analysis of the right to marry, the majority does not consider the interconnectedness of rights such as equality, liberty, and dignity and only treats marriage as a statutory right related to the right to liberty. In its equality analysis of gendered marriage provisions, the majority only relies upon the traditional test of classification and does not even consider sexual orientation discrimination. In the past, in the absence of a law, the Supreme Court has often issued guidelines to realize rights or encouraged the Parliament to enact laws. A similar approach was taken by the South African Constitutional Court in *Ministry of Home Affairs v Fourie*, where the court had issued a suspended declaration of invalidity to allow Parliament to enact a law. The Indian Supreme Court, however, distinguished away all of this, thus raising questions of possible inconsistencies with its earlier jurisprudence.

It is, of course, hard to speculate about why the court decided the way it did. Some reasons, though, seem more likely than others. First, unlike in the context of the decriminalization of homosexuality in 2018, where the Government of India had deferred to the apex court's decision on the issue, in the marriage equality case, the Government actively opposed recognition. At a time when India's ruling party, the Bharatiya Janta Party (BJP), remains dominant in Indian politics, perhaps the Indian Supreme Court was wary of inter-branch conflict and mindful of its legitimacy. Second, unlike other jurisdictions, Indian family law remains a genuinely complex area of law. In fact, family law has long been consumed by debates over whether religious personal laws can even be subject to constitutional scrutiny. The majority's approach, which views family recognition as preceding State formation and its law, is emblematic of this context of Indian family law. Third, even though the court goes to great lengths to admit discrimination and express its empathy for India's LGBTQ+ community, the majority often indirectly admits that its past rights interventions have typically occurred when liberties were seriously threatened. In other words, the majority does not view the lack of marriage recognition as really threatening the rights of LGBTQ+ people. After all, post-decriminalization, they have had the right to be in a relationship, but such relationships do not necessarily need public approval or celebration. In fact, the court compares marriage recognition to a poet asking the State to create a public platform to enable their right to freedom of expression or asking the State to construct roads to enable the right to move freely. With respect, these analogies are unfortunate, and no other reason but prejudice or a fundamental disagreement with the equality of queer families may explain the majority's approach. The court's decision may also be reflective of broader social attitudes towards LGBTQ+ persons in India, where decriminalization only happened in 2018. But it is questionable if rights recognition should be based on social attitudes or the passage of time. As the court admits, marriage remains a key social institution linked to key dignitary and material benefits. This is precisely why non-discriminatory access to marriage remains a fundamental rights issue implicating the equal constitutional citizenship of LGBTQ+ Indians.

Constitutional Interpretation as a Terrain of Contestation

The Supreme Court's rejection of marriage equality may have far-reaching implications for LGBTQ+ rights in India. Having been delivered by a constitution bench of the apex court, it effectively forecloses judicial possibilities for any kind of relationship recognition, whether marriage, parenthood, or civil unions, in the foreseeable future. This is because lower courts are unlikely and, in law, cannot go against the Supreme Court, and re-litigating the issue before the apex court does not seem to be a realistic possibility any time soon. For one, a five-judge bench decision would have to be reconsidered by a bench of higher strength, and constituting such benches is notoriously difficult given the Supreme Court's heavy, daily workload of non-constitutional appeals and petitions.

More importantly, in refusing to declare rights, the Supreme Court has effectively robbed India's LGBTQ+ community of the language of rights when it comes to the equal recognition of queer families. It is, however, important to remember that even though the Supreme Court's decisions are considered final, the task of con-

stitutional interpretation is not its domain alone. Other branches of the State, such as the executive and the legislature, and most importantly, citizens can and do engage in acts of constitutional interpretation and rights recognition. As debates about the constitutional rights of LGBTQ+ families move from the judicial to the political domain, India's LGBTQ+ community would do well to contest the Supreme Court's decision and its legitimacy and reclaim the language of rights for the greater recognition of queer families.

The majority in *Supriyo* ends its opinion with the caution that "despite being empowered to see the capabilities of the law in its grand and majestic formulation, we must not be led aground because we are blinded, by its glow." Admittedly, the recognition of marriage equality in Indian family law was never going to be easy, and even a positive judicial declaration that recognized rights would have meant a long political struggle to effectively realize these rights. But this reality does not mean that the court's decision in not recognizing rights is fair or aligns with Indian constitutional law. Rather, in its effort to avoid being blinded by the glow of justice, the court may have unwittingly embraced darkness.

Israeli International Law Experts

Open letter from Israeli international law experts

doi: 10.17176/20231009-233543-0



In the early morning hours of October 7, 2023, Hamas militants entered Israel. They intentionally killed hundreds of civilians. They also took dozens of hostages to the Gaza strip, including women, children, older persons and persons with disabilities.

These actions constitute gross violations of international human rights law and humanitarian law, amounting to war crimes and crimes against humanity. We stress that **all parties** to an armed conflict must comply with norms of international law in general and the law of armed conflict in particular, including the prohibition on indiscriminate attacks and measures targeting civilians.

The taking of hostages is a blatant violation of international law. We call for the immediate and unconditional release of all hostages. Pending their release, they are all entitled to be treated with humanity and respect. This includes the receipt of proper medical care and supply of essential medication for those who need it, and the provision of information regarding the hostages and means of communication with them.

We call upon the international community, including all states and relevant international organizations to pressure those holding the hostages to release them all immediately.

Dr. Shelly Aviv Yeini
Prof. Orna Ben-Naftali
Prof. Eyal Benvenisti
Dr Ziv Bohrer
Prof. Tomer Broude
Prof. Iris Canor
Professor Amichai Cohen
Dr. Natalie Davidson
Prof. Aeyal Gross
Prof. Guy Harpaz
Prof. Moshe Hirsch
Prof. Tamar Hostovsky Brandes
Prof. (Emeritus) David Kretzmer
Prof. Eliav Lieblich
Prof. Itamar Mann
Dr. Tamar Megiddo
Dr. Hilly Moodrick-Even Khen
Prof. Yaël Ronen
Dr. Ido Rosenzweig
Dr. Michal Saliternik
Prof. Yuval Shany
Dr. Yahli Shereshevsky
Dr. Sivan Shlomo Agon
Dr. Dana Wolf
Dr. Ariel Zemach

Barak Medina, David Enoch

What is Permissible in the War against Hamas?

doi: 10.17176/20231017-233618-0



On October 7, 2023, Hamas attacked Israeli communities near the Gaza Strip. Alongside indiscriminate firing of thousands of rockets into many areas in Israel, hundreds of Hamas militants breached the border fence and committed heinous acts against the civilian population. They killed over a thousand civilians, kidnapped dozens into the Gaza Strip, including children and the elderly, injured thousands, and committed a long series of ISIS-like crimes against humanity. In response, the Israeli government launched a war against Hamas. As we are writing these lines, the war includes heavy airstrikes that have caused the deaths of hundreds of Hamas members as well as hundreds of civilians not participating in the hostilities, including many children, and injuries to thousands more.

The question is what is permissible for the Israeli government to do in response to the murderous attack by Hamas. The answer to this is difficult, not only because blood is boiling and hearts are broken, but also because there is a complex moral dilemma here. In this blog, we hope to offer some guidelines to clarify the issue. We do not claim to provide definitive answers. The required analysis is complex, and it is incumbent upon the Israeli government and the IDF to ensure that the various steps taken are morally justified. It may even be appropriate, within operational constraints, to make the justifications for the steps taken public.

The discussion presented here focuses on the immediate timeframe, in which the only actions likely to be considered are military ones. Alongside the obligation to take these steps to defend the lives of civilians and save the captives and the kidnapped, the Israeli government is obligated to pursue peace. Within this framework, the Israeli government should recognize the right of the Palestinian people to an independent state alongside the State of Israel, and assist in its implementation.

Our starting point is that Hamas poses an imminent and severe threat because it has repeatedly committed crimes against humanity on a very wide scale and has avo-

wed to continue to do so. The threat is significant enough to justify attempting to kill anyone associated with the organization, directly or indirectly, to prevent the threat from materializing. This applies also to persons who were directly or indirectly involved in the recent attack. This conclusion is further justified by the fact that Hamas holds not only soldiers captive, in conditions that blatantly violate the laws of war, but also civilians abducted from their homes in Israel.

The moral challenge arises from the fact that there is likely no way to harm Hamas operatives (nor to save their captives and the kidnapped), without harming innocents. In order to target Hamas operatives, it is necessary to take steps that will likely result in the killing of hundreds, and probably even thousands, of individuals in Gaza who do not take part in the hostilities.

While the question of what is *morally* permissible for the Israeli government to do partially overlaps with what is *legally* permissible according to international law, we only focus on the former. When deciding whether to act in a way that is highly likely to result in killing people, what international law mandates is not the decisive factor. If the relevant acts are morally forbidden, they must not be carried out even if international law permits them; and given what is at stake, if they are morally justified, they should be carried out even if it means violating international law. International law nonetheless matters: because it provides universal guidelines, determined in times of peace, that closely approximate moral norms, it ought to guide the exercise of governmental discretion.

Our first fundamental assumption is that there is no moral barrier to killing anyone directly or indirectly involved in combat activities. There may be hard cases regarding the definition of sufficient indirect involvement, but we will not delve into that. The second fundamental assumption is that it is forbidden to intentionally harm those who are not involved in the hostilities, for example for the purpose of revenge or general deterrence. The doubts concern the extent of permissible unintended, but

highly likely and foreseen harm to the un-involved, harm which is a necessary and unavoidable consequence of obtaining the purpose of neutralizing the risk emanating from Hamas.

Permissible Goals

One fundamental issue pertains to the kind of military objectives that can justify imposing unintentional harm on those who do not participate in the hostilities. There is no doubt that Israel is permitted to take necessary steps to prevent the threat posed by Hamas and to bring about the release of the captives and the kidnapped. The underlying goal is to neutralize Hamas' capacity to continue its activities, including holding the Israeli population living near the Gaza Strip hostage.

A second possible objective is the punishment of Hamas operatives involved in crimes against humanity. While the severity of their actions can render this aim legitimate for military action, it cannot justify killing non-combatants, even if done unintentionally.

A third possible objective is deterrence. This would justify an attack on Hamas operatives because it deters them as well as other organizations in the region (primarily Hezbollah), from attacking Israel again, irrespective of whether it actually neutralizes the threat they pose. Thus, while clearly also preventative in nature, this is not achieved through the physical neutralization of the enemy's military capacity, but through deterring it from engaging in further attacks on Israel.

All three objectives stipulate that Israel's military actions should be aimed at harming Hamas operatives to defend Israeli civilians. This is not a subjective matter regarding the aspirations of policymakers. Rather, the question which of these (and other) objectives are relevant to the moral assessment of Israel's military action depends on which of them actually guides and explains Israeli decision-making. Each objective can only justify unintentional harm to uninvolved individuals if three conditions are met: firstly, the attack must reasonably contribute to the achievement of the relevant objective; secondly, the expected extent of harm to uninvolved individuals is necessary to achieve the objective; and thirdly, there is some reasonable balance between the extent of harm to the uninvolved and contribution to the objective's realization.

The Goal of Neutralizing Hamas

The main purpose of the IDF's activities is to suppress Hamas' ability to endanger Israel by targeting its personnel and infrastructure, as well as to secure the release of captured and missing individuals.

(1) One aspect to consider is whether the actions taken by the Israeli government are effective in achieving this objective. Given that human lives are at stake on both sides, the attack's effectiveness is not only a tactical but also a moral issue. An attack is only considered effective if it is reasonably expected to harm Hamas personnel and capabilities. Attacks which are not reasonably expected to do so, and harm civilians are not justified. However, the goal discussed here requires that the attack is expected, with a non-negligible probability, not only to harm some Hamas operatives but also undermine the organization's ability to threaten Israel in the future, and facilitate the release of captives and prisoners.

The accumulated experience in confrontations with Hamas over the past twenty years does not bode well in this context. For example, in Operation "Protective Edge" in 2014, which lasted 50 days, the IDF launched widespread offensive operations, including air strikes and ground occupation of parts of the Gaza Strip. During the operation, 74 Israeli soldiers and civilians were killed, and approximately 2,000 Palestinians, half of whom were estimated by the IDF to be combatants, were killed. Additionally, half a million residents were forced to leave their homes. However, it is questionable whether the objective of suppression was achieved. During the operation, Hamas continued to launch rockets until the final day of the war (approximately 4,500 rockets were fired during the operation, with an average of about 150 rockets fired at Israel daily in the last week of the operation). After the operation, Hamas rebuilt and even strengthened its capabilities. In subsequent years of relative calm, it renewed its offensive activities, as was evidenced in 2021 under Operation "Guardian of the Walls" (when about 4,000 rockets were fired at Israel) and, especially clearly and tragically, in 2023, which have not yet concluded. Operation "Protective Edge" also did not lead to the release of the captive soldier then held by Hamas.

Perhaps this time the situation will be different, and the strength of the Israeli attack will result in a more substantial blow to Hamas. However, what we know so far (as of October 15, 2023) is not encouraging: despite the ex-

tensive aerial attacks that have killed about 2,000 Palestinians in Gaza, there has been no noticeable decrease in Hamas' ability to launch both short- and long-range rockets at Israel. Even if a certain blow to Hamas' military strength is achieved, it is unlikely to facilitate its collapse. If so, it is questionable whether the widespread harm to non-combatants caused in order to achieve the goal of suppressing Hamas or the release of the hostages can be justified.

At the same time, suppression is not an absolute matter, and reducing the level of risk reflected by Hamas, even if for a limited time, carries weight in this determination. How much weight is complicated by the fact that the relevant comparison is between the current situation and its counterfactual, ie what would have happened if the IDF had not acted against Hamas. Moreover, beneficial suppression can also include offensive activity that primarily aims to postpone the risk posed by Hamas for several years or that reduces, to some extent, its operational capability. As such, it is equally incorrect to argue that an action aimed at suppression is only beneficial, and thus capable of justifying certain, even indiscriminate harm to non-combatants, if it leads to the absolute, indefinite eradication of Hamas. The fact that a person is hungry even though he ate the day before does not mean that eating is not a rational solution, even if a temporary one, to the problem of hunger.

The decision ultimately depends on a military assessment, regarding the chances of achieving the goal of suppression. Certainty that the goal will be achieved is not required, but there must be a reasonable chance that Hamas will be suppressed for a relatively long period. For the purposes of continuing the discussion, let us assume that this condition is met.

Additionally, a concrete, case-by-case examination is also necessary. We must determine for each action that risks harming the lives of non-combatants its expected contribution to the goal of suppressing Hamas and releasing captives. For example, an attack may be justified on buildings where Hamas personnel reside or where equipment aiding Hamas in its operations is found.

(2) Assuming there is a reasonable chance that the military action will contribute, even temporarily, to the suppression of Hamas, we must then assess the necessity of the steps taken to achieve this goal. At first glance, the alternative to countering the threat posed by Hamas is defensive action. Unfortunately, experience teaches us that

there is no way to ensure adequate defense against attacks by Hamas (or Hezbollah).

For every action risking harm to the lives of non-combatants, we must determine the degree to which they are necessary for achieving the goal of suppressing Hamas and releasing the kidnapped. The necessity requirement renders an attack on buildings where Hamas members reside or where equipment aiding Hamas in its operations is located only justified if there is no equally effective way to achieve this result without harming non-combatants. Such an assessment clearly involves operational, context-specific considerations. These should include the obligation to minimize the expected harm to non-combatants to the extent necessary to achieve the goal of suppressing Hamas.

(3) Let us assume that the first two conditions are met: the action causing unintended but certain harm to non-combatants is expected to reasonably contribute to the suppression of Hamas; and it is necessary because there is no other effective way to achieve this goal with less harm to the uninvolved. It is still necessary to determine whether the expected harm is proportionate. This determination cannot be a matter of mere arithmetic. The proportionality requirement does not mean, for instance, that the number of non-combatants it is permissible to harm unintentionally is the exact number of casualties expected on the Israeli side if the action is not taken.

Considerations of guilt and responsibility for creating the risk must be considered. While these include the Israeli government's special responsibility to protect its citizens, it also cannot ignore the damage caused to non-combatants in Gaza. While states are permitted to prioritize their own citizens, this priority is not absolute. A precise determination of the permissible extent of harm is not possible, but general guidelines can be established.

Above all, there are clear limits to the magnitude of harm that can permissibly be inflicted. If the only way to suppress Hamas is to evacuate the Gaza Strip of its inhabitants (in its entirety or its northern half, including the city of Gaza), this is likely an unjustifiable move. The pursuit of absolute security cannot justify the infliction of absolute harm upon Gaza's inhabitants. Note that this is not a binary decision: while the goal of harming Hamas cannot justify unlimited harm to non-combatants, the possibility of harm to non-combatants also does not serve as an absolute bar to military action.

Moreover, quantitative aspects (the number of expected

ted casualties) as well as qualitative ones (harm to human life, displacement of people from their homes) must be weighed on both sides, along with probabilistic aspects (the probability of harming the uninvolved on one side and the probability that the harm will be beneficial and necessary for the suppression of harm to Israelis on the other side). While a proportionality assessment may thus justify great harm to non-combatant civilians, there must always remain a reasonable balance between the harms.

In the past, the main threat emanating from Hamas was linked to their rocket fire. Consequently, the scope of the killing that the government was authorized to cause to suppress the firing was very limited. However, once Hamas showed it had the power and will to kill hundreds of Israelis, to capture dozens of others, to commit a series of crimes against humanity, and to act in a way that may amount to the crime of genocide, the proportionality assessment of Israel's military responses changes. Nonetheless, the obligation to minimize as much as possible the harm to non-combatants remains intact. The same holds for the obligation to refrain from certain actions, even if they are necessary to suppress Hamas's activities, if their expected harm exceeds a certain magnitude.

The Goal of Punishing the Perpetrators

Another possible military objective is the punishment of those involved in the crimes against humanity committed by Hamas against Israeli civilians. In principle, punishment is permissible only following a judicial process that establishes a person's guilt and a determination of the punishment by a judicial authority. However, under the current exceptional circumstances, there may be a need to recognize a deviation from this principle. The main reasons are twofold: the practical impossibility of capturing the perpetrators of these crimes to bring them to justice, and the extreme severity of the acts. The decision in this matter is not simple. For one, the degree of involvement of the perpetrators in the atrocities differs. As such, while killing some of them may be justifiable on grounds of punishment, it may not be so for others, whose involvement justifies punishment but not necessarily death.

If punishment is a legitimate objective for the military, it can justify an attack that has a non-negligible probability of harming Hamas members. However, here too, as with the objective of neutralization, each action must be examined in relation to how likely it is to result in harm to Hamas terrorists.

The main challenge in this context relates to the requirement of proportionality. Even if targeting the perpetrators is justified, it is forbidden to jeopardize the lives of uninvolved individuals in order to achieve this goal. The purpose of punishment is important, and considerations of retribution carry a moral weight that cannot be dismissed. However, these are qualitatively (or lexically) inferior considerations to the imperative of avoiding as much as possible any harm to non-combatants. Unintended but foreseen harm to uninvolved caused by actions intended to punish Hamas perpetrators for their heinous acts is not justifiable. Also, the risks to the lives of Israeli soldiers – inescapable in any punitive efforts – cannot be justified on grounds of punishment.

There is difficulty in reconciling the injustice caused by the possibility of those involved in atrocious acts being exempt from punishment due to the practical impossibility of capturing or harming them without harming others. However, a moral examination may necessitate coming to terms with such injustice in order to prevent even graver injustice.

Notably, revenge is an illegitimate objective for the use of military force and certainly cannot justify the inflicting of severe harm, even if unintended, on the uninvolved. Decision-makers have an obligation to ensure, even in times when emotions run high, and perhaps especially in those times, that revenge has no role in the exercise of power and in motivating the use of force.

The Goal of Deterrence

The war against Hamas, even if not expected to directly neutralize the organization, is also intended, perhaps even primarily, to deter it and other organizations in the region from attacking Israel again. Assessing the circumstances under which this objective may justify a certain, definite, unintended harm to the uninvolved in Gaza is particularly difficult. Thus, a determination of the effectiveness of means intended to achieve this objective involves significant factual uncertainty. This also renders a proportionality assessment of the extent of justifiable harm to the uninvolved exceedingly difficult. In other contexts, such uncertainty may lead to the conclusion that deterrence is an illegitimate objective for the purpose of justifying such widespread violation of human rights. However, context matters. Thus, deterrence seems to be the only way to significantly reduce both the risk of Hamas' resurgence and further attacks Israel, at least

in the near future and with the same level of severity. As such, it arguably falls within the realm of legitimate objectives of warfare.

Nonetheless, this objective cannot justify intentional harm to the uninvolved, rendering population starvation and the denial of food and water unjustified. However, because the deterrent objective may justify steps designed to harm Hamas operatives in order to deter them, certain non-targeted harm to the uninvolved that is incidental to these steps might be justified. In the absence of a practical possibility for physically neutralizing Hamas, reinstating deterrence may be a significantly effective way to protect national security.

An evaluation is necessary on two planes: first, to what extent military activity is expected to contribute to strengthening deterrence, and second, to what extent military activity is necessary to create a reasonable measure of deterrence. Generally, deterrence is achieved through a combination of elements, including but not limited to: the evaluation of Israel's intelligence capabilities, which will increase the likelihood of detecting planned attacks and thus create deterrence; the assessment of IDF soldiers' professionalism, which affects the evaluation of the enemy's chances of success; and civil society's psychological and economic resilience to withstand an attack. Unfortunately, the attack initiated by Hamas led to a noticeable erosion in the measure of deterrence resulting from these factors. At the very least, it caused erosion in the intensity of these components as perceived by Israel's enemies, and therefore may lead to severe damage to deterrence.

In these circumstances, alongside the government's duty to act to restore social resilience, or at least to de-

sist from continued harm to it, the remaining significant factors to achieve a reasonable measure of deterrence are military ones: the combination of the firepower of the IDF, i.e., the force that the IDF can exert to harm the enemy, and the (perceived) willingness to use this force. In the difficult circumstances that Israel has found itself in, it seems that a widespread attack, resulting in severe, unintentional harm to the uninvolved, may be necessary to restore deterrence.

The difficult dilemma is the extent to which harm to the uninvolved is considered proportionate. As mentioned, intentional harm is prohibited, even if it is expected to contribute to deterrence. However, the pursuit of deterrence can legitimize state action that in attempting to harm combatants, demonstrates a willingness to risk widespread harm to non-combatants. In this sense, the consideration of deterrence justifies a more extensive unintended harm to the uninvolved than the consideration of neutralizing Hamas can justify.

Here too, there is no justification for unlimited harm. Given the significant uncertainty involved in implementing the objective of deterrence, the expected harm to uninvolved individuals must be minimized as much as possible. It is also essential to ensure that the extent of harm to the uninvolved is reasonable in relation to the benefit that will be achieved through the strengthening of deterrence and the damage that will be prevented as a result. Steps taken to minimize the harm to the uninvolved as much as possible must include refraining from measures that would result in harm to a large number of people.

Kai Ambos

Solidarity with Israel, but no Blank Check

A Call for a More Nuanced Debate

doi: 10.17176/20231017-233549-0



The actions of Hamas have been called in a detailed [declaration](#) drafted by Israeli international lawyers, also signed by this author, for what they are: core crimes under international law, possibly even amounting to genocide directed against the Jewish population of Israel. This should be beyond dispute among international (criminal) lawyers. Nonetheless, especially in Germany we have to critically ask ourselves the follow-up question of how far our support for Israel's military counterattack can go. Some political statements – assurances of *unwavering* support and “*solidarity without limits*”¹ – seem, taken literally, to attach little or no importance to the limits of Israel's reaction under international law. Luckily, at least our Foreign Minister reminds us in a quite popular [talk show](#) of the “framework of international law”.

Of particular relevance here is, of course, the law of armed conflict (*ius in bello*), sometimes also referred to as international humanitarian law (IHL). This law has been significantly shaped and further developed by Israel's Supreme Court (see generally [here](#) and [here](#)). As to Israel's humanitarian responsibility with regard to the Gaza Strip, the Court stated in 2008 ([Jaber Al-Bassiouni Ahmed](#)), three years after Israel's formal withdrawal from Gaza:²

“The duty of the State of Israel derives from the *essential humanitarian needs* of the inhabitants of the Gaza Strip. The respondents [Israeli government, K.A.] are required to di-

charge their *obligations under international humanitarian law*, which requires them to allow the Gaza Strip to receive only what is needed in order to provide the *essential humanitarian needs* of the civilian population.” (para. 11, emphasis added).

The Israeli government did not dispute its obligations under IHL in these proceedings – as it doesn't do either today³ – but rather referred in its submission to “basic obligations that govern combatants engaged in armed conflict, and require them to ensure the welfare of the civilian population and respect its dignity and basic rights” (*ibid.*, para. 14). The Court therefore further stated:

“It transpires from the aforesaid that the respondents do not in any way deny the *existence of their humanitarian obligations*, which require the State of Israel to allow the passage of essential humanitarian goods to the Gaza Strip, and to refrain from deliberately inflicting damage on humanitarian facilities. According to the respondents' arguments ... not only are the respondents allowing the transfer of essential goods to the civilian population in the Gaza Strip, but they also regard this as a *humanitarian obligation* for which they are *liable pursuant to international law* and to a cabinet decision.” (*ibid.*,

¹I note in passing that Federal Chancellor Scholz once again invoked the diffuse and pre-democratic concept of „raison d'état“ (here), ignoring the criticism especially from Jewish intellectuals (see only Mendel, *Über Israel Reden*, 2023 (e-book), pp. 34 ff.) which does not seem to have reached the governmental speechwriters.

²Note that there is a wider debate as to whether the occupation formally ended with Israel's military withdrawal from Gaza in 2005. The gist of the issue is whether Israel still exercises sufficient effective control to speak of the continuation of the occupation (entailing the respective obligations under the law of occupation) or whether this control was effectively transferred to the Palestinian Authority with the disengagement. For this view e.g. Shany, *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005) at 369; in favour of continuing control see Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, UN Doc. A/77/328, 14 September 2022, fn. 10 and para. 19; for a nuanced, functional approach stressing the sui generis nature of Gaza Gross, *The Writing on the Wall*, 2017, pp. 6 ff., 204 ff.

³The spokesperson of the Israeli Defence Forces (IDF), Lieutenant Colonel Peter Lerner, stated in the BBC Global News Podcast of 15 October 2023 (from minute 9:50), that Israel operates within the framework of international law and complies with it.

para. 15; emphasis added).

This decision only concerned the restriction (!) of the fuel and electricity (excluding water and food) supply to Gaza, i.e., a restriction not, as stressed by Israel itself, „detrimental to the basic humanitarian needs of the residents“ (*ibid.*, para. 6). Thus, the “complete siege” of the Gaza Strip, as now declared and implemented (by Defense Minister Yoav Gallant), is inadmissible already by Israel’s own standards. International law is also clear in this respect: a complete closure, unless it is for an extremely brief period, is prohibited under IHL (Art. 54(1) [First Additional Protocol to the Geneva Conventions](#) [AP I]; see also Art. 23 [Fourth Geneva Convention](#), Art. 70 AP I) and indeed has prompted the International Committee of the Red Cross (ICRC) to issue a rare [statement](#) (given the usual confidentiality of its activities):

“The instructions issued by the Israeli authorities for the population of Gaza City to immediately leave their homes, coupled with the complete siege explicitly denying them food, water, and electricity, are not compatible with international humanitarian law.”

At the same time, the measure amounts to the war crime of “intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including wilfully impeding relief supplies ...” (Art. 8(2)(b)(xxv) [Rome Statute of the International Criminal Court](#) [ICCS]; cf. [Dannenbaum](#); conc. [Dill](#)). This crime also applies in a non-international armed conflict (on the new Art. 8(2)(e)(xix) ICCHS, see [here](#)), at least under customary international law (see [Dannenbaum](#) again). However, the exact content of the mental element (“intentionally”) is controversial and its proof, as usual, rather difficult. Yet, certain statements by Israeli government officials provide strong indicia for an intent, for example the one by [Energy Minister Israel Katz](#): “no electrical switch will be turned on, no water hydrant will be opened and no fuel truck will enter” until the kidnapped are released.

IHL further requires to distinguish between civil and military objectives (*principle of distinction*, Art. 48 AP I; see also Art. 51(1) and (2) AP I; Art. 13(1) and (2) AP II;

ICRC [Customary Rules](#) 1, 7) and to adhere to the principle of proportionality in attack (ICRC, [Customary Rule](#) 14). As such, while former Hamas fighters may be attacked and killed, civilians who do not “take a direct part in hostilities” (Art. 51(3) AP I) must be spared. Of course, Hamas itself does not comply with the principle of distinction, and its combatants – typical of an asymmetrical conflict with a non-state actor – do not appear in uniform and deliberately hide amongst the civilian population. David French therefore argues that Hamas is responsible for the collateral damage caused by Israeli attacks ([New York Times, October 12, 2023](#)). But that goes too far and is inaccurate. Ultimately, the legality of an attack in such a scenario depends on whether, by the adversary’s (in this case Hamas’) lack of observance of the principle of distinction, the target as a whole becomes a military target (e.g. when a school – a per se protected civilian object – is converted into a military base). In any case, the adversary’s failure to observe the principle of distinction does not exempt the attacker (here Israel) from observing it. IHL obligations are not subject to the (otherwise often applicable) principle of reciprocity (ICRC, [Customary Rule](#) 140). Civilians remain categorically protected “unless and for such time as they take a direct part in hostilities” (Art. 51(3) AP I). Their (ab)use as human shields (on the prohibition and possible criminal liability see ICRC, [Customary Rule](#) 97 and Art. 8(2)(b)(xxiii) ICCHS) does not count, in principle, as such an active participation in hostilities.⁴

The concrete application of the principle of *proportionality* is also by no means trivial. It is already clear from the wording of ICRC Customary Rule 14 cited above that it is crucial that (collateral) civilian casualties or damage are only disproportionate and thus prohibited if they “would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”. [French](#) therefore argues that proportionality does not require that the Israeli armed forces “respond with the same degree of force or take the same proportion of casualties as Hamas.” It is clear that a targeted attack on a Hamas base near a civilian target is permissible in principle. Ultimately, each case needs to be assessed on its particulars.

Finally, warnings to the civilian population are necessary to minimize civilian casualties and damage in line

⁴On the controversial issue whether the protection also remains in place if civilians make themselves voluntarily available to serve as a humane shield see Ambos, *Treatise on International Criminal Law*. Volume II, 2nd ed. 2022, at 189-90 with further references.

with the obligation to take *precautionary measures* (cf. Art. 57, 58 AP I; ICRC [Customary Rule 15](#)). The respective measures by the Israeli Defence Forces (IDF) (for the call to evacuate, see [here](#)) are therefore to be welcomed in principle, but they leave the obligation not to harm the civilian population (not taking part in hostilities) intact; civilians do not have to leave their homes either. As rightly put by [Dannenbaum](#):

“... civilians do not lose their protected civilian status by declining to leave their homes or their homeland, because such a declination does not amount to participating directly in hostilities.”

In fact, and this makes things worse, there are little or no escape options for the civilian population in Gaza, the largest “[open-air prison](#)” in the world. In particular, this population cannot be claimed collectively – as a kind of reprisal (prohibited according to Art. 51(6) AP I; also [Dill](#)) or collective punishment (critical [Dill](#): „logic of collective punishment“) – for the horrendous actions of Hamas. To be sure, fighting Hamas in such a small and densely populated area as the Gaza Strip in accordance with international law and at the same time effectively presents

the IDF with what is actually an insurmountable dilemma, since civilian casualties and damage are practically unavoidable. The call for an evacuation is therefore logical – at least from a purely military, Israeli perspective – but even if it is followed, civilian casualties cannot be avoided, as the attack on a civilian convoy coming from the north of Gaza on [October 13th](#) tragically showed.⁵ And even a ground offensive will cause many more casualties, not only among the (de facto) combatants, but also among the civilian population, accompanied by possible further IHL violations and war crimes.

At the time of writing this, the humanitarian situation in the Gaza Strip is becoming increasingly unbearable.⁶ The UN, the ICRC and other organizations have called for an end of the siege and a ceasefire.⁷ While a ceasefire might not be a realistic option without some kind of international military involvement, the German government should now support all efforts to achieve a humanitarian solution, not least for the sake of its credibility as a State guided by the principles and rules of international law. Further arms deliveries to Israel should be considered very carefully in this situation; they could have consequences under international (criminal) law for Germany and the persons involved.

⁵At the time of writing it is not clear whether the IDF was responsible for the attack, see here and here.

⁶In the meantime Israel seems to have restored the water supply (here).

⁷See only the statement of Lynn Hastings, Deputy Special Coordinator, UN Resident and Humanitarian Coordinator of UNSCO (The Office of the United Nations Special Coordinator for the Middle East Peace Process), in BBC Global News Podcast of 15 October 2023, from minute 6:30.

Kai Ambos

Solidarität mit Israel, aber kein Blankoscheck

Ein Aufruf zu einer differenzierteren Debatte

doi: 10.17176/20231017-233523-0



Die Taten der Hamas sind in einer ausführlichen [Erklärung](#) israelischer Völkerrechtler/-innen, die auch der Verfasser unterschrieben hat, als das benannt worden, was sie sind: völkerrechtliche Kernverbrechen, möglicherweise sogar ein gegen die jüdische Bevölkerung Israels gerichteter Genozid. Unter Völker(straf)rechtlern dürfte das weitgehend konsentiert sein, vor allem hierzulande müssen wir uns allerdings selbstkritisch die Folgefrage stellen, wie weit unsere Unterstützung für den militärischen Gegenschlag Israels gehen kann. Einige politische Stellungnahmen – Zusicherungen [unverbrüchlicher](#) Unterstützung und „[grenzenloser Solidarität](#)“¹ – scheinen dabei, beim Wort genommen, den völkerrechtlichen Grenzen der israelischen Reaktion keine oder doch nur eine geringe Bedeutung beizumessen – wohltuend insoweit, dass Außenministerin Baerbock in einer [Talkshow](#) immerhin an den „Rahmen des internationalen Rechts“ erinnert.

Von Relevanz ist hier insbesondere das Recht des bewaffneten Konflikts (*ius in bello*), mitunter auch als humanitäres Völkerrecht bezeichnet. Dieses Recht ist auch und gerade vom Obersten Gerichtshof (OGH) Israels maßgeblich geprägt und weiterentwickelt worden (vgl. allgemein dazu [hier](#) und [hier](#)). Mit Blick auf Israels humanitäre Verantwortung bezüglich des Gazastreifens

hat der OGH noch im Jahre 2008 ([Jaber Al-Bassiouni Ahmed](#)), drei Jahre nach dem formalen Abzug Israels,² festgestellt:

“The duty of the State of Israel derives from the *essential humanitarian needs* of the inhabitants of the Gaza Strip. The respondents [israelische Regierung, K.A.] are required to discharge their *obligations under international humanitarian law*, which requires them to allow the Gaza Strip to receive only what is needed in order to provide the *essential humanitarian needs* of the civilian population.” (para. 11, Herv. K.A.).

Die israelische Regierung hat ihre humanitärvölkerrechtlichen Verpflichtungen in diesem Verfahren nicht – ebenso wenig wie heute³ – bestritten, vielmehr selbst „die grundlegenden Verpflichtungen, die für Kombattanten in bewaffneten Konflikten gelten und die sie verpflichten, für das Wohlergehen der Zivilbevölkerung zu sorgen und ihre Würde und Grundrechte zu achten“, angeführt ([ibid.](#), para. 14). Der OGH hat deshalb weiter festgestellt:

“It transpires from the aforesaid that the respondents do not in any way deny the

¹ Dabei hat Bundeskanzler Scholz auch einmal mehr das diffuse und vordemokratische Konzept der „Staatsräson“ bemüht (hier), die daran auch und gerade von jüdischen Intellektuellen geübte Kritik (s. nur Mendel, *Über Israel Reden*, 2023 (e-book), S. 34 ff.) hat die regierungsamtlichen Redenschreiber/-innen offensichtlich noch nicht erreicht.

² Es gibt eine breitere Debatte darüber, ob die Besatzung mit dem militärischen Rückzug Israels aus dem Gazastreifen im Jahr 2005 formell beendet wurde. Im Kern geht es um die Frage, ob Israel noch immer eine ausreichende effektive Kontrolle ausübt, um von einer Fortsetzung der Besatzung (einschließlich der entsprechenden Verpflichtungen nach dem Besatzungsrecht) sprechen zu können, oder ob diese Kontrolle mit dem Rückzug effektiv auf die Palästinensische Autonomiebehörde übertragen wurde. Für diese Ansicht z.B. Shany, *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), S. 369; für eine fortgesetzte Kontrolle etwa der UN-Menschenrechtsrat, s. Human Rights Council, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel*, UN Doc. A/77/328, 14. September 2022, Fn. 10 und para. 19; für einen differenzierten, funktionalen Ansatz, den sui generis Charakter von Gaza betonen, Gross, *The Writing on the Wall*, 2017, S. 6 ff., 204 ff.

³ Der Sprecher der israelischen Streitkräfte (Israeli Defence Forces, IDF), Oberleutnant Peter Lerner, hat im BBC Global News Podcast vom 15.10.2023 (ab Minute 9:50) erklärt, dass sich Israel im Rahmen des humanitären Völkerrechts bewege und dessen Regeln einhalte.

existence of their humanitarian obligations, which require the State of Israel to allow the passage of essential humanitarian goods to the Gaza Strip, and to refrain from deliberately inflicting damage on humanitarian facilities. According to the respondents' arguments ... not only are the respondents allowing the transfer of essential goods to the civilian population in the Gaza Strip, but they also regard this as a humanitarian obligation for which they are liable pursuant to international law and to a cabinet decision." (*ibid.*, para. 15; Herv. K.A.).

Bei dieser Entscheidung ging es lediglich um die Einschränkung (!) der Benzin- und Elektrizitätsversorgung (Wasser/Nahrungsmittel ausgenommen), also um eine Einschränkung, die nach Israels eigenem Bekunden „die humanitären Grundbedürfnisse der Bewohner nicht beeinträchtigt hat“ (*ibid.*, para. 6). Also ist die nun (von Verteidigungsminister Yoav Gallant) erklärte und vollzogene *vollkommene* Abriegelung des Gazastreifens („*complete siege*“) schon nach den von Israel selbst aufgestellten Maßstäben unzulässig. Auch die völkerrechtliche Lage ist insoweit eindeutig: Die vollkommene Abriegelung ist – jedenfalls über eine sehr kurzen Zeitraum hinaus – humanitär-völkerrechtlich verboten (Art. 54(1) *Erstes Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen* [ZP I]; s. auch Art. 23 *Vierte Genfer Konvention*, Art. 70 ZP I) und hat das Internationale Komitee des Roten Kreuzes (IKRK) zu einer – angesichts der sonst üblichen Vertraulichkeit seiner Aktivitäten – selten eindeutigen *Stellungnahme* veranlasst:

“The instructions issued by the Israeli authorities for the population of Gaza City to immediately leave their homes, coupled with the complete siege explicitly denying them food, water, and electricity, are not compatible with international humanitarian law.”

Die Maßnahme verwirklicht darüber hinaus das Kriegsverbrechen des „vorsätzliche[n] Aushungern[s] von Zivilpersonen als Methode der Kriegführung durch das Vorenthalten der für sie lebensnotwendigen Gegenstände, einschließlich der vorsätzlichen Behinderung von Hilfslieferungen ...“ (Art. 8(2)(b)(xxv) *Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs* [IStGHS];

dazu eingehend und überzeugend *Dannenbaum*; zu- st. *Dill*); dieses Verbrechen gilt auch in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt (zum neuen Art. 8(2)(e)(xix) IStGHS, s. *hier*), zumindest völkerrechtlich (dazu erneut *Dannenbaum*). Allerdings ist der Vorsatzinhalt umstritten und der Nachweis, wie meist, schwierig. Insoweit liefern aber bestimmte Äußerungen israelischer Regierungsvertreter starke Indizien, etwa die *Äußerung von Energieminister Israel Katz*: “kein elektrischer Schalter wird eingeschaltet, kein Hydrant geöffnet und kein Tankwagen kommt” bis die Entführten freigelassen werden.

Aus dem humanitären Völkerrecht ergibt sich weiter, dass zwischen zivilen und militärischen Zielen zu unterscheiden ist (sog. Unterscheidungsgrundsatz, Art. 48 ZP I; s. auch Art. 51(1) und (2) ZP I; Art. 13(1) und (2) ZP II; International Committee of the Red Cross [ICRC] *Customary Rules* 1, 7) und das militärische Gegenmaßnahmen verhältnismäßig sein müssen (ICRC, *Customary Rule* 14). Aus dem *Unterscheidungsgrundsatz* folgt grundsätzlich, dass zwar Hamas-Kämpfer angegriffen und auch getötet werden dürfen, aber nicht aktiv an den „Feindseligkeiten“ beteiligte Zivilisten zu verschonen sind.⁴ Allerdings hält sich die Hamas selbst nicht an den Unterscheidungsgrundsatz, sondern tritt – typisch für einen asymmetrischen Konflikt mit einem nicht-staatlichen Akteur – nicht uniformiert auf und versteckt sich bewusst inmitten der Zivilbevölkerung. David French argumentiert deshalb, dass Hamas für die von israelischen Angriffen verursachten Kollateralschäden verantwortlich sei (*New York Times*, 12.10.2023). Das geht aber zu weit und ist ungenau. Letztlich kommt es darauf an, ob durch die Nichtbeachtung des Unterscheidungsgrundsatzes durch den Gegner (hier Hamas) das Ziel insgesamt zu einem militärischen Ziel wird (so etwa bei Umwidmung einer Schule – eines an sich geschützten zivilen Objekts – zu einem Militärstützpunkt). Jedenfalls enthebt die Nichtbeachtung des Unterscheidungsgrundsatzes durch den Gegner den Angreifer (hier Israel) nicht von seiner Beachtung. Die humanitär-völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen nicht unter dem Vorbehalt des (sonst häufig geltenden) Grundsatzes der Reziprozität (ICRC, *Customary Rule* 140). Zivilisten bleiben geschützt, wenn sie, wie schon oben zitiert, nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilnehmen (Art. 51(3) ZP I). Dies tun sie grundsätz-

⁴Vgl. Art. 51(3) ZP I: “Civilians shall enjoy the protection ... unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”

lich auch dann nicht, wenn sie als Schutzschilder (zu Verbot und ggf. Strafbarkeit s. ICRC, [Customary Rule 97](#) sowie Art. 8(2)(b)(xxiii) IStGHS) missbraucht werden.⁵

Auch die konkrete Anwendung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ist keineswegs banal. Schon aus der Formulierung der oben zitierten IKRK-Regel 14 ergibt sich, dass es entscheidend darauf ankommt, dass (kollaterale) zivile Opfer oder Schäden nur dann unverhältnismäßig und damit verboten sind, wenn sie „im Verhältnis zu dem erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil übertrieben wären“. [French](#) argumentiert deshalb, dass die Verhältnismäßigkeit nicht verlange, dass die israelischen Streitkräfte „mit demselben Maß an Gewalt reagieren oder denselben Anteil an Opfern erleiden wie die Hamas“. Klar ist, dass ein gezielter Angriff auf einen Hamas Stützpunkt in der Nähe eines zivilen Ziels grundsätzlich zulässig ist. Letztlich kommt es auch hier auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an.

Schließlich sind auch Warnungen an die Zivilbevölkerung im Sinne sog. *Vorsorgemaßnahmen* (*precautionary measures*) zur Minimierung ziviler Opfer und Schäden erforderlich (vgl. Art. 57, 58 ZP I; ICRC [Customary Rule 15](#)). Die entsprechenden Maßnahmen der israelischen Streitkräfte sind deshalb grundsätzlich zu begrüßen (zur Evakuierungsaufforderung s. [hier](#)), sie heben aber den Schutz der Zivilbevölkerung nur bei der schon oben genannten aktiven Beteiligung an den Feindseligkeiten auf; diese *müssen* auch nicht ihre Häuser verlassen. [Dannenbaum](#) bringt das auf den Punkt:

„... civilians do not lose their protected civilian status by declining to leave their homes or their homeland, because such a declination does not amount to participating directly in hostilities.“

Hinzu kommt, dass es im Gazastreifen, dem größten „[Freiluftgefängnis](#)“ der Welt, keine oder kaum Ausweichmöglichkeiten für die Zivilbevölkerung gibt. Insbe-

sondere kann diese auch nicht kollektiv – im Sinne einer Repressalie (verboten gemäß Art. 51(6) ZP I; auch [Dill](#)) oder Kollektivstrafe (krit. [Dill](#): „logic of collective punishment“) – für die verbrecherischen Taten der Hamas in Anspruch genommen werden. Die völkerrechtsgemäße und zugleich effektive Bekämpfung der Hamas in einem so kleinen und dicht besiedelten Gebiet wie dem Gazastreifen stellt die israelischen Streitkräfte damit vor ein eigentlich unüberwindbares Dilemma, denn zivile Opfer und Schäden sind in einer solchen Situation praktisch unvermeidbar. Der Ruf nach einer Evakuierung ist damit – jedenfalls aus rein militärischer, israelischer Sicht – folgerichtig, aber selbst wenn ihm Folge geleistet wird, kommt es zu zivilen Opfern, wie der Angriff auf eine aus dem Norden Gazas kommende zivile Fahrzeugkolonne am [13. Oktober](#) in tragischer Weise gezeigt hat.⁶ Und selbst eine Bodenoffensive wird nicht nur zahlreiche weitere Opfer unter den (de facto) Kombattanten, sondern auch unter der Zivilbevölkerung fordern, verbunden mit möglichen weiteren Verletzungen des humanitären Völkerrechts und Kriegsverbrechen.

Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Texts wird die humanitäre Situation im Gazastreifen stündlich unerträglicher.⁷ Die Vereinten Nationen, das IKRK und andere Organisationen haben ein Ende der Abriegelung und einen Waffenstillstand gefordert.⁸ Ein Waffenstillstand ist zwar keine realistische Option ohne irgendeine Art internationaler militärischer Beteiligung, doch sollte die Bundesregierung nun alle Bemühungen um eine humanitäre Lösung unterstützen, nicht zuletzt um ihrer völkerrechtspolitischen Glaubwürdigkeit willen. Weitere Waffenlieferungen an Israel sollten in dieser Situation sehr genau bedacht werden, sie könnten völker(straf)rechtliche Folgen für Deutschland und die Beteiligten haben.

Übersetzungen aus dem Englischen vom Verfasser.

⁵Zur strittigen Frage, ob das auch gilt, wenn sie sich freiwillig als Schutzschilder zur Verfügung stellen s. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*. Volume II, 2. Aufl. 2022, S. 189 f. m.w.N.

⁶Die Verantwortung der IDF für den Angriff ist bisher noch nicht bestätigt, insbesondere nicht von den IDF selbst, s. hier und hier.

⁷Inzwischen scheint Israel die Wasserversorgung wiederhergestellt zu haben (hier).

⁸Vgl. statt vieler die Stellungnahme von Lynn Hastings, Deputy Special Coordinator, UN Resident and Humanitarian Coordinator von UNSCO (The Office of the United Nations Special Coordinator for the Middle East Peace Process), in BBC Global News Podcast vom 15.10.2023, ab Minute 6:30.

Vicente Medina

Moral Absolutism in the Wake of Terrorism

doi: 10.17176/20231020-233642-0



In the light of the terrorist attack perpetrated by Hamas against innocent civilians in Israel on October 7th, some contend that “The imperative to protect [human dignity](#) only applies absolutely if it applies universally, and it only applies universally if it applies absolutely.” In the face of evil, there is no room for relativism. Hamas’s deliberate attack against innocent civilians is absolutely wrong. Therefore, it should be universally condemned.

I agree with the above conclusion. However, I wonder how a universal recognition of an absolute duty of respect for human dignity can help solving the existential conflict confronting Israelis and Palestinians. Ideally, a two-state solution proposed by the international community can be seen as a reasonable and fair compromise. Nevertheless, the reality on the ground is different. Thus far the existence of one state has precluded the existence of another with no end in sight to their mutually destructive violence. Their conflict demands that people who are reasonable and fair-minded try to understand it holistically and to offer an impartial assessment of this intractable conflict without relativizing the underserved human suffering of all those involved and affected by it. Such an existential challenge is not just about denouncing barbaric violence, which, ought to be condemned regardless of where it is coming from, but, most importantly, it is about finding common ground for a viable and just solution to meeting their existential needs.

While in principle the protection of people’s human dignity does not necessarily require the existence of a state, the unique tragedy and history of the Jewish people has demonstrated that without a state people’s moral and physical integrity can be in peril. One can argue that without a state the vulnerability of the Palestinian people is compelling. Still, while the existence of a Palestinian state is a pragmatic condition for the protection and preservation of their human dignity, it is insufficient. Respect for human dignity depends not only on the existence of a state but rather on its moral quality. The existence of an authoritarian and corrupt state where citizens’ funda-

mental rights are consistently violated is a threat rather than a warrantor for human dignity. The despotic violence of Hamas not only against innocent Israelis but also against innocent Palestinians in Gaza is an evident example of such a threat.

It is urgent for the international community to develop a feasible plan where Israelis and Palestinians can fulfill their needs without resorting to violence. The Israelis already have a viable and vibrant – yet contested – democratic state, an important need that has already been achieved. The Palestinians, however, do not have one, an important need that has yet to be realized. Our absolute duty of respect for human dignity cuts both ways. If so, a necessary condition for the respect of the human dignity of Palestinians has been forsaken too long by the Israeli government and by the international community. Of course, Hamas’s terrorist operation against Israeli civilians violates the human dignity of both the latter and ironically of all civilian Palestinians who have been victims of the Israel Defense Forces (a.k.a. IDF) retaliatory operation in Gaza.

While there is no universal agreement on the meaning of terms, such as “terrorism” and “human dignity,” one can cogently understand the term terrorism as designating the deliberate use of indiscriminate political violence, be it by a non-state actor or by a state, against innocent noncombatants to influence a domestic or an international audience. Those who argue that nonstate actors are the ones responsible for engaging in terrorism need only to look at human history to realize that most states have been founded on terrorist violence. Moreover, state violence has killed more innocent civilians than all the nonstate actors together. Yet whether coming from a state or a nonstate actor, deliberate violence against innocent civilians is categorically wrong and forbidden by international law. In addition, those responsible for engaging in such a type of violence, whether we call it terrorism or war crimes, need to be brought to justice in a court of law. Legal justice might be imperfect, but it is prefera-

ble to none.

One might understand human dignity in a religious, or a secular moral and/or legal sense. In a secular moral sense, we ascribe human dignity to people by virtue of having a capacity for reasoning, suffering, and empathy for others rather than for themselves only. After the Nuremberg and Tokyo War Criminal Trials in the wake of World War II, international law has put protecting the moral and physical integrity of the human person above the relative domestic law of nations. So, in the legal sense, one finds references to human dignity embedded in international and legal instruments. This term designates fundamental claims, including a right to equal consideration and respect before the law, as found in the 1948 [Universal Declaration of Human Rights](#), the 1966 [International Covenant on Civil and Political Rights](#), and in the *Grundgesetz* (Basic Law) in the Republic of Germany.

One finds a classic interpretation of human dignity in a religious sense in the Judeo-Christian tradition by conceiving of people as worthy of respect because they have been created in the image of God. Similarly, in the Islamic tradition one finds that the children of Adam are to be honored because of their unique position in God's creation. In these traditions, the dignity of one person is as valuable as the dignity of every person. Hence, by violating the dignity of one person, one is violating the dignity of every person.

Whether secular or religious, those who appeal to human dignity conceive of people as being valuable in themselves by virtue of belonging to a class whose individuals typically share properties, such as having a capacity for reasoning and self-determination. Those who hold this understanding of human dignity refuse to trade off people's dignity for a greater good, such as punishing the innocent few pretending to improve the lives of the innocent many. Hamas as well as other terrorist organizations, including ISIS, Al-Qaeda, and Hezbollah, embrace this Machiavellian way of thinking to justify or excuse their deliberate and/or indiscriminate targeting of innocent civilians.

Immanuel Kant's categorical imperative offers a classic example of a defense of human dignity in the moral sense. For Kant, the nature of morality is about respecting people's dignity rather than about tradeoffs or the consequences of our acts. For him, the practice of deliberately trading off the dignity of the innocent few allegedly to protect and improve the lives and dignity of the

innocent many is categorically impermissible. According to him, we have an absolute obligation to respect the humanity of people as being intrinsically valuable ends rather than as means only. That is, the will to do evil by violating the dignity of others, as Hamas has done in perpetrating their terrorist attack against innocent Israelis, undermines their own moral dignity. While Kant allows for defensive wars, in his *On Perpetual Peace*, he condemns engaging in war for testing rights and acknowledges our duty to try to return to a state of peace. Also, he recognizes that the parties involved in a violent conflict must avoid engaging in actions that are likely to undermine trusting one another by employing morally suspect practices. Although he does not mention terrorist violence by name, he objects, for example, to using assassins and poisoners in war whose practices could amount to terrorist violence when targeting innocent noncombatants. For Kant, how people fight a war can have future repercussions for establishing either a truce to prepare for a future war or a long-lasting peace. The endless violence between Israelis and Palestinians attests to Kant's insightful reflection.

Hamas's attack on innocent civilians is a prototypical act of terrorism. As such, it is an evident and flagrant violation of human dignity as understood by the already mentioned moral, religious, and legal principles. Flagrant violations of human dignity are intrinsically wrong. Hence, Hamas' heinous attack on Israeli civilians is absolutely wrong. Still, given the long and tragic experience of the Jewish people, the international community expect the IDF military campaign against members of Hamas and their acolytes to comply with both the letter and the spirit of international humanitarian law in defending their citizens' human dignity and their need for safety. However, as stated above, the need for safety and for the preservation of human dignity also apply to the Palestinian people. It is important to make a distinction between Hamas and the Palestinian populace. Until the Israeli government and the international community commit themselves to meeting the needs and dignity of all Palestinians and the safety of Israelis, I am afraid that the vicious circle of retaliation will continue violating the human dignity of both Israelis and Palestinian alike. After the dust has settled, let us hope that sensible minds on both sides will prevail and will try to develop a fair and viable two-state compromise so that both Israelis and Palestinians can live peacefully side by side. Yet let us not forget that

the devil is in the details of the compromise.

Muriel Asseburg, Lisa Wiese

Die Gräueltaten der Hamas, Israels Reaktion und das völkerrechtliche Primat zum Schutz der Zivilbevölkerung



doi: 10.17176/20231020-233600-0

Angesichts der durch Kämpfer der Hamas und des Palästinensischen Islamischen Jihad (PIJ) in Israel am 7. Oktober 2023 und den Folgetagen begangenen Gräueltaten, und vor dem Hintergrund der historischen Verantwortung Deutschlands, hat sich die Bundesregierung und die deutsche Politik einhellig mit Israel [solidarisiert](#) und dessen Recht auf Selbstverteidigung betont. Deutlich leiser sind in der deutschen politischen Debatte hingegen bislang die Stimmen, die betonen, dass Israels Reaktion gleichwohl an die Regeln des humanitären Völkerrechts gebunden ist und Drittstaaten wie Deutschland eine Verpflichtung zukommt, die Verletzung zwingender Regeln des Völkerrechts zu verhindern. Dabei steht der Schutz der Zivilbevölkerung im Vordergrund. Dem [Aufruf](#) von Kai Ambos zu einer differenzierten Debatte vom 17.10.2023 folgend, soll hier erläutert werden, welche humanitär-völkerrechtlichen Vorkehrungen relevant sind und was deutsche Politik beitragen kann, um die Austragung von Gewalt sowie die Leiden der Zivilbevölkerung im akuten Konflikt und künftig einzuhegen.

Seit 7. Oktober haben die Hamas und ihre Verbündeten Tausende Raketen aus Gaza auf Israel abgefeuert, die vor allem in den angrenzenden Gebieten, aber auch bis in den Norden Israels einschlugen und wahllos Menschen töteten. Gleichzeitig stürmten am 7. Oktober bewaffnete Hamas- und PIJ-Kämpfer den Grenzzaun von Gaza nach Israel, eroberten israelische Militärposten und drangen in mehrere israelische Ortschaften und Kibbuzze, wie Be'eri und Kfar Aza, ein, töteten brutal [hundert Menschen](#) und nahmen rund 200 Soldat:innen und Zivilist:innen [als Geiseln](#) (darunter Babys, Kinder, Frauen und ältere Menschen) und verschleppten sie in den Gazastreifen. Nach Beginn der israelischen Luftangriffe auf den Gazastreifen [drohte](#) die Hamas, jedes Mal eine Geisel zu töten, wenn Israel ohne Vorwarnung Wohnhäuser bombardierte. Insgesamt kamen durch Raketenbeschuss und Massaker der Hamas und ihrer Verbündeten nach is-

raelischen Angaben mindestens 1300 Israelis und ausländische Staatsangehörige, die sich in Israel aufhielten, ums Leben.

Zahlreiche Berichte und Videoaufnahmen deuten darauf hin, dass im Rahmen des Hamas-geführten Überraschungsangriffs auf Israel über Luft, Boden und See grausame Massaker und schwere körperliche Misshandlungen stattfanden. Die dokumentierten Gewalttaten führen zu der Annahme, dass es sich hierbei um Kriegsverbrechen und Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht handelt, sowie voraussichtlich auch um Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Art. 7 des Römischen Statuts (Statut des Internationalen Strafgerichtshofs). Insbesondere dürften die vorsätzlichen Tötungen, die rechtswidrige Gefangennahme und die Geiselnahme von Zivilpersonen den Tatbestand des Kriegsverbrechens nach Art. 8 Abs. 2 a) (i), (vii) und (viii) des Rom-Statuts erfüllen. Seit dem Beitritt Palästinas zum Rom-Statut im April 2015 hat der Internationale Strafgerichtshof auch die [Zuständigkeit](#) für auf palästinensischem Gebiet und von Palästinenser:innen begangene Kriegsverbrechen – und somit auch für die oben benannten Taten von Kämpfern der Hamas und des PIJ. Das in bewaffneten Konflikten geltende, in Art. 34 IV. Genfer Konvention und dem gemeinsamen Art. 3 der Vier Genfer Konventionen kodifizierte, humanitäre Völkerrecht untersagt sowohl in internationalen als auch in nicht-internationalen Konflikten Geiselnahmen.

Israels Reaktion und weitere Konfliktdynamiken

Der israelische Ministerpräsident Benjamin Netanjahurief [ein Tag nach den Hamas-geführten Angriffen den Kriegszustand](#) aus und kündigte Vergeltung an. Israelisches Ziel sei es, die [militärischen Kapazitäten der Hamas in Gaza vollständig zu zerstören](#). Der israelische Verteidigungsminister Yoav Gallant gab in der Folge bekannt, [den Gazastreifen komplett abzuriegeln](#). Denn es reiche

nicht, die Hamas aus der Luft zu bekämpfen. Man müsse die komplette Versorgung des Gazastreifens beenden. Seit dem 09.10.2023 wurden zunächst keinerlei Güter – keine Lebensmittel, kein Strom, kein Treibstoff, keine Medikamente und kein Trinkwasser – mehr in den Gazastreifen geliefert. In Folge ist das einzige Elektrizitätswerk im Gazastreifen seit dem 12.10.2023 abgeschaltet. Damit ist die öffentliche Stromversorgung zusammengebrochen, mit schweren Folgen insbesondere für die Gesundheits- und Trinkwasserversorgung. Nach Angaben des UN-Hilfswerks für Palästinaflüchtlinge (UNRWA) stellte Israel seit dem 15. Oktober über eine Leitung für jeweils wenige Stunden täglich Trinkwasser im Süden des Gazastreifens zur Verfügung. Allerdings konnte dadurch lediglich die Hälfte der Bevölkerung von Khan Younis mit Wasser versorgt werden; andere Städte blieben gänzlich unversorgt.

Aufgrund der unterirdischen Tunnelsysteme der Hamas, über denen sich oftmals Wohnhäuser oder zivile Einrichtungen befinden, der extrem dichten Bebauung des Gazastreifens sowie der Tatsache, dass in vielen Wohnhäusern auch Einrichtungen der Hamas oder anderer militanter Gruppierungen sind, beziehungsweise sich dort Kämpfer und Führungsfiguren aufhalten, ist eine strikte Unterscheidung zwischen militärischen und zivilen Zielen aus der Luft im Einzelfall sehr schwierig. Infolge führen die israelischen Luftschläge zu hohen Opferzahlen unter der palästinensischen Zivilbevölkerung und massiven Schäden an Wohnhäusern und ziviler Infrastruktur. So wurde etwa am 17.10. eine UNRWA-Schule durch israelischen Beschuss getroffen. Die Urheberschaft für die am selben Abend erfolgten Zerstörungen an einem Krankenhaus in Gaza-Stadt, bei der nach Angaben des Hamas-geführten Gesundheitsministeriums in Gaza über 400 Menschen zu Tode kamen, konnte zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht unabhängig überprüft werden. Die US-Geheimdienste gehen von 100-300 Toten aus. Seit Beginn der israelischen Luftschläge wurden nach Angaben des Gesundheitsministeriums in Gaza fast 3800 Palästinenser:innen – und auch einige der Geiseln – getötet.

Premierminister Netanjahu hatte vor den Luftschlägen die Zivilbevölkerung aufgefordert, die Kampfzonen im Gazastreifen zu verlassen. In Vorbereitung auf eine Intensivierung der Luftschläge bzw. eine israelische Bodenoffensive, rief das israelische Militär dann am 13.10.2023 die Zivilbevölkerung und internationale Organisationen dazu auf, den nördlichen Gazastreifen zu evakuieren. Die

Hamas-geführte Regierung rief demgegenüber die Bevölkerung auf, den nördlichen Gazastreifen nicht zu verlassen, und versuchte nach Angaben des israelischen Militärs, Zivilist:innen an der Flucht zu hindern. Die Vereinten Nationen und Menschenrechtsorganisationen hielten eine Massenevakuierung dieses Ausmaßes (von rund 1,1 Millionen Menschen) innerhalb von 24 Stunden für unmöglich und forderten die Rücknahme der israelischen Aufforderung.

Tatsächlich gibt es für Gazas Zivilbevölkerung kaum Möglichkeiten, sich in Sicherheit zu bringen. Schutzräume und Bunker für Zivilist:innen existieren nicht; nur einige Hunderttausende konnten in UN-Einrichtungen oder Krankenhäusern Aufnahme finden. Versorgung und Schutz sind selbst dort nur bedingt gesichert. Der Grenzübergang nach Ägypten (Rafah) ist mittlerweile vollständig geschlossen und wurde mehrfach auf der palästinensischen Seite von Israel bombardiert.

Schutz der Zivilbevölkerung in bewaffneten Konflikten

Unabhängig davon, wer den bewaffneten Konflikt ausgelöst hat, gelten für alle Konfliktparteien die Regeln des humanitären Völkerrechts. Was im Rahmen eines bewaffneten Konflikts völkerrechtlich zulässig ist, hängt auch nicht davon ab, ob die jeweilige Konfliktpartei als Angreifer oder als Verteidiger handelt. Denn es geht hier ausschließlich um den Schutz der Zivilbevölkerung und anderer geschützter Personen und Rechtsgüter, wie medizinisches Personal, Journalist:innen und Kulturgüter. Dieser Schutz soll unter anderem durch das Verbot von unterschiedslosen Angriffen (also Angriffen, die nicht zwischen Zivilist:innen und Kämpfer:innen unterscheiden) gewährleistet werden. Dieses Verbot gilt in allen Arten von bewaffneten Konflikten und ist in Art. 48 ZP I (1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen); Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 ZP I; sowie Art. 13 Abs. 1 und Abs. 1 ZP II (2. Zusatzprotokoll) kodifiziert. Dabei stehen Krankenhäuser und medizinisches Personal unter einem besonderen Schutz und dürfen grundsätzlich nicht Ziel von militärischen Angriffen sein, wenn sie entsprechend gekennzeichnet sind. Ein Verstoß gegen dieses Verbot stellt ein Kriegsverbrechen nach Rom Statut Art. 8 Abs. 2 b) xxiv) und e) ii) dar.

Nach Art. 51 Abs. 7 ZP I darf die eigene Zivilbevölkerung nicht an der Flucht aus einem Kampfgebiet gehin-

dert werden, um dadurch militärische Ziele vor Angriffen abzuschirmen. Gleichzeitig gilt: Auch eine Aufforderung zur Evakuierung führt nicht dazu, dass Zivilist:innen, die nicht evakuieren können oder wollen, ihren Schutzstatus verlieren. Aufgrund andauernder Kampfhandlungen und der Abriegelung (vonseiten Israel und Ägypten) ist es der Zivilbevölkerung des Gazastreifens aber nicht möglich, das von der Belagerung betroffene Gebiet (also den Gazastreifen) zu verlassen. Ägypten hat in den ersten Tagen der Militäroperation einige Palästinenser:innen aus Gazastreifen ausreisen lassen, hält die Grenze aber seither **geschlossen**. Dabei sind Sicherheitsbedenken sowie die Gefahr einer dauerhaften Flucht und Vertreibung der Bevölkerung Gazas auf ägyptisches Staatsgebiet entscheidende Faktoren.

Auch wenn Israel das 1. und 2. Zusatzprotokoll nicht ratifiziert hat, gelten die genannten Vorschriften **völker-gewohnheitsrechtlich**¹ und sind damit auch für Israel bindend.

Ebenfalls in allen Arten bewaffneter Konflikte ist das Aushungern einer feindlichen Zivilbevölkerung als Mittel der Kriegsführung (*siege warfare*) ausdrücklich verboten² und nach Art. 8 Abs. 2 b) xxv) Rom-Statut als **Kriegsverbrechen** geächtet. In der Praxis bedeutet dies, dass eine komplette Abriegelung bzw. eine Belagerung nur gegen ein legitimes militärisches Ziel eingesetzt werden darf. Zivilist:innen dürfen auf keinen Fall Ziel der Belagerung sein, und die Versorgung der Zivilbevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern darf nicht verhindert werden. Der Zugang zu Lebensmitteln darf auch dann nicht verhindert werden, wenn diese auch Kämpfern zukommen könnten.³ Eine vollständige Abriegelung, welche die Lieferung von Lebensmitteln, Trinkwasser und Medikamenten für Gazas Zivilbevölkerung unmöglich macht, ist,

anders als etwa die Verhinderung der Einfuhr von Treibstoff oder der Lieferung von Strom, unter keinen Umständen verhältnismäßig und völkerrechtlich zulässig. Nicht zuletzt ist die Blockade von zentralen **Versorgungsgütern** eine Kollektivstrafe⁴ i.S.d. Art. 33 der Vierten Genfer Konvention und verstößt damit gegen humanitäres Völkerrecht.

Am 18. Oktober hat Israels Regierung auf amerikanischen Druck angekündigt, dass einmalig Hilfsgüter über den Grenzübergang Rafah, d.h. aus Ägypten, eingeführt werden können, allerdings nur für die Versorgung im Süden des Gazastreifens und solange diese nicht der Hamas zukommen. Einer humanitären Waffenruhe, die für die Lieferungen essentiell ist, hat sie bislang nicht zugestimmt. Allerdings: Die angekündigte Lieferung wird nur ein Tropfen auf den heißen Stein sein und dem Bedarf an lebensrettender Grundversorgung der Zivilbevölkerung nicht gerecht werden. Dazu bräuchte es **nach Angaben der UN** rund 100 LKWs an Hilfslieferungen täglich. Eine Lieferung von Hilfsgütern aus Israel hat Premier Netanjahu abgelehnt, solange die Hamas die Geiseln nicht freigibt.

Deutsche Solidarität, deutsche Verantwortung

Die Selbstverpflichtung der deutschen Politik auf die Sicherheit Israels, die Abscheu über die Gräueltaten der Hamas und die weitgehende Zustimmung zu Israels Ziel, die Hamas zu zerschlagen, entheben Deutschland nicht seiner völkerrechtlichen Verantwortung. Deutschland hat vielmehr, wie andere Drittstaaten auch, nicht nur eine Verpflichtung, die Regeln des Völkerrechts zum Schutz der Zivilbevölkerung in bewaffneten Konflikten zu respektieren. Es hat auch nach dem gemeinsamen Art. 1 der vier Genfer Konventionen eine völkerrechtliche Pflicht

¹Zu Art. 48 Abs. 1 ZP I siehe IHL Database, Commentary to Additional Protocol I to the Geneva Conventions 1977, S. 598, abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-48/commentary/1987?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>, zuletzt aufgerufen am 13.10.2023; zu Art. 54 Abs. 1 ZP I, siehe IHL Database, Commentary to Additional Protocol I to the Geneva Conventions 1977, S. 654, abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-54/commentary/1987?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>, zuletzt aufgerufen am 13.10.2023.

²Nach Flavia Lattanzi handelt es sich hier um eine *ius cogens* Norm, dies., in: Clapham, Gaeta, Sassòli (Hrsg.), *The 1949 Geneva Conventions – a Commentary*, Oxford 2018, Chapter 12, Rn. 44.

³Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Auflage, S. 218 ff.

⁴[1] Shane Darcy, in: Clapham, Gaeta, Sassòli (Hrsg.), *The 1949 Geneva Conventions – a Commentary*, Oxford 2018, Chapter 56, Rn. 32 f. – dort wird der Israel-Palästina-Konflikt als Beispiel aufgeführt.

⁵IGH, *Advisory Opinion: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied*, I.C.J. Reports 2004, S. 136, Rn. 157: „With regard to international humanitarian law, the Court recalls that in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons it stated that „a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and „elementary considerations of humanity‘. . .“, that they are „to be observed by all States

auf deren Einhaltung zu drängen. Dies hat der Internationale Gerichtshof (IGH) unter anderem im Jahr 2004 in seinem [Mauergutachten](#) bestätigt.⁵

In diesem Sinne sollte die Bundesregierung jetzt vorrangig ihre engen Beziehungen zu Israel nutzen, um darauf einzuwirken, die Geiseln durch Verhandlungen zu befreien; die Bevölkerung Gazas durch die [Einrichtung von Schutzzonen effektiv zu schützen](#); auf den Einsatz von unzulässigen Methoden der Kriegsführung zu verzichten; humanitären Zugang zu gewährleisten, so dass Trinkwasser, Lebensmittel, Medikamente und Treibstoff für die Generatoren der Krankenhäuser geliefert werden können; und humanitäre Korridore einzurichten, welche die Evakuierung etwa von dringenden medizinischen Fällen und ausländischen Zivilist:innen erlauben. Gleichzeitig gilt es auch, über Staaten mit Kontakten zur Hamas-

Führung, wie Ägypten und Katar, auf erstere einzuwirken, um das Wohlergehen der Geiseln zu gewährleisten und auf deren Freilassung zu dringen, den wahllosen Raketenbeschuss auf Israel einzustellen und die Flucht der eigenen Bevölkerung aus Kampfzonen nicht zu verhindern.

Im Nachgang der akuten Eskalation muss es auch darum gehen, die Untersuchung vermuteter Kriegsverbrechen aller am Konflikt in Israel und den palästinensischen Gebieten Beteiligten durch den Internationalen Strafgerichtshof zu unterstützen. Denn dass gravierende Verletzungen des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte nicht sanktioniert und mutmaßliche Kriegsverbrechen nicht verfolgt werden, lädt die Konfliktparteien zum fortgesetzten Rechtsbruch ein. Das rückt auch eine politische Konfliktregelung und ein nachhaltiges friedliches Zusammenleben in immer weitere Ferne.

whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.“(I.C.J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). In the Court’s view, these rules incorporate obligations which are essentially of an erga omnes character.“

Muriel Asseburg, Lisa Wiese

Hamas' Atrocities, Israel's Response, and the Primacy of International Law to Protect Civilians

doi: 10.17176/20231102-223822-0



This is an English translation of an article which [previously appeared in German on Verfassungblog](#) on October 20, 2023. Figures and the progress of events in the interim have been updated as to October 29, 2023. Please keep this in mind while reading, given that figures and events in this war are changing rapidly.

In light of the atrocities committed by Hamas and Palestinian Islamic Jihad (PIJ) fighters in Israel on October 7, 2023 and the days thereafter, and against the backdrop of Germany's historical responsibility, the German government and German politicians have unanimously expressed [solidarity](#) with Israel and emphasized its right to self-defense. By contrast, the voices emphasizing that Israel's response is nevertheless bound by the rules of international humanitarian law (IHL), and that third countries such as Germany have an obligation to prevent the violation of binding rules of international law, have been much less vocal in the German political debate so far. In this context, the protection of the civilian population is paramount. Following the October 17, 2023 [call](#) by Kai Ambos for a differentiated debate, the intention here is to explain which IHL precautions are relevant and what German policy can contribute to contain the escalation of violence as well as the suffering of the civilian population in the immediate conflict and in the future.

Since October 7, Hamas and its allies have fired thousands of rockets from Gaza towards Israel, striking mainly in neighboring areas but also in northern Israel, killing indiscriminately. In parallel, on October 7, armed Hamas and PIJ fighters stormed the Gaza-Israel border fence, captured Israeli military posts, and invaded several Israeli towns and *Kibbutzes*, such as Be'eri and Kfar Aza. They brutally killed [hundreds of people](#) and took some 220 soldiers and civilians [as hostages](#) (including babies, children, women, and the elderly), and abducted them to the Gaza Strip. After the start of Israeli airstrikes on the Gaza

Strip, Hamas [threatened](#) to kill a hostage every time Israel bombed homes without prior warning. All in all, according to Israeli figures, rocket fire and massacres by Hamas and its allies killed at least 1,300 Israelis and foreign nationals in Israel.

Numerous first-hand accounts and video footage indicate that gruesome massacres and severe physical abuse took place as part of the Hamas-led surprise attack. The documented acts of violence suggest that these constituted war crimes and violations of IHL, as well as, in all likelihood, crimes against humanity as defined in Art. 7 of the [Rome Statute of the International Criminal Court](#). In particular, the intentional killings, unlawful imprisonments, and civilian hostage-takings are likely to constitute war crimes under Arts. 8(2)(a)(i), (vii) and (viii) of the Rome Statute. Since Palestine's accession to the Rome Statute in April 2015, the International Criminal Court has also had [jurisdiction](#) over war crimes committed on Palestinian territory and by Palestinians – and thus over the acts of Hamas and PIJ fighters identified above. IHL which is applicable in armed conflicts, as laid down in Art. 34 of the [Fourth Geneva Convention](#) and the joint Art. 3 of the Four Geneva Conventions, prohibits the taking of hostages in both international and non-international conflicts.

Israel's Response and Other Conflict Dynamics

The Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu [declared a state of war the day after the Hamas-led attacks](#) and announced retaliation. Israel's goal, he said, was to [completely destroy Hamas's military capabilities in Gaza](#). The Israeli Defense Minister Yoav Gallant subsequently announced that he would [completely seal off the Gaza Strip](#) as it would not be enough to fight Hamas from the air. Rather, it would be necessary to completely end any supplies to the Gaza Strip. Since October 9, 2023, [no goods of any](#)

kind – no food, no electricity, no fuel, no medicine and no drinking water – have been delivered to the Gaza Strip via Israel's border. Prime Minister Netanyahu has made it clear that no aid would be delivered from Israel as long as Hamas does not release the hostages. Due to a lack of fuel, the only electricity plant in the Gaza Strip shut down on October 12, 2023. This has resulted in the collapse of the public electricity supply, with severe consequences, especially for health and drinking water supplies. According to reports by the UN Relief and Works Agency for Palestine Refugees (UNRWA), Israel provided drinking water to parts of the south of the Gaza Strip through a pipeline for a few hours each day since October 15. However, this has only provided water to half of the population of Khan Younis; other towns have remained completely un-supplied.

On October 18, in response to U.S. pressure, Israel's government announced that aid supplies could be delivered through the Rafah crossing, i.e., from Egypt, but only to the south of the Gaza Strip and only as long as they would not reach Hamas. So far, it has not agreed to humanitarian cessation of hostilities, which would be essential for the safe delivery and distribution of supplies. Since October 21, four aid convoys have entered the Gaza Strip providing mainly drinking water, food and medicine. Yet, this is only a drop in the bucket and does not meet the needs for basic life-saving supplies for the civilian population. According to the UN, this would require around 100 trucks of aid supplies every day.

A strict distinction between military and civilian targets in Gaza from the air is very difficult due to a multitude of factors, including Hamas' underground tunnel systems, which often lie below residential houses or civilian facilities, the extremely dense construction in the Gaza Strip, and the fact that many residential buildings also contain Hamas facilities or those of other militant groups or host fighters and cadres. As a result, Israeli air strikes cause high casualties among the Palestinian civilian population and massive damage to homes and civilian infrastructure. For example, on October 17, a UNRWA school was hit by Israeli shelling, causing severe structural damage and killing at least six people. The destruction of a hospital in Gaza City that same evening, which killed more than 400 people according to the Hamas-led Ministry of Health in Gaza, seems to have been caused by stray parts from a rocket fired by the PIJ. It has not been independently verified. U.S. intelligence agencies estimate

that 100-300 people were killed. Since the beginning of Israeli air strikes and up to October 29, according to the Gazan Health Ministry, over 8005 Palestinians – as well as some of the hostages – have been killed in Gaza.

Prior to the air strikes, Prime Minister Netanyahu had called on Gaza's civilian population to leave the combat zones. Then, on October 13, in preparation for an intensification of air strikes or an Israeli ground offensive, the Israeli military called on the civilian population and international organizations to evacuate the northern Gaza Strip within 24 hours. In contrast, the Hamas-led government called on the population to not leave northern Gaza and, according to the Israeli military, attempted to prevent civilians from fleeing. The United Nations and human rights organizations deemed a mass evacuation of this scale (of some 1.1 million people) impossible within 24 hours and called for the Israeli announcement to be rescinded.

In fact, there are hardly any possibilities for Gaza's civilian population to seek safety. Shelters and bunkers for civilians do not exist; only a few hundred thousand have been able to find shelter in UN facilities or hospitals. Even there, supply and protection are only secured to a limited extent. The border crossing to Egypt (Rafah) is completely closed for Gazans who want to leave and has been bombed several times by Israel on the Palestinian side. Only a few hostages that Hamas has released have been able to cross into Egypt.

Protection of Civilians in Armed Conflict

Regardless of who initiated the armed conflict, the rules of international humanitarian law apply to all parties to the conflict. What is permissible under international law in the context of an armed conflict also does not depend on whether the respective party involved in the conflict is acting as an aggressor or as a defender. This is because it is exclusively aimed at protecting the civilian population and other protected persons and legal assets, such as medical personnel, journalists and cultural property. This protection is to be ensured, among other things, by prohibiting indiscriminate attacks (i.e., attacks that do not distinguish between civilians and combatants). This prohibition applies in all types of armed conflict and is codified in Art. 48 of the First Additional Protocol to the Geneva Conventions (AP I); Art. 51(1) and (2) AP I; and Art. 13(1) of the Second Additional Protocol to the Geneva Conventions (AP II). In this context, hospitals and medical per-

sonnel are under special protection and, in principle, may not be the target of military attacks if they are marked accordingly. A violation of this prohibition constitutes a war crime under Art. 8(2)(b)(xxiv) and (e)(ii) of the Rome Statute.

According to Art. 51(7) AP I, the civilian population may not be prevented from fleeing a combat zone in order to shield military targets from attack. At the same time, even a request to evacuate does not cause civilians who cannot or do not wish to evacuate to lose their protected status. What is more, due to ongoing hostilities and the closure of the border crossings (on the part of Israel and Egypt), it is not possible for the civilian population of the Gaza Strip to leave the area under siege (i.e., the Gaza Strip). Egypt allowed some Palestinians to leave the Gaza Strip in the first days of the military operation but has since kept the border closed. Decisive factors include security concerns and the danger of a permanent displacement of Gaza's population to Egyptian territory.

Although Israel has not ratified the AP I and AP II, the aforementioned provisions apply under [customary international law](#)¹ and are thus binding on Israel as well.

Likewise, in all types of armed conflicts, the starvation of an enemy civilian population as a means of warfare (siege warfare) is expressly prohibited² and is outlawed as a [war crime](#) under Art. 8(2)(b)(xxv) of the Rome Statute. In practice, this means that a complete lockdown or siege may only be used against a legitimate military objective. Civilians may not be the target of the siege under any circumstances, and the supply of essential goods to the civilian population may not be prevented. Access to food must not be impeded even if it could also be provided to combatants.³

A complete shutdown, which makes it impossible to

¹According to Art. 48(1) of the AP I see IHL Database, Commentary to Additional Protocol I to the Geneva Conventions 1977, p. 598, available here; According to Art. 54(1) of the AP I, see IHL Database, Commentary to Additional Protocol I to the Geneva Conventions 1977, p. 654, available here

²This is a *ius cogens* rule according to Flavia Lattanzi and Clapham, Gaeta, Sassòli (ed.), *The 1949 Geneva Conventions – a Commentary*, Oxford 2018, chapter 12, para. 44.

³Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd edition, p. 218 ff.

⁴Shane Darcy, in: Clapham, Gaeta, Sassòli (ed.), *The 1949 Geneva Conventions – a Commentary*, Oxford 2018, Chapter 56, para. 32f –there, the Israel-Palestine conflict is listed as an example.

⁵IGH, *Advisory Opinion: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 157: "With regard to international humanitarian law, the Court recalls that in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons it stated that "a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity' . . .", that they are "to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law." (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). In the Court's view, these rules incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character."

supply Gaza's civilian population with food, drinking water and medicines, is, unlike preventing the import of fuel or the supply of electricity, under no circumstances proportionate and permissible under international law. Not least, the blockade of [supplies vital for life](#) is a collective punishment⁴ in accordance with Art. 33 of the Fourth Geneva Convention and hence violates international humanitarian law.

German solidarity, German responsibility

The German government's commitment to Israel's security, its disgust at Hamas's atrocities, and its overall consent to Israel's goal of dismantling Hamas do not relieve Germany of its responsibility under international law. Rather, Germany, like other third countries, not only has an obligation to respect the rules of international law for the protection of civilians in armed conflicts. It also has a duty under international law to urge compliance with them under the common Art. 1 of the four Geneva Conventions. This was confirmed by the International Court of Justice (ICJ), among others, in its [2004 Advisory Opinion "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory"](#).⁵

In this vein, the German government should now first and foremost make use of its close relations with Israel to influence the release of the hostages through negotiations; to effectively protect the population of Gaza through the [establishment of protection zones](#); to refrain from the use of inadmissible methods of warfare; to ensure humanitarian access (and humanitarian cessations of violence) so that drinking water, food, medicines, and fuel for hospital generators can be delivered to all of Gaza; and to establish humanitarian corridors that allow the evacua-

tion of urgent medical cases and foreign civilians. At the same time, it is equally crucial to exert pressure on Hamas via states with contacts to its leadership, such as Egypt and Qatar, in order to ensure the welfare of the hostages and to press for their release, to stop the indiscriminate firing of rockets at Israel, and not to prevent the escape of its own population from combat zones.

In the aftermath of the acute escalation, Germany should support the investigation by the International Cri-

minal Court of presumed war crimes committed by all parties involved in the conflict in Israel and the Palestinian territories. For the continued failure to sanction serious violations of international humanitarian law and human rights law and to prosecute alleged war crimes invites the parties to continue to violate the law. These violations also push a political resolution to the conflict and durable peaceful coexistence into the more distant future.

Peter van Elsuwege

Who Speaks on Behalf of the European Union?

What the Chaotic Reactions of the EU to the Israel-Hamas War Reveal About the State of European Foreign Policy

doi: 10.17176/20231023-113635-0



“It’s a [cacophony](#). It’s ridiculous”. This is how an EU diplomat described the flow of EU statements following the outbreak of the war between Israel and Hamas. The divergent reactions reveal the existence of institutional tensions about the Union’s external representation, which undermine the coherence and credibility of the EU’s external action. First, there was the announcement on social media by the European Commissioner for Neighbourhood, Oliver [Várhelyi](#), that all payments to the Palestinians would be suspended immediately and that all new budget proposals had been postponed until further notice. A few hours later, his colleague responsible for crisis management, Janez Lenarčič, countered by stating that “humanitarian aid to Palestinians in need will continue as long as needed.” Later that evening, as an act of damage control, the European Commission issued a [press release](#) announcing “an urgent review of the EU’s assistance to Palestine” in order to avoid that such funding may be used by terrorist organizations. Significantly, it was explicitly mentioned that this review does not concern humanitarian assistance and that it would be coordinated with the Member States. Both elements make sense from a legal point of view. First, [humanitarian aid](#) is a separate policy area which is not subject to the conditionality approach of the EU’s other funding schemes. Second, the review of financial assistance requires the involvement of the Member States through the comitology procedures as foreseen under Article 45 of the [Neighbourhood and Development Cooperation Regulation](#) (see also [here](#)). Unfortunately, this crucial legal background was totally ignored in Commissioner’s Várhelyi initial communication.

Apart from the disastrous communication regarding the revision of assistance to Palestine, the visit of European Commission President von der Leyen and European Parliament President Metsola also triggered a lot

of criticism. In a [public statement](#), von der Leyen stressed Israel’s right and even duty to defend itself and its citizens, without mentioning the important caveat that this should happen “in accordance with international humanitarian law”. Only after she faced significant [political backlash](#) for her blunt position, she issued a [new statement](#), clarifying that the right of self-defense cannot be disconnected from the principles of international law. Moreover, a clear distinction was now made between “the Hamas terrorists” and “innocent civilians in Gaza”. This brought her position more in line with that of the Member States who issued their own [statement](#) as members of the European Council. Both European Council President [Charles Michel](#) and High Representative for Foreign Affairs and Security Policy [Josep Borrell](#) used this opportunity to recall that foreign policy issues are to be determined by the European Council and the Council – a clear message to the presidents of the European Commission and the European Parliament.

Not a new problem

The question of who can speak on behalf of the European Union on the international stage is a classic one. It goes back to the famous quote of former American Secretary of State, Henry Kissinger, who asked whom to call to know the position of Europe during the Cold War period. Despite the ambitions of the [Lisbon Treaty](#) to strengthen the coherence of the EU’s external action, the institutional challenges in relation to the Union’s external representation continue to exist. This was notably exemplified in 2012 when the EU received the [Nobel Prize](#) in 2012. After some internal discussions, a [pragmatic solution](#) was found in the sense that both European Commission President Barroso and European Council President Van Rompuy delivered speeches, and European Parliament President Schulz joined them to receive the Peace Prize medal.

When former American President Trump visited Brussels and he was welcomed by both European Council President Tusk and Commission President Juncker, the latter jokingly explained that the Union has two presidents and that “[there is one too much](#)” (pointing at Tusk). In recent years, the [tensions](#) between the current Presidents of the European Commission (Ursula von der Leyen) and the European Council (Charles Michel) are well known. This was painfully illustrated with the infamous ‘[sofagate](#)’ diplomatic incident on the occasion of their visit to Turkish President Erdogan in April 2021. There was also a lot of symbolism in the reactions after the terrorist attacks against Israel. Whereas the Israeli flag was projected onto the building of the European Commission – despite requests from Belgian Prime Minister [De Croo](#) not to do this in order to avoid potential turmoil in Brussels –, the buildings of the Council were only illuminated in a more neutral white colour. This illustrated once again divisions amongst EU institutions in the immediate aftermath of Hamas’ terrorist attacks and highlighted difficulties to provide a coherent message in the EU’s external action.

What do the EU Treaties say?

The issue of [EU external representation](#) cannot be disconnected from the division of competences as foreseen in the EU Treaties. In this respect, [Article 24 TEU](#) explicitly defines that “the common foreign and security policy [CFSP] is subject to specific rules and procedures”. In essence, this implies that the CFSP is defined by the European Council and the Council on the basis of unanimity amongst the Member States where the ‘supranational’ institutions such as the European Commission, the European Parliament and the Court of Justice of the EU play a more limited role in comparison to other areas of EU competence. The special status of the CFSP, which is also reflected in [Article 40 TEU](#), has implications for the question of who can speak on behalf of the EU.

At the highest political level of heads of state or government, there is a division of tasks between the President of the European Council and the President of the European Commission. For matters falling within the scope of CFSP, the President of the European Council shall ensure the external representation of the Union ([art. 15, para. 6 TEU](#)); for all other EU policies, this is a task for the European Commission ([art. 17, para 1 TEU](#)). In practice, it

is difficult to draw a clear line between the CFSP and the other policy fields (such as humanitarian aid, trade etc.), which explains why both Presidents jointly represent the Union at high-level international meetings.

At the political level of ministers of foreign affairs, representation on behalf of the EU is carried out by the ‘High Representative for foreign affairs and security policy’ ([art. 27 TEU](#)). The High Representative also serves as Vice-President of the European Commission, which is deemed to safeguard the consistency of the EU’s external action ([Article 21, para. 3 TEU](#)). The other members of the European Commission represent the Union at ministerial level for matters that fall within the scope of their portfolio. They are expected to adhere to the [code of conduct](#), implying amongst others that they “shall act collegially” and that they “shall not act or express themselves, through whatever medium, in a manner which adversely affects the public perception of their independence, their integrity or the dignity of their office”.

The gap between theory and practice

The cascade of statements in reaction to the events in the Middle East highlight a discrepancy between the theory of the EU Treaties and the practice on the field. With his statements about the end of EU assistance to Palestine, Commissioner Várhelyi arguably undermined the credibility of the European Commission and, by extension, the European Union. More than 70 Members of the European Parliament (MEPs), therefore, [call](#) for his resignation. The actions of Commission President von der Leyen are also disputable, as has been voiced by several [EU staff members](#). The war between Israel and Hamas concerns issues of foreign and security policy. Whether one likes it or not, this is an area where the Commission has a more limited role – also with respect to external representation. A certain restraint or, at the very least, closer coordination with the Member States and the European External Action Service could have been expected. The sometimes contradictory statements and inter-institutional tensions undermine the coherence and credibility of the EU’s external action. It is, once again, an occasion to reflect about the way the EU presents itself to the outside world.

An earlier version of this text was published (in Dutch) at: <https://www.knack.be/nieuws/wereld/europa/wie-spreekt-in-naam-van-de-europese-unie/>

James C. Hathaway

Trapped in Gaza

doi: 10.17176/20231102-224217-0



Thousands of Palestinians are amassed [at the Rafah border crossing into Egypt](#) – the only land border point from Gaza that is not controlled by Israel. Many are no doubt among the 1.1 million civilians ordered by Israel to move from northern to southern Gaza. They have been joined by other Palestinians already living in southern Gaza and who, like those from the north, are desperately seeking to escape the horror of the Israeli air campaign unleashed upon them.

The Rafah crossing has been periodically opened by Egypt to allow at least some aid convoys to enter Gaza and will likely be selectively opened to allow foreign passport holders through. Yet, [it has been firmly closed to Palestinians seeking to leave Gaza since October 10](#). Egyptian president Field Marshall Abdel Fattah el-Sisi announced that “[w]hat is happening now in Gaza is an attempt to force civilian residents to take refuge and migrate to Egypt, which should not be accepted.” King Abdullah II of Jordan (which borders the West Bank, but not Gaza) was even more succinct: “No refugees in Jordan, no refugees in Egypt,” he declared.

The Deafening Silence of UN Officials

It is remarkable that the United Nations refugee agency – UNHCR – has completely avoided engagement with this issue. Indeed, UN High Commissioner for Refugees Filippo Grandi has limited himself to just three posts on the Israel-Gaza situation: one focused mainly on [the protection of aid workers](#); a second [lamenting the loss of lives, in particular of aid workers](#); and a third [expressing solidarity with colleagues of UNRWA, the UN Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East](#) (which has long delivered aid in the region). Not one word about the closing of the Rafah border crossing, or even about the rights of civilians seeking safety.

Nor has the UN’s High Commissioner for Human Rights, Volker Türk – himself a former Assistant High Commissioner at UNHCR – done any better. [Neither the word “refugee” nor even a reference to “Gaza” has found](#)

[its way into his posts](#), even as the only escape route from horrific human rights abuse in Gaza remains firmly closed to desperate Palestinians.

It’s of course possible that diplomatic considerations have prompted these top UN officials responsible for refugee and human rights protection to sidestep any mention of the legal right of Gazans to escape into Egypt. Yet even as events in Gaza were unfolding the High Commissioner for Human Rights himself proudly proclaimed that as a general matter [“\[w\]e should not be afraid to put protection front and centre... We must... spotlight violations and ensure accountability of international law.”](#)

So why the deafening silence in this case?

It is not because international law is unclear.

A Clear Violation of the Duty of Non-Refoulement

First and most critically, the duty of *non-refoulement* (anchored in [Art. 33 of the Refugee Convention](#), Arts. 6 and 7 of the [Civil and Political Covenant](#), and Art. 3 of the [Torture Convention](#) – all of which bind Egypt) unequivocally includes a duty not to reject people arriving at a state party’s border. Indeed, the main reason to codify a prohibition of *refoulement* in the Refugee Convention (a duty that is in addition to [Art. 32](#), which disallows expulsion) was to ensure that the prohibition captured the “various methods by which refugees could be expelled, refused admittance or removed.”^[1] This bedrock principle has been routinely affirmed, with the European Court of Human Rights insisting that [“\[i\]t is crucial to observe... that the prohibition of refoulement includes the protection of asylum-seekers in cases of both non-admission and rejection at the border \[178\].”](#)

The second question is whether at-risk Gazans are entitled to protection against *refoulement*.

The easiest “yes” is given with respect to the duty arising from Arts. 6 (right to life) and 7 (freedom from torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment) of the Civil and Political Covenant. As the [UN Human Rights Committee has determined, Art. 6](#) “... should

not be interpreted narrowly. It concerns the entitlement of individuals to be free from acts and omissions that are intended or may be expected to cause their unnatural or premature death [para 3].” At least as important, “[t]he right to life is the supreme right from which no derogation is permitted, even in situations of armed conflict and other public emergencies that threaten the life of the nation [para 2].”

There may be disagreement about whether the intentionality and specific intent requirements for the risks faced by civilians in Gaza to be classified as torture are satisfied. Yet it is surely beyond dispute that the risk of grave injury or denial of the necessities of life amounts to “inhuman or cruel treatment” that engages Art. 7 [paras 4-5]. As in the case of the right to life, “no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 [para 3].”

If there are substantial grounds to believe that an individual would upon return be subjected to treatment contrary to Art. 6, Art. 7, or both, [there is an implied duty of non-refoulement](#) [12], at least insofar [as the risk is irreparable](#) [per G. Neuman].”

The Status of Palestinians under the Refugee Convention

The duty of *non-refoulement* arising under the Covenants is independent of, and is [in some ways broader than, the original duty of non-refoulement set by Art. 33 of the Refugee Convention](#) [para 9.3]. This simplifies matters substantially, since there is debate about whether Palestinians are excluded from Convention refugee status by virtue of Art. 1(D) of the Refugee Convention:

This Convention shall not apply to persons who are at present receiving from organs or agencies of the United Nations other than the United Nations High Commissioner for Refugees protection or assistance. When such protection or assistance has ceased for any reason, without the position of such persons being definitively settled in accordance with the relevant resolutions adopted by the General Assembly of the United Nations, these persons shall ipso facto be entitled to the benefits of this Convention.

Much ink has been spilled about the history and interpretation of this clause. In short, it was included in

the Refugee Convention with the specific intention to exclude Palestinian refugees – [a reflection of the interest-convergence between Arab states and European states](#) [para 16]. While the former were determined to avoid subversion of the self-determination claim that might result from a diaspora of Palestinians, the latter wanted to avoid protection obligations to this large group of refugees within striking distance of their territories. But the *quid pro quo* demanded by Arab states (and codified in the second paragraph of Art. 1(D)) was that should the UN ever abandon the Palestinians, they would receive refugee protection *automatically* (“ipso facto”) in any state party they could reach.

In my view, Art. 1(D) has little contemporary clout since it excludes only a historically bounded class (“who are *at present* receiving”) of refugees [at 509-523]. [Today, only a very small minority of Palestinians falls into this group](#) [28-50]. This historically bounded understanding follows from the choice for the Convention of different language than that used for the contemporaneously drafted UNHCR Statute (which [excludes any person “who continues to receive” relevant UN protection or assistance](#)); from the extraordinary strength of the residual remedy (if UNRWA were to end its operations) of automatic refugee rights, an unconditional guarantee unlikely to have been [made to a group of indefinite size](#) [at 50]; and from the context known to the drafters who “did not anticipate that, half a century later, there would be second or third generations of Palestinian Arabs... displaced and enjoying the assistance of UNRWA [*id.*, at 65].” Moreover, at the level of principle, it is a construction that is a minimally intrusive deviation [from the norm of providing protection to all comparably in need without reference to ethnicity or place of origin](#) [para 2].

But even those who disagree with this interpretation – [such as the Court of Justice of the European Union](#) [50-51] – would likely still agree that Art. 1(D) is no bar to the entitlement of refugees from Gaza to claim Convention rights. This is because the Court takes the view that the residual automatic protection guaranteed by the second clause does not refer to the termination of the mandate of UNRWA without a settlement of Palestinian claims (as I believe it does). Rather, it is triggered [any time that an individual Palestinian has no access to UNRWA assistance](#) [51]. [Given the decimation of UNRWA capacity in Gaza in recent weeks](#), the CJEU’s interpretation would lead to much the same result as my preferred understanding. In-

deed, it may be even more liberal, requiring the automatic (“ipso facto”) extension of protection against *refoulement* and all other Convention rights to any Palestinian from Gaza arriving at the Egyptian border – or at the frontier of any other state party.

Egypt’s Illegal Refusal to Let Gazans Flee to Safety

Egypt has nonetheless sought to justify its refusal to allow the Palestinians to flee to safety on four main grounds.

First, it has said it is motivated by concern “for the safety of civilians” seeking to cross at a border point that has been under attack by Israel. This is a manifestly patronizing and disingenuous stance given the pervasive risk throughout nearly all of Gaza.

Second, Egypt has insisted that it does not want to be complicit in a forced expulsion that might “eliminate the Palestinian cause.” This is, of course, precisely the concern that led to the drafting of the Refugee Convention’s Art. 1(D) in the first place. But the drafters – including Arab delegates – recognized even in 1951 that at some point the political project of securing a Palestinian homeland had to yield to critical human imperatives for protection and assistance. This is why they included the second clause that guaranteed residual access to refugee protection. The Egyptian claim is very much at odds with the bargain struck, reducing at-risk Palestinians to little more than collateral damage in the quest for self-determination.

Third, Egypt argues that it has done its fair share for refugees. It is presently hosting some 300,000 UN-registered refugees (the largest group being from Sudan), in addition to roughly 100,000 Palestinians already living there illegally. That contribution is certainly substanti-

al, though many other countries host more refugees, with Egypt having only the 22nd largest refugee population. The failure of the global community to establish a binding system of refugee responsibility sharing is a glaring inadequacy, with the whole developed world receiving only about 20% of the world’s refugees. But while its responsibilities give Egypt good grounds to demand more support from other countries, they provide no basis *in law* to reject refugees arriving at its borders.

Fourth and in my view likely most critical to Egypt, there is a real worry that there will be Hamas and other extremists among those seeking protection in Egypt. Having fought a hard battle against an Islamic State-affiliated militant group in the Sinai, Egypt is understandably reluctant to import radical violence from Gaza. Importantly, international refugee law takes real account of the fact that criminals do infiltrate refugee movements. It specifically allows states to engage in provisional detention of those arriving pending verification of identity and any security concerns [Art. 31(2)], and even authorizes *refoulement* in cases of demonstrated grave risk to safety or security [Art. 33(2)]. But it gives no license to paint with a broad brush in a way that unfairly stigmatizes all Palestinian refugees as terrorists.

The bottom line, then, is that both international refugee and human rights law that bind Egypt make clear that its closure of the Rafah border crossing to all Palestinians – including to those at grave and imminent risk – is an illegal act of *refoulement*. In this case, it has proved to be an illegal act with truly deadly consequences and must be condemned as such.

[1] Statement of Mr. Cuvelier of Belgium, UN Doc. E/AC.32/SR.22, Feb. 2, 1950, at 20.

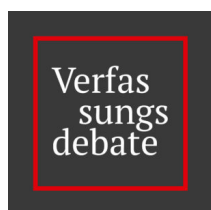
About Us

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.

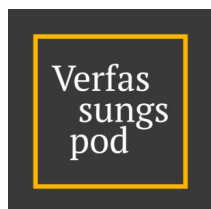
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



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