

04/2024
April

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20240617-173949-0](https://doi.org/10.17176/20240617-173949-0)

URN [urn:nbn:de:0301-20240617-173949-0-1](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20240617-173949-0-1)

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

© 2024 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

Bundesverfassungsgericht Federal Constitutional Court

<i>Michael Eichberger</i> Die erste von drei Säulen: Zum Arbeitsentwurf des BMJ zur Stärkung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts	571
<i>Bettina Heiderhoff</i> Lobgesang auf den biologischen Vater als Störgeräusch	575
<i>Tobias Mast, Wolfgang Schulz</i> Trau, Schau, Link!	578
<i>Yannik Breuer, Jannik Klein</i> Full House in Karlsruhe: Tag 1 der mündlichen Verhandlung des BVerfG über die Wahlrechtsreform	582
<i>Yannik Breuer, Jannik Klein</i> Karlsruhe hat die Wahl: Tag 2 der mündlichen Verhandlung des BVerfG über die Wahlrechtsreform	585

Strafrecht Criminal Law

<i>Siegmar Lengauer</i> Sitzen ist keine Gewalt: Eine österreichische Perspektive auf passive Proteste und den Nötigungstatbestand	589
<i>Florian Slogsnat</i> Gewalt durch Sitzblockaden: Eine Verteidigung der Zweite-Reihe-Rechtsprechung	592
<i>Manuel Cordes, Jakob Hohnerlein</i> Gewalt als körperliche Zwangswirkung: Eine Kritik der Zweite-Reihe-Rechtsprechung	596
<i>Aziz Epik, Julia Geneuss</i> Without a Doubt: German Federal Court Rules No Functional Immunity for Crimes Under International Law	600

Streikrecht Right to strike

<i>Eva Kocher</i> Ein glühendes Stück Eisen: Es wird mal wieder über Streikrechtseinschränkungen diskutiert	603
<i>Theresa Tschenker</i> Wir fahren zusammen, aber streiken müssen wir allein: Das Bundesarbeitsgericht und das Verbot des politischen Streiks	607

Thüringen-Projekt Thuringia Project

<i>Juliana Talg, Fabian Wittreck</i> Physiotherapie für die Richterwahl: Wie sich Blockaden lösen lassen	611
<i>Raven Kirchner</i> Karlsruhes Vollstrecker: Rechtliche und gesellschaftliche Mittel zur Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	615

Vivian Kube, Hannah Vos
Begnadigung von Gefolgsleuten – und keiner merkt’s: Gnadenentscheidungen in der Hand von autoritär-populistischen Ministerpräsidenten 619

Justus Duhnkrack
Das ist Kunst, das kommt weg 622

Philipp Koepsell
Kein Kniefall vorm Gericht: Wie die VwGO exekutivem Ungehorsam Vorschub leistet 625

Verschiedenes Miscellaneous

Ibrahim Kanalan
Zurück zu „separate but equal“?: Zur Segregation von geflüchteten Kindern und Jugendlichen in Berliner Schulen 629

Laura Anna Klein
Weder Leih- noch Mutter: Der Kommissionsbericht öffnet den Blick für neue Bilder der Leihmutterchaft 633

Susanna Roßbach
Und plötzlich selbstbestimmt: Zum endlich verabschiedeten Selbstbestimmungsgesetz 636

Annika Dießner
Im Zweifel gegen die Freiverantwortlichkeit 639

Sarah Lincoln, Ulrike Müller
Ernährung am Existenzminimum: Wie viel Gesundheit verlangt das Grundgesetz? 643

Mathias Hong
Immanuel Kants 300. Geburtstag und das Grundgesetz 646

Europa Europe

Europawahl 2024 European Elections 2024

Luise Quaritsch
Die Sperrklausel ist keine Lösung: Zur Diskussion über den Schutz der Arbeitsfähigkeit des Europäischen Parlaments 648

Ylenia Maria Citino
The Spitzenkandidaten Practice in the Spotlight: The Constitutional Nature of an Erratic Informal Rule 652

EU, Ukraine & Russland EU, Ukraine & Russia

Viktor Winkler
Die Verfassung der Sanktionspolitik 655

Marlene Wind
The Enemy Within 657

Digitales Digital

Lorenzo Gradoni, Pietro Ortolani
Moderation Made in Europe: A Look into the Future of Social Media Content Moderation Litigation 660

Franziska Katharina Mauritz
To Define Is Just to Define: Illegal Content According to Article 3 lit. h DSA and the Conflict of Laws 663

Daniel Zimmer, Jan-Frederick Göhsl
Enforcement of the Digital Markets Act: The European Commission Takes Action 666

Martin Nettesheim
Paternalistische Freiwilligkeit: Grenzen einer datenschutzrechtlichen Regulierung von Pay-or-Consent-Modellen 670

Martin Nettesheim
GDPR Overreach?: The Challenges of Regulating Pay-or-Consent Models through Data Protection Law 674

Klima & Umwelt Climate & Environment

Bernhard Wegener

Globuli für Umweltjuristen: Gedanken zur Klimaklagen-Bewegung anlässlich des Klimaseniorinnen-Urteils des EGMR

681

Bernhard Wegener

Homeopathic Globules for Environmental Lawyers: Thoughts on the Climate-Justice Movement on the Occasion of the ECtHR's Climate Judgement

685

Manuela Niehaus

Globuli oder lebensrettende Behandlung? Zur Wirkung von Klimaklagen: Eine Replik auf Bernhard Wegener

689

Bernhard Wegener

Menschenrecht auf Klimaschutz als „lebensrettende Behandlung“?: Risiken und Nebenwirkungen der von Manuela Niehaus verteidigten Klima-Rechtsprechung

693

Patrick Abel

Gemischte Signale für das nationale Klimarecht: Die Klimaentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

696

Jakob Hohnerlein

Who is afraid of actio popularis?: On Separating Rights and Remedies in the ECtHR's Climate Judgment

699

Umberto Lattanzi

Climate Litigation Reaches Italian Courts: Giudizio Universale

703

Moritz Vinken, Paolo Mazzotti

The First Italian Climate Judgement and the Separation of Powers: A Critical Assessment in Light of the ECtHR's Climate Jurisprudence

706

Malta & die EU Staatsbürgerschaft Malta & EU Citizenship

Merijn Chamon

A Rejoinder to Citizenship for Sale (Commission v Malta): Some Remarks and Counterarguments

710

Joseph H.H. Weiler

Citizenship for Sale (Commission v Malta): Who of the Two is Selling European Values?

712

Lorin-Johannes Wagner

Long Live Nottebohm: The Potential Revival of Nottebohm at 70 in Commission v Malta

719

Migration & Asyl Migration & Asylum

Stefano Zirulia

Refoulement As A Crime: Insights from the Asso28 Push-Back Case

722

Falk Matthies

Schengen's Paper Pushbacks

725

Maciej Grześkowiak

Pushbacks From Europe's Borders Enter the Mainstream: Polish "Transition 2.0" does not Apply on the Belarusian Border

729

Rechtsstaatlichkeit, Europäische Institutionen & Grundrechte Rule of Law, European Institutions & Fundamental Rights

Maria Skóra, York Albrecht

Strengthening the Resilience of the Rule of Law through Democracy

732

Henry Barrett

A Non-EU Rule of Law Commission: A Proposal for Politically-Willing Countries to Resolve Europe's Rule of Law Crisis

735

<i>Jaap Hoeksma</i> European Democracy at Stake in Battle of the EP versus Orbán	738
<i>Marcin Szwed</i> Rebuilding the Rule of Law: Three Guiding Principles	741
<i>Päivi Leino-Sandberg</i> In the Dark: How the Commission deals with Access to Documents Requests relating to Europe's Recovery Transformation	744
<i>Päivi Leino-Sandberg</i> "Very Tight Control": On (the Absence of) Member State Scrutiny of the EU's Recovery Spending	750
<i>Paulina Milewska, Zuzanna Nowicka</i> The Ball is in the Game: Opportunities for the Protection of Freedom of Expression at the EU Level arising from Real Madrid vs Le Monde Case	755

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Jörn Griebel, Felix Bergold</i> Deutsche und europäische Lieferkettenregulierung und das GATT: Eine schwierige Beziehung	758
<i>Karsten Meijer, Arjen Klein</i> A Proposal Towards a European Defence Union: Legal Implications of the European Parliament's Proposal for Treaty Reform in the Area of Defence	762
<i>Maja Sahadžić</i> The High Representative Strikes Again: Schmidt is Schmidting	765
<i>Kimmo Nuotio</i> Rallying under a Nazi Swastika Flag: Is it a Criminal Act?	768
<i>Maren Klein</i> No More Vogel-Strauß: Warum der Gesetzgeber die Eizellenspende jetzt legalisieren muss	771

International International

Amerika Americas

<i>Manuel Brunner</i> Deine Botschaft ist meine Burg: Zur Erstürmung der mexikanischen Botschaft in Quito und zum Regionalvölkerrecht in Lateinamerika	775
<i>Erick Guapizaca</i> Ecuador's Embassy Raid	779
<i>Franca Emilia Lorber</i> Catalysts of Eco-Constitutional Evolution: Peru's Landmark Ruling Bridges the Gap Between Anthropocentrism and Ecocentrism	781
<i>Carol Sanger</i> Chaos, Verwirrung und republikanischer Kurswechsel: Abtreibung Arizona-Style	784
<i>Carol Sanger</i> Chaos, Confusion and Republican Change-Up: Arizona Abortion-Style	787

Israel & Palästina Israel & Palestine

<i>Kai Ambos</i> Apartheid in the Occupied Palestinian Territory?: A Call for a More Nnuanced Approach	790
<i>Saeed Bagheri</i> The Silent Victim of Israel's War on Gaza	794
<i>Tal Mimran</i> Third Provisional Measures in South Africa v Israel: Reflections on the Right to be Heard and on Substantive Justice	797

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Joshua Malidzo Nyawa</i> Colonialism, Criminal Law, and the Dustbin of History: On Kenya's Subversion Judgment	801
<i>Parul Kumar, Abhayraj Naik</i> India's New Constitutional Climate Right: Examining the Significance of M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India and Others for Climate Litigation in India	804

Michael Eichberger

Die erste von drei Säulen

Zum Arbeitsentwurf des BMJ zur Stärkung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts
doi: 10.59704/26b254131fe5880e



Es ist gut, dass das Bundesministerium der Justiz vor Ostern nach längerer öffentlicher Debatte einen ersten Arbeitsentwurf zur Änderung von Art. 93 und 94 GG zur Stärkung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts vorgelegt hat (siehe dazu die LTO-Meldung vom 28.03.2024 mit [Details zum Entwurf](#), den Beitrag von [Ferinand Kirhhof](#) und die Kommentare im Verfassungsblog bereits [hier](#) und [hier](#)). Damit existiert eine konkrete Diskussionsgrundlage für die Gesetzgebungsorgane, die politischen Parteien, die Rechtswissenschaft und die interessierte Öffentlichkeit. Es ist auch gut, dass die CDU/CSU wieder bereit ist, mit den Regierungsparteien zu diskutieren und an den konkreten Vorschlägen mitzuarbeiten. Ohne die grundsätzliche Offenheit der größten Oppositionsfraktion wäre das nur mit einer Zweidrittelmehrheit im Parlament erreichbare Vorhaben von vornherein gescheitert.

Der Arbeitsentwurf des BMJ macht aber bisher, soweit erkennbar, leider auf halber Strecke der in der Diskussion befindlichen Vorschläge zur Stärkung des Bundesverfassungsgerichts halt. Von den drei Säulen der aktuellen Resiliendiskussion – Statusregeln, Zweidrittelmehrheit und Verfahrenssicherung – wird offenbar nur die erste thematisiert. Das ist nicht ausreichend, um das normative Fundament des Gerichts wie beabsichtigt zu stärken. Die beiden fehlenden Säulen sollten auf jeden Fall Gegenstand der nun anstehenden parlamentarischen Diskussion über das Vorhaben sein.

Kernelemente des BMJ-Arbeitsentwurfs

Der Arbeitsentwurf des BMJ sieht, soweit erkennbar, eine Ergänzung der wenigen bereits vorhandenen Strukturmerkmale des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz vor, nämlich um die Festlegung auf zwei Senate mit je acht Richtern (darunter je 3 Bundesrichter), deren hälftige Wahl durch Bundestag und Bundesrat je Senat, die Begrenzung der Amtszeit der Richterinnen und Richter auf 12 Jahre, längstens bis zur Altersgrenze von 68 Jahren, und der Ausschluss der Wiederwahl. All diese Merkmale

sind nicht neu, sondern seit Jahrzehnten im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht enthalten und in der Sache bewährt. Bei der angestrebten Änderung des Grundgesetzes dürfte die Aufnahme dieser Regeln in das Grundgesetz in der Sache kaum ernsthafte Streitpunkte aufwerfen. Das gilt auch für die im Arbeitsentwurf darüber hinaus vorgesehene Übernahme der Bestimmung zur Bindungswirkung und zur Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Zu begrüßen ist, wenn die Aufnahme der genannten Regelungen in das Grundgesetz nicht primär auf die Stärkung der Resilienz des Gerichts gegen Gefährdungen durch radikale Parteien gestützt wird, die nach dessen „Entmachtung“ streben, sondern erster Linie auf eine angemessene normative Ausgestaltung auf Verfassungsebene, wie sie dem Bundesverfassungsgericht nach über 70 Jahren Bewährung auch im Vergleich zu den anderen Verfassungsorganen gebührt.

Fehlen des Zweidrittelanfordernisses

Wert des Zweidrittelquorums

Offenbar nicht im Arbeitsentwurf des BMJ vorgesehen ist die Übernahme des Erfordernisses einer Zweidrittelmehrheit für die Richterwahlen in das Grundgesetz. Das ist bedauerlich. Eine Zweidrittelmehrheit ist seit 1951 sowohl für den Bundestag (dort war in den Anfangsjahren sogar eine Dreiviertelmehrheit notwendig) als auch für den Bundesrat im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht gefordert. Diese Vorgabe hat sich nach übereinstimmender Auffassung in besonderem Maße bewährt. Das Zweidrittelanfordernis hat aufs Ganze gesehen zuverlässig eine politisch einseitige Besetzung der Senate und zuallermeist auch die Wahl von Kandidaten mit Eigenschaften verhindert, die ihre Eignung für Entscheidungen in Gremien in Frage stellten. In den vergangenen Jahrzehnten verfügte eine Bundesregierung nur in sehr seltenen Fällen allein über eine 2/3-Mehrheit im Bundestag oder gar eine Partei alleine über eine entsprechende Stimmenmehrheit im Bundesrat. Daher erforderte die

Wahl neuer Richter neben den konsensualen Absprachen über Vorschlagsrechte in aller Regel die Präsentation von Kandidaten, die auch für die jeweilige Opposition oder jedenfalls Teile von ihr wählbar waren. Diese Rahmenbedingungen für die Kandidatenauswahl dürften auch von erheblichem Einfluss auf die seit Jahrzehnten gepflegte **Beratungs-, Entscheidungs- und Entscheidungsbegründungskultur** in den Senaten des Bundesverfassungsgerichts sein, die sich durch Deliberation, Konsenssuche und in aller Regel durch das Streben nach Lösungen auszeichnet, welche von möglichst großen Mehrheiten im Senat getragen werden. Das Zweidrittelquorum ist im Übrigen keine „Erfindung“, um kleine Parteien von einer substantiellen Beteiligung an den Richterwahlen in demokratisch zweifelhafter Weise fernzuhalten. Es soll vielmehr im Gegenteil eine breite demokratische Legitimation der Gewählten sichern.

Sperrminorität und „Versteinerungsargument“

Trotz dieser Bedeutung des Zweidrittelquorums bei der Richterwahl für die Funktionsweise des Gerichts sieht der Entwurf nicht vor, es auf die Verfassungsebene anzuheben. Einer der für diese Zurückhaltung zumeist angeführten Gründe ist die Furcht davor, dass die Richternachwahl versteinern könnte im Falle einer dauerhaften Blockade durch eine oder mehrere Parteien, die im Bundestag oder Bundesrat über eine Sperrminorität von mehr als einem Drittel der Stimmen verfügen. Stünde das Zweidrittelquorum erst einmal im Grundgesetz, käme im Fall einer Blockade durch Sperrminorität die für die Richterwahl dann nur zur Verfügung stehende (einfache) Mehrheit in Bundestag oder Bundesrat nicht mehr von dieser Bedingung los. Denn zu der dafür erforderlichen Änderung des Grundgesetzes fehlte dann die Zweidrittelmehrheit.

Dieses auf den ersten Blick plausibel erscheinende Argument überzeugt bei näherem Hinsehen nicht. Ein unbestritten für bewährt und wertvoll gehaltenes Strukturelement für die Zusammensetzung des Gerichts nur deshalb nicht ins Grundgesetz aufzunehmen, weil man im Krisenfall ansonsten nicht einfach genug wieder davon weg kommt, löst das mögliche Blockadeproblem in die falsche Richtung. Besteht über die Bejahung und Wertschätzung des Zweidrittelquorums im Grundsatz Einigkeit, sollte es wie die anderen Strukturmerkmale auch ins Grundgesetz aufgenommen und so änderungsresistent gemacht werden. Die als mögliche „Versteinerung“

befürchtete Änderungsfestigkeit als Konsequenz einer solchen normativen „Hochzonung“ ist ja gerade Sinn der Aufnahme bestimmter Regelungen in das Grundgesetz, die für Staat und Gesellschaft wesentlich sind. Sie sollen damit dem Änderungszugriff einfacher Regierungsmehrheiten entzogen werden. Eben das wäre auch für das Zweidrittelquorum bei der Richterwahl wünschenswert. Erfahrungen der letzten Jahre in anderen Staaten haben gezeigt, dass der Zugriff auf die Besetzung der dortigen Verfassungsgerichte regelmäßig zu den ersten Maßnahmen neuer Mehrheiten zählte, die sich fundamental gegen eine starke und unabhängige verfassungsgerichtliche Kontrolle der Staatsgewalt richteten. Vor allem aber schützt die verfassungsrechtliche Stärkung des Zweidrittelquorums in Verbindung mit einem ebenfalls auf Verfassungsebene zu etablierenden Blockadelösungsmechanismus vor der näher als das Missbrauchsrisiko liegenden Gefahr, dass im Fall einer Sperrminorität der Weg zur Richterwahl mit einfacher Mehrheit vorgezeichnet wäre.

Blockadelösung statt Aufgabe des Zweidrittelquorums

Statt darauf zu verzichten, das Zweidrittelquorum ins Grundgesetz zu übernehmen, ist dem Versteinerungsargument vielmehr mit einem funktionierenden Blockadelösungsmechanismus zu begegnen. Hierüber besteht Einigkeit unter den Befürwortern der Aufnahme des Zweidrittelquorums in das Grundgesetz. Ein weiteres kommt hinzu und muss in aller Deutlichkeit gesagt sein: Ein Blockadelösungsmechanismus wird ganz genauso benötigt, wenn man das Zweidrittelquorum nicht in die Verfassung schreiben will. Die Gefahr einer Blockade ist – wegen des Zweidrittelquorums im Bundesverfassungsgerichtsgesetz – bereits jetzt so real, wie sie es bei der dringend erforderlichen Übernahme des Quorums ins Grundgesetz wäre. Sollte es zu einer solchen Sperrminorität kommen, wäre es freilich zunächst die demokratische Aufgabe und Pflicht aller Parteien, Kandidaten für neu zu besetzende Richterämter zu finden, die die erforderlichen Zweidrittel der Stimmen in Bundestag oder Bundesrat dennoch auf sich vereinigen können.

Sollte dies trotz ernsthaften Bemühens aber über einen längeren Zeitraum nicht gelingen, bedarf es eines verfassungsrechtlich zweifelsfreien und funktionsfähigen Blockadelösungsmechanismus. Ein solcher existiert in der gegenwärtigen einfachgesetzlichen Regelung

nicht, insbesondere nicht in dem eigentlich dafür vorgesehenen § 7a BVerfGG, der letztlich bei einem bloßen Vorschlagsrecht des Bundesverfassungsgerichts endet. Ein eigener Blockadelösungsmechanismus ist auch nicht im Arbeitsentwurf des BMJ als Ergänzung des Grundgesetzes vorgesehen. In die Diskussion zur Resilienzstärkung des Bundesverfassungsgerichts sind verschiedene Vorschläge für einen solchen Mechanismus eingebracht worden, die das Problem in verfassungsrechtlich gut vertretbarer Weise lösen könnten. Sie verdienen im parlamentarischen Verfahren zur Grundgesetzänderung eine vertiefte Diskussion. Hierzu soll es an dieser Stelle unter Verzicht auf Details lediglich bei kurzen Hinweisen auf die diskutierten Modelle sein Bewenden haben: So sei zunächst auf den Vorschlag verwiesen, wonach das Wahlrecht bei einer über ein Jahr andauernden Blockade auf das andere im Grundgesetz ohnehin schon mit der Richterwahl betraute Verfassungsorgan Bundestag oder Bundesrat übergeht. Einen anderen Ansatz wählt [Ferdinand Kirchhof](#), der unter anderem vorschlägt, dass nach zwei vergeblichen Wahlgängen für einen dritten Wahlgang das Bundesverfassungsgericht eine verbindliche Dreierliste vorzulegen hat, aus der bei erneutem Scheitern der Wahl der Erstplatzierte auf der Liste als gewählt gilt. In der Diskussion befindet sich schließlich auch der Vorschlag, nach längerer Nachwahlblockade das Wahlrecht auf ein aus den Präsidien der obersten Bundesgerichte zu bildendes Wahlgremium zu übertragen. Der schlichte Einwand einer Versteinerung des Wahlverfahrens gegen die – eigentlich erwünschte – Übernahme des Zweidrittelanfordernisses ins Grundgesetz greift jedenfalls zu kurz, solange der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht mögliche Blockadelösungsmechanismen ernsthaft in Erwägung zieht.

Der Gesetzgeber wird dabei zu berücksichtigen haben, dass er bei Nichtaufnahme des Zweidrittelanfordernisses ins Grundgesetz nicht nur darauf verzichtet, diese wichtigen statusbildenden Merkmale für das Gericht abzusichern. Er entzieht damit zugleich der gegenwärtig allein einfachrechtlichen Grundlage des Zweidrittelanfordernisses sehenden Augen den Boden und bereitet den Weg zur Richterwahl mit bloß einfacher Mehrheit. Kommt es nämlich zur Dauerblockade einer Richternachwahl durch fundamentaloppositionelle Parteien, kann der Gesetzgeber diese Blockade schon nach gegenwärtiger Rechtslage nicht dadurch beheben, eines der erwähnten Blockadelösungsverfahren auf Ebene des Bun-

desverfassungsgerichtsgesetzes einzuführen. Dem stünde bereits jetzt Art. 94 Abs.1 Satz 2 GG entgegen, wonach die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt werden; dies würde erst recht gelten, wenn allein die Änderungsvorschläge des jetzigen Arbeitsentwurfs des BMJ ins Grundgesetz übernommen würden. Mangels der im Blockadefall für eine Grundgesetzänderung erforderlichen Zweidrittelmehrheit könnte der Gesetzgeber einen Blockadelösungsmechanismus aber auch nicht durch verfassungsänderndes Gesetz einführen. In dieser Zwangslage bliebe ihm nur der mit einfacher Mehrheit durch Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht mögliche Wechsel zur Bestimmung der Richterwahl mit einfacher oder sonst qualifizierter Mehrheit. Ob die demokratischen Parteien den faktischen Zwang zu einer solchen Lösung wirklich erzeugen wollen, sollte offen diskutiert werden.

Sicherung von Organisation und Verfahren

Mindestens ebenso problematisch wie das Verschweigen zur Zweidrittelmehrheit ist das Fehlen der dritten Säule in dem Arbeitsentwurf zur verfassungsrechtlichen Festigung der Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Der Entwurf sieht offenbar keine Vorkehrungen zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegen nachteilige Änderungen von Zuständigkeiten, Organisation und Verfahren des Gerichts vor. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre in einer ganzen Reihe anderer Staaten haben gezeigt, dass neue illiberale Mehrheiten unliebsame Verfassungsgerichte auf der prozeduralen Ebene auch mit scheinbar unbedeutenden Gesetzesänderungen empfindlich in ihrer Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen oder gar völlig lahmlegen können. Dies ist in den vergangenen Monaten und Jahren oft näher illustriert worden und braucht hier nicht wiederholt zu werden. Nun spricht glücklicherweise gegenwärtig nicht viel dafür, dass illiberale, undemokratische Kräfte in absehbarer Zeit Mehrheiten im Bundestag erringen könnten, die es Ihnen erlaubten, das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht gezielt zum Schaden der Funktionsfähigkeit des Gerichts ändern. Auch soll das aktuelle Vorhaben zur Änderung des Grundgesetzes ja nicht primär der Gefahrenabwehr, sondern der nach 75 Jahren Grundgesetz angemessenen Verfestigung seiner Stellung als Gerichtshof des Bundes und Verfassungsorgan dienen. Gleichwohl drängt sich auf, die beabsichtigte Ergän-

zung der Bestimmungen über das Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz zu nutzen, die Funktionsfähigkeit des Gerichts gegen Einflüsse mit dysfunktionaler Zielrichtung in einem Zeitpunkt zu schützen, in dem noch keine konkreten Gefahren drohen, solche aber auch nicht völlig aus der Luft gegriffen sind. Ist es nicht auf jeden Fall besser, die Widerstandsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch normative Absicherung auf Verfassungsebene, soweit nach reiflicher Diskussion für angemessen und richtig befunden, in Ruhe zu stärken als in Krisensituationen unter dem Druck akuter Gefährdungen und in Zeitnot?

Auch dies sollte in dem anstehenden Gesetzgebungsverfahren offen diskutiert werden. Vorschläge zur Sicherung des Gerichts auf organisatorischer und prozeduraler Ebene liegen ebenfalls bereits vor. Recht weitgehend in der Verknüpfung von Gericht und Gesetzgeber scheint dabei allerdings die Überlegung, alle Änderungen des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zwingend an dessen Zustimmung im Plenum zu binden. Würde der Zustimmungsvorbehalt auf wesentliche, die Funktionsfähigkeit des Gerichts berührende Änderungen von Organisation und Verfahren beschränkt, handelte man sich für die zurückgenommene Einbindung des Gerichts in das Gesetzgebungsverfahren schwierige Auslegungsfragen ein und verlangte zudem auch in dieser Variante eine für das Gericht ansonsten untypische, nicht auf die Prüfung der Verfassungswidrigkeit einer Norm beschränkte rechtspolitische Entscheidung über die verfassungsprozessuale Sinnhaftigkeit einer Regelung. Das würde letztlich auch für eine noch weiter zurückgenommene Variante gelten, in der dem Bundesverfassungsgericht bei Änderungen des Gesetzes lediglich ein Einspruchsrecht eingeräumt würde, das vom Gesetzgeber erst in einem weiteren Verfahrensschritt, dann etwa mit qualifizierter Mehrheit, überwunden werden könnte. Unabhängig von der Einbindung in Verfahren zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht müsste das Gericht freilich gegebenenfalls über die allein verfassungsrechtliche Frage entscheiden, ob eine Änderung zur Zuständigkeit, Organisation oder zum Verfahren mit dem Grundgesetz vereinbar ist oder womöglich wegen einer substantiellen Bedrohung für die Funktionsfähigkeit des Gerichts gegen

das Grundgesetz verstößt und nichtig ist. Hierzu könnte das Gericht in einem Normenkontrollverfahren oder im Rahmen einer Inzidentprüfung in einem anhängigen Verfahren berufen sein.

Eine effektive und mit minimalem Änderungsaufwand umsetzbare Lösung zur Verfahrenssicherung für das Gericht könnte darin liegen, das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in ein durch den Bundesrat zustimmungsbedürftiges Gesetz zu überführen. Dieser Vorschlag ist Anfang Februar 2024 in einer gemeinsamen Erklärung der Vorsitzenden der Justizministerkonferenz und der Koordinatoren der A- und B-Länder unter Hinweis auf die von der Justizministerkonferenz im November 2023 eingesetzten Bund-/Länder-Arbeitsgruppe „Wehrhafter Rechtsstaat“ und deren Arbeit an einem Entwurf zur Stärkung des Bundesverfassungsgerichts in die öffentliche Diskussion eingebracht worden. Die Probleme der vorstehend angesprochenen Varianten im Falle einer Beteiligung des Gerichts am Gesetzgebungsverfahren würden bei dieser Lösung vermieden und das Gericht behielte seinen angestammten Platz einer bloßen Anhörung in Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Der Bundesrat wäre in solche Gesetzgebungsverfahren mit deren Zustimmungspflichtigkeit dann nicht primär zum Schutz föderaler Interessen, sondern zum Schutz des Bundesverfassungsgerichts eingebunden.

Der richtige Zeitpunkt ist jetzt

Nach 75 Jahren Grundgesetz und weit über 70 Jahren Bewährung des Gerichts unter dieser Verfassung ist es an der Zeit, die anerkannten strukturbildenden Regeln über die Besetzung und den Status des Gerichts und seiner Rechtsprechungstätigkeit vom Gesetz über das Bundesverfassungsgericht in das Grundgesetz zu übernehmen. Damit wird zugleich seine Widerstandsfähigkeit gegen mögliche Störungs- und Schwächungsversuche der höheren Änderungsfestigkeit verfassungsrechtlicher Regelungen entsprechend gestärkt. Dem späteren Vorwurf, dies nicht getan zu haben, als noch Zeit und die erforderlichen demokratischen Mehrheiten dafür da waren, sollte man sich nicht ohne Not aussetzen.

Bettina Heiderhoff

Lobgesang auf den biologischen Vater als Störgeräusch



doi: 10.59704/8b92819a9f428035

Kontext

Das BVerfG hat mit [Urteil vom 9. April 2024](#) der Verfassungsbeschwerde eines biologischen Vaters stattgegeben, der nach geltendem Recht die Stellung als rechtlicher Vater nicht erhalten konnte. Der Fall war klar gelagert und erwartungsgemäß hat das BVerfG einzelne Regelungselemente des Vaterschaftsanfechtungsrechts für verfassungswidrig erklärt. Das konkret betroffene Problem war seit langem bekannt und sollte mit der Abstammungsreform ohnehin gelöst werden. Die Entscheidung war insofern zwar wichtig, aber rechtlich nicht allzu interessant, zumal auch der Begründungsweg des BVerfG – über die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – am Ende eher vorsichtig ist.

Es gibt andere Gründe für die große Aufmerksamkeit, die die Entscheidung erhält. Denn das Urteil kann sich auf die anstehende Reform des Abstammungsrechts auswirken, mit der insbesondere endlich die Abstammung von zwei Frauen ermöglicht werden soll. Auch wenn sich das BVerfG zur doppelten Mutterschaft in keiner Weise direkt äußert, muss man das Urteil auch vor diesem Hintergrund lesen. Indem das BVerfG unnötig viele fast schon pathetische Sätze zur Bedeutung der biologischen Vaterschaft formuliert und zudem – gebetsmühlenartig – die Einführung der Mehrelternschaft (mit zwei Vätern!) vorschlägt (3., 4., und 5. Leitsatz), scheint es hier nicht verfassungsrechtlichen, sondern eher politischen Einfluss nehmen zu wollen.

In diesem Kontext kann man kaum übersehen, dass das BVerfG die jeweils bereits im März 2021 gestellten Normenkontrollanträge des [Kammergericht Berlin](#) und des [Oberlandesgericht Celle](#) zur doppelten Mutterschaft und zur Verfassungswidrigkeit des § 1592 Nr. 1 BGB laut seines Jahresplans für 2024 noch nicht einmal in Angriff genommen hat.

Hier soll daher vor allem die Bedeutung der Entscheidung für die Reform des Abstammungsrechts analysiert werden.

Das Problem bei der Vaterschaftsanfechtung

Konkret ging es in der Entscheidung darum, dass die geltende Anfechtungsregelung für biologische Väter Lücken aufweist. Das war seit Jahren bekannt und es war gut, dass endlich ein klarer Fall bis zum BVerfG geführt wurde. Das BVerfG hatte schon in dem [grundlegenden Beschluss von 2003](#) ausgesprochen, dass der biologische Vater Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist. Es hatte damals entschieden, dass der biologische Vater die Möglichkeit erhalten muss, rechtlicher Vater zu werden, wenn „dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht“.

Die vom Gesetzgeber daraufhin eingeführte Regelung hat aber Lücken. Im vorliegenden Fall hatte der biologische Vater schon versucht, die rechtliche Vaterstellung einzunehmen, als es noch gar keinen anderen rechtlichen Vater gab. Das Gerichtsverfahren zog sich jedoch so lange hin, dass zum relevanten Zeitpunkt – nämlich beim Schluss der letzten Tatsacheninstanz – eine sozial-familiäre Beziehung zwischen einem anderen Mann (der die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt hatte) und dem Kind entstanden war. Damit schied die Anfechtung nach § 1600 Abs. 2 und 3 BGB aus. Dagegen erhob der biologische Vater Verfassungsbeschwerde (zu einem verwandten Fall auch schon der [Beschluss des BVerfG](#) aus 2018).

Das BVerfG nutzt den Anlass, um klarzustellen, dass die Einschränkungen des Anfechtungsrechts für den biologischen Vater insgesamt nicht verhältnismäßig seien. „Gegenwärtige oder frühere eigene sozial-familiäre“ Beziehungen des biologischen Vaters sowie dessen „frühzeitiges und konstantes Bemühen um die rechtliche Vaterschaft“ müssten stärker berücksichtigt werden (Rn. 89).

Das BVerfG geht insgesamt aber zurückhaltend vor. Es bestätigt überzeugend, dass es letztlich um den Schutz des Kindes gehe, welches stabile Abstammungsverhält-

nisse brauche. Es sagt daher mehrmals und ganz klar, dass der biologische Vater nicht immer die Möglichkeit erhalten muss, rechtlicher Vater zu werden (z.B. Rn. 49, 51, 90, 101).

Abstammungsreform

Das [Eckpunktepapier](#) zur Abstammungsreform vom 16. Januar 2024 steht mit den Aussagen des BVerfG im Einklang.

In Bezug auf die Vaterschaftsanfechtung werden dort zwei neue Regelungen vorgeschlagen. Zum einen soll es nicht mehr zulässig sein, dass ein anderer Mann die Vaterschaft anerkennt, während ein Mann das Vaterschaftsfeststellungsverfahren betreibt. Zum anderen soll in den Fällen, in denen sowohl der rechtliche als auch der nur biologische Vater eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind haben, ein Gericht darüber entscheiden, welche Verbindung stabiler ist, und dementsprechend bestimmen, wer Vater des Kindes wird. Das BVerfG scheint hiergegen keine Bedenken zu haben (Rn. 76).

Das BVerfG spricht allerdings auch den schwierigen Fall an, dass die sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater nach Abschluss des Anfechtungsverfahrens endet (Rn. 96). Es meint, hier stünden einem erneuten Anfechtungsrecht des biologischen Vaters keine relevanten Interessen des Kindes mehr entgegen. Das kann man jedoch allenfalls dann vertreten, wenn es keinen Wechsel in der Sorgeberechtigung gibt – also wenn der rechtliche Vater nicht mehr sorgeberechtigt ist und der biologische Vater nicht sorgeberechtigt werden soll. Selbst dann wird oftmals noch der Umfang des Unterhaltsanspruchs betroffen sein – und außerdem das Persönlichkeitsrecht des Kindes, für welches nicht nur die biologische, sondern auch die rechtliche Abstammung eine Bedeutung haben dürfte.

Selbst wenn man dem BVerfG hier dennoch folgen wollte, löst das Eckpunktepapier jedenfalls auch dieses Problem angemessen. Es sieht vor, dass eine Gerichtsentscheidung einmalig festlegt, wer die rechtliche Vaterschaft einnimmt, und dazu die Stabilität der Beziehung prognostiziert. Dies ist gegenüber einer wiederholten Anfechtung bei weitem vorzugswürdig.

Auswirkungen auf die doppelte Mutterschaft

Bei der Einführung der doppelten Mutterschaft ist zentral, welche Rechtsstellung der biologische Vater ein-

nimmt. Klar ist, dass seine Rechtsstellung gegenüber einer rechtlichen Mutter derjenigen gegenüber einem rechtlichen Vater entsprechen muss. Das ist für die doppelte Mutterschaft ein großes Problem, weil damit immer die Anfechtung durch den biologischen Vater droht, falls das Kind nicht durch ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung der Frau mittels anonymer Samenspende gezeugt wurde.

Wenn das BVerfG gerade jetzt wiederholt die Mehrelternschaft vorschlägt, schürt das Ängste und ist völlig kontraproduktiv. Die Mehrelternschaft ist zwar eine großartige Idee, um zukünftig in *einvernehmlichen* Fällen Familien mit zwei Müttern und einem oder zwei weiteren Elternteilen (also gerade auch dem biologischen Vater) zu ermöglichen. Es ist insofern ganz wunderbar, dass das BVerfG endlich explizit ausgesprochen hat, dass Art. 6 Abs. 2 GG eine Mehrelternschaft zumindest im Grundsatz erlaubt. Die Regierungskoalition beabsichtigt ihre Einführung aber überhaupt nicht und das ist aus Zeitgründen auch vernünftig. Die gesetzliche Ausgestaltung der einvernehmlichen Mehrelternschaft würde nämlich jedenfalls große Vorbereitungsarbeiten erfordern. Die Einführung der doppelten Mutterschaft ist dagegen einfach, sie kann und muss jetzt schnell erfolgen. Wollte man nun gar die „zwangsweise“ Mehrelternschaft mit dem biologischen Vater vorsehen, so würden darüber hinaus Verwerfungen in allen Bereichen entstehen. Vor allem scheint das BVerfG durchgehend anzunehmen, dass mit der Abstammung auch eine (gewisse?) sorgerechtliche Position mit erworben würde. Die dadurch notwendige Kommunikation und Einigung zwischen drei unfreiwillig kooperationspflichtigen Erwachsenen würde eine hohe und unnötige Belastung – sowohl für die Zeit nach der Geburt als auch für das ganze Leben des Kindes – mit sich bringen. Der vom BVerfG gezogene Vergleich zu Kindern in Stieffamilien trägt hier kaum (Rn. 43, 61, 70).

Zentral für die Reform ist somit nicht die Mehrelternschaft, sondern vielmehr die Frage, wie der biologische Vater wirksam auf die rechtliche Vaterstellung verzichten kann. Zu Hürden für einen solchen Verzicht hat sich das BVerfG vorliegend nicht geäußert, obwohl es dies angesichts seiner ansonsten sehr breiten, über den Fall hinausgehenden Ausführungen hätte tun können.

Wenn man aus den Aussagen des BVerfG etwas für die Reform mitnehmen will, so ist es die Ermahnung, das Kindeswohl immer ganz zentral im Blick zu behalten. Bei der geplanten Reform kann das an einem Punkt

noch verbessert werden. Das Eckpunktepapier sieht vor, dass vor der Zeugung getroffene Vereinbarungen über die Elternstellung (und ebenso auch die bewusste Anerkennung durch einen nicht-biologischen Elternteil) immer vollständig irreversibel sind. Das kann aus Sicht des Kindes nicht ganz richtig sein. In solchen Fällen kann es nämlich vorkommen, dass ein biologischer oder ein stabiler sozialer Elternteil für die Übernahme der Verantwortung bereitsteht – und zwar vielleicht sogar schon bei der Geburt. Diesen hier auszuschließen und stattdessen auf das Weitergelten der einmal getroffenen Willensentscheidung zu beharren, obwohl man dem Kind damit die Chance nimmt, dass Abstammung und gelebte Elternverantwortung übereinstimmen, ist ein Fehler.

Schluss

Durch die vielfachen Hinweise auf die Mehrelternschaft und die starke Hervorhebung der Grundrechtsträgerschaft des biologischen Vaters wirkt das Urteil nicht nur

wie eine Verbeugung vor der Lobby der gut vernetzten biologischen Väter. Es erscheint auch wie ein gezielter Eingriff in den laufenden Prozess der Abstammungsreform.

Daher sei noch einmal mit Nachdruck gesagt, dass das Urteil in Bezug auf die Rechtsstellung des biologischen Vaters letztlich in bekannten und erwarteten Bahnen bleibt, und mit dem gegenwärtigen Eckpunktepapier in jeder Hinsicht vereinbar ist. Das BVerfG betont wiederholt, dass die Mehrelternschaft keinesfalls zwingend sei und dass ein Ausschluss des biologischen Vaters von der Anfechtung grundsätzlich möglich ist.

Für die geplante Abstammungsreform ist es wichtig, die sonstigen, rein rechtspolitischen Ausführungen des BVerfG als solche einzuordnen und den Bedenkenträgern nun keinen zusätzlichen Raum zu geben. Die Störgeräusche sind näher besehen nur ein rechtspolitischer Begleitgesang.

Insgesamt heißt es daher: Nun erst recht Daumen drücken für die Abstammungsreform!

Tobias Mast, Wolfgang Schulz

Trau, Schau, Link!

doi: 10.59704/47bf6815cbb70f19



Das BVerfG hat auf eine Verfassungsbeschwerde des Onlinejournalisten Julian Reichelt hin am Dienstag nach sehr kurzer Verfahrensdauer eine ihn betreffende einstweilige Anordnung des Berliner Kammergerichts materiellrechtlich überzeugend aufgehoben. Indem es die Zulässigkeitsvoraussetzungen äußerst großzügig und seine eigene Kontrolldichte äußerst engmaschig interpretierte, dürfte das Gericht beträchtliche Anreize dafür gesetzt haben, sich in äußerungsrechtlichen Fällen auch ohne besonderen Zeitdruck von nun an frühzeitig an es zu wenden.

Entwicklungshilfe für Afghanistan oder die Taliban?

Nach dem Vormarsch der Taliban in Afghanistan im Jahr 2021 leistete das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) weiter Entwicklungshilfe in Millionenhöhe an ausgewählte Organisationen im Land. Reichelts Onlinemedium griff diesen Umstand mit der Überschrift „Deutschland zahlt wieder Entwicklungshilfe für Afghanistan“ auf, woraufhin Reichelt selbst auf seinem X-Kanal auf den Bericht verlinkte mitsamt der Kurznachricht: „*Deutschland zahlte in den letzten zwei Jahren 370 MILLIONEN EURO (!!!) Entwicklungshilfe an die TALIBAN (!!!!!). Wir leben im Irrenhaus, in einem absoluten, kompletten, totalen, historisch einzigartigen Irrenhaus. Was ist das nur für eine Regierung?!*“

War damit nun auf X behauptet, es seien deutsche Gelder direkt die Taliban geflossen, oder auf den Umstand hingewiesen, das Talibanregime könne indirekt von den ins Land geflossenen Geldern profitieren? Das BMZ versteht die Äußerung im ersten, Reichelt im zweiten Sinne. Nachdem die Bundesrepublik für das BMZ erfolglos abmahnte, beantragte sie eine Unterlassungsverfügung im Eilverfahren, womit sie erstinstanzlich vor dem Landgericht Berlin (Az. 27 O 410/23) scheiterte, auf ihre sofortige Beschwerde hin allerdings vor dem Kammergericht obsiegte (Az. 10 W 184/23). Letzteres interpretierte Reichelts Aussage als unwahre Tatsachenbehauptung, das BMZ würde dem Talibanregime Gelder zukommen

lassen. Reichelt bemühte daraufhin weder im Eil-, noch im Hauptsacheverfahren fachgerichtlichen Rechtsschutz, sondern erhob am 12. Dezember 2023 eine auf Art. 5 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 2290/23) und bekommt nun schon nach vier Monaten für ihn erfreuliche Post aus Karlsruhe.

Internetspezifische Kommunikationsgrundrechtsdogmatik

In der Sache weist das BVerfG die sich auf den von Reichelt verfassten Kurztext fokussierende Argumentation des Kammergerichts zurück. Den Inhalt des Onlinemediums ignorierte letzteres ähnlich der tradierten Titelseitenleser/Kioskleser-Rechtsprechung und stellte im Hinblick auf die verlinkte Artikelüberschrift lediglich darauf ab, dass diese der Deutung, Deutschland zahle an die Taliban, nicht von vornherein entgegenstehe.

Das BVerfG deutet dagegen entsprechend der spezifischen Darstellungsweise und Rezeptionsgepflogenheit des Kurznachrichtendienstes:

„Aus der Sicht eines Durchschnittslesers war es bereits angesichts der wiedergegebenen Vorschau des verlinkten Artikels ein hervorstechendes Anliegen des Beschwerdeführers, zwischen seiner Kurznachricht und einem hiermit verlinkten Nachrichtenartikel auf „(...)“ einen inhaltlichen Bezug herzustellen. Wird für die Kontextbestimmung einer Äußerung eine hierin für den Rezipienten erkennbar in Bezug genommene, inhaltlich sogar unmittelbar wahrnehmbare Schlagzeile eines Nachrichtenartikels ausgeblendet, verfehlt bereits dies die sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ergebenden Anforderungen an die Deutung umstrittener Äußerungen.“ (Rn. 35)

Das überzeugt im Einzelfall und dürfte auch fortan dafür sensibilisieren, die dem jeweiligen Kommunikationsdienst inhärenten Wahrnehmungs- und Verbreitungs-

dalitäten bei der Deutung einer Äußerung in den Blick zu nehmen. Mit seinen neuartigen Möglichkeiten, Eigen- und Fremdinhalte zu verknüpfen, wird der *Kontext* besonders relevant. Dieser ist verfassungsrechtlich maßgeblich für die Deutung einer umstrittenen Äußerung, ihn zu bestimmen wird aufgrund der Verweisungsstrukturen der Online-Kommunikation aber zunehmend schwierig. Damit steht die Frage im Raum, was noch zum relevanten Kontext gehört und was nicht – die Kontextgrenze. Dies verweist auf eine weitere Herausforderung internetspezifischer Äußerungsrechtsdogmatik, nämlich inwieweit (welche) Gerichte entsprechendes angesichts der Ausdifferenzierung der Nutzungspraktiken selbst beurteilen können, und hängt auch von der Grundfrage ab, inwieweit es sich bei der Perspektive um eine normative oder eine empirisch-vorfindbare handelt und inwieweit die Bildung eines Durchschnitts möglich und sinnhaft ist.

Damit reiht sich die Kammerentscheidung in eine Reihe jüngerer Judikate aus Karlsruhe, die peu à peu Fragmente einer entstehenden kommunikationsgrundrechtlichen Dogmatik unter Digitalisierungsbedingungen produzieren:

- Die Realitäten der Plattformökonomie und algorithmisch forcierten Individualisierung werden als dem publizistischen Wettbewerb und der Meinungsvielfalt tendenziell abträglich gedeutet (BVerfGE 149, 222 (261 Rn. 79) – Rundfunkbeitrag).
- Die gegenüber analog gespeicherten Informationen deutlich längere Auffindbarkeit von Jahre oder Jahrzehnte zurückliegenden Ereignissen über Internetsuchmaschinen werden in den beiden Recht auf Vergessen-Entscheidungen herausgestellt und in ihrer persönlichkeitsrechtlichen Problematik adressiert (BVerfGE 152, 152; 152, 216).
- Die potenziell erhebliche Breitenwirkung von Veröffentlichungen im Internet wird als berücksichtigungsfähig bei Abwägungen zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht anerkannt (BVerfG, NJW 2020, 2622 Rn. 34).
- Die hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich Freunde, Nachbarn und insbesondere auch neue Bekannte über Suchmaschinen suchen und so ein weitgehendes Gesamtbild der veröffentlichten Informationen übereinander erlangen, wird herausgestellt (BVerfGE 152, 152 (211 f. Rn. 147)).
- Die bei schriftlichen Äußerungen gesteigerten Er-

wartungen an Selbstbeherrschung und Zivilität werden auf textliche Äußerungen in sozialen Netzwerken übertragen (BVerfG, NJW 2022, 680 (683 Rn. 36)).

Gesteigerte Prüfungsintensität bei Kommunikationsgrundrechten

Wie aber kam das BVerfG überhaupt dazu, den Bedeutungsgehalt des Tweets derart penibel zu untersuchen? Gerade im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG übte sich Karlsruhe auch bislang nicht unbedingt in Zurückhaltung, begründet dies nun aber in interessanter Weise:

„Da die fallübergreifende Wirkung der Verfassungsrechtsprechung gerade im Bereich der Kommunikationsgrundrechte wegen der Öffentlichkeitsbezogenheit der geschützten Handlungen erhebliche Bedeutung hat und schon einzelne Fehler bei der Auslegung des einfachen Rechts und der Deutung der Äußerung zu einer Fehlgewichtung des Grundrechts führen können, muss allerdings eine gegenüber anderen subjektiven Verfassungsrechten gesteigerte Prüfungsintensität Platz greifen, soll die Freiheit dieser Lebensäußerungen nicht in ihrer Substanz getroffen werden (vgl. BVerfGE 81, 278 <289 f.>)“ (Rn. 33)

Die Senatsentscheidung aus dem Jahr 1990, auf die hier Bezug genommen wird, betraf die Bestrafung nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Verunglimpfung der Bundesflagge durch eine künstlerische Darstellung. Der nunmehr formulierte Maßstab findet sich dort nicht wortlautidentisch, sondern unmittelbar auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG bezogen und unter Hinweis auf die besondere Eingriffsintensität des in Rede stehenden Strafurteils. Beim dortigen Strafurteil hätte es des Sondermaßstabs zur Kontrollintensität gar nicht bedurft, denn die Intensität der verfassungsgerichtlichen Überprüfung sinkt und steigt klassischerweise entsprechend der Intensität des jeweiligen Grundrechtseingriffs (bspw. BVerfGE 59, 330 (334); 119, 1 (22)), so insbesondere bzgl. Art. 5 Abs. 1 GG (BVerfGE 83, 193 (145); 86, 1 (10)).

Bereits in einem Beschluss vom 10. November 2023 belebte die auch vorliegend entscheidende 1. Kammer des Ersten Senats den Maßstab in verschärfter Form wieder und erstreckte diesen auf äußerungsrechtliche

Streitigkeiten vor Zivilgerichten. Dort geschah dies allerdings noch apodiktisch, indem die Kammer schlicht von der „gesteigerten Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Kommunikationsgrundrechte (vgl. BVerfGE 81, 278 <289 f.>)“ sprach (BVerfG, 1 BvR 2036/23 Rn. 20). Nunmehr bemüht es aber die zitierte Begründung, die vom klassischen Je-desto-Paradigma der Grundrechtsintensität abweicht und in ihrer jetzigen Kurzform einige Fragen aufwirft.

Im Maßstab steckt eine doppelte Begründung der hohen Kontrolldichte: Erstens habe grundrechtlich geschützte Kommunikation Öffentlichkeitsbezug und die betreffenden BVerfG-Entscheidungen daher fallübergreifende Wirkung, zweitens sei das einfachrechtliche Äußerungsrecht besonders fehlersensibel und der korrespondierende Grundrechtsschutz daher besonders vulnerabel.

Entsprechend des ersten Aspekts eine besonders breite Wirkung der BVerfG-Entscheidung mit dem Öffentlichkeitsbezug kommunikativer Handlungen herzuleiten, erscheint allerdings nicht eben zwingend. Entscheidungen, die Aussagen betreffend der Verfassungsrechte aller Eltern (Art. 6 Abs. 1, 2 GG), aller Gläubigen (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) oder aller Arbeitnehmenden (Art. 12 Abs. 1 GG) formulieren, dürften auch unter den Bedingungen heutiger Digitalisierung und Plattformisierung mitunter deutlich größere Personenkreise betreffen, als den erlauchten Kreis der sich regelmäßig an tausende Online-Follower wendenden Personen.

Die zweite Begründung ist insoweit interessant, als das Argument, dass bei der Auslegung des einfachen Rechts besonders sensibel vorgegangen werden müsse, klassischerweise für das Primat der sachnäheren Fachgerichtsbarkeit angeführt wurde. Nunmehr wird es um 180 Grad gedreht und grundrechtsschützend gewendet. Auch die dem Argument zugrundeliegende Prämisse einer besonderen Fehlersensibilität ist nicht zwingend. Es fällt nicht eben leicht, sich ein Grundrecht vorzustellen, bei dem *nicht* „schon einzelne Fehler bei der Auslegung des einfachen Rechts [...] zu einer Fehlgewichtung des Grundrechts führen können“.

Überzeugender hätte sich wohl argumentieren lassen, wenn allein auf die spezifischen Herausforderungen der *Äußerungsdeutung* abgestellt worden wäre oder auf die potenziell einschüchternde Wirkung in Bezug auf Staatskritik (vgl. BVerfGE 81, 278 (290); 93, 266 (292, 295 f.)).

Reichelt als Instrument gegen Haldenwang, Paus und Faeser?

Dass die Entscheidung des BVerfG – die ja als Verfassungsbeschwerde und nicht als einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG erging – derart schnell getroffen wurde, kann nach Ansicht mancher nicht verfahrensgegenständig erklärt werden. Als die Bundesministerinnen Nancy Faeser und Lisa Paus im Februar diesen Jahres für ein „Demokratiefördergesetz“ eintraten, einen Aktionsplan gegen Rechtsextremismus vorstellten und Verfassungsschutzpräsident Thomas Haldenwang von staatswohlgefährdenden Äußerungen unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit sprach, trieb das nicht nur [Gerhard Strate](#) „die Schweißperlen auf die Stirn“. Einige, die sich damals echauffierten, meinen nun den entsprechenden Fingerzeig aus Karlsruhe zu erkennen – ob auf X oder, wie Volker Boehme-Neßler, der Faesers Vorgehen in „[Berlin Direkt](#)“ kritisiert hatte, auf [cicero.de](#) („[Ohrfeige für die Innenministerin und den Verfassungsschutzpräsidenten](#)“; vgl. auch Reichelts Anwalt Joachim Steinhöfel auf [faz.de](#): das BVerfG habe der Bundesregierung „[eine Lektion darüber erteilt, was wirkliche Demokratieförderung ist](#)“).

Gegen diesen Verdacht spricht nicht nur, dass Reichelts Tweet sicherlich als vieles bezeichnet werden kann, nicht aber als rechtsextremistisch. Gerade die Maßstäbe zur Staatskritik und „Behördenehre“ werden von der Kammer keinen Deut über den vorherigen status quo weitergetrieben oder zugespitzt, sondern in zwei Randnummern (Rn. 28 f.) unter zutreffendem Verweis auf BVerfGE 93, 266 (292 f.); BVerfG, [Beschluss v. 28.11.2011 – 1 BvR Rn. 24](#)) abgespult. Dass solche Spekulationen geäußert werden, erstaunt dennoch nicht, lassen sie sich doch einem unliebsamen politischen Projekt entgegensetzen und zahlen gleichzeitig auf das verbreitete Narrativ eines immer invasiveren, proaktiv ausgerichteten Verfassungsgerichts ein.

Dem soll hier nicht weiter nachgegangen, sondern stattdessen in äußerungsrechtlicher Hinsicht noch zu den verfassungsgerichtlichen Maßstäben der „Behördenehre“ angemerkt werden, dass hierin ein Hebel bestünde, eine alte Prämisse des staatlichen Äußerungsrechts vom Kopf auf die Füße zu stellen: Die treffende Prämisse, dass Behörden kein Ehrschutz im eigentlichen Sinne zukommt, dass diese aber funktional auf ein Mindestmaß gesellschaftlicher Akzeptanz angewiesen sind, um die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen zu kön-

nen (Rn. 29) sollte auf das jeweilige Aufgabenprofil staatlicher Stellen bezogen und somit differenziert werden. Es könnte auch als Anstoß dafür dienen, die empirieferne und undifferenzierte Annahme einer besonderen Amtsautorität jeglicher hoheitlichen Informationstätigkeit (BVerfGE 138, 102 (115 Rn. 45); 148, 11 (28 Rn. 52); 154, 320 (337 Rn. 50); jüngst ausführlich zur Thematik C. Neumeier, AöR 149 (2024), 1 (44 f. und passim)) staatlicher Stellen aufzugeben. Die in der Rechtsprechungslinie zur „Behördenehre“ liegende Erkenntnis, dass staatliche Stellen teils erheblich darauf angewiesen sind, als glaubwürdige und qualitativ hochwertige Kommunikatoren zu gelten, bildete ein plausibles Fundament um ein zwischen staatlichen Funktionsträgern und Aufgaben differenziertes öffentlich-rechtliches Äußerungsrecht mit unterschiedlich strikten Regulierungsniveaus zu konstruieren. Auf dieser Grundlage würde Amtsautorität nicht mehr als besondere Regulierung erfordernde, per se vorhandene staatliche Machtressource begriffen, sondern als erst durch qualitativ hochwertige Kommunikation langfristig zu hegendes und zu pflegendes Desiderat staatlicher Stellen.

Biegen und Brechen bis zur Erschöpfung?

Kritik erfährt die Entscheidung demgegenüber – allen voran durch Felix Zimmermann auf lto.de – hinsichtlich der Handhabung der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität. Reichelt hätte es offen gestanden, die Zivilgerichte sowohl im Eilverfahren als auch im Hauptsacheverfahren weiter zu befassen und nach den hergebrachten verfassungsgerichtlichen Maßstäben wäre ihm dies wohl auch vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde zuzumuten gewesen.

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hätte er nach §§ 936, 924 ZPO Widerspruch einlegen können, wodurch nicht einmal das in den Augen des BVerfG in seiner Rechtsüberzeugung gefestigte Kammergericht, sondern das erstinstanzlich befassende Landgericht Berlin nach ständiger Rechtsprechung wiederum des Kammergerichts (KG NJW-RR 2008, 520) zur Entscheidung berufen gewesen wäre. Erst gegen dieses Endurteil (§§ 936, 925 Abs. 1 ZPO) hätte die Bundesrepublik wiederum Berufung zum Kammergericht einlegen können (§§ 936, 925 Abs. 1, 511 Abs. 1 ZPO).

Im Übrigen hätte es nahegelegen, Reichelt in seinem nicht eben zeitdringlichen Fall auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen (vgl. BVerfGE 79, 275 (279)). Er hätte die Anordnung der Klageerhebung gem. §§ 936, 926 ZPO beantragen oder eine negative Feststellungsklage erheben können (wahlweise, BGH, Urt. v. 13.12.1984 – I ZR 107/82 – NJW 1986, 1815, oder gar kumulativ, OLG Hamburg, Beschluss v. 20.12.2001 – 3 U 212/01).

Denn bislang galt, dass allein daraus, dass das Gericht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Sach- und Rechtslage nicht lediglich summarisch, sondern eingehend geprüft hat, nicht auf die offensichtliche Aussichtslosigkeit des Hauptsacheverfahrens geschlossen werden darf (BVerfG, BeckRS 2020, 17343 Rn. 10; BVerfG, NJW 2020, 2326 Rn. 9; Niesler, in: BeckOK BVerfGG, 16. Ed. (Dez. 2023), § 90 Abs. 2 Rn. 176). Felix Zimmermann verweist treffend darauf, dass das BVerfG in der Vergangenheit selbst die Funktion der Rechtswegerschöpfung im Hauptsacheverfahren darin erblickt hat eine Entscheidung „zur Nachprüfung durch das Revisionsgericht zu stellen“ (BVerfG, Beschluss v. 13.6.2006 – 1 BvR 2622/05 –, Rn. 11). Auch der für das Äußerungsrecht zuständige VI. Zivilsenat könnte aber dafür sorgen, dass – um den obigen verfassungsgerichtlichen Maßstab zur Prüfungsintensität aufzugreifen – „die Freiheit dieser Lebensäußerungen nicht in ihrer Substanz getroffen“ wird. Von vornherein unzulässig wäre die Revision bzw. die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof jedenfalls nicht gewesen: Das Kammergericht hatte den Streitwert mit 25.000 Euro (Tenor III.) bereits im gegenständlichen Eilverfahren über dem Schwellenwert des § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO festgesetzt.

Man könnte nun darüber mutmaßen, ob die Kammer auch insoweit eine äußerungsrechtliche Sonderdogmatik entwickeln möchte. Dass Gerichte von ihrer bisherigen Deutung einer Äußerung abweichen, mag man als noch unwahrscheinlicher als bei einer bislang eingenommenen Rechtshaltung ansehen. Begründbar wäre all das, aber die Begründung bleibt eben aus. Ohne diese desavouiert die Kammer den zivilprozessrechtlich vorgesehenen Instanzenzug etwas und mutet sich selbst perspektivisch zunehmende Verfahrenszahlen zu. Was die drei Kammermitglieder insoweit tatsächlich bewogen hat, bleibt also ein Rätsel.

Yannik Breuer, Jannik Klein

Full House in Karlsruhe

Tag 1 der mündlichen Verhandlung des BVerfG über die Wahlrechtsreform

doi: 10.59704/345294bbf54d49a7



Gestern begann die mit Spannung erwartete mündliche Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts zur Wahlrechtsreform der Ampel-Koalition. Zwei Tage verhandelt der Zweite Senat über die Frage, ob die Einführung der Zweitstimmendeckung und der Wegfall der Grundmandatsklausel mit dem Grundgesetz vereinbar sind oder nicht. Viel [Prominenz aus Politik](#) und deutscher Staatsrechtlehre¹ sorgen für – so hat es Vizepräsidentin Doris König ausgedrückt – „Full House“ in Karlsruhe. Nach einem humorvollen Auftakt dürften die Beteiligten versuchen, am heutigen zweiten Tag ihre Asse auszuspielen: Verstößt die Zweitstimmendeckung gegen die Gleichheit der Wahl? Lässt sich die Sperrwirkung der 5%-Sperrklausel noch rechtfertigen?

Prozessuale Gemengelage

Gleich drei verschiedene Verfahrensarten werden gleichzeitig verhandelt: zwei abstrakte Normenkontrollverfahren, drei Organstreitverfahren und zwei Verfassungsbeschwerdeverfahren. In der Zulässigkeit wurden im Wesentlichen der Fristbeginn und das Rechtsschutzbedürfnis erörtert. Offenbar hatte die Linksfraktion für ihren Organstreitantrag einen (zu) späten Schriftsatz eingereicht. Den Versuch, insoweit auf das Inkrafttreten des Gesetzes abzustellen, konnte Sophie Schönberger mit dem Wortlaut des § 64 Abs. 3 BVerfGG („bekannt geworden“) erfolgreich parieren. Mit Blick auf das Rechtsschutzbedürfnis dürfte der Organstreitantrag der inzwischen aufgelösten Linksfraktion unzulässig sein, auch wenn Christian Kirchberg eine originelle, aber abwegige Anleihe zur intertemporalen Freiheitssicherung anführ-

te. Ebenfalls wurde thematisiert, inwieweit Parteien von der Zweitstimmendeckung unmittelbar betroffen sind und wann die Beschwerdefrist nach § 93 Abs. 3 BVerfGG in Bezug auf die Überprüfung der 5%-Sperrklausel beginnt. Im Kontext der Organstreitverfahren der Parteien CSU und Die Linke wurde zudem problematisiert, inwiefern in diesen Verfahren nur Rechte aus Art. 21 GG eine Rolle spielen und nicht etwa auch Mängel im Gesetzgebungsverfahren. Einer „*Elfes*-Konstruktion über Art. 21 GG“ konnte der Zweite Senat aber wohl nichts abgewinnen.

Für die Entscheidung werden die Zulässigkeitsfragen im Ergebnis nur von begrenzter (materieller) Relevanz sein: Das abstrakte Normenkontrollverfahren ermöglicht dem Zweiten Senat eine – vorbehaltlich des bisher noch nicht konkretisierten Prüfungsmaßstabs – umfassende verfassungsrechtliche Überprüfung des neuen Wahlrechts.

Überraschend oder gar überhastet?

So überraschend wie der Wegfall der Grundmandatsklausel im Gesetzgebungsverfahren entwickelte sich auch die Länge der Diskussion zur formellen Verfassungsmäßigkeit. Der Zweite Senat schien sich in seinen Fragen erkennbar zu bemühen, seine Ausführungen zum Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens aus zwei Verfahren des letzten Jahres² als restriktive Missbrauchsgrenze zu verstehen. Denn die Antragsteller und Beschwerdeführer rekurrierten wiederholt darauf, sie seien von der Streichung der Grundmandatsklausel erst in der Abstimmungswoche überrumpelt worden und hätten sich insbesondere mit

¹Professor Markus Möstl für die bayerische Staatsregierung, Professor Bernd Grzeszick und Professor Heinrich Lang für die 195 Abgeordneten der CDU-/CSU-Bundestagsfraktion sowie die CDU, Professor Kyrill-Alexander Schwarz für die CSU, Professor Florian Meinel, Professor Christoph Möllers und Professorin Jelena von Achenbach für den Deutschen Bundestag, Professorin Sophie Schönberger für die Bundesregierung sowie Professor Thorsten Kingreen für 4242 Beschwerdeführer im Wege der Verfassungsbeschwerde. Professor Christian Kirchberg und Dr. Gregor Gysi MdB vertreten sowohl die (inzwischen aufgelöste) Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag und die Partei Die Linke als auch 202 Beschwerdeführer im Wege der Verfassungsbeschwerde.

²Zum erfolgreichen [Eilantrag gegen die Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens zum Gebäudeenergiegesetz BVerfG NJW 2023, 2561 ff.](#) Zuvor schon offengelassen bei der [Anhebung der „absoluten Obergrenze“ für die staatliche Parteienfinanzierung](#), siehe BVerfG NVwZ 2023, 407 (409 Rn. 97 ff.).

den weitreichenden Folgen nicht in hinreichender Ausführlichkeit befassen können. Dagegen wiesen die Antragsgegner unbestritten darauf hin, das Wahlrecht sei geschäftsordnungskonform beschlossen und das Verfahren nicht missbräuchlich gestaltet worden.

Einig waren sich alle Verfahrensbeteiligten jedenfalls darin, dass sich der Verfassung keine starren (Mindest-)Fristen in Form von einer konkreten Anzahl an Tagen oder Stunden entnehmen lasse. Während die Vertreter des Bundestages und der Bundesregierung die verfassungsrechtlich – in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG – verbrieft Verfahrenautonomie betonten, hielt dem die Gegenseite mit Blick auf ein zeitliches Beratungsmoment zweierlei entgegen: Zum einen erfordern die Rechte des einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG einen ausreichenden Beratungszeitraum, damit sich jeder einzelne (auch und insbesondere: fraktions- und gruppenlose) Abgeordnete in die neue Materie einarbeiten könne. Zum anderen wurde diskutiert, inwiefern von Verfassungs wegen über die inhaltliche Meinungsbildung des Abgeordneten hinaus auch weitere Zeit für eine Rückkopplung mit der Öffentlichkeit einzuräumen sei.

Neben diesem zeitlichen Aspekt gingen die Meinungen auch darüber auseinander, wie eine inhaltliche Auseinandersetzung auszusehen habe, um eine hinreichende Beratung annehmen zu können, die einer „Überrumpelung“ entgegenstehe. Vizepräsidentin Doris König wies darauf hin, dass die allgemeine Diskussion um die Wahlrechtsreform jedenfalls nicht ausreichen könne. Insofern müsse es auf die konkrete Diskussion mit Blick auf die Grundmandatsklausel ankommen. Ob dazu die Diskussion zur Grundmandatsklausel per se ausreichen könne oder erst konkrete Überlegungen zu den Folgen der Streichung der Grundmandatsklausel im Detail eine hinreichende Beratung darstellen könnten, wurde jedoch nicht übereinstimmend geklärt. Bernd Grzeszick wies zutreffend darauf hin, dass die Grundmandatsklausel in den Sachverständigenanhörungen nur systemqualifizierend, nicht aber ihre Abschaffung diskutiert wurde.

Richterin Christine Langenfeld stellte die Erwägung an, das Änderungsvorhaben bilde mit Blick auf den Wegfall der Grundmandatsklausel aus Anlass der Sachverständigenanhörung doch geradezu den Idealfall der Ausschussarbeit. Die Überlegung, ob die Koalitionsfraktionen im Reformprozess nicht mit der Zusicherung dahingehend, sie würden die Grundmandatsklausel nicht antasten, einen relevanten Vertrauenstatbestand ge-

schaffen hätten, der jedenfalls einer übereilten (Um-)Entscheidung entgegenstehe, trat Jelena von Achenbach mit dem Argument entgegen, der naturgemäß ergebnisoffene und auf Veränderung angelegte Gesetzgebungsprozess, in dem Änderungen funktionsnotwendig seien, sei das genaue Gegenteil von Vertrauen.

Wie bedeutend ist die Wahlkreiswahl?

Nach der Mittagspause kamen die drei Sachverständigen aus der Politikwissenschaft zum Zuge. Während Hans Vorländer (TU Dresden) allgemein zu den Aspekten der Repräsentation, Integration und Legitimation der Wahl ausführte, die schließlich in seinem Postulat eines lesbaren, dauerhaften und fairen Wahlrechts mündeten, zweifelte Frank Decker (Universität Bonn) die hervorgehobene Bedeutung der Wahlkreiswahl aus politikwissenschaftlicher Sicht an. So hätten auch Listenabgeordnete eine starke Wahlkreisbindung, eine Empirie für eine größere Unabhängigkeit der Wahlkreisabgeordneten lasse sich gerade nicht erkennen und meist sei bei der Erststimme eben nicht die Persönlichkeit, sondern die Parteizugehörigkeit ausschlaggebend. Zudem genügen den Wahlkreisbewerbern immer schmalere Siege für einen Mandatsgewinn.

Auf die vermeintlich geringere Legitimation durch schwächere Erststimmenergebnisse verwies auch Thorsten Faas (FU Berlin). Er gestand dem bisherigen Erfolgsmodell der personalisierten Verhältniswahl zwar ein hohes Ansehen zu, sodass Neuseeland dieses System sogar übernommen habe. Gleichwohl könne der Zielkonflikt zwischen Proportionalität, Garantie der Wahlkreis-zuteilung und Sollgröße des Bundestages auch anders aufgelöst werden. Nach dem bisherigen System wurden Abstriche bei der Sollgröße und im Fall von nicht ausgeglichenen Überhangmandaten auch bei der Proportionalität hingenommen. Nun sei das Modell quasi entgegengesetzt, indem lediglich die Wahlkreis-zuteilung nicht garantiert werde, die beiden anderen Ziele aber erfüllt werden.

Klingt plausibel, aber fühlt sich nicht so an

Mit Blick auf den doppelten Boden der Grundmandatsklausel vermochten die Sachverständigen nicht zu begründen, warum nur die Region, nicht aber andere deskriptive oder soziokulturelle Merkmale berücksichtigt werden. Ulrich Maidowski sprach insofern wohl vielen aus

der Seele: „klingt plausibel, aber fühlt sich nicht so an“. Der zweite Verhandlungstag dürfte der Frage nachgehen, wie dieses Gefühl in ein rechtliches Fundament gegossen werden kann. Insofern bieten sich z.B. die Integrationsfunktion der Wahl oder das Bundesstaatsprinzip an. Denn wenn die CSU bei der letzten Wahl an der 5%-Sperrklausel gescheitert wäre, hätte nicht nur sie keine Abgeordneten in den Bundestag geschickt, sondern wäre ganz Bayern überhaupt nur mit 65 statt 98 Abgeordneten vertreten.

Art. 38 Abs. 3 GG zwischen Gestaltungsfreiheit und -grenze

Schließlich wendete sich die mündliche Verhandlung am späten Nachmittag erstmals der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit zu. Kern der Auseinandersetzung war die Frage, wie weit der Gestaltungsauftrag des Art. 38 Abs. 3 GG reicht. Markus Möstl führte zu der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betonten gesetzgeberischen Freiheit aus Art. 38 Abs. 3 GG aus, das Grundgesetz enthalte an dieser empfindlichen Stelle eine missbrauchsanfällige Lücke, die im Interesse des Gebotes der Resilienz der demokratischen Grundordnung zu schließen sei. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers mit Blick auf das Wahlrecht stelle sich demnach als gebundene Freiheit dar. Sie sei insbesondere durch die Integrationsfunktion begrenzt, der nur ein möglichst beständiges Wahlrecht gerecht werde. Der bereits vom VerfGH NRW geforderte sachliche Grund, dem eine Änderung des Wahlrechts dienen müsse, reiche jedoch nicht aus. Vielmehr gelte für Änderungen des Bundeswahlrechts eine gleitende Hürde: Je gravierender die Auswirkungen der Änderungen und je weniger konsensual sie beschlossen worden seien, desto schwerer müssten die Gründe für eine Änderung des Wahlrechts wiegen. Die Nachfrage der Vizepräsidentin Doris König zur normativen Verortung dieser Hürden spielte Markus Möstl an den Zweiten Senat zurück: „Das ist jetzt Ihre Aufgabe.“

Heinrich Lang versuchte, den Zweiten Senat von einem vollkommen neuen dogmatischen Konzept zu überzeugen. Danach sei die Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nur der Maßstab für einfache Wahlrechtsmodifikationen. Im Falle eines Systemwechsels könne dieser Gleichheitsmaßstab für eine derart grundlegende Änderung gerade nicht bemüht werden. Diese Maßstabs-lücke müsse unter Zuhilfenahme der aus Art. 21 Abs. 1

GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Chancengleichheit der Parteien geschlossen werden. Dieser Maßstab enthalte – nur, aber immerhin – das Verbot einer den politischen Wettbewerb beeinträchtigenden Gegnerbenachteiligung. Trotz des argumentativen Aufwands komme es darauf hier aber nicht an, weil schon kein (echter) Systemwechsel vorliege.

Dem zeigten sich nicht nur die Prozessvertreter der Antragsgegner skeptisch gegenüber, die darauf verwiesen, es sei gerade die in Art. 38 Abs. 3 GG adressierte Aufgabe des Gesetzgebers, durch Operationalisierung und Konkretisierung der Wahlrechtsgrundsätze die Wettbewerbsbedingungen innerhalb einer vielfältigen Parteienlandschaft auszugestalten. Auch die Mitglieder des Zweiten Senats hinterfragten die wenig konkreten und besonders auslegungsbedürftigen Topoi des dogmatischen Konzepts.

Gleichwohl wurde verschiedentlich von der Richterbank aus die Erwägung aufgegriffen, ob die Integrationsfunktion eine Grenze des Gestaltungsspielraums darstellen könne. Dem trat insbesondere Sophie Schönberger unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG entgegen, die dem Gesetzgeber (sogar) eine Systemwahlentscheidung zubillige. Wenn man einen rechtfertigenden Grund für die Änderung fordere, müsse man erklären, was der Wert der Rechtfertigung sei, also was genau der sachliche Grund rechtfertigen müsse. Diese Annahme liefe mithin auf eine „politische Totalkontrolle des BVerfG“ hinaus.

Entscheidend ist die Subsumtion

Der erste Verhandlungstag dürfte noch keine Entscheidung vorzeichnen. Der Zweite Senat neigt wohl dazu, weder seine Rechtsprechung bei (vermeintlich) überhausteten Gesetzgebungsverfahren auszuweiten noch eine neue Maßstabsbildung im Kontext des Art. 38 Abs. 3 GG vorzunehmen. Entscheidend wird die Subsumtion der Zweitstimmendeckung und der 5%-Sperrklausel unter die bereits bekannten Maßstäbe der Wahlrechtsgrundsätze sein.

In einer früheren Version dieses Textes war von einer „Lüth-Konstruktion über Art. 21 GG“ anstatt von einer „Elfes-Konstruktion“ die Rede. Die Stelle wurde entsprechend korrigiert.

Yannik Breuer, Jannik Klein

Karlsruhe hat die Wahl

Tag 2 der mündlichen Verhandlung des BVerfG über die Wahlrechtsreform

doi: 10.59704/33f60e2a8d411ba0



Vom „Moin“ im Norden bis zum „Grüß Gott“ im Süden – wie viel flächendeckende Repräsentation erfordert das Wahlrecht? Am zweiten Tag der mündlichen Verhandlung zur Wahlrechtsreform ging es um genau diese Frage. Denn das Zusammenspiel aus Zweitstimmendeckung und 5%-Sperrklausel ohne Grundmandatsklausel kann zu einer Vielzahl an verwaisten Wahlkreisen und damit unterrepräsentierten Regionen führen. Aber ist dieses politische Problem auch ein rechtliches?

Nach dem [Warm-up am Dienstag](#) folgte eine inhaltlich anspruchsvolle und teils mit Pathos geführte Debatte. Nahezu alle Prozessbevollmächtigten hatten ihre Position bereits vor der mündlichen Verhandlung dargelegt.¹ Spannend war insofern vor allem, welche Nachfragen die Verfassungsrichter stellen und ob sich eine Dynamik in der Diskussion entwickelt. Dem Zweiten Senat des BVerfG kommt nun die Aufgabe zu, die dem Gesetzgeber nicht gelungen ist: eine integrierende Entscheidung über das Wahlrecht im Konsens. Dabei lässt er sich kaum in die Karten schauen.

Systemwechsel: Ja oder nein?

Grundlegende Uneinigkeit besteht zwischen beiden Seiten schon über die Frage, ob sich das System von der personalisierten Verhältniswahl hin zu einer reinen Verhältniswahl gewandelt habe. Die Antragsteller gehen weiterhin von einer Verhältniswahl mit einem mehrheitswahlrechtlichen Element aus. Zwar behaupte § 1 Abs. 2 S. 1 BWahlG, das eine Verhältniswahl vorliege, bei der Bewertung komme es aber nicht auf das semantische Narrativ, sondern auf die normative Substanz an. Der überlebende Aspekt der Mehrheitswahl liege in der legitimatorischen Bedeutung der Wahl mit Mehrheit im Wahlkreis, die sich im Vorrang bei der Sitzvergabe nur für Wahlkreissieger zeige. Zudem spreche das BWahlG explizit von einer Erststimme für die Wahl, nicht nur von einer Vorauswahl. Dagegen verwirkliche die Wahlrechtsreform nach Ansicht

der Antragsgegner ein reines Verhältniswahlrecht. Die Erststimme vermittele keine eigenständige, sondern nur noch eine bedingte Legitimation. Es reichen eben nicht mehr nur die meisten Stimmen im Wahlkreis aus, vielmehr gebe es mit der Zweitstimmendeckung eine zweite Bedingung für die Mandatsvergabe; insofern liege eine kumulative Zulassungsregel vor.

Ungleichbehandlung der Wählerstimmen?

Nur wenn man sich diese fundamental entgegengesetzten Ansichten der Beteiligten vergegenwärtigt, lassen sich die besonders weit auseinanderdriftenden Annahmen zur gleichheitsrechtlichen Bewertung nachvollziehen: Während Bundestag und Bundesregierung vom „gleichsten Wahlrecht“ aller Zeiten ausgehen, kritisierten die Antragsteller – den mehrheitsrechtlichen Gleichheitsmaßstab in sich konsequent angewendet – eine Ungleichbehandlung in gleich dreierlei Hinsicht: Ungleich würden sowohl die Wählerstimmen als auch die Bewerber sowie die Parteien behandelt. Denn die mehrheitswahlrechtliche Gleichheit werde aus Gründen beeinträchtigt, die außerhalb der Mehrheitswahl im Wahlkreis liegen, nämlich in der ausreichenden Deckung mit Zweitstimmen. Selbst wenn aber ein reines Verhältniswahlsystem angenommen werde, wäre die Erfolgswertgleichheit der Zweitstimmen berührt, weil die Zuteilung der Sitze vorrangig an die Wahl im Wahlkreis anknüpfe. Richterin Christine Langenfeld offenbarte, dass sie an dieser These „ziemlich herumknacke“. Die Nachfragen zeigten, dass die Richterbank auf die Ungleichbehandlung der Bewerber (im Vergleich zu ihren Parteikollegen in anderen Wahlkreisen) und Parteien (systemimmanente Benachteiligung von Parteien mit hohem Erststimmenumfang?) eher skeptisch blickt, die rechtliche Beurteilung der Ungleichbehandlung der Wählerstimmen jedoch das Verfahren wohl maßgeblich entscheiden dürfte.

Dem hielt die Gegenseite – ebenfalls konsequenter-

¹V. Achenbach/Meinel/Möllers, [Ausschussdrucksache 20\(4\)171 H](#); Grzeszick NVwZ 2023, 286 ff.; Lang ZRP 2023, 56 ff.; Möstl BayVBl 2024, 1 ff.; Schönberger, [Ausschussdrucksache 20\(4\)171 A](#) und NVwZ 2023, 785 ff.; Schwarz BayVBl 2023, 833 ff.

weise – entgegen, dass eine Ungleichbehandlung nicht bestehen könne, weil beide Faktoren (Erststimmene Mehrheit und hinreichende Zweitstimmendeckung) für alle Wählerstimmen, Bewerber und Parteien in gleicher Weise gelten. Die tatsächliche politische Lage sei dabei nicht zu berücksichtigen; insbesondere die gewachsene Struktur des Zusammenschlusses von CDU und CSU in einer Unionsfraktion könne den verfassungsrechtlichen Maßstab nicht tangieren. Dass das den Senat womöglich nicht vollständig überzeugte, ließen intensive Überlegungen darüber vermuten, inwiefern sich der bestehenden Struktur – etwa in Form der Integrationsfunktion der Wahl – verfassungsrechtliche Relevanz zusprechen lasse. Den Versuch, die Ungleichbehandlung zwischen parteigebundenen und unabhängigen Bewerbern, für die die Zweitstimmendeckung nicht gilt, zu widerlegen, unternahm Christoph Möllers erst gar nicht. Der bloße Verweis auf eine frühere Entscheidung des BVerfG zur zwingenden Möglichkeit von parteiunabhängigen Kandidaten (BVerfGE 41, 399 ff.) dürfte den Richtern als Rechtfertigung aber wohl nicht reichen.

Der Senat lässt sich nicht in die Karten schauen

Bei der Überlegung, wie sich eine Ungleichbehandlung rechtfertigen ließe, setzte sich – wenig überraschend – die Uneinigkeit fort. Als Rechtfertigungsgründe wurden insbesondere das Mehrheitsprinzip, die Integrationsfunktion der Wahl sowie die Funktionsfähigkeit des Parlaments ventiliert. Die Verfahrensbeteiligten diskutierten nicht nur über die tatsächlichen Fragen der Arbeitsfähigkeit, sondern auch darüber, anhand welcher Kriterien sich diese ablesen lasse und welcher Gefährdungsgrad hierbei anzusetzen sei. Streit bestand namentlich über die Intensität der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, also ob es in der alleinigen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers selbst liege, eine Gefährdung festzustellen, oder diesbezüglich ein strikter Kontrollmaßstab des BVerfG geboten sei. Die Senatsmitglieder zeigten an diesem Punkt hingegen kein gesteigertes Interesse, was nahelegt, dass für die internen Beratungen insofern jedenfalls keine grundlegenden Fragen mehr offenstehen. Zu den übrigen Rechtfertigungsgründen trugen die Antragsteller vor, der Gedanke des Mehrheitsprinzips könne eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, weil

dessen Erwartung (es gewinne derjenige mit den meisten Wahlkreisstimmen) durch die zusätzliche Bedingung der hinreichenden Zweitstimmendeckung entwertet würde.

Größeres Interesse zeigten die Verfassungsrichter an der Integrationsfunktion der Wahl, die eine Ungleichbehandlung im Interesse regionaler Repräsentation „vom ‚Moin‘ im Norden bis zum ‚Grüß Gott‘ im Süden“ (so die Berichterstatterin Astrid Wallrabenstein) ermögliche – wenn nicht sogar gebiete. Die Antragsgegner sprachen dieser Erwägung ab, sich als Rechtfertigung zu eignen, da die Integrationsfunktion ein bloßes Hilfsargument und keine eigenständige Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums sei. Dass das jedenfalls Richterin Astrid Wallrabenstein nicht vollständig überzeugte, indizierte die von ihr eingebrachte Überlegung zu einer länderübergreifenden Verrechnung der Zweitstimmen als womöglich milderem Mittel.

Den Aufwand, den der Zweite Senat nicht nur auf die Prüfung einer Ungleichbehandlung, sondern auch auf deren mögliche Rechtfertigung aufwendete, zeigt, dass die Verfassungsrichter hier noch unentschlossen oder jedenfalls uneins sind. Wenn sie einen (echten) Wahlsystemwechsel annehmen, müssten sie insbesondere prüfen, inwieweit Aspekte der Wahlgleichheit als Maßstab zu berücksichtigen sind. Spannend ist dabei insbesondere die von der Richterin Christine Langenfeld erhoffte dogmatische Aufklärung, die der Senat nunmehr selbst leisten muss. Sollte er die gesamte Wahlrechtsreform verwerfen, dürfte zusätzlich herausfordernd werden, das alte Recht zügig anzuwenden. Denn das vorherige BWahlG sah für die nächste Bundestagswahl eine Absenkung auf 280 Wahlkreise vor, auf die sich wegen der „Überschreibung“ durch die neue Reform jedoch weder die Wahlleitung noch die Parteien wirklich vorbereitet haben.

Sollte die Sperrklausel modifiziert werden?

Den zweiten Schwerpunkt bildete die Diskussion rund um die 5%-Sperrklausel. Es mutet etwas komisch an, ausführlich über eine Regelung zu streiten, die das Bundeswahlrecht schon seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland kennt und die vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung (siehe etwa BVerfGE 95, 408 [419]; BVerfGE 131, 316 [344]) immer für zulässig erachtet wurde. 1949 galt die 5%-Sperrklausel noch getrennt für je-

²Seitdem bezog sich die 5%-Sperrklausel lediglich bei der Bundestagswahl 1990 nicht auf das gesamte Wahlgebiet, sondern getrennt auf das bisherige und auf das neu beigetretene Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Dem vorausgegangen war eine Entscheidung des BVerfG, das den Wahlgesetzgeber bei der ersten gesamtdeutschen Wahl des Deutschen Bundestages verpflich-

des Land, seit 1953 bezieht sie sich auf die bundesweit² abgegebenen gültigen Zweitstimmen. Doch das Bundeswahlrecht kannte seit 75 Jahren auch die Grundmandatsklausel als Korrektiv für die Sperrklausel, die Parteien, die mindestens drei Wahlkreismandate errungen hatten, unabhängig vom Überschreiten der Sperrklausel die Teilnahme am Verhältnisausgleich erlaubte. Mit der Wahlrechtsreform fiel die Grundmandatsklausel ersatzlos weg. Insofern stellt sich die Frage, ob mit diesem wegfallenden Korrektiv die Sperrwirkung der 5%-Hürde verschärft wurde und mithin noch gerechtfertigt werden kann.

Thorsten Kingreen argumentierte dazu sowohl auf einer normativen als auch einer faktischen Ebene. Zum einen verstärkte das veränderte normative Umfeld die Wirkung der Sperrklausel. Der Gesetzgeber sei seiner verfassungsrechtlichen und vom BVerfG anerkannten Pflicht zur anlassbezogenen Prüfung aber nicht nachgekommen. Zum anderen zog er einen Vergleich zur Erderwärmung: Die wärmsten, sprich relevantesten Jahre für die Sperrklausel waren die letzten Wahlen, bei denen teilweise über 15% der Zweitstimmen nicht an der Mandatsverteilung teilnahmen. „Wann, wenn nicht jetzt“, sei eine Überprüfung der 5%-Hürde geboten. Auch wenn die von ihm vertretenen Beschwerdeführer formal beantragt haben, die 5%-Sperrklausel ersatzlos zu streichen, wolle er gleichwohl nicht generell die Bedeutung einer Sperrklausel für die Funktionsfähigkeit des Parlaments, sondern nur ihre aktuelle Höhe in Abrede stellen.

Einen anderen Zugang wählten Markus Möstl und Kyrill-Alexander Schwarz, weil sie sich vorrangig weder gegen die Existenz noch die generelle Höhe der Sperrklausel wendeten. Sie betonten vielmehr das Zusammenspiel mit der erforderlichen Zweitstimmendeckung. Insofern werde auch eine Sperrwirkung für die Erststimme erzielt, die eine additive Beschränkung sei und zu einer massiven Unterrepräsentanz einzelner Regionen führen könne. Dem müsse weiterhin durch eine Grundmandatsklausel begegnet werden. Insofern treffe den Gesetzgeber aus dem Prozeduralisierungsgebot auch eine Begründungspflicht für den ersatzlosen Wegfall des Korrektivs zur Sperrklausel. Richterin Christine Langenfeld zeigte sich davon jedoch noch nicht überzeugt. Schließlich schulde der Gesetzgeber üblicherweise nur das Gesetz und nicht – bzw. nur in vom BVerfG aufwendig begründeten Ausnahmefällen – auch seine Begründung.

Auf der Seite der Antragsgegner verteidigte Florian Meinel die 5%-Sperrklausel in ihrer jetzigen Form. Sie sei zu einem zentralen Verfassungsfaktor geworden, der das Parteienspektrum konsolidiert habe und damit die Stabilität des Parteiensystems sowie der Regierungsbildung sicherstelle, gleichwohl aber nicht verhindere, dass sich neue Parteien etablierten. Gerade jetzt müsse die Sperrklausel auch erneut eine Konsolidierung des Parteienspektrums leisten. Eine notwendige Berücksichtigung föderaler Belange verletzte hingegen das Repräsentationsprinzip. Warum Florian Meinel in seiner Argumentation häufig auf die Leistungen der 5%-Hürde in der bundesdeutschen Geschichte verweist, Erwägungen in Bezug auf die gegebene, historisch gewachsene Parteienlandschaft jedoch nicht gelten lässt, scheint zumindest auf den ersten Blick widersprüchlich. Sophie Schönberger irritierte insofern die sich verändernde Rolle der Integrationsfunktion, die bisher immer als Rechtfertigungsgrund, nicht aber als Argument zur Gebotenheit fungierte.

Der Senat ging in seinen Nachfragen nicht nur zweifellos von einer Verschärfung der Sperrwirkung aus, sondern zeigte auch deutlich seine Sorgen mit Blick auf die faktischen Auswirkungen. Richter Ulrich Maidowski brachte seine Besorgnis schon am Vortag zum Ausdruck, Richter Hölger Wöckel sprach von einer desintegrativen Wirkung und auch die übrige Richterbank verwies wiederholt auf die historische Entwicklung und aktuelle Realität. Insofern dürfte sich die Beratung im Senat wohl nicht mehr um das Ob der Beanstandung der 5%-Sperrklausel, sondern „nur noch“ um den entsprechenden verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt und die sich daraus ergebende Rechtsfolge drehen. Vizepräsidentin Doris König fragte die Prozessbevollmächtigten gleich mehrfach nach ihrer Einschätzung zu einer 3%-Sperrklausel. Richterin Rhona Fetzter knüpfte mit dem Begriff der besonderen Umstände wohl an eine frühere Entscheidung des BVerfG an (BVerfGE 82, 322 [339]) und stellte in den Raum, ob mit den veränderten Spielregeln (kumulativ) ein solcher besonderer Umstand gegeben sei. Eine Regionalisierung der Sperrklausel wurde nur kurz erwogen.

Integration statt Politisierung

Integration statt Politisierung

In den abschließenden Statements wurde noch einmal deutlich, wie stark politisiert das Wahlrecht ist – wovon freilich jeder warnte. Dem BVerfG kommt nun die

tete, den auf Rechtsgründen beruhenden besonderen Umständen Rechnung zu tragen, siehe BVerfGE 82, 322 ff.

schwierige Aufgabe zu, nicht nur ein dogmatisch fundiertes und verfassungsrechtlich überzeugendes, sondern zugleich ein gesellschaftlich integrierendes Urteil zu sprechen. Leisten könnte das vor allem eine – im Gegensatz

zur knappen Mehrheit des Gesetzgebers – einstimmige Entscheidung des Gerichts, die einen Ausgleich zwischen den verschiedenen rechtlichen wie auch politischen Ansichten trifft.

Siegmar Lengauer

Sitzen ist keine Gewalt

Eine österreichische Perspektive auf passive Proteste und den Nötigungstatbestand

doi: 10.59704/58378d78ca472ca3



Deutsche Gerichte bestrafen Aktivist*innen der Klimabewegung, die an Sitzblockaden teilnehmen, immer wieder wegen Nötigung. Passives Verhalten ist allerdings keine Gewalt. In Österreich handelt es sich dabei um einen Leitsatz zur Nötigung, der sich in fast allen Kommentierungen und Lehrbüchern zu § 105 österreichisches Strafgesetzbuch (öStGB) findet. Er gehört zum Standardrepertoire. Deshalb hagelt es Kritik, wenn die Justiz in der Alpenrepublik davon vereinzelt abweicht. Nach wie vor ist der österreichische Gewaltbegriff in der sogenannten Körperlichkeitstheorie verankert: Danach muss der Täter zwar nicht unmittelbar mit erheblicher Kraft auf den Körper des Opfers einwirken, weshalb etwa auch das Verabreichen von Betäubungsmitteln Gewalt darstellen kann. Wer aber bloß psychisch auf das Opfer einwirkt, übt keine Gewalt aus. Dasselbe gilt für Sitzblockaden, denn sie zeichnen sich gerade durch den Verzicht auf Kraft Einsatz aus. Gewaltanwendung setzt körperliche Aktivität voraus, das ergibt sich bereits aus dem Wortsinn von „Gewalt“. Der Täter muss schon selbst „Hand anlegen“ – wie es *Bertel/Schwaighofer/Venier* treffend formulieren (*Strafrecht BT I § 105 Rz. 2*). Passiven Widerstand erfasst der Gewaltbegriff hingegen nicht.

Zweite-Reihe-Rechtsprechung

Dieses österreichische Postulat wird bei vielen deutschen Kolleg*innen eher einen Impuls zur Relativierung oder sogar Widerrede auslösen (anders [hier](#)). Immerhin hat doch das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschluss vom 7. März 2011 (*1 BvR 388/05*) die Ansicht des Bundesgerichtshofs (BGH) bestätigt, nach der sich wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 deutsches Strafgesetzbuch (StGB) strafbar machen könne, wer an einer Sitzblockade teilnehme. Gerichte könnten das Sitzen nämlich als Anwendung von Gewalt beurteilen: Im gegenständlichen Fall hatten Demonstrierende sich auf eine Zufahrtsstraße gesetzt und dadurch Fahrzeuglenker*innen den Weg versperrt. Dahinter stauten sich Autos in mehreren Reihen. Auf die Fahrzeugführer*innen in der

ersten Reihe sei dadurch rein psychischer Zwang ausgeübt worden. Jedoch wären die Fahrzeugführer*innen ab der zweiten Reihe wegen der vor ihnen stehenden Autos physisch an der Weiterfahrt gehindert gewesen. Daraus schließt der BGH, dass die Sitzblockade an sich als Anwendung von Gewalt gegen diese Fahrzeugführer*innen zu qualifizieren sei.

Noch einmal zum besseren Verständnis für mich als in Österreich sozialisierter Jurist: Personen, die auf dem Boden sitzen, wenden gegenüber jenen Personen Gewalt an, die durch sich ebenfalls nicht bewegende Fahrzeuge vor ihnen an der Weiterfahrt gehindert werden. Niemand bewegt sich, alle sitzen (auf der Straße oder im Auto), trotzdem Nötigung mittels Gewaltanwendung. „Nicht einleuchtend? Macht nichts. Ist Strafrecht. Strafrecht ist nicht einleuchtend. Strafrecht ist Strafrecht“ – schreibt Steinbeis 2011 (s. [hier](#)). Ein derart extensiver Gewaltbegriff erscheint jedenfalls um einiges rechtfertigungsbedürftiger als die Eingangsthese, wonach passiver Widerstand keine Gewaltanwendung bedeutet.

Außerdem stellt sich die Frage, ob die Justiz stets dieselben Maßstäbe anlegt, wenn sie Protestaktionen unterschiedlicher Bevölkerungsgruppen (etwa die aktuellen „Bauernproteste“) oder die Ausübung staatlichen Zwangs (z.B. während einer Verkehrskontrolle) rechtlich bewertet. Wenn dann noch strafrechtliche Folgewirkungen bedacht werden, löst das bei mir schwerwiegende Bedenken aus: Ein Wegzerren oder Schlagen von sitzenden Demonstrierenden kann doch nicht ernsthaft als „Notwehr der zweiten Reihe“ gegen „gewalttätige“ Protestierende gelten. Problematisch ist der extensive Gewaltbegriff zudem, weil Sitzblockaden dann auch als Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 öStGB) gewertet werden könnten (vgl. dazu auch [hier](#) und [hier](#)).

Eine Gelegenheit zur kritischen Auseinandersetzung damit bot sich beim *10. Symposium des Jungen Strafrechts in Berlin*. Dort diskutierten Strafrechtswissenschaftler*innen unter dem Titel „Strafrecht und Krise“ u.a. die Frage der Rechtfertigung zivilen Ungehorsams so-

wie die Verwerflichkeit von Blockadeaktion im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB. Inmitten dieser angeregten Debatte warfen dann Kollege *Dietrich* und ich eine als Frage formulierte, sprichwörtliche „heiße Kartoffel“ in den Raum: Wie kann es überhaupt sein, dass deutsche Gerichte Sitzblockaden als Gewalt und damit als tatbestandliches Unrecht qualifizieren?

Vergeistigung des Gewaltbegriffs

Die Resonanzen zeigten, dass die Zweite-Reihe-Rechtsprechung auch bei vielen deutschen Kolleg*innen auf wenig Gegenliebe stößt. Wirkmächtig ist sie dennoch – und das wohl nicht nur in Deutschland. Wie eingangs erwähnt, tendiert auch die österreichische Justiz mitunter in Richtung einer „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs (s. bereits 15 Os 5/96: „unter Gewalt ist nicht nur die Benutzung kinetischer Energie zu verstehen“). Dass ihr die deutsche Rechtsprechung dabei als Vorbild dienen könnte, ist nicht weit hergeholt. *Schwaighofer* dazu im Wiener Kommentar:

„Der BGH war spitzfindig genug, darauf zu verweisen, dass die zum Anhalten gezwungenen vorderen Fahrzeuge eine massive Barriere erzeugen [...] So ist zu befürchten, dass über kurz oder lang der deutsche vergeistigte Gewaltbegriff auch in Österreich einzieht.“

Bisher hält die österreichische Strafrechtswissenschaft dagegen: Bloß passives Verhalten lasse sich mangels eigenen Krafteinsatzes selbst dann nicht als Gewalt beurteilen, wenn es das Gegenüber als Widerstand erlebt. Diese Brandmauer gegen eine „Dematerialisierung“ des Gewaltbegriffs zeigt aber Risse, durch die das Argument von der „mittelbaren physischen Zwangswirkung“ einsickern kann.

Das ist ja die zentrale Aussage des BGH in der Zweiten-Reihe-Rechtsprechung: Von der nötigen Wirkung her betrachtet mache es keinen Unterschied, ob Protestierende andere Personen durch den Einsatz eigener Körperkraft oder mittels der Fahrzeuge in der ersten Reihe physisch an der Weiterfahrt hindern. Ausschlaggebend sei die „nicht bloß psychische Zwangswirkung“ auf die Fahrzeuglenker*innen ab der zweiten Reihe. Um diese Wirkung zu erreichen, würden die Demonstrierenden die Fahrzeuglenker*innen in der ersten Reihe psychischem Zwang aussetzen und sie dadurch bewusst als Werkzeuge benutzen.

Die „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs ist damit nur soweit eingegrenzt, als es gegenüber der ersten Reihe zu keiner Gewaltanwendung im Sinne des Nötigungstatbestands kommt. Mit Blick auf die Nötigungswirkung kann die bloße „Anwesenheit der Person“ aber als Gewaltanwendung beurteilt werden. Der Preis dafür ist eine Gleichstellung von passivem Widerstand und Gewaltanwendung.

Hindernisse als Gewalt?

Das Bundesverfassungsgericht hat die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH im Wesentlichen bestätigt (BVerfGE 92,1 – Sitzblockade II). Es ist allerdings dem Merkmal der „psychischen Zwangseinwirkung“ entgegengetreten, das der BGH zuvor in Hinblick auf Sitzblockaden (insbesondere BGHSt 23,46 – Laepple-Urteil) herausgearbeitet hatte. Karlsruhe stellte damit klar, dass eine Person, die nur psychischen Zwang ausübt, keine Gewalt anwendet. Die körperliche Anwesenheit an einer Stelle, die eine andere Person passieren möchte, genügt also noch nicht. Dies wird damit begründet, dass durch eine „Ausweitung des Gewaltbegriffs“ auch zahlreiche sozialadäquate Verhaltensweisen erfasst würden, die man dann eigentlich nur mittels der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ausschließen könnte. Zudem führt das Gericht überzeugend aus, dass es nicht praktikabel sei, nach dem „Gewicht der psychischen Einwirkung“ zu differenzieren, um den Tatbestand wieder einzuhegen. Dieser Maßstab sei schließlich noch unbestimmter als der Begriff der Gewalt an sich. Deshalb ließe sich nicht mehr vorhersehen, welches Verhalten, das auf einen anderen Menschen psychisch einwirkt, gegen die Norm verstößt und welches nicht. Dies wirke sich auch in anderen Bereichen des Strafrechts aus und verursache damit systemische Ungewissheit.

Liest man in der Entscheidung weiter, wird jedoch ersichtlich, dass selbst dies unter den Verfassungsrichter*innen nicht unstrittig war. So heißt es in der abweichenden Meinung (BVerfGE 92,1 – Sitzblockade II [68 ff.]), dass das Errichten eines körperlichen Hindernisses weiterhin als Gewalt (bereits auf die erste Reihe der Fahrzeuge) verstanden werden sollte. Auf das Ausmaß der aufgewendeten Kraft käme es für die Nötigung nicht an (BGHSt 23, 46 [54]). Schon nach allgemeinem Sprachverständnis sei ja nicht entscheidend, ob es zu einer unmittelbaren Einwirkung auf den Körper des Opfers komme. Die Sitzblockade selbst wirke aber sogar als

ein körperliches Hindernis, das sich der Weiterfahrt herannahender Fahrzeuge physisch entgegengestellt. Den Weg zu blockieren, mit dem Ziel, die Fahrzeuginsassen von der Weiterfahrt abzuhalten, bedeute demnach nicht bloß psychisch auf sie einzuwirken. Gewalt liege vielmehr schon darin, dass mit geringem Kraftaufwand ein „psychisch determiniertes“ Hemmnis beim Opfer erreicht werde.

Darin kommt eben jene Auffassung von Gewalt zum Ausdruck, mit der auch der österreichische Oberste Gerichtshof geliebäugelt hat (RIS-Justiz OGH 15 Os 5/96; [13 Os 23/17g](#): „Querstellen eines Autos als Gewalt“).

Lehre vom psychischen Zwang ist kategorisch abzulehnen

Gegen die Lehre vom psychischen Zwang spricht nicht nur eine Ausweitung des Tatbestandes. Würde der strafrechtliche Gewaltbegriff psychische Gewalt umfassen, dann wäre vielmehr auch das Verhältnis von Gewalt und Drohung derart eingeebnet, dass die Benennung verschiedener Nötigungsmittel von vornherein keine Funktion mehr hätte. Das Nötigungsmittel, das mit der Ausübung psychischen Zwangs in teleologischem Zusammenhang steht, ist die Drohung. Gewalt kann daher nicht auch psychischen Zwang bedeuten, ohne dass dadurch die Binnenlogik der Nötigung zu Bruch geht. Vielmehr muss Gewalt über die Ausübung seelischen Zwangs hinausgehen, indem sie sich materialisiert. Dies stellt das Erfordernis einer körperlichen Zwangswirkung sicher. Hingegen verstößt das Argument, dass eine physisch verursachte, „seelische Hemmung“ eine Zwangswirkung entfalte, die körperlichem Zwang gleichzustellen sei und daher Gewalt begründe, gegen das Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen.

Erfordernis aktiver Gewaltanwendung

Was spricht nur aber eigentlich dagegen, dass auch ein passives Verhalten körperlichen Zwang in subtiler Weise ausüben kann? Bedeutet Gewalt eine physische Einwirkung durch den Täter, die beim Opfer als körperli-

cher Zwang wirkt, ist das Ausmaß der vom Täter aufgewandten Kraft nicht entscheidend. Der Täter kann zur Erreichung einer Zwangswirkung beim Opfer auch Gegenstände, Waffen, Maschinen oder Substanzen benutzen, z.B. indem er dem Opfer Drogen verabreicht. Untätigkeit genügt hingegen nicht, um Gewalt anzuwenden. Der Grund dafür liegt vor allem schon im Wortsinn des Gewaltbegriffs: Gewalt meint generell eine verursachende Kraft, die durch ein Ereignis oder jemanden ausgeübt wird („Naturgewalt“, „höhere Gewalt“, „Staatsgewalt“ usw.). In Hinblick auf menschliches Verhalten steht der Begriff zudem mit Aggression in Verbindung. Gewalt ist demnach die Realisierung eines Aggressionspotentials durch eigenes Tun. „Passiv aggressives“ Verhalten ist in diesem Sinne keine Gewaltanwendung. Vielmehr ist Gewalt im strafrechtlichen Kontext mit dem Angriffsbegriff verwandt: Das Wesen der Gewalt ist es also, dass ein Mensch ein aggressives Verhalten gegen andere ausübt. Eine solche Anwendung von Gewalt kann daher bei dem Gegenüber zu Widerstand führen. Was Gewalt dazu aber jedenfalls voraussetzt, ist Aktivität.

Widerstand kann passiv sein, Gewalt nicht

Wer nur sitzt, übt keine Gewalt aus, denn es fehlt an der wesensgebenden Aktivität. Wer umgekehrt gegen Menschen vorgeht, die bloß passiv sitzenbleiben, wird selbst zum Aggressor. Eines sollte daher nicht verwechselt werden: Widerstand kann passiv sein, Gewalt nicht! In Österreich stimmt dieses Verhältnis noch. Der in der Körperlichkeitstheorie verankerter Gewaltbegriff gerät aber auch hierzulande zunehmend unter Druck. Bisher hält er aber Stand. Das restriktive Verständnis von Gewalt steht damit einer Kriminalisierung von Sitzblockaden weiterhin entgegen und bewährt mittelbar auch die Versammlungsfreiheit. Gerade daraus, dass eine Ausweitung des Gewaltbegriffs nicht nur Folgen für den Tatbestand der Nötigung nach sich zieht, lassen sich möglicherweise auch Denkanstöße für die deutsche Rechtsprechung und Dogmatik ableiten. Denn die Begründungslast liegt eindeutig bei jenen, die für einen extensiven Gewaltbegriff plädieren.

Florian Slogsnat

Gewalt durch Sitzblockaden

Eine Verteidigung der Zweite-Reihe-Rechtsprechung

doi: 10.59704/8c6238e948f2dd9a



Sitzblockaden der „Letzten Generation“ bewerten deutsche Gerichte als Nötigung durch Gewalt. Doch dieses seit längerer Zeit vorherrschende Verständnis des Gewaltbegriffs bei § 240 Strafgesetzbuch (StGB) begegnet heute wieder Kritik. Das belegt nicht zuletzt Siegmund Lengauers kürzlich erschienener [Beitrag](#), in dem er aus österreichischer Perspektive ungläubig auf die deutsche Rechtsprechung zum Gewaltbegriff blickt. Auch auf der 10. Tagung des Jungen Strafrechts in Berlin stieß Lengauer mit seinem Störgefühl auf breite Zustimmung. Ich halte dagegen und möchte die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ verteidigen. Sie ist mit dem Begriff „Gewalt“ in § 240 StGB vereinbar. Gewalt bedeutet nicht zwingend Aktivität – maßgeblich ist, ob körperlich wirkende Macht über eine andere Person ausgeübt wird. Diese Auslegung entspricht den historischen Hintergründen der Vorschrift sowie dem Schutzzweck und der Systematik der Norm. Das bedeutet nicht, dass das hierzulande vorherrschende Gewaltverständnis bei § 240 StGB universell gültig oder das einzig richtige ist und von anderen Rechtsordnungen zwingend übernommen werden müsste. Es besteht aber umgekehrt auch kein Anlass, von der Zweite-Reihe-Rechtsprechung zugunsten eines engeren Gewaltbegriffs wieder abzurücken.

Wer übt wodurch Gewalt aus?

Der Grundgedanke der Zweite-Reihe-Rechtsprechung ist einfach (zusammenfassend [BVerfG NJW 2011, 3020](#)): Indem sich die Teilnehmerinnen an Sitzblockaden auf die Straße setzen, sorgen sie dafür, dass die betroffenen Fahrzeuge anhalten. Bei der „ersten Reihe“ haltender Fahrzeuge beruht dies auf einem freien Willensentschluss der Fahrer, sind sie doch (faktisch) nicht daran gehindert, weiterzufahren – ohne Rücksicht auf Verluste. Dass die „erste Reihe“ anhält, liegt also nicht an einer körperlichen Zwangswirkung, die von den Sitzenden ausgeht. Anders ist dies bei den Fahrzeugen ab der „zweiten

Reihe“: Für sie stellt sich die „erste Reihe“ als unüberwindbares oder jedenfalls nur unter Inkaufnahme *eigener* physischer Einbußen überwindbares Hindernis dar. Von der „ersten Reihe“ geht also eine körperliche Zwangswirkung auf die „zweite Reihe“ aus. Weil dies nicht von der „ersten Reihe“ selbst, wohl aber von den Teilnehmern an der Sitzblockade genau so gewollt ist, übt, wer sich auf die Straße setzt und die „erste Reihe“ zum Halten zwingt, dadurch gegenüber allen nachfolgenden Fahrzeugen Gewalt aus. Nicht allein im passiven Sitzen, sondern darin, dass infolge des Sitzens die erste Reihe der Fahrzeuge anhält und für alle nachfolgenden Fahrzeuge ein Hindernis darstellt – die Sitzblockade also zu einer „Blechblockade“ führt – liegt die Gewalt im Sinne des § 240 StGB.

Vor diesem Hintergrund und eingedenk der Rechtsprechungsentwicklung zum Gewaltbegriff in Deutschland ¹ ist der Vorwurf, es handle sich um einen „vergeistigten“ Gewaltbegriff, unbegründet. Allgemein teilt sich der Begriff in zwei Bestandteile auf: eine Kraftentfaltung auf Täter- und eine Zwangswirkung auf Opferseite. Damit die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens auch angesichts technischer Unterstützungsmöglichkeiten (Explosion per Knopfdruck, Einschließen durch Umdrehen eines Schlüssels usw.) nicht davon abhängt, wie viel Kraft auf Täterseite aufgewendet wird, reicht nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung *jede* körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite aus ([BGHSt 41, 182 \(185\)](#)). Wer einen Knopf betätigt, wer einen Schlüssel umdreht, aber auch wer sich auf die Straße setzt oder in der „ersten Reihe“ sein Fahrzeug zum Stehen bringt (d. h. Energie aufwendet, um dessen Geschwindigkeit zu verringern), entfaltet körperliche Kraft. Dass man sich *später* passiv verhält und die einmal geschaffene Lage lediglich aufrechterhält, d. h. die Tür nicht wieder aufschließt, nicht von der Straße aufsteht oder mit seinem Fahrzeug nicht weiter- oder wegfährt, ist irrelevant.

Die von dieser Kraftentfaltung ausgehende Zwangswirkung auf Opferseite darf nach den Vorgaben des Bun-

¹Übersicht bei Rengier, *StrafR BT II*, § 23 Rn. 2 ff.

des Verfassungsgerichts gerade nicht nur eine psychische, sondern muss eine *körperliche* sein (BVerfGE, 92, 1 (16 ff.); 104, 92 (102)). Das unterscheidet die heute vorherrschende Auslegung des Gewaltbegriffs von einem „vergeistigten“ Verständnis (dazu noch BGHSt 23, 46 (54)). Lengauer ist mit der Forderung nach einer „Materialisierung“ der Gewalt zuzustimmen. Diese Voraussetzung ist bei Sitzblockaden aber erfüllt: Wer mit seinem Fahrzeug irgendwo in der durch die Protestierenden ausgelösten Fahrzeugkolonne steht, ist aufgrund der vor und (meist auch) hinter ihm stehenden Fahrzeuge physisch daran gehindert, vor- oder zurückfahren, und genau darin materialisiert sich das Verhalten der Protestierenden. Anders ist dies z. B. in den Parkbucht-Fällen: Wer allein mit seinem Körper versucht, eine Parkbucht für eine Freundin freizuhalten, übt gegenüber einem ebenfalls an der Parkbucht interessierten Dritten keine Gewalt aus, denn der Dritte *kann* den Betroffenen „behutsam wegschieben“, sieht sich also keinem körperlich wirkenden Zwang ausgesetzt (vgl. auch BGH NSTZ-RR 2002, 236).

So umstritten die Nötigung und das Merkmal der Gewalt im Zusammenhang mit den Sitzblockaden auch sind, möchte ich im Folgenden zeigen, dass im Ergebnis mehr für als gegen die Zweite-Reihe-Rechtsprechung spricht.

Der Begriff Gewalt

Der Wortlaut des § 240 StGB schließt es nicht aus, vermittelt über die „erste Reihe“ eine Nötigung durch Gewalt bei Sitzblockaden anzunehmen. Wieso Gewalt, wie Lengauer meint, begrifflich-notwendig mit Angriff, Aggression und Aktivität verbunden sein soll, erschließt sich mir nicht (zumal manche bei der Notwehr auch einen *passiven Angriff* durch Unterlassen für möglich halten²). Stünde die Bedeutung des Gewaltbegriffs derart fest, wären auch hinsichtlich der langen und harten Diskussion in der deutschen Rechtsprechung und Literatur zu § 240 StGB fragende Gesichter angebracht. Dem ist aber nicht so. Das mag auch daran liegen, dass der Begriff in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet wird. Es braucht also einen nötigungsspezifischen Gewaltbegriff. Gewalt im Sinne des § 240 StGB hat meiner Ansicht nach etwas mit der Ausübung von (körperlich wirkender) *Macht*, nicht aber zwingend etwas mit *Aktivität* zu tun. Die Unterscheidung

zwischen aktiv und passiv ist dann unmaßgeblich. Die auch von Lengauer zitierte „höhere Gewalt“ zeichnet sich beispielsweise ebenfalls nicht dadurch aus, dass etwas Höheres aktiv handelt, sondern dass ich einer höheren, „gewaltigen“ oder „überwältigenden“ *Macht* als Sterblicher *machtlos* ausgeliefert bin (und mich deshalb auch keine Verantwortung für die Folgen trifft, vgl. etwa § 7 Abs. 2 StVG).

Ein Blick in die Vergangenheit

Historischer Ursprung des § 240 StGB ist das *crimen vis* im römischen Recht.³ Dort ging es um ein Delikt gegen die öffentliche Sicherheit, nicht gegen ein Individuum. Später erfolgte zu Recht eine Individualisierung der Nötigung weg vom Schutz kollektiver Belange oder gar „des staatlichen Gewaltmonopols“ hin zum konkreten Opfer. Zwar hält man die historischen Hintergründe des § 240 StGB gemeinhin für unergiebig für dessen Auslegung im 21. Jahrhundert. Auch ist angesichts verschiedener Gewaltbegriffe im Zusammenhang mit „der Staatsgewalt“ und „dem Gewaltmonopol“ (*potestas* und *vis*) Vorsicht mit vorschnellen historischen Argumenten geboten. Wenn es allerdings ursprünglich um eine Verletzung des öffentlichen Friedens oder ein Auflehnen gegen einen staatlichen Machtanspruch ging, spricht infolge der Individualisierung der Nötigung einiges dafür, dass heutzutage nicht der *staatliche* Machtanspruch, sondern ein „*individueller*“ Machtanspruch des Einzelnen über sich selbst geschützt wird. Der Täter des § 240 StGB maßt sich und seinem Willen also eine gegenüber dem Opfer und dessen Willen höhere Position an und zwingt dieses dazu, sich so zu verhalten, wie er es will.

Was schützt § 240 StGB?

Nun besteht aber auch heutzutage Uneinigkeit darüber, worin genau der Schutzzweck des § 240 StGB zu sehen ist.⁴ Nach h. M. wird die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung geschützt, anderen zufolge handelt es sich um ein Freiheitsverschiebungsdelikt, bei dem sich der Täter ein Mehr an Freiheit zum Nachteil des Opfers aneignet (Jakobs, Timpe), und wieder andere behaupten, der Tatbestand wolle vermeiden, dass das Opfer (bzw. sein Wille) als Werkzeug eines fremden Willens

²Roxin/Greco, AT I, § 15 Rn. 11 mit Nachweisen.

³Übersicht zur Entstehungsgeschichte bei NK-StGB/Toepel, § 240 Rn. 2 ff.

⁴Überblick bei MüKo-StGB/Sinn, § 240 Rn. 5 ff. mit Nachweisen.

instrumentalisiert wird (Hruschka, Köhler, Sinn). Ungeachtet der Unterschiede im Detail verbietet die dem § 240 StGB zugrunde liegende Primärnorm aber jedenfalls, dass mich jemand zu einem Verhalten zwingt, das ich nicht will. Meine „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (Kant) soll gewährleistet werden. Denkt man den Gewaltbegriff vom Schutzgut des Nötigungstatbestands her, ist also primär maßgeblich, dass die Täterin einem anderen Menschen ihren Willen aufzwingt, indem sie ihn daran hindert, zu tun, was er tun will, und dazu zwingt, zu tun, was sie will. Ob dieses „Hindern“ im Schwerpunkt aktiv oder passiv erfolgt, mich die Täterin beiseite schiebt oder mir ein schwer überwindbares Hindernis in den Weg stellt, ist dagegen irrelevant. Wichtig ist nur, dass beides durch körperliche Kraftentfaltung erfolgt und einen körperlich wirkenden Zwang verursacht. Wer mit dem Auto fährt, will mit dem Auto fahren und nicht anhalten, und schon gar nicht ein (berechtigtes!) politisches Signal für mehr Klimaschutz senden. Er wird daran aber gehindert und für (berechtigtes!) klimapolitische Anliegen instrumentalisiert, wenn vor ihm andere Fahrzeuge halten, weil vor diesen wiederum die „Letzte Generation“ auf der Straße sitzt.

Gewalt und Drohung

Das deckt sich mit der Systematik des § 240 StGB. Eine Diskrepanz zum Nötigungsmittel der Drohung besteht, anders als Lengauer meint, nicht. Drohung ist das Inaussetzstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.⁵ Die beiden Nötigungsmittel würden in der Tat ununterscheidbar, wenn für Gewalt eine bloß psychische Zwangswirkung ausreichte. Aber wie gesehen geht es weder allgemein noch bei den Sitzblockaden um psychischen Zwang, sondern um ein Hindernis, das unüberwindbar ist und deshalb *körperlich* wirkt. Die gegenüber einem engeren Verständnis abgesenkten Anforderungen an den Kraftaufwand und an die (noch immer körperliche) Zwangswirkung beim hierzulande herrschenden Gewaltbegriff führen dazu, dass beide Nötigungsmittel das Opfer in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen. Die Art und Weise, in der sich „passive Gewalt“ der Drohung annähert, spricht also nicht gegen, sondern *für* den hier verteidigten Gewaltbegriff.

⁵ Rengier, Strafr BT II, § 23 Rn. 39.

Nötigung und andere Straftatbestände

Ergiebig ist auch der „Dunstkreis“ der Nötigung. § 239 StGB bestraft die Freiheitsberaubung, §§ 239a und 239b StGB bestrafen Beeinträchtigungen der Freiheit des Opfers und eine Vermögensgefährdung. Die letztgenannten Tatbestände verlangen hierzu u. a., dass der Täter *sich eines anderen Menschen bemächtigt*. § 241 StGB schließlich bestraft die Bedrohung mit einem Verbrechen. Nun liegt in einer Sitzblockade keine Freiheitsberaubung und aller populistischen Verlautbarungen zum Trotz schon gar keine Geiselnahme der Autofahrer. Aus dem systematischen Standort des § 240 StGB zwischen §§ 239, 239a, 239b StGB und § 241 StGB lässt sich jedoch – unterstellt man dem Strafrechtsgesetzgeber wohlwollend ein gewisses Gespür für systematische Zusammenhänge – schließen, dass sich der Nötigungstatbestand mit seinem Gewaltbegriff im Bereich zwischen Bedrohung auf der einen und Freiheitsberaubung, Menschenraub und Geiselnahme auf der anderen Seite bewegt und eine Art „*Sich-bemächtigen light*“ verlangt, das nicht auf den Körper, sondern auf den Willen des Opfers und dessen Betätigung bezogen ist. Der von einer Sitzblockade betroffenen Autofahrerin bleiben noch andere Möglichkeiten des Fortbewegens. Die Ausführung ihres ursprünglichen Willensentschlusses ist ihr aber nicht mehr möglich, weil die Protestierenden ihr mit der „ersten Reihe“ Hindernisse in den Weg stellen, die sie nicht überwinden kann. Mit diesen Hindernissen zwingen die Teilnehmenden an den Sitzblockaden die Autofahrerin dazu, (wenn möglich) umzukehren, auszusteigen oder im Auto zu warten, bis die Blockade samt dem Kleber (auf-)gelöst ist.

Sitzen ist keine Gewalt, Errichten einer Blockade schon

Jede Rechtsordnung hat ihre Eigenheiten und jedes Rechtsgebiet seine Kuriositäten. „Sitzen als Gewalt“ ist ein solches Kuriosum – wenn man das Problem auf diese Formel verkürzt. Bloßes Sitzen ist keine Gewalt. Das Errichten einer Blockade aber schon, und wenn die Blockade (vermittelt durch Dritte) gleichsam durch das Sitzen errichtet wird, lässt sich auch dieses unter den Gewaltbegriff subsumieren.

Mein Ziel war es, zu zeigen, dass die Zweite-Reihe-Rechtsprechung in Deutschland gerade *keine* Vergeistigung des Gewaltbegriffs darstellt. Nötigung ist strafbar, weil jemand einem anderen seinen Willen aufzwingt –

körperlich durch Gewalt oder geistig durch Drohung. Nicht ein aktiver und aggressiver Angriff steht im Mittelpunkt des Gewaltbegriffs, sondern die Ausübung von körperlich wirkender Macht über einen anderen, und hierfür ist die Unterscheidung zwischen aktiv und passiv unerheblich. Gewalt ist daher jede körperliche Kraftentfal-

tung, die körperlich wirkenden Zwang ausübt, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.⁶ Hiervon sind auch Sitzblockaden erfasst, weil sie den Betroffenen mithilfe der „ersten Reihe“ unüberwindbare Hindernisse in den Weg stellen.

⁶Rengier, StrafR BT II, § 23 Rn. 23.

Manuel Cordes, Jakob Hohnerlein

Gewalt als körperliche Zwangswirkung

Eine Kritik der Zweite-Reihe-Rechtsprechung

doi: 10.59704/882533f6f2fb4e02



Sitzblockaden gelten gemeinhin als Form des friedlichen Protests. Die Strafgerichte sehen in der Störung der freien Fahrt der Autofahrer:innen jedoch eine Nötigung durch „Gewalt“ nach § 240 StGB. Der Strafbarkeit kann dann nur noch die fehlende Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB entgegenstehen. Allein um diesen Aspekt, einschließlich der Einwirkung der Versammlungsfreiheit, geht es aktuell in den Verfahren gegen die Aktivist:innen der „Letzten Generation“ (wobei die Verurteilung selten daran **scheitert**). Dass nach der Rechtsprechung für Gewalt i.S.d. § 240 StGB irgendeine physische Wirkung ausreicht, konkret: die Blockade der Fahrzeuge ab der zweiten Reihe durch die physische Barriere der vor ihnen stehenden Fahrzeuge, hat **Florian Slogsnat** mit Hinweis auf den Schutzzweck der Norm als überzeugende Auslegung verteidigt. Aus unserer Sicht setzt Gewalt dagegen eine Einwirkung auf den Körper des Opfers voraus. Der Gewaltbegriff der Zweite-Reihe-Rechtsprechung verstößt (entgegen einem **Kammerbeschluss** des BVerfG von 2011) gegen Art. 103 Abs. 2 GG und führt auch strafrechtsintern zu gravierenden Unstimmigkeiten.

Widerspruch zur Alltagssprache

Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung bedient sich einer alltagssprachlich nicht mehr nachvollziehbaren Auslegung des Wortes „Gewalt“. Dass das Sitzen auf der Straße und damit die bloße körperliche Anwesenheit Gewalt darstellen soll, will angesichts der etablierten Unterscheidung von friedlichem und gewaltsamem Protest nicht einleuchten. **Siegmar Lengauer** hat darauf hingewiesen, dass es bei Gewalt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch um körperliche Aggression, nicht um passiven Widerstand gehe. Bei der Zweite-Reihe-Rechtsprechung kommt ein weiterer Aspekt hinzu: Nicht nur erscheint das Verhalten auf Täter:innenseite wenig charakteristisch für Gewalt – auch die Auswirkungen auf das Opfer passen nicht dazu, wie der Begriff üblicherweise verwendet wird. So verzichtet die Zweite-Reihe-Rechtsprechung für die Bejahung von Gewalt auf jedwede Einwirkung *auf den Kör-*

per des Opfers. Dass der BGH weiterhin das Erfordernis einer körperlichen Zwangswirkung betont, gerät zum bloßen Lippenbekenntnis, wenn es hierfür ausreichen soll, dass irgendwelche Körper (namentlich die Fahrzeuge der ersten Reihe) irgendwelche anderen Körper (die Fahrzeuge der hinteren Reihen) an der Fortbewegung hindern. Die von der Sitzblockade betroffenen *Menschen*, d.h. die Fahrzeuginsassen, sind körperlich in keiner Weise beeinträchtigt. Der Gewaltbegriff ist damit zwar nicht mehr wie in der früheren **Rechtsprechung**, die vom BVerfG 1995 verworfen wurde, „vergeistigt“ (schließlich sind handfeste physische Wirkungen im Spiel). Er verliert aber seinen spezifischen Bezug auf den menschlichen Körper. Dies erscheint aus alltagssprachlicher Sicht befremdlich und nicht mehr vorhersehbar. Wie wir im Folgenden erläutern, schützt Art. 103 Abs. 2 GG gerade davor.

Rechtliches Gewicht der Alltagssprache

Slogsnat ist dagegen der Meinung, dass ein von der Alltagssprache losgelöster nötigungsspezifischer Gewaltbegriff zu entwickeln sei – eine Position, die sich möglicherweise auf **sprachphilosophische** Zweifel an der Existenz feststehender Bedeutungen stützen lässt. Wenn, wie wir seit Wittgenstein wissen, Bedeutung erst im Gebrauch entsteht, warum sollte die juristische Praxis dann nicht ihre eigenen Begriffsverwendungen entwickeln? Ausreichend wäre dann, dass sich die Auslegung mit den juristischen Methoden rechtfertigen lässt. Schon diese Anforderung verfehlte laut BVerfG der „vergeistigte“ Gewaltbegriff, da dieser das Merkmal der Gewalt gegenüber der in § 240 StGB ohnehin verlangten Zwangsausübung bedeutungslos machte. Eine solche methodisch nicht zu plausibilisierende Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen verstößt immer auch gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Dass der Kammerbeschluss von 2011 die Zweite-Reihe-Rechtsprechung billigte, ist möglicherweise damit zu erklären, dass es hier nicht in derselben Weise zu einer Verschleifung kommt. Slogsnat weist darauf hin, dass hier Fälle strafloser Zwangsausübung verbleiben, etwa

das „Freihalten“ einer Parklücke.

Begriffe in der juristischen Praxis losgelöst vom Alltagssprachlichen Wortlautverständnis zu definieren, würde aber zentrale rechtsstaatliche Anforderungen an die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung unterlaufen. In der juristischen Methodenlehre wird zurecht daran festgehalten, dass dem Wortlaut eine eigenständige Relevanz im Auslegungsvorgang zukommt. Ginge es allein um die bestmögliche Zweckverwirklichung, wäre fraglich, warum der Gesetzgeber konditionale Normen formulieren sollte, die bestimmten Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge zuordnen. Dass Regelungen gegenüber den damit verfolgten Zwecken „unter- und überinklusiv“ sein, also zu kurz greifen, aber auch über das Ziel hinausschießen können, prägt für [Frederick Schauer](#) gerade ihren Regelcharakter. Der rechtsstaatlich zentrale Grund dafür, Regelungen als Konditionalprogramme auszugestalten, liegt gerade darin, dass die Adressat:innen die Bedeutung der verwendeten Begriffe aus dem alltäglichen Sprachgebrauch erschließen können.

Wie eingangs dargelegt, ist ein alltäglicher Sprachgebrauch zum Begriff der Gewalt im Zusammenhang mit Protestaktionen durchaus vorhanden. Dass soziale Konventionen zur Verwendung von Begriffen im Lauf der Zeit Veränderungen unterliegen können und sie für einzelne Sprecher:innen nicht in einem strengen Sinn normativ verbindlich sind, ändert nichts daran, dass es solche Konventionen gibt. Im Übrigen sind Unsicherheiten infolge der [Vagheit](#) von Begriffen nur in Grenzfällen ein Problem, sie stehen einer ansonsten sicheren Begriffsverwendung nicht entgegen. Neben den schwierigen „neutralen Kandidaten“ im „Begriffshof“ (Philipp Heck) gibt es auch klar „positive Kandidaten“ im Bereich des „Begriffskerns“ und jenseits des „Begriffshofs“ liegende „negative Kandidaten“. Das heißt dann aber auch, dass es juristische Begriffsverwendungen geben kann, die für die in der Alltagssprache sozialisierten Bürger:innen sehr unwahrscheinlich sein können. Die rechtsstaatliche Bedeutung des Wortlauts lässt sich gerade als Verbot unvorhersehbarer Begriffsbestimmungen verstehen. [Christian Becker](#) und [Jule Martenson](#) haben das am Beispiel eines BGH-Urteils deutlich gemacht, das den Begriff „Asche“ in § 168 StGB in einer Weise ausgeweitet hat, dass darunter auch Zahngold fällt.

Rechtsprechung konfligiert mit Art. 103 Abs. 2 GG

Im Strafrecht kommt dem Wortlaut bekanntlich eine besondere Bedeutung zu. Lassen sich in anderen Rechtsgebieten Abweichungen vom Wortlaut – etwa im Wege der Analogie oder teleologischen Reduktion – durchaus rechtfertigen, ist dies im Strafrecht zu *Lasten der Täterin* untersagt. Der Wortlaut bildet hier wegen Art. 103 Abs. 2 GG die äußerste Grenze richterlicher Interpretation. Verbote sind damit nicht nur Analogien im technischen Sinn, sondern auch Auslegungen, die sich zwar mit den juristischen Methoden begründen lassen, aber aus der Perspektive des Alltagssprachlich etablierten Begriffsverständnisses überraschend sind. Dabei kann es auch nicht genügen, dass sich ein zunächst unerwartetes juristisches Begriffsverständnis im Lauf der Zeit in der Rechtsprechung festigt. Art. 103 Abs. 2 GG zielt darauf ab, dass der Bereich des Strafbaren schon aus dem Normtext hinreichend vorhersehbar ist. Das hat auch die Senatsmehrheit des BVerfG in der Sitzblockaden-Entscheidung von 1995 gegenüber dem damaligen Sondervotum betont. Begriffsauslegungen in der Rechtsprechung sind zwar insoweit unverzichtbar, als dadurch Vagheiten gesetzlicher Begriffe ausgeräumt werden können. Das ermächtigt die Gerichte aber nicht dazu, auch Alltagssprachlich klar „negative Kandidaten“ aufgrund teleologischer Erwägungen einzubeziehen. Aus den genannten Gründen, insbesondere aufgrund der Passivität auf Täter:innenseite sowie der Aufgabe jedweden Bezugs auf den Körper des Opfers, ist der Gewaltbegriff der Rechtsprechung ein solcher „negativer Kandidat“.

Strafrechtsinterne Unstimmigkeiten

Dass es für eine Nötigung durch Gewalt nicht um eine nur irgendwie physisch vermittelte Zwangswirkung geht, sondern um eine solche, die sich auf den Körper des Opfers auswirkt, war früher auch in der Rechtsprechung selbstverständlich ([BGHSt 1, 145](#)). Diese Rechtsprechungslinie hält sich bis heute in einer Fallgruppe, die unter dem Schlagwort „Gewalt gegen Sachen“ – präziser wäre die Bezeichnung „durch Sachen vermittelte Gewalt“ – bekannt ist (s. [Rengier](#), *BT II*, 24. Aufl., § 23 Rn. 30). Klassische Beispiele sind Fälle, in denen eine Vermieterin die Fenster aushängt oder die Heizung abdreht, um eine missliebige Mieterin aus der Wohnung zu vertreiben. Weil sich die dadurch bewirkte Abkühlung der Wohnung auf den Körper des Opfers auswirkt, wird die erforderli-

che körperliche Zwangswirkung in diesen Fällen bejaht. Es fehlt hier zwar an einem unmittelbaren körperlichen Kontakt zwischen Täter und Opfer (was mit Blick auf den Wortlaut nicht zweifelsfrei erscheint¹), immerhin wird aber das körperliche Element der Zwangswirkung deutlich.

Uns will nicht einleuchten, warum nicht auch die Fälle der Sitzblockade nach diesen Grundsätzen behandelt werden. Nach herrschender Meinung ist der erforderliche Bezug auf den Körper des Opfers zwar auch beim Einschließen gegeben, da hierdurch die körperliche Fortbewegungsfreiheit aufgehoben werde. Bei Sitzblockaden ist die Situation aber eine andere: Hier sind es die im Rückstau befindlichen *Fahrzeuge*, die als „eingeschlossen“ erscheinen. Die in den Fahrzeugen befindlichen *Personen* sind in keiner Weise eingeschlossen: Wie Slogsnat selbst feststellt, steht es den Autofahrer:innen frei „auszusteigen oder im Auto zu warten, bis die Blockade samt Kleber (auf-)gelöst ist.“ Die nach den Grundsätzen der „Gewalt gegen Sachen“ zu fordernde Auswirkung auf den Körper des Opfers ist hier nicht vorhanden.

Gewalt ist nicht nur ein „Sichbemächtigen light“

Slogsnat möchte das Erfordernis einer Auswirkung auf den Körper des Opfers dagegen ganz über Bord werfen. So verlange der Gewaltbegriff des Nötigungstatbestands „eine Art ‚Sichbemächtigen light‘, das nicht auf den Körper, sondern auf den Willen des Opfers bezogen ist“. Die erforderliche körperliche Zwangswirkung liege schon dann vor, wenn das Opfer – etwa durch ein unüberwindbares Hindernis – physisch daran gehindert sei, eine gewollte Handlungsoption zu ergreifen. Konsequenterweise müsste man dann aber auch die Grundsätze der „Gewalt gegen Sachen“ über Bord werfen. Stellt die Vermieterin die Heizung ab und versperrt die Tür des Heizraums, ist die Mieterin durch ein unüberwindbares Hindernis (die abgeschlossene Tür) daran gehindert, berechtigterweise den Heizraum zu betreten: Schon hiermit läge also Gewalt i. S. d. § 240 StGB vor. Meine Erzfeindin E, die vor mir in der Schlange am Einlass steht, lässt unbemerkt ihr Konzertticket fallen. Anstatt es E zurückzugeben, stecke ich es ein, um zu verhindern, dass sie aufs Konzert geht. Da mir das Verhalten der Security-Personen, die E ohne ihr Konzertticket berechtigterweise abweisen und für sie ein

unüberwindbares physisches Hindernis bedeuten, im Wege der mittelbaren Täterschaft zuzurechnen ist, müssten Slogsnat und die Rechtsprechung konsequenterweise Gewalt i. S. d. § 240 StGB bejahen.

Wenn es nur darauf ankommen soll, dass das Opfer an einer gewollten Handlungsoption physisch gehindert ist, stellt sich ferner die Frage, warum nicht auch die Vernichtung, die Wegnahme oder letztlich jede Form der unberechtigten Entziehung von Sachen, die im Zusammenhang mit irgendeinem Willensprojekt stehen, eine Nötigung durch Gewalt darstellt. Werfe ich das Handy meiner Erzfeindin E ins Feuer, obwohl sie es gerne benutzen wollte, ist ihr die Ausführung dieses Willensentschlusses physisch unmöglich. „Leiht“ A sich (ohne zu fragen) das Skateboard von B, obwohl B gerne damit fahren wollte, dann ist B die Ausführung dieses Willensentschlusses physisch unmöglich. Das letztgenannte Beispiel zeigt, dass sich eine nach den Eigentumsdelikten straflose (weil von § 248b StGB nicht erfasste) Sachentziehung bei konsequenter Verfolgung von Slogsnats Ansatz ohne weiteres unter § 240 StGB subsumieren ließe. Hier wird die ganze Problematik deutlich: Versteht man *erstens* den Schutzzweck der Norm so weit, dass er – wie es etwa bei Rengier (BT II, § 23 Rn. 1) explizit heißt – mit dem Schutzbereich des Auffanggrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG zusammenfällt, und vertritt *zweitens* einen an diesem Schutzzweck orientierten weiten Gewaltbegriff, dann wird § 240 StGB zum „Auffangstrafatbestand“, mit dem sich sehr viele missliebige Strafbarkeitslücken schließen lassen.

Systematische Überlegungen

Warum soll aber für Gewalt i.S.d. § 240 StGB ein Zugriff auf den Körper des Opfers erforderlich sein, wenn doch die Norm nicht den Körper, sondern die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung schützt? Dass dieser Einwand fehlt, zeigt ein Blick auf andere Delikte: Der Diebstahlstatbestand schützt nicht den Gewahrsam, sondern das Eigentum – gleichwohl erfasst er nur einen *gewahrsamsbrechenden* Zugriff auf dieses. Der Betrug schützt nicht die Freiheit von Irrtümern, sondern das Vermögen – dennoch erfasst er nur einen *täuschenden* Zugriff auf dieses. Es entspricht dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts, dass Rechtsgüter nicht umfas-

¹Während bei einem unmittelbaren körperlichen Kontakt zweifelsfrei Gewalt vorliegt („positiver Kandidat“), handelt es sich hier um einen Grenzfall („neutraler Kandidat“). Insofern mag man die Interpretation der Rechtsprechung für noch mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar halten.

send vor fremdem Zugriff geschützt sind, sondern nur vor bestimmten Angriffsarten.

Wie mit den Fällen der Sitzblockade überzeugend umzugehen ist, zeigt ein Blick ins Zivilrecht. Im berühmten „Fleet-Fall“ (BGHZ 55, 153) verlangte die Klägerin Schadensersatz, weil ihr Motorschiff durch Baumstämme in einem Kanal „eingeschlossen“ worden war. Der BGH bejahte einen Eigentumseingriff, da der Klägerin der Gebrauch ihres Motorschiffs faktisch entzogen worden sei. Mit dieser Überlegung lassen sich auch die Sitzblockaden-Fälle korrekt einordnen: Sind *Fahrzeuge* (nicht aber die hierin befindlichen *Personen*) durch die Sitzblockade im Stau „eingeschlossen“, ist dies als eine nicht strafbare Gebrauchsentziehung hinsichtlich der Fahrzeuge einzuordnen. Hier eine Nötigung anzuneh-

men, würde die Straflosigkeit bloßer Sachentziehungen unterlaufen.

Fazit

Ebenso wie Lengauer halten wir es mit Blick auf den Wortlaut bereits für problematisch, beim Gewaltbegriff des § 240 StGB auf jedes aktive, aggressive Element auf Täter:innenseite zu verzichten. In jedem Fall ist für Gewalt i.S.d. § 240 StGB eine Auswirkung auf den Körper, genauer *auf die körperliche Integritäts- und Freiheitssphäre* des Opfers zu fordern. Die gegenteilige Rechtsprechung zu den Sitzblockaden verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG und läuft Gefahr, den Nötigungstatbestand auch über diese Fallgruppe hinaus uferlos auszuweiten.

Aziz Epik, Julia Geneuss

Without a Doubt

German Federal Court Rules No Functional Immunity for Crimes Under International Law

doi: 10.59704/251649b84f52cbcd



On 21 February 2024, the German [Federal Court of Justice](#) (Bundesgerichtshof) issued a decision in which it announced in unequivocal terms:

“The general functional immunity of public officials does not apply to crimes under international law, regardless of the status and rank of the perpetrator. The exclusion of this functional immunity of foreign state officials in the case of international crimes is, without a doubt, part of customary international law.”

This decision comes against the backdrop of a long-standing ambiguity in the German government’s position on the exclusion of functional immunity for crimes under international law and sends a strong signal to Berlin, but also internationally: The Federal Court of Justice has no doubts whatsoever about the current state of customary international law. We, like many others in the academic literature, agree with this conclusion – the German government would be well advised to embrace it.

Follow-up-decision

The Court’s clear-cut statement concerns the review of pre-trial detention of a member of the Syrian National Defence Forces, a paramilitary group within Assad’s regime, for war crimes but also crimes against humanity. It is a follow-up decision on a previous ruling by the Court on functional immunity. In 2021, the [Federal Court of Justice](#) stated that, under customary international law, functional immunity does not bar domestic courts from exercising jurisdiction over former “lower ranking” foreign state officials for war crimes, in that case a former lieutenant of the Afghan National Army (see, e.g. [A. Epik, Journal of International Criminal Justice 19 \(2021\) 1263–1281](#)). However, at that time, the Court hesitated to go “all in” and [confined](#) its judgment to the exclusion of functional immunity in cases of war crimes. It further qualified its declaration on the exclusion of functional

immunity by limiting it to “subordinate” or “lower ranking” state officials – carefully avoiding taking any decision beyond what was necessary to determine the particular case at hand. While this approach was consistent with the logic of an appeals court, ensuing [ambiguities](#) had been noted in [academic scholarship](#) which led to some [guesswork](#) regarding the Court’s legal argument and methodology. Given the legal situation the restrictions were also unnecessary: customary international law does not differentiate between lower-ranking, higher-ranking, or high-ranking state officials so far as functional immunity is concerned, nor does it differentiate between the different core crimes under international law.

The Law on Functional Immunity at a Glance

The applicability of immunities is an old debate in the realms of international criminal law and has occupied international courts and tribunals as well as domestic courts on a regular basis. In order to better understand the legal situation, it is imperative to distinguish two types of immunity afforded to natural persons: Functional immunity (also referred to as immunity *ratione materiae*) and personal immunity (immunity *ratione personae*). While the former is granted to any state official, regardless of their rank within the state apparatus, for any official act committed during their term of office, the latter is conferred on a strictly limited group of high-ranking state officials – in particular heads of state, heads of government, and foreign ministers – during their term of office. Personal immunity therefore protects ‘state officials whose freedom of action in international intercourse is especially important to the functioning of the state’ (G. Werle and F. Jeßberger, *International Criminal Law*, 4th edn., para. 833). For this reason, it applies universally in foreign domestic courts – even if the protected person is [accused of crimes under international law](#). This position is settled and generally recognised. With regard to functional immunity, however, there used to

be a long-standing consensus that foreign state officials are not protected from foreign domestic prosecution in cases where crimes under international law are concerned, even though the doctrinal reason for this exclusion is controversial (C. Krefß, in: K. Ambos (ed.), Rome Statute of the International Criminal Court, Article 98 para. 24). While the identification of customary international law is a rather intricate task and rarely uncontroversial, there is an unmistakable chain of state practice and *opinio juris* starting from the Nuremberg Trials against Nazi officials, the adoption of the Nuremberg Principles which included [Principle III](#) (“The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law”), the prosecution of atrocity crimes before national courts during the cold-war era, several domestic criminal trials following the Yugoslavian civil war and the Rwandan genocide and, more recently, trials against former Afghan, Syrian or Iraqi state officials in the arena of domestic courts. In fact, it was the very recognition of the exclusion of functional immunity for crimes under international law that enabled the successful establishment of international criminal law as a tool to fight state-sponsored crimes on a global scale in the first place. If functional immunities applied to crimes under international law, domestic courts would be limited to prosecuting non-state actors – leaving those acting within an apparatus of state power unpunished. (On the already ongoing asymmetrical enforcement of state and non-state actors in international criminal law, see [J. Geneuss, Journal of International Criminal Justice 21 \(2023\) 839–856](#)). The very idea of international criminal law at its inception was, however, to bring those to justice who abuse their positions of power, in particular as state officials, in order to commit grave violations of basic principles of international law. The principle that the official capacity of a person is irrelevant in cases where they stand accused of crimes under international law is therefore inextricably linked to international criminal law as a concept and constitutes one of its essential cornerstones. In other words: The recognition of individual criminal responsibility for crimes under international law and of international criminal law as a concept cannot be separated from rejecting functional immunity for such crimes (Krefß, *supra*, Article 98 para. 37).

The Immunity Exception Under Attack

More recently, however, the consensus on the functional immunity exception has been called into question, most notably by [members of the International Law Commission \(ILC\)](#) as well as state representatives. In 2017 the ILC (provisionally) adopted [Draft Article 7](#) on immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction. Article 7(1) stipulates that immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the crime of genocide (a), crimes against humanity (b), war crimes (c), the crime of apartheid (d), torture (e), and enforced disappearance (f) – not the crime of aggression though. As consensus within the ILC could not be reached, a roll-call vote – a very rare exception – was held with a clear majority of commissioners [voting](#) in favour of [Draft Article 7](#) and, thus, in favour of an exception to functional immunity for crimes under international law. [Draft Article 7](#) and the fifth report by Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández were then debated in the Sixth Committee of the United Nations General Assembly. The reactions of state representatives varied from approval to selective criticism, e.g. regarding the inclusion of the crime of apartheid, torture and enforced disappearance as separate grounds for excluding functional immunity, and even strict rejection. Interestingly, the German representative also gave a decidedly [critical statement](#) on the proposal. The criticism addressed in particular the underlying methodology and blurred lines and ambiguities in the portrayal of the work of the commission as codification of existing customary international law or as its progressive development. At the same time, the statement raised doubts whether it was possible to prove customary international law exceptions to functional immunity. In its 2021 judgment the Federal Court of Justice mentioned the ILC debate in general and the German statement in particular. Regarding the latter, the Court stated that the German comment was itself ambiguous as it was not clear whether it referred to specific parts of [Draft Article 7](#) – and if so, which parts – or [Draft Article 7](#) in its entirety. Given that the latter interpretation would be in contradiction with other statements of German officials – and, one might add, the practice of German courts, first and foremost in the highly praised Al-Khatib trial before the Higher Regional Court of Koblenz against two former members of the Syrian secret intelligence for crimes against huma-

nity – the Court came to the conclusion that the German doubts did not embrace the exclusion of functional immunity at least for war crimes. The Court also took the position that the exclusion of functional immunity in cases of crimes under international law constitutes long standing and firmly established customary international law such that critical statements by individual members of the ILC or even state representatives cannot affect the current state of international law so long as they do not surpass the high threshold for changing existing customary international law. Still, in 2023, on the occasion of the adoption of the draft articles on immunity, the [German government](#) again expressed doubts regarding the existence of exceptions to functional immunity for crimes under international law: while acknowledging that the exception to functional immunity under customary international law for the most serious crimes under international law is a “*conditio sine qua non*” for domestic prosecution of such crimes and mentioning “thousands of national court judgments” in this regard, the German government still came to the conclusion that the exceptions are “*in status nascendi*”, that is a trend and emerging rule of customary international law, but not yet there. There are some [speculations](#) as to why Germany took this vague position. In any case it is clear that Germany thereby again and consciously contradicted repeated public statements in support of the effective enforcement of international criminal law by German officials and judicial practice. Germany’s official vagueness was harshly criticized in German international criminal law scholarship and [some suggested](#) the legislator to implement a norm in the German Code of Crimes Against International Law (*Völkerstrafgesetzbuch*) that explicitly states that functional immunity does not apply to the crimes under international law.

A Strong Statement with Far-Reaching Implications

At the time, the 2021 Court’s judgment was perceived as a landmark in the face of the debate at ILC, over the [state of](#)

[customary international law](#). But in view of the indicated doubts, ambiguities and contradictions, it must be welcomed that the Federal Court of Justice has now clarified its position in unequivocal terms. No more qualifications, no careful self-imposed restrictions, no lengthy discussion. To back its position the Court, short and sweet, refers to well-known and often-cited jurisprudence of international and national courts (IMT, ICTY, Israeli Supreme Court) as well as (mostly German) scholarship. In contrast to the long and carefully argued 2021-judgment, no reference is made to opposing views. This can be regarded as a bold move by the Court – although it must be taken into account that this is not a final judgement, but a decision on pre-trial detention, and that the Court also refers to the 2021-judgement and its long legal reasoning. First and foremost, however, it is an accurate summary of the current state of customary international law. Given the ongoing conflicts involving state actors, the statement of the Federal Court of Justice could prove very relevant in the near future. In the long run, the Court’s decision – which will likely be adopted in future judgments – serves as an important piece of evidence in determining the customary international law on functional immunity. In its 2023 comment the German government referred to the 2021 judgment, emphasizing that “[t]he judgment by the Federal Court of Justice is the highest-ranking judicial decision in Germany on the issue of immunities of State officials from foreign criminal jurisdiction in recent times. It constitutes important German State practice and has a significant bearing also on the German government’s position on the present topic.” This, of course, is equally true for the recent decision: the exclusion of functional immunity of foreign state officials in the case of international crimes is without a doubt part of customary international law. Hopefully, the positioning of the Federal Court of Justice will be unreservedly embraced by the German government which has far too long left room for speculation on its position.

Eva Kocher

Ein glühendes Stück Eisen

Es wird mal wieder über Streikrechtseinschränkungen diskutiert

doi: 10.59704/ec5ce04bd253692b



Nun haben wir es [für die nächsten zwei Jahre](#) erst einmal wieder hinter uns; die Streikphase in Bahnverkehr und ÖPNV ist vorbei. Wie aber in heftigen oder langen Streikphasen üblich, wurde auch in diesem Jahr die jahrzehntealte Debatte aufgenommen, ob nicht der Gesetzgeber das Streikrecht beschränken sollte. Schließlich gibt es in Deutschland keine gesetzliche Regelung des Arbeitskampfrechts.

Die rechtspolitischen Vorschläge und Themen sind immer wieder dieselben, in den 1970er Jahren vor dem Hintergrund großer Streikwellen in der Industrie, in den 2010er Jahren nach der [Verlagerung des Streikgeschehens in Deutschland](#) auf Dienstleistungsbranchen, oder aktuell während tagelanger Einschränkungen des Bahnverkehrs und angesichts einer Verhandlungspolitik der GDL, die für Außenstehende [nicht mehr ausreichend nachvollziehbar](#) war. [Auf dem Tisch liegen](#) aktuell wieder die folgenden Themen und Vorschläge: Schlichtungszwang, Ankündigungsfristen, Gewährleistung einer Notversorgung, Gemeinwohlbindung, Verhältnismäßigkeitskontrolle. Der Generalsekretär der FDP soll sogar über „die Möglichkeit, Verhandlungsführer auszutauschen“ [gesprochen haben](#). Einige scheinen dabei – wie im [„Professorenentwurf“ von 1988](#) vorgeschlagen – Einschränkungen für alle Arbeitskämpfe vor Augen zu haben; andere, insbesondere [in der CDU](#), beschränken sich – wie schon der [Professorenentwurf von 2012](#) – auf die „Daseinsvorsorge“ und/oder „sensible Bereiche der kritischen Infrastruktur“.

Die bestehenden Grenzen des Streikrechts

Es gibt kein Arbeitskampfgesetz, also machen wir doch einfach eins? Ganz so einfach ist das nicht, denn es gibt ja durchaus rechtliche Regeln und Grenzen für Arbeitskämpfe. Diese wurden durch die Rechtsprechung, d.h. insbesondere durch das Bundesarbeitsgericht (BAG) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nicht im luftleeren Raum, sondern auf Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG entwickelt. Mit anderen Worten: Es gibt einen verfas-

sungsrechtlichen Rahmen, der auch die Grenzen möglicher gesetzlicher Regelungen absteckt.

Ganz so arbeitskampffreundlich wie es in der aktuellen Debatte manchmal klingt, ist die deutsche Rechtsprechung keineswegs. Sie beschränkt das Streikrecht recht weitgehend und über das hinaus, was das internationale Recht erlaubt. Der Europäische Ausschuss für soziale Rechte, der die Einhaltung der Europäischen Sozialcharta (ESC) überwacht, [stellte zuletzt 2022 fest](#), dass mehrere zentrale Grundsätze des deutschen Rechts im Widerspruch zu Art. 6(4) der ESC stehen, insbesondere der Grundsatz, dass Streiks nur im Rahmen von Tarifverhandlungen und mit der Zielsetzung einer tariflichen Regelung zulässig sind, sowie die [Anforderungen, die an eine Organisation \(„Gewerkschaft“\) gestellt werden, die zu einem Streik aufrufen darf](#).

Eine dritte Kritik des Ausschusses hat sich mittlerweile faktisch erledigt, denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat das deutsche Verbot des Streiks für alle Beamt:innen, unabhängig davon ob sie öffentliche Gewalt ausüben, [im Dezember 2023](#) für jedenfalls mit Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar gehalten. Gleichzeitig ergeben sich aus dieser Entscheidung aber hohe Anforderungen an Einschränkungen des Streikrechts, die in der aktuellen Debatte zu beachten wären.

Anforderungen aus der Rechtsprechung zum Beamtenstreik

Die Völkerrechtskonformität des deutschen Beamtenstreikverbots wurde spätestens mit zwei Entscheidungen des EGMR ([Demir und Baykara](#) von 2008 und [Enerji Yapi-Yol Sen](#) von 2009) zum Thema in Deutschland. Damals ging es um Streikverbote der Türkei im Bereich der Erziehung und im Energiesektor. Der EGMR hielt diese für rechtswidrig, da sie das Streikrecht öffentlich-rechtlich Beschäftigter allein aufgrund von deren Status ausschlossen.

Es lag nahe, darin das Aus für das deutsche Streik-

verbot zu sehen. Der Zweite Senat des BVerfG wandte sich dann aber [im Jahre 2018](#) gegen das, was er für „eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe“ hielt. Vermutlich [„das Große und Ganze, das System und die institutionelle Bedeutung des Beamtentums als Garant der Stabilität, Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit einer rechtsstaatlichen Staatsverwaltung vor Augen“](#), entwickelte er aus Art. 33 Abs. 5 GG „Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung“. Die Rechtsprechung des EGMR sei „möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen“. Und das Streikverbot als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums beschränke die Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG.

Die Stichworte des BVerfG nahm der EGMR dann [im Dezember 2023](#) auf, um die Unterschiede zwischen den türkischen Fällen von 2008/2009 und dem deutschen Fall zu markieren: Die gravierende Einschränkung des Grundrechts, die ein absolutes Streikverbot bedeute, sei mit Blick auf die besonderen Rechte der Beamt:innen und ihrer Gewerkschaften in Deutschland gerechtfertigt. Diese könnten ihre beruflichen Interessen („occupational interests“) insbesondere durch gesetzlich gewährleistete Beteiligungsrechte bei der Vorbereitung beamtenrechtlicher Gesetze sowie durch die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf amtsangemessene Alimentation (mit Beteiligungschancen der Gewerkschaften im Gerichtsverfahren) wahren. Auch das Lebenszeitprinzip und die Gewährleistung von Beihilfe im Krankheitsfall und Pensionsrechten, die Personalratsvertretung, sowie die Möglichkeit, zum Arbeitnehmerstatus (mit Streikrecht) zu wechseln, wurden als Argumente angeführt, um das Streikverbot am Ende zu rechtfertigen.

Vor diesem Hintergrund und mit diesen Maßgaben werden weder das BVerfG noch der EGMR für ein absolutes Streikverbot in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zu haben sein, seien die erbrachten Dienstleistungen auch noch so „wesentlich“ oder „kritisch“.

Die Gewährleistung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten

Es bleibt also die Frage, ob ein Gesetz zumindest konkrete Einschränkungen oder Vorgaben machen könnte. Auf die [Phantasie](#), man könne ein Gericht dazu ermächtigen, Verhandlungsführer:innen einer Koalition auszutauschen, sei hier allerdings nicht eingegangen. Ernsthaft

wird ein so weitgehender Eingriff in die inneren Angelegenheiten einer privaten Organisation hoffentlich von niemandem in Betracht gezogen – schon gar nicht, wenn es um Organisationen geht, die durch Art. 9 Abs. 3 GG mit besonderen Rechten ausgestattet sind.

Es bleiben Vorschläge wie Schlichtungszwang, Ankündigungsfristen und Gewährleistung einer Notversorgung. Letzteres ist ein enorm wichtiges Thema, und auch bei Fragen wie „Gemeinwohlbindung“, „Verhältnismäßigkeitskontrolle“ geht es am Ende immer genau darum: Wie kann im Rahmen eines Arbeitskampfs gewährleistet bleiben, dass eine „kritische Infrastruktur“ aufrechterhalten bleibt? Mit dieser Rechtsfrage haben sowohl Arbeitskampfparteien als auch die Arbeitsgerichte regelmäßig zu tun, es ist also keineswegs so, dass es hier keine Regeln gäbe. Und man ist sich rechtlich einig darüber, dass in jedem Arbeitskampf „Notstands- und Erhaltungsarbeiten“ gewährleistet bleiben müssen.

Allerdings: Was wäre damit gewonnen, wenn diese Selbstverständlichkeit gesetzlich fixiert würde? Denn eine Juristin muss keine Expertin im Arbeitsrecht sein, um zu ahnen, dass der Teufel im Detail liegt. Die Konkretisierung dessen, was „erforderlich“ ist, um die Produktionsanlagen des Arbeitgebers zu schützen (Erhaltungsarbeiten) oder eine elementare Grundversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten (Notstandsarbeiten), kann schon in den Bereichen, die eindeutig eine Notversorgung anbieten müssen, zu Streitigkeiten führen. Denn Krankenhäuser, die z.T. im Normalbetrieb nur noch mit Minimalbesetzungen arbeiten, könnten gar nicht mehr bestreikt werden, wenn man jede einzelne ihrer Tätigkeiten als elementar bewerten würde. Dabei haben gerade Streiks [wesentliche Fortschritte bei der Personalbemesung in Krankenhäusern](#) gebracht und insofern zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung beigetragen. Die Gerichte sind im Grunde die richtigen Institutionen, um die Frage der Notstands- und Erhaltungsarbeiten im Einzelfall angemessen zu entscheiden – falls nicht, wie in der Praxis meist, die Gewerkschaften, zusammen mit der Arbeitgeberseite, ohnehin angemessene Lösungen gefunden haben.

Falls Streit entsteht, fängt der übrigens schon bei der Frage an, was außerhalb des Bereichs der Beamtentätigkeit eigentlich zur elementaren Grundversorgung der Bevölkerung gehört. Einig ist man sich nur in Bezug auf den Schutz von Leib und Leben, z.B. bei der Krankenhausversorgung, im Rettungsdienst oder bei Wasser und Elek-

trizität. Darüber hinaus wird eine große Bandbreite an Dienstleistungen genannt, die in gewisser Hinsicht „notwendig“ zumindest für bestimmte Gruppen der Bevölkerung sind, von Post und Telekommunikation bis hin zu Bankdienstleistungen oder Bedürfnissen der „Hygiene“ (Schliemann, RdA 2012, 17). Verlangt man jedoch, dass ein Arbeitskampf so organisiert wird, dass das Alltagsleben der Bevölkerung in keiner Weise beeinträchtigt wird, so schließt man das Streikrecht in einer Vielzahl von Dienstleistungsbranchen aus – was verfassungsrechtlich unzulässig ist, wenn es nicht mit kompensatorischen Garantien wie denen für Beamt:innen verbunden ist.

Einem Gesetzgeber, der das geltende Recht konkretisieren wollte, wäre jedenfalls anzuraten, sich insofern am internationalen Recht zu orientieren, das tatsächlich Einschränkungen des Streikrechts in „wesentlichen Dienstleistungen“ erlaubt. In der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) versteht man darunter zwar die Reinigung von Schulen, aber nicht Transport und Verkehr; der EGMR hat sich dem angeschlossen. Für Bahn und ÖPNV wäre damit also nichts gewonnen.

Prozedurale Beschränkungen des Streikrechts?

Wäre denn stattdessen eine gesetzliche Verpflichtung zur Schlichtung vor einem Arbeitskampf zulässig, oder eine gesetzliche Ankündigungsfrist verfassungsrechtlich? Wenig überraschend kommt es darauf an, und zwar auf die Auswirkungen, die die Einschränkung im konkreten Fall hätte. Im Mittelpunkt stehen dabei die Auswirkungen auf die Fähigkeit der Gewerkschaften, einen Arbeitskampf effektiv zu führen. Denn dies ist der Maßstab, den das BAG und das BVerfG in den letzten Jahrzehnten entwickelt haben. Hintergrund sind Veränderungen der Wertschöpfungsstruktur der deutschen Wirtschaft, insbesondere der Wandel hin zur Dienstleistungsgesellschaft. In Dienstleistungsbranchen sind nicht nur die Organisationsgrade oft niedrig; die Arbeitgeberseite kann auch eine effektive Umgehung des Streiks oft leichter und ohne eigene Nachteile organisieren, z.B. durch die Nutzung von Leiharbeit und flexiblen Arbeitsformen. Zudem ist die allgemeine Bevölkerung häufiger als in der Industrie direkt vom Streikgeschehen betroffen, was die innergewerkschaftliche Mobilisierung schwieriger macht.

Vor diesem Hintergrund lockerte das BAG in einem Grundsatzurteil von 2009 bisher festgefügte Vorstellungen davon, was einen Streik bzw. eine gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme ausmacht. Tatsächlich war die

Aktionsform des „Flashmob“, die Anlass zu der Entscheidung gegeben hatte, Ergebnis einer lang andauernden und bis heute keineswegs abgeschlossenen gewerkschaftlichen Suche nach Kampfmitteln, mit denen noch wirksamer Druck ausgeübt werden kann. Die damalige Aussage des BAG, es „[gehöre] zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“, hat das BVerfG erst im Jahre 2020 wörtlich wiederholt. Diese Freiheit bringt notwendig eine Einschätzungsprärogative bezüglich Eignung und Erforderlichkeit von Arbeitskampfmitteln und damit eine eingeschränkte Verhältnismäßigkeitskontrolle mit sich.

Vermutlich gibt es Fälle, in denen eine Ankündigungsfrist mit diesem Rechtsrahmen durchaus vereinbar wäre. Deren Dauer müsste allerdings von Fall zu Fall angemessen bestimmt werden. Eine gleichzeitig rechtssichere und verfassungskonforme (d.h. einzelfallsensible) gesetzliche Regelung dieser Frage kommt der Quadratur des Kreises gleich. An der derzeitigen Arbeitskampfpraxis der Gewerkschaften würde sie voraussichtlich nicht einmal merklich etwas ändern. Auch hier bliebe die gerichtliche Prüfung des Einzelfalls das Mittel der Wahl.

Aber sollten die Arbeitskampfparteien nicht zumindest vor dem Streik in „sensiblen“ Bereichen mit den Einschätzungen und Lösungsvorschlägen eines oder einer Dritten konfrontiert werden? Dies ist es ja, was eine Verpflichtung zur Schlichtung bedeuten würde. Selbstverständlich ist es immer wünschenswert, sich die Meinung unbeteiligter, aber sachverständiger Dritter anzuhören. Aber lässt sich dies wirklich erzwingen? Historische und vergleichende Erfahrungen zeigen eher, dass solche Pflichten kaum zur Streikvermeidung beitragen. Wenn sie aber leer laufen, droht das Regelungs- und Schlichtungssystem insgesamt an gesellschaftlicher Legitimität zu verlieren. Und damit wäre der Schaden am Ende wohl größer als der Gewinn, den der Gesetzgeber hätte, wenn er seinen Steuerungswillen symbolisch behauptet.

Wünschbar und machbar?

Bereits auf der Podiumsdiskussion „Kodifizierung des Arbeitskampfrechts?“ auf dem 51. Deutschen Juristentag 1976 hatte Thilo Ramm drei Fragen unterschieden: „Ist eine Regelung wünschbar? Ist sie rechtlich geboten? Und ist sie politisch machbar?“ Die damalige Antwort auf die

letzte Frage von Bernd Rühers passt auch heute noch, fast fünfzig Jahre später: „Wenn wir die letzten dreißig Jahre betrachten, dann gibt es keine verlässlichere gesetzgebungspolitische Erfahrung als die, daß Regierung wie Parlament dieses glühende Stück Eisen Arbeitskampf recht möglichst weitgehend gemieden haben.“

Das spricht allerdings nicht dagegen, sich mit den beiden anderen Fragen ganz nüchtern zu beschäftigen; der Gewinn persönlicher, rechtlicher und politischer Erkenntnisse ist es wert. Also: Ist eine gesetzliche Regelung wünschbar und rechtlich geboten? Wie gezeigt, kann die Antwort auch hier nur „nein“ lauten: Verfassungsrechtlich zulässig wären keine allgemeinen Einschränkungen, sondern nur Beschränkungen in gewissen Bereichen und durch konkrete Verfahrensbedingungen. Deren rechtliche Zulässigkeit muss aber an den Verhältnissen des je-

weiligen Konflikts im konkreten Fall bestimmt werden, und dies bleibt am Ende Aufgabe der Rechtsprechung. Ein nicht geeignetes oder nicht erforderliches Gesetz ist aber verfassungswidrig.

Der Gesetzgeber kann sich hier nur verrennen. Die Erfahrungen mit dem Tarifeinheitsgesetz (§ 4a TVG), mit dem bereits einmal erfolglos versucht wurde, im Bereich der Bahn **Rechtsfrieden** per Gesetz zu schaffen, sollten insofern Lehre genug gewesen sein.

Die Bahnkundin darf immerhin hoffen, dass die Energie, die in den Entwurf von Streikrechtseinschränkungen investiert worden ist, ausreicht, um Ideen zu entwickeln, wie der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung für die „kritische Infrastruktur“ im Normalbetrieb gerecht werden kann.

Theresa Tschenker

Wir fahren zusammen, aber streiken müssen wir allein

Das Bundesarbeitsgericht und das Verbot des politischen Streiks

doi: 10.59704/f6a7fff68bc4686c



Am 1. März 2024 streikten die Beschäftigten des öffentlichen Personennahverkehrs in den Tarifverhandlungen mit den Verkehrsbetrieben für bessere Arbeitsbedingungen. In vielen deutschen Städten gingen die Streikenden gemeinsam mit Aktivist*innen von Fridays for Future in dem gemeinsamen Bündnis von Klimaschutzbewegung und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) „Wir fahren zusammen“ auf die Straße und forderten unter anderem einen Ausbau des öffentlichen Personennahverkehrs. So auch in Leipzig, dort allerdings sahen die Leipziger Verkehrsbetriebe in dem Streik nicht nur eine Arbeitsniederlegung innerhalb einer Tarifauseinandersetzung, sondern einen Streik gegen [die Verkehrspolitik](#) und damit einen rechtswidrigen politischen Streik. Sie klagten vor dem Leipziger Arbeitsgericht im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Unterlassung des Streiks, kassierten aber eine Niederlage. Das Gericht urteilte, dass der geplante Streik kein politischer sei, [„obgleich eine Verbindung dennoch zu erkennen ist“](#).

Das Streikbündnis „Wir fahren zusammen“ verdeutlicht, dass die Arbeitsbedingungen von Beschäftigten des öffentlichen Personennahverkehrs nicht nur von Tarifverhandlungsergebnissen abhängig sind, sondern auch von staatlichen Entscheidungen zum Ausbau und der Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur. Die deutsche Rechtsprechung markiert einen Streik, der sich an staatliche Stellen richtet, als politisch und bewertet ihn aus diesem Grund als rechtswidrig. Wann und unter welchen Umständen diese Differenzierung und das Verbot des politischen Streiks entstanden sind und ob die rechtsdogmatische Herleitung überzeugt, ist nicht nur für das Verständnis der Genese des deutschen Streikrechts interessant. Auch hilft diese Perspektive, das deutsche Streikrecht weiterzuentwickeln, da die derzeitigen Beschränkungen dem Streik und seinem Stellenwert in einer Demokratie nicht gerecht werden.

Die Mär der Trennung von Tarifvertrag und Politik

Die von der Richterin des Leipziger Arbeitsgericht festgestellte Verbindung von Tarifvertrag und Politik ist wenig verwunderlich, denn die Trennung zwischen diesen beiden Materien ist nicht so selbstverständlich, wie sie der deutschen Rechtsprechung erscheint. Das zeigt nicht nur der Aufruf zum Klimastreik des Bündnisses „Wir fahren zusammen“, sondern auch die Streikbewegung für Entlastungstarifverträge in den Krankenhäusern der letzten Jahre. Dort streikten die Arbeitnehmer*innen für bessere Personalschlüssel und wehrten sich erfolgreich gegen die immer größer werdende Arbeitsverdichtung. Gleichzeitig trugen sie auf ihren Streikdemonstrationen die Kritik an dem Finanzierungssystem der Krankenhäuser auf die Straße: Die Kliniken dürften nicht wie ein Wirtschaftsunternehmen geführt werden, sondern müssten bedarfsdeckend ausfinanziert werden.

Die Vorstellung von einer strengen Trennung von Tarifvertrag und Politik bröckelt auch dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass gesetzliche Regelungen zugunsten von Arbeitnehmer*innen oft auf zuvor erstreikte Tarifverträge zurückgehen. So bewertet es [ver.di als von ihr erkämpften Erfolg](#), dass die gesetzlichen Personalschlüssel nun endlich zugunsten besserer Arbeits- und Pflegebedingungen reformiert werden sollen und die Entlastungstarifverträge der Krankenhäuser als Blaupause dienen. Ein ähnlicher Fall liegt schon viele Jahrzehnte zurück: Nahezu vergessen ist, dass die gesetzliche Regelung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für Arbeiter*innen, also Zahlung des vollen Lohns bei Krankheit bis zu sechs Wochen, auf einen langen und hart erkämpften Tarifvertrag der [IG Metall in Schleswig-Holstein im Jahr 1957](#) zurückgeht. Auch das Mindestlohngesetz (MiLoG) offenbart, dass es nicht selbstverständlich ist, dass die Tarifvertragsparteien und die Gesetzgebung jeweils bestimmte und voneinander getrennte Arbeitsbedingungen regeln. Die Gesetzgebung hat mit dem MiLoG eine

klassische Tarifvertragsmaterie – den Lohn – geregelt, weil die Tarifbindung nicht mehr flächendeckend wirkt und insbesondere in prekären Arbeitsverhältnissen eine Überausbeutung durch die Zahlung von Niedriglöhnen stattfindet.

Weiten wir den Blick und überschauen die Streikgeschichte in fernerer Vergangenheit. Bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes stellte jeder Streik einen Rechtsbruch dar und die Streikenden kämpften nicht nur für die Umsetzung ihrer konkreten Forderung, sondern auch implizit für die Anerkennung ihres Streikrechts. Der Streik ist somit genuin politisch, da er sich die Akzeptanz als rechtmäßige Grundrechtsausübung erst erkämpfen musste und seine Rechtmäßigkeit jedes Mal aufs Neue beweisen muss – wie die letzten [Angriffe von Arbeitgeber*innen](#) und [konservativer und marktliberaler Parteien auf das Streikrecht](#) gezeigt haben.

Gewerkschaften halten sich bei den allermeisten Streiks an die Vorgaben der Rechtsprechung. Sie nehmen in ihren Streikaufrufen ausschließlich Forderungen auf, die Gegenstand der Tarifverhandlungen zwischen ihnen und den Arbeitgeber*innen sein können. Denn nur ein solcher Streik ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt. Die Gewerkschaften wollen Untersagungsverfügungen und Schadensersatzansprüche gegen sich selbst und Abmahnungen und Kündigungen ihrer Mitglieder durch die Arbeitgeber*innen vermeiden. Doch woher rührt die Trennung von Tarifvertrag und Politik und das Verbot des sogenannten politischen Streiks?

Entstehung des Streikrechts in Deutschland

Das Streikrecht hat im Vergleich zur Streikpraxis eine relativ kurze Geschichte in Deutschland. Das erste Mal wurde in der Weimarer Republik ernsthaft darüber diskutiert, ob aus der Weimarer Reichsverfassung ein Streikrecht abzuleiten sei. Der Großteil der Rechtswissenschaftler und der Gerichte entschieden sich mit Verweis auf die Diskussion in der Nationalversammlung dagegen. Daher mussten Arbeitnehmer*innen in der Weimarer Republik vor jedem Streik ihr Arbeitsverhältnis kündigen und die Gewerkschaften in den Tarifverhandlungen Klauseln zur Wiedereinstellung der Streikenden vereinbaren, was ihre Verhandlungsmacht wesentlich schwächte. Die Nazis zerschlugen am 1. Mai 1933 ohne viel Widerstand die Gewerkschaften und begruben das noch junge kollektive Arbeitsrecht für die nächsten zwölf Jahre. Im Betrieb sollten

Führer und Gefolgschaft eine Einheit bilden, die für das Wohl der Betriebsgemeinschaft arbeitete.

Erst nachdem die Alliierten Deutschland vom nationalsozialistischen System befreit hatten, erwachte das Streikrecht durch die Beratungen des Parlamentarischen Rats zum Leben. Die Abgeordneten waren sich trotz aller politischen Differenzen einig, dass das Grundgesetz das Streikrecht gewährleisten sollte. Sie stritten sich lediglich über die Rechtmäßigkeit von bestimmten staatstragenden Formen des Streiks: der Beamtenstreik und der systemstürzende, d.h. revolutionäre Streik, wobei ein CDU-Abgeordneter die Wichtigkeit des Generalstreiks gegen den Kapp-Lüttwitz-Putsch im Jahr 1920 betonte, da sich dieser gegen eine „Rechtsunordnung“ gerichtet habe. Über den Tarifbezug des Streikrechts verlor niemand auch nur ein Wort. Die Abgeordneten konnten sich auf keine konkrete Formulierung des Streikrechts einigen, so dass Art. 9 Abs. 3 GG in der heutigen Form und ohne explizite Erwähnung des Streikrechts in Kraft trat. Der Parlamentarische Rat hatte die Einzelheiten der Regelung des Streikrechts der Gesetzgebung überlassen, die sich der Frage allerdings nicht annahm. So lag es nun an den Gerichten, Art. 9 Abs. 3 GG mit Leben zu füllen.

Das Verbot des politischen Streiks nach Nipperdey und ForsthoFF

Die erste große Auseinandersetzung um das Streikrecht fand anlässlich des Zeitungstreiks statt. Im Jahr 1952 riefen die Gewerkschaften die Arbeitnehmer*innen der Druckereien und Verlagshäuser zum Streik auf, um sich gegen die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes zu wehren, da diese nicht den gewerkschaftlichen Vorstellungen von betrieblicher Mitbestimmung entsprach. Die Arbeitnehmer*innen folgten dem Streikaufruf und für zwei Tage erschien in Deutschland kaum eine Zeitung. Die Arbeitgeberverbände verklagten die Gewerkschaften auf Schadensersatz und gaben zur juristischen Untermauerung ihrer Ansprüche zwei Gutachten in Auftrag. Sie engagierten den Arbeitsrechtler Hans Carl Nipperdey und den Verfassungsrechtler Ernst ForsthoFF. Die Juristen sollten prüfen, ob es sich bei dem Zeitungstreik um eine rechtmäßige Arbeitsniederlegung handelte. Sie kamen jeweils zu dem Ergebnis, dass der Streik, der sich an die Gesetzgebung richtete, als politischer Streik rechtswidrig sei und somit Schadensersatzansprüche bestünden. Die Argumentation der beiden war allerdings nur im

Ergebnis dieselbe.

Ernst Forsthoff argumentierte verfassungsrechtlich. Dabei behielt er seine dezidiert antidemokratische und gewerkschaftsfeindliche Auffassung bei, die er bereits in der Weimarer Republik und während der nationalsozialistischen Herrschaft zur Schau gestellt hatte. Er ging von einem verkürzten Demokratieverständnis aus, nach welchem zwischen politischer und gesellschaftlicher Willensbildung zu unterscheiden sei. Zur gesellschaftlichen Willensbildung gehörten die Tarifauseinandersetzungen. Auf die politische Willensbildung könnten die Bürger über Wahlen Einfluss nehmen. Eine Verschränkung dieser Willensbildungsprozesse sei unter dem Grundgesetz nicht vorgesehen. Der Zeitungsstreik nehme daher als „Parlamentsnötigung“ rechtswidrig auf die politische Willensbildung Einfluss. Diesem Demokratieverständnis stellte sich nicht nur der vom Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) beauftragte Jurist und Politikwissenschaftler Wolfgang Abendroth entgegen, indem er argumentierte, das Grundgesetz gewährleiste eine partizipative Demokratie, in der auch die Gewerkschaften mit dem Streik auf die Politik Einfluss ausüben dürften. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in späteren Jahren und in ständiger Rechtsprechung für eine breite gesellschaftliche Beteiligung am öffentlichen Meinungskampf und der staatlichen Willensbildung ausgesprochen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Streikrecht bislang jedoch nicht zu den demokratienotwendigen Grundrechten gezählt.

Hans Carl Nipperdey entwickelte seine eigene Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG. Nipperdey hatte als Rechtswissenschaftler bereits das Arbeitsrecht der Weimarer Republik kommentiert. Er konnte seine Karriere im Nationalsozialismus fortführen und wirkte als Mitglied der Akademie für Deutsches Recht an der Umformung des Arbeitsrechts im Sinne der NS-Ideologie mit. In seiner Rechtsauslegung ging es ihm während des Nationalsozialismus vor allem um die Vermeidung von Klassenkämpfen. Die Betriebsgemeinschaft, bestehend aus Führer und Gefolgschaft, sei daran interessiert, die Produktivität jedes Einzelnen und der wirtschaftlichen Gemeinschaft als Ganzer zu steigern. In Fortführung der Idee, dass es ein gemeinsames Interesse von Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen an wirtschaftlichem Wachstum und daher an einem ungestörten Produktionsablauf gebe, bewertete er den Streik auch unter dem Grundgesetz als unerwünschtes und zu vermeidendes Ereignis. Bei seiner Grundgesetzauslegung spielte der Interessengegen-

satz und die Ungleichheit zwischen Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen keine Rolle. Auch berücksichtigte er nicht die historische Erkenntnis, dass Arbeitnehmer*innen auf ein effektives Mittel zur Durchsetzung ihrer Forderung angewiesen sind. Er wertete den Streik als *per se* inadäquat. Der Streik verletze das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – ein Rechtsgut, das erst von ihm in das Arbeitskämpfrecht eingeführt wurde. Vorher spielte diese Rechtsfigur nur in Auseinandersetzungen von Unternehmen untereinander im Wettbewerbs- und Presserecht eine Rolle. Damit verlieh er dem ökonomischen Schaden der Arbeitgeber*innen, der als regelmäßiger Vermögensschaden keinen grundrechtlichen Schutz genießt, den Rang eines Rechtsguts, das auch heute noch mit dem Streikrecht in Abwägung gebracht wird.

Nipperdey argumentierte nun weiter, dass der eigentlich inadäquate Streik nur dann „sozialadäquat“ sein könne, wenn er innerhalb von Tarifverhandlungen geführt werde. Die Figur der Sozialadäquanz diene ihm sowohl zur Begründung des Streikrechts als auch zu dessen Einschränkung. Er begründete somit eine Rechtsauffassung, die den Sinn und Zweck des Streiks, den Arbeitgeber*innen einen ökonomischen Schaden zuzufügen, um Handlungsdruck auszuüben, durch tautologische Rechtsdogmatik unterliefe. Bei tarifbezogenen Streiks wurde der Schaden akzeptiert, bei politischen aber nicht. Der Ansicht, Arbeitgeber*innen könnten nur innerhalb von Tarifverhandlungen dem Streikdruck nachgeben, ist zu entgegen, dass dieses Argument in der Trennung von Tarifvertrag und Politik verhaftet bleibt. Die komplexen Verflechtungen von Wirtschaft und Politik werden darin genauso verkannt wie auch die Handlungsmacht der Arbeitgeber*innen und ihrer Verbände.

Nipperdey konnte seine Rechtsauffassung zum Zeitungsstreik schließlich als Präsident des Bundesarbeitsgerichts seit 1954 in den ersten Urteilen zum Streikrecht als geltendes Recht etablieren. Das Urteil vom 28. Januar 1955, in dem die Leitlinien des deutschen Streikrechts aufgestellt wurden, trägt offensichtlich Nipperdeys Handschrift. Neben ihm gab es überhaupt nur einen anderen Richter in der ersten Besetzung des Gerichts, der arbeitsrechtliche Erfahrung hatte. Darüber hinaus wird zu Recht daran gezweifelt, ob die ersten Richter*innen am Bundesarbeitsgericht dazu geeignet war, Recht in einer jungen Demokratie zu sprechen, da sie mehrheitlich NS-belastet waren. Der Richter am Landgericht Erfurt

[Martin Borowsky ist in der Auswertung der Archivmaterialien](#) zu dem vorläufigen Schluss gekommen, dass 14 der 25 ersten Bundesrichter*innen Mitglieder der NSDAP, der SA, Anwärter oder finanzielle Förderer der SS gewesen waren oder Todesurteile gesprochen und/oder antisemitische Schriften veröffentlicht hatten.

Heute sprechen Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht nicht mehr von sozialadäquaten Streiks, sondern von verhältnismäßigen. Auch hat sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Notwendigkeit von Streiks geändert. Seit den Grundsatzurteilen aus dem Jahr 1980 ist es ständige Rechtsprechung, dass eine Tarifverhandlung ohne Streiks „kollektives Betteln“ ist. Geblieben ist allerdings der Tarifbezug des Streikrechts.

Rechtsprechungswandel in Sicht?

Die rechtsgeschichtliche Aufarbeitung der Genese des Verbots des politischen Streiks offenbart, dass das deutsche Streikrecht auf einem antidemokratischen, den Interessengegensatz von Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen verklärenden und rechtsdogmatisch schiefen Fundament gebaut ist. Wenn Streiks wie im Bünd-

nis von „Wir fahren zusammen“ oder in der Gesundheitsbranche rechtmäßig auch die staatlichen Entscheidungsträger*innen adressieren dürften, würde das demokratische Potential von Art. 9 Abs. 3 GG ausgeschöpft werden. Die Rechtsprechung muss sich unter anderem der Frage stellen, welche Funktionen ein Streik in der Demokratie hat und ob diese nicht ebenso schützenswert sind wie die Wirkung, gerechte Ergebnisse in Tarifverhandlungen zu erzielen. Zudem sollte die Rechtsprechung hinterfragen, ob der ökonomische Schaden der Arbeitgeber*innen im Streikrecht als Rechtsgut schützenswert ist, obwohl das Vermögen als solches keinen grundrechtlichen Schutz genießt.

Das Streikrecht ist Richterrecht. Die Gerichte können es, wie in den 1980er Jahren bereits geschehen, grundlegend anders ausrichten. So hat das Bundesarbeitsgericht angedeutet, dass der Tarifbezug in Hinblick auf das Völkerrecht, konkret Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta, [einer erneuten Überprüfung bedürfe](#). Zuletzt [rügte der Europarat im Jahr 2022](#) Deutschland dafür, dass es das Streikrecht begrenze, indem es nur den tarifbezogenen Streik als rechtmäßig werte.

Juliana Talg, Fabian Wittreck

Physiotherapie für die Richterwahl

Wie sich Blockaden lösen lassen

doi: 10.59704/7c98f010f6bb32e9



Das Erstarken autoritär-populistischer Kräfte in Deutschland hat eine [Debatte um eine verfassungsrechtliche Absicherung](#) des Bundes-, [aber auch der Landesverfassungsgerichte](#) ausgelöst. Ein neuralgischer Punkt ist die Richterwahl, insbesondere das Zweidrittelmehrheitserfordernis und dessen Kehrseite, die Sperrminorität.¹ Kritisch ist die Lage insbesondere in Thüringen, Sachsen und Brandenburg, wo im Herbst gewählt wird und die AfD kontinuierlich bei [Umfragewerten](#) um die 30% steht. Anders als auf Bundesebene hat die Zweidrittelmehrheit hier bereits Verfassungsrang², die Blockadefahr durch eine autoritär-populistische Sperrminorität ist also virulent. Um nicht zu versteifen, sind die dortigen Gesetzgeber daher [aufgefordert](#), sich Gedanken zu machen, wie sich das Blockaderisiko verringern lässt, ohne den Pluralismusschutz aufzugeben. Eine Lösung könnte sein, ein Vorschlagsrecht des Verfassungsgerichts mit einem abgesenkten Mehrheitserfordernis im Parlament zu kombinieren.

Drei Schmerzpunkte: Pluralismusschutz, Vermeidung von Blockaden, demokratische Legitimation

Der Zweck des Zweidrittelmehrheitserfordernisses ist, eine [politisch einseitige Besetzung des Gerichts](#) zu vermeiden: Die Zweidrittelmehrheit garantiert erstens die Berücksichtigung (fast) aller Parteien und zweitens die Präsentation nur solcher Kandidatinnen und Kandidaten, die der jeweils anderen Seite halbwegs vermittelbar sind. Dies gilt grundsätzlich, wird jedoch umso wichtiger vor dem Hintergrund des Erstarkens einer rechtsextremisti-

schen Partei. Ein geringeres Mehrheitserfordernis, etwa eine einfache Mehrheit, erhöht das Risiko einer Unterwanderung (oder im Extremfall der schlichten „Übernahme“) des Verfassungsgerichts.

Je höher das Mehrheitserfordernis, desto größer ist die Gefahr, dass eine autoritär-populistische Partei eine Sperrminorität erreicht, mit der sie die Richterwahl blockieren kann. Auch bisher schon kam es immer wieder zu Problemen bei der Nachwahl einzelner Mitglieder und auf Ebene der Landesverfassungsgerichte gar zu lang anhaltenden Vakanzen.³ Zur Überbrückung solcher Phasen sehen viele Landesverfassungsgerichtssetze bereits verschiedene Lösungen vor: So können die bisherigen Mitglieder bis zur Nachwahl geschäftsführend im Amt bleiben oder durch stellvertretende Mitglieder ersetzt werden. Denkbar ist auch, die Anforderungen für die Beschlussfähigkeit herabzusetzen, sodass das Gericht auch bei unvollständiger Besetzung entscheiden kann.⁴

Die genannten Lösungen geraten jedoch früher oder später in Konflikt mit einem dritten Aspekt, der in die Abwägung zwingend einzubeziehen ist, nämlich der demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichte. Denn Demokratie ist Herrschaft auf Zeit – ein gewähltes Parlament soll seinen Nachfolger nicht an die eigenen Präferenzen binden können. Das ist für die Regierung evident – ihre Amtszeit endet mit der Neuwahl bzw. dem Zusammentritt des neuen Parlaments (siehe nur § 9 Abs. 1 Nr. 2 BMinG). Bei Verfassungsgerichten ist die Sache komplizierter, weil sich aus guten Gründen das Modell durchgesetzt hat, die Richterinnen und Richter auf vergleichsweise lange Zeit zu wählen (im Bund zwölf Jahre, in Branden-

¹ Siehe etwa Michl, ZRP 2024, 33.

² Vgl. Art. 79 Abs. 3 S. 3 ThürVerf., Art. 81 Abs. 2 SächsVerf., Art. 112 Abs. 4 S. 5 BbgVerf.

³ Siehe beispielhaft von der Weiden, ThürVBl. 2019, 209 (209 f.); Reutter, <https://verfassungsblog.de/wie-der-verfassungsgerichtshof-sich-selbst-schutzen-kann/>.

⁴ Der Amtsfortführungsansatz findet sich etwa in § 6 Abs. 2 S. 2 VerfGGBBG, § 6 Abs. 2 SächsVerfGHG, § 3 Abs. 2 S. 2 ThürVerfGHG; siehe auch § 4 Abs. 4 BVerfGG. Zum Stellvertreteransatz siehe beispielsweise § 2 Abs. 2 S. 2 u. 6 SächsVerfGHG, §§ 2 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 u. 4 ThürVerfGHG und zur Herabsetzung der Beschlussfähigkeit § 8 S. 2 VerfGGBBG, § 7 Abs. 2 VerfGHG NRW; beachte aber das Gegenmodell in § 15 Abs. 2 BVerfGG.

⁵ Siehe nur § 4 Abs. 2 BVerfGG; anders aus nicht erfindlichen bzw. weniger guten Gründen § 3 Abs. 2 S. 1 ThürVerfGHG, § 3 Abs.

burg zehn, in Sachsen neun und in Thüringen sieben) und eine Wiederwahl auszuschließen⁵. Gleichwohl sind diese Amtszeiten als Ausnahmebestimmungen zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte des Demokratieprinzips eng auszulegen – sie können nicht einer womöglich inzwischen zweimal abgewählten ehemaligen Mehrheit bzw. den von ihr ernannten Richterinnen und Richtern ermöglichen, *ad calendas graecas* weiterhin die Fäden zu ziehen. Erschwerend kommt in rechtsstaatlicher Perspektive hinzu, dass ein derart anfechtbar besetztes Verfassungsgericht früher oder später auch mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Konflikt gerät.⁶

Der Lösungsvorschlag

Ein Vorschlag zur Absicherung der Verfassungsgerichte kann nur schwerlich allen drei genannten Aspekten gleichermaßen gerecht werden. Ziel eines solchen Vorschlags muss es aber sein, dies in größtmöglichem Maße zu tun – man mag in Anlehnung an Konrad Hesse von praktischer Konkordanz sprechen.

Einfachgesetzliche Absicherung

Ein relativ einfacher Schritt wäre zunächst, die vorhandenen einfachgesetzlichen Lösungen kritisch zu überprüfen und anzupassen. So setzt beispielsweise das Thüringer Verfassungsgerichtshofgesetz bisher auf die Amtsfortführung. In § 3 Abs. 3 S. 2 ThürVerfGHG heißt es: „Nach Ablauf ihrer Amtszeit führen die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs bis zur Ernennung des Nachfolgers die Amtsgeschäfte fort.“ Aus § 6 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 ThürVerfGHG folgt jedoch, dass dies nicht gilt, wenn die Voraussetzungen der Wählbarkeit entfallen sind, zu denen unter anderem das Erreichen der Altersgrenze von 68 Jahren (vgl. § 4 Abs. 1 ThürVerfGHG) zählt. Zudem ist bisher **nicht explizit geregelt, dass die stellvertretenden Mitglieder bis zur Nachwahl einspringen können**. Diese Regeln sollte der Gesetzgeber so anpassen, dass das Erreichen der Altersgrenze die Amtsfortführung nicht verhindert und er sollte klarstellen, dass die stellvertretenden Mitglieder die Amtsgeschäfte auch im Falle der Amtsfortführung übernehmen können. Zu bedenken ist allerdings,

dass diese Regelungen möglicherweise nicht für die derzeitigen Mitglieder, sondern erst für neu gewählte Mitglieder gelten.

Verfassungsrechtliche Absicherung

Zudem geraten diese einfachgesetzlichen Lösungsansätze wie gesehen bei einer anhaltenden Blockadesituation an ihre Grenzen. Denn je länger eine Nachwahl verhindert wird, desto größer wird das Defizit an demokratischer Legitimation. Entsprechend wäre es sinnvoll, nach einer gewissen Zeit einen Ersatzwahlmechanismus greifen zu lassen, der in der Verfassung zu verankern wäre. Hierzu gibt es verschiedene Modelle.⁷

Denkbar wäre beispielsweise, das Mehrheitserfordernis im Landtag nach mehreren erfolglosen Wahlgängen auf eine einfache Mehrheit abzusenken (man könnte sich hier am Muster der Wahl des Bundeskanzlers im dritten Wahlgang nach Art. 63 Abs. 4 GG orientieren). Die demokratische Legitimation bliebe damit dem Grunde nach erhalten. Allerdings kann dann eine Parlamentsmehrheit **bewusst in den vorherigen Wahlgängen die Richterwahl blockieren**, um dann einen eigenen (einseitigen) Vorschlag einzubringen. Das Zweidrittelmehrheitserfordernis wird, wenn auch zeitlich verzögert, letztlich aufgehoben.

Stattdessen ließe sich das Blockadeproblem durch ein Auffangwahlorgan lösen. An die Stelle des Landtages träte für den Fall, dass dieser sich über einen vom Gesetzgeber festzulegenden Zeitraum nicht auf einen Kandidaten oder eine Kandidatin einigt, ein anderes Organ, welches das nachzubesetzende Mitglied wählt. Praktisch umsetzen ließe sich der Ersatzwahlmechanismus zum Beispiel durch ein **Selbstergänzungsrecht des Verfassungsgerichtshofs**. Dieser könnte dann selbst mit Zweidrittelmehrheit ein neues Mitglied wählen. Eine solche Regelung nimmt quasi die gesetzliche Wertung der § 6 Abs. 4 ThürVerfGHG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerfGHG, § 6 Abs. 3 S. 2 VerfGGBbg auf, die in Sachen Entfernung aus dem Amt § 105 BVerfGG entsprechen.

Hier bleibt die demokratische Legitimation jedoch letztlich schwach. Die Möglichkeit für den Landtag, jederzeit das ersatzweise gewählte Mitglied zu ersetzen,

³ S. 3 SächsVerfGHG.

⁶ Siehe dazu Gundling, ZLVR 2022, 103 (106), der eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter jedenfalls dann annimmt, wenn der Landtag die Nachwahl bewusst hinauszögert; beachte aber auch von der Weiden, ThürVBl. 2019, 209 (213 f.), der darauf hinweist, dass eine bewusste Verzögerung auch gerade darauf abzielen kann, den Gerichtshof funktionsunfähig zu machen, sowie BVerfGE 82, 286.

⁷ Für eine ausführliche Übersicht siehe Lübke-Wolff, Beratungskulturen, S. 234 ff.

indem man sich doch noch einigt, ändert hieran nichts. Denn diese Möglichkeit besteht auch im Falle der bisher vorgesehenen Amtsfortführung. Zudem wird dies in der befürchteten gezielten Blockadesituation schlicht nicht passieren. Letztlich bietet diese Lösung nur einen äußerst geringfügigen Zuwachs für die Sicherung der Funktionsfähigkeit. Denn im Vergleich zu dem oben genannten einfachgesetzlichen Lösungsvorschlag bietet die Ersatzwahl nur für den Fall eine höhere Garantie der Funktionsfähigkeit, dass sowohl das bisherige Mitglied als auch etwaige vorhandene stellvertretende Mitglieder sterben oder schlicht ihr Amt nicht weiterführen möchten. Beides dürften höchst unwahrscheinliche Szenarien sein.

Führt man jedoch die beiden genannten Lösungen zusammen, könnte das sowohl die demokratische Legitimation als auch die Funktionsfähigkeit des Gerichts stärken. Ähnlich wie nach § 7a BVerfGG könnte der Verfassungsgerichtshof nach einer gewissen Frist dazu aufgefordert werden, selbst eine Kandidatin oder einen Kandidaten vorzuschlagen. Über diesen Vorschlag müsste dann erneut der Landtag abstimmen, nun allerdings – anders als in § 7a BVerfGG – mit einem nach dem Muster von Art. 63 Abs. 4 GG abgesenkten Mehrheitserfordernis, etwa mit einer einfachen Mehrheit.

Diese Lösung hat den Charme, dass die demokratische Legitimation erhalten bleibt, da am Ende der Landtag selbst wählt. Das abgesenkte Mehrheitserfordernis reduziert das Blockaderisiko. Gleichzeitig vermeidet die Auslagerung des Vorschlagsrechts auf den Verfassungsgerichtshof, dass eine Parlamentsmehrheit durch eine gezielte Blockade der Wahl mit Zweidrittelmehrheit die Absenkung des Mehrheitserfordernisses provoziert und so politisch einseitig ein neues Mitglied wählen kann.⁸ Dass die bisherigen, von demokratischen Zweidrittelmehrheiten ins Amt gewählten Mitglieder selbst eine extremistische Kandidatin oder Kandidaten vorschlagen, ist nach menschlichem Ermessen auszuschließen. Solange also extremistische Kräfte nicht die absolute Mehrheit erreichen, ist die Besetzung des Verfassungsgerichtshofs mit demokratischen Mitgliedern gesichert. Sollten extremi-

stische Kräfte eine Mehrheit erreichen, so ist es ihnen zumindest nicht möglich, den Verfassungsgerichtshof einseitig zu besetzen. In diesem Szenario bliebe ihnen wiederum nur die Blockade, und die Amtsfortführung würde – für eine ungewisse Übergangsphase – greifen.

Letzter Ausweg - Karlsruhe

Auch für diesen Fall könnte man auf Landesebene vorsorgen – zumal auch nicht auszuschließen ist, dass eine extremistische Regierungsmehrheit Wege finden könnte, den Verfassungsgerichtshof anderweitig in seiner Funktionsfähigkeit massiv einzuschränken – man denke an Polen oder Israel. Entsprechend wäre zu erwägen, zusätzlich die Möglichkeit der in Art. 99 GG geregelten **Organleihe** vorzusehen. Für den Fall des Ausfalls des Landesverfassungsgerichts könnten landesrechtliche Streitigkeiten an das Bundesverfassungsgericht weitergegeben werden. Die Grundlage hierfür könnte der Landesgesetzgeber durch Verfassungsänderung, aber auch im Wege eines einfachen Gesetzes einführen.

Und wo wir schon bei Karlsruhe sind: Neben der Möglichkeit, das Blockaderisiko durch einen **Wechsel auf das jeweils andere Bundesorgan** (Bundestag oder Bundesrat) zu verringern, könnte man auch für das Bundesverfassungsgericht über die genannte Kombinationslösung nachdenken. Die Lösung ist in § 7a BVerfGG bereits angelegt und müsste noch um ein abgesenktes Mehrheitserfordernis ergänzt werden. Konsequenterweise wäre die Regelung dann auch ins Grundgesetz aufzunehmen.

Institutionelle Resilienz stärken

Die Demokratie allein durch eine Anpassung von Rechtsnormen zu retten, ist illusorisch – wir wissen spätestens seit Hans Kelsen, dass sich eine Demokratie nicht gegen ein Volk verteidigen lässt, das sie schlicht nicht mehr will. Ein möglichst stabiles institutionelles Setting kann jedoch die Resilienz der Demokratie im Angesicht der autoritär-populistischen Bedrohung stärken. Ein Blick ins Ausland zeigt, dass solche Kräfte das Recht und die Institutionen gezielt nutzen, um Schritt für Schritt auf

⁸Dieser Vorschlag entspricht letztlich dem sog. Kooperationsmodell für die Richterwahl, bei dem sich mehrere (Verfassungs-)Organe auf gemeinsam unterstützte Kandidatinnen und Kandidaten einigen müssen. Dieses Modell trägt grundsätzlich zu einer moderaten Besetzung der Gerichte bei und hat damit einen ähnlichen (wenn auch etwas schwächeren) Effekt wie das Zweidrittelmehrheitserfordernis. Die Lösung ist daher besonders geeignet, letzteres zu ersetzen, ohne den gewünschten Effekt zu verlieren. S. dazu Lübke-Wolff, Beratungskulturen, S. 167.

⁹Unlängst Kittichaisaree, Judicial Responsibility and Coups d'État. Judging Against Unconstitutional Usurpation of Power, Abdingdon/New York 2023 sowie Below (Hrsg.), Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions, Abdingdon/New York 2022.

(teils nur vermeintlich) legalem Wege Rechtsstaat und Demokratie zu unterminieren.⁹ Ihr Verhältnis zu Recht und insbesondere Verfassungsrecht ist ein instrumentelles. Verfassungsgerichte spielen dabei eine entscheidende Rolle. In Polen und Ungarn sind sie schnell selbst zum Instrument der Regierung geworden. Dabei könnte eine funktionierende Verfassungsgerichtsbarkeit selbst einer

extremistischen Regierungsmehrheit wenigstens große Steine in den Weg legen.¹⁰ Wie man ihr das ermöglicht, dazu hoffen wir mit unseren Vorschlägen einen Beitrag zu leisten. Ob man es ihr ermöglicht, liegt in der Verantwortung der derzeit noch mit einer (wenn auch knappen) Zweidrittelmehrheit ausgestatteten demokratischen Kräfte.

¹⁰Siehe dazu Gärditz, Resilienz des Rechtsstaates, NJW 2024, 407.

Raven Kirchner

Karlsruhes Vollstrecker

Rechtliche und gesellschaftliche Mittel zur Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

doi: 10.59704/15012bc3a9d9641b



Mit der Veröffentlichung der [Correctiv-Recherche](#) hat die Thematik des Schutzes der Institution Bundesverfassungsgericht den rechtswissenschaftlichen Diskursraum verlassen und beschäftigt nun auch die Bundespolitik. Binnen weniger Wochen – und nach kurzzeitigem Ausstieg der CDU/CSU-Fraktion aus der Debatte – hat das Bundesjustizministerium einen [Referentenvorschlag zur Änderung des Grundgesetzes](#) zur Verankerung zusätzlicher Schutzmechanismen im Grundgesetz vorgelegt, über den nunmehr beraten wird. Ein Blick in die Historie des Bundesverfassungsgerichts und die Erfahrungen verschiedener ausländischer Verfassungsgerichte mit der Politik offenbaren jedoch, dass es nicht erst autoritärer politischer Parteien oder Strömungen bedarf, um die verfassungsgerichtliche Kontrolle auszuhebeln. Der Blick ist daher auf die Mittel zu richten, die sicherstellen können, dass die Entscheidungen Karlsruhes von allen Staatsorganen befolgt werden.

Stadthalle Wetzlar ist kein Einzelfall

Betrachtet man die fast 75-jährige Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, so kann man dem Gericht durchaus eine außerordentliche Erfolgsbilanz ausstellen. Seine Entscheidungen haben die Entwicklung Deutschlands vom NS-Führerstaat hin zu einem demokratischen Verfassungsstaat, der weltweite Achtung und Einfluss genießt, mitgeprägt.¹ Das Bundesverfassungsgericht hat sich sowohl gegenüber den Staatsorganen als auch in der Bevölkerung Autorität und Anerkennung erarbeitet.

Gleichwohl wäre es ein Trugschluss hieraus zu schlussfolgern, dass seine Stellung keinerlei Gefährdungen unterlag beziehungsweise unterliegt. Wurde in den

Anfangsjahren den Entscheidungen Karlsruhes seitens der Politik vor allem durch verbale Urteilsschelten begegnet, so kam es zu Zeiten der sozialliberalen Koalition zur ersten Androhung der Nichtbefolgung einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung.² Nach Verkündung der Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kam es im Jahr 1995 gar zu – maßgeblich von bayerischen CSU-Politikern organisierten – öffentlichen Massenprotesten gegen das Gericht, die in einer gesetzliche Neuregelung der Kreuze in Klassenzimmern durch den bayerischen Gesetzgeber mündete und der Karlsruher Entscheidung ihre Wirkung entzog. Ein bayerischer CSU-Landtagsabgeordneter drohte in diesem Zusammenhang den Verfassungsrichtern gar körperliche Gewalt an und erklärte, man erwarte diese „mit Dreschflegeln“³.

In den vergangenen Jahren scheint sich der Widerstand gegen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von der Politik hin zur Exekutive und Judikative verlagert zu haben. So weigerte sich die Stadt Wetzlar im Jahr 2018 einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen und ihre kommunale Stadthalle der NPD zur Verfügung zu stellen.⁴ Anknüpfen konnte die Stadt Wetzlar hierbei an die Nichtbefolgung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot neonazistischer Demonstrationen aus den frühem 2000-er Jahren durch den Fünften Senat des OVG Münster. Dieser hatte wiederholt neonazistische Demonstrationen aufgrund der Annahme einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Ordnung untersagt, obwohl die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts ein auf die öffentliche Ordnung gestütztes Versammlungs-

¹ Instruktiv hierzu Grimm, Die Historiker und die Verfassung, 1. Auflage, München, 2022.

² Ausführlicher hierzu Kirchner, [Dem Bundesverfassungsgericht entgegen](#) – ablehnende Reaktionen der Politik auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen, JuWissBlog Nr. 88/2019 v. 12.9.2019.

³ Zitiert nach Der Spiegel, Das Kreuz ist der Nerv, Ausgabe 33/1995, S. 22.

⁴ BVerfG, 1 BvQ 18/18, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2018. Hierzu ausführlich Kirchner, Fn. 2.

⁵ Vgl. statt vieler BVerfG, 1 BvQ 13/01, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001.

verbot nicht zuließen.⁵ Trotz dieser ständigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hielt der Fünfte Senat des OVG Münster auch in späteren Verfahren an seiner Rechtsauffassung fest.⁶ Ein Ende fand diese Kontroverse letztlich in der Veränderung des Geschäftsverteilungsplans des OVG Münster im Jahr 2015. Seitdem ist der 15. Senat des OVG Münster für das Versammlungsrecht zuständig. Er erkannte diese Karlsruher Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des Landesversammlungsge-
setz NRW im Jahr 2022, welches die öffentliche Ordnung als Tatbestandsmerkmal nicht kennt, unzweifelhaft an.

In jüngster Zeit machte wiederum die Pressekommission des LG Berlin von sich Reden, die trotz sich wiederholender einstweiliger Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsprechung Karlsruhes zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit nicht umsetzte. Erst nachdem das Bundesverfassungsgericht eine Entfernung von Recht und Gesetz annahm, erneut auf die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG hinwies und in der Literatur die Frage der Strafbarkeit der Nichtbefolgung der Verfassungsrechtsprechung nach § 339 StGB aufgeworfen wurde, beendete das LG Berlin, soweit ersichtlich, seine Rechtsprechungspraxis.⁷ Einen ähnlichen Hinweis auf § 339 StGB hatte das Bundesverfassungsgericht auch im *Görgülü*-Verfahren erteilt, bei dem das OLG Naumburg Entscheidungen des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts nicht umsetzte, die einem Vater das Umgangsrecht zu seinem leiblichen Sohn zusprachen.⁸ Die strafrechtliche Anklageerhebung gegen die OLG-Richter scheiterte zwar an hier nicht darstellbaren strafprozessualen Gesichtspunkten. Aufgrund der breiten medialen Berichterstattung wurde die Öffentlichkeit auf die Problematik aufmerksam und forderte, dass das OLG Naumburg den Entscheidungen folgt.

Was bringt eine Hochzonung des § 31 Abs. 1 BVerfGG?

Dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG und schon ohne entsprechende Hinweise des Bundesverfassungsgerichts verbindlich sind, beeindruckte die jeweiligen Akteure in den beschriebenen Fällen jedenfalls nicht. Ob eine Hochzonung des § 31 Abs. 1 BVerfGG in das Grundgesetz, wie im Refe-

rentenentwurf vorgeschlagen, hieran etwas ändern würde, darf – entgegen der Auffassung *Kirchhofs* – bezweifelt werden. Als letztverbindlicher Verfassungsinterpret und seiner hieraus resultierenden Eigenschaft, Rechtsstaatlichkeit und Verfassungskonformität zu garantieren, ergibt sich die Verbindlichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen bereits verfassungsunmittelbar. Ein Verfassungsgericht ohne die Kompetenz, verbindliche Entscheidungen zu erlassen, wäre schließlich nicht viel wert.

In diesem Sinne ist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Missachtungen der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG zu verstehen, nach der es einen mit der Verfassungsbeschwerde rügefähigen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG iVm. Art. 2 Abs. 1 GG darstellt, wenn ein Bindungsadressat bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen nicht befolgt. Das Bundesverfassungsgericht weist § 31 Abs. 1 BVerfGG also schon jetzt eine verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Insofern könnte sich der einfache Gesetzgeber der Bindungswirkung auch nicht dadurch entziehen, indem er § 31 Abs. 1 BVerfGG abschaffen würde.

Obwohl die Nichtbefolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen schon nach der geltenden Rechtslage einen Verfassungsverstoß darstellt, haben das OVG Münster und das LG Berlin zunächst vehement an ihrer Entscheidungspraxis festgehalten. Angesichts dessen erscheint es fraglich, ob Staatsorgane, welche Verfassungsgerichtsentscheidungen partout nicht befolgen wollen, diese künftig allein aufgrund der Hochzonung des § 31 Abs. 1 BVerfGG in das Grundgesetz befolgen werden.

Alternativen zur Herstellung der Folgebereitschaft

Die aktuelle Resilienzdebatte sollte daher den Fokus auf die Mittel richten, die für eine Folgebereitschaft sorgen. Neben den verfassungsgerichtlichen Hinweisen auf die Möglichkeit der Verwirklichung strafbarer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) durch die Fachgerichtsbarkeit, gibt es auch gegenüber der Legislative und Exekutive verschiedene Möglichkeiten, um diese zur Entscheidungsbefolgung anzuhalten. So ermöglicht § 35 BVerfGG dem Gericht, Vollstreckungsanordnungen zu erlassen und eine öffentliche Stelle mit der Umsetzung der Anordnung zu

⁶Vgl. bspw. BVerfG, 1 BvQ 43/08, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. November 2008.

⁷Ausführlich hierzu Kirchner, Grundsatzkritik an der wiederholten Weigerung der Pressekommission des LG Berlin, der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit zu folgen, EuGRZ 2023, 410.

⁸BVerfG, 1 BvR 2790/04, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juni 2005, Rn. 38.

betrauen. Für den Stadthallen-Wetzlar-Fall hätte die Anwendung dieser Norm bedeuten können, dass das Gericht die örtliche Polizei anweist, die Halle (notfalls gewaltsam) zu öffnen und dem Beschwerdeführer zur Verfügung zu stellen. Nach Art. 37 GG wiederum könnte auch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates auf ein renitentes Landesorgan reagieren und die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung mit den Mitteln des Bundeszwangs durchsetzen. Beide Instrumente sind in diesem zwangsrechtlichen Sinne noch nicht verwendet worden.

Dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen zwangsweise durchgesetzt werden können, belegt ein Blick nach Österreich, dem Mutterland der spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit. Dort ist die Exekution verfassungsgerichtlicher Entscheidungen unmittelbar in der in Art. 146 Bundes-Verfassungsgesetz verankert und ermöglicht sogar den Einsatz des Bundesheeres. Im Rahmen der aktuellen Debatte sollte daher vielmehr über eine Hochzonzung des § 35 BVerfGG nachgedacht werden, um ihn dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers zu entziehen. Schließlich stehen § 31 Abs. 1 BVerfGG und § 35 BVerfGG in einem engen Wirkungszusammenhang.

Mahnende Beispiele, auch aus dem Ausland

All die beschriebenen Missachtungsfälle stellen seltene Ausnahmereisnercheinungen dar. Die weit überwiegende Mehrheit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts werden von der Legislative, Gubernative, Exekutive und Judikative befolgt. Dies darf jedoch nicht zur Annahme verleiten, dass auch künftige Entscheidungen stets befolgt werden würden. Es bräuchte hierfür auch nicht erst eine Machtübernahme autoritärer Parteien oder eines [Volkskanzlers](#). Vielmehr könnte eine Häufung unliebsamer bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, vergleichbar den zu Zeiten der sozialliberalen Koalition, die Politik zur Nichtbefolgung einzelner Entscheidungen des Gerichts oder zu institutionellen Eingriffen ermuntern. Es wäre naiv, sich allein auf das, z.B. im Rahmen der Haushalts-Entscheidung von Bundeskanzler Olaf Scholz⁹ wiederholte, politische Bekenntnis der Achtung des Bundesverfassungsgerichts zu verlassen. Politische Rahmenbedingungen, die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse, aber auch die Anerkennung des Bun-

desverfassungsgerichts in der Öffentlichkeit können sich ändern; schneller als einem lieb sein kann.

Die Pläne des US-Präsidenten Joe Biden aus den vergangenen Jahren, die Anzahl an Richterstellen am Supreme Court zu erhöhen, um die konservative Richtermehrheit zu brechen (*court-packing*), sowie die [Weigerung des österreichischen Finanzministers](#) eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs umzusetzen, belegen, dass es nicht zwingend einer autoritären politischen Grundüberzeugung bedarf, um die Verfassungsgerichte in ihrer Hüterrolle zu beeinträchtigen. Es kann vielmehr schon ausreichen, dass das Verfassungsgericht wichtige politische Vorhaben blockiert oder zu blockieren droht.

Die Öffentlichkeit als Resilienzmechanismus

Zusätzlich zu institutionellem Schutz ist die Öffentlichkeit für die Entscheidungsbefolgung bedeutsam – das zeigen auch die genannten Fälle. In Deutschland genießt das Gericht in der Bevölkerung nach wie vor große Autorität.¹⁰ Daher war es wenig verwunderlich, dass die breite Berichterstattung im *Görgülü*-Fall zu öffentlicher Empörung führte, zumal auch schon die zugrundeliegende familienrechtliche Thematik gesellschaftliches Erregungspotential beinhaltet. Doch auch Fälle, die nicht unmittelbar Grundrechte von Privatpersonen adressieren, wie beispielsweise die Nichtbefolgung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf prozessuale Waffengleichheit, haben eine mediale Berichterstattung und öffentliche Verwunderung über die Missachtung Karlsruhes ausgelöst.

Die Bedeutung der Öffentlichkeit zum Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit verdeutlichen ferner ausländische Fälle. So gilt die breite Berichterstattung der österreichischen Medien neben der angedrohten Entscheidungsexekution durch den Bundespräsidenten van der Bellen als ein wichtiger Grund, warum der Entscheidung doch Folge geleistet wurde. Joe Biden dürfte seine *court-packing*-Pläne wiederum aufgrund der Erfahrungen des demokratischen US-Präsidenten Franklin D. Roosevelt aufgegeben haben. Dieser hatte im Jahr 1937 einen *court-packing* Plan veröffentlicht, um den gerichtlichen Widerstands gegen die *New-Deal*-Gesetzgebung zu brechen. Er musste die Pläne aufgrund des immensen öffentlichen Drucks binnen eines halben Jahres wieder aufgeben.

⁹Vgl. Plenarprotokoll 20/139 des Deutschen Bundestags vom 28.11.2023, S. 17636 A.

¹⁰Vgl. statt vieler Studien nur [Best/Decker/Fischer/Küppers, Demokratievertrauen in Krisenzeiten](#), S. 26.

Entscheidend ist neben den rechtlichen Mitteln also, dass die Nichtumsetzung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen eine breite öffentliche Debatte auslöst. Dass Verfassungsgerichte Bollwerke gegen den Abbau des demokratischen Verfassungsstaates sein können, dürfte angesichts der umfangreichen Medienberichterstattung über die vorgeschlagenen Änderungen weithin bekannt sein. Angesichts dessen und der zu erwartenden Wahlerfolge der AfD bei den nächsten Landtagswahlen ist die Thematik zu bedeutsam, als dass sie sich für parteipolitische Spielchen zwischen Regierung und der demokratischen Opposition eignet. Parteipolitische Erwägungen, wie beispielsweise der kurzzeitige Ausstieg der CDU/CSU-Fraktion aus den Beratungen, verbieten sich.

Das Bundesverfassungsgericht hat seine Öffentlich-

keitsarbeit in den letzten Jahren erheblich ausgebaut und die Bevölkerung über seine Rolle aktiv informiert. Nunmehr sind auch der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung gefordert, die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bevölkerung zu vermitteln. Das 75-jährige Jubiläum des Grundgesetzes ist hierfür ein guter Ausgangspunkt. Die Mehrheit der Bevölkerung unterstützt einer jüngsten [Umfrage](#) zufolge eine Stärkung der Resilienz des Gerichts. Dieses Vertrauen darf nicht nur durch eine vorschnelle Beendigung des aktuellen Diskurses, in welche Richtung auch immer, enttäuscht werden. Letztlich ist es nämlich das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Gericht, das die Staatsorgane schon das ein oder andere Mal von missachtendem Verhalten gegenüber Karlsruhe abgehalten hat.

Vivian Kube, Hannah Vos

Begnadigung von Gefolgsleuten – und keiner merkt's



Gnadenentscheidungen in der Hand von autoritär-populistischen Ministerpräsidenten

doi: 10.59704/4677fb68facad58f

Am 4. April ging es vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg um die Frage, ob das Bundespräsidialamt der Presse eine Liste der Gnadenentscheidungen von Frank-Walter Steinmeier und seiner Vorgänger aus den Jahren 2004 bis 2021 zur Verfügung stellen muss. Die Antwort des Gerichts ist: Nein. Der Vorsitzende Richter bemerkte zwar gleich zu Beginn der Verhandlung, dass er sich sehr freue, sich mit so spannenden Rechtsfragen beschäftigen zu dürfen, mit denen man sonst nie zu tun habe. Entscheiden wollte das Gericht zu diesen spannenden Rechtsfragen dann allerdings **erstaunlich wenig**, insbesondere die durchaus relevante Rechtsprechung des EGMR zu vergleichbaren Fällen ließen die Richter*innen weitgehend außen vor. Letztlich blieb es bei den Erwägungen, auf die auch das VG Berlin sein Urteil in erster Instanz bereits gestützt hatte: Das Gnadenrecht schwebt über dem Recht und sei auch dem presserechtlichen Auskunftsanspruch aus Art. 5 GG entzogen.

Ob dem Gericht das Missbrauchspotenzial des Gnadenrechts vor Augen stand? Schon bald könnten in Thüringen oder Sachsen Ministerpräsidenten oder Justizminister der als gesichert rechtsextremistisch eingeschätzten AfD-Landesverbände rechtsextreme Straftäter oder Gefolgsleute begnadigen. Das Recht dazu hätten sie, gerichtlich überprüfbar wären diese Entscheidungen nicht und wir würden davon unter Umständen nicht einmal erfahren. Bevor dieses Recht in die Hände von Rechtspopulisten fällt, müssen wir über eine grundlegende Reform nachdenken!

„Gnade vor Recht“ - ein beliebtes Instrument bei Autoritären

Von dem Recht, verurteilte Straftäter kurzerhand zu begnadigen, insbesondere aus eigenem Interesse, machen rechtspopulistische Staatsoberhäupter gerne Gebrauch. So begnadigte Trump kurz vor dem Ende seiner Amtszeit noch viele **seiner Unterstützer und Geldgeber**. Auch Putin

schaft es mit seinen Gnadenentscheidungen immer wieder in die Schlagzeilen. Erst kürzlich berichteten einige unabhängige russische Medien über die Begnadigung eines **wegen Mordes und Kannibalismus** verurteilten Mannes, der im Gegenzug für die Freilassung gegen die Ukraine in den Krieg ziehen musste.

Die Empörung über diese dann als willkürlich, archaisch und zutiefst undemokratisch empfundene Praxis ist hierzulande oft groß. Denn dass auch der Bundespräsident bzw. Justizminister*innen und Ministerpräsidentinnen oder Justizminister der Länder das Recht haben, rechtsstaatlich verurteilte Straftäter zu begnadigen oder Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte aufzuheben, ist wohl weitestgehend unbekannt. Nur in den seltenen Fällen, in denen die Bundespräsidenten selbst mit ihren Gnadenentscheidungen an die Öffentlichkeit gehen wie bei **der Freilassung ehemaliger RAF-Mitglieder**, wird kurz laut diskutiert.

Begnadigungen in Deutschland: Keine klaren Kriterien, keine Kontrolle

Das deutsche Recht kennt umfassende Möglichkeiten der Begnadigungen sowohl in Straf- als auch in Disziplinarsachen. Art. 60 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) bestimmt, dass auf Bundesebene der Bundespräsident das Gnadenrecht ausübt, das er nach Art. 60 Abs. 3 GG auch delegieren kann. Von dieser Delegationsmöglichkeit hat der Bundespräsident umfassend **Gebrauch** gemacht. Für Begnadigungen in Strafsachen ist in erster Linie das Justizministerium zuständig, für Disziplinarsachen die Bundesminister jeweils in ihrem eigenen Geschäftsbereich. In Strafsachen ist der Anwendungsbereich für Begnadigungen auf Bundesebene ohnehin sehr begrenzt. Umfasst sind nur wenige Straftaten, wie etwa die Bildung terroristischer Vereinigungen oder solche aus dem Bereich des Völkerstrafrechts (vgl. § 452 der Strafprozessordnung i.V.m. Artikel 96 Absatz 5 GG). Alles andere ist Ländersa-

che. Die Landesverfassungen sehen vergleichbare Regelungen wie Art. 60 Abs. 2 GG vor. Zunächst sind also die Ministerpräsidenten zuständig, die ihre Befugnisse aber wiederum weitgehend delegiert haben.

Die Kriterien, auf die die zur Entscheidung befugten Personen ihre Entscheidung stützen, sind dabei nach bisheriger Rechtsprechung gerichtlich nicht überprüfbar. Das Bundesverfassungsgericht entschied in einer äußerst knappen 4 zu 4 [Entscheidung](#) im Jahr 1969, das Gnadenrecht unterliege als Eingriff in die Gewaltenteilung nicht dem Rechtsstaatsprinzip. Die Begnadigung ergehe in einem internen Verfahren, das keine justizförmigen Garantien kennt, so das Bundesverfassungsgericht in einem späteren Verfahren. Lediglich der Widerruf einer bereits erfolgten Begnadigung ist [laut Bundesverfassungsgericht](#) aufgrund des Vertrauensschutzes gerichtlich überprüfbar, denn der einem Verurteilten im Gnadenverfahren gewährte Freiheitsraum unterliege anders als die ursprüngliche Gnadenentscheidung nicht mehr der freien Verfügung der Exekutive.

In manchen Fällen mag man trotz der [kritikwürdigen](#) Intransparenz froh sein, dass es die Möglichkeit der Begnadigung gibt: Etwa die [Gnadenerweise während der Corona-Pandemie](#), um das Infektionsrisiko in den Berliner Gefängnissen zu senken, oder die sogenannte [Weihnachtsgnade](#), wonach Strafgefangene vor Weihnachten jeweils früher aus dem Gefängnis entlassen werden. Auch einem Fehlurteil kann nicht immer mit einem Wiederaufnahmeverfahren begegnet werden, so dass ein Gnadenerweis möglicherweise als einzige Korrekturmöglichkeit bleibt.

Alles kein Problem also? Davon ging jedenfalls der Vertreter des Bundespräsidialamtes in der mündlichen Verhandlung aus. Er schien der Auffassung zu sein, dass der Kläger der ganzen Thematik zu viel Bedeutung beimisst. Dieser Punkt war ihm sogar so wichtig, dass er – obwohl er das Bestehen eines Auskunftsanspruchs vehement bestritt – mitteilte, Bundespräsident Steinmeier sei in seiner gesamten ersten Amtszeit mit lediglich 15 Gnadenverfahren befasst gewesen. Zu diesem Befund passt, dass der thüringische Ministerpräsident laut Auskunft des Thüringer Ministeriums für Migration, Justiz und Verbraucherschutz im Bereich der Justiz seit 2004 nur in zwei Fällen sein Begnadigungsrecht ausgeübt hat. Allerdings gab es in der Vergangenheit durchaus innenpolitisch aufgewühlte Zeiten, wie etwa nach der Wende, in denen es eine Vielzahl von Gnadenverfahren gab. Auch dies konn-

ten Besucher*innen in der mündlichen Verhandlung vergangene Woche lernen. Hinzukommt, dass die Zahl der Gnadenverfahren beim Bundes- oder einem Ministerpräsidenten natürlich nichts darüber aussagt, wie häufig die Behörden, an die das Recht delegiert wurde, begnadigen. Schließlich hängt die Frage, in welchem Umfang und aus welchen Erwägungen heraus vom Gnadenrecht Gebrauch gemacht wird, stets von den Personen ab, die dieses Recht ausüben.

Thüringen: Bald ein Rechtspopulist als oberster Gnadenherr?

In Thüringen hat der Ministerpräsident die ihm nach Art. 78 Abs. 2 der Thüringer Verfassung zustehende Befugnis zur Begnadigung weitgehend übertragen. Laut einer [Anordnung](#) von 1994 hat zum Beispiel der Justizminister das Gnadenrecht für Strafsachen inne und für Disziplinarmaßnahmen und Dienstordnungsmittel in beamtenrechtlichen Sachen die Ministerinnen für ihren jeweiligen Dienstbereich. Ausnahmen, in denen weiterhin der Ministerpräsident zuständig ist, sind im Bereich des Strafrechts aktuell etwa lebenslange Freiheitsstrafen (§ 2 der Anordnung).

Der für Justiz zuständige Minister hat die Befugnis zur Begnadigung in Strafsachen wiederum weiter übertragen an den Leitenden Oberstaatsanwalt bzw. Generalstaatsanwalt, die beispielsweise Freiheitsstrafen und Restfreiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren aussetzen können (Details sind in der [Thüringer Gnadenordnung](#) geregelt).

So sieht die Aufgabenverteilung derzeit aus. Was könnte also ein möglicher rechtsextremer Ministerpräsident mit seiner Zuständigkeit für Begnadigungen bewirken? Nach aktueller Rechtslage steht es ihm jedenfalls zu, lebenslange Haftstrafen mit einer Begnadigung zu beseitigen. Darüber hinaus könnte ein Ministerpräsident die aktuell geltende weitgehende Delegation der Gnadenbefugnis einfach wieder rückgängig machen und weitere Zuständigkeiten an sich ziehen. Zahlreichen Begnadigungen etwa rechtsextremer Gewalttäter steht so theoretisch nichts im Wege. Ebenso könnte ein rechtsextremer Justizminister das Gnadenrecht missbrauchen und im großen Stil politisch Gleichgesinnte begnadigen. Willkürliche Begnadigungen sind schließlich auch von Seiten der Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaft denkbar. Zwar enthält die Thüringer Gnadenordnung einige Vorgaben zur konkreten Ausübung des Gnadenrechts. So darf

etwa gnadenweise Strafaussetzung nur gewährt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die erst nachträglich bekannt geworden oder eingetreten sind, und nicht mehr bei der gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt werden konnten oder die so außergewöhnlich sind, dass sie eine über die gesetzlichen Aussetzungsvorschriften hinausgehende Vergünstigung angezeigt erscheinen lassen. Gnadenbehörden haben zunächst zu prüfen, ob eine Entscheidung des Gerichts oder der Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde, wie etwa die Wiederaufnahme des Verfahrens oder Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung, dem Ziel des Gesuches entsprechen kann. Ist dies der Fall, sind die Gesuche zunächst dorthin weiterzuleiten. Darüber hinaus sind verschiedene Stellungnahmen einzuholen und unter Umständen Berichte zu erstatten und gegen Entscheidungen des Ober- oder Generalstaatsanwalts kann eine Beschwerde an den Justizminister gerichtet werden. Ob überhaupt und wenn ja welche Konsequenzen positive Gnadenentscheidungen haben können, die unter Missachtung der Richtlinien ergehen, erscheint allerdings unklar. Denkbar wären allenfalls dienstrechtliche Konsequenzen. Hinzukommt, dass der neue Justizminister auch einfach die Gnadenordnung ändern und die ohnehin vagen Richtlinien aufweichen könnte.

Relikt aus der Monarchie

„Die frühere Vorstellung, dass eine mit einem besonderen Charisma begabte Persönlichkeit nach ihrem Gutdünken einen justizfreien Gnadenakt setzen kann, ist mit der rechtsstaatlichen gewaltenteilenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in der alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, unvereinbar,“ so bereits die vier abweichenden Richter des Bundesverfassungsgerichts zu der Entscheidung 1969.

Gefährlich wird die Annahme eines über der Verfassung schwebenden Gnadenrechts für eine rechtsstaatliche Demokratie, wenn sie in die Hände von Nicht-

Demokraten gerät – was vielleicht schon im September dieses Jahres der Fall sein könnte. Es bleiben noch ein paar Monate, das Gnadenrecht demokratisch einzuhegen und wieder an die Verfassung zu binden.

Zunächst müsste eigentlich das Strafrecht selbst so ausgestattet sein, dass es Härten und Ungerechtigkeiten erkennt und berücksichtigt. Soweit Bedürfnis für ein letztes Korrektiv besteht, wenn alle Wege ausgeschöpft, und das Ergebnis Jahre später mit unseren Gerechtigkeitsvorstellungen nicht mehr in Einklang gebracht werden kann, wäre die rechtsstaatliche demokratische Lösung ein Expert*innen-Rat, der in einem transparenten Verfahren und nach gesetzlich festgelegten Kriterien entscheidet (so der Vorschlag der [Juristin Elisa Hoven](#)) oder gar die erneute Entscheidung eines Gerichts. Auch die Stärkung der Rechte des Parlaments (vgl. etwa Art. 109 Abs. 2 Hessische Verfassung) oder direkt die Übertragung des Gnadenrechts auf parlamentarische Ausschüsse stünden einem demokratischen Rechtsstaat besser zu Gesicht (Harich in Fischer-Lescano, Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Art. 121, Rn. 5)

Zumindest aber müsste das Gnadenrecht – sollte es in den Händen einer Person bleiben – verfassungsrechtlichen Mindeststandards unterworfen werden. Niemand darf in Deutschland am Willkürverbot und der Würde des Menschen vorbei regieren und entscheiden. Als absolutes Minimum ist sofortige Transparenz zu fordern. Das Öffentlichkeitsprinzip im Strafverfahren ist Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Die Sichtbarkeit von Entscheidungsprozessen begründet die Legitimität von Strafe. Auch eine Entscheidung über die Fortdauer von Strafe darf daher nicht jeglichen rechtsstaatlichen Prinzipien entzogen sein.

Transparenzhinweis: Die Autorinnen arbeiten im Legal Team von FragdenStaat, das das Verfahren gegen das Bundespräsidialamt geführt hat.

Justus Duhnkrack

Das ist Kunst, das kommt weg

doi: 10.59704/e34e4309257f0fee



Auch ohne Beteiligung einer autoritären Partei an einer Regierung hat der sog. „Kulturkampf von Rechts“ längst begonnen und zeitigt Erfolge. Nicht nur in Thüringen oder in Deutschland, sondern [auch international](#) dient Kultur als Strategie der Polarisierung. Sie bietet ein besonders wirksames, oft unterschätztes Feld für Legitimationsnarrative und ist als Resonanzraum der Ideologieaufrüster*innen – die Milieuintellektuellen – von besonderem Interesse, denn sie baut Legitimationsbrücken zwischen Rechtspopulismus und Neonazismus (vgl. Heitmeyer, S. 117 ff.). Ungeniert wird deshalb die Kultur als Mittel des ideologischen Kampfes genutzt. Jetzt kommt erst die schlechte Nachricht: Eine autoritäre Regierung kann sich dabei die Kunstförderung spielend leicht zu Nutze machen.

Die Legitimationsnarrative haben in einem angeblichen Untergang des deutschen Volkes ihren kleinsten gemeinsamen Nenner und zeigen sich keineswegs als brachiale Dystopien, sondern beginnen in der Abgrenzung vom Fremden, um das Bild einer zusammengehörigen Volksgemeinschaft zu schaffen. Diese Dichotomie des „Heimischen“ und „Fremden“ in die Kultur zu tragen und der gesellschaftlichen Vielfalt entgegenzusetzen, ist eine wirkmächtige Legitimationsbrücke innerhalb eines heterogenen Milieus, um Allianzen zu schmieden.

Kunstfreiheit oder frei von Kunst?

Typischerweise wird die Kunstfreiheit als Freiheitsrecht thematisiert, wenn Kulturschaffende der Gesellschaft den häufig bemühten sprichwörtlichen Spiegel vorhalten und ein „darf er/sie das?“ oder ein „ist das noch Kunst?“ diskutiert wird. „Kunst muss alles dürfen!“ ist dann die unterkomplexe Antwort auf eine komplexe Frage, die manchmal aus den Feuilletons in den Mainstream überschwappt. Seltener wird die objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts thematisiert, die die verfassungsrechtliche Grundlage für die Förderung eines freiheitlichen Kunstlebens ebnet. In ihrer Funktion als Leistungsrecht fällt die Kunstfreiheit nur selten auf, allen-

falls wenn über Schlagworte wie „Systemrelevanz“ und „Künstler*innenprekariat“ debattiert wird. Auch dabei gerät die Debatte zu kurz, wenn soziale Sicherungssysteme mit der Förderung der Avantgarde von morgen verwechselt werden. Denn im Zentrum der Kunstförderung steht die Hinwendung zu einer eigengesetzlichen Kunstentstehung, die marktunabhängig das Nebeneinander mehrerer Verschiedenheiten in der Gesellschaft befördert, wo die zivilgesellschaftliche Finanzierung nicht ausreichend ist. Kunst schafft damit Möglichkeits- und Potenzialräume, in denen Menschen als Künstler*innen die soziale Plastik der Gesellschaft formen (vgl. Beuys „Aufruf zur Alternative“).

Diesen gesellschaftspolitischen Auftrag schiebt die öffentliche Kunstförderung an, damit Utopien, Inspiration und Entwürfe des gemeinsamen Zusammenlebens in der Kunst entstehen. Doch wenn ein Kulturstamt den Rechten in die Hände fällt, dann kann die Kunstfreiheit nach Hause gehen, denn die freiwillige Leistungsverwaltung durch Kunstförderung vertraut auf die Demokratie und die Funktionstüchtigkeit ihrer Institutionen. Einflussnahme ist umfassend möglich, wo auch immer Haushalts- und Zuwendungsentscheidungen oder Kulturpersonalentscheidungen getroffen werden, sei es im kommunalen Kulturausschuss des Stadtrats oder der Kulturverwaltung, finden Auswahlverfahren der Förderung in einem [kaum ausdifferenzierten Ordnungsrahmen](#) statt. Folgerichtig war schon 2019 der Aufschrei in Thüringen groß, als die AfD im Begriff war, den Vorsitz des [Kulturausschusses im Stadtrat Weimar](#) zu übernehmen.

Delegitimierungs- und Destabilisierungsstrategien

Kulturpolitisch wird die „deutsche Kultur“ genutzt, um das Selbstbild in einen überzeitlichen, identitären und homogenen Kontext einzuordnen. Das eigene Überlegenheitsdogma blickt auf „das Fremde“ herab. In der mythischen Überzeichnung von „Volk“ und „Nation“ entstehen gemeinsame Machtfantasien oder um es mit den Worten Gaulands zu sagen: „Hitler und die Nazis sind nur ein Vo-

gelschiss in über 1000 Jahren erfolgreicher deutscher Geschichte“. In der Kulturförderung übersetzt sich das in eine Ausgrenzung von „politischer Gesinnung“ aus der öffentlichen Förderung, um glorifizierenden Identitätsnarrativen Raum zu geben oder einem „volkspädagogischen Anspruch“ gerecht zu werden. Die Ausgrenzung kritischer Kunst entspricht jedoch gerade keiner staatlichen Neutralität im Sinne einer gleichmäßigen Berücksichtigung aller Inhalte, sondern identifiziert sich mit solchen, die apolitischer Natur sind. Oder um es mit den Worten des kulturpolitischen Fraktionssprechers der AfD Jongen zu sagen: „Es wird mir eine Ehre und Freude sein, dieses Amt auszuüben und die Entsiffung des Kulturbetriebs in Angriff zu nehmen“. Die kulturelle „Reinheit“ andeutende Sprachwahl im Duktus des nationalsozialistischen Hygiene- und Säuberungsvokabular hat ihren ideologischen Bezugspunkt in der Vorstellung einer in sich homogenen kulturellen Einheit und stabilen Wertegemeinschaft. Diese Wertegemeinschaft werde von andere Kulturen („Multi-Kulti“) beschmutzt, sodass ein Reinigungsprozess erforderlich sei. Die öffentliche Diskreditierung erfolgt entlang des Narrativs einer „neutralen“ Kunst. Sowohl hinsichtlich der Spielpläne der Theater als auch in museumspädagogischen Ansätzen oder Gedenkstätten und nicht zuletzt innerhalb der [Auswahl von Projektförderungen](#) wird eine Politisierung behauptet, die mit kritischer Haltung und Verteidigung demokratischer Werte verwechselt wird. Schon im [Thüringer Wahlprogramm 2019](#) behauptete die AfD, Kunst sei nicht mehr als eine regierungstreue Veranstaltung, die unter der Flagge der Kunstfreiheit sogar hemmungslos politische Propaganda betreibe (S. 82). Der vermeintliche [Verstoß gegen Neutralität](#) bietet der Rechten die Rolle, ihre Ausgrenzung zu behaupten, „Opfer“ des Systems der Eliten zu sein und sich im Interesse des Bewahrens und des Erhalts dagegen auflehnen zu müssen. Um es mit den Worten Höckes zu sagen: „Wir brauchen nichts anderes als eine erinnerungspolitische Wende um 180 Grad“. Zugleich wird das Feindbild des Etablierten beschworen. Das Paradoxon des politischen Konflikts liegt in der jeweiligen Berufung auf die Kunstfreiheit, denn sowohl rechte Gruppierungen als auch ihr gesellschaftliches Gegenüber nehmen die Verteidigung von Kultur und Kunst für sich in Anspruch.

Mit Kultur haben die wenigstens politisch Erfolg gehabt, schon der geringe Anteil von ca. 2 % am Landeshaushalt Thüringen verspricht nur geringe Hebelkraft. „Gegen“ Kultur zu agitieren, wurde hingegen viel häu-

figer belohnt oder um es mit den Worten Tillschneiders zu sagen: „Grundlage und Ausgangspunkt jeder Kulturförderung muss vielmehr ein selbstbewusstes Bekenntnis zur deutschen Identität sein, wie es allein die AfD vertritt“. Doch die Angriffe erzeugen in der Öffentlichkeit viel zu wenig Aufmerksamkeit, denn der Schaden tritt nicht erst ein, wenn nur noch Künstler*innen arbeiten können, die Mitglieder einer staatlich beaufsichtigten Organisation nach dem Vorbild der Reichskulturkammer werden. Schaden nimmt die Kultur schon, wenn sie ihre Kraft nicht in die Entwicklung neuer Werkzeuge des Wandels investieren kann, sondern eingeschüchtert und finanziell ausgetrocknet wird oder sich rechter Störungen aller Art erwehren muss. Es ist ein schleicher Prozess: Der Umbau zu einem autoritären System verspricht in seinen imaginierten Untergangsszenarien der liberalen Gesellschaft Ordnung entgegenzusetzen. Je mehr sich vormals kritische Kunst dem Ordnungsparadigma unterordnet, desto weiter entfernt sie sich von ihrer gesellschaftlichen Funktion. Diesen Prozess verantworten Transmissionsakteur*innen, die auf dem Ticket der AfD in Leitungspositionen fahren. Sie gehören zwar nicht zum Kern der Milieuintellektuellen, aber wirken als Brücke in den Mainstream mit einem vermeintlich seriösen Anstrich, wie er zu Unrecht auch den „Gründungsvätern“ der vermeintlichen Professoren- und Intellektuellenpartei der AfD nachgesagt wurde (oder wird).

Die Leiden der objektiven Werteentscheidung

Zurück zur objektiv-rechtlichen Dimension der Kunstfreiheit. Die Thüringer Verfassung ist im föderalen Vergleich ausdrücklich ähnlich einer Staatsfundamentalnorm ausgestaltet, danach genießen Kultur, Kunst, Brauchtum Schutz und Förderung durch das Land und seine Gebietskörperschaften, Art. 30 Abs. 1 Thüringer Landesverfassung. Doch das löst das Problem nicht, denn die Breite des zulässigen Korridors, ist kaum zu konturieren. Gesetzliche Regelungen, die Verfahren absichern oder den staatlichen Auftrag konkretisieren, bestehen mit Ausnahme von haushalts- und zuwendungsrechtlichen Leitplanken jedoch nicht. Vermutlich dürfte die verfassungsrechtlichen Grenzen der „Nicht-Förderung“ erst dann erreicht sein, wenn Umfang und Verteilung der Kunstförderung *a priori* ungeeignet sind, ein Kunstleben aufrechtzuerhalten. Auf den Schutz durch die Justiz (no offense!) sollte mit Blick auf den „Kulturkampf von Rechts“ daher niemand hoffen. Im Falle an-

derer Kommunikationsgrundrechte (bspw. Rundfunkfreiheit oder Wissenschaftsfreiheit) ist von der Rechtsprechung in unterschiedlichem Maße ein [sachgerechter Organisationsrahmen](#) entwickelt worden, um der objektivrechtlichen Werteentscheidung zugunsten der betreffenden Freiheitsrechte hinreichend Rechnung zu tragen. Im Falle der künstlerischen Betätigung ist eine solche organisationspezifische Konkretisierung des Grundrechts bislang unterblieben. Angesichts dieses Vakuums der Absicherung der Kunstfreiheit gegen Rechts und wegen der wesentlichen Bedeutung der öffentlichen Förderung für das Bestehen eines freiheitlichen Lebensbereichs Kunst ist es erforderlich zu diskutieren, ob die existenzielle Angewiesenheit auf öffentliche Kunstförderung so groß geworden sein könnte, dass die Schwelle überschritten ist, an der die freiwillige staatliche Finanzierung in Zwang umschlägt. Eine einfachgesetzliche Ausgestaltung der Kunstförderung wäre dann geboten, denn die objektive Dimension der Kunstfreiheit ist nicht etwa „wehrhaft“, sondern ein leichtes Opfer für autoritäre Fantasien.

Das Thüringer AfD-Playbook - und Gegenmittel

Wie setzt sich der „Kulturkampf von Rechts“ also fort? Kulturförderung wird auf die niedrigste mögliche Ebene zurückgedrängt, um die Stimme der Kunst zu ersticken. So wie das [AfD-Europawahlprogramm](#) eine europäische Identität ablehnt und in europäischer Kulturförderung einen „ideologischen Konformitätsdruck“ (S. 50) sieht, wird auch die vorhandene – wenn auch begrenzte – Bundeskompetenz bestritten: Eine bürger*innennahe Laienkunst wird in den Kommunen gefördert, man kommt zusammen, lässt sich unterhalten, die Steuerzahlerin „bekommt etwas für ihr Geld“ anstatt den „Eliten da oben“ das Theaterticket zu subventionieren. Soweit für „Volkskunst“ der Haushaltstitel nicht erhöht wird, wird sich in Haushaltsverhandlungen die Kultur im Übrigen hintenanstellen müssen, Budgets werden reduziert oder jedenfalls nicht wachsen. Die Verwendungsnachweise der Förderungen der vergangenen Legislatur werden besonders kritisch angefasst, geprüft und skandalisiert. Kulturinstitutionen leiden unter Rückforderungen, die sie als sicher ansahen. Kulturerhalt rückt in den politischen Vordergrund: hier ein Denkmal, dort ein Volksfest oder Traditionspflege. Manchmal wird es sie noch geben die „Flaggschiffe“ der Kultur, dann wird die Nibelungensage auf einer Landesbühne zelebriert und zärtlich das Ego des Heldenepos gestreichelt. Das darauf nicht nur der „kleine

Mann und die kleine Frau“ hereinfallen, haben Intellektuelle vor knapp 90 Jahren unter Beweis gestellt. Vorhandene Förderungen werden nicht verlängert, gewachsene Strukturen brechen zusammen, sozial prekär arbeitende Künstler*innen verlassen Thüringen, der „Neuaufbau“ bricht sich Bahn. Die Verwaltung verteilt Haushaltsgelder direkt aufgrund von Förderrichtlinien, die ein „positives Bekenntnis zur Nationalität“ zur Voraussetzung machen, sich mit der glorreichen Geschichte Deutschlands befassen oder welches angebliche „Licht“ das Kaiserreich in die Kolonien brachte. Soweit noch auf Auswahlgremien für Projektförderungen oder zu besetzende Leitungspositionen zurückgegriffen wird, werden diese mit Transmissionsakteur*innen besetzt, die ihren Verbündeten zu letztem Karriereglanz verhelfen.

Was kann man dem entgegensetzen? Der häufig wiederholte [Ruf nach der Zivilgesellschaft](#) ist naheliegend. In der Kunstszene selbst hat dieser auch [Widerhall](#). Aber darüber hinaus können auch Politik und Verwaltung noch tätig werden. Einiges ist bereits in Teilen gelungen, so wurden zahlreiche Förderungen langfristig angelegt, die Kulturstiftung Thüringen ebenso wie die Besetzung von Leitungspositionen ausgedehnt. Doch es gibt mehr zu tun: Förderstrukturen aufbauen, die mehr staatliche Distanz aufweisen etwa durch Organisationen, die wirklich finanziell unabhängig sind und mit Kapitalerträgen arbeiten und nicht auf Zuwendungen angewiesen sind. Positionen und Entscheidungskompetenzen politisch besetzter Beiräte und Gremien überprüfen und dahingehend vor Ideologieaufrüster*innen schützen, dass unter allen Umständen Freiräume verbleiben, denn den Künstler*innen kann man Vorschussvertrauen entgegenbringen. Strukturen für Sponsoren und Fundraising auch in Institutionen erarbeiten, die darauf wegen ausreichender öffentlicher Finanzierung bislang nicht oder kaum angewiesen waren – Hilfe zur Selbsthilfe. Ein Kulturfördergesetz, das Vorgaben für Auswahlverfahren und Entscheidungskriterien determiniert, vielleicht sogar Rechtsmittel gegen Entscheidungen, Besetzungen oder Förderrichtlinien vorsieht. Ein finanzieller Rettungsschirm des Bundes oder anderer Bundesländer, die innerhalb der finanzverfassungsrechtlichen Grenzen Strukturen und Künstler*innen in Thüringen auffangen, die weiterhin vor Ort sichtbar bleiben.

Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

Philipp Koepsell

Kein Kniefall vorm Gericht

Wie die VwGO exekutivem Ungehorsam Vorschub leistet
doi: 10.59704/73e1f878ef9b2d73



Eine klaffende Lücke im Rechtsschutzsystem der Bundesrepublik gäbe einer autoritär-populistischen Regierung die Möglichkeit, sich aus eigener Machtvollkommenheit über Gerichtsentscheidungen hinwegzusetzen – ohne nennenswerte Konsequenzen. Denn einer Regierung, die Urteile missachtet, setzen Gerichte kaum etwas entgegen.¹ Deshalb soll das verwaltungsprozessuale Zwangsvollstreckungsrecht reformiert werden. Die geplanten Änderungen werden aber nicht für mehr Resilienz gegen exekutiven Ungehorsam sorgen.

Ist die Exekutive noch ein „Ehrenmann“?

Ein Urteil, das die Exekutive zu einem Verhalten verpflichtet, aber nicht durchgesetzt werden kann, ist das Papier nicht wert, auf dem es steht. Auch eine Verbesserung der institutionellen Absicherung von Gerichten, wie sie [derzeit für das Bundesverfassungsgericht diskutiert](#) wird, hilft dagegen nicht. Damit [Montesquieu](#) und [Hamilton](#) mit ihrer Einschätzung nicht Recht behalten, dass die Judikative die schwächste der drei Gewalten sei, muss die Vollstreckung gegen die Exekutive effektiver werden.

Zwar bezeichnet eine tradierte juristische Theorie die Exekutive als „Ehrenmann“, der seine Verpflichtungen [freiwillig erfüllt](#) und gegen den nicht vollstreckt werden muss. In der Praxis geht dieser fromme Wunsch aber nicht immer in Erfüllung – selbst unter demokratischen Mehrheitsverhältnissen. Exekutivem Ungehorsam war selbst [das Bundesverfassungsgericht](#) schon ausgesetzt. Die Spuren des „Ehrenmannes“ verlieren sich bei Betrachtung einiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen aber noch weiter (ausführlich dazu [AnwBl 2024, 112](#)).

Im Jahr 2018 etwa [täuschten die Behörden](#) (darunter das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, indem sie diesem bewusst unvollständige Informationen über die geplante Abschiebung eines Asylbewerbers übermittelten. Nur

durch Zufall hatte das Gericht noch vor Durchführung der Abschiebung diese untersagt. Die Behörden ließen sich davon aber nicht irritieren und vollzogen gleichwohl die Abschiebung. Es spricht Bände, dass 2022 dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in einer anderen Asylsache erneut eine „[eklatant rechts\(staats\)widrige Verwaltungspraxis](#)“ im Hinblick auf die Umsetzung von Gerichtsentscheidungen vorgeworfen wurde.

2019 befasste sich auch der Europäische Gerichtshof mit dem deutschen Vollstreckungsproblem: Bayern war gerichtlich dazu verpflichtet worden, in [München](#) Fahrverbote für bestimmte Fahrzeuge einzuführen. Die Landesregierung war davon wenig begeistert und ignorierte die Gerichtsentscheidung über Jahre hinweg. Vollstreckungsversuche scheiterten. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof [fragte](#) deshalb in Luxemburg nach, ob das Unionsrecht deutsche Gerichte dazu berechtigt, Amtsträger zwecks Vollstreckung in Zwangshaft zu nehmen. Die Kurzfassung der [Antwort](#): Die Zulässigkeit der Zwangshaft ist eine Frage des nationalen Rechts. Ohne dass der Verwaltungsgerichtshof diese Frage weiterverfolgte, führte die Stadt München 2023 (nachdem das Land seine Zuständigkeit auf die Stadt übertragen hatte) Fahrverbote ein. Seit wenigen Wochen steht aber fest: Die [Verbote müssen ausgeweitet werden](#).

§ 172 VwGO: Ein Freifahrtschein für die Missachtung von Gerichtsentscheidungen

Insoweit wird bisher verbreitet noch von Einzelfällen gesprochen. Das muss aber nicht so bleiben, wenn in Thüringen oder anderswo autoritär-populistische Parteien die Geschicke der Exekutive lenken. Das Problem wurzelt im verwaltungsprozessualen Zwangsvollstreckungsrecht gegen die öffentliche Hand. Dieses soll eigentlich sicherstellen, dass die Exekutive gerichtliche Entscheidungen befolgt. Bisher erweist sich die Zwangsvollstreckung aber als weitgehend zahnlos.

¹Eingehend zum Ganzen Koepsell, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, 2023.

Den gesetzlichen Ausgangspunkt der Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegen die Exekutive bildet § 172 VwGO. Dieser privilegiert die Verwaltung, indem als Vollstreckungsmittel lediglich ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 EUR vorgesehen ist. Die Vollstreckung zwischen Privaten kennt dagegen deutlich mehr und einschneidendere Zwangsmittel bis hin zu Ersatzvornahmen oder Haft.

Für die Erkenntnis, dass die einmalige Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von maximal 10.000 EUR gegen die öffentliche Hand einen überschaubaren Beugeffekt hat, muss wahrlich keine Raketenwissenschaft betrieben werden. Schließlich verfügen Hoheitsträger über wesentlich mehr finanzielle Ressourcen als die meisten Privatpersonen. Hinzu kommt, dass die Zwangsgelder regelmäßig an die Landeskasse gezahlt werden. Steht das Land aber selbst auf Beklagtenseite, zahlt es den Betrag an sich selbst. Das Geld wandert also nur von der linken in die rechte Tasche. Warum sollte sich eine Landesexekutive mit diesem Freifahrtschein in den Händen einer Gerichtsentscheidung beugen? Ein Appell an das rechtsstaatliche Ethos dürfte spätestens im Falle einer autoritär-populistischen Regierung nicht mehr weiterhelfen.

Gut gemeint ist nicht immer gut gemacht: Die Initiative des Bundesrats

Dieses Problem ist auch dem Gesetzgeber nicht unbekannt geblieben. Nachdem eine länderoffene Arbeitsgruppe mit Beteiligung des Bundes [Regelungsvorschläge zur Reform des Vollstreckungsrechts der VwGO gegen Hoheitsträger](#) geprüft hat, legte der Bundesrat vor gut zwei Jahren eine Gesetzesinitiative vor ([BR-Drucks. 135/22](#)), in der er im Wesentlichen den Maximalbetrag von Zwangsgeldern auf 25.000 EUR erhöhen und die Begünstigung eines verfahrensfremden Rechtsträgers – also einer anderen deutschen Gebietskörperschaft oder einer gemeinnützigen Organisation – ermöglichen möchte. „Als Ausgleich“ soll die Anwendung von Zwangsmitteln direkt gegen Amtsträger ausdrücklich ausgeschlossen werden. Gegen diese Regelungsvorschläge hat auch die Bundesregierung im Großen und Ganzen keine grundsätzlichen Bedenken ([BT-Drucks. 20/2533](#)). Die Beratungen im Bundestag lassen allerdings auf sich warten.

Der Reformvorschlag des Bundesrats ist in der Tat gut gemeint. Er ist von der zutreffenden Erkenntnis ge-

tragen, dass ein Zwangsgeld von 10.000 EUR zu niedrig ist und hebt auch das Umbuchungsproblem innerhalb einer Staatskasse durch die Begünstigungsmöglichkeit Dritter wirksam aus. Trotzdem würde die Umsetzung dieses Entwurfs nicht zur erforderlichen Verbesserung der Zwangsvollstreckung führen. Denn das Zwangsgeld um 15.000 EUR zu erhöhen, dürfte wohl kaum den entscheidenden Unterschied machen. Zudem müssen die Zwangsgelder bereits nach geltendem Recht – entgegen der tradierten Rechtsprechungspraxis – nicht zwingend an die Landeskasse fließen. Insofern wird nur (aber immerhin) die „neue“ [Rechtsprechung der baden-württembergischen Verwaltungsgerichtsbarkeit](#) aus dem Jahre 2020 in die Verwaltungsgerichtsordnung hineingeschrieben. Und der Ausschluss der Zwangsmittelanwendung direkt gegen Amtsträger würde zwar die bisher herrschende Ansicht kodifizieren, aber gleichzeitig einen entscheidenden Auslegungsspielraum schließen, über den im Ernstfall mit guten Gründen doch ein Rückgriff auf einzelne Personen möglich ist.

Einfache Lösung: Effektive verfassungskonforme Auslegung in Gesetzesform gießen

Wirkungsvollere Lösungsvorschläge liegen schon auf dem Tisch. Für den effektiven Umgang mit exekutivem Ungehorsam lassen sich zehn Regeln formulieren ([hier](#), S. 315-319). Eine davon bezieht sich auf die Kodifizierung (zumindest) dessen, was bereits auf Grundlage des geltenden Rechts durch verfassungskonforme Auslegung möglich wäre. Sie würde für mehr Rechtsklarheit sorgen und könnte den Gerichten bei der Durchsetzung ihrer Entscheidungen wirklich helfen. Die Rechtsschutzlücke wäre rechtssicher geschlossen.

Was bedeutet das? Indem die Exekutive Gerichtsentscheidungen nicht umsetzt, stellt sie die Letztentscheidungsbefugnis der Gerichte in Frage und verletzt damit das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Aber auch das subjektive Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist betroffen. Dieses soll dem Rechtsschutzsuchenden über den Wortlaut der Vorschrift hinaus eine wirkungsvolle Kontrolle hoheitlichen Verhaltens ermöglichen. Dazu gehört, dass ein Urteil nötigenfalls mit Zwang durchgesetzt wird. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit den verwaltungsprozessualen Vollstreckungsvorschriften diese verfassungsrechtlichen Vorgaben einhalten wollte. Das ein-

fache Recht muss deshalb bereits heute verfassungskonform ausgelegt werden. Für die Rechtslage folgt daraus dreierlei:

1. Periodische Zwangsgelder zugunsten Dritter

Erstens können bzw. sollten Gerichte Zwangsgelder gegen die Exekutive periodisch verhängen und nicht nur – wie bisher gehandhabt – einmalig. Denn laut § 172 S. 2 VwGO kann das Zwangsgeld wiederholt angedroht, festgesetzt und vollstreckt werden. Dass für jede „Wiederholung“ ein eigener Antrag nötig ist, ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut und ist im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Dimension auch nicht zu fordern. Die Gesetzesinitiative des Bundesrats nimmt die Möglichkeit der Periodizität dagegen überhaupt nicht in den Blick. Würden Zwangsgelder in wiederkehrenden Abständen verhängt, wäre auch eine Erhöhung des Einzelbetrags gar auf 2,5 Mio. Euro, wie von *Klinger/Welker* (ZRP 2024, 87, 88) gefordert, nicht mehr notwendig. Schließlich kann auch ein periodisches Zwangsgeld von 10.000 Euro pro Rate im Falle beharrlichen Ungehorsams schnell in schwindelerregende Höhen anwachsen. Dies ist etwa in den USA, wo wiederkehrende Zwangsgelder regelmäßig verhängt werden, bereits vorgekommen. So summierte sich ein gegen Pennsylvania verhängtes Zwangsgeld von 10.000 Dollar pro Tag innerhalb weniger Monate auf einen Betrag von **1,2 Mio. Dollar**. Der Zweck einer echten Beugewirkung wäre dann wohl erfüllt.

2. Rückgriff auf Zwangsmittel der Zivilprozessordnung

Zweitens ist ein Rückgriff auf die Zwangsmittel der Zivilprozessordnung geboten, wenn das Gericht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung davon überzeugt ist, dass der Druck unter voller Ausschöpfung der Möglichkeiten nach § 172 VwGO nicht ausreichen wird, dass der Hoheitsträger die Entscheidung befolgt. Denn in diesem Fall ergibt sich aus der VwGO keine andere Handlungsoption, um den effektiven Rechtsschutz sowie das Gewaltenteilungsprinzip zu wahren. Damit ist der Tatbestand der Verweisungsklausel des § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO in das Achte Buch der Zivilprozessordnung erfüllt. Diesen Weg hatte das **Bundesverfassungsgericht bereits 1999 vorgezeichnet** – beschränkt wurde er bisher aber nicht (mit **einer Ausnahme**). Im Rahmen des Rückgriffs auf die Zivilprozessordnung könnte nicht nur der Einzelbetrag eines Zwangsgeldes auf 25.000 EUR anwachsen (§ 888 Abs. 1 ZPO). Je nach Konstellation kann die Entscheidung auch

ohne Mitwirkung der Verwaltung umgesetzt werden, etwa im Falle der Besitzeinweisung in eine Stadthalle durch den Gerichtsvollzieher (§ 885 Abs. 1 ZPO). Damit wäre die Judikative für die Durchsetzung ihrer Entscheidungen nicht mehr in jedem Fall auf das Wohlwollen der Verwaltung angewiesen.

3. Zwangshaft als ultima ratio

Drittens dürfen Gerichte als letztes Mittel Zwangshaft gegenüber Amtsträgern anordnen. Die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspringende Voraussetzung hierfür ist, dass alle anderen Vollstreckungsmaßnahmen ausgeschöpft sind oder offensichtlich keinen Erfolg versprechen (*ultima ratio*). Über die entsprechende Anwendung der Zivilprozessordnung gem. § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO kann dann auf die in § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO vorgesehene Zwangshaft zurückgegriffen werden. Die persönliche Adressierung von Amtsträgern sollte vor potenziellem Ungehorsam wirkungsvoll abschrecken.

Obwohl individuelle Amtsträger nicht selbst am Gerichtsverfahren beteiligt sind, kann das Beugemittel der Zwangshaft denklogisch nicht gegen einen Hoheitsträger, sondern nur gegen eine natürliche Person vollstreckt werden. Insofern gilt entsprechend, was im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 888 ZPO für juristische Personen des Privatrechts anerkannt ist: Zwangsgelder werden gegen die juristische Person vollstreckt; für die Zwangshaft muss ein Durchgriff auf ihre natürlichen Vertreter – also echte Menschen – erfolgen.

Vielfach geäußerte **Bedenken** gegen die Zulässigkeit der Zwangshaft können ausgeräumt werden. Den **Bestimmtheitsanforderungen** lässt sich dadurch Rechnung tragen, dass Gerichte dieses Vollstreckungsmittel früh ankündigen und förmlich androhen. Aufgrund der Subsidiarität der Zwangshaft sind die Voraussetzungen außerdem so hoch, dass eine drohende Zwangshaft für betroffene Amtsträger klar vorhersehbar ist. Gleichwohl wäre eine gesetzliche Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung wünschenswert, sodass nicht auf den Verweis in die Zivilprozessordnung abgestellt werden muss. Auch die Besorgnis des **Bundesrats** und der **Bundesregierung** um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung ist kein durchschlagendes Gegenargument. Im Hinblick auf die Begrenzung des effektiven Rechtsschutzes handelt es sich dabei allenfalls im Rahmen des Kernbereichsschutzes der Verwaltung um ein berücksichtigungsfähiges Interesse. Eine Kernbereichsverletzung läge aber nur vor,

wenn die Handlungsfähigkeit der Verwaltung nicht bloß beeinträchtigt, sondern aufgehoben wäre. Dabei steht eine ernsthafte Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung durch die Zwangshaft ohnehin nicht zu befürchten. Schließlich muss die Verwaltung auch mit krankheits- oder urlaubsbedingten Abwesenheiten umgehen können. Die Handlungsfähigkeit der Verwaltung wäre vielmehr im umgekehrten Fall punktuell aufgehoben: Wenn eine Gerichtsentscheidung nicht durchgesetzt werden kann, fällt die „Funktion“ der Verwaltung insoweit vollständig aus.

Mit dieser verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung wäre die Vollstreckung gegen die ungehorsame Exekutive wirkungsvoll. Der Ball liegt nun in Berlin. Statt die Vollstreckungsmöglichkeiten zu beschneiden, sollten zumindest die bereits qua Verweisung in die Zivilprozessordnung zulässigen Instrumente in die Verwaltungsprozessordnung aufgenommen werden, um Meinungsstreitigkeiten auszuräumen. Am effektiven Rechtsschutz als „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“² darf keinesfalls gerüttelt werden.

²Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Wandersleb/Traumann, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 3, S. 9 im Anschluss an Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1910, S. 91.

Ibrahim Kanalan

Zurück zu „separate but equal“?

Zur Segregation von geflüchteten Kindern und Jugendlichen in Berliner Schulen

doi: 10.59704/962a364a04c3af75



Die Berliner Bildungssenatorin, Katharina Günther-Wünsch, trennt seit Februar geflüchtete Kinder und Jugendliche von nicht geflüchteten Schüler*innen. Die Berliner Verwaltung hat dazu Schulen in Not- und Sammelunterkünften errichtet und baut diese aus. Die Segregation der Kinder und Jugendlichen ist verfassungs-, europa- und völkerrechtswidrig. Außerdem stellt sie ein bildungs- und migrationspolitisch fatales Signal dar. So zielt die neue Segregationsstrategie darauf ab, parallele bzw. segregierte Bildungsinstitutionen zu schaffen – und das erinnert an die US-amerikanische Doktrin: [separate but equal](#). Vermeintlich gleich waren Schwarze und weiße Kinder und Jugendliche in den USA bis ins Jahr 1954 in getrennten Schulen untergebracht. Durch Sonderregelungen wie sie die Berliner Schulverwaltung jetzt wieder stärker forciert, werden Geflüchtete zwar in das Rechtssystem eingeschlossen, aber von der gleichberechtigten Inanspruchnahme von Rechten ausgeschlossen. Kurz gesagt: Berlin setzt auf Inklusion durch Exklusion.

Kontinuitäten der Berliner Versagungspolitik

Es ist kein neues Phänomen, dass man geflüchteten Kindern ihr Recht auf Bildung in Berlin verweigert oder nur eingeschränkt gewährleistet. Sei es bei der Schulplatzvergabe oder bei der Dauer der Schulpflicht, regelmäßig verhindern staatliche Institutionen die Verwirklichung des Rechts auf Bildung. Es handelt sich dabei um eine Haltung, die nicht erst seit der Zuflucht geflüchteter Menschen aus Syrien oder aus der Ukraine vorherrscht. Vielmehr besteht sie seit Jahren in der Berliner Schulverwaltung (siehe etwa [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)).

In jüngster Zeit scheint ein neuer Tiefpunkt erreicht: Die Berliner Bildungssenatorin soll Einrichtungen für Geflüchtete angewiesen haben, Kinder über 15 Jahren nicht einzuschulen. Obgleich § 42 Abs. 4 Berliner Schulgesetz vorsieht, dass die allgemeine Schulpflicht zehn Schulbesuchsjahre dauert und das [VG Berlin](#) entschieden hatte, dass die Schulpflicht nicht entfällt, auch wenn ein Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat. Gegen Günther-Wünsch

wurde deshalb [Strafanzeige](#) erstattet. Jenseits des Erfolgs der Strafanzeige ist klar, dass ein eklatanter und gravierender Rechtsverstoß vorläge, sollte sich der Vorwurf bewahrheiten.

Lagerschulen für geflüchtete Kinder und Jugendliche

Was feststeht ist, dass die Stadt dazu übergeht, für geflüchtete Kinder und Jugendliche Lagerschulen einzurichten. Seit Februar 2024 findet der Unterricht für rund 130 Kinder aus der Ukraine im sogenannten Ankunftszentrum Ukraine in [Berlin Tegel statt](#). Diese sogenannte Willkommenschule wurde eigens für geflüchtete Kinder und Jugendliche aus der Ukraine errichtet und soll perspektivisch auf 700 Plätze erweitert werden. Hintergrund dieser neuen Segregationsstrategie ist nach Angaben der Bildungssenatorin, dass in Berlin rund 900 schulpflichtige geflüchtete Kinder auf Wartelisten stehen und ihnen die jeweiligen Bezirke keine Schulplätze anbieten (siehe [hier](#)). Daher sollen durch notwendige Maßnahmen, minderjährige Geflüchtete vorübergehend beschult werden. Die Angaben der Bildungssenatorin sind allerdings irreführend. Denn Kinder- und Jugendliche, die im „Ankunftszentrum Ukraine“ in Tegel untergebracht sind, werden in der Statistik für Schulplätze erst gar nicht erfasst. Sie sind keinem Bezirk zugeordnet, weshalb es den Eltern nicht möglich ist, sie für die Schule anzumelden (siehe etwa die *Schriftliche Anfrage der Abgeordneten Brychcy und Eralp v. 30.01.2024, Drs. 19/18060, S. 2*).

Tegel liegt im Berliner CDU-regierten Bezirk Reinickendorf, wo rund 260 geflüchtete Kinder und Jugendliche in Sammelunterkünften untergebracht sind. Eine Warteliste für die Einschulung (in Willkommensklassen) existiert in Reinickendorf nicht. Es ist also anzunehmen, dass dort alle Kinder und Jugendliche eingeschult sind. Dennoch werden die Kinder und Jugendlichen nicht in regulären Schulen in Reinickendorf eingeschult, sondern segregiert und in gesonderten Schulen unterrichtet.

Anders ist die Situation in der Notunterkunft in Berlin Tempelhof. Dort sind ca. 100 schulpflichtige Kin-

der und Jugendliche untergebracht, die dem Bezirk Berlin Tempelhof-Schöneberg zugeordnet sind. Auch in diesem Bezirk gibt es keine Warteliste für Willkommensklassen. Und dennoch plant die Bildungsministerin ebenso dort, segregierte Schulcontainer aufzustellen (vgl. *Schriftliche Anfrage der Abgeordneten Brychcy und Eralp v. 30.01.2024, Drs. 19/18060, S. 6*). Es fragt sich nur warum? Kapazitätsprobleme scheinen dabei weder in Reinickendorf noch in Tempelhof-Schöneberg der Grund für die Segregation zu sein.

Am 26. März hat der Senat von Berlin nach [Presseberichten](#) nun beschlossen, nicht nur weitere 16 Containerlager berlinweit zu errichten, sondern auch fünf weitere Lagerschulen. Die Segregation wird normalisiert.

Vielfältige Absicherungen des Rechts auf Bildung

Das Recht auf Bildung ist auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene als Menschenrecht vorgesehen. Im Grundgesetz ist dieses Recht nicht ausdrücklich normiert. Allerdings hat das BVerfG in seiner Entscheidung [Bundesnotbremse II](#) festgestellt, dass sich das Recht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 7 Abs. 1 GG ergibt. Dieses Recht umfasst verschiedene Gewährleistungsdimensionen, unter anderem: Anspruch auf unverzichtbare Mindeststandards von Bildungsangeboten (originärer Leistungsanspruch), Recht auf gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems (gleichberechtigtes Teilhabe- und Zugangsrecht) und ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen (näher dazu etwa [hier](#) und [hier](#)). Auf Landesebene ist das Recht auf Bildung in den meisten Landesverfassungen kodifiziert, so auch in Art. 20 Verfassung von Berlin.

Im Unionsrecht ist das Recht auf Bildung in Art. 14 EU-Grundrechtecharta (EU-GrCh) normiert. Im Völkerrecht ist es unverbindlich in Art. 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) verankert. Grundlegernd und verbindlich ist es in Art. 13 UN-Sozialpakt geregelt. Für Geflüchtete sichert es Art. 22 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) zusätzlich ab. Für Menschen mit Behinderung sichert Art. 24 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) das Recht auf Bildung. Außerdem ist es in Art. 28 UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) kodifiziert. Im europäischen regionalen Völkerrecht ist das Recht auf Bildung außerdem in Art. 2 Zusatzprotokoll I zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

verankert. Alle diese Abkommen gewährleisten zudem das Recht auf Bildung ohne Diskriminierung, siehe z.B. Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt, Art. 24 Abs. 1 S. 2 UN-BRK und Art. 2 UN-KRK.

Berliner Segregationsschulen verletzen das Recht auf Bildung

Der Berliner Weg der Segregation – der teilweise in anderen Bundesländern in sogenannten AnKER-Zentren praktiziert wird (dazu ausführlich [hier](#)) – hält diesen rechtlichen Anforderungen nicht stand. Er verletzt das Recht auf Bildung.

Durch die Beschulung in Lagerschulen wird das Recht auf Bildung nicht gewährleistet. Die „Willkommenschulen“ in den Lagern sind nicht Teil des regulären Schulsystems. Dort findet keine adäquate Schulbildung statt. Zwar erweckt die Zuordnung der vorhandenen Lagerschulen an die Stammschule (die Nelson-Mandela-Schule liegt im Bezirk Charlottenburg-Wilmersdorf), die Ausstattung mit Lehrpersonal, Sozialarbeiter*innen etc. sowie ein gemeinsamer Rahmenplan, dass es sich um einen Filialstandort der Stammschule handeln könnte. Dies überzeugt allerdings nicht. Die Senatsverwaltung selbst spricht von einer „Kooperation“ mit der Stammschule und umliegenden Schulen. Wenn behauptet wird, es handele sich bei den Lagerschulen um einen Teil des regulären Schulsystems: Wieso ist die Lagerschule in Tegel dann nicht einer Schule in Reinickendorf zugeordnet? Und wäre es möglich, dass einige Klassen der Stammschule die Räumlichkeiten der Lagerschule nutzen und ein Teil der geflüchteten Kinder in den Räumen der Stammschule unterrichtet werden, also eine Durchmischung stattfindet? Nur so wären die gleichen Rahmenbedingungen für alle Schüler*innen ohne Rücksicht auf ihren Aufenthaltsstatus gewährt.

Unabhängig davon, ob die Schulen tatsächlich eine Einheit bilden, dürften die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die staatliche Gewährleistungspflicht stellt, nicht erfüllt sein. Zwar folge aus dem Recht auf Bildung im Grundsatz kein originärer Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen ([Bundesnotbremse II](#), Rn. 52). Allerdings betont Karlsruhe auch, dass der Staat verpflichtet ist, die Kinder und Jugendlichen dabei zu unterstützen und zu fördern, eine eigenverantwortliche Persönlichkeit *in der Gemeinschaft* zu entwickeln. Die schulische Bildung er-

möglichst, dass Kinder und Jugendliche ihre Fähigkeiten und Begabungen entfalten und selbstbestimmt an der Gesellschaft teilnehmen. Wesentlich hierfür sei die Herausbildung sozialer Kompetenzen durch die in der Schule stattfindende soziale Interaktion der Schüler*innen untereinander und mit dem Lehrpersonal (Rn. 50). Eben diese Persönlichkeitsentwicklung in der Gemeinschaft, die Interaktion mit Schüler*innen aus der Stammschule wird durch Segregation verhindert.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie man es rechtfertigen könnte, die allgemeine staatliche Gewährleistungspflicht einzuschränken. Insbesondere überzeugt das Argument, dass keine Kapazitäten vorhanden seien, nicht. Denn dann müssten die geflüchteten Kinder auf Wartelisten gesetzt und im Ergebnis ihre Einschulung (weiter) verzögert werden – unabhängig von hierdurch eintretenden Rechtsverstößen. Dieser Einwand dürfte auch deshalb nicht überzeugen, weil die Verwaltung gerade die finanziellen Ressourcen für die Lagerschulen einsetzt, die dafür eingesetzt werden könnten, das Angebot der regulären Schulen zu erweitern. Zweifelhaft ist zudem, ob fehlende Kapazitäten die Segregation überhaupt rechtfertigen könnten. Eine alternative Möglichkeit könnte etwa darin bestehen, Schichtunterricht in den regulären Schulen einzuführen, also Unterricht am Nachmittag. Auch könnten Behörden die geplanten Container anstatt in den Lagern auf den Geländen der regulären Schulen aufstellen – ohne aber allein die geflüchteten Kinder dort zu unterrichten, sondern die Räume für alle Schüler*innen zu verwenden.

Anstatt die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten, strebt die Bildungssenatorin demgegenüber einen Zustand an, der stark an das segregationistische Prinzip „*separate but equal*“ erinnert (vgl. US Supreme Court, 163 U.S. 537 (1896), *Plessy v. Ferguson*). Nach diesem US-amerikanischen Grundsatz war in den Südstaaten eine Trennung zwischen Schwarzen und Weißen in staatlichen Institutionen, auch in Schulen, zulässig, vorausgesetzt, die Gewährleistungen waren gleichwertig. Sie waren „getrennt, aber gleich“. Dies scheint nun auch in Berlin die Prämisse zu sein.

Segregation verletzt auch das Recht auf gleiche Teilhabe

Wer Schüler*innen wie in Berlin segregiert, verletzt auch das Recht auf gleiche Teilhabe. Das BVerfG nimmt eine Verletzung der teilhaberechtlichen Gewährleistungsdimension des Rechts auf schulische Bildung an, wenn

staatliche Einrichtungen die Zugangsvoraussetzungen zu Schulen willkürlich oder diskriminierend ausgestalten oder anwenden (Bundesnotbremse II, Rn. 60). Das ist hier der Fall.

Während sich die Zugangsvoraussetzungen für die Beschulung bei den Kindern in Wohnungen, Gemeinschafts- und Erstaufnahmeunterkünften nach Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt richten, können sich geflüchtete Kinder und Jugendliche nicht in den Schulen in Reinickendorf anmelden, in dem Bezirk also, in dem sie sich gewöhnlich aufhalten. Die Kinder und Jugendlichen im Containerdorf-Tempelhof werden zum einen untereinander – da einige von ihnen in Tempelhof-Schöneberg eingeschult sind – und zum anderen gegenüber einheimischen und neuzugewanderten Kindern unterschiedlich behandelt. Rechtfertigungsgründe für diese Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich (siehe ausführlich dazu etwa [hier](#) S. 51 ff.). Die Segregation verstößt gegen das Recht auf Bildung. Auch für die geplanten neuen fünf Containerschulen bestehen keine tragfähigen Rechtfertigungsgründe.

Segregationsschulen sind völker- und europarechtswidrig

Die geflüchteten Kinder und Jugendlichen schulisch abzusondern, steht auch im Widerspruch zum Europa- und Völkerrecht. Zwar darf etwa nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 der [EU-Aufnahmerichtlinie](#) Schulunterricht in Unterbringungszentren erfolgen. Allerdings ist schon fraglich, ob diese Bestimmung überhaupt mit Art. 14 sowie Art. 20, 21 EU-GrCh vereinbar ist. Denn die Gewährleistungen der Richtlinie müssen mit der Grundrechtecharta sowie mit völkerrechtlichen Übereinkommen im Einklang stehen (vgl. Erwägungsgrund Ziff. 9 f.). Außerdem gilt die Aufnahmerichtlinie nicht für Geflüchtete aus der Ukraine, vgl. deren Art. 3.

Weiter verstößt die Segregation auch gegen Art. 13 UN-Sozialpakt. Eine Einschränkung des Zugangs zu Bildung und Errichtung separater Schulen setzt insbesondere eine gesetzliche Grundlage voraus, die in Berlin nicht vorhanden ist. Die Segregation dient auch nicht ausschließlich dem Zwecke, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern. Dies setzt die Vorschrift aber voraus. Ebenso ist die Segregation nicht erforderlich. Zumindest könnten in den regulären Schulen zusätzliche Räume geschaffen und mehr Personal ein-

gestellt werden. Dass diese Alternative finanziell möglich ist, zeigt gerade das Vorhaben für die Errichtung der Schulen in den Lagern.

Zudem verstößt die Segregation gegen das Diskriminierungsverbot etwa aus Art. 3 UN-Sozialpakt, Art. 2 Zusatzprotokoll I zur EMRK sowie aus Art. 3 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (ICERD). Nach Letzterem liegt eine rassistische Segregation auch dann vor, wenn nach nationaler Herkunft separiert wird, vgl. Art. 1 Abs. 1 ICERD.

Inklusion durch Exklusion

Sonderregelungen für Geflüchtete sind heute keine Ausnahmeerscheinung, sondern der Normalfall. Sie prägen

das Leben von Betroffenen: Arbeitsverbote, Einschränkung der Bewegungsfreiheit, Unterbringung in Lagern und gesonderte Sozialleistungsregime, um nur wenige Beispiele zu nennen. Die Segregation bei der Beschulung ist ein weiterer Fall in diesem Prozess des Ausschlusses. Die Sonderregelungen entrenchen und isolieren die Betroffenen. Sie disziplinieren Geflüchtete und schrecken sie ab (ausführlich dazu etwa [hier](#)). Wenn man diesen Prozess mit einem Satz zusammenfassen müsste: Es herrscht ein Zustand der Inklusion durch Exklusion (ausführlich dazu [hier](#)).

Für den Hinweis auf „separate but equal“-Doktrin und weitere Anregungen danke ich Cengiz Barskanmaz sehr.

Laura Anna Klein

Weder Leih- noch Mutter

Der Kommissionsbericht öffnet den Blick für neue Bilder der Leihmutterschaft

doi: 10.59704/be9b3134f24689b2



Nach einem [Leak](#) letzte Woche wurde der Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin gestern in seiner [Gänze](#) veröffentlicht.

Gegenwärtig ist jede Form von Leihmutterschaft verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; siehe auch §§ 13a, b, c, d AdVerMiG). Die Kommission formuliert in ihrem Bericht die legislativen Handlungsoptionen nun so: Der Gesetzgeber kann aufgrund der Umgehungs- und Missbrauchsgefahren am bisherigen Verbot der Leihmutterschaft festhalten. Angesichts der Freiheitsrechte von Leihmüttern und intendierten Eltern kann er eine Form der altruistischen Leihmutterschaft unter engen Voraussetzungen aber auch zulassen. Verfassungsrechtlich ist das überzeugend.

Was ist (altruistische) Leihmutterschaft?

Altruistische Leihmutterschaft kann innerhalb einer schon bestehenden engen sozialen Beziehung praktiziert werden oder mit Hilfe einer für die intendierten Eltern bisher fremden Person: Dabei können Ei- bzw. Samenzellen von den intendierten Eltern, der Leihmutter oder spendenden Dritten stammen ([Abschlussbericht](#), S. 431). Unter diese Definition lassen sich eine Vielzahl unterschiedlicher Modelle subsumieren.

Die intendierten Eltern wollen dauerhaft die soziale Verantwortung für das so geborene Kind übernehmen. Der Begriff „intendierte Eltern“ ist neutraler als „Bestell-eltern“, wie es bisher im [Adoptionsvermittlungsgesetz](#) heißt. Die Kommission schlägt „Wunscheltern“ vor. In der Regel sind das zwei Personen, etwa ein verschiedengeschlechtliches oder gleichgeschlechtliches (Männer-)Paar. In manchen Rechtsordnungen ist es auch zulässig, dass eine alleinstehende Person, dann vor allem ein alleinstehender Mann, mithilfe einer Leihmutter ein Kind bekommen kann.

Die Leihmutter kann aus dem familiären oder sozialen Umfeld der intendierten Eltern kommen oder eine für diese zunächst fremde Person sein. Dabei sind die [erforsch-](#)

[ten Motivationslagen](#) der Leihmütter vielfältig: die einen verfolgen dabei den Wunsch, den intendierten Eltern zu helfen, andere verstehen die Tätigkeit als Erwerbsarbeit mit der Möglichkeit, sich gleichzeitig um die eigenen Kinder kümmern zu können. Für andere Leihmütter haben Kinder und Familie einen hohen Stellenwert, zum Teil aus religiösen Gründen. Manche Leihmütter haben im eigenen Umfeld Infertilität erfahren. Als weitere Motivation gaben befragte Leihmütter an, gerne schwanger zu sein. Der Ausdruck „Leih-Mutter“, den der Gesetzgeber im Embryonenschutzgesetz gewählt hat, wird allerdings zu Recht immer wieder als missverständlich [kritisiert](#). Denn die austragende und gebärende Frau verleiht erstens nicht ihre „Mutterschaft“, sondern durchlebt stattdessen Schwangerschaft und Geburt anstelle der intendierten Mutter. Zweitens „verleiht“ die Frau, die ein Kind für die intendierten Eltern austrägt, diesen auch nicht ihren Körper. Denn ein „Leihvertrag“ (§ 598 BGB) suggeriert, dass die Leihmutter verpflichtet werden könnte, den intendierten Eltern den Gebrauch einer Sache, also in dem Fall ihres Körpers, unentgeltlich zu gestatten. Deshalb trifft auch die in der jüngeren rechtspolitischen Debatte verwendete Bezeichnung „[Leihschwangere](#)“ das Phänomen nicht.

Was steht grundrechtlich auf dem Spiel?

Der Kommissionsbericht nimmt eine überzeugende freiheitsrechtliche Perspektive auf das Beziehungsgeflecht ein und weist zugleich auf zentrale staatliche Schutzpflichten hin. Die intendierten Eltern sind in ihrer Entscheidung, mit wem und auf welche Weise sie Kinder bekommen wollen, grundrechtlich geschützt. Unabhängig davon, ob die Freiheit, eine Familie mithilfe einer Leihmutter gründen zu wollen, als Teil der Familiengründungsfreiheit oder als Fortpflanzungsfreiheit in Art. 6 Abs. 1 GG oder als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert wird, ist im Ausgangspunkt jede Person in ihrem Kinderwunsch ge-

schützt, und zwar unabhängig von einer Partnerschaft, der sexuellen Orientierung und davon, ob eigene Gameten verwendet werden ([Abschlussbericht](#), S. 540-543; dazu Klein, [Reproduktive Freiheiten](#), S. 291, 294, 303, 369 f., 373 f.).

Daneben ist auch die Entscheidung einer Frau, als Leihmutter tätig sein zu wollen, als Ausdruck deren reproduktiver Selbstbestimmung (Klein, [Reproduktive Freiheiten](#), S. 296, 396 f.) bzw. als Teil deren allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder jedenfalls deren allgemeiner Handlungsfreiheit (offen gelassen [Abschlussbericht](#), S. 544, 560) verfassungsrechtlich geschützt. Damit ist der Bericht richtigerweise nicht den Stimmen gefolgt, die in der Leihmutterchaft *per se* die Würde der Leihmutter verletzt sehen ([Abschlussbericht](#), S. 560 f. mwN). Eine Neuregelung müsste aber sicherstellen, dass keine Leihmutter in Deutschland zur Herausgabe des Kindes gezwungen werden kann. Die Kommission schlägt vor, dies durch eine Bedenkzeit nach der Geburt zu lösen, in der die Leihmutter ihre Entscheidung widerrufen kann ([Abschlussbericht](#), S. 568). Es müsste weiter die Selbstbestimmung der Leihmutter über alle ihren Körper betreffenden Aspekte vor und während der Schwangerschaft gewährleistet sein ([Abschlussbericht](#), S. 569). Die intendierten Eltern dürften also keine spezifischen Untersuchungen während der Schwangerschaft verlangen oder die Geburtsmethode bestimmen. Sie hätten auch kein sonstiges Mitspracherecht über den Körper der Leihmutter, etwa bei einem Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer Mehrlingsschwangerschaft oder bei einem auffälligen genetischen Befund.

Möglicherweise ist daneben – je nach Ansicht – das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit einer involvierten Eizellspenderin oder eines Samenspenders zu berücksichtigen (vgl. [Abschlussbericht](#), S. 544, zum Meinungsstand Klein, [Reproduktive Freiheiten](#), S. 296).

Die verfassungsrechtliche Position der zu zeugenden Kinder ist nicht so einfach zu fassen. Ein zentrales Argument des [Gesetzgebers](#) für das geltende Verbot der Leihmutterchaft ist, eine „gespaltene Mutterchaft“, also das Auseinanderfallen von genetischer Mutter und Geburtsmutter, zu verhindern. Denn diese gespaltene Mutterchaft erschwere dem Kind, seine Identität zu finden. Die gesetzgeberische Begründung stammt allerdings aus dem Jahr 1989 und wurde von der Kommission aufgrund der

heutigen Erkenntnislage zu Recht kritisiert ([Abschlussbericht](#), S. 546 f., 553, 561 ff., 565). Denn die damaligen Befürchtungen bestätigten sich nicht.

Bei einer Neuregelung träfen den Gesetzgeber zum einen staatliche Schutzpflichten gegenüber der Leihmutter, zum anderen gegenüber den Kindern, die auf diese Weise gezeugt werden. Dabei ist der Gefahr einer Würdeverletzung des Kindes (Art. 1 Abs. 1 GG) besonders Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber hätte daher etwa die prozedurale Pflicht, Leihmutterchaft effektiv vom Kinderhandel abzugrenzen ([Abschlussbericht](#), S. 565). Zudem muss jede Leihmutterchaftsvereinbarung den Eigenwert des Kindes achten (vgl. [Abschlussbericht](#), S. 563). Daneben hat jeder Mensch ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), weshalb eine anonyme Leihmutterchaft verfassungswidrig wäre ([Abschlussbericht](#), S. 565). Weiter wäre eine kindgerechte rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung zu gewährleisten ([Abschlussbericht](#), S. 565 f.), was nach der [jüngsten Entscheidung](#) des Bundesverfassungsgerichts auch eine Mehrelternschaft bedeuten kann.

Welches Bild der Leihmutter haben wir vor Augen?

Ob man am geltenden Verbot der Leihmutterchaft festhalten möchte oder nicht, hängt im Wesentlichen davon ab, wie man die Beziehungsverhältnisse der involvierten Personen bei einer Leihmutterchaft denkt. Es kommt also darauf an, welches Bild man von Leihmutterchaft bewusst oder unbewusst vor Augen hat. Im internationalen Vergleich gibt es sehr [unterschiedliche Bilder](#) der Leihmutter und ihrer Funktion. Rechtliche Konstruktionen hängen folglich stark davon ab, ob man eine Leihmutter als altruistische Helferin, als Reproduktionsdienstleisterin oder als instrumentalisierte Frau versteht. Erfreulicherweise greift der Bericht auch den Vorschlag einer dauerhaften [persönlichen Beziehung](#) zwischen intendierten Eltern, Leihmutter und Kind auf (vgl. [Abschlussbericht](#), S. 591). Auch kulturell geprägte Vorannahmen über Mutterchaft und die Vorstellung von Familienmodellen spielen eine Rolle.

Ausbeutungsgefahren

Besonders erfrischend für die anstehende Debatte ist der Altruismusbegriff, der dem Kommissionsbegriff zugrunde liegt ([Abschlussbericht](#), S. 591-601). Nimmt man diese

Überlegungen nun zur Diskussionsgrundlage, sollten vor allem die drei Umstände, die für die Leihmutter eine Ausbeutungsgefahr begründen können, rechtspolitisch diskutiert werden ([Abschlussbericht](#), S. 598). Danach bestehen Ausbeutungsgefahren insbesondere dann, wenn eine Frau schon die Entscheidung für eine Leihmutter-schaft nicht frei treffen kann, weil sie sich aus wirtschaftlicher Not und mangels Alternativen dazu gezwungen sieht; wenn die Leihmutter für ihre Dienste keine angemessene Kompensation erhält oder wenn im Kontext des Gesamtgeschehens andere Akteure (medizinische Einrichtungen, Vermittlungsagenturen, gegebenenfalls Eizellbanken) einen wirtschaftlichen Gewinn aus der Leihmutter-schaft generieren, an dem die Leihmutter nicht angemessen beteiligt wird. Eine angemessene Aufwandsentschädigung müsse dabei die tatsächlichen finanziellen Aufwendungen (gegebenenfalls auch für eine Krankenversicherung) und konkreten Erwerbseinbußen sowie die körperlichen und psychischen Belastungen berücksichtigen ([Abschlussbericht](#), S. 605). Schwierig zu beantworten wird aber sein, welcher Betrag konkret als angemessene Aufwandsentschädigung gelten soll und kann und wer diesen festlegt.

Diskutiert werden müssen auch die Näheverhältnisse. Ist es sinnvoll, wenn von vornherein ein enges freundschaftliches oder verwandtschaftliches Verhältnis (analog der Lebendorganspende) zwischen den Beteiligten besteht? Oder sollte ein solches keine Voraussetzung einer rechtlichen Regelung sein, weil man sich etwa gerade in einer Nähebeziehung besonderen Erwartungen ausgesetzt sieht oder weil bei einer solchen begrenzten Zulassung ohnehin viele intendierte Eltern weiterhin ins Ausland gehen werden? Umgekehrt spricht für das Erfordernis einer Nähebeziehung aber, dass sich die Beteiligten dann eher als Gleiche begegnen und auch dauerhaft miteinander in Beziehung bleiben wollen.

Genetische Verbindungen

In den politischen Gestaltungsspielraum fällt auch die Frage, ob und welche genetischen Verbindungen zwi-

schen den Beteiligten bestehen (sollen). Zur weiteren rechtspolitischen Diskussion stehen daher folgende Varianten: Das so gezeugte Kind kann zu beiden intendierten Eltern eine genetische Verbindung haben; zu einem Elternteil oder (jedenfalls theoretisch denkbar) zu keinem intendierten Elternteil. Die Eizelle kann von der Leihmutter, von der intendierten, späteren sozialen Mutter oder von einer Eizellspenderin kommen. Von den meisten Rechtsordnungen ausgeschlossen ist die Option, dass die Leihmutter zugleich ihre eigenen Eizellen zur Verfügung stellt. In diese Richtung geht nun aber mancher [Diskussionsbeitrag](#) mit dem Argument, dass ein Kind dann auch ohne ärztliche Assistenz mittels privater Becherspende gezeugt werden kann.

Respektvolle Debatte als gesamtgesellschaftliche Aufgabe

Der Kommissionsbericht nimmt die Grundrechtspositionen der Beteiligten ebenso ernst wie die Gefahren und Risiken der Leihmutter-schaft. Zu Recht überlässt die Kommission die konkrete politische Gestaltung dem Gesetzgeber, der nun mit besseren Gründen am geltenden Verbot festhalten kann oder unter engen Voraussetzungen und mit rechtlichen Kontrollmechanismen eine Neuregelung diskutieren kann. Das komplexe Beziehungsgeflecht der Leihmutter-schaft lädt uns als Gesellschaft ein, unseren eigenen Standpunkt zu Geschlechterrollen, Familienbildern und Kinderwünschen zu hinterfragen und zu begründen. Für die nun entfachende politische Debatte ist es daher wichtig, dass wir uns darüber klar werden, welche Bilder wir in unseren Köpfen haben, wenn wir an Leihmutter-schaft denken. Leitend für eine versachlichende Diskussion kann dabei die Frage sein, warum wir an einem Verbot festhalten wollen oder aus welchen Gründen wir ein konkretes Regulierungsmodell favorisieren. Vielleicht lässt sich auf diese Weise auch ein Begriff finden, der das Beziehungsverhältnis der Beteiligten besser beschreibt als „Leihmutter-schaft“.

Susanna Roßbach

Und plötzlich selbstbestimmt

Zum endlich verabschiedeten Selbstbestimmungsgesetz
doi: 10.59704/806c8fd5e2d5cde7



Der Bundestag hat das Selbstbestimmungsgesetz (SBGG) beschlossen. Endlich – denn nach der Ankündigung im [Koalitionsvertrag](#) und diversen vieldiskutierten Entwürfen war zuletzt über Monate unklar, was politisch hinter den Kulissen eigentlich geschieht, insbesondere wann (und ob) der Gesetzesentwurf zur finalen Abstimmung kommt. Letzten Freitag ging es dann aber doch ganz schnell: [2. und 3. Beratung des Gesetzesentwurfs](#), Redebeiträge, namentliche Abstimmung, 372 Stimmen dafür, 251 Stimmen dagegen, 11 Enthaltungen. „Der Gesetzesentwurf ist damit angenommen“, konnte Bundestagsvizepräsidentin Aydan Özoğuzes um 15.06 Uhr verkünden. Applaus und stehende Ovationen im Parlament folgten. Das verabschiedete Gesetz kann – und muss – in Einzelfragen kritisiert werden, ein historischer Moment für trans, intergeschlechtliche und nicht-binäre Menschen in Deutschland war das aber allemal.

Korrektur beim Standesamt für alle

Das [Selbstbestimmungsgesetz](#) führt ein neues Verfahren ein, in dem Geschlechtseintrag im Geburtenregister und Vornamen durch die Abgabe einer Erklärung vor dem Standesamt korrigiert werden können. Anders als im bisherigen Verfahren nach dem sogenannten Transsexuellengesetz (TSG) braucht es also insbesondere kein Gerichtsverfahren und keine Sachverständigengutachten als „Beweis“ mehr, um Geschlechtseintrag und Vornamen korrigieren und daraufhin Dokumente mit korrekten Daten erhalten zu können. Dies macht die Korrektur für trans Personen nicht nur wesentlich schneller und günstiger, sondern vor allem diskriminierungssensibler. Gerade die Begutachtungssituation barg nämlich ein enormes Diskriminierungsrisiko. Dieses realisierte sich häufig in Form von unsachgemäßen und [grenzüberschreitenden Fragen](#) etwa nach Masturbationsvorlieben, der Unterwäsche oder sexuellem Missbrauch in der Kindheit oder in unwissenschaftlichen „Tests“, um das Geschlecht der begutachteten Person festzustellen.

Zwar gab es auch bisher die Möglichkeit, Geschlechts-

eintrag und Vornamen beim Standesamt im Verfahren nach § 45b Abs. 1 PStG korrigieren zu lassen. Dies war aber Menschen vorbehalten, die eine ärztliche Bescheinigung über eine [„Variante der Geschlechtsentwicklung“](#) vorlegen konnten, also insbesondere intergeschlechtlichen Personen. Der Anwendungsbereich von § 45b Abs. 1 PStG war seit seiner Einführung im Jahr 2018 [hochumstritten](#), die Rechtspraxis bei den Standesämtern häufig von Komplikationen und Misstrauen geprägt. Ärztliche Bescheinigungen müssen mit Inkrafttreten des Selbstbestimmungsgesetzes nicht mehr vorgelegt werden.

Erklärung, Anmeldezeit und Sperrfrist

Erforderlich ist künftig allein, dass eine Person gegenüber dem Standesamt erklärt, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht in einem deutschen Personenstandseintrag durch eine andere Angabe ersetzt oder gestrichen werden soll (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SBGG). Möglich sind wie bisher die vier in § 22 Abs. 3 PStG genannten Optionen: „männlich“, „weiblich“, „divers“ oder Offenlassen des Geschlechtseintrags. Zusätzlich muss die Person versichern, dass der gewählte Geschlechtseintrag beziehungsweise dessen Streichung ihrer Geschlechtsidentität am besten entspricht und ihr die Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst sind (§ 2 Abs. 2 SBGG). Die Korrektur muss drei Monate vor dieser Erklärung beim Standesamt angemeldet werden (§ 4 SBGG). Geschlechtseintrag und Vornamen können grundsätzlich auch mehrmals korrigiert werden, etwa zunächst von „männlich“ zu „weiblich“ und sodann von „weiblich“ zu „divers“. Allerdings besteht nach der Abgabe der Erklärung eine sogenannte Sperrfrist von einem Jahr, während der keine erneute Korrektur erfolgen kann (§ 5 Abs. 1 SBGG).

Auch Minderjährige können das neue Verfahren nach dem Selbstbestimmungsgesetz in Anspruch nehmen, eine Altersgrenze gibt es nicht. Allerdings müssen für Minderjährige bis 14 Jahren die gesetzlichen Vertreter*innen die Erklärung abgeben (§ 3 Abs. 2 SBGG). Gleiches gilt für Geschäftsunfähige. 14- bis 17-Jährige geben die Erklä-

nung vor dem Standesamt selbst ab, bedürfen aber der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter*innen (§ 3 Abs. 1 SBGG). Wird diese verweigert, kann die Zustimmung vom Familiengericht ersetzt werden.

Geschlechtliche Selbstbestimmung als Grundrecht

Die beschriebenen Reformen sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive konsequent. Das Bundesverfassungsgericht betont [seit über vier Jahrzehnten](#), dass als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch das Recht auf Finden und Anerkennung der geschlechtlichen Identität verfassungsrechtlich geschützt ist. Daraus folgt insbesondere, dass es für jede Person die Möglichkeit geben muss, einen Geschlechtseintrag zu haben, der ihrer geschlechtlichen Identität entspricht. Allerdings hebt das Bundesverfassungsgericht im [„Dritte Option“-Beschluss](#) auch ausdrücklich hervor, dass es verfassungsrechtlich zulässig wäre, komplett auf einen Geschlechtseintrag zu verzichten. Eingriffe in das Grundrecht auf Finden und Anerkennung der geschlechtlichen Identität sind nur dann verhältnismäßig, wenn einer Korrektur keine unzumutbaren Hürden entgegenstehen. Genau solche Hürden stellte das TSG in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1980 jedoch auf. Das Bundesverfassungsgericht erklärte das Gesetz in insgesamt 11 Entscheidungen nahezu vollständig für verfassungswidrig, so dass vom TSG heute nur noch ein Gesetzesgerippe übrig ist.

Doch verfassungsrechtliche Kritik gab es auch an diesem Gerippe zur Genüge. So ist zum einen fraglich, ob es für die verbliebenen Voraussetzungen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gibt. Zum anderen stößt auf erhebliche gleichheitsrechtliche Bedenken, dass es verschiedene Verfahren mit unterschiedlich hohen Hürden für trans Männer und Frauen (TSG-Verfahren), intergeschlechtliche Personen (Verfahren nach § 45b Abs. 1 PStG) und nicht-binäre Menschen (TSG-Verfahren in analoger Anwendung) gibt. Beide Kritiklinien wurden in einer seit 2020 anhängigen [Verfassungsbeschwerde](#) aufgegriffen, dürften sich jedoch nun mit Inkrafttreten des Selbstbestimmungsgesetzes erledigt haben.

Last-minute-Verbesserungen

Das nun verabschiedete Gesetz setzt in einigen Punkten Kritik um, die es am Regierungsentwurf gab. So wurde insbesondere § 13 Abs. 5 SBGG-E komplett aus dem Ge-

setzestext gestrichen. Die Norm sah vor, dass die Meldebehörden jede Korrektur von Geschlechtseintrag und Vorname automatisiert und anlasslos an eine Vielzahl von Sicherheitsbehörden weiterleiten sollten, etwa an den Verfassungsschutz, die Bundespolizei und den militärischen Abschirmdienst. Die deutliche Kritik – unter anderem als [„Ausdruck einer eklatanten Missachtung der Grundrechte queerer Menschen“](#) sowie aus datenschutzrechtlicher Perspektive als [„systemfremd“](#) – führte nun zu einem Umdenken. Auch das bisher als zu lasch kritisierte Offenbarungsverbot wurde punktuell nachgeschärft.

Ebenso wurde bei der rechtlichen [Eltern-Kind-Zuordnung](#) nachgebessert und § 11 Abs. 1 SBGG um ein Wahlrecht darüber ergänzt, ob bei der Zuordnung der zweiten Elternstelle das rechtliche Geschlecht vor Abgabe der Erklärung maßgeblich sein soll. So kann auch eine trans Frau, deren Geschlechtseintrag korrigiert wurde, im Verhältnis zu ihrem Kind rechtlich „Vater“ und „der Mann“ im Sinne von § 1592 BGB Nr. 1 und 2 BGB sein, um ihrem Kind rechtlich zugeordnet werden zu können. Diese Hilfskonstruktion – in Form von Misgendering – macht offenbar, dass das eigentliche Problem an anderer Stelle liegt, nämlich im BGB. Die §§ 1591, 1592 BGB sehen vor, dass ausschließlich Frauen Mütter auf der ersten Elternstelle, ausschließlich Männer Väter auf der zweiten Elternstelle sein können. Der Reformbedarf bei der Eltern-Kind-Zuordnung ist für queere Familien in verschiedenen Konstellationen daher elementar, versierte [Vorschläge](#) liegen bereits vor. Insbesondere ist auch für [Zwei-Mütter-Familien](#) eine automatische Zuordnung der zweiten Mutter nach der Geburt noch immer nicht möglich. Neben dem Selbstbestimmungsgesetz ist die Reform der Eltern-Kind-Zuordnung ein weiteres zentrales familien- und queerpolitisches Vorhaben der Ampel-Regierung, dessen Umsetzung sie nun immerhin in einem [Eckpunktepapier](#) angekündigt hat (zur Kritik daran [hier](#), und was das BVerfG-Urteil zur Vaterschaftsanfechtung dafür bedeutet [hier](#)).

Biologismus durch die Hintertür

Die Regelungen zum Passrecht wurden ebenfalls als unzureichend [kritisiert](#), allerdings im verabschiedeten Gesetz nur halbherzig verbessert. Bisher konnten Menschen, die ihren Geschlechtseintrag im Verfahren nach § 45b Abs. 1 PStG korrigiert hatten, auch einen Reisepass mit einer binären Geschlechtsangabe erhalten (§ 4 Abs. 1 S. 6 PaßG), um Schwierigkeiten beim Grenzüber-

tritt entgegenzuwirken. Diese Möglichkeit fehlte im Regierungsentwurf komplett. Im verabschiedeten Gesetzestext ist sie nun zwar wieder enthalten, allerdings nur, wenn die Person eine ärztliche Bescheinigung über eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ vorlegen kann. Warum diese Personen beim Grenzübertritt schutzwürdiger sein sollen als (andere) nicht binäre Personen, ist nicht nachzuvollziehen. Ein solcher **biologischer Essentialismus**, also die Unterscheidung zwischen verschiedenen Gruppen von nicht binären Personen durch Betonung ihrer Körperlichkeit, lag auch der bisherigen Spaltung in verschiedene Verfahrensarten zugrunde: Während intergeschlechtliche Personen das Verfahren nach § 45b Abs. 1 PStG in Anspruch nehmen konnten, wurden nicht binäre Personen, die nicht auch intergeschlechtlich sind, vom **Bundesgerichtshof** auf eine analoge Anwendung des TSG-Verfahrens verwiesen. Mit dem Selbstbestimmungsgesetz sollte diese gleichheitswidrige Teilung eigentlich abgeschafft werden. Im Passrecht kommt sie nun aber durch die Hintertür wieder herein.

Selbstbestimmung nicht für alle und nicht immer

Andere kritisierte Regelungen sind ebenfalls im Gesetzestext stehen geblieben. Das gilt insbesondere für die als menschenrechtswidrig kritisierte Regelung (dazu [hier](#), [hier](#) und [hier](#)), die bestimmte **Personen ohne Aufenthaltstitel** vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt (§ 1 Abs. 3 SBGG).

Auch der **rechtlich unsinnige** sogenannte Hausrechts-Paragraph (§ 6 Abs. 2 SBGG) bleibt dem Selbstbestimmungsgesetz ebenso enthalten wie die Sonderregelung zum Spannungs- und Verteidigungsfall (§ 9 SBGG). Danach soll die Rechtswirkung einer im Spannungs- und Verteidigungsfall abgegebenen Erklärung ausgesetzt werden, wenn der Geschlechtseintrag vorher „männlich“ lautete, soweit es den Dienst mit der Waffe (Art. 12a GG) betrifft. An dieser Stelle sei noch einmal ganz deutlich gesagt: Trans Frauen sind selbstverständlich auch im Spannungs- und Verteidigungsfall Frauen ebenso wie nicht binäre Personen auch im Spannungs- und Verteidigungsfall nicht binär sind. Ihr Grundrecht auf geschlechtliche Selbstbestimmung lässt sich nicht aussetzen.

Beide Regelungen spiegeln eine **reaktionäre Diskursverschiebung**, die den gesamten Gesetzgebungsprozess ebenso begleitete wie transfeindliche, insbesondere transmisogyne Narrative. Vor allem trans Frauen wurden als Eindringlinge in geschlechtergetrennte Räume dargestellt und als potenzielle Gefahr konstruiert. Ver-

meintliche Ängste oder Interessen der Mehrheitsbevölkerung standen weit stärker im Fokus als die Grundrechte derjenigen, die vom Selbstbestimmungsgesetz eigentlich adressiert werden sollen. Dass in diesem Diskurs dann auch noch das feministisch motivierte Anliegen des Gewaltschutzes instrumentalisiert wurde, um Hass gegen vulnerable Gruppen zu schüren, ist besonders perfide. Protest, der auf diese Missstände aufmerksam machte, formierte sich auch während der Abstimmung des Gesetzes vor dem Bundestag, unter anderem mit dem hervorragenden Slogan **„Die Geschlechter denen, die drin wohnen“**.

Was zu tun bleibt

Neben der Kritik an dem, was das Selbstbestimmungsgesetz regelt, lässt sich auch kritisieren, was das Gesetz *nicht* regelt. So gibt es weiterhin keinen gesetzlich festgeschriebenen Anspruch auf Kostenübernahme für geschlechtsangleichende Behandlungen durch die gesetzlichen Krankenversicherer. Dies ist umso fataler, seit das **Bundessozialgericht** im Oktober letzten Jahres seine Rechtsprechung zu medizinischen Transitionsmaßnahmen aufgegeben hat, auf die sich Versicherte bisher stützen konnten. Aktuell existiert damit kein Anspruch auf Kostenübernahme mehr. Es ist daher dringend geboten, dass die Legislative hier – wie im Koalitionsvertrag versprochen – schnell tätig wird. Auch der ebenfalls im Koalitionsvertrag angekündigte **Entschädigungsfonds für Menschen**, die aufgrund der früheren Rechtslage im TSG von menschenrechtswidrigen Körperverletzungen oder Zwangsscheidungen oder als intergeschlechtliche Kinder von geschlechtszuweisenden Operationen betroffen waren, wartet noch auf seine Umsetzung.

Die Kämpfe um Rechte und Anerkennung von trans, intergeschlechtlichen und nicht binären Menschen sind mit Inkrafttreten des Selbstbestimmungsgesetzes also nicht abgeschlossen. Ein großer Schritt ist dennoch getan: Wer zukünftig Geschlechtseintrag und Vornamen korrigieren will, muss keine teuren und zeitintensiven Gerichtsverfahren mehr führen und keine entwürdigenden Begutachtungen über sich ergehen lassen. Jede Person kann zukünftig für sich selbst entscheiden, welches Geschlecht, wenn überhaupt, der Staat beurkunden soll. Das Grundrecht auf geschlechtliche Selbstbestimmung wird endlich verwirklicht.

Am 1. November 2024 tritt das Selbstbestimmungsgesetz in Kraft – trotz aller berechtigter Kritik ein Grund zum Feiern.

Annika Dießner

Im Zweifel gegen die Freiverantwortlichkeit

doi: 10.59704/a875ee00a9bfc900



Das Landgericht Berlin I hat einen pensionierten Arzt wegen Suizidhilfe zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Er habe sich wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft an einer Sterbewilligen strafbar gemacht, die sich unter seiner Aufsicht eine vom ihm zur Verfügung gestellte tödliche Menge Thiopental zugeführt hatte. Auch wenn die Urteilsgründe noch nicht vorliegen, wird man **angesichts der ausführlichen Berichterstattung** schon jetzt sagen können, dass die Maßstäbe, die der **Bundesgerichtshof** und das **Bundesverfassungsgericht** in den letzten Jahren zur Suizidassistenz bei psychisch erkrankten Menschen formuliert haben, weder für die Praxis noch für die Tatgerichte verlässliche Leitlinien bieten. Sollte die Argumentation der 40. Großen Strafkammer des Landgerichts Berlin I Bestand haben, werden sowohl Sterbewillige als auch Sterbehelfer ihre Worte künftig genauer wägen müssen, um zu verhindern, dass die Staatsanwaltschaft gegen letztgenannte später strafrechtlich ermittelt. Damit dürfte sich die Chance psychisch Erkrankter, Hilfe bei der Umsetzung ihres Sterbewunsches zu erhalten, bis zu einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs bzw. einer gesetzlichen Regelung verringern. Die Anzahl einsamer (gewaltsamer) Suizide könnte steigen.

Der Berliner Fall

Die Anklage, die in den letzten zwei Monaten in Berlin verhandelt wurde, richtete sich gegen einen Internisten, Christoph Turowski, der nach Aufgabe seiner hausärztlichen Praxis Hilfe bei der Selbsttötung leistete.

Turowski war wegen einer solchen Tätigkeit, damals für eine langjährige Patientin, schon einmal beschuldigt und – **höchstrichterlich bestätigt** – im Jahr 2018 vom Vorwurf freigesprochen worden, sich durch Förderung des Suizids sowie durch das Unterlassen von Rettungsmaßnahmen der Tötung auf Verlangen strafbar gemacht zu haben (i.F. Turowski I).

Diesmal nun wurde er wegen Totschlags in mittelba-

rer Täterschaft verurteilt, mit der ungewöhnlichen Anmerkung des Vorsitzenden, die Kammer begrüße es, wenn der Verurteilte Rechtsmittel einlege, damit die maßgebenden Rechtsfragen geklärt würden; die bisherige Rechtsprechung sei **„im Hinblick auf Leitplanken dürftig, der Gesetzgeber selbst sei untätig“**.

Eine mit Blick auf die Rechtsgrundlagen zweifelnde, aber von der Schuld des Angeklagten überzeugte Kammer?

Nach Medienberichten über Turowski I wendete sich die 37 Jahre alte Isabell R. im Jahr 2021 an den nunmehr als Sterbehelfer Tätigen und legte dar, sie leide seit 16 Jahren an Depressionen, habe bereits mehrfach versucht, sich umzubringen, lehne weitere Behandlungsoptionen ab und wolle sterben. Die Einschaltung eines Sterbehilfevereins komme nicht in Betracht, weil das geforderte Gutachten zu teuer sei und zu lange dauere. Eine Kontaktaufnahme Turowskis mit ihren Ärzten und ihrem Umfeld lehnte sie ab. Behandlungsunterlagen legte sie nur unvollständig vor.

Nach einem eineinhalbstündigen Gespräch stellte der Angeklagte Isabell R. zunächst Ende Juni 2021 Tabletten (Wirkstoff Chloroquin) zur Verfügung, um ihr damit den Suizid zu ermöglichen. 12 Tage nach ihrer Begegnung schluckte Isabell R. diese in seiner Anwesenheit und schlief zunächst ein, übergab sich allerdings, trotz Antibrechmittels, nachfolgend und überlebte. Anschließend wurde sie gegen ihren Willen in ein psychiatrisches Krankenhaus gebracht. Von dort nahm sie wieder Kontakt mit Turowski auf, um mit seiner Hilfe erneut anzusetzen, sich zu töten. Nach zweiwöchigem Klinikaufenthalt wurde sie gegen ärztlichen Rat vorzeitig entlassen.

Unmittelbar nach ihrer Entlassung am 12. Juli 2021 begab sie sich in ein zuvor von ihr reserviertes Hotelzimmer und bat den Angeklagten zu sich, der ihr dort eine Infusion mit 7g Thiopental anlegte. Die Frau startete die Infusion und verstarb umgehend.

Die Staatsanwaltschaft klagte Turowski wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft und eines Versuchs da-

zu an. Die Geschädigte habe zwar die Tabletten selbst eingenommen und die Infusion eigenhändig in Gang gesetzt, allerdings habe sie nicht freiverantwortlich gehandelt, so dass Turowski sie als Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt habe.

Der Angeklagte betonte hingegen, er habe sich davon überzeugt, dass Isabell R. zu einer Entscheidung über einen Suizid in der Lage gewesen sei. Sie habe ihm glaubhaft damit gedroht, sich zu erhängen, falls sie keine Hilfe beim Sterben erhalte.

Das Gericht verlas viele Nachrichten, die der Angeklagte und die Verstorbene ausgetauscht hatten. Sie waren ganz überwiegend von ihrem Entschluss zu sterben geprägt, allerdings fanden sich darunter vereinzelt auch solche, die den Willen nahelegten, weiterzuleben. So schrieb sie etwa noch am Todestag: „**Ich denke manchmal, es soll wohl doch weiter gehen, auch wenn es hart wird**“. Der vom Gericht beauftragte psychiatrische Sachverständige konnte indes **keine die Freiverantwortlichkeit zwingend ausschließenden Kriterien ausmachen** und wertete die Ambivalenz nicht als eindeutigen Beleg gegen den freiverantwortlichen Willen zu sterben. Allerdings sei dieser krankheitsbedingt beeinträchtigt gewesen.

Die Staatsanwaltschaft **argumentierte**, der medizinische Begriff der Freiverantwortlichkeit müsse vom juristischen unterschieden werden. Wenn auch aus psychiatrischer Sicht ambivalente Äußerungen nicht zwingend gegen die Freiverantwortlichkeit sprächen, so gelte das nicht aus juristischer Sicht.

Die Kammer sprach Turowski zwar vom Vorwurf der versuchten Tötung frei, verurteilte ihn aber hinsichtlich des Geschehens am 12. Juli 2021 wegen eines minder schweren Falls zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren.

Während Isabell R. beim ersten Suizidversuch möglicherweise noch in der Lage gewesen sei, das Für und Wider abzuwägen und einen konstanten Todeswunsch geäußert habe, sei das mit Blick auf das Geschehen im Juli 2021 nicht der Fall gewesen. Es habe an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Wunschs zu sterben gefehlt. Vollständig rationales Bilanzieren sei ihr nicht möglich gewesen.

Überdies habe der Angeklagte auf die Entscheidung von R. Einfluss genommen, indem er ihr auf ihre Bitte hin (wahrheitswidrig) zugesagt habe, bei einem erneuten Fehlschlag gegebenenfalls aktiv „nachzuhelfen“ („Versprochen“). Insoweit habe er ihre Entscheidung durch

Täuschung beeinflusst. Turowski hat dazu erklärt, er habe sie lediglich beruhigen wollen.

Leitplanken des BGH und BVerfG

Es kommt nicht häufig vor, dass ein Gericht auf Ausführungen des Bundesgerichtshofs zurückgreifen kann, die dieser in anderer Sache bezüglich desselben Angeklagten getätigt hat. Am 3. Juli 2019 entschied **der Bundesgerichtshof** in Turowski I, dass ein freiverantwortlicher Entschluss zu sterben, eine natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie einen von Zwang, Täuschung oder Drohung frei gebildeten Willen voraussetze, der „*von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen*“ sein müsse.

Auch das **Bundesverfassungsgericht** verlangt, dass der Entschluss zu sterben, um als freiverantwortlich gelten zu können, „*von einer gewissen ‚Dauerhaftigkeit‘ und ‚inneren Festigkeit‘ getragen*“ sein müsse. Es nimmt insoweit Bezug auf eine **Entscheidung des Bundesgerichtshofs**, der am Tag der Verkündung des Urteils Turowski I auch den Freispruch des jetzt im „**Essener Fall**“ verurteilten Sterbehelfers bestätigt hatte. Das Verlangen, sterben zu wollen, sei „*häufig ambivalent und wechselhaft*“, was Daten über fehlgeschlagene Suizide bestätigten. Mit der Forderung der Dauerhaftigkeit eines Suizidwunsches könne sichergestellt werden, dass der Entschluss nicht Ausdruck „*einer vorübergehenden Lebenskrise*“ sei.

Die sterbewillige Person müsse ihre Entscheidung „*auf der Grundlage einer realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider*“ treffen. Dies setze voraus, dass der Entschluss „*frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung sei*“.

Psychische Erkrankungen stellten eine erhebliche Gefahr für die Freiverantwortlichkeit dar. Untersuchungen zufolge seien in etwa 90% der Suizide psychische Störungen auszumachen, von denen ein signifikanter Teil (ca. 40 bis 60%) auf Depressionen entfielen. Und weiter:

„Depressionen, die häufig – selbst für Ärzte – schwer zu erkennen sind, führen bei etwa 20-25% der Suizidenten zu einer eingeschränkten Einwilligungsfähigkeit (...)“ (Rn. 245).

Zusammengefasst: Die Crux der Depression besteht darin, dass Suizidalität Teil der Krankheit sein kann – aber nicht zwingend sein muss.

Ein weiteres Risiko für die Freiverantwortlichkeit erblickt das Bundesverfassungsgericht in einer mangelnden Aufklärung des Sterbewilligen. Diesem müssten „*alle*

entscheidungserheblichen Gesichtspunkte“ bekannt sein. Dies setze voraus, dass er „über sämtliche Informationen verfügt (...) [um] auf einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage realitätsgerecht das Für und Wider abzuwägen.“ Erforderlich sei eine Entscheidung „in Kenntnis aller erheblichen Umstände und Optionen“. Insoweit gelte dasselbe wie bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung.

Vermag die Entscheidung des Landgerichts Berlin auf der Basis der skizzierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu überzeugen?

„Depressive Augenblicksstimmung“?

Die Kammer hat den Wunsch von Isabell R., ihrem Leben ein Ende zu setzen, offenbar als „depressive Augenblicksstimmung“ (BGH) bzw. „vorübergehende Lebenskrise“ (BVerfG) eingeordnet, was sie aus einzelnen an Turowski gerichteten Nachrichten gefolgert hat, die „pro Weiterleben“ formuliert waren.

Das wirft die Frage auf, wie die „innere Festigkeit und Zielstrebigkeit“ eines Sterbewunsches zu ermitteln ist und ob dieses Erfordernis neben jenes einer von akuten psychischen Störungen freien Entscheidung tritt oder gerade Kennzeichen des Fehlens einer solchen Störung sein soll. Weder der Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch der des Bundesverfassungsgerichts ist hierzu Näheres zu entnehmen.

Begibt man sich auf die Suche nach dem Ursprung der höchstrichterlichen Forderung, so findet man im Urteil Turowski I einen Verweis auf eine [Entscheidung des Bundesgerichtshofs](#) aus dem Jahr 2010, die sich allerdings auf § 216 StGB bezog. Der Wunsch, sich umzubringen, ist allerdings etwas anderes, als von einem anderen zu verlangen, getötet zu werden.

„Freie Suizidentscheidung“?

Fehlt ein zu Lebzeiten des Suizidenten erstelltes Gutachten über dessen Entscheidungsfähigkeit und wird diese in Frage gestellt, dann kommen Gerichte nicht umhin, den psychischen Zustand postmortal auf der Basis von Äußerungen des Suizidenten, Nachrichten und Schilderungen Dritter zu beurteilen.

Dass der Sachverständige sich vorliegend aus medizinischer Sicht schwertat, eindeutige Aussagen zur Freiverantwortlichkeit von Isabell R. zu treffen, ist nicht überraschend, die Überwindung dieser Zweifel durch die Kammer dagegen schon.

Wie unterschiedlich die Beurteilung aus der Sicht von Juristen ausfallen kann, hat sich bereits im Verfahren Turowski I gezeigt. Während das Landgericht die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt hatte, äußerte das Kammergericht

„erhebliche Zweifel daran (...), dass der Freitod von einem die Garantenstellung des Angeeschuldigten ausschließenden freien Willen getragen war. Anlass zu solchen Bedenken geben die vielfältigen Hinweise auf eine psychische Erkrankung der Suizidentin. Sie hatte bereits als Kind den Wunsch zu sterben. Die erst danach aufgetretene Reizdarmerkrankung wird damit offenbar zu Unrecht als ausschlaggebend für ihren Todeswunsch angesehen. Auch die Diagnose einer sogenannten reaktiven Depression, die der Angeschuldigte als Allgemeinmediziner gestellt und ersichtlich zur Grundlage seiner Tat gemacht hat, ist damit nachdrücklich infrage gestellt. Schließlich geben auch die exzessiven Stimmungsschwankungen, von denen nahestehende Zeugen anschaulich und einheitlich berichten, allen Anlass, an der Ernstlichkeit und Freiverantwortlichkeit des Sterbenswunschs zu zweifeln“ (RDG 2017, 137, 138).

Demgegenüber bejahte das Tatgericht alsdann die Freiverantwortlichkeit und ging von einem „Bilanzselbstmord“ aus, was der Bundesgerichtshof schließlich – trotz möglicher psychischer Beeinträchtigung der Suizidentin – als tragfähig erachtete:

„Zwar erscheint es danach nicht ausgeschlossen, dass Frau D. – durch ihr fortwährendes körperliches Leiden zermürbt – im Zeitpunkt ihrer Selbsttötung aufgrund einer ‚tiefen Verzweiflung‘ psychisch beeinträchtigt war. Indes lassen sich dem Urteil keine Umstände entnehmen, die zur Annahme einer Aufhebung ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit hätten zwingen müssen oder auf ein Handeln aus einer bloßen ‚depressiven Augenblicksstimmung‘ hindeuten.“ (Rn. 20)

Mit anderen Worten: Der Bundesgerichtshof unterschied klar zwischen der Aufhebung und der Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit und ließ letztere ge-

rade nicht genügen, um die Freiverantwortlichkeit abzulehnen.

„Kenntnis aller erheblichen Umstände“?

Was ist schließlich von der Argumentation des Landgerichts in Turowski II zu halten, die Suizidentin sei durch die (nicht ernst gemeinte) Behauptung des Angeklagten, im Fall eines erneuten Fehlschlags würde er erforderlichenfalls aktiv „nachhelfen“, getäuscht und damit in ihrer Willensbildung beeinträchtigt worden?

Hat Isabell R. infolgedessen nicht (mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts) „in Kenntnis aller erheblichen Umstände und Optionen“ entschieden?

Bei der Infusion bestand, anders als bei der Einnahme der Tabletten, kein Risiko, zu erbrechen, deswegen nicht genug Wirkstoff aufzunehmen und zu überleben. Die eingesetzte Menge Thiopental (7g) überschritt die vom Hersteller für eine OP maximal vorgesehene Dosis (1g) um ein Vielfaches. Turowski konnte damit berechtigterweise annehmen, dass der Versuch dieses Mal gelingen würde.

Seine Bemerkung „Versprochen“ auf die (sinngemäße) Forderung „Diesmal muss es jedenfalls klappen, gegebenenfalls muss nachgelegt werden“ kann deshalb als knappe Antwort verstanden werden, die vollständig gelautet hätte: „Versprochen. Sie werden sterben. Nachlegen werde ich nicht, darf ich nicht, muss ich aber auch nicht, denn die Dosis ist mit Sicherheit tödlich“.

Genau darauf kam es Isabell R. an. Ihre Entscheidung war daher nicht mit entscheidungserheblichen Mängeln behaftet.

Folgen der Berliner Entscheidung

Man wird schwer in Abrede stellen können, dass Turowski mit seinem Vorgehen – Beschränkung auf ein persönliches Gespräch mit der Sterbewilligen, Verzicht auf die vollständige Vorlage der Behandlungsunterlagen und Befragung des Umfelds, auf ein psychiatrisches Gutachten, auf das „Vier-Augen-Prinzip“ sowie auf gewisse Wartezeiten – „hart am Wind segelte“. Das scheint er inzwischen auch so zu sehen. Die Annahme der Freiverantwortlichkeit einer psychisch Erkrankten nach einem einhalbstündigen Gespräch mag man – mit der Kammer – als „hochproblematisch“ ansehen; unvertretbar muss die Einschätzung deswegen nicht zwingend sein.

Geradezu grotesk mutet es an, dass das Bundesverfassungsgericht den Staat zwar in der Pflicht sieht, die Freiverantwortlichkeit Sterbewilliger sicherzustellen, die sich der Hilfe Dritter bedienen wollen, bislang aber weder die Rechtsprechung noch die Politik, die noch immer um Regelungen zur Sicherstellung eben dieser Freiverantwortlichkeit ringt, in der Lage sind, über Worthülsen hinausgehende Verhaltens- und Entscheidungsregeln zu entwickeln. So kommt es, dass Gerichte wie das Berliner Landgericht im Zweifel gegen die Freiverantwortlichkeit entscheiden. Das ist kein guter Rechtszustand.

Das wirft die Frage auf, wie die „innere Festigkeit und Zielstrebigkeit“ eines Sterbewunsches zu ermitteln ist. Außerdem stellt sich die Frage, ob dieses Erfordernis neben jenes Erfordernis tritt, dass die sterbewillige Person frei von akuten psychischen Störungen entscheidet, oder gerade Kennzeichen des Fehlens einer solchen Störung sein soll.

Sarah Lincoln, Ulrike Müller

Ernährung am Existenzminimum

Wie viel Gesundheit verlangt das Grundgesetz?

doi: 10.59704/c288e0e074b2068c



Ist das Bürgergeld verfassungswidrig, weil es keine gesunde Ernährung ermöglicht? Ernährungswissenschaftliche Befunde, die erst nach der letzten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entstanden sind, sprechen dafür. Unter anderem der [Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft](#) fordert: „Ein [...] Bürgergeld muss [...] ausreichend sein, um materielle und soziale Ernährungsarmut zu vermeiden. Die aktuellen [...] Beträge entsprechen allerdings nicht diesem Anspruch“ (ebd., I). Basierend auf diesen Befunden sieht ein aktuelles [Rechtsgutachten](#) in der Höhe des Existenzminimums eine Verletzung des Menschenrechts auf angemessene Ernährung aus Art. 11 des UN-Sozialpakts.

Diese neuen Forschungsergebnisse sind auch verfassungsrechtlich relevant. Ohne ein materielles Kriterium dürfte der geltende Statistik-Warenkorb nicht mehr verfassungsgemäß sein. Entgegen aktuellen Forderungen, die Regelleistungen zur Herstellung eines Lohnabstands abzusenken oder nicht weiter anzuheben, spricht verfassungsrechtlich viel für eine Erhöhung. Immerhin sind nach aktuellen Zahlen der europäischen Gemeinschaftsstatistik über Einkommen und Lebensbedingungen [6,9 Prozent](#) der Menschen in Deutschland von erheblicher materieller und sozialer Entbehrung betroffen; [13 Prozent](#) sind nicht in der Lage, sich jeden zweiten Tag eine Mahlzeit mit Fleisch, Geflügel, Fisch oder einem vegetarischen Äquivalent zu leisten. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums darf diesen Zustand nicht perpetuieren. Zwei verfassungsrechtlich zulässige Lösungsmöglichkeiten liegen auf der Hand, nämlich eine Vergrößerung der Referenzgruppe oder eine Steigerung des Ernährungsanteils.

Das Berechnungsmodell und die verfassungsrechtliche Lage

Die Berechnung des Existenzminimums ist seit 2010 fast unverändert. Auch die Bürgergeld-Reform hat es nicht berührt, sondern nur die jährliche Fortschreibung verän-

dert – wobei wegen der Preissteigerungen der letzten Jahre die [Kaufkraft im Ergebnis nicht stieg](#). Die Ausgangswerte basieren nicht – wie oft behauptet – auf einem reinen Statistikmodell, sondern auf einem „Statistik-Warenkorb“ (BVerfG 2010, Rz. 43; [Bonin u.a. 2023](#), S. 8f, 29, 55). Im ersten – statistischen – Rechenschritt werden die Konsumausgaben der einkommensärmsten 15 % der Haushalte (für Kinder: 20 %) anhand der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe berechnet. Daraus werden im zweiten Rechenschritt wie aus einem Warenkorb zahlreiche Positionen herausgestrichen, die als nicht regelbedarfsrelevant eingestuft werden. Unter anderem zählen dazu Tierfutter, Zimmerpflanzen, Adventskränze und jegliche Gaststättenbesuche.

Was bei diesem Methodenmix auffällt: Er wird nur in eine Richtung praktiziert, nämlich zur Absenkung der Ergebnisse. Reale Ausgaben werden gestrichen, weil sie normativ als nicht existenznotwendig betrachtet werden. Umgekehrt könnten auch Ausgaben erhöht werden, weil sie normativ für notwendig erachtet werden. Das findet aber nicht statt. Die so berechneten Leistungen sollen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG verwirklichen, das 2010 vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wurde. Das Gericht hatte wesentliche Aussagen zur Prüfungsdichte gemacht und die bisherigen Beträge als verfassungswidrig verworfen. Nicht wegen ihrer Höhe, sondern wegen ihrer intransparenten und methodisch unklaren Berechnung. In Bezug auf die Höhe stellte das Gericht fest, dass verfassungsrechtlich nur eine evidente Unterschreitung verboten ist.

Die Neuberechnung, die danach vorgenommen werden musste, führte jedoch nur zu einer marginalen Erhöhung der Leistungen, weil der Fokus aufs Verfahren viele Stellschrauben eröffnet, u.a. etwa eine Absenkung der Referenzgruppe für Erwachsene. Zudem wurden die Streichungen von Ausgabenpositionen genauer beziffert.

In einer weiteren, sozialrechtlich umstrittenen ([Rose-now 2022](#)) Entscheidung im Jahr 2014 prüfte das Gericht

die Anwendung seiner Anforderungen. Erneut kam es zu dem Ergebnis, dass der Betrag nicht evident zu niedrig ist. Diesmal befand das Gericht auch das Berechnungsverfahren für „derzeit noch“ verfassungsgemäß, obwohl sämtliche der eingeholten Stellungnahmen – außer die der Bundesregierung selbst – dies anders bewertet hatten. Allerdings betonte das Gericht, dass der Gesetzgeber mit den umfänglichen Streichungen „an die Grenze dessen, was zur Sicherung des Existenzminimums verfassungsrechtlich gefordert ist“, kommt (BVerfG 2014, Rn. 121).

Zwar beschränkt sich das BVerfG bei der Leistungshöhe auf eine Evidenzkontrolle, und diese „bezieht sich im Wege einer Gesamtschau [...] auf die Höhe der Leistungen insgesamt und nicht auf einzelne Berechnungselemente“ (BVerfG 2014, Rz. 81, ebenso Rz. 87). Dennoch kommt dem Ernährungsanteil am Bürgergeld bei der Evidenzprüfung eine besondere Bedeutung zu, da er ein Drittel des gesamten Regelbedarfs ausmacht. Zudem räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung der physischen Seite des Grundrechts weniger Gestaltungsspielraum ein als bei derjenigen der sozialen Seite (BVerfG 2010, Rz. 138). Eine Überprüfung ist nur anhand der einzelnen Berechnungselemente, die in den Gesetzesmaterialien genau beziffert werden, möglich. Dementsprechend hat das BVerfG in seiner ersten Entscheidung zum menschenwürdigen Existenzminimum von 2010 das positive Ergebnis der Evidenzprüfung schwerpunktmäßig mit dem Ernährungsanteil begründet und auf eine Untersuchung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge verwiesen, wonach der Regelbedarf die Ernährung eines Alleinstehenden mit Vollkost decken könne (BVerfG 2010, Rz. 152).

Aktuelle ernährungswissenschaftliche Forschung

Neue ernährungswissenschaftliche Befunde widerlegen diese Annahme. Die Ernährungswissenschaften beschäftigen sich seit mehreren Jahren mit der Frage, ob die Anteile, die bei der Regelbedarfsberechnung für Ernährung berücksichtigt werden, für eine gesunde Ernährung ausreichen. „Gesunde“ Ernährung wird dabei in der Regel entsprechend der [Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Ernährung für eine gesundheitsfördernde Ernährung operationalisiert](#). Die [Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages](#) haben den Stand der fachlichen Äußerungen dazu aufbereitet. Die darin gelisteten Studien unterscheiden sich im Design, in der Preisbildung usw.,

sind aber in ihrer Einhelligkeit deutlich: Alle bis auf eine ältere und sehr umstrittene Arbeit ([Thießen/Fischer 2008](#)) stellen fest, dass eine gesunde Ernährung mehr kostet, als bei der Regelbedarfsberechnung für Nahrungsmittel berücksichtigt wird. Vier der gelisteten Veröffentlichungen ([Thiele 2014](#), [Biesalski 2021](#), [Preuße 2018](#), [Kabisch u.a. 2021](#)) beziehen sich auf das geltende Berechnungsmodell des Regelbedarfs, basieren jeweils auf eigenständigen empirischen Untersuchungen und sind sämtlich erst nach dem Urteil von 2014 entstanden.

2020 stellte auch der [Wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz](#) beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Beirat) fest, dass die Regelbedarfe realistisch nicht für eine gesundheitsfördernde Ernährung entsprechend der DGE-Empfehlungen ausreichen. Die Berechnungsgrundlagen und -methoden der Regelbedarfsermittlung seien daher zu überprüfen. Ausdrücklich hielt der Beirat fest, dass „reine Informationsmaßnahmen und generelle Appelle zum Konsum von nachhaltigeren Lebensmitteln als Instrumente weniger geeignet“ sind als finanzielle Leistungen. Als Vertiefung dieses Befunds berechnete [Biesalski 2021](#), dass eine Ernährung von den Beträgen, die bei der Regelbedarfsberechnung zugrunde gelegt wurden, bei Kindern und Jugendliche zu Wachstumsverzögerungen und einer eingeschränkten kognitiven Entwicklung führen kann. Ebenfalls 2021 belegten [Kabisch u.a.](#), dass der Ernährungsanteil für alleinlebende Erwachsene selbst dann nicht für eine gesunde Ernährung genügt, wenn von mehreren gesunden Ernährungsweisen die günstigste (im Ergebnis: die vegetarische) betrachtet wird. Im [März 2023 bestätigte der Beirat](#) seinen Befund, dass die aktuellen Regelbedarfsanteile nicht für eine gesundheitsfördernde Ernährung ausreichen, und wiederholte seine Forderung nach einer entsprechenden Anpassung der Berechnungsmethode (S. If, XIII, 109).

Die Einhelligkeit des ernährungswissenschaftlichen Forschungsstands ist nicht überraschend, denn die Regelbedarfe werden anhand einer relativ armen Referenzgruppe berechnet. Dabei wird unterstellt, dass die Ausgaben von Menschen im unteren Einkommenssegment zwar bescheiden ausfallen, aber trotzdem für ein menschenwürdiges Existenzminimum genügen. Im Bereich der Ernährung bestehen aber ernsthafte Zweifel an dieser Annahme. Die Berechnung der Regelbedarfe basiert auch auf den Ausgaben von Haushalten, die finanziel-

le Probleme bei der Ernährung angeben, darunter viele Rentner:innen. Zusätzlich sind die statistisch angegebenen Beträge irreführend niedrig, weil viele Haushalte in der Referenzgruppe Tafeln nutzen und dieser kostenkende Effekt nicht herausgerechnet wird.¹ Im Ergebnis erfüllt das derzeitige Existenzminimum das normative Kriterium der Gleichstellung – allerdings der „Gleichstellung in Mangelernährung“².

Verfassungsrechtliche Konsequenzen

Die neuere ernährungswissenschaftliche Forschung weicht also von dem, was das BVerfG 2010 als Forschungsstand annehmen musste, ab. Die Frage, ob die Leistungen „nicht als evident unzureichend *erkannt werden können*“ (BVerfG 2010, Rz. 151) oder die „Festsetzung der Gesamtsumme für den Regelbedarf *nicht erkennen [lässt]*, dass der existenzsichernde Bedarf offensichtlich nicht gedeckt wäre“ (BVerfG 2014, Rz. 87), müsste nach den aktuellen Erkenntnissen mithin anders beantwortet werden. Aber auch im Bereich der Verfahrensorderungen ans Existenzminimum spielen die ernährungswissenschaftlichen Befunde eine Rolle. Das BVerfG hat festgehalten, dass die Leistungsbemessung daraufhin kontrolliert werden muss, ob sie dem Ziel des Grundrechts – der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums gerecht wird (BVerfG 2010, Rz. 142). 2014 hat es dies wiederholt und gefordert, dass die Ergebnisse des Verfahrens fortwährend überprüft und weiterentwickelt werden müssen (BVerfG 2014, Rz. 79). Dabei sind auch Bedenken in Bezug auf einzelne Rechenelemente zu berücksichtigen: Zwar schlagen diese „nicht ohne Weiteres auf die verfassungsrechtliche Beurteilung durch. Allerdings darf der Gesetzgeber ernsthafte Bedenken, die auf tatsächliche Gefahren der Unterdeckung verweisen, nicht einfach auf sich beruhen lassen und fortschreiben. Er ist vielmehr gehalten, bei den periodisch anstehenden Neuermittlungen des Regelbedarfs zwischenzeitlich erkennbare Bedenken aufzugreifen und unzureichende Berechnungsschritte zu korrigieren“ (BVerfG 2014, Rz. 142). So untersuchte das Gericht 2014 innerhalb seiner Prüfung des Berechnungsverfahrens gesondert die Einzelposition der Schulbedarfe (BVerfG 2014, Rz. 135). Eine solche Prüfung kann u.a. „aufgrund offensichtlich bedarfsrelevanter Entwicklungen“ erforderlich sein (BVerfG 2014,

Rz. 109).

Eine bedarfsrelevante Entwicklung ist hier gegeben, denn darunter kann nicht nur die Preisentwicklung selbst gefasst werden, sondern auch eine wissenschaftliche Entwicklung, die die Erreichung des grundrechtlichen Ziels betrifft. Mit der Aufnahme des Befunds in Stellungnahmen eines ministeriellen Beirats ist er auch offensichtlich.

In Reaktion auf die Befunde könnte entweder die Referenzgruppe vergrößert werden, so dass die Ausgaben einer weniger verarmten Gruppe herangezogen werden. Das würde aber auch Ausgaben in anderen Bereichen betreffen. Alternativ dazu könnten einzelne Positionen durch Warenkorb-Rechenschritte erhöht werden. Denn wo aus dem Statistik-Warenkorb Dinge herausgenommen werden können, ist es auch möglich, Dinge hineinzulegen. Das BVerfG hält Modifikationen des Rechenmodells für zulässig, sofern sie sachlich gerechtfertigt sind (BVerfG 2010, Rz. 139) und das gesamte Modell nicht in Frage stellen (BVerfG 2014, Rz. 109). Auf die Möglichkeit von Warenkorb-Steigerungen wies das BVerfG ausdrücklich hin: Wenn bei der Überprüfung der statistisch ermittelten Beträge Änderungen festgestellt werden, die die Bedarfsdeckung betreffen, „kann der Gesetzgeber mit Hilfe der Warenkorbmethode vielmehr auch kontrollierend sicherstellen, dass der existentielle Bedarf tatsächlich gedeckt ist.“ (BVerfG 2014, Rz. 109).

Zusätzlich ist der Gesetzgeber auch durch völkerrechtliche Verpflichtungen bei der Bestimmung des Existenzminimums gebunden (BVerfG 2014, Rz. 74, mit Verweis auf BVerfG vom 18.7.2012, Rz. 68). Mit Verweis auf die niedrigen Ernährungsanteile an der Berechnung kommt ein aktuelles [Gutachten](#) zu dem Ergebnis, dass die Höhe des Existenzminimums das Menschenrecht auf angemessene Ernährung aus Art. 11 des UN-Sozialpakts verletzt, denn „eine gesunde Ernährung wäre mit den Bürgergeld-Regelsätzen nur unter Verzicht auf andere grundlegende Bedürfnisse möglich. Dies ist aber gerade nicht ausreichend, um den völkerrechtlichen Anforderungen zu genügen, sodass im Ergebnis eine Erhöhung der Regelsätze geboten ist“ (S. 23). Weil Deutschland 2023 dem Individualbeschwerdeverfahren des Pakts beigetreten ist, könnte dies nun auch individuell geprüft werden.

¹ Deutscher Verein e.V., Stellungnahme zum BVerfG-Urteil 2014, zitiert vom BVerfG 2014, Rz. 64.

² Vorbemerkung der Fragesteller zur Kleinen Anfrage in BT-Drs. 20/7638, S. 2; Kanzlei Günther 2023, S. 18.

Mathias Hong

Immanuel Kants 300. Geburtstag und das Grundgesetz

doi: 10.59704/275738a964c1c3cb



Immanuel Kant, geboren am 22. April 1724, hat heute seinen 300. Geburtstag. Und das Grundgesetz wird nächsten Monat 75 Jahre alt. Was bedeuten diese beiden Senioren füreinander? Was hat Kants Philosophie mit dem Grundgesetz zu tun?

All the faves are flawed. Kant hat sich auf Würde, Freiheit und Gleichheit zugleich berufen und sie verraten. Das Grundgesetz hat weder seine noch eine andere Philosophie übernommen – es hat aber durchaus daran angeknüpft, und zwar in dreierlei Weise (zum Folgenden, mit Nachweisen, näher [hier](#), S. 680-687): Mit der Menschenwürdegarantie hat es Selbstzweckformel, Verdinglichungsverbot und kategorische Geltung als Elemente adaptiert. Sie erhielten jedoch, im Angesicht des Holocaust und als ihr Gegenbild, eine historisch neue Bedeutung.

Nach der so genannten Selbstzweckformel Kants ist der kategorische Imperativ erstens das Gebot, „alle anderen niemals bloß als Mittel, sondern jederzeit zugleich als Zweck an sich selbst“ zu „behandeln“, wie es in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten heißt. Kant formuliert das Verbot, die Menschen als bloßes Mittel zu gebrauchen, zweitens auch als ein Verbot, sie zu verdinglichen, zu einer Sache herabzuwürdigen. Sie sind „keine Sache, mithin nicht etwas, das bloß als Mittel gebraucht werden kann“, oder, wie Kant es in der Metaphysik der Sitten formuliert: „[D]er Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt“.

Die Menschenwürde ist nach Kant schließlich, drittens, eine Quelle kategorischer Unterlassungspflichten in der Ethik. In der Grundkontroverse zwischen „deontologischer“ und „konsequentialistischer“ Ethik zählt Kant zu den Begründern und Hauptvertretern eines deontologischen Ansatzes. Der Idee eines relativierenden Abwägens und Aufrechnens ist ein solches deontologisches Verständnis der Menschenwürde diametral entgegengesetzt, wie Kant etwa in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten deutlich macht: „Im Reiche der Zwecke hat

alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als *Äquivalent*, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein *Äquivalent* verstatet, das hat eine Würde.“

Im System Kants gehören diese Ausführungen zur Menschenwürde dabei, wie nicht stark genug betont werden kann, zur Tugendlehre, nicht zur Rechtslehre. Aber auch in der Rechtslehre griff er durchaus teils auf deren Grundgedanken zurück, etwa für das Verbot grausamer Vollstreckung der Todesstrafe.

Der Parlamentarische Rat griff 1948 und 1949 auf dieses Vorverständnis und auf die damals allgemein bekannten Formulierungen Kants zurück. Die Aussagen der Grundlegungsschrift zur Menschenwürde zählten 1949 ebenso sehr zum allgemeinen Bildungsgut wie die weiteren Fassungen des kategorischen Imperativs. Es lässt sich deshalb die These einer partiellen, zeitgeschichtlich geprägten Rezeption kantischer Vorstellungen durch die verfassungsgebende Gewalt verteidigen.

Eine solche Rezeption oder Adaption bedeutet aber (natürlich) keine Inkorporation, sondern ist zugleich Neuinterpretation. Drei wichtige Unterschiede sind besonders zu betonen.

Erstens würde die Moral- und Rechtsphilosophie Kants einer solchen Inkorporation schon aus sich heraus zumindest erhebliche Widerstände entgegensetzen. Zum einen ist, wie schon erwähnt, bei Kant Tugendlehre nicht mit Rechtslehre gleichzusetzen, zum anderen (und erst Recht) nicht mit dem positiven Recht: Selbst wo die Rechtslehre Grundgedanken der Menschenwürde aufgreift, muss dies für den Erz-Positivisten Kant, der jedes Widerstandsrecht verneinte, noch keinen Einfluss auf das positive Recht bedeuten.

Zweitens legte der Parlamentarische Rat in seinen Beratungen größten Wert auf die weltanschauliche Neutralität des Grundgesetzes, die einen pauschal inkorporierenden Rückgriff auf eine bestimmte Philosophie ebenso wie den auf eine bestimmte Religion verbietet. Vor allem

Theodor Heuss und Carlo Schmid betonten in der Naturrechtsdebatte, dass sich das Grundgesetz beispielsweise nicht durch einen Rückgriff auf christliches Naturrecht deuten lässt, sondern dass maßgeblich für seine gebotene Weiterentwicklung jene Konkretisierungen der Werte Würde, Freiheit und Gleichheit sein und bleiben müssen, die die verfassungsgebende Gewalt vorgenommen hat.

Und drittens sah die verfassungsgebende Gewalt – anders als möglicherweise Kant – Autonomiefähigkeit zwar dort, wo sie vorhanden ist, als ein zentrales Schutzgut an, aber gerade nicht als eine notwendige Voraussetzung für die Menschenwürde. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass die „Euthanasie“-Morde an geistig behinderten Menschen in den Beratungen des Parlamentarischen Rates als paradigmatischer Fall einer Menschenwürdeverletzung eingestuft wurden.

Es gab also zwar keine Inkorporation der Philosophie Kants durch die Verfassung. Wohl aber gab es eine Adaption und Neuinterpretation bestimmter Elemente und Formulierungen der kantischen Philosophie – vor allem der Selbstzweckformel und des Verbots, Menschen wie Sachen zu behandeln, aber auch des deontologischen Grundgedankens abwägungsfester Rechte der Einzelnen, die auch durch noch so große Vorteile für die Allgemeinheit nicht aufgewogen werden können.

Wenn heute an Kant zurückgedacht wird, muss sein Rassismus ebenso in das Bild genommen werden wie die blinden Flecken der westlichen Aufklärungsphilosophie. Zu diesen gehören etwa die Vorstellung, ein Philosoph könne substantielle Prinzipien der Moral oder der Rechtsphilosophie im stillen Kämmerlein und ohne Rücksicht auf historische Zeitverläufe und auf Prozesse demokratischer Willensbildung a priori ermitteln, oder auch ein unreflektierter geschichtstheoretischer Fortschrittsglaube.

Zugleich erscheint aber eine zeitgemäße Anknüpfung an Elemente der kantischen Philosophie nicht ausgeschlossen, wie etwa die Ansätze von John Rawls oder Jürgen Habermas zeigen – wenn man sie ihrerseits weiterentwickelt, etwa mit Danielle Allen oder Anna Katharina Mangold, und den Rechten auf demokratische Partizipation und Gleichheit darin das gebotene Gewicht gibt. Das positive Verfassungsrecht des Grundgesetzes weist zu solchen Ansätzen erhebliche Korrespondenzen auf, nicht zuletzt dank seiner, von der verfassungsgebenden Gewalt gewollten, dynamischen Weiterentwicklung durch das Bundesverfassungsgericht. Keine Veranlassung besteht deshalb dazu, die Gleichheitsidee der Aufklärung aufzugeben, nach der alle das gleiche Recht auf Würde und freie Verfolgung ihrer Glückseligkeit haben.

Luise Quaritsch

Die Sperrklausel ist keine Lösung

Zur Diskussion über den Schutz der Arbeitsfähigkeit des Europäischen Parlaments

doi: 10.59704/18aa96f4cf2e805b



Am 29. März entschied der [Bundeswahlausschuss](#) über die Zulassung der Wahlvorschläge zur Europawahl 2024. [35 Parteien](#) wurden zur Teilnahme an der Wahl am 9. Juni zugelassen. Das klingt zwar erstmal viel; doch auch [2019 traten 41 Parteien](#) in Deutschland an, von denen 13 Parteien letztendlich ins Europaparlament einzogen. Davon waren sieben kleine Parteien (Die PARTEI, Freie Wähler, Tierschutzpartei, ÖDP, Piraten, Familie, Volt), die [unter fünf Prozent](#) der Stimmen und jeweils nur einen oder zwei Sitze erhielten. Für die Piraten, die Familienpartei und Volt reichten schon 0,7 Prozent der Stimmen für einen Abgeordneten in Brüssel. Das ist möglich, weil seit 2014, nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Deutschland keine Sperrklausel in den Europawahlen mehr angewandt wird.

Seitdem wird regelmäßig über die Wiedereinführung einer Zugangshürde bei den Europawahlen diskutiert. Das Argument der Befürworter lautet, dass sie die „[wachsende Zersplitterung des europäischen Parlaments verhindern](#)“ und dessen Arbeitsfähigkeit sichern würde. Erst im Februar lehnte das [Bundesverfassungsgericht](#) einen Antrag von Die PARTEI gegen die deutsche Zustimmung zum [Direktwahlakt 2018](#) ab, der unter anderem die Einführung einer Sperrklausel von mindestens zwei Prozent in Deutschland vorsieht.

Dabei ist fraglich, ob es tatsächlich die Anzahl kleiner Parteien im Europaparlament (EP) ist, die dessen Handlungsfähigkeit gefährdet. Die Gefahr geht eher von der zunehmenden Anzahl an rechtsextremen und antieuropäischen Abgeordneten aus, die es sich [zum Wahlziel gemacht haben](#), eine Sperrminorität zu erreichen und damit das EP zu blockieren – und die nicht notwendigerweise aus kleinen Parteien stammen. Um die Handlungsfähigkeit des Parlaments zu sichern, sollten sich Politiker:innen darauf konzentrieren, Wählerstimmen für eine stabile pro-europäische Mehrheit zurückzugewinnen.

Über das Für und Wider von Sperrklauseln

In Deutschland gab es bis zur Europawahl 2009 wie bei den Bundestagswahlen eine Fünf-Prozent-Hürde. Dazu beschloss das [Bundesverfassungsgericht](#) anlässlich der ersten Europawahlen 1979, dass die Sperrklausel erforderlich sei, um die Fähigkeit des EP zur Erledigung seiner Aufgaben zu sichern. Doch obwohl das EP seit 1979 deutlich an Macht gewann, [entschied](#) das Bundesverfassungsgericht 2011, dass eine solche Sperrklausel nicht gerechtfertigt sei. Nach den Grundsätzen der Wahlgleichheit und Chancengleichheit muss jede Wählerstimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments und jede Partei die gleiche Chance bei der Verteilung der Sitze haben. Der Eingriff in diese Grundsätze sei im Falle des Europaparlaments, anders als beim Bundestag, nicht durch eine zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments [gerechtfertigt](#): Ohne Sperrklausel in Deutschland würde zwar die Anzahl der Parteien im Europaparlament steigen, das werde aber die Funktionsfähigkeit des Parlaments nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen. Zentrale Arbeitseinheit seien die Fraktionen, die über eine hohe Integrationskraft verfügen würden. So hätten sich auch die mit der Erweiterung 2004 neu hinzugekommenen Parteien in die vorhandenen politischen Gruppen einfügen können.

Nach dieser Entscheidung des Gerichts änderte der Gesetzgeber 2013 die [Europawahlordnung](#) und führte eine Drei-Prozent-Sperrklausel ein. Auch diese kassierte das [Bundesverfassungsgericht 2014](#) mit der gleichen Begründung wie 2011. Die Europawahlen 2014 und 2019 fanden in Folge ohne Sperrklausel in Deutschland statt. Während 2004 fünf und 2009 sechs Parteien ins Europaparlament eingezogen waren, gewannen 2014 und 2019 jeweils 13 Parteien ein Mandat.

Auch in diesem Jahr wird es in Deutschland keine Hürde bei der Europawahl geben. Zwar beschloss der Rat der Europäischen Union 2018 eine [Änderung des europäi-](#)

schen Direktwahlaktes, der eine Einführung einer Sperrklausel zwischen 2 und 5 Prozent für Mitgliedsstaaten mit mehr als 35 Sitzen vorsah. Dieser Direktwahlakt ist aber noch nicht in Kraft getreten, weil er noch nicht von allen Mitgliedsstaaten ratifiziert wurde. Auch Deutschland hatte seine Zustimmung ausgesetzt, bis das Bundesverfassungsgericht am 6. Februar 2024 erneut über die Einführung einer Sperrklausel entschied. Diesmal befand das Bundesverfassungsgericht den Antrag aber als unzulässig, da das Gericht, anders als in den vorangegangenen Entscheidungen, bei einer Änderung des europäischen Wahlgesetzes nur eine **begrenzte Prüfungskompetenz** hat.

Dennoch ging das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung auf die Rolle und Funktionsfähigkeit des Europaparlaments ein. Der europäische Gesetzgeber könne zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Europäischen Parlaments handeln. Seit der Wahl 2019 verfügten zwei Fraktionen nicht mehr über die absolute Mehrheit der Mandate und integrationskritische Parteien seien erstarkt. Beides würde das Risiko der Fragmentierung zukünftig erhöhen. Handlungsfähige Mehrheiten seien durch die zunehmende Zersplitterung des Parlaments, „insbesondere durch den Einzug von Kleinstparteien mit ein oder zwei Abgeordneten“, schwieriger zu bilden.

Keine Lösung

Dieses in der Diskussion um Sperrklauseln immer wiederkehrende Argument ist aber wenig überzeugend. Der **Direktwahlakt 2018** sieht die Einführung einer Sperrklausel nur für Mitgliedsstaaten mit mindestens 35 Sitzen vor. Sie betrifft also nur Deutschland (96), Frankreich (81), Italien (76), Spanien (61) und Polen (53) (Sitze ab 2024). In diesen Ländern, außer in Deutschland und Spanien, gelten bereits Sperrklauseln zwischen 4 und 5 Prozent. Wenn Deutschland und Spanien bei der Europawahl 2019 eine Sperrklausel von 5 Prozent gehabt hätten, hätte das insgesamt 12 Abgeordnete betroffen. Hätte die Sperrklausel bei 2 Prozent gelegen wären nur insgesamt 4 Abgeordnete von kleinen Parteien nicht in das Parlament eingezogen. Bei 751¹ Abgeordneten können weder 4 noch 12 Abgeordnete eine Zersplitterung verhindern.

Um die Anzahl der vertretenen Parteien signifikant zu reduzieren, wäre eine Fünf-Prozent-Hürde in allen Mit-

gliedsstaaten der konsequentere Ansatz. In der Praxis wären damit neben Deutschland und Spanien dann auch Italien, Belgien, die Niederlande, Griechenland, Österreich, Portugal und Schweden betroffen. Das sind die Länder, die noch keine Fünf-Prozent-Hürde und mindestens 20 Sitze im Parlament haben. In allen Ländern mit weniger als 20 Sitzen hätte eine Fünf-Prozent-Hürde in der Praxis meist keine Auswirkung, da ohnehin mindestens fünf Prozent der Stimmen für ein Mandat notwendig sind. Hätte es 2019 so eine generelle Fünf-Prozent-Hürde in allen Mitgliedsstaaten gegeben wären immerhin etwa 16 Parteien weniger in das Parlament eingezogen.

Wenn man davon ausgeht, dass auch bei den nächsten Wahlen die Mehrheitsverhältnisse ähnlich ausfallen wie 2019, wäre die Auswirkung der im Direktwahlakt 2018 vorgesehenen Sperrklausel in den großen Mitgliedsstaaten nicht weit genug, um die Handlungsfähigkeit des Parlaments zu sichern. Gleichzeitig würde sie neue und kleine Parteien aber *de facto* vom EP ausschließen. So eine Zugangshürde lässt außerdem die Arbeitsweise des Europaparlaments außer Acht.

Arbeitsweise und Arbeitsfähigkeit des Europaparlaments

Aktuell sind im Europaparlament mehr als 700 Abgeordnete aus rund **200 nationalen Parteien** vertreten, was die Mehrheitsfindung *a priori* schwierig erscheinen lässt. Parteienzugehörigkeit bedeutet im Europaparlament aber nicht dasselbe wie etwa im Bundestag. Zum einen schließen sich die Abgeordneten im Europaparlament zu politischen Gruppen, vergleichbar mit Fraktionen, zusammen. In diesen politischen Gruppen können dann auch verschiedene Parteien aus einem Mitgliedsstaat zusammenarbeiten. Zum anderen kooperieren die pro-europäischen Gruppen im Europaparlament flexibler als auf nationaler Ebene, da es keine klare Abgrenzung zwischen Regierungskoalition und Opposition gibt. Zwar werden die meisten Gesetzesinitiativen von den pro-europäischen Gruppen der Mitte getragen, es können aber für einzelne Vorschläge auch neue Mehrheiten gesucht werden.

Nach der Wahl 2019 haben sich acht der neun Vertreter² der deutschen Parteien unter 5 Prozent, ebenso wie

¹Nach dem Austritt Großbritanniens sind es aktuell noch 705 Abgeordnete. Bei der nächsten Wahl werden 720 Mandate vergeben.

²Alle außer Martin Sonneborn von Die PARTEI. Er saß in der Gruppe der Fraktionslosen.

alle etablierten Parteien, einer politischen Gruppe im Europaparlament angeschlossen. So saßen beispielsweise die Vertreter:innen der Freien Wähler gemeinsam mit der FDP bei der liberalen Renew-Gruppe und die Vertreter der Piraten, der Tierschutzpartei und von Volt mit den Grünen bei der Gruppe der europäischen Grünen. Der Einzug kleiner Parteien ins EP hat also weder die Anzahl der Fraktionen noch die der Fraktionslosen wesentlich beeinflusst.

Mögliche Mehrheiten im Europäischen Parlament werden auf der Ebene der politischen Gruppen gefunden, und nicht auf der Ebene der vertretenen nationalen Parteien. Natürlich könnte es sein, dass es mit mehr nationalen Parteien innerhalb der Fraktionen schwieriger wird, gemeinsame Positionen zu finden und gemeinsam abzustimmen. Zum einen rechtfertigt dieses theoretische Risiko allein aber noch keine Sperrklausel und zum anderen würden die vorgeschlagenen Sperrklauseln die Anzahl der vertretenen Parteien im EP eben nicht maßgeblich verringern.

Inwiefern die Vertreter von kleinen Parteien die Arbeitsfähigkeit des europäischen Parlaments grundsätzlich beeinflussen, hängt also maßgeblich davon ab, ob sie vorhaben, konstruktiv in einer der europäischen Gruppen mitzuarbeiten – nicht wie viele sie sind. Das sollte von den Kandidat:innen kleiner Parteien vor der Wahl verbindlich kommuniziert werden. So könnte die Anzahl der Fraktionslosen verringert und die Sichtbarkeit der europäischen Gruppen auf deutscher Ebene verbessert werden. Außerdem könnten sich Abgeordnete zu einer höheren Fraktionsdisziplin verpflichten.

Das bedeutet allerdings nicht, dass es keine anderen guten Gründe für eine *einheitliche* europäische Sperrklausel gibt. So wird unter dem jetzigen System die Verteilung der Sitze im Parlament dadurch verzerrt, dass in Deutschland und Spanien kleine Parteien Mandate gewinnen können, in Frankreich und Italien aber beispielsweise nicht. Die Interessen kleiner deutscher Parteien sind dadurch überrepräsentiert. Hinzu kommen weitere Verzerrungen, die dazu führen, dass für jedes Land sehr unterschiedlich viele Stimmen für einen Sitz erforderlich sind: Durch die *degressive Proportionalität* für die Verteilung der Sitze auf die Mitgliedsstaaten, also das System nach dem große Länder zwar mehr Mandate bekommen, kleine Länder aber mehr Abgeordnete pro Einwohner, kommen in Deutschland etwa 645.000 Wahlberechtigte auf einen Sitz während es in Malta nur 50.000 sind.

Auch die schwankende Wahlbeteiligung führt dazu, dass unterschiedlich viele Stimmen für ein Mandat notwendig sind. 2009 reichten in der Slowakei bei einer Wahlbeteiligung von 22,72 Prozent schon knapp **48.000 Stimmen**, in Dänemark, das ähnlich groß ist, waren es bei einer Wahlbeteiligung von 66,08 Prozent **150.000 Stimmen**. So ist der Grundsatz, dass jede Wählerstimme den gleichen Einfluss auf das Ergebnis der Wahl hat, beträchtlich eingeschränkt. Eine einheitliche Zugangshürde könnte zumindest einem Aspekt dieser Verzerrung entgegenwirken.

Zusammensetzung und Mehrheiten im Europaparlament

In den letzten Jahren haben die großen, etablierten Volksparteien in Deutschland und in anderen europäischen Ländern deutlich an Unterstützung verloren. Davon profitieren verschiedene Akteure, zuletzt waren es besonders häufig populistische Parteien am rechten Rand des politischen Spektrums. Diese Entwicklung spiegelt sich auch auf europäischer Ebene. Seit der ersten Wahl 1979 erhielten die beiden großen Volksparteien, die christdemokratische Europäische Volkspartei (EVP) und die sozialdemokratische S&D fast durchgängig zusammen mehr als 50 Prozent der Stimmen. Nach der Wahl 2019, bei der sie **knapp 39 Prozent der Stimmen** erhielten, waren sie auf die Stimmen der liberalen Renew-Fraktion angewiesen, um eine Mehrheit im Parlament zu bilden.

Die Mehrheit dieser Koalition (EVP+S&D+Renew) wird nach der Wahl im Juni voraussichtlich weiter schrumpfen. Es wird erwartet, dass die nationalistische und rechtsextreme Identität und Demokratie-Gruppe und die in weiten Teilen europaskeptische und rechtspopulistische Fraktion der Europäischen Konservativen und Reformer große Gewinne erzielen.

Eine pro-europäische „Große Koalition“ aus EVP, S&D und Renew hätte nach Prognosen zwar noch eine Mehrheit von rund 390 von 720 Sitzen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass im Europaparlament tendenziell größere Mehrheiten als beispielsweise im Bundestag notwendig sind, um verlässlich zu sein, da einzelne Abgeordnete bei umstrittenen Themen unter Umständen doch nach nationalen Interessen – und gegen die Linie ihrer europäischen Parteienfamilie – abstimmen. Die erwarteten knapp 30 Prozent der Sitze der anti-Europäischen Gruppen könnten so in einzelnen Fällen ausreichen, um eine Sperrminorität zu bilden und die Arbeit des Parlaments zu blockieren. Dies ist auch das ausgewiesene **Ziel einiger rechter Politiker**.

Interessanterweise könnte eine Sperrklausel in Deutschland aktuell gerade den rechten Parteien nutzen. Denn von ihr würden alle Parteien profitieren, die wegen des Wegfalls der kleineren Parteien mehr Sitze bekämen. Auch die AfD hätte 2019 mit einer Sperrklausel mehr Sitze erhalten – eine Partei die in ihrem [Wahlprogramm](#) fordert, das Europaparlament abzuschaffen.

Es braucht eine pro-europäische Mehrheit

Eine Sperrklausel stellt einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit dar, die im Europaparlament nicht durch die Sicherung seiner Handlungsfähigkeit gerechtfertigt ist: Die aktuell zur Debatte stehenden Wahlreformen mit Hürden zwischen 2 und 5 Prozent für große Mitgliedsstaaten betreffen zu wenig Abgeordnete, um einen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit des Europaparlaments zu haben. Gleichzeitig

würde sie den Einzug neuer und kleiner Parteien aber *de facto* unmöglich machen.

Theoretisch kann es natürlich sein, dass eine noch heterogenere Zusammensetzung es schwieriger für die europäischen Gruppen macht, sich auf Positionen zu einigen und Mehrheiten zu finden. Mit Blick auf die Prognosen für das nächste Parlament scheint aber vielmehr die wachsende Anzahl von euroskeptischen und rechts-extremen Abgeordneten die Handlungsfähigkeit des Parlaments zu gefährden. Mitgliedsstaaten sollten sich weiter für ein einheitliches europäisches Wahlrecht einsetzen. Kurz- und mittelfristig sollten sich Politiker:innen aber darauf konzentrieren, Wählerstimmen für eine stabile pro-europäische Mehrheit zurückzugewinnen, um die Funktionsfähigkeit des Parlaments zu sichern. Ob diese sich aus vielen kleinen Parteien oder wenig großen Parteien zusammensetzt, ist dabei unerheblich.

Ylenia Maria Citino

The Spitzenkandidaten Practice in the Spotlight

The Constitutional Nature of an Erratic Informal Rule

doi: 10.59704/51d9f3c4a7a95b4e



Ten years have lapsed since the first successful attempt to launch the Spitzenkandidaten practice (hereinafter, the SK practice) in 2014. With the European political parties midway through selecting their lead candidates once again, the upcoming European elections raise questions about the constitutional nature of this informal practice. The following comment aims to enquire what consequences, given the evolving dynamics of the practice, can be attached to a potential failure to designate a *Spitzenkandidat*. In particular, I argue that only if the SK process evolves into a constitutional customary rule, it is possible to conceive a duty upon the European Council to consider appointing the leading candidate from the party winning the elections of the European Parliament.

Unveiling hidden patterns

To demonstrate this, I take into account the existing theories concerning customs and conventions, deeming them applicable within the EU context (see Citino, 2022). I hereby use interchangeably the terms “convention of the constitution” and “constitutional customary rules”, without delving into the distinctive features of the British and continental doctrines, as this exceeds the scope of the discussion. In a nutshell, I argue that conventions of the constitution operate as flexible mechanisms for constitutions to accommodate evolving institutional needs. They function in different ways, either complementing existing gaps in constitutional provisions by seamlessly expanding or reducing the literal meaning, or offering interpretations that diverge from their wording (see the 2009 report of the Venice Commission on constitutional amendment).

The inception of the practice

In most theories on conventions, it is widely accepted that to become law and emerge from mere usages, unwritten customary rules (or conventions of the Constitution

à la Jennings), require an established set of precedents (*repetitio/diuturnitas*), sufficient time (*vetustas*) and the “opinion of law” (*opinio iuris ac necessitatis*) by all relevant constitutional actors. The latter is an essential element meaning that the institutions must act based on the belief that the rule or the specific behaviour is constitutionally necessary and legally binding.

The lone precedent of the SK process dates back to 2014, following numerous calls to establish a more direct and democratic method for the investiture of the Commission (for prior steps, see van Hecke, Wolfs and De Groof, 2018). The legal backdrop was the one provided by the Lisbon Treaty modifying the Commission’s designation mechanisms. The inclusion of the term “elected” in the treaty, indicating that the appointed individual should be chosen by a majority of European Parliament members, served as a catalyst for constitutional change.

The political context at the time was unique and quite favourable to the emergence of a claim from the EP and the EU parties, stretching the interpretation of Article 17.7 TEU with a demand – under threat of veto – for the designation of Jean Claude Juncker as future President of the Commission. While this constitutional experiment proved fruitful, the subsequent electoral cycle was going to be different.

The second round of Spitzenkandidaten game

Inevitably, political dissensus triggered by the rising trends in the EU political-constitutional sphere began to erode the resilience of the practice, leading the European Parliament to gradually lose its grip on its constitutional stronghold.

In 2016, then-President of the European Commission Jean Claude Juncker invoked the term “polycrisis”, borrowing it from the French philosopher Edgar Morin. The Commission started to grapple with multiple challenges, unquestionably affecting the political landscape

from that moment on.

As argued by Zeitlin and Nicoli (2020), the EU became “entangled” in a “multilevel political trap”. The looming threat of a “destructive dissensus” corroding the EU from within (Hodson and Puetter, 2019) has been intensified by the persistent determination to further integration, along with the “ifs” and “buts” associated with the practice of consensual decision-making within the EU’s intergovernmental settings (a true “consociational democracy”, Lijphart, 1969).

This pattern resonates with the successful theory of “authoritarian equilibrium” proposed by Kelemen (*inter alia*, 2020) highlighting that far-right leaders shake hands and smile in Brussels while simultaneously disregarding the values and principles of the European Union within their own countries. Despite the initial presentation of the *Spitzenkandidaten* process as a remedy to potentially address the challenges posed by illiberal regimes and counter the idea of “constitutional weakness of the EU” (Jakab, 2023), it proved ineffective.

On February 23, 2018, the President of the European Council Donald Tusk issued a [press release](#) stating that there should be no “automaticity” in the process for the high-level appointment of the Commission, and that “the Treaty is very clear that it is the autonomous competence of the European Council to nominate the candidate while taking into account the European elections, and having held appropriate consultations”. If there was a convention of the constitution in the making, such a resolute interpretation rejecting EP’s proposal and designating Ursula von der Leyen is sufficient to demonstrate the lack of a shared *opinio juris* among the institutions. In other words, a fundamental condition concerning the existence of a convention of the constitution was missing since its inception: the (erroneous) credence by all parties involved that the rule to be followed is necessary and legal.

More reasonably, the *Spitzenkandidaten* was perceived as only a momentaneous political achievement not to be easily repeated, thus validating Armstrong’s analysis (2014). In the aftermath of the 2014 European election, Armstrong argued that granting the EP the self-determination to designate a *Spitzenkandidat* would have implied an “unlawful delegation of responsibilities”. This originates from a strict interpretation of the Treaty.

In the author’s view, if the obligation to appoint the Commission President based on the European Parliament’s recommendation was established, it would have

created an informal rule conflicting with the EU’s Constitution (*consuetudo contra Constitutionem*).

Nevertheless, not only this conclusion is too extreme, given the ambiguous wording of Article 17.7 TEU (Citino and Lupo, 2024) but, from a political standpoint, it also fails to acknowledge the following. It is not advisable to be entirely indifferent to the EP’s position, as the EP will ultimately have to approve the Commission (Delledonne, 2021). The European Council’s unresponsiveness in 2019 was solely justified as the EP was not converging on a single frontrunner (Dawson, 2019).

Following that, I am convinced that, regardless of the fact that the SK practice may one day evolve in a convention of the Constitution, the European Council shall at least consider the designation of the candidate from the winning party, if only for political fairness. It would not be constitutionally “fair” for the Council to leave the EP proposal completely unheard (a thesis that echoes Santi Romano’s notion of “constitutional fairness”, which in some cases can even bear legal consequences). This is all the more true given that Article 17.7 TEU requires taking into account the outcome of the European elections. On the other side, it would be equally inappropriate if the Parliament repeatedly vetoed a designated President by the European Council to stage a mad tug-of-war.

Towards a third round: the evolving constitutional nature of the SK practice

The *Spitzenkandidaten* practice is now entering its third round and, as observed, has potential room to evolve. Can we expect a consolidation of the rule into a convention of the Constitution in the near future? The answer changes based on the theoretical underpinnings surrounding the concept of binding conventions, as there is no consensus on whether a single precedent could suffice to establish such a rule. While some scholars posit that a convention of the constitution can emerge even from a single instance, others argue that it requires a long-standing practice over time. Furthermore, national systems vary as to the criteria used for identifying conventions.

According to Kotanidis (2023, 47), the future of the lead candidate process may unfold in two possible directions. Either it is further strengthened in its practical, informal dimension, towards a full-fledged convention of the constitution, supported by a shared constitutional rationale, or it conflates into an interinstitutional

nal agreement aimed at enhancing cooperation. However, this latter option, while maintaining the informal nature of the rule, raises doubts about its feasibility, as Article 295 TFEU excludes the European Council from the dynamics of such agreements. It goes without saying that it is still possible that the practice will be ignored again.

From a political standpoint, bids for the 2024 electoral cycle are now being placed in a context not so different from the previous cycle. While it may be premature to draw definitive conclusions, recent developments warrant attention. Notably, Ursula von der Leyen seeks to bolster her popular legitimacy by [running for a second mandate](#), this time as a full-fledged *Spitzenkandidatin* for the EPP. This move appears to be an implicit attempt to repair her image following the narrow majority she secured in the [2019 vote](#). On the opposite end of the spectrum, the socialists have elected Nicolas Schmit, a figure of prestige that would not portend a radical shift from the current Commission, but rather continuity, serving as the European Commissioner for Jobs and Social Rights.

The EPP's anticipated victory – a “catch-all” party according to polls (see POLITICO's [Poll of Polls](#) on the 2024 European elections) – may facilitate the endorsement of their *Spitzenkandidatin* and the re-emergence of the practice. However, formidable opposition remains in the form of French President Emmanuel Macron, a vocal critic of the SK process.

Macron contends that the Commission's leader should not be a direct emanation of the European Parliament. Instead, he or she would only require the endorsement of the Assembly, as the choice only pertains to the European Council. He also voices concerns regarding the politicization of the Commission and the temporary failure to establish transnational electoral lists, the absence of which, he argues, distorts the representative nature of the *Spitzenkandidaten* mechanism (Wolf, 2023).

Despite Macron's straightforward opposition, the liberal area designated three *Spitzenkandidaten*, one for ALDE (Marie-Agnes Strack-Zimmermann), one for the European Democratic Party (Sandro Gozi), and one for Renaissance (Valérie Hayer) all campaigning around the common platform “Renew Europe Now”. Furthermore, other EU parties are also in the process of selecting their lead candidates: the European left elected Walter Baier [in a closed-doors assembly in Slovenia](#), while the far-right Identity and Democracy Group (ID) selected Anders Vi-stisen as their representative, from the Danish People's

Party. Additionally, delegates from all European Green parties recently elected at their congress in Lyon [Terry Reintke and Bas Eickhout](#) to spearhead the Green campaign for the EU elections. This further suggests that as far as the SK practice can be criticized (and resisted), the selection of a lead candidate is still evidently significant in reality to confer visibility to the electoral campaign.

Conclusion: bids are placed, who will win?

Despite the European Parliament's commitment to champion the *Spitzenkandidaten* process (as evidenced once more by the EP's legislative Resolution of [3 May 2022](#)), the nature of this practice is not a customary rule or a convention of the Constitution, as it does not give rise to any legal obligation. It is, by the time being, an erratic informal rule unilaterally acknowledged by soft law instruments (besides the many EP Resolutions, see also the 2018 [Code of Conduct for the Members of the European Commission](#) and, in particular, Recital 3 and Article 10).

Not surprisingly, the advocacy for a compelling *Spitzenkandidaten* selection relies on a claim that is divergent from legal reality. Interpreting a norm should consider both sides, what the norm states, and what it does not. While the Treaty explicitly grants the European Council the prerogative to appoint the Commission President, it does not empower the Parliament with prior authority to nominate them. Furthermore, no *opinio juris* has crystallized until now regarding the constitutional need to adhere to the EP's majoritarian SK, as this would necessitate at least providing reasons for rejection. Kotadinis (2023) categorizes it as a “political process”, while scholars accurately refer to it as an attempted or *in fieri* convention of the constitution (Lupo, 2020).

To sum up, the significance of the 2014 precedent should not be understated by the comparison with the 2019 outcome. Incentives for the democratization of European elections are more than necessary, but the SK procedure must be understood differently than propagating the (mischievous) notion of a “European President elected by European citizens”. Once the bids are placed, there is a precondition for success. Notwithstanding who will win the *Spitzenkandidaten* game, the inherent challenges in reforming entrenched institutional frameworks are on the table, reminding us that true change often requires more than just political will.

Viktor Winkler

Die Verfassung der Sanktionspolitik

doi: 10.59704/ccd466122fc5b217



Nicht jede/r in der kleinen, aber gut ausgelasteten Welt der Sanktionsrechtler versteht so richtig warum, aber es hat sich gezeigt, dass es „Mariupol“ war, an dem sich jüngst in den Medien in Deutschland die Frage [entzündet hat](#), ob die Sanktionspolitik der EU gegenüber Russland richtig und gut ist. Das Magazin MONITOR berichtet in einem Beitrag von heute, wie diverse deutsche Firmen legale, also nicht-sanktionierte Korridore in den Russland-Sanktionen nutzen, um so Regionen wie Mariupol (unter übrigens enormen sanktionsrechtlichen und völkerrechtlichen Risiken) mit wichtigen Baustoffen zu beliefern oder beliefern zu lassen. In den sozialen Medien und unter Politikern ist sehr schnell, nämlich noch vor der eigentlichen Ausstrahlung der MONITOR-Sendung am heutigen Donnerstag, breite Empörung darüber entstanden, dass hier offenbar eines der wichtigsten Kriegsziele Russlands im wahrsten Sinne des Wortes mit deutscher Hilfe zementiert wird.

Die massive Empörung über die Geschäfte ist nachvollziehbar, die allgemeine Verwunderung darüber, dass hier offenbar eine Sanktionslücke klafft, ist allerdings deshalb ein wenig überraschend, weil die EU seit immerhin schon über zwei Jahren eine Sanktionspolitik praktiziert, die ich andernorts mehrfach als „Flickenteppich“ bezeichnet habe. Der Boomer-Begriff, für den ich mich bei den Millennial-Leser/innen des Verfassungsblog entschuldigen möchte, bezieht sich auf den *cringe-worthy*, weil atemberaubend fragmentierten Zustand der Russland-Sanktionen der EU.

„Never get high on your own supply“

Es geht hier also gerade nicht um die leidige Frage der „Effektivität“ der Sanktionen. Unter dieser Frage leiden wir, die täglich im Sanktionsbereich arbeiten, deshalb, weil sie schon falsch gestellt ist, meist tendenziös ist und von einem fehlenden Verständnis von der Natur und vom Zweck der Sanktionen zeugt. Es geht hier vielmehr um die viel spannendere Frage, *ob es Maßstäbe geben darf, geben sollte oder geben muss (ja, alle drei), die den Erlass von*

Sanktionen, also: die Sanktionspolitik, rechtlich zwingend leiten oder sogar bestimmen.

Die Diskussion hierüber wurde bisher ausgerechnet durch die Befürchtung einer Schwächung der Sanktionen und ihrer Ziele gebremst. Hier gilt die alte Regel von Biggie: „Never get high on your own supply“. Denn es sollte mittlerweile gerade denen, die die Ziele der Russland-Sanktionen mit Nachdruck weiterhin erreicht sehen wollen, klar sein, dass dort, wo gar keine Sanktionen bestehen, auch ihre Durchsetzung nicht erreichbar ist.

Oligarch ohne Sanktionen

Die Frage, die jetzt alle mit Blick auf den deutschen Zement in Mariupol stellen, ist: Warum ist das noch erlaubt? Die Antwort lautet: Die Frage ist falsch gestellt. Richtiger ist die Frage: Gibt es dafür, wer und was sanktioniert wird, Maßstäbe und einen festen Plan in der europäischen Sanktionspolitik gegen Russland? Die Antwort darauf lautet: Beides ist nicht erkennbar: Holz wurde ganz früh sanktioniert (Frühjahr 2022), Diamanten als extrem wichtige Einnahmequelle Russlands erst jetzt, Import von Stahl ist verboten, Export nicht, von dem bekannten Chaos bei Öl – und dem direkten Vergleich zwischen Gas (nein), Öl (ja und nein) und LNG (oh ja) – ganz zu schweigen. Die Beispiele ließen sich endlos verlängern. Auch für die „Oligarchen“. Dort wird es ganz finster. Denn wer wann und wer warum nicht und warum später sanktioniert wird, das kann niemand erklären, von Abramowitsch, der sehr lange nicht und dann nur in Teilen des Westens sanktioniert war, bis zu Potanin, der passenderweise beide Titel auf sich vereint: „Systemrelevanter Oligarch“ ([MM](#)) und „Oligarch ohne Sanktionen“ ([FAZ](#)).

Dabei könnte es so einfach sein. Sanktionsmaßnahmen gehören bei verfassungsrechtlicher Betrachtung zu den grundrechtsintensivsten Maßnahmen, die westliche Demokratien zur Verfügung haben, übertroffen in der Tiefe des Eingriffs nur noch vom finalen Rettungsschuss und grundrechtsintensiver sogar als der Strafvollzug. Grund: Das vollständige Fehlen der prozessualen

Safeguards des Verfassungsstaates, vom rechtlichen Gehör bis hin zum Recht auf Rechtsbeistand. Das macht sie weder unanständig noch unrechtmäßig. Aber es macht, dass Sanktionen eine Stellung und Bedeutung im modernen Verfassungsstaat zukommen, die das Pathos von der „Verfassung der Sanktionspolitik“ rechtfertigen mag, was ich in Anlehnung an meinen (unfreiwilligen) Lehrer Günter Frankenberg¹ für den Titel gewählt habe. Jedenfalls sollte Sanktionspolitik als eminent invasives Instrument der Gefahrenabwehr nicht ohne rechtstaatlich konturierte Struktur und verfassungsrechtlich verbindliche Grenzen auskommen dürfen.

Wir brauchen Sanktionspläne

Minimalanforderung hieraus ist, dass der Sanktionsgeber einen *Sanktionsplan* aufstellen sollte. Was das bedeutet? Es bedeutet drei einfache Schritte:

Erstens: Sanktionen sind vorübergehende Maßnahmen zur Abwehr, Einhegung oder (wo möglich) Heilung eines massiven Völkerrechtsverstosses. Das Völkerrecht entfaltet ein Kontinuum der Schwere. Am äußersten Rand müssen Genozid, „ethnische Säuberungen“ und vergleichbare Menschheitsverbrechen liegen. In einem ersten Schritt bestimmt daher der Sanktionsgeber, wo auf diesem Spektrum der jeweilige Verstoß liegt. Das ist, neben Anderem, ein Gebot der Verhältnismäßigkeit.

Zweitens: In einem zweiten Schritt analysiert der Sanktionsgeber, welche Maßnahmen geeignet sind, den Völkerrechtsverstoß zu heilen oder mindestens einzuhegen. Hierzu bedient sich der Sanktionsgeber fachlicher Expertise, idealiter einer Expertenkommission aus Ökonomie- und Landes-Expert/innen, die sagen kön-

nen, was zum Beispiel für eine bestimmte unmittelbare wie mittelbare Kriegswirtschaft besonders einträglich ist. Hierzu legt die Kommission eine Liste mit *allen* Güterbewegungen, Personen und Organisationen vor, die sanktioniert werden müssen, um das Ziel der Sanktionen zu erreichen.

Drittens: Wer dann wie stark sanktioniert wird, entscheidet in einem weiteren Schritt der Sanktionsgeber entsprechend des völkerrechtlichen Spektrums, in dem er/sie den Völkerrechtsverstoß sieht. Jetzt erfolgt der entscheidende Punkt: Der Sanktionsgeber legt vorab (!) fest, wer und was wie sanktioniert wird. Das mag graduell, es mag in Wellen, mag stoßweise erfolgen, aber es gibt einen Plan, wie und auf welcher Grundlage es geschehen muss.

Gerade die linksliberale Öffentlichkeit in diesem Land verkennt die Bedeutung eines solchen Sanktionsplans. Er liegt nämlich nicht zuletzt in einer diskursiven Öffnung der Sanktionspolitik. Aktuell ist sie – so sehr dies auch politisch alternativlos gewesen sein mag im Februar 2022 – das sehr volatil verwendete supranationale Instrument in der Hand einer von Ursula von der Leyen mal progressiv, mal konservativ geprägten Politik – aber ein gesellschaftlicher Diskurs darüber, wen und was und wann und wen nicht und warum eigentlich nicht wir als Gesellschaft sanktionieren wollen, findet praktisch nicht statt. Dabei kenne ich wenige gesamtgesellschaftliche Fragen, die so unmittelbar mit Menschenleben verknüpft sind wie diese. Ein munteres Drauflos-Sanktionieren ist auch insoweit unpassend und falsch. Für mich als „alten“ Linken liegt das auf der Hand. Und wer sich innerhalb der Linken nicht mit meinem verfassungsrechtlichen Vibrato anfreunden mag, sollte auf das bisherige Sanktions-Chaos wenigstens mit Groucho Marx blicken: „Whatever it is, I’m against it“.

¹G. Frankenberg, Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Frankfurt/Main 1998 (zuerst Baden-Baden 1996).

Marlene Wind

The Enemy Within

doi: 10.59704/a68b2abcf6e0f129



Most in the West today agree that we were abysmally naïve in reading Putin when he annexed Crimea in 2014. Only when he entered a full-scale war in Ukraine in 2022 did a soul-searching and *Zeitenwende* set in in most Western capitals. However, naivety persists when it comes to understanding the scope of the hybrid war that Russia is currently waging against our societies, which includes the role played by the Hungarian Prime Minister Viktor Orbán. European diplomats, politicians and commentators continue to underestimate the security risk that Orbán poses as Putin's willing puppet. By merely focusing on formal voting and decision-making procedures when it comes to getting all Member States on board to sanction Russia and help Ukraine, they overlook how the Hungarian leader is causing serious long-lasting damage through his drama, blackmail, posing and cozying up with (other) autocratic leaders. Some Central and Eastern European countries have understood that by taking over the rotating Council Presidency of the European Union on July 1st Orbán can take his disinformation campaign even further. By contrast, Western diplomats and politicians are right now sleepwalking into what will likely be a disastrous Hungarian EU Presidency, not only for the Union itself but also for Ukraine.

An Autocratic Trio

“Ukraine will not get a penny if I am re-elected”. This was the message from Donald Trump passed on by Viktor Orbán to a stunned public on March 10th after visiting the presidential candidate in his Florida home, Mar-a-Lago. The visit was surreal in itself: a European leader who has himself (reluctantly) voted for sanctions against Russia on several occasions, but who also uses every opportunity to function as Putin's mouthpiece visited Trump, not Biden.

On the same occasion, Trump described Orbán as follows: “No one is better, smarter or a better leader than Viktor Orbán. He's great, he's an uncontroversial figure because he says ‘This is the way it's going to be’ and that's

the way it is. Right? [...] he is a great leader. In Europe and around the world, people respect him.”

Even though it wasn't long ago Trump named Orbán ‘the President of Turkey’, no one doubts Orbán's popularity among Trump's supporters. This was further enhanced when former Fox News host Tucker Carlson broadcasted live from Budapest and praised the Orbán autocracy – just months before he also interviewed Putin in the Kremlin.

The Hungarian leader's vivid pro-Russian social media postings are not random provocations. They are deliberate, intentional, and part of his campaign against his own allies. By choosing to be photographed with the American presidential candidate in Mar-a-Lago or with Lavrov and Putin himself, Orbán and his top ministers contribute to sowing doubt about whether the European Union really can be counted on by the Ukrainians and whether we are willing to fight for our liberal values.

Orbán's self-adopted role as a toxic messenger boy between Putin and the radicalized part of the Republican Party is not new. Nevertheless, Europe and NATO have so far stood idly by while their colleague Orbán shuttles between the Kremlin, Beijing and the Trump-quarters scoffing at the free world that guarantees both his country's protection and economic progress. They have already forgotten the pictures of the Hungarian foreign minister Szijjarto at a cheerful dinner party with his Russian counterpart Sergey Lavrov in Turkey on the very eve of Russian opposition leader Alexey Navalji's funeral. Yet, as US Ambassador to Hungary, David Pressmann, rightly points out, Orbán's behavior should raise real concerns about whether it is “still safe to share classified intelligence with a man who consorts with enemies of the West and directly accuses the US of starting a war against Russia’.

Nevertheless, EU and NATO diplomats and politicians keep focusing on external enemies only and on the formal rules of the game. When talking about disinformation it is mainly Russia's (or China's) direct campaigns that are in focus, not the damage done by internal adversaries. However, in the current political situation where the line

between truth and fiction, right and wrong, friend and foe is increasingly blurred, Orbán's repeated cozying up with Russia friendly politicians is part and parcel of Putin's hybrid war.

Orbán's Fake Democracy

Since Orbán came to power in Hungary in 2010, the world has primarily focused on how he and his Fidezs party has [destroyed and corrupted the rule of law and democracy](#). Hungary has been categorized as the fastest autocratizing country ever recorded by V-Dem Institute, which measures the state of democracy in the World. In the [most recent report](#) (March 2024), Hungary does not even qualify as an 'electoral democracy', where a few democratic institutions are still intact. Instead, V-dem characterizes Hungary as a so-called 'electoral autocracy', which means that elections are held, but rigged and neither free nor fair.

There is also little media freedom and the courts and the economy are controlled by a network of oligarchs. Civil liberties, especially those of LGBTIA+ groups and women are severely constrained alongside a crackdown on immigrants (or other 'enemies'), designed to create a continuous sense of emergency and danger. The latest addition to Orbán's authoritarian playbook is his 'sovereignty protection law,' which appears to be inspired by a law Putin adopted before the invasion of Ukraine to suppress dissenters. [The Sovereignty Act](#) permits the state to monitor citizens and prevent 'foreign donors' (even from the EU) from financially supporting Orbán's opponents, [all while Russian and Chinese sponsors continue to inject billions of dollars into the pro-government part of the economy](#).

It also created a so-called 'Sovereignty Protection Office.' Arguably the most intrusive intelligence weapon since communism, it can investigate citizens for 'undermining the sovereignty of the state.' A conviction can lead to up to three years in prison. The SPO is also empowered to round up and crack down on opposition parties, journalists and NGOs for 'hostile activities,' with no judicial or other form of oversight. Given that these groups are nowadays entirely dependent on outside donors, the new law and agency will render their continued existence exceedingly precarious.

In February 2024, [the EU filed a lawsuit](#) against Hungary for threatening the privacy of ordinary citizens and suppressing civil society with the new bill. Yet, this hap-

pened at the same time as the Commission released billions of frozen funds to get Orbán to vote for an aid package for Ukraine. It is now again for the European Court of Justice to do the job that EU politicians were far too timid to undertake themselves.

The Disinformation War

That Hungary represents Russian interests and propagates Russian narratives within the EU is already [well documented](#). Orbán is traveling with the same Russian story that we recently heard from the [Pope](#), and which is also widespread in large parts of the German political left: If Ukraine just agreed to Russia's territorial demands, peace would come quickly – and the pre-war European order could be restored in a flash. To his own population, Orbán therefore constantly portrays himself as the 'peacemaker,' all while blaming the EU for Hungary's problems. For example, [Hungary's inflation which at 17% is the highest in the EU is not caused by the Russian invasion but by Brussels' decision to sanction Russia](#).

What is more, while punishing NGOs, journalists and opposition parties for 'outside influence,' Orbán's government is itself actively trying to influence public opinion in other Member States. [Recent reporting proved that his government was behind YouTube videos warning against immigrants ahead of recent parliamentary elections in Slovakia and Poland and local elections in Germany and Italy](#). It allegedly also contributed to Fico's electoral victory in Slovakia.

Given that Hungarian media spews out pro-Russian propaganda, it is unsurprising that Hungary is the country in Europe where the [largest share of the population believes that Ukraine itself \(together with the West\) is to blame for Russia's invasion](#). Moreover, while other EU countries have cut Russian diplomats out of fear of espionage, Orbán has allowed a sharp increase in the number of Russian diplomats in Budapest from 46 to 56 in the last two years and [warmly welcomed the Russian investment bank IIB](#), while all other EU countries have dropped any dealings with the bank, characterizing it as a pure spy nest. Finally, while the rest of Europe reduced its gas-dependency of Russia from 45 to 15%, the Hungarian dependence on Russian gas has only increased over the past years.

Western Diplomats Fight the Old Wars - Not the New

Nonetheless, Western politicians and diplomats maintain that as long as Orbán keeps voting for sanctions, aid packages and EU enlargement, one can safely ignore his disinformation campaigns and courting of Putin and Trump. This shows a complete misunderstanding of the new type of war we are fighting. Take, for example, [this statement](#) from an anonymous French diplomat:

“Of course, it’s not a good signal that Orbán is sending by exchanging handshakes with Putin, but if we take a step back and look at what the EU and Hungary have decided together in relation to the war in Ukraine, then [the decisions] were ultimately made jointly.”

US Ambassador David Pressmann, by contrast, was more austere: “Hungary joined NATO not only because of its heroic history but because it shares our values.” But do they still share these values? In an age of disinformation, a country should not only be judged by its physical actions but also by its discursive deeds. Indeed, for this reason [several Central and Eastern European countries](#) have begun to question whether we in the EU and NATO should continue to share sensitive information with Hungary. [According to an anonymous Eastern European diplomatic source](#):

“If I were Ukraine, I would not feel comfortable sharing security information and military plans as long as he [Orban] is present in the room”. No one knows whether the intelligence on the war shared among the heads of state goes directly to the Kremlin via Orbán.”

Estonian Prime Minister Kaja Kallas equally called Orbán’s meeting with Putin in China a few months ago “very, very unpleasant” and Lithuanian Foreign Minister Gabrielius Landsbergis – known as a hawk when it comes to Russia also suggested [that the Union should start asking how we deal with enemies from within](#).

Anton Hofreiter, chairman of the German Green Party’s European Affairs Committee took it even further [when the EU considered releasing 50 trillion euros to](#)

[Hungary in December to secure the country’s support for the next economic aid package for Ukraine](#). How could the Union even consider rewarding a member state which fights his own? This is so especially when taking Hungary’s voting rights using art. 7 – finally – might have been a workable alternative now that Poland is back in the democratic fold.

Taking Over the EU Presidency

The EU leaders’ continued inaction illustrates an emerging divide between what one could call ‘new’ and ‘old’ Europe. The newer member states know that Russia’s hybrid warfare is very different from Europe’s old conventional wars, having been under Russia’s spell more recently. As such, even Poland’s return as a trusted democratic player may do little to alleviate the havoc Orbán can wreak.

On July 1, Hungary will take over the rotating EU presidency and few doubt that Orbán will do everything to exploit it. Over a year ago, the Dutch Meijer Committee, a group of renowned jurists, issued a [report](#) warning against giving Orbán the usual powers of an EU presidency. The European Parliament also sounded the alarm. Yet the European parliamentary elections seem to have stopped all courage and attempts to prevent a catastrophe. The analysis among the Heads of state and government seems to be that any action will backfire.

Yet the danger is clear. As president of the Council, Orbán will not only be able to use the legitimacy that comes with this role, but he will also have unique access to even more crucial Ukraine-related security information than today. And four months into his term, his best buddy, Trump, could regain the White House.

What we should ask ourselves is thus what will happen to Ukraine if a new autocratic trio of Trump, Orbán and Putin will ‘run the show’ after November?

So far however, old Europe is still so fast asleep that this question isn’t even being posed.

This column is written in Professor Wind’s own capacity and first appeared in a more extensive version in Danish in the magazine Ræson.

Lorenzo Gradoni, Pietro Ortolani

Moderation Made in Europe

A Look into the Future of Social Media Content Moderation Litigation

doi: 10.59704/e2e54bd5b465b8cf



The EU's [Digital Services Act](#) (DSA) has been fully applicable for a little more than a month now. The conditions are thus in place for the emergence of the out-of-court dispute settlement (ODS) ecosystem envisaged in Article 21 DSA, arguably the DSA's most original contribution to securing digital platform users' rights. In this post, we try to envision the shape such an ecosystem might take over the next few years in the key area of social media content moderation (SMCM).

We argue that the peculiarities of SMCM litigation, the way the DSA frames it, the interests of social media platforms and their considerable power – which includes the right *not* to enforce the rulings made by the ODS bodies established in accordance with the DSA – could lead to the emergence of an adjudication system dominated by a few ODS providers backed by public-private partnerships and ready to work in concert with the complaint-handling mechanisms set up by the platforms themselves. Our analysis singles out the most sophisticated of such mechanisms, that of Meta, the largest social media provider in Europe.

Filling the remedial gap

What triggers SMCM litigation is, typically, a platform's decision to take down or leave up a post or comment. The algorithms that run the platforms make [millions of such decisions every day](#), many of which turn out to be controversial. In response, social media companies have set up complaint-handling mechanism dispensing justice in the form of quick rulings, machine-made or issued by overworked human moderators.

While SMCM litigation's sheer volume and generally low stakes makes it scarcely amenable to court rituals, it nonetheless calls for remedies suited to the sensitivity of its subject matter, often involving the alleged breach of human and constitutional rights. Out of this realisation came Mr Zuckerberg's decision to [enable the creation of the Oversight Board](#), an entity with last-instance jurisdiction over cases introduced by users of Facebook, In-

stagram and Threads, and whose rulings bind Meta. The Board checks Meta's conduct against [internationally recognised human rights](#) and adjudicates in the style of a human rights court. However, it can only afford to deal with a handful of cases it deems critical: in the [second semester of 2023](#), of the 158,786 complaints it received, the Board selected 15, which makes less than one in 10,000. The remedies offered by the platforms are therefore either perfunctory or inaccessible to most users. It is to close this remedial gap that the EU lawmakers sought to foster the emergence of an ODS ecosystem independent of platforms and standing as a cost-effective alternative to ordinary judicial remedies.

Under the DSA, all social media users in the EU have [the right to challenge a platform's decision through ODS procedures](#) working within comfortable timeframes and yielding reasoned rulings "free of charge or at a nominal fee" (all quotations in this post are from Article 21 DSA). How does the DSA ensure that such a service is provided virtually for free?

Platforms pay but may decline to comply

Member States may establish and operate ODS bodies or support their activities, but they have no obligation to do so. The DSA just requires them to designate a [Digital Services Coordinator](#) (DSC) responsible for EU-wide accreditation of ODS bodies based on common criteria, including the possession of adequate legal and technical expertise and guarantees of independence and impartiality. Against this background, the DSA makes (virtually) free access to ODS possible by shifting procedural costs to the platforms, regardless of the outcome of the case. If the platform wins, it still pays, unless the ODS body finds that the plaintiff "manifestly acted in bad faith" – an almost prohibitive threshold. If the plaintiff wins, the platform in addition will have to reimburse the nominal fee charged by the ODS body, if any, and "any other reasonable expenses" the plaintiff incurred "in relation to the dispute settlement" (presumably lawyer's fees com-

mensurate with the complexity of the case and not exceeding local standard tariffs). To ensure that ODS bodies do not abuse the system – possibly in cahoots with bad-faith claimants – the DSA caps the fees charged to the platform at “costs incurred” and requires disclosure thereof prior to the start of the proceedings.

Non-compliance is the only weapon platforms have against an ODS body that they find too expensive, or that adjudicates disputes in a manner they dislike. This option is, to a certain extent, within a platform’s rights: as the DSA emphatically states, “[t]he certified out-of-court dispute settlement body shall not have the power to impose a binding settlement of the dispute on the parties”. However, platforms are not at liberty to systematically ignore ODS procedures and outcomes: the DSA requires them to engage in good faith with whatever accredited ODS body a user picks from an online register maintained by the European Commission.

It can be expected that platforms will use their right of non-performance strategically. Repeated non-compliance with rulings made by a specific ODS body may put the latter in serious trouble, as users will not go to an operator whose decisions a platform tends to disregard. However, generalised non-compliance would be at variance with the obligation of good-faith engagement spelt out in the DSA, potentially triggering the platform’s liability under Article 54 DSA. All in all, it should be in the platforms’ best interest to contribute to the smooth and cost-effective functioning of an ODS system whose operating costs they have to pay anyway. In this respect, the wisest course of action for platforms may turn out to be automatic compliance with rulings made by certain ODS bodies, identified by the platforms themselves as trustworthy.

Dual accreditation and conditional automatic compliance

Platforms pour a huge amount of money into in-house content moderation. Incidentally, the cost of an external watchdog like the Oversight Board – entirely borne by Meta – is comparable to that of the International Court of Justice. The ODS system envisaged by the DSA adds to such costs those of screening ODS bodies’ decisions to sort out those to be complied with from those to be turned down. This process will be all the more cumbersome and expensive the less standardised the ODS bodies’ out-

put will be in terms of which law(s) they apply, their style of interpretation and modes of reasoning, and the format of their rulings. Interestingly, the former director of the Oversight Board administration expressed a similar concern.

To drastically lower such costs, platforms may establish their own accreditation schemes, parallel to the one governed by the DSA. The lynchpin of such systems would be automatic enforcement of rulings made by ODS bodies holding dual accreditation, i.e. being both certified under Article 21 DSA, and regarded as *a priori* trustworthy by the relevant platform. The remaining rulings would still have to go through a screening process, as their automatic rejection would be inconsistent with Article 21’s good-faith engagement rule. Platforms, in other words, would grant accreditation to ODS bodies that commit to high standards of decision-making quality and cost-efficiency. For instance, for disputes concerning Facebook or Instagram Community Standards, Meta could require the embedding of the Oversight Board’s case law – which in turn incorporates internationally-recognised human rights – into the decision-making standards of ODS bodies seeking accreditation. It could even entrust the Board with the task of screening accreditation applications. Meta would then contractually agree to automatically implement the rulings of the accredited ODS bodies. In exceptionally serious cases, Meta, or the Board itself by way of self-referral, could suspend enforcement and refer the case to the Board, whose ruling would prevail over those rendered by the ODS body.

The upshot of such arrangements would be the formation of an integrated adjudication system based on the DSA and a network of international contracts connecting platforms and EU-based ODS bodies. This conglomeration of public and private law would achieve something – the mandatory nature of ODS rulings – which eluded the EU lawmakers. Such a system would likely become more complex over time. Initially, the size of the caseload that accredited ODS bodies will likely have to handle would make it unwise to enable them to request preliminary rulings from the Oversight Board (along the lines of the CJEU’s preliminary reference procedure). However, conditions conducive to such developments may arise if the ODS ecosystem achieves a high degree of concentration and organisation.

Moderation made in Europe

The SMCM litigation market that the DSA conjures up will likely attract, at first, a host of firms with online dispute resolution expertise. This fragmentation would not facilitate cooperation with platforms, on which, however, the system's effectiveness ultimately depends. The recourse by platforms to accreditation systems of their own, coupled with conditional automatic compliance, would contribute to streamline the market, as users will gravitate towards ODS bodies that can promise that their rulings will be complied with, sidelining the rest.

Since platforms would likely adopt a wait-and-see strategy as they watch an EU-wide ODS system take shape, it will be up to European civil society to make the first move. An interesting opening would consist in the foundation of a European Centre for the Settlement of Disputes on Social Media Content Moderation. One could also think of a plurality of Centres whose respective jurisdictions would mirror intra-EU linguistic faultlines. We call "the Centre" an imagined institutional complex that could be either plural, unified or networked. For instance, the Centre could take the legal form of a non-profit spin-off of a publicly funded university or research centre, i.e. a setting bringing together various kinds of expertise – legal, sociological, linguistic, IT and most crucially AI – and cultivating an interdisciplinary culture open to experimentation.

To keep up with the platforms' ultrafast decision-making processes, the Centre would need to be able to manage a very large number of cases with the help of specially developed AI-powered language models capable of co-producing, in dialogue with human operators, rulings comparable in quality to a human rights court's – and this, well inside the timeframes set by the DSA. This would also make the Centre a major testing ground for human-machine interaction in the field of quasi-judicial decision-making, its justification and communi-

cation. The substantial public investment required to set up the Centre would be compensated by a steady flow of payments from platforms as they begin to be summoned before it, and by the economic and political benefits that the presence of such a decision-making institution in Europe would bring.

Ideally, the Centre would do on a large scale something that the Oversight Board can only perform in a tiny number of cases, i.e. handling SMCM litigation with the care it deserves, given the weighty questions of principle it often raises. The Centre would therefore make an ideal candidate for accreditation by the platforms. Such accreditation, one might think, would amount to a kind of vassalage bond, especially if – a suggested above – it should entail that primacy is attached to the rulings of a body such as the Oversight Board. We think otherwise.

To begin with, it would be a mistake to assume that the Board operates under Meta's thumb. Guarantees of its independence are robust: Meta's substantial [funding](#) is irrevocable and currently covers more than a decade of operation. The Board's [members](#) are selected (and will start self-selecting) from among people who are unlikely to turn into corporate puppets. [Practice](#) confirms that. In the second half of 2023, the Board overturned 82% of Meta's decisions it reviewed. Over the same period, Meta admitted error in 53 of the 75 cases that the Board short-listed and notified to it. A similar pattern of prompt recognition of claimants' rights may arise as soon as Meta begins to receive notices of appeal from the Centre. It can also be expected that the Centre's large case-law will impact the Board's at least as much as the Board's will contribute to shape the Centre's. The shared language of human rights will enable a two-way avenue of communication and mutual influence. In this way, [Europe could speak with a still more authoritative voice in the global conversation on standards applicable to social media content moderation](#).

Franziska Katharina Mauritz

To Define Is Just to Define

Illegal Content According to Article 3 lit. h DSA and the Conflict of Laws

doi: 10.59704/1ffcf36c48d77dda



Intermediary services allow users to share content worldwide on the internet. This promotes global communication but it also enables users to distribute illegal content. The laws of the EU Member States vary greatly when it comes to what content they consider to be illegal, especially with regard to sociopolitical issues such as hate speech. Thus, it is important which national law applies in cross-border cases concerning online content. Ultimately, this question is closely linked to the broader reshuffling of power in the digital sphere: will it be actual ‘law’ that platforms enforce online or norms made by platforms themselves? So far, the law of 27 Member States plus the EU itself remains utterly chaotic compared to the more uniform Terms of Service (ToS) of the internet giants.

The new EU [Digital Services Act](#) (DSA) aims to facilitate and harmonise the moderation of illegal content by the service providers, e.g. Facebook, Instagram, or TikTok, especially with the rules on notice and action mechanisms (see Article 16 DSA). Through these mechanisms, users are able to notify the service providers of illegal content. Article 3 lit. h DSA defines illegal content. We will get to that in a second. For now, it is crucial to note that likely most to all cases concerning online speech in the EU can be construed as being cross-border cases. Servers can be placed anywhere, the sites are run by an LLC in Ireland or another inner-European tax haven, and users scattered all over the continent. But which content is illegal? And, crucially, which Member State decides this? What about, for example, France’s famously strict libel laws or the rigidly conservative stance on abortion in Malta? Does online-communication relating to these issues – especially with cross-cutting norms like libel – become illegal in the whole of the EU?

Therefore, hopes are that Article 3 lit. h DSA clarifies which national law the service providers should apply when moderating content to determine whether it is illegal. However, from my point of view Article 3 lit. h DSA does not solve the conflict of laws.

Definition of illegal content in the DSA

Article 3 lit. h DSA contains a [broad](#) and rather [vague](#) definition of illegal content, only in terms of its compliance (or not) with Union or Member State laws:

“any information that, (...), **is not in compliance with Union law or the law of any Member State** which is in compliance with Union law, irrespective of the precise subject matter or nature of that law”.

The following example illustrates the importance of determining which national Member State law the service provider applies when moderating content:

“User A posts a comment about user B on Facebook. User B notifies Facebook of the comment because she considers it to be defamatory. User A is based in France, user B in Germany. Facebook has its central administration in Ireland. According to Hungarian and Spanish law the comment is indeed illegal but not according to German, French or Irish law.”

Which national law or laws can or should Facebook apply to assess whether the comment is illegal? Can it be sufficient that the comment is illegal according to Hungarian and Spanish law? The answers to these questions depend partly on the nature and character of Article 3 lit. h DSA.

Changes of the definition in the course of the legislative procedure

At first glance it seems absurd to even consider applying Hungarian or Spanish law, as the example has no connection to Hungary or Spain. The background of the discussion is a small change of the definition of illegal content during the DSA Trilogue procedure:

In some language versions of the DSA, the definition of illegal content changed. In the [original draft of the European Commission](#) it was: „any information, which, (...) is not in compliance with Union law or the law of a Member

State, irrespective of the precise subject matter or nature of that law". The most interesting change from this definition to the final definition is the change from "law of a Member State" to "law of **any** Member State".

The Council of the European Union (Council) used "law of any Member State" in its [draft](#). Because the Council didn't explain the draft, we can only speculate about its intentions. Consequently, the Council also opted for the change from "a" to "any" in the Trilogue. The 4C tables of the negotiations on [31st March 2022](#) and [22nd April 2022](#) mention that the Council insists on its text with "any Member State" and "which is in compliance with Union law". The [provisional agreement](#) shows that the Council prevailed with this demand.

There was a similar change in the definition of illegal content (or „contenido ilícito“) in the Spanish version (un Estado miembro“ in „cualquier Estado miembro“) but – interestingly enough – not in the German or French version of the DSA.

The change from "a Member State" to "any Member States" underlines that service providers [have to comply with the law of all Member States](#) and might apply the law of all Member States when they moderate content. However, there are two possible understandings of this: "Any" could refer to the existing conflict-of-law rules. They can theoretically – depending on the users and the constellation in question – lead to the law of any of the 27 Member States being applicable. But the interpretation of "any" could also lead to the conclusion that it is sufficient that a content is illegal according to one, for that matter any of the national laws of Member States, irrespective of the conflict-of-law rules [or the jurisdiction](#).

To apply Hungarian or Spanish law in the example illustrates, however, that it cannot be sufficient that a content is illegal according to one rather random national Member State law irrespective of the conflict-of-law rules.

Conflict-of-laws character of the definition of illegal content

From my point of view, the solution lies [within the conflict-of-law rules](#). The question whether service providers can apply the law of any Member State to illegal content, irrespective of the conflict-of-law rules, comes down to the question of the conflict-of-laws character of the definition in Article 3 lit. h DSA.

Article 2 para. 4 lit. h DSA states that the conflict-of-law rules should remain untouched by the DSA. This in itself is a strong argument against the conflict-of-laws character of the definition. However, it does not rule out the possibility that the European legislator nevertheless created – somewhat invertedly – a conflict-of-law rule.

Features of a conflict-of-law rule in Article 3 lit. h DSA

Article 3 lit. h DSA does not have the features of a classic conflict-of-law rule, neither with view to the legal consequence nor with view to the factual criteria.

In general, most conflict-of-law rules clearly determine that a particular legal system is applicable as their legal consequence. For instance, Article 4 para. 1 [Rome I-Regulation](#) reads: "the law governing (...) shall be determined as follows" and Article 4 para. 1 [Rome II-Regulation](#) states: "the law applicable to (...) shall be the law of the country in which (...)". In contrast, Article 3 lit. h DSA uses the phrase that the information "is not in compliance with (...)” and does therefore not directly refer to the application of a particular legal system.

Furthermore, conflict-of-law rules generally have two factual criteria: The first one is the subject matter. This is the legal relationship or question which the conflict-of-law rule links to a specific law. A simple example is a purchase contract between two parties which are based in different countries. The purchase contract would be the subject matter which is linked to a national law, for instance to determine whether it is valid. Regarding Article 3 lit. h DSA, the subject matter could be the content or information.

The second factual criteria of conflict-of-law rules is the connecting factor. This criterion connects the subject matter to a specific legal system through one or several factual characteristics. In the purchase contract-example it could be the base of the seller. This would link the purchase contract to the law of the Member State in which the seller is based. Coming back to Article 3 lit. h DSA, in this definition we cannot determine a factual characteristic which could serve as a link to a specific legal system. Article 3 lit. h DSA does not contain any further factual criteria regarding the law of a or any Member State.

Article 3 lit. h DSA as cumulative linkage?

Thus, Article 3 lit. h DSA does not have the features of a classic conflict-of-law rule, as the connecting factor is

missing. In exceptional cases only, conflict-of-law rules have more than one connecting factor, leading to multiple linkage. However, the absence of any connecting factor and a missing sufficient justification speaks against considering Article 3 lit. h DSA as a form of so called cumulative linkage. Not only does the legal consequence Article 3 lit. h DSA could have otherwise – the application of the law of all Member States at the same time – seem impractical and absurd, it would also be against the concepts in private international law.

Cumulative linkage appears if a conflict-of-law rule declares two or more legal systems applicable to a specific legal relationship at the same time. In the previous example of the purchase contract, it would be cumulative linkage to make the validity of the contract subject to the law at the base of the seller and the law at the base of the buyer. The example already shows that cumulative linkage can lead to subjective rights being minimised. This also applies in our DSA-example: Cumulative linkage would lead to one of the strictest legal systems (here: Hungarian or Spanish law) being relevant for user A as the person posting the comment – and for that matter making use of his freedom of expression.

A possible reason or justification for cumulative linkage through Article 3 lit. h DSA could be that user A knew that the content will generally be available worldwide and could therefore be linked to any place. One could argue that he therefore took into account that Facebook might apply any of the Member States laws.

However, regarding Article 3 lit. h DSA, a clear connecting factor is missing. If the person affected by the comment (user B) could freely choose the applicable law, this could lead to the application of a legal system without any connection to the legal relationship, as is the case with the aforementioned Hungarian or Spanish law. This can violate the *ordre public*. That the comment is available worldwide is not sufficient to claim a cumulative linkage, which has such far reaching consequences. A linkage without further reference points would indeed lead to the strictest law being relevant and therefore to the most restrictive interpretation of the freedom of expression throughout Europe. The application of the laws of all or the strictest Member States at the same time could have a deterrent effect on expressions of opinion of any kind.

Furthermore, to apply the laws of all Member States

contrasts with the leading principle of the closest link in private international law. If the legal systems of all Member States are relevant, any connection is dispensed with. Moreover, the users could not foresee the applicable law, leading to problems in terms of legal certainty and predictability.

Intended purpose of Article 3 lit. h DSA

If Article 3 lit. h DSA does not have the purpose of a conflict-of-law rule – what is its purpose? From my point of view, it is a definition which should clarify the broad scope of the definition and the DSA in general, the application to different sorts of illegal content and the concept “what is illegal offline should be illegal online” (see reason 12 of the DSA). It does, however, not have any material effect. It is only a definition, to define is just to define.

The answer the Council gave to my request regarding the change of the definition confirms this interpretation. In its answer, the Council itself points out that the applicable law might vary, depending on the particular case and constellation. Thus, it supports the first possible interpretation: The application of the existing conflict-of-law rules can lead to any Member State law.

Conclusion and broader context

The DSA harmonises content moderation but gives no answer to the question of which national law is relevant in determining whether content is illegal or not. Coming back to the questions at the beginning – the DSA Transparency Database Dashboard shows that service providers indeed rather use their own ToS instead of national laws, when moderating content. The difficulties in determining the applicable law might be one reason for this. To apply the existing conflict-of-law rules to illegal content is difficult because of the interplay and tension between the only partly harmonized conflict-of-law rules (for instance regarding personality rights infringements), the territorial scope of judicial orders and the country-of-origin principle stemming from the eCommerce Directive. Service providers might be able to apply their ToS but the Digital Services Coordinators (DSC), the out-of-court dispute settlement bodies and the national courts also have to decide whether content is illegal according to the DSA. In addition, it might be questionable whether the EU will allow service provider to use their ToS so extensively.

Daniel Zimmer, Jan-Frederick Göhsl

Enforcement of the Digital Markets Act

The European Commission Takes Action

doi: 10.59704/b8a9c4f390103f3b



Since March 2024, the undertakings Alphabet/Google, Amazon, Apple, Byte-Dance/TikTok, Meta, and Microsoft must comply with the obligations of the Digital Markets Act (DMA). These companies were already designated with the special status of a gatekeeper by the European Commission in September 2023, as they each reached certain user numbers and turnover thresholds set out in Art. 3 DMA. Since March 6, after a six-month implementation phase, the gatekeepers have had to comply with a whole catalogue of obligations, set out in Art. 5, 6, and 7 DMA.

The European Commission has taken immediate action and already opened investigations against Alphabet/Google, Apple, and Meta for non-compliance with the obligations in the DMA, not even a month after the implementation phase ended. This could happen so quickly mainly because the gatekeepers had to publish so-called compliance reports (Art. 11 DMA). These reports were supposed to enable the public and especially the Commission to quickly and unbureaucratically check the effectiveness of the implementation measures. Furthermore, so-called compliance workshops were held by the Commission in March, in which affected stakeholders, including business users such as app developers and online traders, as well as consumer protection associations could comment on the implementation measures. The insights collected in this regard seem to be already sufficient for the [Commission](#) to initiate investigations due to non-compliance with the behavioural obligations.

A primer on the DMA's objectives

In order to understand the content of the investigation proceedings, we briefly recall the objectives of the DMA. The DMA aims to contribute to the proper functioning of the internal market by laying down harmonised rules ensuring contestable and fair markets in the digital sector (Art. 1(1) DMA). Thereby, the DMA introduces novel theoretical concepts, particularly the notions of contestability and fairness in digital markets, which do not have direct doctrinal predecessors in the existing European le-

gislation.

After the Commission's first proposal of the DMA in late 2020, these concepts were sometimes viewed merely as placeholders for the well-established competition concept in European competition law. The DMA was thus regarded as a special matter of competition law ([Petit](#), JECLAP 2021, 529, 531, 540; [Schweitzer](#), ZEuP 2021, 503, 517). The reason behind this interpretation was twofold: Firstly, the Commission initially had considered establishing a so called "new competition tool" instead of the DMA, which would have been directly enshrined in competition law. Secondly, the DMA includes several obligations, which have their doctrinal basis in specific competition law cases, such as the well-known *Google Shopping* case.

However, it is worth noting that the competition concept is not directly applicable to the DMA because the latter relies on a different legal basis, which is not part of the competition law framework in the European Treaties. The DMA is based on Article 114 TFEU, the internal market clause, rather than on a competition law provision – Article 103 (in conjunction with Article 352) TFEU ([Zimmer/Göhsl](#), ZWeR 2021, 29, 31-35)

The research on the DMA's objectives has evolved significantly since the first proposal in 2020. ([Bellosio/Petit](#), ELR 2023, 391-421). Within a short timeframe, a distinct doctrinal framework has emerged concerning the notions of contestability and fairness, partially diverging from traditional competition law concepts. It is now acknowledged by legal scholars, that the DMA pursues a distinct, yet somewhat related objective compared to European competition law ([Zimmer](#), para 31). Compare for further references [König](#), MüKo/Wettbewerbsrecht, 2023, Einl. DMA, para 18). This is not surprising, considering that the DMA is also influenced by other European legal acts, particularly data protection law and the Platform-to-Business regulation (P2B-Regulation) ([Göhsl](#), pp. 265-269).

The concept of contestability revolves in essence

around the idea of keeping affected markets open (Recital (33) of the DMA). It emphasizes that competitors with innovative business models should be able to challenge the offerings of gatekeepers, thus placing a higher value on dynamic competition. Fairness in the context of the DMA relates to addressing imbalances between the rights and obligations of business users, where gatekeepers gain a disproportionate advantage (Recital (34) of the DMA). In addition, a similar basic protection should also be provided to end users. Thus, the basic understanding of fairness is very broad and makes an individual context-specific interpretation necessary (*Ibanez Colomo*, JECLAP 2021, 561, 568-569; *Petit*, JECLAP 2021, 529, 535. In detail *Göhs*, pp. 303-308).

On a more general level, it can be stated about the objectives of the DMA that the gatekeepers have a particularly increased responsibility for the business users and the end users who are dependent on the gatekeeper's activities. Thus, the DMA aims to strengthen the rights of both groups of users: business users as well as end users (*Zimmer*). This can be achieved either indirectly by protecting users through increased competition or directly by protecting individual user groups without a reference to the competitive process. These various aspects must be kept in mind when analysing the investigation proceedings.

A first look at the non-compliance investigations

A closer look at the Commission's investigation proceedings shows that all proceedings can be traced back to related competition law cases. However, only two proceedings – against Apple and Alphabet/Google – follow the same reasoning as their competition law role models, while the case against Meta reveals that the approaches in competition law and data protection law on the one hand and under the DMA on the other hand can and will deviate significantly.

The Apple and Google cases: Following the paths of competition law

The investigation against **Apple**, among other things, relates to restrictions on the existing possibilities for business users to distribute and advertise their offers to end users also outside of Apple's core platform service (Art. 5(4) DMA – anti-steering rules). The Commission is also investigating possible further violations that could pre-

vent end users of Apple products from switching to other offers (Art. 6(3) DMA).

Concerning **Alphabet/Google**, as well, the Commission is investigating allegations that the undertaking restricts the existing possibilities for business users to distribute and advertise their offers outside of the gatekeeper's core platform service (Art. 5(4) DMA). In addition, the Commission is investigating whether measures by Alphabet, which are supposed to counteract a self-preferencing of its specialised services such as Google Shopping or Google Flights on the Google search engine are sufficient (Art. 6(5) DMA – so-called self-preferencing prohibition). In this regard, Google has already made extensive changes to prevent self-preferencing, so now, for example, the services Google Flights or Google Maps can no longer be accessed directly via the Google search engine. However, the Commission has doubts whether the measures taken by Alphabet are sufficient. Especially in the context of the workshops conducted, affected stakeholders expressed doubts about the effectiveness of the present measures.

These proceedings have their roots in competition law. They are both based on findings in competition cases. It seems that the proceedings against Apple are linked to the *Apple Music streaming* case, which was recently concluded by the **Commission** with the imposition of a billion euro fine. The proceedings against Alphabet go back to the self-preferencing framework, which was established in the *Google Shopping* case and was mostly upheld by the **General Court**. These proceedings show that there is a huge overlap between competition law and the DMA, which allows the transfer of knowledge from existing case law.

The Meta case: (Probably) leaving the paths of competition and data protection law

With respect to **Meta**, the Commission has initiated an investigation on the pay-or-consent model, which puts users in the position of either agreeing to a linking of their personal data obtained on various platforms or – in the absence of consent – paying a fee (Art. 5(2) DMA). In essence, the provision in Art. 5(2) DMA requires a gatekeeper to provide an equivalent less personalised alternative of their services, which does not rely on processing and cross-use of personal data. The provision is intended to ensure that end users have a real choice as to whether they consent to the processing of their personal data. Considering the statement by Commissioner **Breton**,

the Commission seems to believe Art. 5(2) DMA requires companies to provide end users a **free**, less personalised offer of their services. Following this interpretation of Art. 5(2) DMA, Meta's pay-or-consent model would constitute a rather obvious violation.

However, the Commission's interpretation of Art. 5(2) DMA appears questionable in the light of a recent judgment of the CJEU in the German *Facebook* case. In its preliminary ruling, the CJEU had to decide about the relationship between data protection law and competition law. In particular, the CJEU had to deal with the question of the requirements for consent to the processing of personal data under Art. 6 of the GDPR and for the provision of an equivalent alternative of the service not accompanied by data processing operations if the data processing is carried out by an undertaking holding a dominant position. The CJEU (para 150) held that it is in line with data protection and also with competition law that an undertaking with a dominant market position charges, if necessary, a fee for such an equivalent alternative not accompanied by data processing operations. In other words, Meta's pay-or-consent model does not per se violate data protection or competition law. Thus, the Commission's narrow interpretation of Art. 5(2) DMA would lead to a deviation between the DMA and data protection as well as competition law. Considering that Art. 5(2) DMA directly refers to the consent mechanism in the GDPR, it is at least doubtful that the DMA requires more regarding the provision of the equivalent less personalised alternative than data protection law itself. Furthermore, this narrow interpretation interferes more with the gatekeeper's business model than the other provisions of the DMA: Free access to gatekeeper services is otherwise alien to the DMA, which mostly relies on the concept of FRAND (fair, reasonable, and non-discriminatory) if access rights are provided (compare for example Art. 6(11), 6(12) DMA). Therefore, we see no reason, why this should not be the case for Art. 5(2) DMA (as here *Botta/Borges*). From our view, the real question should be, whether the demanded fee for the equivalent less personalised alternative is necessary and reasonable.

Despite these doubts, it remains to be said that this case has the potential to be the first example of a concrete divergence between the DMA and competition law as well as data protection law. It can be assumed that the questions raised here will be discussed intensively for some time to come.

Further thoughts and conclusion

One goal in the adoption of the DMA was to accelerate the enforcement procedures compared to those of competition law (*Podszun*, p. 10) This goal should be achieved primarily through a streamlined procedural law and has indeed (so far) been achieved. Above all, the compliance reports offer real added value. They have made it possible for the Commission to initiate investigations without major preliminary investigations. The procedural approach in the DMA therefore seems to work well and actually accelerate procedural processes. Notwithstanding, the non-compliance investigations that are now following will reveal whether the Commission can maintain a speedy enforcement when it really matters.

It is also noteworthy that the Commission decided to open immediate non-compliance investigations regarding potential violations of Art. 6 DMA instead of opening proceedings under Art. 8(2) DMA that would (only) lead to a specification of the obligations laid out under Art. 6 DMA. The obligations in Art. 6 DMA are by design susceptible to being further specified by the Commission. In the event of potential violations of Art. 6 DMA, the Commission has the choice of whether to open non-compliance or specification proceedings. However, the immediate opening of non-compliance proceedings could prove to be disproportionate in individual cases, where the legal situation is not obvious, as the Commission is bound by the principle of proportionality, which has its roots in the European Treaties (CJEU, *Polhim*, para 59 and CJEU, *Traum*, para 27) and Art. 52 of the European Charter (Compare for an in depth analysis of the problem *Göhsl*, *Behördliche Durchsetzung des Digital Markets Acts und unternehmensinterne Umsetzung – eine Bestandsaufnahme nach den ersten Benennungsentscheidungen*, in: *Becker, Wettbewerb auf digitalen Märkten, Tagungsband, 2024* (forthcoming)). This argument is further accentuated by the fact that any non-compliance decision counts for the presumption of systematic non-compliance in Art. 18(3) DMA.

Somewhat less positive is the outlook on the realisation of the substantive goals of the DMA. The DMA should be largely self-enforcing due to a high degree of detail in the regulation. It could be doubted whether this goal can be achieved if three major investigations have to be opened within a month of the end of the implementation phase; and even more proceedings are in the pipeline.

This could be a sign that the implementation of the “ex-ante” rules in the DMA alone is not sufficient to fundamentally change the behaviour of the gatekeepers. The gatekeepers seem (still) to consciously test the limits of the law. This does not necessarily mean that the regulation by the DMA is faulty because the behaviour of the gatekeepers can also simply stem from the fact that the DMA hits the core of their business activities. Thus, the gatekeepers have an extremely high incentive to fight for every conceivable aspect of their business model instead of voluntarily giving some parts of it up as this would

mean foregoing considerable profit prospects. Therefore, it can be stated that at the substantive level, only a quick conclusion of the non-compliance investigations now initiated would bring real added value. Every concluded non-compliance investigation will help in clarifying the scope of the regulation. Increased clarity might ultimately induce gatekeepers to (final) “ex-ante” compliance. Especially the above-mentioned uncertainties regarding the Meta case reveal that the way to compliance – at least in some cases – might be longer than expected.

Martin Nettesheim

Paternalistische Freiwilligkeit

Grenzen einer datenschutzrechtlichen Regulierung von Pay-or-Consent-Modellen

doi: 10.59704/508d8e653618c236



Gegenwärtig sind verschiedene Institutionen in Europa dabei, eine rechtliche Bewertung von sog. „Pay-or-Consent“-Modellen vorzunehmen. Der Begriff steht für Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft, in denen die Leistung des Unternehmens dadurch finanziert wird, dass die Nutzer mit einer Entscheidungsalternative konfrontiert werden: Entweder bezahlen sie für das Medienangebot oder das Dienstleistungsangebot (z.B. sozialer Netzwerkdienst) einen monetären Preis („pay“); oder die Finanzierung erfolgt durch die Schaltung personalisierter Werbung, die – so der [EuGH in der Entscheidung *Meta/Bundeskartellamt*](#) – eine Einwilligung der Nutzer zur Auswertung ihrer persönlichen Daten voraussetzt („consent“). Der European Data Protection Board (EDPB) erarbeitet gegenwärtig eine Stellungnahme zur Vereinbarkeit von „Pay-or-Consent“-Modellen mit der DSGVO, die Anfang Mai veröffentlicht werden soll. Nachdem das Digitalunternehmen Meta dieses Modell im November 2023 für seinen sozialen Netzwerkdienst Facebook eingeführt hatte, riefen [mehrere staatliche Datenschutzbehörden den EDPB an](#), um die Vereinbarkeit dieses Modells mit der DSGVO zu klären. Das Information Commissioner’s Office im UK sieht die Notwendigkeit, den betroffenen Unternehmen Rechtsicherheit zu vermitteln, und [hat im März 2024 eine öffentliche Konsultation eingeleitet](#). Die EU-Kommission hat ebenfalls im März 2024 bekanntgegeben, [die Entscheidung von Meta unter dem DMA zu untersuchen](#).

Die Klärung erfolgt unter [enormen politischem Druck von Datenschutzaktivisten und NGOs](#), die die Einführung eines „Pay“-Modells aus sozialpolitischen Gründen angreifen („tax on privacy“/“price for privacy“). In einer grotesken Volte soll das Datenschutzrecht als Hebel dienen, Medienunternehmen oder großen Netzbetreibern das Angebot einer Leistung zu untersagen, die datenminimalistischer ist als das überkommene Geschäftsmodell. Die Datenschutzbehörden stehen damit vor der Frage, [ob die Interpretation der DSGVO einen „social justice turn“ vollziehen soll](#) und Anliegen sozialer Gerech-

tigkeit zum Schutzzweck gemacht werden können.

Freiwilligkeit der Einwilligung und gleichwertige Alternativangebote

Den rechtsdogmatischen Kern des Streits bildet das Freiwilligkeitskriterium des Art. 6 Abs. 1 lit. a), Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Eine Einwilligung zur Ausweitung persönlicher Daten zur Schaltung personalisierter Werbung ist danach nur „freiwillig“, wenn das Unternehmen den Nutzern ein „gleichwertiges“ Angebot macht und so eine Wahlfreiheit schafft. Die datenschutzrechtliche Freiwilligkeit der Einwilligung zur Nutzung persönlicher Daten für personalisierte Werbung lässt sich nach der vom EuGH bestätigten Sichtweise dadurch herstellen, dass den Nutzern ein Alternativangebot gemacht wird und so Wahlfreiheit hergestellt wird. Im Lichte der EuGH-Entscheidung *Meta/Bundeskartellamt* müssen dabei drei Punkte als geklärt angesehen werden:

1) Auch ein Unternehmen mit Marktmacht kann sich eines Pay-or-Consent-Modells bedienen; die gelegentlich zu vernehmende Behauptung, dass Marktmacht zur Unfreiwilligkeit aller datenschutzrechtlichen Einwilligungen führe, ist nicht nur unrichtig, sondern auch weltfremd.

2) Ebenfalls ist vom EuGH abschließend geklärt, dass „Pay-or-Consent“-Modelle grundsätzlich die für das Freiwilligkeitskriterium erforderliche Wahlmöglichkeit eröffnen können. Der EuGH spricht ausdrücklich davon, dass „that those users are to be offered, if necessary for an appropriate fee, an equivalent alternative not accompanied by such data processing operations.“ (Rdnr. 150). Nach Art. 19 EUV sind die Entscheidungen des EuGH für die EU-Organe, Einrichtungen und Stellen verbindlich. Es wäre ein einmaliger, so in der Geschichte der EU noch niemals zu beobachtender Vorgang, wenn eine Verwaltungsinstitution der EU sich offen über eine Entscheidung des EuGH hinwegsetzte.

3) Der EuGH hat ebenfalls klar ausgesprochen, dass es für die Erfüllung des Freiwilligkeitskriteriums aus-

reicht, wenn den Nutzern *eine* gleichwertige Alternativoption angeboten wird. Mit der Entscheidung wäre es unvereinbar, wenn verlangt würde, dass Unternehmen insgesamt drei, vier oder noch mehr Angebote machen. Der EU-Gesetzgeber könnte in einem Regulierungsinstrument festlegen, dass an die Seite eines „Pay-or-Consent“-Modells noch ein Modell monetär kostenloser und nicht-personalisierter Werbung gestellt werden muss. Die DSGVO trägt demgegenüber politische Wünsche, den Digitalunternehmen die Bereitstellung einer Vielzahl von Angeboten abzuverlangen und so das Geschäftsmodell durchzuregulieren, nicht. Unter Datenschutzgesichtspunkten ist das „Pay“-Modell mit datenminimierendem Verzicht auf Werbung das Optimum. Es lässt sich nicht sinnvoll begründen, dass das Datenschutzrecht darüber hinaus noch ein Angebot nicht-personalisierter Werbung erzwingen kann.

Vier Thesen

In der gegenwärtigen Diskussion ist damit zu beobachten, wie das datenschutzrechtliche Kriterium der Freiwilligkeit zur Grundlage von Forderungen gemacht wird, digitale Geschäftsmodelle zu regulieren. Dies gilt nicht nur, wie gerade angesprochen, für die Zahl der anzubietenden Optionen, sondern vor allem für die Ausgestaltung der Optionen. Die „datenschutzrechtliche Regulierung“ wird vielfach nicht von der Sorge um den Schutz informationeller Selbstbestimmung und der Durchsetzung getragen, sondern von regulierungspolitischen Interessen und Zielen jenseits des Zwecks des Datenschutzrechts. Damit wird das Datenschutzrecht missbraucht. Die Datenschutzbehörden würden ihre Kompetenzen überschreiten und *ultra vires* handeln, wenn sie die Auslegung der DSGVO unter sozial- oder verbraucherpolitischen Aspekten vornähmen.

Der nachfolgende Beitrag will vier Thesen zur Auslegung des Freiwilligkeitskonzepts der DSGVO formulieren und so Missverständnisse ausräumen, die in der datenschutzrechtlichen Diskussion von interessierter Seite geschürt werden.

Loslösung von der Kostenlos-Mentalität von Internetangeboten

Die rechtliche Bewertung von Pay-oder-Consent-Modellen hängt wesentlich von der sozio-kulturellen Rekonstruktion der Wirklichkeit ab, in der die Modelle angeboten werden. Geht man davon aus, dass unter-

nehmerische Leistungen in einem Markt grundsätzlich gegen Bezahlung angeboten und nur ausnahmsweise anders finanziert werden, bildet das „Pay“-Modell die Regel und ein werbefinanziertes kostenloses Angebot ein exzeptionelles Entgegenkommen. In dieser Rekonstruktion der Marktwirklichkeit im Internet drückt sich die Beobachtung aus, dass die Zeiten, in denen das ökonomische Geschehen im Internet von einer „Kostenlos“-Kultur dominiert war, zu Ende gehen. In weiten Teilen der digitalen Ökonomie haben sich reine Pay-Modelle durchgesetzt haben (Medienangebote wie FT, WSJ, NYT etc.; Streaming-Dienste wie Netflix etc.). Inzwischen ist klar erkennbar, dass die Kostenlos-Kultur gerade im Medienbereich zum Verlust an Angebotsvielfalt, zu Qualitätsverfall und zur Ausbeutung der Bereitsteller von Inhalten geführt hat. Eine Kostenloskultur lässt qualitativ hochwertige Wertschöpfung nicht zu. In der sozialen Marktwirtschaft, die der AEUV verfasst (Art. 119 AEUV), steht es jedem Unternehmen frei, sein Angebot umzustrukturieren, die Zeit der Kostenlosigkeit zu beenden und auf ein grundsätzliches Pay-Modell überzugehen. In der gegenwärtigen Diskussion wird nicht ernsthaft bestritten, dass es einem Unternehmen datenschutzrechtlich frei steht, sein Angebot am Grundsatz des „pay or leave“ auszurichten.

Bietet das Unternehmen dann parallel zu einem Angebot „Leistung gegen Geld“ noch ein werbefinanziertes und monetär kostenloses Angebot an, so erweitert dieses den Handlungsspielraum der Nutzer, die finanziell besser als im Regelfall gestellt werden, selbst wenn sie der Nutzung ihrer persönlichen Daten für die Schaltung personalisierter Werbung zustimmen. Die hohe Zahl der Nutzer, die dieses Angebot wählen, deutet auf eine Präferenzstruktur hin, die vom Datenschutzrecht hinzunehmen ist. Der Irrtum mancher Datenschutzaktivisten liegt darin, das Ende der Kostenloskultur in der Digitalökonomie für einzelne – willkürlich ausgewählte – Sektoren bestreiten zu wollen. Wird die Kostenloskultur zum Regelfall und normativen Ideal erklärt, lässt sich die Einführung eines Pay-Angebots als „privacy fee“ oder „privacy tax“ darstellen. Der DSGVO lässt sich eine derartige sozio-kulturelle Rekonstruktion der Welt digitaler Märkte aber nicht entnehmen. Es wäre überaus merkwürdig, wenn der EDPB sich einer solchen Deutung bedienen würde.

Normatives Konzept von Freiwilligkeit

Hinter Art. 6 I 1 (a), Art. 4 Nr. 11 DSGVO steht ein normatives Konzept von Freiwilligkeit. Freiwilligkeit bedeutet nicht, dass die Präferenzen der Nutzer in größtmöglichem Umfang – oder gar vollständig – erfüllt werden. Wer nach Präferenzen der Nutzer fragt, wird regelmäßig ermitteln, dass sie am liebsten gar nicht bezahlen wollen. Ein ähnliches Bild wird man erhalten, wenn man Kunden im Supermarkt fragen würde, ob sie die Waren bezahlen oder doch lieber kostenlos erhalten wollen. Die Freiwilligkeit der Zustimmung zum Kaufvertrag stellt die Beobachtung dieser Präferenz aber nicht in Frage. Die Befragung wird im Übrigen ergeben, dass die Nutzer auch persönliche Daten in geringstmöglichen Umfang für die Bereitstellung personalisierter Werbung bereitstellen wollen. Datenschutzaktivisten verwischen häufig die Differenz der Freiwilligkeit einer Einwilligung und Präferenzen. Auch das Datenschutzrecht kann an der Tatsache nicht ändern, dass man in der Welt nicht alles haben kann – und schon gar nicht alles zugleich. Es gibt keinen sinnvollen Grund, das Freiwilligkeitskriterium des Datenschutzrechts auf Präferenzen zu beziehen. Maßgeblich sind vielmehr Entscheidungsräume. Ein „Pay-or-Consent“-Modell eröffnet einen Entscheidungsräum, wenn der verlangte Preis nicht so hoch ist, dass er über der finanziellen Leistungsfähigkeit des durchschnittlichen Nutzers liegt. Die Beobachtung, dass die Zahlung eines Preises bei begrenzten finanziellen Mitteln Verzicht woanders bedeutet, stellt nicht die Freiwilligkeit der Entscheidung in Frage, sondern weist auf die Dilemmata des Umgangs mit knappen (Finanz-)Mitteln hin.

Keine Kommerzialisierung des informationellen Selbstbestimmungsrechts der DSGVO

Es wäre eine fatale Fehlentwicklung, wenn die Datenschutzbehörden dazu übergehen würden, das Kriterium der Gleichwertigkeit der Angebote am Maßstab ökonomischer Wertbetrachtungen zu interpretieren. Es wäre in diesem Fall notwendig, den Daten, die im Fall des werbefinanzierten Angebots die die Bereitstellung personalisierter Werbung verwandt werden, einen ökonomischen (Nutz- oder Markt-)Wert zuzuschreiben und diesen mit dem monetären Preis des „Pay“-Angebots zu vergleichen. Die damit verbundene Kommerzialisierung persönlicher Daten würde die Datenschutzbehörden nicht

nur dazu zwingen, ihr Dogma aufzugeben, wonach persönliche Daten datenschutzrechtlich keinen Marktwert haben. Es würden sich auch schier unüberwindbare Bewertungsschwierigkeiten ergeben. Alternativansätze, die stattdessen auf den Werbeumsatz pro Kunde oder die Kostenstruktur des Digitalunternehmens abstellen und hieraus Vergleichsmaßstäbe ableiten wollen, sind datenschutzrechtlich gar vollständig inkohärent, weil sie nichts mit informationeller Selbstbestimmung und Privatheitsschutz zu tun haben. Es ist auffällig, wie NGOs und andere Datenschutzaktivisten plötzlich mit Fragen der Marktfairness oder mit Kriterien eines „angemessenen Gewinns“ argumentieren – und dass alles auf der Grundlage von Art. 4 Nr. 11 DSGVO (!).

Würden sich die Datenschutzbehörden behaupten, dass die „Pay“-Option nur dann eine „gleichwertige“ Alternative darstelle, wenn der Preis „vernünftig“, marktangemessen oder sozial verträglich ist, würden sie sich zu Preiswächtern der Datenökonomie machen. Sie würden die Befugnis in Anspruch nehmen, auf der Grundlage der DSGVO eine Regulierung des Preises digitaler Leistungen vorzunehmen. Die DSGVO würde zu einem Instrument der Preiskontrolle gemacht, und das auf der Grundlage des Konzepts digitaler Autonomie.

Der dadurch bewirkte Schaden wäre groß.

Erstens liefe dies den freiheitlichen Grundprinzipien zuwider, die die Marktverfassung des EU-Rechts kennzeichnen. Die EU verdankt der Orientierung an dieser Marktverfassung ihre größten Erfolge und ihre politische Legitimation. Der ideelle, politische und ökonomische Schaden wäre enorm, wenn sich EU-Behörden der DSGVO bedienen, um Preisregulierung zu betreiben, ohne dass sie über ein vernünftiges Konzept der Effektivität von Märkten verfügen. Die DSGVO ist kein planwirtschaftliches Instrument, mit dem – über Kriterien wie „Vernünftigkeit“ oder „Angemessenheit“ – die Regulierung des im „Pay“-Modell verlangten Preises erfolgen könnte.

Zweitens fehlt dem EDPB nicht nur die Zuständigkeit, sich auf das Feld der Festlegung von Höchstgrenzen des im Pay-Modells verlangten Preises zu begeben. Es ist auch nicht ersichtlich, dass er über das für die Beurteilung von Preiseingriffen erforderliche Sachwissen verfügte.

Drittens würde die Umdeutung der DSGVO zu einem Instrument der Kontrolle von Preisen von Pay-Modellen das Schutzkonzept der DSGVO zerstören, das in der Gewährleistung von informationeller Selbstbestimmung und informationeller Privatheit besteht.

Viertens würde der Schutzansatz der DSGVO entindividualisiert, wenn er nicht mehr die individuelle Autonomie der Empfänger einer Leistung betrachtete, sondern die Äquivalenz des Ertrags, den ein Digitalunternehmen aus der Schaltung personalisierter Werbung erzielt, mit dem Ertrag vergleicht, den es durch die monetäre Bepreisung seiner Leistung erzielt. Aus einem Rechtsinstrument, das Menschen schützt, würde ein Instrument gemacht, das unternehmerische Kennzahlen vergleicht.

Die Umdeutung der DSGVO zu einem Instrument der Preisregulierung würde – auch wenn sie unter dem Vorwand erfolgt, die „Gleichwertigkeit“ der Gegenleistung von Nutzern eines digitalen Angebots sicherzustellen, die Grundrechte der Unternehmen verletzen (Art. 16 GRCh). Bedarf für diesen interventionistischen Paternalismus gibt es nicht.

DSGVO erlaubt keine sektorielle Regulierung

Das Freiwilligkeitskriterium ist ein dogmatisches Zentralkriterium der DSGVO. Die DSGVO verfolgt einen all-

gemeinen Regelungsansatz, der im Grundsatz identische Anforderungen für alle Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) formuliert („one size fits all“-Ansatz). Der EU-Gesetzgeber hat sich im Datenschutzrecht (anders als beim DMA) bewusst gegen sektorielle Regelungsansätze entschieden. Die Anforderungen, denen ein „Pay-or-Consent“-Modell genügen muss, um eine echte Wahlmöglichkeit zu eröffnen, müssen daher auch für alle Wirtschaftssektoren einheitlich formuliert werden. Was für Medienunternehmen gilt, muss auch für Betreiber sozialer Netzwerke gelten, und umgekehrt. Würden Datenschutzbehörden versuchen, sektorspezifische Anforderungen formulieren, würden sie die Grundarchitektur der DSGVO zerstören. Sie würden auch den Gleichbehandlungsanspruch des Art. 20 GRCh verletzen. Ein sektorspezifischer und diskriminierender Ansatz wäre Industriepolitik, Unternehmensregulierung und damit rechtswidrig.

Martin Nettesheim

GDPR Overreach?

The Challenges of Regulating Pay-or-Consent Models through Data Protection Law

doi: 10.59704/de7ffdf30b45f1



I. Dispute over the classification under data protection law

Various institutions in Europe are currently in the process of carrying out a legal assessment of so-called “pay-or-consent” models. The term refers to online business models where the service provider, seeks compensation for its services by offering users a choice: Either they pay a monetary price (“pay”) for the media or service offering (e.g. social network service, blogs, newspapers, etc); or allow brands to pay through the placement of personalised advertising, which – according to the CJEU in the *Meta/Bundeskartellamt* decision¹ – requires the user’s consent to the processing and evaluation of their personal data (“consent”). The European Data Protection Board (EDPB) is currently preparing a statement on the compatibility of “pay-or-consent” models with the GDPR, which is due to be published at the beginning of May. After Meta introduced this model for its social networking services Facebook and Instagram in November 2023, several national data protection authorities called on the EDPB to clarify the compatibility of this model with the GDPR.² The Information Commissioner’s Office in the UK sees the need to provide legal certainty to the companies using such models and launched a public consultation in March 2024.³ The EU Commission also announced in March 2024 that it would investigate Meta’s decision under the DMA.⁴

The clarification comes under enormous political pressure from data protection activists and NGOs who

are attacking the introduction of a “pay” model on socio-political grounds (“tax on privacy”/“price for privacy”).⁵ According to them, data protection law is to be used as a lever to prohibit media companies or online service providers from offering a service that is more data-minimalist than the traditional business model. Data protection authorities are therefore faced with the question of whether the GDPR should address “social justice” concerns.⁶

II. Freedom to consent and equivalent alternative offers

At the core of the legal disputes is the notion of “freedom” to consent under Art. 6 (1) a) and Art. 4 (11) GDPR. According to the now established position of the European Data Protection authorities and confirmed by the CJEU, consent to the processing of personal data for the placement of personalised advertising may only be deemed “free” if the controller makes the data subject and user an “equivalent” offer and thus creates freedom of choice. In light of the CJEU decision *Meta v Bundeskartellamt*, three points must be considered established law:

1) Even a company with market power can use a pay-or-consent model. The occasional claim that the position of market dominance of a company reduces or hinders users’ freedom to consent is not only incorrect, but also unrealistic.

2) The CJEU has also conclusively clarified that a “pay-or-consent” model can, in principle, offer users a genuine choice, which is necessary for valid consent under GDPR. The CJEU expressly states that “those users are to be offered, if necessary for an appropriate fee, an equivalent al-

¹ CJEU, July 4, 2023, C-252/21, *Meta Platforms Inc. v Bundeskartellamt*, EU:C:2023:537.

² <https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2024/request-for-an-edpb-opinion-on-consent-or-pay/>; <https://datenschutz-hamburg.de/news/abo-modelle-bei-grossen-online-plattformen>; and <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/actueel/ap-privacy-is-een-grondrecht-niet-alleen-voor-rijke-mensen>.

³ <https://ico.org.uk/about-the-ico/ico-and-stakeholder-consultations/call-for-views-on-consent-or-pay-business-models/>.

⁴ See the statement by EU Commissioner Breton of 30.1.2024. (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2023-003424-ASW_EN.html).

⁵ See e.g.: <https://noyb.eu/en/28-ngos-urge-eu-dpas-reject-pay-or-okay-metaandhttps://www.accessnow.org/press-release/open-letter-to-edpb-pay-or-consent/>.

⁶ In detail: <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no181/>.

ternative not accompanied by such data processing operations” (para. 150). According to Art. 19 Treaty on European Union (TEU), the decisions of the CJEU are binding on all EU institutions, bodies, offices and agencies. It would be an unprecedented event if an administrative institution of the EU were to openly disregard a decision of the CJEU.

3) The CJEU has also clearly stated that it is sufficient if users are offered *one* equivalent alternative option. It would be incompatible with the Court’s decision if companies were required to make three, four or even more offers. While the EU legislator could stipulate in a separate regulatory instrument that a model of monetarily free and non-personalized advertising must be placed alongside a “pay-or-consent” model, data protection authorities cannot interpret the GDPR in a quasi-legislative fashion in order to pursue political preferences. From a data protection point of view, the “pay” model offering minimal data collection for advertising purposes is optimal. It cannot be reasonably argued that data protection law additionally requires the provision of a model based on non-personalized advertising. Since this model remains more intrusive than the “pay” option, the assumption that the GDPR requires the company to offer such a model would be incoherent.

III. Four Principles for the Interpretation of the GDPR

In the current debate, it is clear that the notion of free consent is being stretched and used as the basis for demands to regulate digital business models. This applies not only, as just mentioned, to the number of options to be offered, but above all to the design of the options: Art. 6 (1) (a), Art. 4 No. 11 GDPR are meant to provide answers to the question of which options should be presented to the users. In many cases, the demands are not driven by concern for the protection of informational self-determination and informational privacy, but by regulatory policy preferences beyond the purpose of data protection law. This is data protection overreach that amounts to industry regulation through data protection law. The data protection authorities would exceed their powers and act *ultra vires* if they were to interpret the GDPR from a social justice perspective or a consumer protection policy perspective.

In response to those voices that argue for a rather loose and arbitrary interpretation of the GDPR in light of political interests, the article aims to formulate four theses

on the interpretation of the GDPR’s concept of voluntariness and thus dispel misunderstandings that are being stirred up by interested parties in the data protection debate.

“Pay-or-consent”-model implies an end to the free culture in the internet

The legal assessment of the pay-or-consent model essentially depends on how these models fit into the socio-cultural norms of the time. If one assumes that services of a company, be it industrial or digital, are generally offered against payment, the “pay” model must be conceived as the rule and an advertising-funded, free-of-charge offer must be considered an exceptional concession. This reconstruction of the market reality on the internet reflects the observation that the times in which economic activity on the Internet was dominated by a “free culture” are coming to an end. In the third decade of the new century, the ongoing evolution marks a shift away from the earlier dominance of a “free culture” understanding of the digital economy. In large parts of the digital economy, pure pay models are now prevailing (media offerings such as FT, WSJ, NYT, etc.; streaming services such as Netflix, HBO, Spotify, etc.). It is clear that the “free culture” has led to a loss of diversity, a decline in quality and the exploitation of content providers, particularly in the media sector. A free culture does not allow for high-quality value creation. In the social market economy established by the TFEU (Art. 119 TFEU), every company is free to restructure its business model, which may involve shifting from free content to pay model offerings. In the current debate, it is not seriously disputed that a company is free under data protection law to base its offering on the principle of “pay or leave”.

If the company then offers an advertising-financed and monetarily free service in addition to a “service for money”, this expands the scope of action of the users, who are financially better off than in the normal case, even if they agree to the use of their personal data for the placement of personalised advertising. The high number of users who choose this offer indicates a preference structure that must be accepted by data protection law. The mistake made by some data protection activists is to deny the end of the “free culture” in the digital economy for individual – arbitrarily selected – economic sectors. Only if the free culture is declared the norm and normative ideal,

the introduction of a pay offer can be presented as a “privacy fee” or “privacy tax”. However, such a socio-cultural reconstruction of the world of digital markets cannot be derived from the GDPR. It would be unprecedented if the EDPB were to use such an interpretation.

Normative concept of freedom of choice

Behind Art. 6 (1) (a), and Art. 4 (11) GDPR is a normative concept of freedom of choice. Freedom of choice does not mean that the user’s preferences are fulfilled to the greatest possible extent – or even completely. If you ask users about their preferences, you will regularly find that they would prefer not to pay at all. You would get a similar picture if you asked customers in the supermarket whether they would prefer to pay for the goods or receive them free of charge. However, individuals’ general preference towards the most economical offers does not call into question the voluntary nature of agreeing to the purchase contract. A survey of user preferences would most likely also reveal that users also want to provide personal data to the smallest possible extent for the provision of personalised advertising. Again, the observation of such preferences is irrelevant under Art. 4 (11) GDPR. Data protection activists often blur the line between the voluntary nature of consent and the observation of actual or perceived preferences. Even data protection law cannot change the fact that you cannot have everything in the world – and certainly not everything at the same time. There is no sensible reason to relate the voluntariness criterion of data protection law to preferences. Rather, the key is positioning users in a situation, in which there is scope for decision-making. A “pay-or-consent” model opens up a decision-making space if the price charged is not so high that it exceeds the financial capacity of the average user. The fact that a user with limited financial resources must make trade-offs (e.g. foregoing other purchases) does not call into question the voluntary nature of their decision, but points to the dilemmas of dealing with scarce (financial) resources.

No commercialisation of the GDPR

It would be a fatal mistake if data protection authorities were to interpret the criterion of the equivalence of offers on the basis of economic value considerations alone.

In this case, it would be necessary to attribute an economic (utility or market) value to the data used to provide personalised advertising in the case of the ad-financed offer and compare this with the monetary price of the “pay” offer. This would force data protection authorities to rethink their position on the commercialisation of personal data under data protection law. In addition, accurately assessing that value in the context of commercialisation would pose significant challenges. Alternative approaches focusing on advertising revenue per customer or the cost structure of the digital company and wanting to derive comparative standards from these metrics are completely incoherent in terms of data protection law insofar as they are entirely disconnected from informational self-determination and privacy protection. It is striking how NGOs and other data protection activists are suddenly arguing with questions of market fairness or with criteria of “reasonable profit” – and all on the basis of Art. 4 (11) GDPR.

If data protection authorities were to claim that the “pay” option is only fair if the price is “reasonable”⁷, they would effectively assume the role of price regulators of the data economy. and the GDPR would become an instrument of price control, based on the concept of digital autonomy. The damage this would cause would be great.

Firstly, this would run counter to the fundamental principles of a liberal market economy recognised under EU law. The EU owes its greatest successes and its political legitimacy to its orientation towards this market liberalism. Forcing companies to change prices through the GDPR could have serious negative consequences, both morally, politically, and economically. The GDPR is not a planned economy instrument that could be used to regulate the price charged in the “pay” model using criteria such as “reasonableness” or “appropriateness”.

Secondly, the EDPB not only lacks the competence to set maximum limits for the price charged in the pay model, it may also lack the necessary expertise in economic analysis and price intervention strategies.

Thirdly, reinterpreting the GDPR as an instrument for controlling prices would depart from the main goal of the GDPR, i.e. guaranteeing individuals’ informational self-determination and informational privacy.

Fourthly, the GDPR’s approach to protection would be de-individualized if it no longer considered the individual

⁷For example <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2024/03/ico-launches-consent-or-pay-call-for-views-and-updates-on-cookie-compliance-work/>.

autonomy of the recipients of a service, but instead compared the equivalence of the revenue that a digital company generates from the placement of personalised advertising with the revenue that it generates through the monetary pricing of its service. A legal instrument that protects people would be turned into an instrument that compares key business figures.

The reinterpretation of the GDPR as an instrument of price regulation would violate the fundamental rights of companies (Art. 16 CFR) – even if it is done under the pretext of ensuring the “equivalence” of the consideration of users of a digital service. There is no need for this interventionist paternalism.

No Destruction of the General Approach of the GDPR

The voluntary nature of consent is an important notion under the GDPR. The GDPR pursues a horizontal regulatory approach, which in principle formulates identical

requirements for all controllers (Art. 4 (7) GDPR) (“one size fits all” approach). The EU legislator has deliberately decided against sectoral regulatory approaches in data protection law (unlike in the Data Act, where provisions on data portability largely focus on connected devices⁸). The requirements that a “pay-or-consent” model must meet in order to offer a genuine choice must therefore also be formulated uniformly for all economic sectors. What applies to media companies must also apply to social network operators, and vice versa. If data protection authorities were to attempt to formulate sector-specific requirements, they would destroy the basic architecture of the GDPR. They would also violate the right to equal treatment under Art. 20 of the Charter of Fundamental Rights. A sector-specific and discriminatory approach would be industrial policy, corporate regulation and therefore beyond a possible interpretation of the GDPR. Litigation would seem inevitable.

⁸<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2854>.

Jacob Schaal, Tekla Emborg

Overcoming Big Tech AI Merger Evasions: Innovating EU Competition Law through the AI Act



doi: 10.59704/248c17455cc144bc

Big Tech is, perhaps, too big; and ever more so. Companies like Google and Microsoft evade the EU Merger Regulation by entering partnerships with smaller AI labs that fall short of shifting ownership but nevertheless increase the monopolistic power of Big Tech. These [quasi-mergers](#) are particularly problematic in the context of generative AI, which relies even more than many other services on incredibly vast computing power. To illustrate the relevance of this phenomenon, Microsoft alone finished two cooperation agreements in the last month: one with the French startup Mistral and one with the startup [G42](#) from Abu Dhabi. By their structural design, most large AI models need humongous amounts of data and computing power to train their models. In simple terms, dominance in other markets cause an unfair advantage compared to startups by the huge amount of capital necessary to buy the relevant chips, and the huge amount of proprietary data the social media platforms in question can uniquely access. That is a dire state from an economic as well as a more fundamental and democratic perspective, as concentrating economic might in the hands of very few companies may cause problems down the road.

Therefore, we argue that the EU Commission should adjust its merger rules in the age of AI by strengthening competition oversight of providers of 'AI models with systemic risks'. Concretely, the Commission should include the classifications passed in the AI Act, especially that of 'high-risk systems' into its antitrust considerations. What sounds technical is actually rather simple. Trying to incorporate the AI Act's classifications in competition law would ensure that this capital-intensive industry receives the competition oversight it deserves and competition authorities can also partake in protecting the fundamental rights of EU citizens from systemic risks. Providers of large general-purpose AI models with systemic risk can be presumed to be large enough in investigations of (quasi-)mergers. This would increa-

se the Commission's ability to effectively tackle the [concentration of power](#) in the AI supply chain. Currently, the Merger Regulation doesn't apply to fast-growing and highly-valued startups such as Mistral. Additionally, in order to effectively monitor and intervene in market developments in the AI supply chain, the Commission must evaluate other key aspects besides share-holding and turnover – the compute threshold for AI systems in art 52(a) of the AI Act is one such aspect.

The prime example for the necessity of these measures is Microsoft and its [quasi-mergers](#). The company has [invested 13 billion dollars](#) into the AI Lab OpenAI, which translates into a 49% ownership stake, and recently, Microsoft entered a [strategic partnership](#) with the French AI startup Mistral. The most significant aspect of the [deal](#) between Mistral and Microsoft is that the former gets access to Microsoft's cloud computing and its customers. In contrast, Microsoft gets an undisclosed amount of equity in the next funding round and the integration of Mistral into its Azure platform. This is a way to bundle AI applications on Microsoft's platform.

This news sparked [outrage](#) amongst policymakers in [Brussels](#) and [Paris](#) as Mistral played a central role in the fierce lobbying during the dramatic finalization of the AI Act. From a Competition law perspective, such vertical outsourcing ([intentionally](#)) evades the [Merger Regulation](#). The Commission has demonstrated the ambition to address these partnerships – the EU Competition Authority [promptly extended](#) its Microsoft-OpenAI investigation to include Mistral and [inquired](#) into the impacts of AI on elections under the Digital Services Act. But, there is arguably a [need for new tools](#) in the EU Competition Law toolkit.

Mistral: the promising European AI lab caught in a highly concentrated AI supply chain

From an economic perspective, cooperation with Microsoft is necessary for Mistral due to market pressures that favor buy-ups across the AI supply chain. Figure 1 illustrates the AI supply chain: from the production of compute hardware, like AI chips, and the training of training models on specialized cloud platforms (Infrastructure); to access points to the models, for example through APIs or model hubs (Models); to the applications that make use of the models (Apps). Many of the markets in the AI supply chain are [highly concentrated](#).

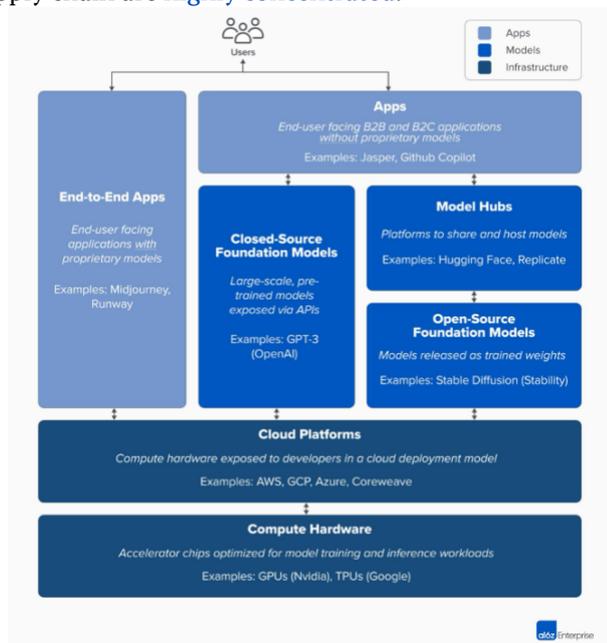


Figure 1: The AI Supply Chain, borrowed from [Bornstein et al](#)

For instance, the Big Tech oligopoly of Amazon Web Services, Google Cloud, and Microsoft Azure collectively control [67% of the cloud market](#). Microsoft Azure alone controls [24% of the cloud computing market](#), and investors would value it at roughly [\\$1 trillion](#) in market capitalization. The near-monopolies of Nvidia as AI chip designer and TSMC as chip producer do not help AI startups either.

Societal harms of a monopolistic AI supply chain

Tech monopolies have already created a range of social and economic harms – harms that AI will supercharge, according to a [report](#) from the Open Market Institute. One such harm is the suppression of trustworthy information. State-level actors leverage this (think Russian influence

in the [US 2016 elections](#) and [Brexit](#)) as well as private actors (think [Taylor Swift deep-fake](#)), and generative AI increases the ability of actors to personalize propaganda and [misinformation campaigns](#) at an unprecedented scale (a threat the [Commission](#) is attending to). A third harm is reduced security and resilience, for example, if [critical infrastructure such as energy and health systems](#) rely on few central AI systems. This creates threats from systems failures, cyberattacks, rogue algorithms, and faulty data, which would all have essential systemic implications.

The EU Merger Regulation does not cover Mistral’s partnership with Microsoft as it currently stands. The first issue with the [Merger Regulation](#) is that it only applies to companies with a turnover of at least 250 million Euro in the preceding year, which is clearly not the case for the fast-growing startup Mistral founded only in April 2023 (art 1(2) & 5(1) [Merger Regulation](#)). The second issue with the Regulation is that [even](#) if the criteria for application were to be fulfilled, that type of cooperation is unlikely to satisfy the “decisive influence” doctrine under article 3(2) of the Merger Regulation. This doctrine typically requires the acquisition of majority ownership.

The partnerships Microsoft is engaging in avoids this criteria. In Mistral’s case, the company is relying on exclusive deals about compute and user access. In the recent case of the AI [start-up Inflection](#), Microsoft took over central talent (leaders and employees) from Inflection, which announced it would stop improving its model. This is essentially a killer acquisition without any formal acquisition, and it falls outside the application of the Merger Regulation.

Big Tech’s practices of bundling capital, compute, and application across the AI supply chain is problematic. For example, the vertical integration creates barriers to entry in the application market. Big Tech can leverage their position in the cloud market to get unique access to cutting-edge AI models. This undermines competition on the application market. The [Commission](#) has recognized the acquisitions of non-controlling minority shareholdings may be subject to merger control rules, so there is potential for sharpening the existing tool through interpretation. However, we think it is necessary to expand the EU Merger regime to prevent anti-competitive effects from taking place in the AI supply chain and society more broadly.

Integrating classifications from the AI Act into the EU competition law regime

First, the categorization of so-called ‘AI models with systemic risks’ should be included in EU competition law analysis. ‘AI models with systemic risks’ is a category of AI systems defined under the AI Act as general-purpose AI models that have high-impact capabilities. The threshold for high-impact capabilities is set based on a technical computational threshold, namely when more than 10^{25} Floating Point Operations (a measure of computing power) is used for training a model (art 52(a) AI Act final draft). The Commission is empowered to adopt this threshold through delegated acts, which allows a future-proof way of regulating emerging technologies.

‘AI models with systemic risks’ are enormously powerful systems. Providers of such systems will be very powerful, regardless of their turnover or otherwise. Further, there is a frantic race between companies to reap the first-mover benefits and establish dominance as the leading provider of such systems. One way to integrate the systemic risks threshold into competition law would be to require prior approval of actions that have the potential to constitute bundling or exclusivity by providers of AI models with systemic risks. Such actions could include changes in equity (below majority thresholds) and exclusive agreements on the provision of cloud computing or cloud provision and integration into applications (bundling). Another approach would be to require structural separation, prohibiting companies from controlling both GPAI models and other technologies/platforms that enable engagement in unfair and abusive practices. Such separation should account for both vertical and horizontal control. Control should be understood more broadly

than solely constituting majority shares. Structural separation could build on already existing concepts within EU competition law like bundling and exclusivity deals.

Second, in order to effectively monitor and intervene in market developments in the AI supply chain, the Commission must evaluate other key aspects besides shareholding and turnover. The compute threshold in art 52(a) of the AI Act is one such aspect. This would allow the Commission to better account for the AI supply chain in its competition law enforcement.

While these suggestions are preliminary ideas intended to spark further thinking rather than constituting complete proposals, we are convinced that there is great potential in the interaction between the AI Act and the EU Competition law regime. The AI Act itself includes several points of interaction between EU competition law and the AI Act. For example, article 58 outlines the tasks of the AI Board, which include cooperating with other Union institutions, bodies, offices, and agencies, particularly in the field of competition.

It is also relevant to note the case law development of increased interaction between competition law and data protection law. In the [Facebook Germany](#) case, the European Court of Justice ruled that breaches of the GDPR are relevant for abuse of dominant positions and may be taken into account by competition authorities in their assessment. The Court of Justice seems supportive of incorporating different EU law regimes that are relevant to digital markets in the enforcement of EU competition law. The Commission should utilize this support and use the compute thresholds in the AI Act in the EU competition law regime. This would be an essential step in updating the competition toolbox to be fit for the rapidly evolving AI supply chain.

Bernhard Wegener

Globuli für Umweltjuristen

Gedanken zur Klimaklagen-Bewegung anlässlich des Klimaseniorinnen-Urteils des EGMR

doi: 10.59704/73e05749df9160a2



Als meine Kinder noch klein waren und auf deutschen Spielplätzen gelegentlich Schrammen abbekamen, da wurden mir von besorgten anderen Eltern nicht selten kleine weiße Kügelchen angeboten. „Arnica“, raunten sie mir zu, „hilft sofort!“ Ich habe dann immer freundlich, aber bestimmt abgelehnt. Dabei hätte ich meinen Kindern die schnelle Ablenkung durch den Zucker in den homöopathischen Globuli gern gegönnt. Aber ich mochte mich mit dem Aberglauben nicht gemein machen und meinen Kindern keine Dummheiten beibringen.

Mit menschenrechtsgestützten Klimaklagen geht es mir genauso. Jedem angesichts der Klimakrise zu Recht verzweifelten Umweltjuristen gönne ich von Herzen ein Stückchen zuckersüße Illusion von „Climate Justice“. Dennoch erscheint mir der weit verbreitete Glaube an Klimaklagen kaum weniger unbegründet und in manchem sogar schädlicher als der an Arnica-Kügelchen.

Ungeeignete Gerichte

Unbegründet ist der Glaube an Klimaklagen, weil die Gerichte als Institutionen des einzelfallbezogenen Rechtsschutzes weder institutionell noch intellektuell geeignete Einrichtungen zur Bewältigung der unvergleichlich komplexen Klimakrise und zur Anleitung der dazu notwendigen großen gesamtgesellschaftlichen und globalen Transformation sind.

Unabhängigkeit und Reputation

In einer geradezu homöopathisch anmutenden Fehleinschätzung meinen Klimaklagenverfechter oft, gerade die Gerichte könnten relevante Anstöße zum globalen Klimaschutz liefern. Verwiesen wird dabei vor allem auf die Unabhängigkeit der Richter und auf die Reputation der Gerichte. Die Unabhängigkeit soll Langfristorientierung jenseits von Lobbyeinflüssen, die besondere Reputation der Gerichte soll die Durchsetzung ambitionierter gerichtlicher Klimaschutzvorgaben verbürgen. All dies erscheint nicht plausibel.

China, Russland und die arabische Welt

Aussichtsreiche Klimaklagen können ohnehin nur in dem vergleichsweise kleineren Teil der Welt erhoben werden, der eine unabhängige und hinreichend effektive Justiz überhaupt kennt. Nicht nur in China, in Russland oder in der arabischen Welt – um nur die klimapolitisch wichtigsten Staaten und Regionen zu benennen – sind von Klimaklagen keine Effekte zu erwarten.

Bundesverfassungsgericht und die papierne Planung

Aber auch in den rechtsstaatlichen Demokratien ist mit Klimaklagen allenfalls Homöopathisches zu gewinnen. Den in der internationalen Klimaklagenszene gefeierten [Beschluss des Bundesverfassungsgerichts](#) hat der deutsche Bundesgesetzgeber mit geradezu aufreizender Nonchalance und Geschwindigkeit [in Papier übersetzt](#). Den vergleichsweise anspruchsloseren Forderungen, die der EGMR in seinem [jüngsten Urteil](#) formuliert hat, wird die Schweiz mit ähnlicher Leichtigkeit entsprechen können. Anders als oft unterstellt, ist langfristige Planung für die Politik nämlich jedenfalls solange kein Problem, als sie schmerzhaft Einschnitte hinreichend weit in die Zukunft projektieren kann. Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts und das Urteil des EGMR sind insofern bislang nicht mehr als ein weiterer Beitrag zu einer in vielem illusionär anmutenden Klimaschutzplanung.

Keine konkrete Ableitung: Tempolimit / Atomkraftwerke

In realistischer Einschätzung der eigenen Grenzen hat das Bundesverfassungsgericht zugleich jeder konkreten Ableitung aus seinem schon verfassungstheoretisch allzu anspruchsvollen Klimaschutzverlangen widerstanden (kritisch zu den begrenzten Folgen der Entscheidung: [Groß](#)). Selbst der inhaltlich und verfassungsrechtlich vergleichsweise kinderleicht zu begründenden Pflicht zur Einführung eines Tempolimits auf deutschen Autobahnen hat das Gericht eine Abfuhr erteilt. In Karlsruhe ist

man sich offenbar hinreichend bewusst, dass solche Konkretisierungen in der gewaltenteiligen Demokratie nicht Sache der Gerichte sind und der von den Klimaklägern angezapften gerichtlichen Reputation schnell gefährlich werden können. Wem dies am Beispiel des Tempolimits noch nicht plausibel genug erscheint, der stelle sich vor, das Bundesverfassungsgericht hätte mit Blick auf den verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Klimaschutz den Weiterbetrieb der deutschen Atomkraftwerke angeordnet.

Shell-Urteil

Jenseits der deutschen Grenzen finden sich zwar ganz gelegentlich auch gerichtliche Klimaschutzentscheidungen, die scheinbar mehr verlangen als nur papierne Planung. Vorbild können aber auch diese Entscheidungen nicht sein. Verwiesen sei auch insoweit auf den berühmtesten und weitreichendsten dieser Beschlüsse, nämlich das Urteil der Rechtbank Den Haag in [Sachen Shell](#). In ihm verurteilte das niederländische Gericht Shell wegen einer vermeintlichen Verletzung der allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltspflicht zu einer Reduktion seiner CO₂-Emissionen um 45% bis Ende 2030. Dabei bezog das Gericht ausdrücklich die bei den Kunden von Shell anfallenden Emissionen aus den von Shell verkauften Treibstoffen in die Reduktionsverpflichtung mit ein.

Rechtlich und rechtspolitisch erscheint mir das Urteil unvertretbar und hochgefährlich. Es dürfte aber auch für den Klimaschutz keinerlei praktischen Effekt haben. Shell hat in der Folge Berufung gegen das Urteil eingelegt, die Worte „Royal Dutch“ aus seinem Namen gestrichen und seinen Firmensitz aus den Niederlanden und der EU nach Großbritannien verlagert. Zwar hat Shell zugleich in nicht unerheblichem Umfang Ölförderlizenzen an Wettbewerber verkauft. Die entsprechende staatlich lizenzierte Förderung ist damit aber nicht eingestellt worden, sondern wird nur von anderen weiter betrieben.

Strategische Prozessführung?

Verfechter der Climate-Justice-Bewegung [begegnen dieser Kritik](#) an der praktischen Nutzlosigkeit der Klimaklagen regelmäßig mit dem Hinweis auf die Symbolkraft der entsprechenden Verfahren. Den Klägern gehe es eigentlich gar nicht um ein prozessuales Obsiegen im Sinne konkreter Klimaschutzerfolge. Ziel der hier betriebenen „strategischen Prozessführung“ sei es vielmehr die Öff-

entlichkeit auf die Klimakrise aufmerksam zu machen und die unzureichenden Klimaschutzanstrengungen anzuprangern. Auch diese Argumentation aber überzeugt bei näherem Hinsehen nicht.

Kein Defizit öffentlicher Aufmerksamkeit

Zum einen erscheint schon zweifelhaft, ob die Klimakrise, die medial wie kein anderes Thema präsent ist, tatsächlich unter einem Mangel an öffentlicher Aufmerksamkeit leidet. Auch die Defizite der bisherigen nationalen, supranationalen und internationalen Klimaschutzpolitik sind ständiges Thema der öffentlichen Diskussion jedenfalls in den Staaten und Rechtsordnungen, in denen Klimaklagen überhaupt erhoben werden können.

Klimaklagen als illusionäre und diskreditierende Ablenkung

Im Gegenteil muss man zum anderen vielmehr befürchten, dass die Klimaklagen von den eigentlichen drängenden Problemen der globalen Klimakrise ablenken. So wie man einem Krebspatienten vom Vertrauen auf homöopathische Mittelchen abraten muss, so muss auch vor dem illusionären Vertrauen in Klimaklagen gewarnt werden. Statt sich den eigentlichen auch juristisch drängenden Fragen der weltweiten Formulierung und Durchsetzung einer rationalen Klimaschutzpolitik zu widmen, kapriziert sich die umweltjuristische Szene auf ein simplizistisches prozessuales Wohlfühlprogramm, das an der Problematik regelmäßig vorbeigeht und mitunter eher dazu angetan ist, die Klimaschutzanstrengungen zu diskreditieren als zu befördern.

Klimaseniorinnen vor dem EGMR

Der aktuell vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedene Fall der Schweizer „Klimaseniorinnen“ ist dafür das beste Beispiel. Die Beschwerdeführerinnen sehen sich in ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verletzt, weil die Schweiz nicht genügend unternommen habe, um den menschengemachten Klimawandel zu begrenzen. Ihnen werde es deshalb im Sommer zu heiß, ihnen drohe der Hitzetod.

Nur mit dem Gedanken der strategischen Prozessführung lässt sich dabei der Umstand erklären, dass die Beschwerdeführerinnen von der Schweiz eine Klimapolitik verlangen, die auch bei größter anzunehmender Anstrengung die den Beschwerdeführerinnen drohenden Gefah-

ren nicht abwenden kann. Anpassungsmaßnahmen, wie die Klimatisierung von Altenheimen, die insoweit für den konkreten Menschenrechtsschutz sicher vielversprechender wären, wurden nicht verlangt und vom Gerichtshof dementsprechend auch nicht zugesprochen. Schon hier zeigt sich die fehlende Passgenauigkeit des menschenrechtlichen Ansatzes der aktuellen Klimaklagen.

Keine hinreichende Menschenrechtsverletzung

Bei der von den Beschwerdeführerinnen selbst zu Grunde gelegten statistischen Betrachtungsweise fallen zudem zahlreiche Ungereimtheiten ins Auge. Schon die insgesamt negative Wirkung der in der Schweiz auf sehr moderatem Gesamtniveau steigenden Temperaturen auf die Gesundheit der Beschwerdeführerinnen erscheint zweifelhaft. Mit Blick auf den Vergleich der Lebenserwartung in klimatisch sehr verschiedenen EU-Ländern lässt sich eine entsprechende Korrelation kaum feststellen. So liegt die Lebenserwartung in Malta, Italien, Spanien, Zypern, Frankreich, Griechenland und Portugal aktuell über der in Deutschland. Zwar ist die Lebenserwartung in der Schweiz ungewöhnlich hoch. Dass diese aber, wie behauptet, durch den Klimawandel und insbesondere durch steigende Sommertemperaturen signifikant sinken wird, erscheint mit Blick auf das vergleichsweise moderate Temperaturniveau der Schweiz und die in anderen Staaten zu beobachtende fehlende Korrelation unwahrscheinlich. Dies gilt umso mehr, als die Sterbefälle bei Senioren auch in der Schweiz in den Wintermonaten deutlich über denen der Sommermonate liegen. Hier gilt eher eine umgekehrte Korrelation: Kälte tötet. Müsstest in einer statistischen Argumentation wie der der Beschwerdeführerinnen nicht auch die in milden Wintern vermiedenen Toten in die Betrachtung einfließen? Angesichts solcher argumentativen Auslassungen, drängte sich der Eindruck einer allzu großen Pauschalität in der Behauptung der Menschenrechtsverletzungen auf. Schon das Schweizer Bundesgericht hatte deshalb – wie jetzt auch der EGMR – zu Recht festgestellt, die Beschwerdeführerinnen seien in ihren Grundrechten nicht mit hinreichender Intensität betroffen.

Täter/Opfer-Umkehr

Hinterfragt werden muss auch die nachgerade erstaunliche Täter/Opfer-Umkehr, die in der Beschwerde der Schweizer Klimaseniorinnen zum Ausdruck kommt. Muss

es nicht mindestens Unbehagen auslösen, wenn ausgerechnet alte, weiße, reiche Schweizerinnen sich zu Opfern des Klimawandels stilisieren? Ist nicht gerade deren (und unser) persönlicher und kollektiver CO₂-Fußabdruck eine der Hauptursachen des Problems? Ist es nicht – aller offensichtlich guten Absichten zum Trotz – eine Form kultureller oder klimapolitischer Aneignung, sich ausgerechnet in der eigenen global überaus privilegierten Sondersituation zur spezifisch betroffenen Opfergruppe zu erklären? Liegt in dem offensichtlichen Missverhältnis zu den Gefahren, denen die eigentlichen Opfer des Klimawandels ausgesetzt sind, nicht eine weitere nur schwer erträgliche klimapolitische Unwahrhaftigkeit? Schadet dies dem zentralen klimapolitischen Anliegen nicht eher, als dass es ihm nützt?

Der falsche Fall

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wäre deshalb gut beraten gewesen, nicht gerade diesen – falschen – Fall zum Anlass einer klimapolitischen Grundsatzentscheidung zu machen. Da aber die anderen beiden anhängigen Verfahren als offensichtlich unzulässig zurückzuweisen waren, blieb einer zur klimapolitischen Grundentscheidung entschlossenen Kammermehrheit nichts anderes übrig, als einen großen Schritt in Richtung eines ganz und gar ins Abstrakte verschobenen Menschenrechtsschutzes zu gehen.

Die Abstraktion des Menschenrechtsschutzes

Weil der EGMR die konkreten Klägerinnen durch den Klimawandel (und die relative klimapolitische Untätigkeit der Schweiz) als nicht hinreichend in ihren Menschenrechten verletzt ansieht, sucht er den Ausweg zu einer Menschenrechtsverletzung in ihrer Aggregation. In einer (zu) weitreichenden Fortentwicklung seiner Rechtsprechung spricht er die Klagebefugnis, die er den Einzelklägerinnen abspricht, dem von ihnen mitgetragenen Verein zu. Auf den ersten Blick mag das einleuchten: der menschengemachte Klimawandel ist ein globales, jedfrau betreffendes Phänomen, dem mit kollektiven Klagerrechten vielleicht noch am ehesten zu begegnen wäre. Der EGMR beruft sich insoweit ausdrücklich auf das Vorbild der Aarhus-Konvention, die die Klagerechte der Umweltschutzverbände grundlegend ausgebaut hat.

Für diesen Schritt fehlt es allerdings – wie das der britische Richter Tim Eicke in seinem Minderheitsvo-

tum eingehend aufzeigt – sowohl im Text der Menschenrechtskonvention als auch in der Rechtsprechung des EGMR an einem hinreichenden Anknüpfungspunkt. Auch erscheint es hoch unplausibel, warum Klägerinnen-Gruppen, deren meistbetroffene Mitglieder keine hinreichende Rechtsverletzung geltend machen können, allein durch Vereinsgründung die Schwelle der Klagebefugnis überwinden sollen. Der Gerichtshof, der in seinem Urteil die Beschränkung seiner Funktion auf den Schutz vor konkreten und substanziellen Menschenrechtsverletzungen ebenso oft betont wie den Ausschluss der Popularklage, widerspricht sich selbst, wenn er diese Beschränkungen durch die allzu pauschale Zulassung der Verteidigung politischer Interessen durch Verbände konterkariert.

Die Menschenrechtsverletzung und der Menschenrechtsschutz insgesamt werden so – ähnlich wie schon im Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – von jeder realen Person, jeder individuellen Verletzung und auch von jeder konkret zu benennenden Norm gelöst. Die Abstraktion und damit die Fiktionalisierung des Menschenrechtsschutzes ist beinahe vollkommen. Dem weiterhin dringend notwendigen Schutz vor brutal-realen Menschenrechtsverletzungen dürften diese Abstraktionen nicht gut bekommen.

Insgesamt negative Wirkung der Klimaklagen

Solchen kritischen Fragen muss sich die „Climate-Justice“-Bewegung auch jenseits dieses konkreten Falles stellen. Wer symbolpolitische Prozessführung propagiert, sollte sich wenigstens der positiven Symbolkraft des eigenen Handelns sicher sein. Derzeit spricht mehr dafür, dass die Bewegung nicht mehr als berechtigten Widerstand, papierne Versprechen, potemkinschen Aktivismus und enttäuschte Erwartungen produziert. Anders als in der Homöopathie kann nicht einmal ein Placebo-Effekt erwartet werden. Denn auch wenn man manchmal diesen Eindruck gewinnen mag, geht es im Klimaschutz nicht um die psychischen Wirkungen der Klageverfahren auf ihre Protagonisten, sondern um physikalische Wirkungszusammenhänge in der wirklichen Welt. Globuli helfen da leider gar nicht.

Der Beitrag beruht auf einem um aktuelle Entwicklungen ergänzten Kurzvortrag, den ich im Rahmen des Gesprächskreises Internationales Öffentliches Recht auf der Jahrestagung der Staatsrechtler im Oktober 2023 gehalten habe. Ich danke den Diskussionsteilnehmern und Lotta Kuhlmann für Hinweise zur besseren Argumentation.

Bernhard Wegener

Homeopathic Globules for Environmental Lawyers

Thoughts on the Climate-Justice Movement on the Occasion of the ECtHR's Climate Judgement

doi: 10.59704/1701da50a1fe70a4



When my children were still small and occasionally got scrapes on German playgrounds, I was often offered small white globules by concerned parents. “Arnica”, they whispered to me, “helps immediately!” I always declined in a friendly but firm manner. I would have gladly allowed my children the quick distraction of the sugar in the homeopathic globules. But I didn’t want to be associated with superstition and didn’t want to teach my children something stupid.

I feel the same way about human rights-based climate lawsuits. I heartily grant every environmental lawyer who is rightly desperate in the face of the climate crisis a little sugar-sweet illusion of “climate justice”. Nevertheless, the widespread belief in climate lawsuits seems to me to be no less unfounded and in some respects even more harmful than the belief in homeopathic Arnica pills.

Unsuitable courts

The belief in climate lawsuits is unfounded because the courts, as institutions aimed at individual justice, are neither institutionally nor intellectually suitable for dealing with the incomparably complex climate crisis and for guiding the major societal and global transformation required.

Independence and reputation

In an almost homeopathic misjudgement, climate action advocates often believe that the courts are in a good position to provide relevant impetus for global climate protection. The independence of the judges and the reputation of the courts are the main purported arguments in favour of climate litigation. Independence is supposed to ensure long-term orientation beyond lobbying influences, while the special reputation of the courts is supposed to guarantee the enforcement of ambitious judicial climate protection requirements. None of this seems plausible.

China, Russia and the Arab world

In any case, promising climate lawsuits can only be filed in the comparatively small part of the world that has an independent and sufficiently effective judiciary. It is not only in China, Russia or the Arab world – to name just the most important countries and regions in terms of climate policy – that climate lawsuits cannot be expected to have any effect.

The German Federal Constitutional Court and climate planning

But even in constitutional democracies, climate lawsuits can achieve at best homeopathic results. The [decision of the German Federal Constitutional Court](#), which was celebrated in the international climate action scene, has been [translated into paper by the German federal legislature](#) with almost provocative nonchalance and speed. Switzerland will be able to fulfil the comparatively less demanding requirements formulated by [the ECtHR in its most recent ruling](#) with similar ease. Contrary to what is often assumed, long-term planning is not a problem for politicians as long as they can project painful cuts sufficiently far into the future. In this respect, the decisions of the German Federal Constitutional Court and the judgement of the ECtHR are so far no more than a further contribution to climate protection planning, which in many respects already seems illusory.

No concrete consequences: speed limit / nuclear power plants

In a realistic assessment of its own limits, the German Federal Constitutional Court has at the same time resisted any concrete derivation from its demand for climate protection (critical of the limited consequences of the decision: [Groß](#)). Even the obligation to introduce a speed limit

on German motorways, which is comparatively easy to justify in terms of content and constitutional law, was rejected by the court. In Karlsruhe, there is evidently sufficient awareness that such concretisations in a democracy based on the separation of powers are not a matter for the courts and can quickly become dangerous for the judicial reputation tapped by the climate plaintiffs. If the example of the speed limit does not seem plausible enough, just imagine if the Federal Constitutional Court had ordered the continued operation of German nuclear power plants with a view to constitutionally mandated climate protection.

Shell judgement

Beyond Germany's borders, there is also the occasional court ruling on climate protection that seems to demand more than just planning. However, even these decisions cannot serve as a model. The most famous and far-reaching of these decisions is the judgement of the Rechtbank Den Haag in the [Shell case](#). In this judgement, the Dutch court ordered Shell to reduce its CO₂ emissions by 45% by the end of 2030 due to an alleged breach of its general duty of care under civil law as defined by human rights. The court expressly included the emissions generated by Shell's customers in the reduction obligation.

In legal and political terms, the judgement seems to me to be unjustifiable and highly dangerous. It is also unlikely to have any practical effect on climate protection. Shell subsequently appealed the judgement, removed the words "Royal Dutch" from its name and relocated its headquarters from the Netherlands and the EU to the UK. At the same time, Shell has sold a considerable number of oil production licences to competitors. However, the corresponding state-licensed production has not been discontinued, but is simply being continued by others.

Strategic litigation?

Advocates of the climate justice movement regularly counter this criticism of the practical uselessness of climate lawsuits by pointing to the symbolic power of the corresponding proceedings. The plaintiffs are not concerned that much with procedural victory in the sense of concrete climate protection success. Rather, the aim of the "strategic litigation" pursued here is to draw public attention to the climate crisis and to denounce the inadequate climate protection efforts. On closer inspection,

however, this argument is not convincing either.

No deficit in public attention

It seems already doubtful whether the climate crisis, which is more present in the media than any other topic, is actually suffering from a lack of public attention. The shortcomings of national, supranational and international climate protection policy to date are also a constant topic of public debate, at least in those countries and legal systems in which climate lawsuits can be filed at all.

Climate lawsuits as an illusionary and discrediting distraction

On the contrary, it is to be feared that climate lawsuits distract from the actual pressing problems of the global climate crisis. Just as a cancer patient must be advised against relying on homeopathic remedies, we must also warn against the illusionary trust in climate lawsuits. Instead of devoting itself to the real, legally pressing issues of formulating and implementing a rational climate protection policy worldwide, the environmental law scene is focusing on a simplistic, feel-good litigation programme that regularly misses the point and is sometimes more likely to discredit climate protection efforts than to promote them.

Climate senior citizens before the ECtHR

The case of the Swiss "Klimaseniorinnen" currently decided by the European Court of Human Rights is the best example of this. The applicants believe that their right to life and physical integrity has been violated because Switzerland has not done enough to limit man-made climate change. As a result, it gets too hot for them in summer and they are threatened with fatal heat exhaustion.

Strategic litigation / no adaptation measures

Only the idea of strategic litigation can explain the fact that the complainants demand a climate policy from Switzerland that cannot avert the dangers supposedly threatening them, even with the greatest effort. Adaptation measures, such as the air conditioning of retirement homes, which would certainly be more promising for the concrete protection of human rights, were not demanded and were accordingly not granted by the Court. This alone demonstrates the inadequacy of the human rights approach of the current climate claims.

No sufficient violation of human rights

The statistical approach taken by the complainants themselves also reveals numerous inconsistencies. Even the overall negative effect of rising temperatures in Switzerland at a very moderate level on the complainants' health appears dubious. When comparing life expectancy in EU countries with very different climates, a corresponding correlation can hardly be established. For example, life expectancy in Malta, Italy, Spain, Cyprus, France, Greece and Portugal is currently higher than in Germany. It is true that life expectancy in Switzerland is unusually high. However, in view of Switzerland's comparatively moderate temperature level and the lack of correlation observed in other countries, it seems unlikely that this will fall significantly as a result of climate change and, in particular, rising summer temperatures, as claimed. This is all the more true as deaths among senior citizens in Switzerland are significantly higher in the winter months than in the summer months. The opposite correlation applies here: cold kills. Shouldn't the deaths avoided in mild winters also be taken into account in a statistical argument like that of the complainants? In view of such argumentative omissions, the impression of excessive generalisation in the allegation of human rights violations was forced upon the court. The Swiss Federal Court had therefore already rightly found – as the ECtHR has now done – that the applicants' fundamental rights were not affected with sufficient intensity.

Perpetrator/victim reversal

The astonishing perpetrator/victim reversal expressed in the complaint of the Swiss climate senior citizens must also be scrutinised. Shouldn't it at least cause unease when old, white, rich Swiss women, of all people, style themselves as victims of climate change? Isn't their (and our) personal and collective carbon footprint one of the main causes of the problem? Is it not – despite all the good intentions – a form of cultural or climate policy appropriation to declare oneself a specifically affected victim group in one's own globally privileged special situation? Does the obvious disproportion to the dangers to which the actual victims of climate change are exposed not represent a further climate litigation dishonesty that is difficult to bear? Does this not do more harm than good to the central concern of climate policy?

The wrong case

The European Court of Human Rights would therefore have been well advised not to take this – wrong – case as occasion for a fundamental decision on climate policy. However, as the other two pending cases had to be dismissed as inadmissible, a majority of the Chamber determined to make a fundamental decision on climate policy had no choice but to take a major step towards a completely abstract approach to human rights protection.

The abstraction of human rights protection

Because the ECtHR does not consider the human rights of the specific applicants to be sufficiently violated by climate change (and Switzerland's relative inactivity in terms of climate policy), it seeks the human rights violation in their aggregation. In an (overly) far-reaching further development of its case law, it attributes the legal standing that it denies to the individual plaintiffs to the association they support. At first glance, this may seem plausible: man-made climate change is a global phenomenon that affects every woman and could perhaps best be countered with collective rights of action. In this respect, the ECtHR expressly refers to the model of the Aarhus Convention, which has fundamentally expanded the rights of environmental protection organisations to bring actions.

However, as the British judge Tim Eicke points out in detail in his minority opinion, both the text of the Convention on Human Rights and the case law of the ECtHR lack a sufficient basis for this step. It also seems highly implausible why groups of plaintiffs, whose most affected members cannot assert a sufficient violation of rights, should overcome the threshold of legal standing simply by founding an association. The Court, which in its judgement emphasises the limitation of its function to the protection against concrete and substantial human rights violations just as often as the exclusion of popular action, contradicts itself when it counteracts these restrictions by the all too sweeping admission of the defence of political interests by associations.

In this way, human rights violations and human rights protection as a whole are detached from any real person, any individual violation and also from any specific norm to be named. The abstraction and thus the fictionalisation of human rights protection is almost complete. These abstractions are unlikely to do the still urgently needed protection against brutally real human rights violations

any good.

Negative impact of climate lawsuits

The climate justice movement must address such critical questions beyond this specific case. Anyone who propagates symbolic political litigation should at least be sure of the positive symbolic power of their own actions. At present, there is more to suggest that the movement is producing nothing more than justified resistance, paper promises, Potemkin activism and disappointed expectations. Unlike homeopathy, not even a placebo effect can be expected. Even if one might sometimes get this im-

pression, climate protection is not about the psychological effects of the lawsuits on their protagonists, but about physical cause-and-effect relationships in the real world. Here, unfortunately, globules don't help at all.

The article is based on a short lecture, supplemented by current developments, which I gave as part of the discussion group on international public law at the annual conference of constitutional law teachers in October 2023.

I would like to thank the panellists and Lotta Kuhlmann for advice on how to improve my argumentation.

Manuela Niehaus

Globuli oder lebensrettende Behandlung? Zur Wirkung von Klimaklagen

Eine Replik auf Bernhard Wegener

doi: 10.59704/8ad4e6c15302eeb9



Vorbildlich hat [Bernhard Wegener](#) seine Kinder auf deutschen Spielplätzen gegen Globuli bei Wehwehchen geschützt. Schließlich ist gerade das Glaubenwollen an oder von etwas, das so gar keine (wissenschaftlich erwiesene) Wirkung hat, ein gefährlicher Schritt Richtung Desinformation, die dann wiederum den Boden für Verschwörungsmethoden, Fake News und Populismus bereiten kann. Auf der anderen Seite werden aber wohl die wenigsten Eltern einem todkranken Kind nicht alle Hilfe zukommen lassen wollen, die ihm helfen könnte – selbst, wenn ein einzelnes Medikament allein nicht für Heilung sorgt.

Mit dem Klima ist es so ähnlich. Diejenigen, die sich zu seiner Rettung berufen fühlen, versuchen verschiedene Strategien, um das 1.5°C-Ziel einzuhalten. Es ist sicher illusorisch zu glauben, dass Klimaklagen ein Allheilmittel zur Rettung des Planeten sind (was aber in der Regel weder die Kläger*innen noch NGOs tun). Illusorisch ist aber auch, zu glauben, dass das erkrankte Klima von allein wieder gesund wird in einer Welt, die trotz aller Regierungsversprechungen derzeit auf eine [Erwärmung von 2.7°C zusteuert](#).

Insofern ist der Gang vor Gericht naheliegend. Gerade Verfassungsgerichte wie das [Bundesverfassungsgericht](#) haben auch schon vor der Klimakrise in Fällen mit politischen Bezügen entschieden. Diese „judicialization of mega politics“ ([Hirsch](#)) hat auch damit zu tun, dass viele Menschen neutralen Gerichten, besetzt mit Richter*innen, die meist nicht um ihre Wiederwahl fürchten müssen, grundlegende Fragen des politischen und sozialen Zusammenlebens eher anvertrauen als machtorientierten und Kurzzeitinteressen verschriebenen Politiker*innen.

Papierne Planung oder Beachtung der Gewaltenteilung?

Wegener kritisiert zunächst, dass sowohl der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts als auch das Urteil des EGMR bloße „papierne Planung“ seien, da aus ihnen kei-

nerlei konkrete Klimaschutzplanung folge. Dies ist allerdings kein Schwachpunkt der Entscheidungen. Zunächst einmal ist der EGMR schon recht konkret geworden: demnach besteht die staatliche Hauptpflicht darin, „Regelungen und Maßnahmen zu beschließen [die geeignet sind, die bestehenden und potenziell unumkehrbaren künftigen Auswirkungen des Klimawandels abzumildern] und in der Praxis wirksam anzuwenden“ (Rn. 508). Diese Maßnahmen müssen zur wesentlichen und schrittweisen Verringerung der Treibhausgasemissionen führen, um grundsätzlich innerhalb der nächsten drei Jahrzehnte Klimaneutralität zu erreichen (Rn. 548). Darüber hinaus ist es aber unter dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht Aufgabe der Gerichte, festzulegen, wie die anderen Gewalten dem Rechtsverstoß abhelfen sollen. Oft ist die Forderung laut geworden, dass Gerichte in [klimapolitischen Prozessen nicht entscheiden sollen](#), da sie ihre Kompetenzen überschreiten und somit verbotene Klimapolitik machen würden. Einige Gerichte haben aus diesem Grund Klimaklagen [abgewiesen](#). Tatsächlich handelt es sich bei dem Klimawandel um ein [polyzentrisches Problem](#) – ähnlich wie bei einem Spinnennetz kann das Ziehen an einem Faden Auswirkungen auf das gesamte Netz haben. Diese Auswirkungen können die Gerichte nicht überblicken, sie müssen es aber auch nicht. Denn ihre Funktion – und das stellt der EGMR auch noch einmal explizit heraus – ist nur die Feststellung des Rechtsbruchs, das „Ob.“ Damit ist nur gesagt, dass ein Staat mehr gegen den Klimawandel tun muss – wie er das tut, bleibt grundsätzlich dem (demokratisch legitimierten) Gesetzgeber überlassen. Die Wahrung dieses Ermessensspielraums steht gerade bei den Schutzpflichten im Vordergrund (Rn. 541). Ein Blick in die [Rechtsprechung des BVerfG](#) zeigt aber, dass es für das Gericht durchaus Möglichkeiten gibt, [eine konkrete Rechtsfolge herbeizuführen](#), wenn der Gesetzgeber eine Entscheidung nicht umsetzt.

Das Shell-Urteil ist gemäß Wegener zwar eine kon-

krete Klimaschutzplanung, aber auch „rechtlich und rechtspolitisch unvertretbar und hochgefährlich“, da das Unternehmen anschließend seinen Hauptsitz nach London verlegt habe und das Urteil somit wirkungslos sei. Emissionsverlagerung ist tatsächlich ein Problem, dem die EU etwa durch die Einführung des **CO₂-Grenzausgleichssystems** zu begegnen versucht. Es gilt aber zu bedenken, dass Shell auch in Großbritannien nicht notwendigerweise „sicher“ vor Klimaklagen ist – und von Aktionär*innen aus Angst vor weiteren marktschädigenden Klagen sowie von **klimaaktivistischen Minderheitsaktionär*innen** Druck ausgeübt wird, um Emissionen zu senken. Darüber hinaus hat **Shell** sich selbst dahingehend geäußert, Maßnahmen zu ergreifen, um dem Urteil Folge leisten. Schon **heute** gilt: es gibt für „**Big Oil**“ keinen „safe haven“ vor Klimaklagen.

China und Russland? Das „drop in the ocean“-Argument

Aber auch die übrigen Kritiken sind zumindest diskussionswürdig. Wegener bezweifelt die Wirksamkeit von Klimaklagen angesichts der fehlenden unabhängigen und hinreichend effektiven Justiz in den klimapolitisch wichtigsten Staaten und Regionen (China, Russland und die arabische Welt). Wegeners Argument zielt wohl auf die Ineffizienz von Klimaklagen ab, da sie nicht in den Ländern geführt werden, wo sie dringend nötig wären und die eigene – Deutschlands und Europas – Rolle in einer Welt voller Großemittenten, die sich alle herzlich wenig um das Klima scheren, zu vernachlässigen sei, da eine Reduzierung hier keinen Effekt auf das globale Klima habe. Beides ist falsch.

Erstens sind auch in China und Russland Klimaklagen **rechtshängig**. Chinas Oberstes Volksgericht hat zudem 2023 einen **Leitfaden** zum Umgang mit Klimaklagen publiziert, der von allen chinesischen Gerichten anzuwenden ist und sie als Mittel zum Erreichen der Klimaziele explizit willkommen heißt (auch wenn China sich dadurch v.a. neue Wirtschaftsmöglichkeiten erhofft). Aber darüber hinaus fehlt in Wegeners Auflistung von klimapolitisch wichtigen Regionen die EU als weltweit **drittgrößter Emittent**. Da sind die Pro-Kopf-Emissionen sowie die ausgelagerten Netto-Emissionen, die entstehen, wenn Güter anderswo (z.B. in **China**) für den Gebrauch hier produziert werden, noch gar nicht mit eingerechnet. Klimaklagen treffen m.E. also durchaus „die Richtigen“.

Zweitens wird das „drop in the ocean“-Argument mit gleicher Zuverlässigkeit von beklagten Regierungen an-

geführt, wie es von den Gerichten zurückgewiesen wird. Denn wie bereits 2015 das niederländische **erstinstanzliche Gericht in Urgenda** herausgearbeitet hat (Rn. 4.78 ff), trägt jede einzelne Emission zum Klimawandel bei und ist daher zu vermeiden. Auch der EGMR hat grundlegend klargestellt, dass jeder Staat aufgrund des Prinzips der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und jeweiligen Fähigkeiten der Staaten verpflichtet ist, seinen Teil zur Reduzierung der Emissionen beizutragen – ganz gleich, ob andere Staaten das auch tun (Rn. 442).

Täter-/Opferumkehr? Oder Verkennung von Intersektionalität?

Das „Täter/Opfer-Umkehr“-Argument kann mich dann auch nicht überzeugen. Demnach sind alte, weiße Frauen in der reichen Schweiz nicht Opfer, sondern Täterinnen, da ihr (und unser) kollektiver CO₂-Fußabdruck eine der Hauptursachen des Klimawandels ist. Tatsächlich trägt der westliche (auf Verbrennung von fossilen Brennstoffen basierende) Lebensstil besonders zum Klimawandel bei. Den Klimaseniorinnen aber ihre Betroffenheit abzusprechen, weil es noch stärker vom Klimawandel Betroffene gibt, macht Vulnerabilitäten unsichtbar. Dazu gehört v.a. die Betroffenheit aufgrund von Alter und ganz besonders **Gender**. Die UN-Hochkommissarin für Menschenrechte warnte, dass gerade ältere Frauen der Klimawandel härter trifft, dies v.a. deswegen, weil sie oftmals ihre Partner überleben und auf sich selbst gestellt sind (und dabei als Last für die Gesellschaft angesehen werden könnten). Sie sind öfters von Altersarmut betroffen und haben insgesamt weniger Ressourcen, um sich gegen den Klimawandel zu wappnen (Rn. 34 ff).

Auch wenn Wegener bezweifelt, dass ältere Menschen tatsächlich unter Hitze leiden und nicht eher an Kälte sterben, sprechen die Fakten zur Übersterblichkeit, die der EGMR für die fünf heißesten Sommer zwischen 2003 und 2022 in der Schweiz anführt, eine andere Sprache (Rn. 73 f.). Dass auch extreme Kälte ein Problem für ältere Menschen ist, steht dabei außer Frage. Das ändert aber nichts daran, dass die reale Todesrate und der Verlust von tatsächlichen Leben aufgrund der klimawandelbedingten Hitze zugenommen hat.

Die Schwere und Häufigkeit der Menschenrechtsverstöße im Globalen Süden dürften durchaus gravierender sein, insbesondere da viele Länder nicht über die finan-

ziellen Möglichkeiten für umfassende Anpassungsmaßnahmen verfügen wie die Schweiz. Dennoch bedeutet der Klimawandel auch eine reale Bedrohung der Menschenrechte der Kläger*innen – und keine „Form kultureller oder klimapolitischer Aneignung“ eines Opferstatus. Ohnehin stellt sich die Frage, wen Wegener denn für die besseren Opfer halten würde – und erinnert mit diesem Vorwurf an Strategien, bei denen eine vulnerable Gruppe gegen eine andere ausgespielt wird (wie etwa das Wohl von Obdachlosen und Frauen gern in Stellung gegen Geflüchtete gebracht wird).

Die **eurozentrische Perspektive** (bzw. der fehlende Verweis auf den Globalen Süden sowohl im Urteil als auch etwa im Vereinsstatut der Seniorinnen) kann man durchaus kritisch sehen. Allerdings – und den Punkt spricht Wegener dann auch an – gehört zur strategischen Prozessführung auch, das beste rechtliche Argument vorzutragen. Es geht in einem Verfahren vor dem EGMR eben nicht um allgemein verordneten Klimaschutz von oben, sondern um die Feststellung eines Konventionsverstößes. Wie hätten die Frauen etwa die Belange von Menschen des Globalen Südens geltend machen sollen, ohne bereits an der Hürde der eigenen Betroffenheit aus Art. 34 EMRK zu scheitern?

Wirkung über die Grenzen der Schweiz hinaus

Überdies hat das Urteil des EGMR, welches formell nur den Verstoß gegen Menschenrechte der Frauen anerkennt, Wirkungen weit über die Schweiz hinaus, wie auch der Gerichtshof in Rn. 479 betont. Die Reduktion von Treibhausgasen kommt **im Gegensatz zu lokalen Anpassungsmaßnahmen** schließlich allen Menschen zugute. Insofern hilft das Urteil auch Menschen, die nicht die Möglichkeit haben, in Europa vor Gericht zu ziehen.

Symbolische Natur?

Das Urteil ist keineswegs nur symbolischer Natur. Ob die Schweiz es tatsächlich umsetzt, ist zwar durchaus fraglich – doch selbst einflussreiche Think Tanks wie **Avenir Suisse** überlegen, wie die Schweiz „das Beste aus dem Urteil machen“ kann. Damit dürfte diese Klage auch dazu beitragen, die geschlossene Diskussion nach dem Scheitern des CO₂-Gesetzes wieder zu öffnen.

Darüber hinaus trägt das Urteil zum ständig wachsenden case law der nationalen und internationalen Gerichte bei. Die Begründungen des EGMR können in künftigen

Klagen eine Hebelwirkung haben und zur **Weiterentwicklung des Rechts in den nationalen Rechtsordnungen** führen. Man denke nur an die Ablehnung einer Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten durch das BVerfG mit Verweis auf die Ratifizierung völkerrechtlicher Abkommen und die Verabschiedung eines (wenn auch unterambitionierten) Klimaschutzgesetzes (Rn. 154 ff.). Der EGMR hat nun klargestellt, dass dies allein nicht ausreichend ist, um der positiven Schutzpflicht aus Art. 8 EMRK Genüge zu tun (Rn. 547 ff.).

(Zu) weitreichende Fortentwicklung der Rechtsprechung des EGMR?

Wegener kritisiert dann noch den neuen Ansatz des EGMR in Bezug auf die Erstreckung der Klagebefugnis auf den Verein, obwohl die individuelle Betroffenheit der Klimaseniorinnen zuvor abgelehnt worden war. Dieser Ansatz lasse sich dem Konventionstext nicht entnehmen. Allerdings gilt das in dieser Grundsätzlichkeit auch für all die anderen Regelungen, die der EGMR hinsichtlich der Klagebefugnis über die Jahrzehnte entwickelt hat. Insofern kritisiert Richter Eicke in seinem Sondervotum v.a. die methodische Vorgehensweise des EGMR und die fehlende Anschlussfähigkeit des neuen Ansatzes an bisherige Rechtsprechungslinien. Aber der vermeintliche Widerspruch, dass die Klägerinnen als solche nicht als „direkt“ betroffen gelten, der Verein aber klagebefugt ist, ohne die individuelle Betroffenheit seiner Mitglieder nachweisen zu müssen, ist keiner. Denn der EGMR will keine Popularklagen zulassen, aber er will die Tür für Klagen, die den Klimawandel als Verletzung von Menschenrechten thematisieren, auch nicht völlig schließen. Durch diese Tür zu treten würde aber unmöglich werden, müssten Vereinigungen nachweisen, dass ihre Mitglieder die hohen Hürden der direkten Betroffenheit nehmen könnten. Dann bedürfte es dieser Möglichkeit gar nicht. Eingegrenzt wird dies dadurch, dass Vereinigungen bestimmten Grundsätzen entsprechen, insbesondere sich speziell für vom Klimawandel bedrohte Menschenrechte einsetzen müssen (Rn. 502).

Klimaklagen als Ablenkung?

Angezweifelt werden muss auch der Gedanke, dass climate litigation nur „abstrakter“ Menschenrechtsschutz sei, der von „brutal-realen“ Menschenrechtsverletzungen ablenke. Denn die Menschenrechtsverletzungen dürften

sich für Betroffene sehr real anfühlen – man befrage nur die Menschen, die bereits unter den Folgen des Klimawandels leiden, etwa durch Waldbrände, den Anstieg der Meeresspiegel oder Überflutungen. Vor diesem Hintergrund verwundert mich Wegeners Forderung, dass Jurist*innen sich stattdessen der „weltweiten Formulierung und Durchsetzung einer rationalen Klimaschutzpolitik“ widmen sollen. Denn den Weltgesetzgeber, der eine solche weltweite Formulierung verbindlich festschreiben oder den Weltgerichtshof, der eine solche durchsetzen könnte, gibt es nicht. Vielmehr anerkennt das Pariser Abkommen die Notwendigkeit des Tätigwerdens verschiedenster Akteur*innen auf allen Ebenen, v.a. der nationalen (Art. 4 II), um dem „glokalen“ Problem Klimawandel zu begegnen. Dabei spielen auch die **nationalen Gerichte** eine wichtige Rolle.

Klimaklagen sind ein wichtiges Instrument für die Zivilgesellschaft

Europa erwärmt sich derzeit zweimal so schnell wie andere **Kontinente**. **Deutschland** gehörte 2018 zu den drei am stärksten vom Klimawandel betroffenen Ländern und

spätestens seit dem Ahr-Hochwasser ist auch hier den meisten Menschen bewusst, was die Klimakrise für ihren Alltag bedeutet. Doch die konsequente Bekämpfung des Klimawandels ist unsicherer denn je. Ein zu erwartender Rechtsruck bei den **EU-Parlamentswahlen 2024** könnte den Europäischen Green Deal gefährden und zur Blockade wichtiger Implementierungsmaßnahmen führen. Hier hat der EGMR jetzt klargestellt, dass Klimaschutz auch Menschenrechtsschutz ist. Klimaklagen sind sicher kein Allheilmittel im Kampf gegen den Klimawandel, insbesondere dann nicht, wenn Staaten unwillig sind, die Entscheidungen umsetzen. Aber das ist keine Gefahr, die ausschließlich Klimaentscheidungen anhaftet. Tatsächlich sind aber der deutsche und andere Gesetzgeber weltweit nach erfolgreichen Klimaklagen tätig geworden (z.B. in den **Niederlanden**, **Kolumbien**, **Pakistan**). Klimaexpert*innen listen Klimaklagen deswegen als einen von **10 social drivers** auf, die eine tiefe Dekarbonisierung unterstützen. Sie sind somit ein wichtiges und wirksames Instrument in den Händen der Zivilgesellschaft – neben Petitionen und Initiativen, Klimastreiks und zivilem Ungehorsam. Nicht alles, was zuckersüß schmeckt, ist wirkungslose Homöopathie.

Bernhard Wegener

Menschenrecht auf Klimaschutz als „lebensrettende Behandlung“?

Risiken und Nebenwirkungen der von Manuela Niehaus verteidigten Klima-Rechtsprechung

doi: 10.59704/3555b82752d2ac8b



[Manuela Niehaus](#) verteidigt die menschenrechtsgestützte Klimarechtsprechung – insbesondere des [EGMR](#) – gegen [meine Kritik](#). Es handele sich nicht um „Globuli für Umweltjuristen“, sondern um ein potentiell lebensrettendes Medikament, das – im Zusammenspiel mit anderen Mitteln – einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz leisten könne.

Das sehen sicher viele ähnlich und darum bin ich dankbar für Niehaus Argumente und für ihren sanften Spott. Ihr Spott trifft mich zu Recht, ihre Argumente aber überzeugen mich nur sehr teilweise.

Die „Judicialization of Mega Politics“

Niehaus meint, unter Hinweis auf [Hirschl](#), die Juridifizierung zentraler politischer Entscheidungsfelder wie dem des Klimaschutzes sei nichts Neues und speise sich daraus, dass Menschen „neutralen Gerichten [...] grundlegende Fragen des politischen und sozialen Zusammenlebens eher anvertrauen als machtorientierten und Kurzzeitinteressen verschriebenen Politiker*innen“.

Das sehe ich im Tatsächlichen ebenso, aber ist es auch richtig? Ist die Juridifizierung von „Megapolitik“ nicht eher ein Problem als die Lösung? Ich bin – aus Gründen, die ich versucht habe, deutlich zu machen – skeptisch gegenüber der diesbezüglichen institutionellen Leistungsfähigkeit von Gerichten. Nach meinem Verständnis sollten grundlegende Fragen des politischen und sozialen Zusammenlebens grundsätzlich auch weiterhin demokratisch und nicht juristisch-menschenrechtlich verhandelt und entschieden werden. Machtorientiert können im Übrigen auch Gerichte sein. Und das Fragen wie die des Umwelt- und Klimaschutzes auch vor Höchstgerichten nicht immer gut aufgehoben sein müssen, mag das aktuelle Beispiel des US-Supreme Courts veranschaulichen.

Gefahren des Shell-Urteils

Niehaus versteht mich im Weiteren falsch, wenn sie meint, ich hielte das Shell-Urteil deshalb für unververtretbar, weil das Unternehmen sich dem Urteil durch den Umzug nach London entziehen könne. Ich halte das Urteil vielmehr aus rechtsstaatlichen Gründen für hoch gefährlich. Hier wird einem im Rahmen der Gesetze operierenden Unternehmen unter Berufung auf vage menschenrechtliche Standards seine legale Tätigkeit untersagt. Das Urteil ist damit ein Angriff nicht nur auf die Freiheit des Unternehmens, sondern auch auf die gesetzliche Entscheidungsmacht des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der genau diese unternehmerische Tätigkeit ausdrücklich erlaubt hat.

Wohin das führen kann, zeigt Niehaus selbst auf, wenn sie ausführt, für Unternehmen wie Shell dürfe es keinen „safe haven“ geben, in dem sie vor Klimaklagen geschützt seien. Mit dieser aus dem Bereich der Terrorbekämpfung vertrauten Begrifflichkeit wird zwar die Ambition mancher Klimakläger zutreffend beschrieben. Für die Rechtsordnung und für mich sind Mineralölunternehmen aber keine Terrororganisationen, sondern legal operierende Dienstleister. Ihre derzeit noch unverzichtbare Tätigkeit im Sinne des Klimaschutzes zu beschränken kann Sache nur des Gesetzgebers, nicht aber einer einzelrichterlichen Entscheidung auf der Grundlage des Familiengrundrechts aus Art. 8 EMRK sein.

Menschenrecht auf Klimaschutz in China, Russland und der arabischen Welt

Niehaus kritisiert meine Aussage, ein Menschenrecht auf Klimaschutz helfe in China, in Russland oder in der arabischen Welt nicht weiter, weil entsprechende Klagen hier ohnehin nicht erhoben werden könnten. Die Aussage sei schon deshalb falsch, weil jedenfalls in China und Russland Klimaklagen anhängig seien.

Folgt man der von Niehaus zum Beleg verlinkten [Quelle](#), fällt allerdings auf, dass die eine (!) dort für Russland genannte Klage von dem angerufenen Gericht nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Die Tatsache, dass es auch in Russland ganz vereinzelt mutige Klimakläger gibt, macht die effektive gerichtliche Durchsetzung eines Menschenrechts auf Klimaschutz in Russland deshalb nicht wahrscheinlich. Mit der gleichen Logik ließe sich behaupten, in Russland gebe es Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit, weil es immer wieder verzweifelte Mutige wagen, dort gegen die Regierung zu demonstrieren.

Für ganz China listet die zitierte Quelle auch nicht mehr als drei Fälle (von denen zwei zu einer Serie gehören) auf, die sich nach den dort zur Verfügung gestellten Informationen zudem allein auf die Durchsetzung des geltenden einfachgesetzlichen chinesischen Rechts beziehen und gerade nicht menschenrechtlich argumentieren. Eben dies gilt auch für die von Niehaus zitierte [Handreichung des Supreme Peoples Court of China](#), der eine staatliche Kontrollbehörde dazu auffordert, der gerichtlichen Durchsetzung des geltenden Klimaschutzrechts mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Bei aller im Rechtsvergleich gebotenen Vorsicht bleibe ich deshalb auch für China weiter skeptisch hinsichtlich der Bedeutung einer spezifisch menschenrechtlichen Klimaschutzstrategie.

Zum „Victim“-Status der Klimaseniorinnen

Meine Kritik am Opferstatus der konkret klagenden Klimaseniorinnen versteht Niehaus falsch, wenn sie meint, ich bezweifelte, „dass ältere Menschen tatsächlich unter Hitze leiden“. Das bezweifle ich nicht. Ich halte die statistische „Übersterblichkeits“-Argumentation der Klimaseniorinnen nur für irreführend, weil sie zwar auf eine reale Übersterblichkeit in Hitzemonaten schaut, die für die Übersterblichkeit positiven Effekte milder Winter aber ausblendet. Die Einseitigkeit dieser Argumentation ist übrigens kein Spezifikum der konkreten Klage. Ich habe mir viel Mühe gegeben, Studien zu finden, die positive und negative Effekte steigender Temperaturen für die Sterblichkeitsrate in Regionen wie der Schweiz in Relation setzen. Sie sind schwer zu finden (Bemühungen dazu [hier](#)).

Im Übrigen weise ich den ganz unfundierten Vorwurf zurück, ich würde eine Opfergruppe gegen die andere ausspielen wollen. Auch der EGMR hat in Übereinstim-

mung mit dem Schweizer Bundesgericht die Opfereigenschaft der Klimaseniorinnen im Sinne des Art. 34 EMRK verneint. Ich verspüre angesichts der realen Klimaopfer vor allem im globalen Süden also lediglich ein Unbehagen, wenn sich ausgerechnet reiche, alte, weiße Schweizerinnen zu spezifisch betroffenen Klimaopfern aufzuschwingen suchen. Dieses Unbehagen teilen auch andere, dem menschenrechtlichen Klimaschutz zugeneigte Autoren ([Milanovic](#): “I’ve always found the argument that little old ladies in Switzerland are somehow especially affected by climate change to be entirely bogus.”).

Zur neuen menschenrechtlichen Verbandsklage

Bei meiner Kritik an der vom EGMR neu „erfundenen“ menschenrechtlichen Verbandsklage bleibe ich. Anders als Niehaus und [der EGMR selbst](#) es darzustellen versuchen, ist dies keine evolutionäre Weiterentwicklung, sondern ein echter revolutionärer Sprung. Anders als für sonstige etablierte Elemente der Klagebefugnis findet sich für diese Form der Verbandsklage – wie dies Richter Tim Eicke in seinem Sondervotum zu Recht aufgezeigt hat – kein Anknüpfungspunkt im Text der Konvention und in der bisherigen Rechtsprechung. Auch im Rechtsvergleich ist mir keine Entscheidung bekannt, mit der ein Höchstgericht eine menschenrechtliche Verbandsklage so wie jetzt der EGMR einfach „aus dem Hut gezaubert“ hätte.

Aber auch unabhängig von der Frage nach der Legitimation für diese richterliche Selbstermächtigung scheint mir das Konzept des EGMR auch inhaltlich unglücklich. Zu Unrecht beruft sich der Gerichtshof auf das gute Vorbild der Aarhus-Konvention. Zwar führt diese Konvention eine umweltrechtliche Verbandsklage ein. Zum einen beruht dies aber auf einer vielfach demokratisch legitimierten ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung und Grundlage. Zum anderen erlaubt die Umweltverbandsklage nach der Aarhus-Konvention lediglich Klagen zur Durchsetzung einfachgesetzlicher Umweltschutzbestimmungen. Die Einführung einer neuartigen Verbandsklage zur Durchsetzung höchst unbestimmter und potentiell allumfassender menschenrechtlicher Bestimmungen ist etwas völlig anderes.

Gegenüber diesen Bedenken verfängt auch Niehaus Einwand nicht, die neue Verbandsklage werde ja dadurch „eingegrenzt“, dass die Vereinigungen „bestimmten Grundsätzen entsprechen“ müssten. Diese vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze (Rn. 502) sind nämlich nicht dazu angetan, die neuen Klagen effektiv einzu-

grenzen. Die entsprechenden Vereinigungen müssen danach lediglich (a) rechtswirksam errichtet, (b) dem Klimaschutz verpflichtet und (c) hinreichend repräsentativ für die Interessen ihrer Mitglieder oder anderer potentiell vom Klimawandel Betroffener sein. Wie der EGMR ausdrücklich betont, müssen die Vereinigungen nicht einmal geltend machen, überhaupt tatsächliche Opfer des Klimawandels zu vertreten. Insgesamt dürfte kaum etwas leichter sein, als entsprechende Klagvereine zu gründen.

Konsequenzen

Die Konsequenzen dieser neuen Menschenrechts-Verbandsklage für die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten des Europarats sind noch gar nicht abzusehen. Weil die Schweiz eine entsprechende Klageart nicht kennt, verurteilte sie der EGMR nicht nur wegen einer Verletzung des neuen Klimaschutzrechts aus Art. 8 EMRK, sondern zugleich wegen einer Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 6 EMRK (Rn. 615 ff.). Der gleiche Vorwurf dürfte aber wohl allen anderen nationalen Rechtsordnungen gemacht werden können, die eine menschenrechtliche Verbandsklage

nicht kennen (und sind das nicht alle?). Dies gilt jedenfalls für Deutschland, wo erst unlängst das Bundesverfassungsgericht in seinem [Klimabeschluss](#) (dort Rn. 136 f.) eben solche Verbandsklagen als unzulässig verworfen hatte. Da erscheint es nur als schwacher Trost, wenn der EGMR ankündigt, er werde vor einer Verurteilung der Vertragsstaaten wegen der Nichtzulassung menschenrechtlicher Verbandsklagen berücksichtigen, ob nicht wenigstens individuelle Kläger zugelassen worden sind (Rn. 503).

Zu fragen ist auch, warum die neue menschenrechtliche Verbandsklage eigentlich auf den Klimaschutz beschränkt bleiben sollte. Auch andere Anliegen haben einen überindividuellen Charakter und auch andere politische Interessen lassen sich ohne weiteres menschenrechtlich „aufladen“. Ich bleibe deshalb bei meiner Befürchtung, dass hier eine Entwicklung ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat, in der der Schutz individueller Menschenrechte vom Individuum und von der Verletzung seiner Rechte fast vollständig gelöst und damit ins Abstrakte und Fiktionale verschoben wird. Die potentiellen Folgewirkungen dieser Abstraktionen mag ich mir nicht ausmalen.

Patrick Abel

Gemischte Signale für das nationale Klimarecht



Die Klimaentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

doi: 10.59704/221ca6bdfa34a6fc

Die **Klima-Entscheidungen** der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind wegweisend. Auf den ersten Blick ist jedoch nicht vollkommen klar, wie sie sich auf das nationale Klimarecht der Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auswirken werden. Haben die strategischen Klimaklagen den von ihnen erwünschten Durchbruch erzielt, der das nationale Klimarecht revolutionieren wird? Oder kommt denjenigen Anteilen der Entscheidungen größeres Gewicht zu, in denen die Große Kammer die Individualbeschwerden abwies?

Milanović hat das Urteil im Verfahren *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* zu Recht als „sehr ausgefeilt“ („very sophisticated“) eingeordnet. Die drei Entscheidungen enthalten zum einen Passagen, die der EMRK eine wichtige Rolle dabei zuweisen, die Klimaschutzanstrengungen der Vertragsstaaten zu kontrollieren. Andere Randnummern verteidigen staatliche Souveränität und den Einschätzungsspielraum demokratischer Gesetzgeber. Insgesamt senden die Entscheidungen durchaus „gemischte Signale“. Dies ist nicht ungewöhnlich, macht man sich bewusst, dass das Gericht fast einstimmig geurteilt hat. Die richterliche Entscheidungsfindung bedurfte sicherlich einiger Kompromisse. Angesichts dieses komplexen Gesamtbildes soll dieser Blogbeitrag die Folgen der drei Entscheidungen für die nationale Klimapolitik der EGMR-Vertragsstaaten näher beleuchten.

Menschenrechte und Klimaschutz sind verbunden

Die wichtigste Aussage der Großen Kammer ist zweifelsohne die Anerkennung in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, dass aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Artikel 8 EMRK) Schutzpflichten („positive obligations“) zur Bekämpfung des Klimawandels folgen (Rn. 538 ff.). Dies wird auch die Auslegung nationaler Menschenrechte in vielen Rechtsordnungen beeinflussen. Das gilt

beispielsweise für Österreich, wo die EMRK Verfassungsrang genießt. In Deutschland ist über den Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ein indirekter Einfluss auf die Grundrechte des Grundgesetzes zu erwarten.

Wahrscheinlich müssen die meisten Vertragsstaaten ihr Klimarecht nicht verschärfen

Weniger klar ist allerdings, ob viele EMRK-Vertragsstaaten im Zuge der Klimaentscheidungen ihr bestehendes Klimarecht verschärfen müssen. Denn das Gericht hat in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* unterschieden: zwischen dem staatlichen Bekenntnis zur Notwendigkeit, den Klimawandel und seine schädlichen Auswirkungen zu bekämpfen, und der Festlegung der hierfür erforderlichen Ziele (Rn. 543) (also, „ob“ Vertragsstaaten konsistenten Klimaschutz verfolgen) auf der einen Seite; den Mitteln zur effektiven Anwendung dieses Rechtsrahmens, um die gesetzten Klimaziele zu erreichen, den „operational choices and policies“ (Rn. 543) („wie“ Vertragsstaaten Klimaschutz betreiben), auf der anderen Seite. Im erstgenannten Fall haben Vertragsstaaten einen „reduzierten“ Einschätzungsspielraum, im zweitgenannten ist er hingegen „weit“ (Rn. 543, 549).

Die Große Kammer konzentrierte sich auf die erste Frage, also, „ob“ die Schweiz sich hinreichend zur Notwendigkeit der Klimawandelbekämpfung bekannt hat. Das Gericht entwickelte fünf materielle Kriterien zur Bewertung des nationalen Klimarechts (Rn. 550, sowie weitere prozedurale Kriterien in Rn. 553 ff., siehe **Bönnemann und Tigre**). Zusammengefasst müssen Vertragsstaaten vorausplanen und wissenschaftsbasiert ihre Treibhausgasemissionen quantifizieren, Treibhausgasbudgets und Emissionsreduktionspfade definieren sowie angemessene Zwischenziele setzen. Sie müssen Nachweise über die Einhaltung ihrer Emissionsreduktionsziele erbringen und diese Ziele kontinuierlich aktualisieren sowie effektiv umsetzen. Allerdings verfolgen viele

Staaten einen solchen Ansatz bereits seit einigen Jahren. Hierzu verpflichtet insbesondere das Unionsrecht die EU-Mitgliedstaaten, unter anderem nach dem [Europäischen Klimaschutzgesetz](#) und der [Governance-Verordnung](#).

Unbequeme Fragen zu Treibhausgasbudgets

Ich stimme [Hilson](#) zu, dass die gerichtliche Anforderung, ein nationales Treibhausgasrestbudget oder eine andere, äquivalente Quantifizierungsmethode für zukünftige Emissionen festzulegen (Rn. 550), für die Vertragsstaaten unter den fünf Kriterien voraussichtlich am schwierigsten zu erfüllen sein wird. Unter einem Treibhausgasrestbudget ist eine Festlegung über das Gasvolumen zu verstehen, das in der Zukunft insgesamt noch ausgestoßen werden kann. Der IPCC schätzt regelmäßig das *globale* Treibhausgasrestbudget ab, also wieviel Treibhausgas weltweit insgesamt noch ausgestoßen werden darf, ohne dass sich die globale Durchschnittstemperatur um 1.5 bzw. 2 Grad Celsius im Vergleich zum vorindustriellen Niveau erhöht. Daraus geht jedoch nicht hervor, welcher Anteil des globalen Budgets auf die einzelnen Staaten entfällt. Diese Verteilung würde dann *nationalen* Treibhausgasrestbudgets ergeben, also wieviel Treibhausgas insgesamt von dem Territorium eines Staates noch ausgestoßen werden darf, um die Pariser Temperaturziele zu halten. Der Verteilungsschlüssel für das globale Treibhausgasrestbudget ist jedoch eine hochumstrittene Frage der Debatte um Klimagerechtigkeit und des Grundsatzes der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und jeweiligen Fähigkeiten. Die meisten Staaten haben ihr nationales Treibhausgasrestbudget bisher auch nicht unilateral definiert. Man könnte die Große Kammer dahingehend verstehen, dass die Vertragsstaaten hierzu nun Farbe bekennen müssen. Andererseits prüft die Kammer das Vorliegen der vorbezeichneten fünf Kriterien nur in der Gesamtschau (Rn. 551). Schwächen bei der Quantifizierung eines nationalen Treibhausgasrestbudgets müssen also nicht zwangsläufig eine Überschreitung des Einschätzungsspielraums nach der EMRK bedeuten. Es ist jedenfalls überraschend, dass das Gericht selbst wenig auf die Problematik der Klimagerechtigkeit und das Verhältnis zu Entwicklungsländern eingeht. Auf die Vertragsstaaten dürften unbequeme Fragen zu dieser Thematik zukommen.

Weiter Einschätzungsspielraum über Klimaschutzambition

Zurückhaltend war die Große Kammer, was staatliche Klimaschutzambitionen angeht. Sie entschied, dass die Vertragsstaaten Maßnahmen für die substantielle und progressive Reduktion von Treibhausgasemissionen treffen müssen, um „grundsätzlich“ netto-Klimaneutralität in den nächsten drei Jahrzehnten zu erreichen (Rn. 548). Man fragt sich, unter welchen Umständen die Staaten von diesem lediglich „grundsätzlichen“ Ziel abweichen dürfen. Im Übrigen ist es für die Große Kammer unter Rückgriff auf das Pariser Übereinkommen „offensichtlich“, dass jeder einzelne Staat aufgerufen ist, seinen angemessenen Pfad zur Klimaneutralität selbst zu definieren (Rn. 547). Es scheint also, dass die Staaten ihr Ambitionsniveau selbst festlegen dürfen – solange es einen insgesamt effektiven Klimaschutzrahmen gibt, der sämtlichen oben genannten Maßstäben genügt. Es verbleibt damit ein substantieller Spielraum.

Staaten können zwischen den unterschiedlichen Klimaschutzinstrumenten wählen

Der staatliche Einschätzungsspielraum ist sogar „weit“, was die Wahl konkreter Klimaschutzinstrumente betrifft, also die „operational choices and policies“ (Rn. 543, 549). Es bleibt den Vertragsstaaten folglich weitgehend überlassen, sich zwischen marktwirtschaftlichen Ansätzen, ordnungsrechtlichen Instrumenten und grünen Beihilfen zu entscheiden – und wie sie die sozialen Belastungen, aber auch die entstehenden Verbesserungen von Lebensbedingungen in der anstehenden Transformation verteilen. Gerade zu diesen politisch hochumstrittenen Fragen, in der sich Streit über Klimaschutz in der Realität entzündet, haben die Entscheidungen wenig zu sagen.

Extraterritoriale Hoheitsgewalt und „embedded emissions“

Weiterhin verneinte die Große Kammer eine Bindung der Vertragsstaaten für extraterritoriale Auswirkungen der von ihrem Territorium ausgehenden Treibhausgasemissionen (siehe [Rocha](#)). Sie lehnte es in *Duarte Agostinho* ab, für die Voraussetzung der „Hoheitsgewalt“ nach Artikel 1 EMRK eine neue Ausnahme für Extraterritorialität zu schaffen (Rn. 210, 213). Allerdings kann eine solche Bindung durchaus aus nationalen Grundrechten folgen

(vgl. der [Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts](#), Rn. 101, 173 ff.).

Jedoch erwog die Große Kammer eine extraterritoriale Pflicht in *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* für die sogenannten „embedded emissions“. Hierunter verstand sie die im Ausland erzeugten Emissionen, die der Schweiz über den Import von Gütern für den heimischen Gebrauch zugerechnet werden (könnten) (Rn. 275). Für diese wollten die Beschwerdeführerinnen die Schweiz ebenfalls verantwortlich machen. Insoweit sah das Gericht die „Hoheitsgewalt“ nach Artikel 1 EMRK nicht als problematisch an, die bereits durch den schweizerischen Wohnsitz der Beschwerdeführerinnen – und damit territorial – gegeben wäre (Rn. 287). Vielmehr seien „embedded emissions“ eine Frage der materiellen Verantwortlichkeit (Rn. 287). Die Große Kammer ließ sie jedoch unbeantwortet. Es bleibt also offen, ob Vertragsstaaten über den Import von Waren auch für die Emissionen verantwortlich sind, die aus ihrer Produktion im Ausland resultieren. Diese Frage wird voraussichtlich zu weiteren Klimaklageverfahren führen.

Eine Stärkung der Rolle von Umweltverbänden

Den größten Einfluss auf das nationale Klimarecht wird voraussichtlich die Aufwertung der Umweltverbände durch den EGMR haben. Wie an anderer Stelle genauer dargestellt wurde (siehe [Sandra Arntz and Jasper Krommendijk](#)), ließ das Gericht unter recht niedrigen Voraussetzungen eine Individualbeschwerde von Umweltverbänden nach Artikel 34 EMRK in *Verein Klima-Seniorinnen Schweiz* zu – anders als für natürliche Personen und im Unterschied zur bisherigen ständigen Rechtsprechung. Das Gericht äußerte sich allerdings ebenfalls über den Zugang von Umweltverbänden zu *nationalen* Gerichten nach Artikel 6 EMRK. Die Große Kammer entschied, dass die Schweiz neben Artikel 8 EMRK auch dieses Recht des Umweltverbands *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* verletzt hatte, weil die schweizerischen Verwaltungsbehörden und Gerichte dessen nationalrechtliche Klage nicht ernsthaft genug geprüft hatten. Tatsächlich hatten sie sich damit begnügt, die zugleich erhobenen Klagen von natürlichen Personen (und Mitgliedern des Vereins) zu prüfen und die Klagebefugnis des Umweltverbands schlicht offengelassen (Rn. 28 ff., 34 ff., 52 ff.).

Das war aus Sicht der Großen Kammer zu wenig. Zur

Begründung dieser Anforderung an das *nationale* Prozessrecht verwies sie auf ihre Ausführungen zu Artikel 34 EMRK: Die Komplexität des Klimawandels und das Erfordernis, diejenigen hinreichend vor Gericht zu repräsentieren, die in der Zukunft unter den Folgen des Klimawandels leiden werden, verlange nach einer starken Rolle von Umweltverbänden – und zwar eben auch im nationalen Recht (Rn. 614, 622). Der EGMR ist also offenbar bereit zu prüfen, ob die Vertragsstaaten den Umweltverbänden in ihrem nationalen Recht eine ähnlich hervorgehobene Rolle vor Gericht zuweisen, wie dies der EGMR nun für die EMRK-Individualbeschwerde vorsieht. Dabei greift der EGMR auf die [Aarhus-Konvention](#) zurück (Rn. 491). Offen bleibt, ob es genügt, wenn nationale Gerichte die Klagebefugnis von Umweltverbänden ernsthaft prüfen (selbst, wenn sie die Klagebefugnis letztlich im Ergebnis mit angemessener Begründung ablehnen), denn der Vorwurf gegen die Schweiz zielte vorrangig auf die praktisch unterbliebene Auseinandersetzung mit dieser Frage. Einschränkend stellte der EGMR weiterhin klar, dass Artikel 6 EMRK kein Recht vermittelt, vor nationalen Gerichten legislative Akte (wie parlamentarische oder in Volksabstimmung erlassene Gesetze) außer Kraft zu setzen oder zu verwerfen, wenn das nationale Recht dies nicht selbst vorsieht (Rn. 594, 609). Sicher ist allerdings: Das Urteil gibt der Position von Umweltverbänden in nationalen Klimaklageverfahren Rückenwind.

Schlussfolgerungen

Insgesamt sind die Folgen der Klimaentscheidungen der Großen Kammer für die nationalen Rechtsordnungen der EMRK-Vertragsstaaten signifikant. Es sind allerdings nuancierte Entscheidungen, die „gemischte Signale“ senden. Sowohl jene, die sich eine aktivere Rolle von Gerichten für einen strengeren Klimaschutz wünschen, als auch diejenigen, die staatliche und demokratische Einschätzungsspielräume im Klimarecht verteidigen, werden Grund für Lob und Kritik finden. Für einen regionalen Menschenrechtsgerichtshof, der über eine hochpolitische Frage zu entscheiden hatte, ist dies nicht das schlechteste Ergebnis.

Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Übersetzung eines auf dem [Verfassungsblog](#) erschienenen englischsprachigen Textes.

Jakob Hohnerlein

Who is afraid of *actio popularis*?

On Separating Rights and Remedies in the ECtHR's Climate Judgment

doi: 10.59704/fb65e8e747132955



In its [judgment](#) in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, the European Court of Human Rights (ECtHR) has, for the first time, recognized a right to climate protection. The Court's reasoning is certainly innovative – and for this reason, an easy target for critics. Yet, as far as the merits are concerned, the argument that Art. 8 ECHR requires states to engage in climate-change mitigation does not come as a surprise. The Court views the Convention as a living instrument and has developed new dimensions of its rights for decades, as have many other human rights organs and constitutional courts like the German Bundesverfassungsgericht and, at least in the past, the U.S. Supreme Court. More surprising is the ECtHR's reasoning on who has standing to invoke the right to climate protection: For fears of *actio popularis*, the Court decided that individuals could only lodge complaints under very high thresholds. However, to ensure the justiciability of the new right, the Court accepted the standing of associations, drawing a parallel to environmental NGO litigation under the Aarhus Convention and European Union (EU) law. I would like to raise doubts about this parallel. Litigation by environmental NGOs has so far served as a means to review the legality of administrative action where no one claims a violation of rights. But why should a human right be invocable only by associations rather than by individuals? Drawing on the experience from Germany, I argue that the Court's fear of *actio popularis* amounts to an uncomfortable and unwarranted separation of rights and remedies.

Subjective rights and objective law: A German view on the *actio popularis* exclusion

The *actio popularis* exclusion is familiar in the domestic administrative law of many countries. In Germany, it is applied in a particularly stringent way. The distinction between subjective rights and objective law is at the heart of the doctrine. To challenge executive action in court, it is not enough to argue that it was illegal. One needs to invoke a violation of one's rights (§ 42.2 of *Verwaltungsge-*

richtsordnung [Code of Administrative Courts Procedure], for an overview, see [Anna Katharina Mangold](#)). In 19th century Germany, the crucial role of rights for judicial review of administrative action was the natural consequence of the constitutional monarchy: The administration had to respect the rights that the constitution or legislation had granted to the "subjects." Beyond rights, the authorities, acting on behalf of the sovereign monarch, were legitimized to act for the common good according to their own ideas. In a democratic state, excluding *actio popularis* is not so self-evident. If the common good is to be determined in democratic law-making processes rather than by an autonomous administration, it is not unthinkable to allow every citizen to challenge executive action for non-compliance with objective law. Nevertheless, the *actio popularis* prohibition was retained in Germany as well as in most democratic states.

There are reasons for this beyond pure pragmatism: In constitutional democracies, individuals enjoy a double legal status as political citizens and private persons. For the *political status*, it is crucial to participate in the making of objective law (by voting, but also by contributing to the public discourse through political speech and assemblies), which will then guide executive action. The political status is not thought to imply standing in court to challenge administrative action in an *actio popularis*. Indeed, the political status is closely connected to the idea of acting together with one's co-citizens, and going to court on one's own does not fit with this. By contrast, for their *status as private persons*, it is essential that individuals do not only have rights that limit the exercise of public powers, legislation as well as executive action, but also remedies to address rights violations in court. Constitutions and human rights treaties highlight this point, as they include a right to an effective remedy in ordinary (administrative) courts (see Art. 13 ECHR) and institutionalize individual complaint mechanisms at constitutional and international courts. As [Mattias Kumm](#) has argued, it is an essential feature of rights that individu-

als have an institutionalized opportunity to ask public powers for a justification.

The problem of enforcing objective law and the idea of environmental NGO litigation

If individuals may only invoke rights in courts, there is a risk that (democratic!) objective law is not sufficiently enforced. In West Germany after 1949, courts tried to mitigate the problem by strategies for a broader review of objective legality on the basis of subjective rights. All administrative decisions that limit constitutional rights of the addressees (at least the “general freedom of action” recognized under Art. 2.1 GG) were subjected to a broad review with the argument that a failure to comply with all applicable objective law amounted to a violation of those rights. In cases of enforcing legally guaranteed benefits or challenging the legality of administrative decisions in favor of third parties, courts read many pieces of legislation as conferring rights to groups of individuals. In environmental law, for example, emission limits for industrial installations are understood to be in the interest not only of the public but also of neighbors of the installations, who are thus entitled to invoke them in court.

For certain areas of legislation, no plausible argument can be made that they are in the interest of concrete persons rather than just the general public. This is especially clear for parts of environmental legislation. And precisely in this field, there are particular concerns about an enforcement deficit. A solution was found in a novel instrument, first introduced in Germany by several Länder in the 1980s in the legislation on the protection of natural resources: Registered environmental associations were allowed to invoke the illegality of executive decisions in court. In 1998, standing of environmental associations has reached the international level. The [Aarhus Convention](#) aims to improve environmental protection by strengthening civil society participation. In this context, Art. 9 calls for access to justice for environmental NGOs. EU law has taken up the approach and now requires access to courts for NGOs in the Environmental Impact Assessment Directive (Art. 11) and the Industrial Emissions Directive (Art. 25). Germany initially implemented the European obligations in a half-hearted way, allowing environmental NGOs only to invoke non-compliance with those provisions that also neighbors could invoke. Against this approach, the [CJEU](#) pointed out that environmental NGO

litigation as prescribed in the directives serves to ensure compliance with all environmental legislation. Today, the [Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz](#) allows NGOs to initiate full judicial review of whether executive decisions comply with all applicable environmental laws (on the development, see Mangold, p. 248 ff.).

Everyone’s rights, no one’s remedy?

If, as the German experience suggests, the *actio popularis* exclusion serves to bar individuals from invoking objective illegality that does not concern rights, while standing of associations is a way to enforce objective legality despite the *actio popularis* exclusion, it is hard to see why this should have any relevance for the ECHR. Human rights are, after all, rights. Art. 34 ECHR enables everyone (after having exhausted domestic remedies) to bring cases to the Court, arguing that a state’s measure has violated his or her rights. For individual administrative and judicial measures, establishing the “victim status” is straightforward, and the only question is whether, under certain circumstances, “indirect victims” like close family members can lodge complaints, too (the Court recalls its case law on this in §§ 460 ff.). But if the rights of the Convention also bear on measures of general legislation it must be possible for a broader group of people to invoke that the legislation violates their rights. Here, the Court points out (§ 469) that following *Tănase v. Moldova*, persons can be victims “if they belong to a class of people who risk being directly affected by the legislation, or if they are required either to modify their conduct or risk being prosecuted”. In many cases about legislative measures, e.g., criminal law provisions, that class of people is limited. This is different for legislative omissions in the climate-change context. As the Court notes, “everyone may be, one way or another and to some degree, directly affected, or at real risk of being directly affected, by the adverse effects of climate change” (§ 483). The natural consequence would be that everyone can be a victim of legislative omissions and thus lodge a complaint under Art. 34 ECHR.

This consequence seems unacceptable for the Court, as it would risk to undermine the exclusion of *actio popularis* (§ 481). Thus, the Court understands the *actio popularis* exclusion in the sense that it should not be possible for “anyone from the people” (*quivis ex populo*) to invoke legislative obligations about climate-change mitigation – even though these obligations follow from rights. The judgment suggests that everyone has a right to suffi-

cient climate protection, but not necessarily the remedy of Art. 34 ECHR. As there has to be a “limiting criterion” (§ 485), individuals may lodge complaints only when they can establish to be particularly severely affected. The individual applicants in *Klimaseniorinnen* and the parallel cases did not meet this high threshold. In order to ensure the right to climate protection to be practically effective despite this, the Court found the creative solution to allow standing of associations following the Aarhus model (§§ 489 ff.).

But why should, for fears of *actio popularis*, individuals be barred from invoking not only mere objective illegality, but also their rights? The ECtHR is not the only court that finds it necessary to limit the circle of complainants (the CJEU’s jurisprudence on remedies of individuals against general regulations under Art. 263 TFEU is another example), but there are also courts that do not share the restrictive view. Notably, the German Bundesverfassungsgericht has accepted, in cases about the “right to democracy” developed from the right to vote as a limit to European integration (e.g., BVerfGE 123, 267, § 171), and in cases about limits to public security legislation from privacy rights (e.g., BVerfGE 133, 277, § 83), that virtually everyone can lodge a constitutional complaint. In its own case on climate-change mitigation, the court explicitly rejected the *actio popularis* argument: “In constitutional complaint proceedings, it is not generally required that complainants are especially affected – beyond simply being individually affected – in some particular manner that differentiates them from all other persons” (BVerfGE 157, 30, § 110).

As a reason for its restrictive view, the ECtHR points to the risk of “disrupting national constitutional principles and the separation of powers by opening broad access to the judicial branch as a means of prompting changes in general policies regarding climate change” (§ 484). Worries about the courts intervening too much with democratic legislation must certainly be taken seriously. However, they are not about who may initiate judicial review, but about what precisely the courts, at the request of some complainant, should oblige legislation to do. At the merits stage, constitutional and human rights courts face the delicate task of not overly curtailing policy space while at the same time developing the rights guarantees in a way that they are practically effective. The Bundesverfassungsgericht arguably went too far in its jurisprudence on limits to European integration. In the field of

climate-change mitigation, too, courts should not require specific measures of policy, but oversee that states seriously engage in this task after all. Whatever one thinks of the Court’s precise argument on the merits (a first analysis has been posted [here](#)), this is independent of who is able to bring the case to the Court.

Another reason for the *actio popularis* argument might have been, as suggested [here](#), the fear of case overload. This is understandable, but there are other means to control the number of cases that reach a close evaluation on the merits. One important means is to require that appellants present a well-founded argument. This might explain why the Bundesverfassungsgericht was not afraid of granting broad access. The ECtHR, too, can sort out “manifestly ill-founded” applications at an early stage under Art. 35.3.a ECHR.

Is the right to climate protection really a human right?

The ECtHR’s fear of *actio popularis* amounts to an uncomfortable separation of rights and remedies. It might, however, be conceivable to read the judgment in a different way: What the Court meant by the “right to climate protection” might not be a real right, but a principle of objective law similar to the German Art. 20a GG, which establishes environmental protection as a policy objective. The text of the ECHR does not contain principles of that sort. But it might be possible to develop them from rights by interpretation (this idea is not uncommon in German constitutional law). In the climate change context, fair intergenerational burden-sharing (the Court refers to this in § 420) is an obvious candidate for obligations from objective principles since unborn future generations cannot have rights yet. If (or as far as) states’ obligations follow from a principle of objective law rather than from a right, individuals cannot be considered victims under Art. 34 ECHR. And, since the state complaint under Art. 33 might not be an effective means to enforce the principle, it is plausible to draw on the Aarhus approach of NGOs enforcing objective environmental law. This is a possible argument. But the Court decided to stay more along the traditional lines of developing rights, arguing that “Article 8 must be seen as encompassing a right for individuals to effective protection by the State authorities from serious adverse effects of climate change on their life, health, well-being and quality of life” (§ 519, my emphasis). And it is certainly plausible to assume that climate-change mitigation is something which sta-

tes are not just legally obliged to do, but something that they owe to all of us. But why should we then not be able

to claim it at the Court?

Umberto Lattanzi

Climate Litigation Reaches Italian Courts

Giudizio Universale

doi: 10.59704/dd766ba1a0226d4d



The [Giudizio Universale decision](#) of the Tribunal of Rome of 26 February 2024 is Italy's [first climate litigation case](#). As such, it is part of a wider transnational phenomenon. In my analysis, I show how the decision interacts with litigation in other countries. Beforehand, I situate the judgment in the Italian legal order.

Particularly, the dismissal of the case on jurisdictional grounds for concerns of separation of powers shows the difficulty of translating a transnational legal argument, [essentially derived from the Urgenda litigation](#), into national legal orders. Specifically, the main contextual obstacles to the success of Urgenda-like claims in Italy are two, which will also make it more difficult to rely, in domestic cases, on [the recent decisions by the European Court of Human Rights](#). First, longstanding tort law doctrines bar ordinary courts from holding the State liable for the exercise of legislative powers; second, the lack of a framework climate change legislation makes it impossible to raise a case before the Constitutional Court. Overall, it is rather difficult for national courts to intervene and adjudicate the adequacy of Italy's systemic mitigation efforts.

At the same time, the [Giudizio Universale](#) litigation also contributes to the gradual development of transnational legal arguments, specifically as to the relationship between the domestic legal order and the Paris Agreement, often invoked in domestic climate litigation as a source of mitigation obligations.

A brief summary of the case

[More than 200 individuals and ecologist associations](#) sued the Italian State before the Civil Tribunal of Rome, basically arguing that the State's efforts to mitigate climate change are insufficient to meet the Paris Agreement targets, [which, admittedly, actually appears to be the case](#). They submitted that climate change adversely affects, among others, their right to life (Art. 2 ECHR and Art. 2 It. Const.), to health (Art. 32 It. Const.), and to private and family life (Art. 8 ECHR). Since the State must pro-

tect said fundamental rights, it is under a positive obligation to combat climate change, a line of argumentation adopted also by the ECtHR in [KlimaSeniorinnen](#) (para. 431-436; 478; 519).

Regarding the remedies sought, the applicants asked the Tribunal to declare the State non-contractually liable under [art. 2043](#) of the Italian Civil Code for having failed to take the necessary mitigation measures. Moreover, the plaintiffs requested the grant of a remedy under [art. 2058](#) of the Italian Civil Code, according to which "the injured party may request restoration in kind when this is possible in whole or in part". Specifically, in the absence of any framework legislation for climate change action in Italy (see *infra*), the plaintiffs asked the Tribunal to order the State to "take all necessary measures, *including legislative measures*, to reduce artificial national CO₂-eq emissions to 92% below 1990 levels by 2030" (emphasis added).

The Tribunal found that it did not have jurisdiction over the claims and did not have the power to grant the remedy requested because "the complaints lodged are directed against the political choices made by the holders of State sovereignty as to the concrete ways in which they combat climate change" (p. 12 of the [judgement](#)): it is not for ordinary courts to order the legislature whether to pass legislation and of what content.

This case, though unsuccessful ([albeit plaintiffs will probably appeal it](#)), contributes to showing the growing relevance of climate change in the Italian legal context. In this respect, [the constitutional reform of 2022](#) must be mentioned. Specifically, para. 3 of Art. 9 was added, which reads: "[the Republic] protects the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations". Moreover, Art. 41 provides that the right to conduct a business, though protected, cannot conflict with social utility, security, freedom, human dignity, and, after the reform, health and the environment.

The new provisions, somewhat similarly, e.g., [to Art. 20a of the German Basic Law](#) (see the [BVerfG decision in Neubauer](#), para. 112), create general principles ad-

dressed at all State powers, and mainly at the legislator, rather than actionable subjective rights. Moreover, although they do not expressly mention it, the duty to take action against climate change is **inherent therein**: the mitigation of climate change is the precondition for the protection of both the environment and the ecosystems.

However, neither the plaintiffs, who initiated the proceedings before the constitutional reform was adopted, nor, regrettably, the Tribunal considered these new provisions, which, in any case, wouldn't have fundamentally changed the outcome of the case.

Non-justiciability and climate litigation

The main ground the Tribunal invoked for dismissing the case was that, in the Italian legal order, except in the case of failure to transpose EU Directives, the **courts are prevented from holding the State liable for the (non-)exercise of legislative prerogatives** on the grounds of the separation of powers and due to the consideration that the exercise of legislative prerogatives is free in terms of the objectives it pursues. Similarly, ordinary courts are prevented from ordering the State and its bodies to enact new legislation. Consequently, and despite the fact that **a similar remedy was granted in France**, recourse to the remedy of the restoration in kind, which depends on the establishment of non-contractual liability, was excluded.

On this note, the ECtHR just reiterated in *KlimaSeniorinnen* that “Article 6 [ECHR] cannot be relied upon to institute an action before a court for the purpose of compelling Parliament to enact legislation”, accepting that “maintaining the separation of powers between the legislature and the judiciary is a legitimate aim as regards limitations on the right of access to a court” (para. 609 and 627).

The Rome Tribunal's judgement is **not singular** in dismissing the case on **jurisdictional grounds**. Among many, the US Court of Appeals for the 9th Circuit dismissed the case in *Juliana* by holding that “the plaintiffs' case must be made to the political branches or to the electorate at large” (p. 32); so did the **Federal Supreme Court of Switzerland in *KlimaSeniorinnen*** (para. 4.4.) and, with regard to the exercise of legislative prerogatives, the **French Conseil d'État in *Commune de Grande-Synthe*** (para. 2).

The **Hoge Raad in *Urgenda***, the **BVerfG in *Neubauer***, and the **Irish Supreme Court in *Friends of the Irish Environment*** all reached the opposite conclusion and allowed

the case, placing the protection of individual rights above considerations of the separation of powers.

The absence of framework legislation on climate change

A review of the above cases reveals a correlation: when plaintiffs asked courts to compel the political branches to enact new legislation, they often failed due to separation of powers considerations (as in *Giudizio Universale*; *Urgenda* is an exception in this regard). Conversely, in cases where they sought the review of existing **framework legislation**, their claims were often deemed admissible.

Intuitively, it is one thing for the courts to review existing legislation and determine whether it adequately protects fundamental rights; it is quite another for judges to order the respondent governments to enact new legislation with specific content, thus indirectly creating new legislation.

As to Italy, despite pending legislative proposals (nos. 743 and 1007 before the Senate and no. 1082 before the House), it **lacks a framework climate change law** setting out the overall objectives and the main policies, thus also implementing the new constitutional provisions. Instead, climate change regulation is **sparse** and consists of a large number of sectoral legislative and regulatory acts. There are two general planning documents: the **National Integrated Energy and Climate Plan**, adopted under the **EU Regulation 2018/1999**, and the **Ecological Transition Plan**. However, these are political documents without normative force, in need of further legislative and administrative implementation.

Significantly, this also translates into an obstacle to mounting a constitutional case addressing, also in light of the new constitutional provisions, the systemic efforts in climate change mitigation undertaken by Italy. In fact, under art. 134 of the Italian Constitution, the Italian Constitutional Court is only empowered to review existing legislative acts and not also the (omissive) conduct of public bodies.

International climate change law in domestic litigation

Finally, as in cases in other jurisdictions, the claimants in *Giudizio Universale* argued that the temperature target set out in the Paris Agreement limits the legislator's discretion in elaborating its climate policy. Interestingly, they argued that the Italian legislator is bound by scien-

tific evidence, in this case, as incorporated in the Paris Agreement. This approach, though not uncontroversial, is comparatively novel and helps to better understand the arguments used in other litigation.

Article 2 of the [Paris Agreement](#) sets the objective of limiting “the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels,” subsequently lowered at the [COP 26](#) in 2021. Although the Paris Agreement [does not create international obligations for the Parties to reduce their greenhouse gas emissions](#), the targets it sets are considered to reflect the [scientific consensus](#) on the level of mitigation required.

Be that as it may, the Paris Agreement is often invoked by claimants [in domestic litigation](#), generally by developing two different arguments, both present in the claimants’ arguments in *Giudizio Universale*: first, as a direct source of obligation for the States and, second, “as evidence of fact, to show that a failure to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels poses the threat to life [...], and that there is an international consensus to that effect” (*Plan B. Earth v. Prime Minister*, para. 52).

While the first line of argument has generally failed, the second has been, to some extent, more successful.

Among the courts that rejected it, the [English High Court of Justice](#) stated that “the problem is that the Claimants are using compliance with the Paris Temperature Limit as a test for compliance with Article 2 (and Article 8) [ECHR]. The effect is that the Court is being asked to enforce the Paris Agreement [an unincorporated treaty]” (para. 53).

On the contrary, the *Hoge Raad*, the *BVerfG*, and the *Conseil d’État* used this argument themselves, ultimately determining the content of the State’s duty to take action against climate change in the light of the targets set out in the Paris Agreement (see respectively para. 7.2 of *Urgenda*, para. 205-210 of *Neubauer*, para. 12 of *Commune de Grande-Synthe*). The ECtHR also adopted a similar reasoning in *KlimaSeniorinnen* (para. 104-120; 542-548).

In *Giudizio Universale*, the applicants, after claiming that the Paris target temperature reflected the general consensus of the scientific community, argued that the

Italian State was bound, under constitutional and international law, to apply the best available scientific knowledge, which limited its discretion and served as a parameter for the validity of its decisions. In this way, scientific findings, which are descriptive in nature, become constitutional imperatives of a normative nature.

Given the implications of this argument for the separation of powers and for democratic legitimacy, the clarity with which it is presented in *Giudizio Universale* is certainly to be welcomed, not least because it clarifies the meaning and the implications of invoking the Paris Agreement “as evidence of fact” of the need to stay within the Paris target temperature and of the scientific consensus in that regard, as above discussed.

Climate litigation in Italy - some takeaways for the time being

With *Giudizio Universale*, climate litigation has found its way to Italy. This case has many aspects in common with the general transnational phenomenon, both in terms of the structure and content of the legal arguments used. It also highlights the difficulties that legal procedures, especially in tort law, face in living up to the high social expectations of legal and political change connected to this kind of proceedings.

Transnational climate litigation is certainly a conversation in which arguments are confronted and gradually refined, building on the experiences of others and adapting them to the specificities of each jurisdiction. The Rome Tribunal has now joined this conversation: unlike more ‘progressive’ courts, which have challenged pre-existing legal and constitutional arrangements and adapted them in the face of the existential threat that climate change surely poses, the Rome Court has confined itself to applying long-established doctrines and rules of the Italian legal order that limit the role of the judiciary vis-à-vis the legislature; without fundamentally challenging them, the Tribunal couldn’t allow the plaintiffs’ case, frustrating as such an outcome that might be perceived by many, also in light of the many cases in which foreign courts entertained similar claims.

Moritz Vinken, Paolo Mazzotti

The First Italian Climate Judgement and the Separation of Powers

A Critical Assessment in Light of the ECtHR's Climate Jurisprudence

doi: 10.59704/447a09dde0793803



On 26th February 2024, in its *Giudizio Universale* decision, the Tribunal of Rome penned the first Italian climate judgement (already reported also [on this blog by Umberto Lattanzi](#)). The Tribunal declined to rule on the applicants' request for an order compelling Italy to upscale its ambition in climate change mitigation, based on the separation of powers. According to the Tribunal, the claim could not be entertained, as it intruded into the *domaine réservé* of 'politics'.

Shortly after, on 9 April 2024, the ECtHR handed down its seminal trio of *KlimaSeniorinnen v. Switzerland*, *Duarte Agostinho v. Portugal and Others*, and *Carême v. France*. In this monumental string of cases, the ECtHR [set the new standard for climate litigation in Europe](#), also regarding separation of powers. This invites a critical assessment of *Giudizio Universale's* stance.

In what follows, we briefly summarise *Giudizio Universale*, as well as the principles concerning separation of powers in climate litigation to be inferred from the ECtHR's decisions. With the assistance of other leading climate cases, we then critically test *Giudizio Universale's* consistency with the ECHR.

The *Giudizio Universale* judgement

The *Giudizio Universale* judgement was delivered in response to [a claim](#) submitted in 2021 by a patchwork of environmental activists. In their petition, the claimants argued that:

- International climate law places a 'climate obligation' on the Italian State, which compels Italy to cut GHG emissions to the extent necessary to reach the Paris Agreement's 1,5°C goal (§§ IV.2-IV.21 of the petition);
- According to [an NGO Report](#) based on the IPCC's findings and methodology, this concretely requires Italy to reduce emissions by 92% from 1990 levels by 2030 (§§ III.9-III.15);

- Failure to abide by the 'climate obligation' would affect the very core of several domestic and European fundamental rights, such that compliance with it could be demanded under Italian law's general tort provisions (§§ V.1-V.26, VI.1-VI.5);
- Italy failed to adopt the aforementioned emissions reduction target, sticking to a more modest -36% objective by 2030. Consequently, the State could be ordered to bring its climate policy in line with the -92%-by-2030 target (§§ VI.6a-VI.28).

In its ruling, the Tribunal acknowledged that several EU and international acts compel Italy to take climate action (pp. 8-9). The judge subsequently noted, however, that the claimants did not aim at enforcing those legal norms as such; rather, they *de facto* invoked an alleged, self-standing and vaguer right to a balanced climate derived from Art. 2 of the Italian Constitution as well as various sources of international law, including the European Convention on Human Rights (pp. 9-10). According to the Tribunal, such decoupling of the claim from the identification of 'specific unlawful decisions' boiled down to a request for an order which would 'oblige the State to adopt any necessary and suitable measure' to bring about the desired reduction in GHG emissions (p. 10). However, according to the Tribunal:

'It cannot be maintained that there exists a private law obligation for the State, amenable to enforcement on the part of individuals, to reduce emissions in the way asked for by the claimants. In this sense, the interest for which the claimants are demanding protection (...) does not form part of the subjective interests protected by the law, *in that the decisions pertaining to the ways and timing in which anthropogenic climate change is to be handled (...) fall within the competence of the political organs and cannot be ruled upon in the present case*'

(p. 12, emphasis added).

Consequently, the Tribunal dismissed the claim without examining its merits, deeming *any* decision on climate change mitigation to be *ipso facto* immune from judicial scrutiny before ordinary courts.

Separation of powers in climate litigation: insights from the ECtHR

The starting point of our discussion is the ECtHR's finding that the rights to life (Art. 2 ECHR) and to private/family life (Art. 8 ECHR) entail an obligation to pursue climate neutrality (in principle, by 2050), although a wide margin of appreciation exists regarding the means to attain it (*KlimaSeniorinnen*, paras 543-548; [here](#) for more detail). States are hence obliged to adopt and effectively implement emissions reduction pathways tailored to that goal, based on the best available science, also incorporating the principle of intergenerational equity (paras 549-550; on intergenerational equity, see [here](#)). These obligations apply indistinctly to legislative, executive, and judicial authorities (para 550). In so maintaining, the ECtHR arguably acknowledges the principled legitimacy, at the very least, of judicial orders that require the political organs to adopt an emissions reduction pathway. Further, the Court seems to suggest that such orders may also enforce, including *vis-à-vis* existing pathways, the legal constraints imposed by the ECHR upon them (i.e. the requirement that the pathway pursue climate neutrality by 2050, and that in so doing it be based on climate science and incorporate the principle of intergenerational equity).

This reading seems to be reinforced by *Duarte Agostinho*. Here, the ECtHR declared inadmissible, for failure to exhaust local remedies, a claim also grounded (*inter alia*) on Arts. 2 and 8 ECHR. In finding that the case should have first been brought before the Portuguese courts, the ECtHR seems to suggest that said courts would indeed have been competent to issue an order to adopt measures with a view to climate neutrality (see para 226). To a large extent, this is admittedly due to the peculiar features of the Portuguese legal system, which offered ample opportunities for such an order (see paras 218-224). However, the ECtHR also underlines that the exhaustion of local remedies requirement mirrors, in principle, Art. 13 ECHR's obligation to provide effective remedies for Convention rights (para 215). In so doing, the ECtHR may be implying that Art. 13 would require remedies comparable

to those available in Portuguese law to also exist in other systems, as a matter of Convention law. Regrettably, however, the Court in *KlimaSeniorinnen* eschews separate analysis of Art. 13 (para 644), such that this question is not explicitly elucidated.

Yet, in *KlimaSeniorinnen*, the ECtHR also provides hints in the opposite direction. In analysing whether Switzerland breached the right of access to court (Art. 6 ECHR) by rejecting the applicants' claim as an *actio popularis* 'judicialising' matters reserved to the political process (paras 22-63), the ECtHR distinguishes two scenarios (paras 631-634):

- The separation of powers can, in principle, justify refusals to adjudicate claims concerning 'issues pertaining to the democratic legislative process'. As such, as a general matter, 'Article 6 cannot be relied upon to institute an action before a court for the purpose of compelling Parliament to enact legislation' (para 609).
- This is not the case, however, for claims aiming at redressing failures to effectively implement targets which have already been set by the political organs.

Therefore, there seems to be a tension between the holdings concerning Arts. 2 and 8 ECHR viewed against the background of Art. 13 ECHR, on the one hand, and Art. 6 ECHR, on the other hand. However, we understand the Court's holdings concerning climate neutrality as a substantive obligation to be crucial in elucidating what the 'democratic legislative process' amounts for the purposes of Art. 6 ECHR. In fact, a holistic reading of this jurisprudence may suggest that the ECHR does not require that domestic judges be able to dictate precise pathways towards climate neutrality. On the other hand, a court merely setting that overall aim could be seen as safeguarding individual fundamental rights, rather than interfering with democracy (as the ECtHR explicitly maintains in analysing its own role *vis-à-vis* the domestic political process: see *KlimaSeniorinnen*, paras 412-413 and 449-450). The same would go, in principle, for a court ordering the revision of a legislated target found to fall utterly short of science's indications on climate neutrality, or not to comply with intergenerational equity. In our submission, rejecting these possibilities would clearly contradict the ECtHR's acknowledgement of 'the key role which domestic courts have played and will play in climate-change litigation' (*KlimaSeniorinnen*, para 639).

Separation of powers in litigating emission reduction targets: Revisiting the Italian case

The Italian judgement sits uneasily with the principles distilled above (as also suggested [here](#); for a different take, see [here](#)). This can be more fully realised by situating the decision in the transnational panorama of climate litigation.

In this context, the question of separation of powers typically arises when emissions reduction targets are challenged. Courts' approaches towards this question can be placed on a spectrum. Two variables are of crucial importance: on the one hand, the extent to which courts deem concrete emissions reduction targets, despite their complex socio-economic implications, to be [amenable to being set by the judiciary](#); on the other hand, the role played by [climate science](#). The variety of possible solutions to this question can be grasped by taking a quick glance at the three leading precedents cited by the Tribunal of Rome itself (*Giudizio Universale*, pp. 7-8):

- The [Urgenda judgement by the Dutch Hoge Raad](#);
- The judgement of the *Tribunal administratif de Paris* concerning [Oxfam France et autres](#); and finally
- The [Neubauer](#) judgement by the German *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).

In *Urgenda* the court ventures farthest by imposing a concrete target exclusively drawn from climate science, in the absence of a target set by the domestic legislature (for a critical retrospective, see [here](#)). At the opposite end of the spectrum, in *Oxfam*, the court merely found that the government had not complied with its legal obligation to attain a previously legislated reduction target, and requested a second target to be adjusted accordingly (see [here](#) and [here](#)). Finally, with *Neubauer*, the BVerfG positioned itself somewhat midway, by holding on to the legislature's own overall target (the Paris Agreement's temperature target and climate neutrality by 2050). However, based on climate science's calculation of the carbon budget remaining for that target to be concretely attainable, the court reviewed whether the legislature's reduction pathway comported with intergenerational equity. Concluding in the negative, the BVerfG ordered that the legislature revise its pathway, distributing equitably the burden of mitigation between generations (see, critically, [here](#)). This palette of approaches shows that separation of powers can translate into practice in a variety of forms.

Even assuming that any deliberation on reduction targets entails inherently 'political' decisions, this fact alone does not exhaust the complexities of the science-law-politics nexus.

This has now also been underlined by the ECtHR. Based on the principles elicited above, all of the aforementioned solutions can be deemed compliant with the ECHR. In fact:

- *Urgenda's* target-setting in light of climate science seems to go even farther than *KlimaSeniorinnen's* reading of Arts. 2 and 8, by directly setting an interim reduction target;
- *Neubauer's* order on the equitable reduction pathway based on climate science appears to align most closely with *KlimaSeniorinnen's* stance on Arts. 2 and 8, including their intergenerational equity component;
- *Oxfam* seemingly comports with *KlimaSeniorinnen's* stance on the implications of Art. 6 for the enforcement of existing targets.

This casts a new light on *Giudizio Universale*. In fact, the claimants here were pursuing a case lying somewhere between *Urgenda* and *Neubauer*. Whereas Italy already had an emissions reduction target (as in *Neubauer*), the claimants sought to have it substituted by another, specific and more ambitious one decided by the court, based on climate science (as in *Urgenda*). However, the authority for this deference to science was derived, in turn, from the incorporation of the Paris Agreement's temperature goal into democratically legitimised legal acts (as in *Neubauer*). The Tribunal's decision, by contrast, falls even far beyond *Oxfam*, deeming politically-deliberated emission reduction targets to be completely immune from judicial scrutiny (rather resembling [US climate litigation](#)).

However, such a complete immunisation seems not to be ECHR-compliant. In fact, if States must pursue climate neutrality through the setting of emissions reduction targets under Arts. 2 and 8, then Art. 13 implies the possibility for claimants to rely on an effective remedy for such targets to be put in place. This seems to be the case not only in the *Urgenda*-like scenario where such a target is completely absent, but also when, like in the Italian case and *Neubauer*, an existing target does not stand scientific scrutiny (or, for that matter, does not respect intergenerational equity). Further, considering Italy's jurisdiction of the Paris temperature target, *KlimaSeniorin-*

nen's take on Art. 6 might further buttress such science-based reviewability of politically-backed targets, against the background of the overarching legal commitment to the temperature goal.

Admittedly, the ECtHR's pronouncements left many questions open. Still, what claimants can request in climate litigation is becoming clearer. In this light, the Italian applicants' demand for a concrete reduction target appears unnecessarily daring. In fact, the model resulting from the transnational case law (now backed by the ECtHR) entails courts mostly [overseeing](#) the obligation for political organs to come up with legally-constrained mitigation pathways. However, what equally emerges from the ECtHR's jurisprudence is the unacceptability of the Tribunal of Rome's 'all-in' understanding of separation of powers, and more generally of its take on the science-law-politics nexus (also underlined in the Italian debate:

see [here](#), [here](#), and [here](#)).

In fact, by failing to acknowledge this complex interrelationship, the Italian judgement stands for an almost complete retreat of litigation from global climate governance. This, however, is currently untenable, [conceptually](#) no less than [empirically](#). The hope is thus that, in the [appeal](#) against *Giudizio Universale*, the new ECHR-backing for such untenability will allow for more careful analysis of this question. In fact, Italian political institutions only recently started timid attempts at introducing a 'framework climate law' (more detail [here](#)). The enduring absence of such legislation appears to fall short of compliance with the ECHR, as interpreted in *KlimaSeniorinnen*. The judiciary's impetus might thus prove crucial in discharging the obligations placed by the ECtHR's climate jurisprudence on the ensemble of Italian authorities.

Merijn Chamon

A Rejoinder to Citizenship for Sale (Commission v Malta)

Some Remarks and Counterarguments

doi: 10.59704/6316e22d0f570c6d



In his piece on *Citizenship for Sale* of 14 April 2024, Joseph Weiler criticizes the European Commission's *infringement procedure* against Malta's golden passport scheme. The reason why the Commission should (or could) not have brought the case and the Court should not uphold it, essentially seems to come down to the triple argument that:

- The EU does not have competence to regulate national citizenship, as a result of which the Commission should not be allowed to circumvent this lack of competence by going to the Court pursuant to Article 258 TFEU;
- The fundamental status of EU citizenship (which would provide the basis to argue that Malta can be restricted under EU law as to whom it grants national citizenship) was created *ex nihilo*;
- The Commission focuses on golden passport schemes although it recognizes that golden residence schemes (of other Member States) are qualitative as problematic but quantitatively more significant.

While the present reply does not argue that the Court will necessarily find in the Commission's favour, the Commission's legal claim and strategy do not seem to be as (constitutionally) problematic as Weiler make them out to be. Three counter arguments substantiate this:

First, and as a matter of law, the first argument noted above has been tried, tested and rejected by the Court of Justice. Since the scope of EU law is broader than the scope of the EU's competences, the Court of Justice typically responds to a Member State invoking its retained competence in a matter by stating that the EU indeed does not have competence but, "the fact remains that, when exercising [their] competence, the Member States are required to comply with their obligations deriving from EU

law." (para. 56) This reasoning by the Court was coined the "no, but" reasoning by De Witte, and can be found in numerous policy areas falling within national competence, the rule of law being the most recent illustration. Specifically regarding national citizenship Callies (already in 2007) surmised that Member States, when exercising their own competence "must not harm the interests of the Union and the other Member States through either a too generous or too restrictive naturalization policy."¹ Of course, it could be that legally the competence to grant national citizenship is qualitatively different from the competence to organize the national justice system or to raise taxes, but to argue that point, one would first have to engage with the "no, but" jurisprudence of the Court.

In cases on the withdrawal of national citizenship, such as *Rottmann*, *Tjebbes*, and *JY*, the "no, but" jurisprudence means that the Court accepts that it remains a competence of the Member States, but that Member States must ensure there is proportionality between the reason for withdrawal and the effects of the resulting loss of EU citizenship. If this is considered "good law", and we can assume that the Court considers it to be so, a similar logic is at play to argue, in relation to the grant of national citizenship. Although this is also a Member State competence, the ground for granting citizenship could not be *manifestly inappropriate*² (as part of proportionality) to reflect the "social fact of attachment, [the] genuine connection of existence, interests and sentiments" to which nationality legally gives expression (Nottebohm, p. 23), given that the fundamental status of EU citizenship (and the concomitant rights for the individual and the obligations owed to it by other Member States) flows from that national citizenship. While *van den Brink* notes that even taking into account the "no, but" jurisprudence, "there

¹ Christian Callies, *Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik*, (2007) *Europarecht Beiheft* 1, pp. 19-20.

² Putting the threshold at manifest inappropriateness would dispel Weiler's fears that "[i]t would, of course, be up to the Commission and the Court (if it follows the Commission) to decide what is a genuine link rather than to the Member States."

is no precedent for the argument that national rules on the acquisition and loss of nationality must be compatible with a genuine link requirement,” *Commission v. Malta* precisely presents the opportunity to set a precedent, and identifying such a requirement would follow the logic of the “no, but” jurisprudence. It even seems necessary to take this further step because Member States are required under EU law, following *Micheletti*, to accept that there is a genuine link between other Member States and their citizens. Since Member States cannot put such a genuine link in doubt anymore between themselves, it appears plausible to suggest that such genuine links may be presumed precisely *because* there is also a requirement flowing from EU law to that effect.

As to the second argument to the effect that the Commission’s case rests on the premise that EU citizenship is destined to be the fundamental status of the nationals of the EU Member States, Weiler is evidently right, as he argued *earlier*, that there is no clue for this “fundamental status” in the Treaties and that it was more or less conjured up out of thin air by the Court in *Grzelczyk*. At the same time, the ship of the fundamental status of EU citizenship has already sailed: the EU secondary legislator codified it in *Directive 2004/38* and the Court has reaffirmed it in over 50 cases. While it can still be debated academically, the Court will not backtrack on it in *Commission v. Malta*. The more pertinent question would then seem to be what the most persuasive legal argument is that Malta can make that limits the reach of EU law as much as possible, without challenging directly the idea of the “fundamental status of EU citizenship”.

Finally, the third argument ignores a number of legal and (potentially) strategic considerations. Legally, it is well-established that the Commission has full discretion in its choice of bringing (or not bringing) infringement cases, no matter how trivial, manifest or serious the alleged infringement (see eg *para. 22*). Even if “golden residence” schemes are objectively more problematic than “golden passport” schemes, this is legally irrelevant for the question whether the Commission could bring an infringement case and it does not affect the objective assessment which the Court will have to make (based on the evidence adduced by the Commission, see *para. 60*). It is also the objective nature of the infringement pro-

cedure that has meant that the Court is unreceptive to Member States’ arguments pointing to the lack of compliance by other Member States (eg *para. 11*). Only recently did the Court deviate from this approach in the infringement cases on the temporary relocation mechanism, noting that the Commission had still distinguished several Member States pursuant to a “neutral and objective criterion”. (*para. 81*) Assuming that this amounts to a requirement limiting the Commission’s discretion in bringing cases, it would in any event still be met in *Commission v. Malta* since that Member State would be the *only* Member State that has maintained its golden passport scheme. Such a scheme is objectively different from a golden residence scheme, despite their similar effects. Legally, Weiler questions the Commission’s approach of bringing proceedings rather than to propose EU legislation that harmonizes the national procedures to acquire residence permits or citizenship. However, both legally and strategically these are not either-or options. Without being privy to the strategic considerations entertained by the Commission, it is perfectly possible for the Commission to first initiate (a) test case(s) before the Court and later use the momentum created by the judgment(s) of the Court to propose a common EU action.³ From that perspective it may also make strategic sense for the Commission to focus on golden passport schemes rather than golden residence schemes, because if the Court finds the former to come within the scope of EU law, that would *a fortiori* also be the case for the latter. A judicial finding to this end, would then (legally) reinforce a possible proposal of the Commission pursuant to Article 352 TFEU to introduce EU harmonization in this area, as advocated by Weiler.

One can of course debate whether the Commission’s approach is strategically wise given the current socio-political context, even if one should probably not suspect that European citizens look benevolently at “pay for citizenship” schemes. However, from the perspective of “the profound values inherent in jurisdictional limits and constitutional procedures”, the principle that a Member State does not enjoy unfettered discretion, under EU law, in granting its national citizenship appears perfectly tenable.

³For a case study, see C. Woll, The road to external representation: the European Commission’s activism in international air transport, (2006) 13 JEPP 1, pp. 52-69. For an example where the Commission simultaneously pursued both paths, see European Commission, Communication concerning the development of a Single European Railway Area, COM(2010) 474 final, p. 7.

Joseph H.H. Weiler

Citizenship for Sale (Commission v Malta)

Who of the Two is Selling European Values?

doi: 10.59704/f3c2e8cfd7fcbbe7



|

The Maltese “passports for sale” (Golden Passports) was big news a year or two ago but has now disappeared below the radar of public attention. Yet, the mills of justice might grind slowly, but grind they do. The case brought by the Commission against Malta is scheduled to be heard by the CJEU sometime later this year.

So, Malta offers passports for sale.¹ *Quelle Horreur!* I hear you sniffing with disgust and indignation. They sell their citizenship, and hoopla – automatically these new citizens, *ipso facto* and *ipso jure* are European Citizens enjoying all the rights and duties which attach to such. And indeed, the club of similar states is not large and not particularly edifying comprising such world powers as Granada, St. Kitts, but also Turkey – even more reason to turn our noses up.

But if we turn to Golden Visa programs (Investor Residence is the *terminus technicus* here) the list is much larger and more respectable: According to a [2019 Commission Report](#)² which set the whole saga in motion (hereinafter the Report) no less than 20 Member States have such schemes, where the investment threshold may be as low as 100,000 Euro. In this case, the global club is far more respectable including, *inter alia*, the United Kingdom, the United States, Canada, Australia and New Zealand.

It is not the same, I hear my readers saying. No, it is not the same. But as a matter of functional interest to fellow Member States, rather than the emotive gut reaction to the notion of “citizenship for sale”, the differences are wafer thin.

Don’t take my word for it. Download the Commission Report and see for yourself.

It is a sober report, the result of a specific study³ exploring the policy concerns resulting from the practice of Golden Passports and Golden Visas. As you will shortly

see, the Report is interesting and revealing for both what is in it, and what is left out.

Most notable, already in the introduction to the Report the point is made:

Investor citizenship schemes [Golden Passport] differ from investor residence (“golden visa”) schemes.... However, the risks inherent to such schemes are similar to those raised by investor citizenship schemes.

And one may add that Golden Visas are often times a prelude to, at times fast track, naturalization and citizenship.

What are these risks? The Commission lists 4 such risks which result equally from both Golden Passport and Golden Visa schemes:

- Security – concluding that “[i]t is therefore important that any investor citizenship and residence schemes are organized in such a way as to prevent such security risks.
- Money Laundering – Here, too, the Commission concludes that “Member States should also take into account the potential risks of money laundering linked to investor citizenship and residence schemes in their national risk assessments carried out according to the EU anti-money laundering rules and take the necessary mitigating measures.
- Circumvention of EU rules – notably where licensing requirements include a nationality requirement.
- Tax Evasion – also linking the risks from both schemes.

These are real and serious concerns, well documented (except for tax) in the Report and its underlying study. I

¹ Citizenship by Investment, CBI, is the *terminus technicus*.

² COM(2019) 12 final.

³ See fn 4 id.

characterized the Report as “sober” since, with one exception (which I will discuss below), it is bereft of emotive rhetoric and is focused on the real tangible risks that result from both types of schemes. An objective reader of the Report would easily conclude that quantitatively speaking, the major risk surely would emerge from the 20 Member States operating Golden Visa schemes rather than the single Member State which operates a Golden Passport scheme.

The way to tackle these real risks would be to put in place, either under Union law or under mutually agreed Member State law and policy, specific provisions, which the Report suggests, to deal with these risks.

And if these measures – such as securing adequate security and fiscal checks before granting either residence or citizenship – were effective for Golden Visas they would be equally effective for Golden Passports. The current new EU migration law which is making its way through the appropriate process is a good example of that. It provides *inter alia* for agreed security checks which, for example, could in principle be applied also to Golden Visa and Golden Passport migrants.

And yet, when one tracks the follow-up (from publicly available Commission Press Releases⁴) resulting in the case against Malta, one notes with some astonishment that practically all references to the various risks mentioned in the Report have disappeared.

In the Commission Press Release accompanying the decision to send a Reasoned Opinion to Malta, a first step for bringing the case, there is a change of tonal register. The case against Malta is now framed as follows:

European Values are Not for Sale (emphasis in the original) which is the title under which the Reasoned Opinion is explained in the Press Release.

One can regard this as a mere rhetorical device designed to whip up public support for the prospective law suit. But given the disappearance of practically all the functional considerations elaborated in the Report, and the single focus on Golden Passports to the exclusion of Golden Visas which raise similar risks and, quantitatively, would appear to be far more serious, one might suspect a much more profound agenda lurking below the surface. One smells a rat.

To put it bluntly, it appears (to me) as I shall argue below that this is but

1. a crass attempt by the Commission to circumvent proper constitutional and decisional procedures required under the Treaties; and
2. redefine European citizenship and its relationship to national citizenship,

in the hope that the CJEU will become complicit in these attempts.

||

The logic of the Single Market is unassailable when it comes to goods. Once they enter the Union, they enjoy free circulation among all Member States. Consequently, regimes such as the Common External Tariff are in place. Given the free circulation of goods, the Member States are subject, albeit not perfectly, to a common set of disciplines.

In principle, the same single market logic should apply to persons (as “factors of production”) when it comes to citizenship and permanent and long-term residence entries. Accordingly, the conclusion would be easy enough. It would surely be an [ever] “closer Union” if the Union had e.g. a Common Migration Policy, common rules for the granting of citizenship and residence and the like.

And yet, like it or not, the Member States in successive Treaty revision have refrained from going “all in” in this direction. And why so? Humans are not merely or even principally factors of production which underlies the single market philosophy. And the question of granting nationality and long-term residence involves profound social, political, economic, moral and identitarian issues, issues in relation to which the Member States may understandably and legitimately hold very distinct views and consequently want to reserve these decisions to themselves or, at a minimum, seek to reach a deliberative European wide consensus.

But, in the same Press Release of September 29, 2022, we find, too, the following:

EU citizenship and the rights it confers lie at the heart of the EU.

Maybe it would be a bit more forthcoming to acknowledge that national citizenship lies, too, at the heart of Member State identity and in this way demonstrate cognizance that one is dealing here with the fundamental tension concerning the delicate balance between Unity

⁴I have no access to the official case documents.

and Diversity. Given this tension of fundamentals (this is not about conflicting customs valuations), extra caution is required as regards, yes, the values of our Europe and the procedures which are designed to protect these values.

Here is a striking example which illustrates the non-“factor of production” sensitivity as regards who would be invited to live with us, whether as citizen or resident.

In a previous piece I heaped praise on Germany and the formidable Ms. Merkel, for saving the honor of Europe in the face of the humanitarian crisis resulting from the intra-Syrian conflict. Germany admitted around one million refugees. Not all Member States were happy (few were, perhaps, happy that it was Germany and not themselves). Not everyone within Germany was happy either.

All these new legal residents would enjoy Schengen rights and progressively enjoy all rights under Union law as explained, without, conveniently, a direct reference to this occurrence, in the Commission Report. By comparison, the Maltese scheme is numerically trivial. It is certain that if the German move were to be governed by the Union, it would not have happened. And yet for Germany, this was a profound identitarian issue, part of their self-understanding as a post WWII democratic republic. It was a policy which put, at least in some ways, values above direct utilitarian considerations. So, Commission v Germany, anyone?

One might not be happy with the structural architectural anomaly outlined above. As a dyed-in-the-wool Europhile I would favor a common EU migration policy; I would equally favor a mutually agreed harmonization of the conditions for granting national citizenship and long-term residence. The structural anomaly I highlighted above is in many ways untenable in the long run. And my rationale is not just a Single Market one. *Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes* is a telos not driven by market considerations.

But I am an equally dyed-in-the-wool believer in respecting correct constitutional procedures when translating desirable outcomes to binding Union law. And this is not driven solely by mechanical “Rule of Law” considerations: The Law is the Law is the Law. It is driven, too, by consideration of the current circumstance of our Union and by my long-held belief that in “healthy” federal type polities (of which the Union is one) respecting “fun-

damental jurisdictional boundaries” and decisional procedures, even if they are “inconvenient” is as important as respecting fundamental human rights.⁵ Undoubtedly the new Migration Law (to come into effect, once it clears the final stages of the process, in 2026) is an example of how these issues should be dealt with.

I use this comparison of jurisdictional and procedural limits to human rights with a particular purpose in mind. We are all in favor of human rights, are we not? But the real test of commitment to human rights, say freedom of expression, is not when we are outraged and protest against the curtailment of expressions with which we agree. The test of our commitment is when we strongly disagree or even hate the expression in question, but defend the right in question.

This is particularly true in the case of fundamental boundaries in a system of attributed and delegated powers such as the Union. It is also true when the decisional procedures are not to our liking especially when they require unanimity. We might ardently favor this or that policy, but respecting fundamental boundaries and fundamental procedural guarantees must discipline us not to yield to the temptation if achieving such does not respect correct procedures and a solid legal basis. If we allow the end to justify the means, we may win the short-term battle but lose the long-term war and make a mockery of our solemn commitment to our civic Holy Trinity – democracy, human rights and the rule of law.

One must resist the functional institutional ethos, still detectable oftentimes in Commission practice, when a policy desideratum is articulated and then the Legal Service is charged with finding a way of achieving such – “if there is a political will, there will also be a legal way.”

In my view, odious as one may find the idea of “selling citizenship”, the case against Malta is, as mentioned above, an egregious exercise of jurisdictional creep and circumvention of constitutionally correct procedures. And the Commission is hoping that the Court will become complicit in such. I find selling these constitutional values no less odious than selling citizenship. And I should add that it is a perverse notion to consider this position as “Euroscepticism.”

It is also reasonably clear (more of this below) why the functional considerations (security and all the rest) disappeared. For if these concerns were the true motivation

⁵Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights, in *The European Union and Human Rights* (N. Neuwahl and A. Rosas eds., Kluwer, The Hague/Boston, 1995).

behind the case, the correct route would be to put in place a variety of procedural safeguards rooted in appropriate decisional procedures. And that this would apply both to Golden Passports and Golden Visas which, as the Commission Report explicates, pose similar risks and quantitatively are more serious.

The key to the case can be found in one anomalous section buried in the Report. I say anomalous since it is the one section that on careful reading departs from the sober functional tenor of the rest. It is worth reading with care.

Section 2.4 of the Report on Investor Citizenship Schemes and EU Law, commences thus:

In line with the Treaties, every person who becomes a national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States.

The logic of this statement seems to be the following: If we have a tension, or even a conflict between Member State constitutional prerogatives when it comes to the issue of nationality and citizenship and European Union citizenship prerogatives, since, “in line with the Treaties” “citizenship of the Union is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States” the European interest should prevail over Member State prerogatives.

And, relying in the Report on what I consider a tendentious reading of *Nottebohm*⁶, granting naturalization without a genuine link to the country in question, (assuming that is what the Malta scheme allows) constitutes, in and of itself, a violation of the Treaties – the constitution of Europe.⁷

Yes, except no.

“In line with the Treaties” the Commission statement begins. Given the solemnity and gravity of the statement (our destiny, no less!) the innocent reader would be forgiven if he or she thought that “citizenship of the Union is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States” is actually to be found in the Treaties as

⁶But this for a separate post.

⁷It would, of course, be up to the Commission and the Court (if it follows the Commission) to decide what is a genuine link rather than to the Member States.

⁸Case C-184/99. Judgment of the Court of 20 September 2001.

⁹I say dictum because it was not actually strictly needed to decide the cases. Formally, I would argue, it retains its status as an obiter dictum.

the Commission statement implies. It is not.

This formula must count as one of the most unfortunate *dicta* of the Court starting with *Grzelczyk*⁸ and followed in all other citizenship cases.⁹ No matter how often it may be repeated, this does not give it any epistemic credibility. The Court never explained how it reached that conclusion. In fact, it is pure judicial invention arising *ex nihilo*.

As a matter of text, legislative history and Telos of the integration project the best one can say that it is an untenable reading of the Treaties.

Text: Although the Commission, citing Article 20(1) says “[i]n line with the Treaties”, it conveniently, or cagily (take your pick) left out the second sentence of Article 20(1) TFEU.

Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship which, to put it mildly, gives the clause a somewhat different flavor to the way the Commission would have us believe, and, to my reading, contradicts the “fundamental status” rhetoric.

Legislative history: Destined by whom? Certainly not by the Member States who drafted the citizenship clause in the Treaties. In fact, their intention would appear to be quite the opposite. In the original Maastricht Treaty one simply found: “Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union.” The Member States were clearly unhappy with this formulation and in Amsterdam and Nice introduced a significant amendment: Citizenship of the Union shall complement and not replace national citizenship.

And, as seen, Article 20 of the TFEU finally settled on Union citizenship being additional. The introduction of these limiting clauses amending the original Maastricht formulation surely points towards a restrictive rather than expansive reading of the clause. Could you imagine the famous “destined to be the fundamental status” formula being approved by the IGC if anyone dared put it on the table?

If anything, this history indicates, that a respectable hermeneutic reading would suggest that *national citizenship* is destined to remain the fundamental status of na-

tionals of the Union.

Telos: The idea that European citizenship should become the fundamental status is a European version of the American telos – *e pluribus unum*, and harks back, to those who dreamt and some who still dream of a United States of Europe. The originality of the European construct, its distinctive character and genius are reflected in the rejection of that telos and its replacement with the Ever Closer Union among the *Peoples* of Europe. Peoples, not destined to be one people. This is a much more original, albeit challenging telos. Granting European citizenship (with its rather limited set of rights enumerated in the clause, some of which predated the citizenship clause) is welcome so long as one does not disturb the delicate balance between the two without clear Member State authority.

Frustrating as it may appear to some, Articles 20 (properly cited) hardly seems a solid legal basis for a case which puts in tension the autonomy which the Member States kept to themselves and were careful not expressly to delegate to the Union and a desired Union policy.

And so, this shaky legal basis is shored up by reference to Article 4(3) TEU, the principle of Sincere Cooperation on which the case of the Commission seems to hang. This is truly scraping the bottom of the legal barrel. Here, too, conveniently the Commission fails to mention the clause of Article 4 TEU which precedes 4.3:

4.2. The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.

4.3. Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.

Surely Article 4.3 should be read in the light of Article 4.2. As mentioned, the Commission, this time with integrity, mentioned as its first concern with the Golden

Passports and Visas, the issue of security. No wonder it disappeared between the Report and the case, seeing that the Treaty, is so emphatic regarding the sole responsibility for such.

And compare the language of 4.2 with its reference to national identities, fundamental structures – political and constitutional – and all the rest, with the language of 4.3 which speaks of the Member States assisting the Union and each other, in full mutual respect in carrying out tasks which flow from the Treaty. The Commission, it may be worth reminding some European mandarins, is not synonymous with “the Union.”

Res Ipsa Loquitur.

Imagine the Commission puts forward a proposal to harmonize the requirements for granting of Member State nationality and residence. When it comes up for a vote it does not achieve the required majority. Maybe one Member State vetoed it. It would surely be untenable for the Commission to bring an action against such a Member State on the grounds that by voting against the Commission proposal they violated the principle of sincere cooperation ex Article 4.3. Could they get around this difficulty by simply not making a proposal and not bringing it to a vote?

Not only, it would seem, is the Commission, in setting down norms for the grant of nationality by Member States, using Art 4.3 as a way to circumvent appropriate decisional procedures but they are at the same time perverting what I would regard as the true meaning of Article 4.3 itself.

Again, make no mistake. There is every reason for the Union to be concerned with the various dangers which the Report spells out and which result from the underlying structural anomaly in the constitutional architecture mentioned above. But the only way correctly to address the consequences of this anomaly if not by Treaty amendment, would be through appropriate Union legislative and administrative procedures or by a procedure properly agreed among the Member States in the spirit of sincere cooperation ex Art. 4.3.

This is not such the case here and the Court should not be invited to act as if it were.

If Article 4.3 is interpreted in the way the Commission is arguing in this case, it would give them a Golden Visa to avoid the values enshrined in constitutional procedures and achieve results through judicial fiat.

III

It is also worth considering with a little bit more depth the issue of “genuine connection.” This is not to deny that these issues could potentially be a matter of concern and even a common European norm. But they are far more complex than meets the eye and should not be resolved by a simplistic categorical black and white rule as the Commission invites the Court to do.

First if you care to take a look, many of our Member States have provisions for granting nationality for example to distinguished artists, or, footballers (!) which are quite lax on genuine connection, something barely mentioned in the Report. Why complicate the dossier?

One might perhaps dismiss these instances as *de minimis*. So, consider then the tens of thousands, if not hundreds of thousands of Union nationals who have migrated and have made their life in other countries – Canada, Australia, the United States and elsewhere. There are, thus, a very large number of sons and daughters born in those countries who by virtue of the prevalent *jus sanguinis* provisions in most constitutions, are nationals of Member States. Sometimes the original Member State has quite liberal nationality rules which might go even beyond sons and daughters. A country like Ireland, and there are more, legitimately values this important understanding of itself. And yet, these sons and daughters or grandsons and granddaughters, or great grandsons and granddaughters have automatically all the rights mentioned in the Report and the Reasoned Opinion (and pose the same risks) even if they have never set foot in the territory of the Union and do not speak its language of their European nationality. Not convinced? Reread the *Collins* case, a sharp reminder of such.¹⁰ By no sense of imagination can one consider the *Collins*’ of the world as having a “genuine connection” in the sense outlined in the Report to the nation of their ancestors.

Our gut reaction is, correctly perhaps, that it’s not quite the same. It is not. But from the perspective of the policy concerns (security, money laundering etc.) it is not all that different. And, after all, it is the functional dimension which would be the justification for the Union to interfere in a domain traditionally reserved to the Member States. So, *Commission v Ireland* next? Or *Commission v Germany* (with its nationality rules concerning historical

minorities)?

Don’t read more into these two examples than I am trying to argue. I am simply saying that the issues are complex and involve a wide range of details which would require serious deliberation and should not be white-washed by a judicial procedure which avoids all these complexities. It is not for the Commission on its own to address these complexities and, respectfully, neither is it for the Court. If there are to be Union norms setting out conditions for granting citizenship or residence, these delicate political issues should be thrashed out and decided by the appropriate democratic political procedures inconvenient as this might be.

IV

So what’s behind this Commission gambit? One can only speculate. Here then are some speculations.

We tend to speak of “The Commission”, “The Court”, “The Parliament” etc. We reify these institutions and forget that they are made of humans, flesh and blood, like you and me, with all the virtues and vices that come with the human condition.¹¹ Once we de-reify them, the explanation might come down to personal pride, to embarrassment at the failure to have any meaningful action plan to deal with the real problem resulting from the structural anomaly or, perhaps, frustration with the 10 year process of the Migration Law? All forgivable sins but not a license for such a constitutional grab.

But there might be more to it. In its September 22 decision to refer Malta to the Court we find in the Press Release the following enigmatic statement:

On the one hand they write (referring to Golden Passports):

These schemes are different from investor residence schemes (or “golden visas”)...

Well, yes, on their face they are different, but the Press Release *immediately* adds:

Both types of schemes pose serious risks, in particular as regards security, money laundering, tax evasion and corruption.

So why pick just on Malta and not go after the 20 or so Member States, where quantitatively, the real serious risks lie? Well, taking on 20 Member States which have

¹⁰C-132/02 *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions*.

¹¹Derk-Jan Eppink, entertaining and illuminating *Life of a European Mandarin* (2007) is worth reading in this context.

different versions of Golden Visas posing such risks is a tad more difficult than taking on Super Power Malta.

There is also an issue of proportionality. If the Commission concern was truly with the four risks, would it not be sufficient, for example, to subject Golden Visa and Golden Passport recipients to the same kind of checks which, under the new Migration Law, are provided for other forms of migration? Would this more restrictive approach not be more respectful of the correct interpretation of the Treaty in this constitutionally sensitive area? Do what is strictly necessary to deal with the functional problems and no more?

Taking the appropriate legislative route, with its institutional and democratic safeguards is not easy. It would probably involve Article 352 with its unanimity requirement and possibly an agreement of the Member States outside the framework of the Treaties as has happened in other instances. That's daunting and the Commission is less likely to get all it wants. The new Migration law has been ten years in the making. Would it not be wonderful, then, if one could get a ruling from the Court that would blow open Article 4.3 TEU and thus allow the Commission to impose its views of what is acceptable and non-acceptable without the headache of Art. 352 and all the rest? If one wanted to stretch the meaning of Article 4(3)

one could not have chosen a better case because of the emotive appeal which is no more about the various real risks but about "European Values are not for sale".

The Commission officials should put back on the shelf their copy of Plato's Republic. Constitutional democracy is not about philosopher kings who know best what is good for us. Constitutional democracy is never easy, it requires patience, it requires compromises but it, too, "lies at the heart of the EU."

We are all aware that the issue of jurisdictional limits and appropriate procedures – *intra vires-ultra vires* – has become a lightning rod in the current socio-political circumstance of the Union and quite a few national jurisdictions have been sending signals of such in recent years. I suspect it is too late for the Commission to withdraw from this gambit. In fact, I expect they will dig in. But here is a golden opportunity for the Court, in a high visibility case, to assert its authority, and to be seen as asserting such authority, as an effective guardian of the profound values inherent in jurisdictional limits and constitutional procedures.

An earlier version of this post referred to Art. 308 TFEU, the pre-Lisbon numbering. It's Art. 352 TFEU.

Lorin-Johannes Wagner

Long Live Nottebohm

The Potential Revival of Nottebohm at 70 in *Commission v Malta*

doi: 10.59704/e807d3c3a383efd9



Next year, *Nottebohm* will be turning 70. Though certainly a landmark decision, *Nottebohm*, more often than not, has been declared the outlived product of “a ‘romantic period’ in international relations”. Only very recently, Weiler, on this blog, made the point that the argument of a genuine link – underpinning the *case of the Commission against the Maltese* golden passport scheme – is unconvincing and rests on a “tendentious reading of *Nottebohm*”. Accordingly, conditions for awarding nationality are solely to be decided by the MS themselves and must not be imposed or limited by way of a judicial fiat. Yet, in *Commission v Malta*, the CJEU may well reinvigorate a European debate about the genuine links that bind us. The answer, to be sure, will be momentous, and I, for once, would argue it is high time to make the point that nationality is not just anything a State makes of it. Thence, *Nottebohm* might celebrate a comeback.

The sovereign right of selling nationalities

According to Weiler, under the current constitutional framework, there is nothing that would prohibit MS from selling their nationality since MS are sovereign to determine who their nationals are. If anything, the flexibility clause of Art 352 TFEU could be employed to formulate common criteria that prohibit the monetarization of MS nationality and Union citizenship by extension. This understanding is further underpinned by the argument that – if I understand it correctly – if Germany is allowed to welcome 1 million refugees, Malta cannot be prohibited from selling its nationality and Union citizenship to a far smaller number of people.

Convinced? Yes, except no

Issues of nationality are notoriously sensitive. They relate to the identity of a State as a defined group of people and the question of rights and obligations of other States in relation to these people and their home state. In a legally complex ménage à trois, issues of national, international, and also European law, interact with each other.

Yet, more often than not, they entail widely different conceptions. As such, the understanding that nationality is what any State makes of it, for example, has a distinctive national touch and is hard to square with the understanding that the notion of nationality has a peculiar meaning under international law. Whether one believes in *Nottebohm* and the genuine link requirement or not, the infringement action against Malta is a very good example that exemplifies this intricate problem.

Who is a Union citizen?

It should not come as a surprise that, also in the context of EU law, one faces the question of what the qualifying status of nationality, as it is used in the Treaties, means. According to Weiler and many others, the notion is effectively empty in itself, entailing a mere reference to the MS conception of nationality. However, in the case law of the Court, the notion of nationality is construed to refer to the notion of nationality as understood in international law. The Court, in its *respective case law*, has engaged in an interpretative exercise of identifying the boundaries of MS right to determine their nationality and overlaid them with further aspects that hark back to the “symbiotic” relationship of nationality and Union citizenship. At least the loss of nationality is subject to inherent limitations under EU law. Whether one considers this to be an *outrageous example* of *competence creep* or not, it can hardly be denied that not only the Court but also the MS over time have shown an interest in *clarifying what nationality means*. The German and *more prominently* the *British Declaration* on nationality, indeed, are documents intended to explicate the scope *ratione personae* of their complex nationality laws to the benefit of all other MS. The obligation of MS towards nationals of other MS and these other MS is thus built on the premise of a common and thus intrinsically limited understanding of the notion of nationality.

In this context, it is also worth recalling that the right to free movement – and with it *the right to integrate in-*

to the society of another MS – is built on the premise that, ultimately, there is [an obligation from MS to take back one's own nationals](#). This obligation, however, is subject to a proportionality assessment meant to protect the right to integrate into the society of another MS. Any expulsion of a Union citizen must, therefore, be weighed against the individual interests of a citizen to remain in the host MS and his or her ties with the home MS. The [underlying logic in this process](#) is that, as a *rule* and on certain grounds, an expulsion is permissible – substantiating the obligation to take back one's own nationals – subject to the *exception*, where the individual has stronger ties to and within the host MS. In the case of handing out passports without a genuine link, this fundamental logic is structurally turned upside down: Rather than asking what are the links of the individual with the host MS prohibiting an expulsion, we are faced with the question of what actually are the *genuine* links with the home MS that render an expulsion permissible in the first place. There certainly is ample room for debate on what can count as a genuine link and how to conceptualize the genuine link in broader terms. However, claiming that there is no room for a genuine link wildly exaggerates MS sovereignty over nationality and wildly understates the function of nationality in EU law.

The question for the Court

The Court, in the wake of Malta's golden passport scheme, will now be confronted with the question of whether the practice of selling one's nationality without any discernible societal links beyond a financial investment is compatible with the understanding of nationality. Moreover, whether the notion of nationality, coopted from international law, requires an underlying genuine link. Any limitation on the "unfettered sovereignty" to sell nationality in an eventual judgment would, however, in no way harmonize MS nationality laws. There still will be plenty of varied nationality laws and conceptions.

The idea of a genuine link is not particularly popular with many legal scholars, yet this issue goes beyond the confines of this blog post. It is, however, quite telling that the idea that nationality as an emanation of (personal) sovereignty requires more than just money or words, but some genuine commitment, still strikes a nerve after almost 70 years – and counting.

Regardless of the outcome, the Court's judgment will have consequences. If the Court upholds the concept of a

genuine link, other (dubious) passport practices will come under scrutiny. By contrast, if the Court rejects the claim of the Commission, the gates for a market of MS nationality and Union citizenship will be pushed wide open. In both cases, however, there will be calls and indeed an urge to set out more clearly what the nationality of MS in the context of EU law should and should not mean. And while I am very doubtful that Art 352 TFEU can be used to define or at least restrict the ambit of nationality – not least because the Court has constantly held that it is for MS to determine the criteria for the loss of and awarding a nationality – the ramifications of the latter approach are much more severe.

Nationals and refugees as a question of (limited) sovereignty

When Weiler suggested that the selling of nationality by Malta and Germany's open arms to Syrian refugees could somehow be equated, he omitted to mention that Union citizens and third-country nationals are not equally enfranchised in the integration process. While Union citizens have a right to free movement and with it a right to integrate into the society of their host MS, third-country nationals in general do not enjoy such rights. Refugees, in particular, have no right to free movement and their status as refugees in one MS (arguably) does not have [to be recognized by other MS](#). And even if they acquire a [status as long-term-third-country-nationals](#), this status in the first place provides them with rights in relation to their principal host MS. This is in line with the underlying logic of European integration ever since. Leaving the rhetoric of Union citizenship aside, the fundamental logic of free movement of nationals of other MS and third-country nationals has always been that it is subject to a territorially bound responsibility of the home or respective host MS. This is not only reflected in the [provisions concerning the limitations of the right to free movement](#) but more profoundly can be discerned from the obligation – transplanted from international law – to take back one's own nationals as well as the right to determine the "volumes of admission of third-country nationals coming from third countries to their territory in order to seek work" under [Art 79 para 5 TFEU](#).

The individual enfranchisement in the process of European integration has always been premised upon the ultimate responsibility of MS to take care of their indi-

viduals. The solidarity of MS for other people, in other words, has always been limited and – as already indicated above – in a sense been “proportional” to the status of integration of an individual in a MS. With nationality – and Union citizenship – individuals are given the fullest right to free movement because their status as nationals presupposes a genuine integration in the society of their home MS that is [substantiated by the ultimate obligation to take them back](#). Long-term third-country nationals, by contrast, acquire a right to free movement only upon having integrated into the society of the host MS over an extended period and are subjected to further limitations. Other third-country nationals, even refugees within the CEAS, are left out of the equation altogether because, under this logic, they are deemed to have no sufficient bonds that bind them to a particular MS. How this logic squares with the idea of a Union without internal borders, or whether it holds true in every case, and whether this logic is to be welcomed altogether, is certainly disputable. In the grander scheme of things, it is, however, the logic that underpins the individual integration within the constitutional set-up of the Union as it stands.

To equate Malta’s golden passport scheme with Germany’s *Willkommenskultur* not only ignores some fundamental differences but obfuscates the meaning of a status that is meant to legally encapsulate the relationship between an individual and a State. And though the bestowment of both statuses falls squarely within the sovereign domain of MS, the unionwide implications are different. While the decision to welcome said refugees in Germany is in principle limited to Germany, the status of Maltese nationality establishes these individuals as common subjects within the realm of EU law. If anything, a comparison between these two policy decisions thus infers that they cannot be compared and that the sovereignty claims of MS have to be weighed against differently structured

Union interests.

The insistence on Art 4 para 2 TEU that sets out that the national identity of MS shall be respected, in fact, underscores this. Claims to national sovereignty are not absolute but are to be put in context and are thus limited in principle. It also follows that the lack of an EU competence to harmonize nationality laws does not mean that MS can regulate their nationality – a notion that has a fundamental meaning in and for EU law – *ad libitum*.

This is also true if one stretches the above comparison and argues that in the end many of these refugees will become German nationals. The difference between said German nationals and Maltese Golden passport holders is that the former will acquire their status only upon having lived, worked and integrated in Germany over quite some time, while the latter hinges on investment and keys to an expensive flat or house not to be sold for some five years. However one turns it, it is still apples and oranges. While the former is built on the premise of some form of societal integration that is presumed to establish a lasting bond, the latter is – intentionally – none of that sort. From the point of EU law this then reverts back to question of what is it that underpins Union citizenship and the right to integrate into the society of other MS: Is it “passport-power” as such or is it the understanding that nationality is a reflection – [despite there being cases of false positives and negatives](#) – of the individual’s societal integration in an ever closer Union among the peoples of Europe?

I’ll be back

In any event, in due course for *Nottebohm*’s 70th anniversary, the Court of Justice will decide whether *Nottebohm* will go down in European legal history quietly or come back with a vengeance.

Stefano Zirulia

Refoulement As A Crime

Insights from the Asso28 Push-Back Case

doi: 10.59704/8076c3ff55f10452



Last month, the Italian Court of Cassation [upheld](#) the (suspended) sentence of one year's imprisonment of the shipmaster of the Italian ship Asso28. He was convicted of two offences of abandonment for returning and handing around 100 migrants over to the personnel of a Libyan patrol boat, including some unaccompanied minors and pregnant women, whom he had previously rescued in international waters within the Libyan SAR zone. The case constitutes the first time an individual was held criminally responsible for failing to fulfil the duty of non-refoulement. Although there is no specific offence in the Italian legal system that penalizes the violation of the principle of non-refoulement, the Court of Cassation held that its violation may constitute the criminal offences of abandonment provided for by the Penal Code (Article 591) and the Code of Navigation (Article 1155). As a result, the principle of *non-refoulement* has acquired a novel role in the criminal law context. Until recently, it was taken into account just in order to *exclude the liability* of shipmasters who had complied with it, whenever they were accused of facilitating irregular immigration. Now, a new and even more far-reaching function of the principle seems to be emerging, namely that of *grounding the criminal liability* of those who violate it.

Another Day, Another Pushback to Libya

The Asso28 was a supply vessel to the offshore oil plant Sabratha. On 30 July 2018, its captain rescued a hundred migrants found in distress on board a rubber dinghy in international waters and in the Libyan SAR zone. The operation was carried out in agreement with the oil plant's personnel as well as a Libyan customer office who was on duty at the platform and allowed to board the Asso28 without being previously fully identified by the shipmaster. This was in violation of the [International Ship and Port Facility Security Code \(ISPS Code\)](#). Immediately afterwards, the shipmaster set course for the port of Tripoli, where the shipwrecked people were handed over to a Libyan patrol boat. The competent Libyan and Italian Res-

cue and Coordination Centers were contacted only when the rescuing vessel was already heading towards Libya, in violation of the amended SOLAS Convention ([Ch. 5, Regulation 33](#)) and the [IMO Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea](#) (n. 5).

Two Offences of Abandonment

The shipmaster was convicted on two counts criminalizing the abandonment of people in situations of danger.

Article 591 of the Italian penal code punishes the person who, having in custody a person under fourteen years of age, or someone otherwise incapable of providing for him/herself, abandons that person in a situation of danger. According to the Italian courts, all these elements existed in the present case: *i*) the shipmaster had a duty of care (*Garantenstellung*) for the life and physical safety of all passengers, and was therefore considered entrusted with their custody; *ii*) on board the Asso28 there were minors under fourteen years of age and pregnant women, the latter being a condition which, according to the Courts, results in a reduced ability to escape a dangerous situation; *iii*) the passengers were exposed to danger to their life and physical integrity, given that irregular migrants in Libya are systematically exposed to the risk of suffering inhuman and degrading treatment, violence of all kinds, and even being killed.

Article 1155 of the navigation code, for its part, punishes the abandonment of any person, even if not a vulnerable one, as long as it qualifies as "arbitrary". The surrender of the migrants to the Libyans was judged "arbitrary" by the courts as it was in breach of the duties incumbent on the shipmaster. This included the duty to inform without delay the competent coordination centers, provided for in the SOLAS Convention and the IMO Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, and the prohibition of refoulement, found both in international and European human rights law and in Article 19 of Italy's [Consolidated Immigration Act](#).

For both the offences of abandonment the Courts

found that the shipmaster acted under conditional intent (*dolus eventualis*), as he was aware of the possible side-effects of his actions and decided to act nonetheless, thus accepting their occurrence. According to the Court, the shipmaster was aware that the Libyan territory is unsafe for irregular aliens given that Libya is not a signatory State to the Geneva Convention on Refugees and in light of multiple reports of international institutions and organisations quoted by the ECHR in the *Hirsi* judgment (§§ 35-42).

The Court of Cassation also rejected the shipmaster's invocation of the justification of the fulfilment of a lawful order, provided for in Article 51 of the Italian Criminal Code. It did not consider the communications with the Libyan custom officer on duty at the oil plant sources of legitimate orders. Instead, it reasoned that only if the order had been issued by a rescue coordination center could it have justified the shipmaster's conduct. This conclusion is questionable, however. After all, an order to disembark undocumented migrants in Libya would be incompatible with the legal duty to disembark rescued people in a place of safety. As such, it cannot be a "lawful order", for the purpose of grounding the justification of the fulfilment of a lawful order. On the contrary, such an order could well extend the criminal responsibility to the issuing officer, as an accomplice in the realization of the same offences of abandonment of people.

The Issue of Italian Jurisdiction: Just an Obiter Dictum?

The Court also relied on the ECtHR's *Hirsi* judgment regarding the issue of Italian jurisdiction for the search and rescue operation carried out by the shipmaster. It held that the shipmaster of a private ship, when fulfilling the obligation to rescue persons found in distress in international waters, acts as an agent of the Italian State. It follows that insofar as the shipmaster exercises control and authority over the shipwrecked persons, the extraterritorial jurisdiction of the State is extended to these individuals within the meaning of Article 1 ECHR, with the consequent obligation to act in compliance with the fundamental rights and freedoms laid down by the ECHR, including the prohibition of collective expulsions.

This reasoning is curious because the problem of jurisdiction under Article 1 of the ECHR concerns the possible *international responsibility of the State* for violation or failure to protect fundamental rights (see *De Vittor, Starita 2019*). However, in this case the different problem

of the *criminal responsibility of the individual* was at stake. For this purpose, the fact that the boat was flying the Italian flag was sufficient, given the principle of the *territoire flottant*, which has been transposed by Article 4 of the Italian Criminal Code. The Court's reasoning was thus possibly motivated by a desire to reinforce its prior argument that the surrender of the migrants to the Libyans was "arbitrary" to the extent it was incompatible with the ECHR. By affirming the applicability of the ECHR's prohibitions of refoulement and collective expulsion, as determined in *Hirsi*, the Court of Cassation intended to provide the normative benchmarks in the light of which the abandonment of migrants to the Libyan coastguard could be qualified as "arbitrary", and therefore criminally relevant under Article 1155 of the Italian Navigation Code.

The Increasing Relevance of Non-Refoulement in Criminal Law Cases

The *Asso28* judgement is noteworthy not because it has reaffirmed – yet again – that Libya is not a safe port for undocumented migrants rescued in the Mediterranean Sea; and that therefore their return to that country constitutes a violation of the prohibition of *refoulement*. Indeed, these findings and conclusions should by now be obvious on the basis of several reports by independent and institutional observers, including the United Nations (*Report 2018, Report 2022, Report 2023*). Rather, what makes the *Asso28* judgment a novelty in the landscape of the case-law on borders and criminal law is the relevance that it assigns, for the first time, to the *violation* of the *non-refoulement* principle.

So far, the non-refoulement principle has served as a justification for committing offences against the State. For example, in the well-known *Rackete case*, the liability of the shipmaster of the *Sea Watch 3* ship for the crimes of facilitating irregular immigration and resisting a public official was excluded because her forced entry into the port of Lampedusa, in breach of the Italian coast guard's order, was part of her duty to rescue people found in distress at sea. Subsequently, in the *Vos-Thalassa case*, responsibility for the same offences was excluded for the migrants who had aggressively opposed the captain's decision to take them back to Libya, holding that their conduct constituted self-defense (of themselves and other shipwrecked persons) against the danger of being unjustly pushed-back.

What *Rackete* and *Vos-Thalassa* have in common is that *compliance with* the principle of non-refoulement *justified* the shipmaster and the migrants, respectively, who would otherwise have been convicted for the mentioned offences against the State. By contrast, in the *Asso28* case, the established *violation* of the principle of non-refoulement formed the basis of a criminal *conviction* for offences against persons for the first time. This change of perspective is particularly significant because it is accompanied by a revolution in the function of the criminal law: instead of being wielded as an instrument to fight against those who are (wrongly) considered as threats to border integrity, it once again stands, in a manner more in keeping with its traditional vocation, as an instrument for the protection of fundamental rights such as the right to life, physical integrity and personal liberty.

Returning Criminal Law to its Point and Purpose?

So far, “*Crimmigration*”, i.e. the merge of immigration law and criminal law, has been one of the realms of so-called artificial crimes (or *mala quia prohibita*, opposed to *mala in se*). By this, I mean crimes that do not have a natural dimension (such as, for example, homicide and personal injury), but are the exclusive result of a legislative creation, which punishes administrative violations with criminal sanctions. This instrumentalization of criminal law has been the subject of much criticism, not only for its negative humanitarian impact, but also for its ineffectiveness, given that the threat of a criminal sanction has practically *no deterrent effect* on irregular flows and smuggling networks. Conversely, sanctioning the violation of the prohibition of *refoulement* has nothing artificial about it. Rather, it is an instrument to crack down on conduct that endangers people’s highest-ranking funda-

mental rights which are those typically protected by the criminal law, and therefore it resembles more *mala in se*. Put another way, criminalizing *refoulement* means sanctioning a category of conduct which generally results in extremely harmful events such as deaths, bodily injury, sexual violence, and the deprivation of personal liberty.

Thinking Beyond *Asso28*

Admittedly, the criminal law response provided by the Italian legal order in the *Asso28* case does not look entirely satisfactory, as the defendant was sentenced to a prison sentence so low as to be compatible with its suspension. The sentence would have been significantly higher (and not eligible for suspension) if the aggravating circumstances provided for in paragraph three of both abandonment offences had been applicable. However, such circumstances apply only when, as an unintended result of the abandonment, the victim dies or sustains injuries. There was not sufficient evidence to establish this, not least because of the failure of the shipmaster himself to identify the migrants.

Going forward, the option of criminalizing, by means of a specific new offence, the intentional violation of the prohibition of *refoulement*, should be considered. Given the high rank of the fundamental rights protected by the prohibition (life, physical integrity, asylum etc.), the provision of criminal sanctions against those who intentionally act in breach of it looks in full accordance with the principle of *ultima ratio*. Such a proposal obviously requires further investigation, bearing in mind that the introduction of an offence of “intentional refoulement” is unlikely to be on the criminal policy agenda of the EU Member States in the coming years.

Falk Matthies

Schengen's Paper Pushbacks

doi: 10.59704/426ac0836584c257



On Wednesday, the 24th of April, the European Parliament will vote on a reform of the Schengen Borders Code (SBC), which appears to institutionalize existing patterns of denying access to rights for people on the move by introducing “transfer-procedures” (Art. 23a in the Parliament and Council’s [provisional agreement](#) from February 2024).

Expulsions without procedural safeguards have become common practice at internal borders throughout the EU. The Readmission Agreement relied on at the EU’s internal border between Croatia and Slovenia, for instance, has been criticized for facilitating “[paper pushbacks](#),” enabling collective expulsions without access to an asylum procedure, no legal protection, no identification of vulnerabilities, and only providing documentation individuals are forced to sign in a foreign language. At the German-Austrian border, a remarkably [low number of asylum applications](#), despite recognition rates of over 99 percent with regard to the main countries of origin, has indicated that many are denied the opportunity to submit an asylum application. In France, the lack of return procedures at the French-Italian border was [successfully challenged](#) by civil society organizations.

The proposed regulation raises concerns over its unclear resolution of potential conflict with EU secondary and primary law, particularly its incompatibility with children’s rights standards, and its application in practice.

The Proposed Transfer Procedure

The transfer procedure under the proposed Schengen reform allows Member States to expel migrants apprehended in internal “border areas” to the Member State from which they supposedly arrived within 24 hours by issuing only a brief form instead of a formal decision. The proposed regulation states the affected individuals shall be provided a remedy that must be “effective” but without a suspensive effect. Its application requires two conditions: (1) An apprehension “within the framework of bila-

teral cooperation,” and (2) “clear indications” of the individual’s arrival from the other Member State without a right to stay. Transfer procedures shall be excluded if the apprehended individual applies for international protection. The proposed Art. 23a(2) explicitly allows derogation from the guarantee of a return decision in Art. 6(1) [Return Directive](#) (RD).

Conflicting Law

Despite the exemption of asylum-seekers and the derogation clause, the proposed regulation’s text risks friction with other EU secondary law, primary law, and particularly with international standards for the protection of children’s rights.

Secondary law

The exclusion of asylum seekers from the scope of the procedure is [necessary to comply with the procedural standards](#) of the EU-Asylum System under the Asylum Procedure Regulation and the Asylum and Migration Management Regulation. But even where indications of a request for protection do not appear, conflicts with other secondary law remain. The Return Directive principally still requires a return decision procedure (Art. 6 (1) RD) including, *inter alia*, remedies with suspensive effect (Art. 13, RD). In September 2023, the CJEU, in the case of [AD-DE et al. v. France](#), confirmed the applicability of the Return Directive to expulsions at internal borders. The SBC-proposal appears to respond to this with its explicit derogation clause, which was not part of the [initial draft](#), thus added later, supposedly for clarification purposes. However, it remains questionable whether this derogation can be legally effective due to the strict priority of EU primary and secondary law over regulations that are part of enhanced cooperation (Art. 326 (1) TFEU). Although the Schengen acquis in form of the [Schengen Protocol](#) has been incorporated into primary law through Art. 51 TEU, the further development of the Schengen acquis is still designed as (authorized) enhanced cooperation with respect to the relevant provisions of the treaties in Art. 1 and 5

Schengen Protocol. The CJEU has consequently applied the general rules concerning enhanced cooperation (Art. 326 ff. TFEU) to the development of the Schengen acquis where the Schengen Protocol does not set specific regulations (§ 47 ff.).

States have based existing transfer practices on a derogative clause in Art. 6(3) RD. Under this provision, a return decision may be dispensed with under bilateral readmission agreements that existed before the Directive. However, this clause cannot serve as a general justification for transfers under Art. 23a SBC, as it requires agreements concluded before the entry into force on January 1st, 2009.

Primary law

With regard to primary EU-law — irrespective of mutual trust and agreements — Art. 18 and 19(2) CFR, as well as Art. 3 ECHR in conjunction with Art. 4 Protocol 4 ECHR and Art. 13 ECHR, and Art. 33 Geneva Convention all require an individual examination of whether a real risk of violations exists before each expulsion. Even if these guarantees are theoretically foreseen by excluding asylum-seekers from the scope of the proposed transfer procedures, this does not apply to the right to effective legal protection, Art. 47 CFR and Art. 13, 3 ECHR. As existing practice shows, the illegality of the expulsion may also be grounded in the denial of asylum claims (see below). In the *Gnandi* case, the CJEU outlined that in the light of Art. 18, 19(2), 47 CFR, the Return Directive requires a remedy with suspensive effect (§ 67). It is in contradiction to this fundamental rights approach of the court that Art. 23a(2a) SBC in fact denies such. Notably, the CJEU in the *ADDE* case highlighted that derogations cannot be justified by the fact “that [the] obligation [of return decisions] on the Member State concerned is likely to render ineffective to a large extent any decision to refuse entry to a third-country national arriving at one of its internal borders” (§ 40).

The rights of the child

Art. 23a(1.3) SBC requires that a transferring Member State informs the receiving Member State if individuals that the Member State “presumes to be a minor” are part of the transfer and further refers broadly to child rights guarantees by national law. The application of transfer procedures to minors, however, conflicts with obligations of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC). Although the EU is not a member of the Convention, it is of central relevance as all EU Member States have ratified

the CRC, and the TEU reflects on it in Art. 3(3.4) and Art. 3(5), impacting interpretation of the protection of children’s rights as to Art. 24(1.1.) CFR and the best interests of the child, Art. 24(2) CFR. This conflict arises regarding at least three particular guarantees:

1. The prohibition of torture in Art. 37 CRC reflects non-refoulement obligations as expressed in other human rights treaties, e.g. Art. 3 ECHR. However, the protection extends further when it comes to minors. The UN Committee on the Rights of the Child (CRC-Com) has *outlined* that the risk of harm must be assessed in an age and gender-sensitive manner taking into consideration further aspects such as, inter alia, “access to education” and “child’s physical and psychological recovery and social reintegration” (§ 10.7). In *D.D. v. Spain*, the CRC-Com also considered that the *manner* of the expulsion of an “unaccompanied child deprived of his family environment and in a context of international migration, after having been detained and handcuffed and without having been heard, without receiving the assistance of a lawyer or interpreter and without regard to his needs constitute[d] treatment prohibited under Art. 37” (§ 14.8). Yet existing patterns indicate that transfer procedures would be executed in precisely such a manner.

2. In addition, Art. 20(1) CRC requires that state parties provide special protection and assistance to unaccompanied minors. This entitles a positive obligation to identify unaccompanied children in the context of border crossings and to determine their vulnerabilities and potential international protection needs at the earliest possible stage — irrespective of the legal status and grounds for migration (*D.D. v. Spain*, § 14.3). The assessment requires the child’s prompt registration via an interview conducted in a language the child understands by qualified professionals in a scientific, safe, child and gender-sensitive and fair manner with the benefit of the doubt to the child. In the context of immediate expulsions, it is “imperative and necessary” that the State “conducts an initial evaluation process, prior to any transfer or return” to comply with the Art. 20 obligations (*D.D. v. Spain*, § 14.3). In contrast, the proposed Art. 23a(1.3) SBC only requires age “presumptions” that are unavoidably hasty, inaccurate, and even untranslated.

3. The abovementioned guarantees require proactive protection by the Member States by qualified professionals in a language the minor understands. Hence, the theoretical possibility of seeking international protection

and avoiding transfer procedures is not alone sufficient to meet CRC obligations, especially in light of the state obligation to consider the best interest of the child, Art. 3 CRC. The CRC-Com has highlighted the necessity of individualized procedures, including safeguards to determine their best interest as an “integral part of any administrative or judicial decision concerning the entry, residence or return of a child” (General Comment No. 22, §33). This includes the provision of information throughout the procedure, assistance by a translator or interpreter, and representation by an attorney (General Comment No. 23, §17). It has explicitly stressed that “allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process” (General Comment No. 6, §20, also *D.D. v. Spain*, § 14.4.). However, the proposed reform not only foresees the inclusion of minors in such transfer procedures but also fails to include specific safeguards ensuring their rights.

The Procedure in Practice

Existing transfer procedures based on bilateral readmission agreements, such as that between Slovenia and Croatia, serve as models of what transfers under the proposed regulation might look like in practice. Numerous reports (e.g. listed [here](#), [here](#) and [here](#)) bear witness to the continuous disregard of human rights obligations within such transfers through at least 2021. The design of the new regulation unfortunately misses out to prevent such well-documented abuse. Comparable to the existing readmission practices, it foresees the issuance of a document that must be signed by the affected individual. The one-page form can be found in the Appendix to the proposal. Besides the personal data of the individual, the executing officers shall fill in the broad region of their apprehension (e.g. closest border), the Member State they suppose the individual has arrived from, and their grounds for finding that the person has no right to stay (which will be usually the lack of a residence permit). It further contains a note on the right to appeal.

The form does not require the specification of the particular place of apprehension, but only a vague indication of the closest border. While the [initial proposals](#) limited the application of the procedure to “internal borders”, it was ultimately extended more broadly to “border areas.” In the regulation, no definition of “border areas” can be found. Art. 3 No. 2 of the 2006 [Local Border Traffic Regulation](#) defines it as an area of 30 kilometres from the

border, which would include whole cities even if they are not placed directly at the border. Besides this broad ambit, the design of the form does not provide for an evaluation that authorities have in fact complied with the scope of the regulation.

Further, the proposed form includes no fields documenting whether an intent to apply for asylum was expressed, whether relevant notifications took place, or whether the opportunity to express such was otherwise provided. Current patterns show that during similar readmissions, often no effective access to such a procedure exists. In Slovenia, for example, the Administrative Court attributed a drastic drop in the percentage of asylum claims after apprehensions, from 99% to 3% within one month in 2018, to internal instructions that officers disregard asylum claims (U 1686/2020-126, see also the [Slovenian Human Rights Ombudsman's report from 2021](#), p. 12). A lack of information and interpretation further compromises the effectiveness of legal guarantees. The German border police are suspected not to ask whether apprehended individuals wish to claim international protection ([here](#) and [here](#)) but only to hold criminal investigations in contravention of the principle of administrative investigation (§ 24 (1) VwVfG) and the obligation to encourage requests (§ 25 (1) VwVfG). With such practices in mind, the many ways that the exclusion of asylum-seekers from the ambit of the proposed regulation may become toothless are foreseeable.

With respect to the reference to children's rights guaranteed by national law, existing state patterns also give little hope to their implementation in practice. Many unaccompanied minors expelled under readmission agreements have [reported](#) false identification, disregarding their documents, under duress or even violence, and in one documented case admittedly following internal instructions. The proposed form does not restrain such a possibility, since it includes no fields documenting the method of age assessment or the notification to the other Member State.

The existing practices have further proven that the hasty and non-procedural manner of transfers allows authorities to ignore documentation requirements. The [Slovenian Ombudsman](#) (p. 51) found, for example, that the authorities had dispensed with individualized record keeping due to “the objective circumstances of the procedure”, rendering it impossible to examine the legality of migrant's treatment. Accompanied by the lack of suspen-

sive effect, this threatens to render the reassertion of an “effective remedy” meaningless.

A Harmful Recast

In the wake of the CEAS-reform, the proposed SBC-reform has received reduced attention, yet it nevertheless encompasses extensive new regulations. Concerns of increased racial profiling arise as checks shall not be considered equivalent to prohibited border checks “if they aim [...] to combat illegal migration” (Art. 23 a) ii.). The implications on surveillance and data security have already been discussed [here](#). A [recent call by civil society organisations](#) to reject the recast criticizes additionally the adoption of the logic and language of “instrumenta-

lization,” as well as the introduction of a clause allowing broad and undefined measures in Art. 5(3) SBC. The institutionalisation of transfer procedures, however, provides standards to a heterogeneous existing practice. Nevertheless, these new standards fail to ensure the rule of law. Instead, the proposed regulation is likely to perpetuate “paper pushbacks” – even including minors. In the end, a reform that denies procedural rights of racialized migrants renders substantive guarantees futile and reproduces a regime of impunity.

The author would like to thank Delphine Rodrik for her very helpful comments and advice.

Maciej Grześkowiak

Pushbacks From Europe's Borders Enter the Mainstream

Polish "Transition 2.0" does not Apply on the Belarusian Border

doi: 10.59704/12d1449ffc376bad



The Polish reckoning with the illiberal turn of the past years ([Transition 2.0](#), as it was recently branded) seemingly does not apply to the unlawful practice of pushbacks on the Poland-Belarus border. This post frames this realisation as another signal that restrictive, oftentimes unlawful practices related to border management, best exemplified by (but not limited to) pushbacks, have come to be accepted, if not desirable, in the European mainstream. Together with the [adoption](#) of the New Pact on Migration and Asylum by MEPs a few days ago, the fact of pushbacks becoming commonplace at Europe's borders is indicative of a profound erosion of the right to seek asylum across the EU. The post claims that this erosion runs deeper than retreats from safeguards for asylum-seekers, which the Pact will codify at the EU level. The humanitarian crisis on the Poland-Belarus border and its handling by the new government, together with its decision to vote [against](#) the Pact, vividly illustrates this point.

Humanitarian crisis on the Poland-Belarus border as a rule of law issue

In 2021, the Belarusian regime instigated an irregular flow of migrants from third states (mainly from West Asia and Africa) through the 'green borders' with Poland, Lithuania, and Latvia. Poland responded with summary expulsions of persons apprehended in the vast forests of the border area, later 'regularised' by the executive regulation of the Minister of Interior and the amendment of the Statute on foreigners (for the analysis of those acts, see [here](#)). Both pieces of legislation create the appearance of legality of expelling persons apprehended in the border area without an adequate procedure which would allow them to state reasons against their return and, where they wish so, lodge an asylum application. As such, both are quite obviously at odds with Poland's international obligations, EU asylum law, and the Polish Constitution. The novel 'pushback clauses' were widely criticised [nationally](#)

and [internationally](#). [Several dozens](#) of interim measures were granted by the ECtHR, barring the authorities from returning individuals apprehended near the border. Respective cases before the Strasbourg Court are still pending. Finally, and crucially, the application of the novel regulations was firmly deemed unlawful by the [domestic courts](#).

While ignoring those rulings could be seen coming from the former government, known for its [selectiveness](#) in appreciation of 'politically sensitive' judgments, more could be expected from the one which formed late in 2023. The formation of this government was met with [excitement](#) across Europe, as it has consistently [vowed](#) to reinstate the rule of law in areas where it was previously strained and bring the country again into the European, liberal mainstream. One could hope that this envisaged 'Transition 2.0' would encompass all areas where the executive had previously circumvented constitutional constraints, including the law of refugee protection.

Status quo prevails

Careful observers, however, were cautious not to expect too much of the new government in relation to the ongoing humanitarian crisis in the border area. The issue of migration is extremely politicised in Poland and the matter was routinely instrumentalised in the electoral campaign, with the centrist Civic Coalition (now being the dominant fraction forming the new government) [adopting](#) some of the generic anti-immigration slogans, likely to neutralise the narrative of the right-wing opponents. Still, many expected, at the very least, repealing of the above-mentioned executive regulation (as it is the most strikingly contrary to the hierarchically higher sources of the law) and amending the Statute on foreigners so as to furnish the 'pushback clause' with at least some safeguards and clarify its relationship to provisions relating to asylum procedures.

None of this has happened so far. While the government representatives underscore the establishment of **rescue teams** within the Border Guard and insist that the ongoing expulsions are ‘**ethical**’, there does not seem to be much **change** in the conduct of authorities in the border area. The Deputy Minister of Interior responsible for migration matters has also explicitly **admitted** that pushbacks will continue ‘until this migration route is closed’. On top of that, the new government has **embarked on** reinforcing the border wall, previously constructed to curb irregular arrivals (at which it obviously failed). This professes an increase in cases of persons stranded on the eastern side of the wall who, albeit already on the Polish territory (the wall stands up to a few metres away from the borderline), are effectively stuck in a limbo where Poland refuses to exercise jurisdiction – a practice manifestly at odds with the established case-law of the ECtHR (see **N.D. & N.T. v. Spain** § 104-110; **Shahzad v. Hungary** § 49-51).

The rapid erosion of European standards of protection of forcibly displaced persons

Recently, Fuad Zarbiyev has eloquently **articulated** the mounting discomfort that many international lawyers experience, related to the rapidly shrinking legitimacy of international law in relation to Israel’s conduct in Gaza and the attitude of the West towards it. This feeling is what some of us – lawyers specialising in the law of refugee protection – have been experiencing for years now. The example of Poland and its relationship with the European and international law of refugee protection is a case in point.

The conduct of Polish authorities along the border with Belarus would be deemed unlawful by anyone remotely familiar with the principle of non-refoulement and its operationalisation in the EU’s Common European Asylum System (CEAS) and the ECtHR’s jurisprudence. Notably, even the application to this case of the highly controversial ‘own conduct’ standard (developed by the ECtHR’s Grand Chamber to test the legality of summary expulsions in **N.D. & N.T. v. Spain** § 200-201, 231) would necessarily result in the conclusion that pushbacks from Poland to Belarus remain unlawful. This has been recognised by the domestic courts, which have commendably weighed the impugned expulsions against international standards.

None of this matters in practice at the border, though.

The authorities’ disregard for those standards is emboldened by the erosion of safeguards against refoulement, observable at the European level. While about **half** of the Council of Europe’s member states engage in pushbacks, there continues to be an **acquiescence** to this practice in Brussels, as clearly displayed by the European Commission. The Commission’s unwillingness to take concerted legal action against prevalent and manifest violations of the principle of non-refoulement at Europe’s borders renders the enforcement of CEAS nearly impossible on the EU level. The proliferation of legally questionable **deals** with third states which effectively outsource to them the responsibility for people headed for Europe, and the **conduct** of Frontex on and beyond the EU’s frontiers, completes the picture of the EU being invested in the goal of achieving containment of would-be asylum-seekers from the Global South, in the Global South. Embracement of the practice of pushbacks by the new, deeply pro-EU Polish government, and the fact that the European Commission does not challenge this practice, underscore the new, implicit European consensus on the matter – the consensus that runs strikingly against international and EU law.

What the future holds

The long-delayed comprehensive reform of the CEAS, in the form of the New Pact on Migration and Asylum, is now **imminent**. The Pact undoubtedly exemplifies a trend toward **securitisation** of migration through, among others, significantly limiting access to territory for asylum-seekers. The shift toward restrictiveness is also noticeable in Strasbourg, where the ECtHR has **embarked** on the relaxation of the prohibition of summary expulsions. Noting the critique of these two developments, it must be borne in mind that neither amounts to the blanket green light to pushbacks or unilateral carve-outs of chunks of states’ territories, achieved through the construction of border walls, where states refuse to apply human rights safeguards.

Nevertheless, however one views the viability of CEAS vis-à-vis the current challenges related to migration, one cannot escape the realisation that it overwhelmingly lost its legitimacy by being disregarded across the board. Aligning the law with the prevailing practice was, therefore, to be expected. However, the proposed reform, as restrictive as it is, is not restrictive enough to match the reality of the EU borders. Indeed, the reform, championed by the Commission, does not allow states as much

as the Commission itself seems inclined to allow, by refraining from decisively challenging pushbacks from Europe's frontiers. Thus, the big question, relevant for the EU, is the following: will the Pact be enforced to challenge pushbacks? While largely conceding to the demand to curtail irregular migration through further barring of access to the territory of the EU, increasingly adopted by the European mainstream (on the problematic nature of such an approach to irregular migration, see [here](#)), the Pact does not seem to go far enough to legitimise the current status quo. This is the apparent reason why the new Polish government opted for voting [against](#) the Pact, claiming that, as things stand, 'the solutions provided for in

the Pact on Migration and Asylum do not sufficiently address the specific situation of countries bordering Belarus and Russia and which are thus under constant and strong pressure within artificially generated migration routes.' This statement should be understood as nothing less than the expression of the demand for creating a legal basis for pushbacks at the EU level, justified by the notion of '[instrumentalisation of migration](#)'. Either way, it seems that we should brace for more, rather than less, pushbacks along the EU borders, either in complete defiance of the applicable international and EU law, or with appearances of compliance with the latter.

Maria Skóra, York Albrecht

Strengthening the Resilience of the Rule of Law through Democracy

doi: 10.59704/f840811ba8a8d200



For almost a decade now, the European Union (EU) has been struggling with the erosion of the rule of law in some of its Member States. To explain these multifarious distortions in the EU, the IEP explored the various pillars of the rule of law resilience, culminating in the recent [RESILIO report](#). Based on data from 27 Member States, unsurprisingly, the independent judiciary and effective public administration prove to be key for the functioning of the rule of law. To remain resilient, the rule of law needs a solid democratic political culture anchored in a robust civil society, independent media, and a sound public debate. Henceforth, a long-term investment in democracy is the best way to strengthen the resilience of the rule of law.

Problems with the rule of law resulted from the dismantling of democratic foundations

The rule of law has become a buzzword in recent years due to the conflict between the European Union and its Member States Poland and Hungary. This led European institutions to introduce the conditionality mechanism and eventually freeze EU funds. Nonetheless, time will tell how effective these new defence mechanisms are.

The governments of both countries, led by Viktor Orbán and Beata Szydło and later Mateusz Morawiecki, respectively, were defending their reforms in the name of national sovereignty. The capture of the public national media by individuals or institutions close to the ruling parties, the flow of public funds to the so-called GONGOs (government-organised non-governmental organisations), nepotism in state-owned companies and interference in the EU's single market rules, or even intrusion in university curricula and the independence of science was met with criticism home and abroad. However, it was the assault on the systemic foundations of the state – the separation of powers and the independence of the courts – that brought the Hungarian and Polish governments on a collision course with EU institutions and made the rule

of law a mainstream topic.

In a nutshell, the dispute over the rule of law began in earnest when the United Right government in Poland followed the footsteps of Fidesz in dismantling the democratic foundations of the state. Accordingly, the rule of law crisis became a systemic problem for the EU. [Article 7](#) of the Treaty on European Union (TEU), which allows for suspending voting rights in the Council of the European Union, was first triggered [against Poland](#) by the European Commission in December 2017. Paradoxically, the same procedure against Hungary was followed at the request of the European Parliament only in September 2018. Arguably, the past membership in the largest group in the European Parliament – the European People's Party – [extended the safety umbrella over Orbán](#).

Defending the rule of law from the EU level: preventive and corrective measures

For almost a decade, the European Commission, the European Parliament, and the Council of the European Union have tried to influence both governments and set an example for potential copycats. In the meantime, the EU's rule of law toolbox has grown considerably. The European Union is not only an economic project but also a union of values. As the guardian of the Treaties, the European Commission should act whenever EU law is broken, including the values and principles enshrined in [Article 2 TEU](#). The initial reluctance to resort to hard measures and the scarcity of specific tools dedicated to rule of law problems suggest it never crossed the minds of the founding fathers and mothers of the EU that, having gone through the arduous accession procedure, and in view of the many benefits of EU membership, any Member State could ever go backwards in its democratic standards.

The instruments to uphold the rule of law include preventive measures (which aim to identify risks in order to prevent actual breaches of EU law) and corrective measures (which aim to prevent further breaches of the rule

of law in a Member State). Preventive measures include reporting (the [EU Justice Scoreboard](#) or annual [Rule of Law Reports](#)) and formal channels of political dialogue. Corrective measures are legal tools (infringement procedures before the European Court of Justice) and financial tools (penalties and the recently introduced [conditionality mechanism](#)). Article 7 falls in between, containing both a deterring element (initiating a procedure and calling for a corrective action) and a sanctioning element (which can end up in suspension of a member state's voting rights).

None of the above instruments is a silver bullet for intentional rule of law breaches, as the applied measures follow the principle of proportionality depending on the scale of identified problems. Their goal is also primarily to act as deterrents when the severity of the consequences outweighs *ad hoc* political gains of possible rule of law violations. The effectiveness of the conditionality mechanism is yet to be tested. However, it seems that direct attacks on the rule of law are only a symptom and not the cause of the problem, which is the autocratisation and erosion of democracy.

The rule of law resilience through democracy

A broader definition of the rule of law, also adopted by [the European Union](#), requires “all public authorities to act within the limits set by the law, in accordance with the values of democracy and respect for fundamental rights (...) and under the control of independent and impartial courts”. It also means legal certainty, prohibition of arbitrariness of power, transparency, and pluralism in law-making. However, when the rule of law is violated, how can one protect it?

While the rule of law is the backbone of any democratic system, the erosion of democracy makes it vulnerable to attacks. Wannabe autocrats often invoke democratic justifications to legitimise attacks on the rule of law that constraints their claim to express “the will of the people”. If democratic erosion can lead to attacks on the rule of law, then – vice versa – its resilience depends on many factors that contribute to a functioning democracy. Systemic foundations, social phenomena, and contextual circumstances can strengthen or weaken the resilience of the rule of law. According to the recently published report “[What makes the rule of law resilient? Evidence from EU27](#)”, summarising the 2-year-long research project “[RESILIO](#)” carried out by the Institut für Europäische Politik in Berlin and funded by Stiftung Mercator and the

Citizens, Equality, Rights and Values Programme of the European Commission, the rule of law resilience is grounded both in sound legal and institutional foundations of the state and the condition of democracy. The study did not focus on the functioning of the rule of law but on its resilience from the perspective of a wider democratic system. It aimed to identify factors supporting the resilience of the rule of law in EU member states. The [conceptual model](#), which builds on three resilience dimensions (the systemic, the subsidiary, and the contextual one) and comprises nine empirically measurable resilience factors, was filled with data for EU27 obtained through desk research: existing databases and indicators. A standardised ordinary scale was developed to measure the rule of law resilience on a spectrum from zero to ten, when 0 meant no resilience at all and 10 stood for perfect resilience. The analysis not only ranked EU Member States according to the rule of law resilience, but also gave an overview of the strength of different resilience factors across the EU.

Unsurprisingly, the most important resilience factors turned out to be institutions: public administration and the judiciary that adhere to the principles of independence from political pressure, good governance, transparency of appointments, and absence of corruption. However, the resilience of the rule of law also requires something more. The agency proactively addresses violations. The responsiveness to react immediately. And bouncing back to defend and rebuild the weakened rule of law. Civic space – understood as informed, active citizens and freedom of association and assembly – is an essential foundation for protecting the rule of law, as the Polish experience has shown.

Other key resilience factors are independent and pluralistic media and a sound public discourse. The media not only protect the quality of public debate but can also perform a monitoring function as watchdogs, ensuring access to information and accountability of the authorities. These factors were crucial in Poland after 2015 when the rule of law made its way into the public debate and mobilised opposition voters. Political pluralism and a functioning electoral system that enabled the change of power also played an important role. In contrast, the growing concentration of media markets in the EU and specifically in Hungary threatens the space for public deliberation and accountability. Henceforth, to protect the rule of law, one must safeguard access to information, raise the rule of law awareness, exercise political pressure from the

bottom up on decision-makers, and mobilise the voters to enable democratic rotation and transition of power. Finally, the most crucial factor in defending the rule of law turns out to be the attitudes and reactions of people: citizens, judges, journalists, and politicians.

The RESILIO report provides food for thought not only at the national level but also at the European level. The defence of the rule of law has so far responded to specific attacks on independent courts, the division of power, and legal certainty. However, one should not forget long-term efforts to strengthen its democratic bedding: civic education, creating space for independent civic initiatives, supporting the independent media, and countering disinformation in the public debate.

Today, problems with the rule of law are emerging in

other EU Member States, not only in Hungary, where the consequences of democratic backsliding for the rule of law are painfully vivid. Slovakia, Italy, and Greece reveal some worrying trends and the rule of law issues appear in France and Spain, too. The recovery from the rule of law crisis in Poland will be slow for legal reasons and due to political obstacles. In view of the enlargement plans, according to which the EU would prospectively grow to more than 30 Member States in the near future, these issues should be addressed as soon as possible. The defence and strengthening of the rule of law in EU Member States should be the priority for the new European Commission after the 2024 EP elections, especially in view of the [growing popularity of populists](#) with autocratic inclinations in many European countries.

Henry Barrett

A Non-EU Rule of Law Commission

A Proposal for Politically-Willing Countries to Resolve Europe's Rule of Law Crisis

doi: 10.59704/9a90356b258cbda1



In March, the European Parliament decided to [sue](#) the European Commission over a *quid pro quo* exchange of European Union funds with Hungary for support of Ukraine EU accession. This lawsuit marks a striking culmination of a years-long failure on the part of the Commission to protect the rule of law despite the marked atrophy of Article 2 TEU principles in numerous EU Member States. While it would be most prudent and well advised for the “Guardian of the Treaties” to pursue the currently available institutional mechanisms in the EU Rule of Law Toolbox, one ought to entertain novel ideas for reinforcing liberal democratic values in European states. Further inaction risks irreparable damage to the European Union polity.

Given frustrating delays from Brussels, this blog post proposes a non-EU accountability mechanism—a so-called Rule of Law Commission—to bolster and reinforce commitments to rule of law issues among European states. Given a demonstrable [lack](#) of remedial action in formalized EU institutions, politically-willing European capitals acutely aware of regionally-proximate rule of law infringements should come together to establish and fund a values-specific Rule of Law Commission.

Presenting the Innovative Capabilities of an Extra-EU Rule of Law Commission

Across the EU, the “state of play” for rule of law principles in 2024 does not present much encouraging news. The Liberties’ Rule of Law Report recently [assessed](#) civil liberties and the rule of law across EU Member States; a mere six of the analyzed EU Member States were found to not be regressing in either justice, anti-corruption metrics, media environment, checks and balances, civil society frameworks, or human rights. Additionally, the prospect of a far right and illiberal [swell](#) in the European elections this year prompts a particularly acute need for innovative methodologies for preserving the rule of law in Europe.

The proposed Rule of Law Commission would be

established and funded via a multilateral treaty among politically-willing national governments that seek to “do business” with democratically-sound foreign partners. The Commission would operate independently of the whims of electoral cycles or executive administrations; it would be composed of nonpartisan, self-contained, and ideologically-diverse legal experts and diplomats who would craft policy proposals for democratic values assertion. Any relevant state or individual actor could petition the Commission with *actio popularis* petitions to review perceived breaches of rule of law norms. This Rule of Law Commission would encompass the capabilities of both [soft power](#) “naming-and-shaming” tactics and [material sanctioning methodologies](#) variously attempted by the EU institutions. Like the European Commission’s Rule of Law Framework—but impervious to the complicating factors of a body partially comprised of illiberal members—this Rule of Law Commission would first define and analyze the synergies, or lack thereof, between rule of law aims and values in each petitioned case. It would subsequently demarcate economic and diplomatic state-specific responses regarding rule of law non-compliance for each treaty member. This Rule of Law Commission would stand as a visible, independent, and extra-EU body—similar to, say, the Council of Europe—that (1) identifies persistent derogations from democratic values in identified countries and (2) recommends diplomatic and economic responses to such non-compliance on a *national* level. The treaty members that commit to implementing the recommendations of the Rule of Law Commission would proceed to effect said accountability measures.

This schema [builds](#) off of Professor Jan-Werner Müller’s once suggested EU “Copenhagen Commission.” Müller offered a new EU institution that would serve as a democracy and rule of law watchdog to judge on a Member State’s derogation from the EU’s “normative acquis,” measuring compliance on both EU aims and values. Müller cited the challenge in locating an “agent of credible

legal-political judgment” for the assertion of “militant democracy” in the federative EU structure. Müller’s Copenhagen Commission would be analogous to the Venice Commission, yet would go beyond advisory functions and carry substantive sanctioning capacities by being able to cut EU funds over rule of law violations.¹ While Müller’s proposal serves as a savvy suggestion for addressing persistent breaches of EU values, it has become clear that EU institutions will unhesitatingly **deprioritize** rule of law considerations for political expediency—as if the European Commission functions on some “either-or” horse trading agenda.

This blog’s proposed Rule of Law Commission would improve upon Müller’s approach by specifically mitigating **rhetorically-weaponized** perceptions of supranational impositions into spheres of constitutional individuality and **alleged** “Europeanization” efforts by EU technocratic umbrella organizations. This independent Rule of Law Commission would not be codified as an EU institution; it would be established and funded between committed national governments and driven by independent, nonpartisan, and credentialed experts. As such, the Rule of Law Commission could be established far sooner than Müller’s Copenhagen Commission which would require EU treaty change. Additionally, considering the Rule of Law Conditionality mechanism currently exists in the EU Rule of Law Toolbox, economic and diplomatic responses recommended by the Rule of Law Commission would occur on a nation-to-nation basis—a tactic similarly **pursued** in the Haider affair. The clout of a Rule of Law Commission which operates beyond the confines of the EU treaties carries Magnitsky-level implications for sanctioning rule of law backsliding and illiberal regimes around the world. Upon identification of major rule of law breaches in a nation, the Rule of Law Commission can substantively expose violations, warn of the osmotic impact of these breaches, and recommend country-specific material sanctions in response—effectively establishing a *cordon sanitaire* around rule of law contraventions. By diffusing punitive sanctioning responses to the state level, populist bona fides of principled **non-compliance** with Brussels loses its validity. And with the measurable **rise** of far right parties in advance of the European Parliament elections, a *sans Bruxelles* approach in the long-term could be advised.

¹Müller proposed the Copenhagen Commission before the establishment of the Rule of Law Conditionality mechanism.

Exploring Soft Power Tactics and Material Sanctions through a State-to-State Approach

With the establishment of a Rule of Law Commission as a central and independent body for singularly analyzing rule of law violations, motivated European capitals can demonstrate their commitment to resolving the rule of law crisis **sweeping** liberal democratic states outside of the lingering limitations of the EU structure. Such an initiative to strengthen democratic principles comes at a particularly pivotal time for Europe; the pall of revanchist authoritarianism emanating from Moscow requires an urgent, clear, and decisive rebuttal. Furthermore, a Rule of Law Commission beyond the EU treaty structure would evade the failures of the EU’s current approach to social pressure tactics and material sanctioning processes.

The nonpartisan and dispersive composition of the Rule of Law Commission would mitigate national populist **notions** of supranational, Brussels-derived “meddling” when confronted by EU leadership. Treaty members would individually sign onto the Rule of Law Commission and respectively implement its tailored policy suggestions. Political **gamesmanship** with allies or ideological blocs in the full 27-Member State EU institutions would not translate into a Rule of Law Commission given its siloed composition of legal experts and diplomats. With this Rule of Law Commission in effect, liberal democratic offenders in Europe will struggle to replicate their electorally-salient **caricature** of the EU as some centralizing and **homogenizing** behemoth. With numerous capitals enacting bespoke and disparate policies, illiberal governments will no longer be able to play their Brussels **blame game**. The soft power capabilities of this anatomically-novel organization will sidestep the historically-stymied and at times blasé efforts of the EU.

The Rule of Law Commission would improve upon current EU material sanctioning methods in three ways. Firstly, it would adeptly avoid the rather rigid and technical applicability of EU material sanctioning in infringement procedures and the Rule of Law Conditionality mechanism. Instead, it would base sanction responses off reasoned, peer-reviewed legal opinions and holistic, values-based examination. Illiberal governmental constructs rely on **intricately-designed** laws that retain the veneer of democratic standards; unlike the narrow focus of Rule of Law Conditionality and infringement procedures,

a Rule of Law Commission could assess illiberalism in its entirety and not just in its specificity. Secondly, diplomatic and economic sanctions suggested by the Rule of Law Commission would serve as a more potent censure than the mostly toothless Article 7.1 “preemptive” measures but also as a far more feasible instrument than the Article 7.2 “nuclear” option. With the near impossible task of achieving unanimous approval from the Council on Article 7.2, extra-EU and independently-determined national sanctioning is the next best response. Thirdly, with economic or diplomatic sanctions occurring on a nation-to-nation basis, tiered levels of responses can be accommodated depending on Member State capabilities—unlike the requisite wholesale approach of the EU.

Pinpointing the Potential Pitfalls and Shortcomings of a Rule of Law Commission

The major potential pitfall inherent to a Rule of Law Commission comes from the lessons of the Haider affair. Opponents might argue that pitting neighboring nations against each other would only lead to the deterioration of relations. Some might claim that tying general values governance to economic or diplomatic exchange in such a Commission would simply amount to the bullying of smaller economies or abuse and overuse of this mechanism for unrelated purposes. Since the fallout of the Haider affair, European states have admittedly been *reluctant* to pursue a similar course of action. But, with punitive sanctions devised by nonpartisan and independent le-

gal experts and exclusively targeted to rule of law issues, such a concern might be resolved. This Commission could even begin as an avenue for addressing authoritarian regimes elsewhere in the world—a certain formalized embodiment of the Magnitsky Act. To further quell the Haider naysayers, politically-willing treaty members would only play a role in establishing the Rule of Law Commission; they would not dictate its policies. It must be noted that the major problem with the Haider sanctions came from the fact that fellow European countries and political leaders leveraged sanctions against Austria *before* any tangible *violation* of EU values had occurred. Current illiberal actors present a completely different case with clear and consistent violations *stretching* back more than a decade. As such, coordinated sanction regimes are far more justifiable and empirically-supported concerning these enduring rule of law violations. Opponents of this idea might lastly argue that this diffusive Rule of Law Commission would undermine the authority of EU institutions on values governance; however, the Rule of Law Commission would not serve as a replacement to the EC’s Rule of Law Toolbox already in place. Punitive measures would instead *complement* the Rule of Law Toolbox in a strictly non-supranational capacity. Perhaps such a body will finally spur the European Commission into fulfilling its role as “Guardian of the Treaties.” It is high time for politically-willing European states to take decisive action on more than a decade of democratic backsliding sweeping the region and the world.

Jaap Hoeksma

European Democracy at Stake in Battle of the EP versus Orbán

doi: 10.59704/6229cc10ab652ed6



Shortly after the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the European Parliament expressed its concern about the rule of law in Hungary. 14 years later, the EP still, and yet again, discusses PM Orbán's lack of respect for the values of the Union. The forthcoming debate on 10 April will be the Parliament's last chance to prevent the scheduled takeover of the Council-Presidency by Hungary. This blogpost examines why the EP should take aim at the state of the rule of law in the Member States in the first place. The MEPs should make clear that the provisions concerning the rotating Council-Presidency must be interpreted in the light of the values of Article 2 TEU. Finally, the European Parliament and the European Council must prevent a self-proclaimed illiberal leader from assuming the Presidency of the Council and thus protect the democratic nature of the European Union.

The illiberal autocrat's perspective

In the wake of the fall of the Wall in 1989, Hungary and other [Visegrad](#) countries started to prepare themselves for accession to the EU. A total of 10 new Member States joined the club in May 2004. Three years later, Hungary voluntarily signed and ratified the Treaty of Lisbon. After his return to power in 2010, PM Orbán sought to strengthen his position by taking measures to erode the democratic system in his country. The EP expressed concern in a [resolution](#) of 2011 and continued to monitor the steadily deteriorating situation. Orbán rejected Parliament's involvement with the human rights situation in his country as unwarranted interference in the internal affairs of a sovereign state. Having witnessed the negative consequences of Brexit, he developed the strategy to stay in the Union and to change its character from within. Aligning with various partners, notably the PiS-party from Poland, he tried to convince the European Council to return to the concept of an association of states and to [abolish](#) the European Parliament. After the Russian invasion of Ukraine, Orbán further alienated himself from the EU by upgrading

his relations with Putin to the [point of treason](#). Despite Orbán's intention to dismantle European democracy and his betrayal of the Union, the European Council is allowing him to assume the Presidency of the Council of the EU starting in July 2024.

The democratic vision

The views of the European Parliament on the nature of the EU are diametrically opposed to the revisionist ideology propagated by Budapest. The EP can underpin its convictions with a strong legal argumentation based on the Treaties. It starts with the observation that the foundational Maastricht Treaty established EU citizenship and constructed the polity as a union of states and citizens. In the [Edinburgh Declaration](#) of December 1992, the European Council clarified the new concept by explaining that it did not replace national citizenship but was additional to the national status. Today, this principle is enshrined in Article 9 TEU.

Many observers from various disciplines have noticed that European integration is a gradual process and that the present polity has not been created with a "Big Bang". Consequently, the concept of EU citizenship has received its relevance step by step. The Charter of Fundamental Rights of the EU, proclaimed at the Summit of Nice in 2000, may be regarded as the Magna Carta of the newly created citizens. The Charter was integrated into the 2007 Lisbon Treaty and has the same value as the TEU and the TFEU.

In its case law, the EU Court of Justice has clarified the notions of EU citizenship and of EU democracy. In the wake of the conclusion of the Lisbon Treaty, the Court established that EU citizenship is the primary status of the nationals of the Member States and lifted the so-called cross-border requirement (Case C-184/99, [Grzelczyk](#)). Consequently, EU law "precludes national measures, which have the effect of depriving citizens of the Union from the genuine enjoyment of the substance of the

rights conferred by virtue of their status of citizens of the Union.” (Case C-34/09, *Ruiz Zambrano*). With equal clarity the Court found in December 2019 that the EU in its present form not only has an autonomous legal order but also an autonomous democracy (Case C-502/19, *Junque-ras Vies*).

Despite these verdicts, Orbán continued his crusade for the EU’s return to an association of states. Together with his Polish ally Morawiecki, he appealed to the EU Court of Justice against the decision of the Council and the Parliament to introduce a rule of law-mechanism in the Resilience and Recovery Facility (RRF), created in 2021 to combat the consequences of the Covid-pandemic. In their complaints, both Poland and Hungary invoked the Westphalian system of International Relations by arguing that the creation of a mechanism to oversee the way in which the RRF-funds were spent by the receiving countries, amounted to an unwarranted interference in the internal affairs of a sovereign state (Cases C-156/21 and C-401/19, *Hungary and Poland v Parliament and Council*).

The ECJ refuted this revisionist line of thought in the most unambiguous way. The Court went to great lengths to establish not only that the EU *has* abandoned the Westphalian system but also demonstrated *how* it has done so. Summarising 70 years of EU integration, it observed that the Member States have first agreed on their common values and have subsequently applied these values to their organisation. As the Member States have voluntarily assented to each other and to the Union to respect these values, while simultaneously obliging their Union to do so too, the latter must also be able to protect them in case of serious risks of violation.

Towards a democratic Union of democratic States

Putting the abstract analysis of the Court in historical context, it may be recalled that the European Council described the Communities in 1973 as a **Union of democratic States**. From then on, the leaders of the Member States insisted that their Union should also acquire democratic legitimacy on its own. Apparently, they **presumed** that, if a number of democratic states yielded sovereignty in ever wider fields with the aim to attain common goals, their organisation should be democratic too. In a period of three decades, the Member States overcame the notorious democratic deficit of the polity by transforming it from a union of democratic states to “a union of democratic

states which also constitutes a democracy of its own”, a Democratic (European) Union. They started by changing the original assembly into a directly elected Parliament (1976), continued with qualified decision-making (1986), made a leap forward by founding the European Union, thereby establishing EU citizenship (1992), applied their common values to their Union (1997) and proclaimed the Charter of Fundamental Rights of the EU (2000). Finally, the Treaty of Lisbon, which came to replace the Constitution for Europe in 2007, constructed the EU as a European democracy. In its present form, the EU may be described from the internal perspective of the citizens as a democratic union of democratic states, while it can be identified in terms of global governance as a democratic supranational organisation (DSO). From this viewpoint, the **distinctive quality of the EU** is that it applies the constitutional principles of democracy and the rule of law in an international organisation.

Defending European democracy

Accordingly, the battle between the European Parliament and the opponents of European democracy, led by Orbán, is not merely a dispute on an accidental issue but concerns a fundamental conflict about the nature of the EU. The essence of this conflict was spontaneously formulated by Angela Merkel after her farewell meeting of the Council in October 2021. At a press conference after the most acrimonious gathering in the Council’s history, the departing Chancellor asked in despair what we are: “**an ever closer union or a Staatenverbund?**”

A return to an association of states would mean to deconstruct the present European democracy. It would imply the abolition of all attainments the EU has achieved since the **1973 Declaration on European Identity** and it would open the door for unchecked national erosion of the rule of law. If the illiberal proposals were to be implemented, the EU would have to abolish the European Parliament, revoke the Charter, cancel EU citizenship, rescind the values of the Union and, finally, dissolve itself.

In the face of these immediate threats, the European Parliament is not only entitled but also obliged to defend itself, the citizens of the EU and, indeed, the Union as such. As the voice of the citizens of the Union, the EP should champion the functioning of the EU as the European democracy. It has to examine the legal and political consequences of its evolution to a democratic union of democratic states. Under the present circumstances, Par-

liament should start by stating the obvious, namely, that a democratic union of democratic states cannot be run by a self-proclaimed “illiberal” who, in addition to his revisionist views, also constitutes a danger to the territorial integrity of the EU in times of war. At the forthcoming debate about Hungary in the EP on 10 April, MEPs should make clear that the provisions concerning the rotating Council-Presidency must be interpreted in light of the values of Article 2 TEU. While the concept of the rotating presidency goes back to the times of the early Communities, it is no longer applied in an association of states. Instead, the respective values must be interpreted in light of the EU’s evolution to a democratic union of democratic states. In fact, the members of the European Council and those of the Council of the EU should also realise they

are institutions of a democratic supranational organisation and not of an outdated association of states. If the members of the European Council had been aware of the EU’s transformation into a democratic polity on the global stage, they would have gone further than merely pressuring the Hungarian PM to cease his opposition to financial support for Ukraine. In addition, they would have informed him that, as a self-proclaimed illiberal autocrat facing disciplinary proceedings in connection with breaches of the Union’s values, he cannot assume the Council-Presidency. As they have failed to do so until now, the European Parliament must renew its call on the Council not to allow illiberal leaders of EU Member States to undermine the democratic character of the Union.¹

¹The author wants to express gratitude to the participants in the Seminar on the Nature of the EU in the 21st century, organised by the Kooijmans Institute of the Free University in Amsterdam on 8 March 2024.

Marcin Szwed

Rebuilding the Rule of Law

Three Guiding Principles

doi: 10.59704/794ecd417ad8ac53



The victory of the opposition in the parliamentary elections in Poland in 2023 followed by the formation of a coalition government paved the way for the rebuilding of the rule of law after a period of its systematic violation during the 8-year rule of PiS. The first four months of the new government have already shown that this process will not be easy. However, certain actions aimed at rebuilding the violated standards have already been taken. In this post, I would like to draw attention to three goals and values that should be among the guiding principles in the process of rebuilding the rule of law in Poland. These include legalism, legal certainty, and building citizens' trust in public institutions.

Legality

It is a truism that restoring the rule of law cannot be based on breaking the law. However, the current situation in Poland makes it difficult to determine when a particular action violates the law. Firstly, one may wonder whether the new authorities are bound by unconstitutional laws enacted by their predecessors. Secondly, the question arises whether the political situation, including the risk of presidential veto of laws, and the objective need to implement constitutional and international standards justify alternative actions which would normally be unacceptable. Thirdly, due to the *de facto* paralysis of the Constitutional Tribunal and irregularities in the appointment of a significant part of the Supreme Court, in many cases there will be no independent body that could decide in a manner accepted by all what is permissible and what is not.

Furthermore, as the current authorities do not have the necessary majority to amend the Constitution, the process of restoring the rule of law must be conducted within the framework established by the Constitution. However, this does not require adopting a highly formalistic approach to the application of the Constitution. Because constitutional provisions are often formulated in a general manner and use vague terms, they are subject to inter-

pretation. This allows for taking account of the fact that the legal situation after PiS' rule often deviates from the constitutional standard. To restore this violated standard, certain actions must be taken that would normally be unacceptable.

Nevertheless, the discussion about what is permissible in the process of restoring the rule of law cannot end with the statement that extraordinary circumstances may justify extraordinary measures. It cannot be assumed that the goal of restoring the rule of law sanctifies all actions of the authorities. Every authority, including the liberal-democratic one, tends to expand its powers and requires certain limitations to be imposed on it.

Therefore, it is important for all actions taken in the process of restoring the rule of law to have a proper legal basis – even if not in clearly worded provisions, then in a rational interpretation of the law. It is necessary to avoid creating dubious interpretations prepared *ad hoc* to justify actions that their proponents consider beneficial or necessary. This kind of practice can be dangerous as it poses the risk of treating the Constitution instrumentally and can lead to the creation of dangerous precedents that another political option may refer to in the future.

For this reason, I have serious doubts about the excessive and overly liberal application of the concept of “non-existence” in current legal discourse in Poland. The concept implies that legal acts burdened with some fundamental legal flaws are devoid of any legal effects, without the need to formally invalidate them. In the past, the concept of non-existence was mainly reserved for civil law acts, and for rulings and decisions burdened with the most serious and obvious legal defects. However, it is currently used much more broadly. It is now applied, for example, to appointments of so-called neo-judges or judgments of the Constitutional Tribunal issued in panels involving unlawfully elected judges. Even entire state organs such as the National Council of the Judiciary are sometimes deemed “non-existent”.

The concept of non-existence makes it easier to by-

pass certain constitutional limitations. If a particular individual is not a judge, they do not benefit from irremovability. Similarly, if an entity is not a legal organ, we do not have to respect its tenure or implement its decisions. The problem is, however, that in many cases the concept of “non-existence” is based on unclear foundations. It is not known what the grounds for non-existence are or who could determine them. This leads to unpredictable consequences. For example, by accepting that a certain body does not exist, all its actions are also presumably non-existent. Yet this runs into the difficulty that in many cases these actions or decisions might have been recognized and implemented by state bodies, producing various legal consequences.

Moreover, the concept can also be easily abused to achieve aims irreconcilable with the rule of law. After all, election of so-called “double judges” of the Constitutional Tribunal by PiS in 2015 was also based on the argument that the election done by the Parliament of the previous term was devoid of legal effects.

Legal Certainty

The principle of the rule of law is based not only on legality but also on legal certainty. Therefore, when undertaking specific measures aimed at rule of law restoration, the authorities must consider how to avoid the risk of legal chaos. As one of the goals of restoring the rule of law is to restore individuals’ access to justice, remedial actions should not impose further obstacles thereto.

It is thus necessary to carefully consider the consequences of all potential remedial actions. Regarding Wojciech Sadurski’s [proposal](#) to extinguish the Constitutional Tribunal due to its loss of legitimacy, I share Marcin Matczak’s [doubts](#) about the effects of such a decision. The only legal and effective method to “extinguish” the Constitutional Tribunal would require the adoption of a constitutional amendment. A [draft](#) of such amendment has already been prepared by the Minister of Justice, although its adoption is unlikely due to the requirement of a very high qualified majority. Any attempt to extinguish the Constitutional Tribunal via a resolution of the Sejm would not only be contrary to the Constitution but also likely ineffective. The Sejm lacks the competence to extinguish constitutional organs by resolution. Moreover, because a resolution can only be an act of internal law and is thus not universally binding, many lawyers would likely treat it as a mere political declaration. In such a scenario,

it would be unclear if it possessed any legal consequences and how it could be enforced in practice. Moreover, there is a risk that even if the government considered such a resolution binding, other organs, particularly the President, would not.

Consideration of legal certainty is also necessary in [regulating](#) the effects of judgments of the Constitutional Tribunal issued by panels involving unlawfully elected judges. Declaring all of these rulings “null and void” could lead to the revival (with retroactive force!) of provisions previously eliminated from the legal system. However, the greatest threats to legal certainty arise in the context of [regulating the status](#) of so-called neo-judges. There are already over 2400 such individuals, which constitutes 25% of the total staff of the Polish judiciary. To declare all these appointments invalid would pose clear risks to the efficiency of the judiciary. Even more problems will arise with regulating the status of the judgments issued by them, of which there are already thousands, if not millions. When considering how to address both problems, it is therefore necessary to determine the consequences of any action taken. This requires understanding, *inter alia*, how many neo-judges there are in individual courts and departments, how many of them would be completely removed, and how many transferred to lower positions, how vacancies can be filled, whether temporary filling of vacancies by secondments is possible, etc. It is also crucial to analyse the impact of the adopted concept of regulating status of this group of judges on the legal force of the judgments issued by them.

Building Citizens’ Trust in Public Institutions

For the process of rule of law restoration to be truly effective in the long term, it must also involve building citizens’ trust in public institutions. This is especially important with regards to the judiciary, as it has been most affected by the actions of PiS. Therefore, it is necessary to consider how proposed remedial actions may affect the level of this trust.

One of the greatest threats associated with restoring the rule of law is arousing the perception (both within society and the political elites) that the actions are motivated simply by politics and the will to replace “their people” with “our people”. In such a situation, the long-term goal of rebuilding the rule of law could not be achieved. Instead, another dangerous phenomenon would likely occur, namely the consolidation of a system of spoils,

where each subsequent government purges institutions under the pretext of “cleaning up” after their predecessors.

To build citizens’ trust in public institutions, all actions taken in the context of restoring the rule of law ought to be directed towards serving the public interest. This might include increasing the efficiency of the judiciary, reducing the risk of political pressure on judges, and ensuring the selection of judicial personnel based on meritocratic criteria. As such, when deciding the content of laws or appointments to public positions, authorities should not be guided by the desire to seek revenge against their predecessors or the related wish to satisfy the expectations of those who showed bravery during the PiS rule.

The question of how much an individual’s “fight for the rule of law” should matter when deciding on appointments to public positions arose in a recent debate concerning the process of appointing the director of the National School of Judiciary and Public Prosecution, an institution that trains candidates for judges. The competition announced by the Minister of Justice was won by Judge Wojciech Postulski. While he undoubtedly demonstrated extensive knowledge and rich international experience in matters concerning training judges, [his victory was met with dissatisfaction from some judges](#). They argued that the position of a director of the National School should be given to a person more deserving in the fight for the rule of law rather than Postulski who had spent recent years working abroad. However, as [Krzysztof Izdebski](#) has pointed out, while compromised individuals (and Postulski surely is not one of them) should not lead public institutions, competence should be the primary criterion for appointment, rather than heroic achievements in the fight for the rule of law. I strongly agree with this stance. Prioritizing competence in appointments is essential, not only to ensure the effective management of public institutions but also to prevent the perception that state positions are rewards for courageous behavior during the PiS rule.

The quality of the legislative process in which reforms aimed at restoring the rule of law will be adopted can also influence the restoration of citizens’ trust in public institutions. Therefore, it is crucial to conduct broad social consultations and seek the opinions of international bodies.

In this context, the discussions in Poland also raise the issue of the role of judges in the process of legislative changes. International and constitutional standards do not prohibit judges from speaking out on issues essential to the functioning of the judiciary. On the contrary, due to the expertise of judges, consulting their opinions can very often positively influence the quality of the law. However, judges and their associations ultimately represent only one point of view, which may or may not coincide with the broader public interest. It would therefore also be wrong to assume that due to their brave attitudes during the period of PiS rule, independent judges should have a special position in deciding on the shape of the judiciary. Proposals formulated by them must be subject to public discussion and the same assessment regarding their general effectiveness and impact on the right to a fair trial, judicial accountability etc., as any other draft laws.

Conclusion

The process of rebuilding the rule of law can be effective only when authorities balance a range of values so that there is a real restoration of integrity and efficiency in the functioning of public institutions, rather than deepening legal chaos and a consolidation of the “spoils system.” To achieve this goal, it is necessary to correctly identify existing problems and their scale based on reliable data. The selection of appropriate measures to solve them should be preceded by a detailed analysis of their effects. Moreover, the quality of decision-making processes should not be underestimated as it can influence not only the quality of actions taken but also their perception by society.

Päivi Leino-Sandberg

In the Dark

How the Commission deals with Access to Documents Requests relating to Europe's Recovery Transformation

doi: 10.59704/802c464cae4a2a45



There is an old adage in the world of official transparency that “sunlight is the best disinfectant”. But when it comes to Europe's recovery transformation via the NextGenerationEU (NGEU) programme and related instruments, the Commission insists on conducting as much of it as possible in the dark.

The centrepiece of that transformation is the Recovery and Resilience Facility (RRF), which directs hundreds of billions of euros of European taxpayers' money to objectives identified by national governments. Since the RRF became operational in 2021, both investigative journalists and researchers have filed numerous access-to-documents requests to understand better how the Commission is handling of the so-called recovery and resilience plans (RRPs) submitted by national governments. The Commission's response to these requests have consistently been foot-dragging and strategic delay; thus, preventing public debate about the RRF. As concerns grow about both the effectiveness and even potentially corruption in the use of recovery funds, this lack of transparency is particularly worrying.

I am currently writing a book about the legal aspects of this transformation. In March 2023, I submitted a request for access to documents concerning the legal advice behind this construction to both the Commission and the Council. After some hesitation, the [Council disclosed its advice](#). However, more than thirteen months and two Ombudsman appeals later, I am still waiting for the Commission decision to my confirmatory application. The Commission EASE portal informs me that “the internal consultations within the Commission regarding your request are still ongoing. We hope to finalise the shortly and to send you the final reply as soon as possible”. This is clearly at odds with the official line of the Commission President, who has assured that the Commission has ‘adopted from the start a policy of maximum transparency’. In a [letter](#) to the European Ombudsman, she describes how

the Commission has already made extensive material about the RRF proactively available and we remain fully committed to ensuring the access to documents rights of EU citizens on a topic that is of significant public interest. [...] You can also rest assured that we endeavour to safeguard that access to documents rights are exercised within the strict deadlines provided by Regulation (EC) No 1049/2001. [...] You can rest assured of our commitment to ensuring the transparency of the Recovery and Resilience Facility as we share your assessment that full ownership by EU citizens is a prerequisite to ensure its success.

I am not alone in my wait. A great number of requests can be found through the AsktheEU portal and various inquiries by the European Ombudsman. Requests have been brought in particular by investigative journalists and researchers including from [the Netherlands](#), [Germany](#), [France](#), Finland (in file with the author), [Denmark and Sweden](#), seeking greater insight into the preparation of their national plans. Their success has so far been far from the ‘policy of maximum transparency’ flagged by the Commission President and demonstrates confidentiality as the Commission's institutional policy.

The legal framework for transparency

The RRF Regulation includes a specific Article 25 about Transparency, but it is directed at making Commission information available for the European Parliament and the Council. There is nothing in the Regulation that would concern transparency in relation to the broader public. This may also be unnecessary, since [Regulation No 1049/2001](#) establishes the principles and rules concerning access to documents held by the Commission, Council and the European Parliament, and a procedure for consulting Member States concerning the disclosure of documents originating from them.

The Regulation establishes that all documents held by the Institutions are, as the main rule, public. Documents can however be fully or partially withheld in case their substance relates to a protected interest, such as ‘the financial, monetary or economic policy of the Community or a Member State’ (Article 4(1) (a) or the prospect that this might ‘seriously undermine the institution’s decision-making process, unless there is an overriding public interest in disclosure’ (Article 4(3)), which are the exceptions that are most relevant for the RRF. Under established case law, the risk to protected interests must be reasonably foreseeable and not purely hypothetical.

For those documents that have not been proactively disclosed by the Institutions, the Regulation lays down a two-stage administrative procedure for seeking access, and an obligation for the institutions to examine the requested documents and provide an answer within fifteen working days. The Regulation does not regulate public access to documents held by national authorities beyond a consultation process in case the document originates from the EU institutions.

Under the Regulation, access shall be granted within 15 working days. Alternatively, the institution can “state the reasons for the total or partial refusal and inform the applicant of his or her right to make a confirmatory application”, which enables the applicant to ask the institution to reconsider its position. Further, [i]n exceptional cases, for example in the event of an application relating to a very long document or to a very large number of documents, the time-limit [...] may be extended by 15 working days, provided that the applicant is notified in advance and that detailed reasons are given”. Therefore, the total maximum time for the Institution to deal with a request can never be longer than 30 working days for the initial application and 30 working days for the confirmatory application. The guardian of the Treaties must be aware of this.

In the case of the RRF, the applicants have often needed to wait for a decision for more than a year. In relation to a [French request](#), the Commission took more than 13 months to take a confirmatory decision on the request (from 4 May 2021 to June 2022). In relation to a Dutch request, the Commission identified 195 documents as falling within the scope of the request but refused access to 172 of them in the initial round. A year later, there is still [no confirmatory decision](#) to the request. The Ombudsman has recently brought the matter of systemic delays in the

Commission to the attention of the European Parliament by way of a [Special Report](#).

And good things do not always come to those who wait. In response to a Finnish journalist’s request, the Commission identified between 600 and 700 documents, with a length of more than several hundred pages. To combat the workload, the Commission first proposed a restriction of scope of the request to cover only some of these, and even then ‘regret[ed] to inform you that your application [to a significant part of them] cannot be granted (Ares(2022)2991252, in file with author). The Commission has routinely invoked confidentiality concerns irrespective of how far the decision procedure has been, whether the documents originate from the Commission itself or Member States and whether the latter oppose disclosure or not.

General Court and the Spanish RRF

In its argumentation, the Commission has received support from the single [General Court ruling](#) that involves access to documents in relation to the Spanish RRF. In response, the Commission RRF Task Force had identified four documents: the official Spanish RRF and the letter announcing its submission; the Commission acknowledgement of receipt and a letter from the Spanish authorities including further information on some components. While the Task Force disclosed the Commission letter, it refused to disclose the three other documents, the disclosure of which Spain opposed.

The origin of the document matters for its legal assessment. Under established case law, the institution is responsible for the lawfulness of the decision and must thus examine whether the Member State has provided proper reasons for its position (see C-135/11 P; T-74/16 and T-669/11). Consequently, the institution cannot merely record the fact that the Member State concerned has objected to disclosure but must also set out the relevant exceptions. The Institution’s obligation to examine the document is however lighter and limited to conducting a review of the verification of the mere existence of reasons; the normal obligation to carry out a specific and individual examination does not apply.

In this case, the Commission found the reasons relied on by the Spanish authorities *prima facie* sufficient, and failed to identify any overriding public interest in speaking for disclosure. It relied on the importance of the Spanish proposal, which ‘specif[ie]d in detail an extensive set

of reinforcing reforms and crucial investment projects, concrete timetable of disbursements of non-repayable support, and other specific details about financial planning and policy of Spain'. Thus, disclosure 'could negatively impact the economic policy of Spain, given the size of the plan on the Gross Domestic Product'. For this reason, 'disclosing the detailed withheld information would produce serious political implications that could negatively impact the disbursements of the EUR 69.5 billion'. For the Commission, 'public access to these documents [could] lead to interferences and speculations at each step of the negotiation process, and eventually entail risks to financial stability'. Disclosure would lead to 'unjustified speculations on the financial policy of the Member State by means of textual comparisons'; and thus 'generate unwarranted pressures [...] when defining the operational arrangements that further specific[d] elements, in particular, for the monitoring and implementation of the plan. Given the preliminary nature and the content of the documents requested, [it] consider[ed] this risk as reasonably foreseeable and not purely hypothetical' (para 52 of the ruling).

The applicant pointed out that other documents relating to current funding programmes or funds received Spain had already been made public and that the Commission's assertion of serious political implications

is abstract and does not reflect a tangible threat. Even if it were accepted that certain parts of the requested documents were politically sensitive, their disclosure could not be concealed from citizens, since the reforms and disbursements envisaged are public in nature. Other politically sensitive documents, including RRP from other Member States, are public and their sensitivity has not precluded their disclosure. Moreover, the funds granted to the Kingdom of Spain have already been decided and the disbursement is merely an administrative matter which takes place after the milestones and targets set out in the RRP of the Kingdom of Spain are met (para 26 of the ruling).

Potential speculations of policy decisions were irrelevant as the plan had already been assessed and validated by the Commission and approved by the Council. For the applicant, '[o]n the contrary, it is the lack of transparency which leads to speculation as to the reasons for the non-

disclosure of those documents. Since the negotiation procedure has ended, that reasoning no longer applies in any event'.

The Court accepted the Commission and Spanish argumentation in full without inspecting the document, immediately acknowledging that 'the implementation of that RRP involves extensive and significant reforms for the Spanish economy' (para 48). The Court accepted that the documents 'constitute only an initial stage, 'preliminary [in] nature'. Submission of the plan constituted merely a step in the more general process. Moreover, the plan could be further updated, and only one payment decision had been adopted. For this reason, the Court accepted that the consequences of the RRP for Spain's financial and economic did not end with the approval of the plan and were 'the subject of permanent negotiations between the Commission and the Kingdom of Spain, in particular as to whether the milestones and targets set out in the RRP had been met' (para 61).

The Court further accepted the Spanish claim that 'the RRP of that Member State concerns a vast body of reforms and investments, which concern significant and sensitive aspects of the development of the Spanish economy, the implementation of which will require several years and significant discussions with the various interested parties' (para 62). The Commission and Spain also jointly argue how it was

reasonably foreseeable that disclosure of the exchanges between the Member State concerned and the Commission could have been used in order to analyse whether the agreed milestones and targets were met. Disclosure of the requested documents would then have compromised the Kingdom of Spain's negotiating position in its future applications for payment of the remaining financial contribution, which risked subjecting it to external pressure (para 66).

Unlike the EU's transparency rules establish, the Court, the Commission and Spain all move on the presumption that public interest is in securing the confidentiality of the process and the 'proper conduct of the negotiations still to be held'. Therefore, 'disclosure of the requested documents was likely to open the way to speculation or interference with the implementation of the RRP,

thus creating unjustified difficulties for it in the negotiations which were still to take place' (para 68).

There is a certain logic to this argumentation, of course. It is foreseeable and not hypothetical that if indeed it was publicly known that the Spanish government had not lived up to its commitments, this might cause public debate including both in the European Parliament and other Member States. But it is not impossible that the publicity might actually improve the seriousness of a state's commitments and the chances that a state delivers on them.

Whose financial and economic policy?

The [standard ground](#) for refusing disclosure has been undermining the 'financial, monetary or economic policy of the Community or a Member State'. In the latter case, one would think that the Member State's own position would be of some relevance. In reality, this has had no effect on the Commission's drive for confidentiality.

The request relating to the [French plan](#) indicates how, in case of Member State opposition, the Commission is glad to find their *prima facie* objections to be well founded: disclosing the documents including those originating from the Commission itself could undermine the financial, monetary or economic policy of France – a position that the Ombudsman later criticised. However, in the case of the Finnish plan, the Commission decision includes no indication of a consultation with Finnish authorities. Yet, the Commission felt confident to argue that disclosure

would result in disclosing detailed information related to Finland's financial and economic policy which could indeed undermine the protection of [...] the financial, monetary or economic policy of a Member State'. Moreover, disclosing these details would strain the working relations between the European Commission and the Finnish national authorities at a moment where discussions are ongoing on the preparation of the implementation phase of Finland's Recovery and Resilience Plan. This would generate unjustified pressure on the Commission, undermine the independence and objectivity of the decision-making process and the European Commission would be deprived of the possibility to explore all available paths for decision-making. (Ares(2022)2991252).

In response to a request concerning the [Swedish and Danish plan](#), the national authorities were consulted on disclosure. The Swedish authorities did not oppose disclosure, but invited the Commission to consider whether disclosure could seriously undermine its own decision making process. The Danish authorities considered that a number of documents should not be disclosed, but not because of economic and fiscal policies but in view of protecting certain commercial interests.

However, the Commission chose to insist on their confidentiality all the same. It argued that 'the Swedish plan in particular included measures in economically and politically sensitive areas that, if disclosed, could have hindered the adoption of the plan'. The Commission further emphasised its own wide discretion when determining whether disclosure would undermine that public interest. In its view, 'disclosure of the documents could lead to interference in and speculation during the negotiation process and to unwarranted pressure on the Commission and other EU institutions assessing the plan'. It pointed out that the size of the national plans meant they 'have an impact on the respective national economies and, as a result, on the economy of the EU as a whole. As the measures set out in the plans are clearly linked to the relevant national and EU financial and economic policies, the Commission considered there to be a reasonably foreseeable risk that disclosing the documents could undermine the financial or economic policy of Sweden, Denmark, and the EU as a whole'. Finally, it stressed how the 'RRF has the particularity of being financed with money raised on financial markets on behalf of the EU. The negative impact on implementation in one Member State could therefore affect not just the Member State concerned but also the EU's position on the financial markets which, in turn, could affect the economy of the EU as a whole'.

Even here, the [Ombudsman](#) saw that it was difficult to see 'what insight the Commission has into the financial, monetary or economic policy of the two Member States that should prevail over their own views on what risks the disclosure of the documents would entail'. And pointed out how it is 'hard to draw the conclusion that the disclosure of the documents would undermine the financial, monetary or economic policy of the Union'.

Transparency as interference

The emphasis of the Commission has been on the worry that transparency might hinder efficient decision making (Article 4(3) of the Regulation) – a matter on which the General Court did not actually rule in the case quoted above. For example, in response to a Dutch investigative journalist requesting access to documents relating to the negotiations involving the Dutch RRP, the Commission emphasised how

disclosure of the internal and preliminary considerations laid down in (the withheld parts of) these documents would undermine the climate of mutual trust with the Member State concerned and seriously undermine the required independence and objectivity of the ongoing decision-making process. Disclosing these details would discourage the Commission officials and members of the Dutch administration from having free and open discussions on the national plan without interference. Such disclosure would risk inciting restraint during future assessments and limit the exchanges of unrestricted, independent opinions and advice necessary for the accomplishment of the institution's task. At the present stage, it would strain the working relations between the European Commission and the Dutch national authorities. As a result, the European Commission would be deprived of the possibility to explore all available paths for the ongoing decision-making process. In addition, their disclosure would open the door to undue external pressure on the ongoing decision-making process as it would disseminate preliminary conclusions that do not represent the final position of the European Commission, nor of the Dutch authorities. This could lead to speculations, premature conclusions and serious interference with the European Commission's decision-making process. As a result, the European Commission would be deprived of engaging in a constructive form of internal criticism, provided free of all external pressure (C (2022) 6154 final)."

This worry has dominated the handling of requests ir-

respective of the stage of decision making. The assessment of the Swedish RRP was still ongoing when disclosure was refused. The Danish plan, on the other hand, had already been approved by the Council. However, here the Commission relied on how the decision-making process might continue even after the plan's adoption; in fact, until 31 December 2026. Finally, the Commission could see no public interest justifying disclosure. In particular, 'the interest of Swedish voters and taxpayers affected by the Swedish plan' did not override the need to protect the ongoing decision-making process. In the French case, the Commission repeated the claim that the decision-making process could extend to the year 2026, which is the deadline for the adoption of payment decisions by the Commission. The Ombudsman pointed out that it was 'difficult to understand how documents pertaining to the *closed* negotiations of an RRP 'transform' into documents in an *ongoing* decision-making process on complying with the RRP', and how documents related to the setting of milestones could seriously undermine the future evaluation of the achievement of these milestones.

Transparency, Confidentiality, Corruption

Outside the European Commission, transparency is seen as one of the best means to fight corruption. At the point when the RRF was being designed, [Thomas Wieser](#), the former President of the EFC, pointed out that while the RRFs has potential to bring about important reforms, the model also involves planning and implementation risks at both national and EU levels that could not be mitigated through bureaucratic governance. Instead, the risks could be reduced by increasing the political price of bad planning and implementation. The solution he argued was (the threat of) transparency and a strong role for the EP to provide a forum for that debate.

In the past weeks, we have heard how – instead of the promised digital leap and green transformation – EU tax payers' money has been spent on a [Lamborghini and Rolex](#), and how '[Fraud-busters swoop on Greek contracts involving €2.5B of EU recovery funds](#)'. EPPO is known to have over 200 ongoing investigations relating to the use of these funds, and the President of the European Court of Auditors has repeatedly alerted us to the reality that episodes of fraud in the use of RRF funds [will be repeated](#) because of the lesser control framework attached to this money.

Yet, despite some [baby steps](#) in the direction of trans-

parency and general insistence that , the Commission seems to have made it its mission that the approval of

plans and the follow-up of milestones and targets should be governed by a general secrecy.

Päivi Leino-Sandberg

”Very Tight Control”

On (the Absence of) Member State Scrutiny of the EU’s Recovery Spending

doi: 10.59704/bf6658d8f4d2a329



As an EU program, the Recovery and Resilience Facility (RRF) is unprecedented in size and scope. Already prior its adoption, there was concern among some Member States about the Commission’s willingness and capacity to manage it properly. The Dutch Prime Minister Rutte explained to his Parliament how (quoted in [Bokhorst](#))

If we in the Netherlands cannot immediately have full trust in the Brussels system not saying ‘well, the reform hasn’t really happened, but here’s your money anyway’, then we need something in the governance to ensure the Netherlands has very tight control over the process.

Much due to the determined efforts by Prime Minister Rutte and the “frugal” countries, the July 2020 European Council finally agreed to task the Economic and Financial Committee (EFC), to oversee disbursements from the RRF. If no consensus is found in the EFC, then the matter can be further escalated to the European Council.

Proper control by Member States over what ultimately is their taxpayers’ money that will be needed to pay back the NGEU debt seems like a relevant matter from the viewpoint of good governance and democratic control. As often is the case in investigations into the internal workings of the EU, information turned out to be rather hard to come by.

The EFC is an EU body set up by Article 134 TFEU. It consists of representatives of the Member States, the Commission, and the ECB. The EFC has a secretariat which, according to the [EFC website](#), presently employs 27 officials. The same secretariat also serves the Eurogroup, the Eurogroup Working Group, and a number of EFC subcommittees. Given its size, and the wide range of tasks of which the RRF is just one, it is safe to say that this is an organisation geared to keeping the procedural wheels rolling, rather than one with independent analytical capacity. It certainly does not have the practical capacity to access primary data or uncover information to

challenge the Commission assessment under the RRF.

Under the [EFC Statute](#), the EFC decides by a majority of the members if a vote is requested. Its proceedings “shall be confidential”. Consequently, there is little public information available on the EFC. Yet, following [my recent access to documents request](#), slightly more information is now available about its role in the RRF process. These documents demonstrate that the peer scrutiny is, in general, light, conducted under tight deadlines and entirely dependent on information and preliminary assessments provided by the Commission. The picture that emerges is that the scale and complexity of the task is so overwhelming that the EFC is able to provide little more than a rubber stamp to confirm and legitimise Commission judgment.

How the EFC works - a quest for information

The national plans and disbursements are prepared in [confidential discussions](#) between the national government and Commission officials. It is known that the material exchanging hands in those talks is voluminous, but the Commission [routinely refuses](#) most requests for documents and / or strategically delays their consideration. The plans are broadly worded and focus on political objectives. Most of the documents only exist in national languages. For example, Portugal’s 346 page [Recovery and Resilience Plan](#) (RRP) is only available in Portuguese. The Commission [working document](#) assessing its substance in 109 pages is also available in English, with a three-page summary. As regards the linguistic regime, the [Ombudsman](#) has spoken for a need to “publish the machine translations of the national plans, with appropriate disclaimers, so that this essential information can be the subject of pan-European scrutiny”. So far this has not happened.

The national plans and their supporting documentation, interesting as they may be from the public communication viewpoint, are of limited formal relevance. From the legal viewpoint, what matters is what is included in

the Council implementing decision through which the EU gives the plan its seal of approval. The [annex](#) to the Council implementing decision contains descriptions of the targets and milestones against which a Member State's performance is assessed before money changes hands. These descriptions are brief and typically provide only a very general impression of what exactly the Member State is expected to do. For [Tony Murphy](#), the President of the European Court of Auditors, some objectives "are vague in nature, resulting in diverging opinions as to whether an objective has actually been achieved or not."

Just to take a random example from the Portuguese implementing decision, Measure RE-C05-i05-RAA consists of

Finalisation of works on new (to replace obsolete structures) or requalified structures responsible for animal slaughter, certification of milk quality and food safety, to respond to the evolution and growing demands of the markets, incorporating investments in the innovation of production and organisation processes, in the green transition, the digital transition and animal welfare.

To actually comprehend the task assigned, let alone properly assess whether it has been completed in a manner that fulfils the substantive goals, would not only require access to supporting documentation on what has been agreed and delivered, but also a fairly detailed contextual understanding of the current state and challenges of animal husbandry and food safety in Portugal which is likely to exceed the competence of the senior finance ministry officials forming the EFC.

The time window of four weeks for the EFC to work on a disbursement starts with the Commission issuing its positive preliminary opinion on a payment request submitted by a Member State and ends with the Commission implementing decision to effect the payment. Based on the information available on the Commission RRF website, the process is usually conducted a bit faster. For example, for the first Spanish payment request and Italy's fourth payment request it was roughly three weeks. While this may appear reasonably generous, anyone with practical experience from EU decision making knows that, given the procedural requirements and the technical complexities involved, it is a blistering pace.

What particularly caught my attention was Portugal's

third and fourth payment request. The Commission's positive preliminary assessment is dated on 13 December 2023, and the relevant Commission [implementing decision](#) (authorising several billion of non-repayable support to Portugal) on 22 December 2023, leaving only nine days (or seven, counting only workdays) for the Member States to familiarise themselves with the material, the EFC to organise a meeting, prepare and approve an opinion and the Commission to set up a meeting of a comitology committee needed for formal adoption. One has to ask, within these timelines, at what point did the EFC actually conduct its careful analysis. So I started to dig a little deeper and search for any documents that would shed light on these questions.

Under the EFC Statute the secretariat of the EFC is assured by Commission services. EFC documents are thus Commission documents. From the viewpoint of transparency, this is bad news. Given the [development of its access to documents practices](#) during the current Commission, there is simply little point in filing a request – which of course is exactly what the Commission aims to achieve. Instead, I approached the Council with my request, as the documents would certainly be also in its possession.

It appeared that, to guide its handling of RRF-related matters, the EFC has approved three documents. Access to them was, however, refused with reference to how they "contain sensitive information about the conduct of the work in the EFC (and also the Economic Policy Committee (EPC)) – including on ongoing files – release of which would severely affect the decision-making processes in the EFC and the EPC and also in the Commission and the Council [...], in especially delicate areas of interest to the financial and economic policy of the European Union and its Member States."

On appeal, I pointed out how this brief justification failed to meet the requirements of Article 15 TFEU, Regulation No 1049/2001 and relevant jurisprudence, in not engaging in a substantive examination of the potential risk and examining the existence of a public interest. It is difficult to see how procedural matters could be confidential.

On appeal, [the Council unanimously agreed](#): it consulted again "Commission services which have in turn consulted EFC services". Full disclosure had suddenly become possible. In a statement annexed to the decision, [France](#), however, expresses "its concern about the request for access to EFC documents and calls for a discussion to

be held as soon as possible within the EFC group on the issue of transparency of EFC documents”.

While I am grateful for having eventually been granted access, the route to this outcome reveals something about the way in which the Council approaches access to documents requests. The general policy seems to be a blank refusal in the initial round, accompanied by a brief, cookie-cutter justification. Only if the applicant persists and submits a confirmatory application, something resembling a “carefully scrutiny of the the content of the documents” actually takes place and access may be granted. In this case, the decision may also have something to do with the fact that the same applicant had just won [another access to documents case](#) in the General Court against the Council for a few weeks earlier.

The “imperative of a swift implementation”

The guidelines were worth the trouble of requesting, as they do draw quite an informative picture. The Commission has two months for its own assessment. Obviously, the submission of a payment request has been preceded by continuous contacts between Commission officials and the Member State representatives, so the Commission has a relatively full picture of the situation already when the clock starts ticking.

The EFC, in contrast, has not been part of the preliminary discussions leading up to the payment request, so the time window genuinely starts from zero. It is difficult to know whether it has access to any other information than the summary documentation provided to it by the Commission in the form of its positive preliminary assessment. Even if it did, I doubt that anyone would have the time to read it.

The EFC meetings on RRF matters are prepared by the Economic Policy Committee (EPC). The EPC was set up [in 1974](#) to promote coordination of Member States’ short and medium-term economic policies and provide advice to the Commission and the Council. Under its [Statute](#), it supports the EFC; and consists of two members appointed by the Member States, the Commission and the ECB. Unless decided otherwise, the proceedings of the Committee are confidential.

According to an EFC note dated August 2021, the meeting of the EPC “should be organised as soon as possible after the Commission provision of its findings, but not earlier than five working days after the Commission has provided to the EFC its findings related to its posi-

tive preliminary assessment. The EPC should have sufficient time to prepare each EFC opinion, possibly about 1.5 hours discussion for each opinion”. With a presentation by the Commission and an intervention by the Member State concerned, this does not leave much time for a grand *tour de table*.

It seems that it is actually the EPC, a coordination forum for Member States set up in the mid-1970s, that does the heavy lifting. An EFC note of December 2023 explains how the EPC prepares the draft opinions as it allows for detailed “discussions and multilateral scrutiny over the achievement of milestones and targets and the Commission’s preliminary assessments”. According to another EFC note dated May 2023, after the initial meeting, all but one draft opinions have been finalized in the EPC via a written procedure. Following this, EFC has endorsed the opinions without changes in the text. The sole exception mentioned concerns a the payment suspension for Lithuania which, according to the the Commission 92-page [assessment](#), had failed to provide information about two of the relevant milestones.

The EFC documents paint a picture of peer scrutiny that remains at a general level, is conducted under tight deadlines, and is strongly limited by scarce resources. They also reveal an evolution of the process to a point what looks much like a mere formality. In the August 2021 document, the EFC underlines how the purpose of its opinion is “to contribute to the effective implementation of the Recovery and Resilience Facility, by providing a (consensual – to the extent possible) view of Member States” “on whether the relevant milestones and targets have been fulfilled in a satisfactory manner (therefore, agreeing or disagreeing with the Commission positive preliminary assessment that satisfactory progress has been achieved)”. As to its format, the opinion “should be standardised but flexible enough”; it should

give an overall view, and it does not need to present the EFC position on each relevant milestone and target. It should briefly summarise the discussions of the EFC and EPC, which should strive to reach consensus. Opinions are expected to have 1-1.5 pages per payment request, dependent on the discussion.

A page and a half is not much, and certainly not enough to accommodate more than the most bird-eye view of the fulfilment of the measures.

The August 2021 note underlines the reliance of both the EPC and the EFC on the information made available by the Commission:

The EFC opinion will rely on the available information on the fulfilment of the relevant milestones and targets. Neither the EFC nor the EPC will have the capacity to produce a separate assessment of the fulfilment of milestones and targets. The Regulation on the Facility provides that the Commission shall provide to the EFC its findings related to its positive preliminary assessment. The Commission preliminary assessment will therefore be the main basis for the EFC and EPC discussions and the subsequent EFC opinion.

Minutes from an EFC meeting annexed to the Note reflect concerns about the heavy workload arising from the implementation of the RRF and emphasises the "imperative of a swift implementation in spite of the additional workload, including the importance of avoiding, as far as possible, duplications in the disbursement phase as well as in the approval phase of the plans". Apart from the procedural efficiency, the swiftness of the process may also reflect the limited capacity and resources available to actually engage in any kind of substantive scrutiny.

For disbursements seen as uncontroversial, the EFC procedure has gradually been downscaled. The documents paint a picture of procedures being gradually accommodated to the pragmatic realities described above. Today, the EFC approval can take place in a simplified (written) procedure, "if and only if the following criteria are met":

- There is an agreement of the EPC on the text and no square brackets are left open;
- No member in the EPC discussion has asked for a discussion in the EFC;
- The payment request is not subject to a possible payment suspension;
- And the positive preliminary assessment is not on milestones and targets previously

assessed as not achieved (in a payment suspension). However, the standard procedure needs to be used

in case the disbursement entails an audit-and-control-related milestone.

The third payment request of Portugal that initially provoked my interest seems to be an "exceptional deviation to the agreed process", identified in the Note of December 2023. The EFC President had concluded on 18 December 2023 that the "precise modalities for exceptions would be discussed and formalised". This was seen to raise questions about the need to "preserve the integrity of the process, fair and equal treatment among members, sufficient time for scrutiny and credibility of the multilateral surveillance". Deviations would be allowed only in "exceptional and objective circumstances". Such a process could be granted at when a country sends "in writing to the EFC a request for an exceptional acceleration and provides the necessary justification", within one working day of the Commission's preliminary assessment. The procedural question of a possible deviation should preferably be decided by consensus; yet "sufficient time is preserved for Member States to properly scrutinise the preliminary assessment according to their national practices".

Peer scrutiny or mutual congratulations

The way RRF peer scrutiny is arranged is fundamentally curious. On the one hand, the reason the EFC was originally tasked, by the European Council, to examine each disbursement was the lack of trust, by some leaders, in the Commission's ability or willingness to hold Member States to sufficiently high standards in their delivery of the required reforms and investments. On the other hand, the picture that emerges from the EFC documentation is that the Commission was left in total control of all RRF-related information. The EFC opinion relies primarily on the Commission's assessment, and one would think that the Commission is smart enough not to reveal information that could be used to challenge its own position. All the while, the pressure is on to accelerate the rate of disbursements that the [mid-term review](#) found lagging behind schedule.

Even if they had access to primary information, the EFC and the Member States would in any case lack the practical capacity to properly assess the enormous scope of issues covered by the 27 national plans and the thousands of milestones and targets therein. Hence, although the time frame in which the EFC is expected to deliver its opinions is objectively tight, it is unlikely that a lengthi-

er process would lead to different outcomes, either in the expedited case of Portugal or in the cases following normal timelines.

Finally, apart from the ability to properly scrutinise each other's performance, Member States also lack the inclination. There is very little to be gained by giving another Member State a hard time, while the diplomatic cost might be very real. It is easy to understand why each country prefers to concentrate on its own milestones and targets to legitimate its own share of funding, rather than worry about the thousands of milestones included in other Member States' plans.

Peer scrutiny in the Council has, in general, never worked particularly well. When there is no immediate domestic political imperative to do so – as there was for example in the context of the Greek bailout packages – Member States simply do not like to challenge each other and prefer rather to leave it for the Commission to ask any uncomfortable questions. One reflection of this is the application of EU's economic governance framework, where studies demonstrate how over the years, “[p]eer pressure turned into [mutual congratulations](#)“.

The Commission's implementation of the RRF is al-

so scrutinised by the European Parliament through the [Recovery and Resilience Dialogue](#). While the Commission is only to “take into account any elements arising from the views expressed” in this dialogue, the Parliament has more teeth when it holds the Commission politically accountable for the implementation of the RRF through the budget discharge procedure. While information asymmetries also affect the Parliament, MEPs may have additional channels of information and, in case of MEPs that belong to opposition parties, also a political motivation to challenge Commission findings.

The RRF is a model that the Commission [carefully designed](#) over the years, and which, as [Commissioner Gentiloni](#) recently argued, should “serve as a useful blueprint for the future”. If and when such proposals proceeded to political discussions, it may be useful to keep in mind that this blueprint means a near-total delegation of decision-making powers to the Commission. For any facility approaching the RRF in terms of scope and complexity, “tight control” of the use of money by Member States is, and will remain, an illusion.

Paulina Milewska, Zuzanna Nowicka

The Ball is in the Game

Opportunities for the Protection of Freedom of Expression at the EU Level arising from Real Madrid vs Le Monde Case

doi: 10.59704/036d42efb824dade



In 2017, [after the assassination of the Maltese journalist Daphne Caruana Galizia](#), strategic lawsuits against public participation (SLAPPs) became an important topic on the EU level. As a result, [the EU adopted the anti-SLAPP Directive](#), which shall protect journalists from abusive lawsuits that do not serve justice but only the sinister aim of silencing free press. Days from now, that directive will enter into force. Member States have two years for implementation. Nevertheless, the Directive is not the EU's only SLAPP-related legal project at the moment. There is important litigation as well. This litigation originates, of all places, from the equally flashy and dirty world of professional football. In February 2024, [Advocate General Maciej Szpunar delivered his opinion](#) on the Real Madrid Club de Fútbol vs Le Monde case (C-633/22). The case addressed the problem of exorbitant damages targeting press and introducing a deterrent effect on freedom of speech in transnational cases. It is the Court of Justice of the European Union's (ECJ) first opportunity to address the vastly growing problem of SLAPPs.

From a rule of law and, especially, freedom of the press angle, the case is of paramount importance as it forwards, supported by the Advocate General Szpunar, a simple but groundbreaking argument: two of EU law's most fundamental principles, mutual recognition and freedom of speech, are a strong basis to fight SLAPPs. This is crucial as the above mentioned SLAPP Directive will yield results only two years down the road.

After giving some context, this blog posts develops the abovementioned argument that fighting SLAPPs requires, or rather operationalizes, not only a very specific directive that will yield first results only two years from now but may utilize the most fundamental principles of EU law: mutual recognition and freedom of speech (and the press!).

Facts of the case and the opinion of Advocate General

So, first a few words to context. SLAPPs are lawsuits that are issued by powerful plaintiffs, such as politicians, business people and corporations, against those who speak up in the public interest, usually journalists, media outlets, academics and activists. The aim of the plaintiff is to silence the speaker and introduce a chilling effect, winning the case not that important. SLAPPs are abusing mainly, but not exclusively, civil law (e.g. defamation). The imbalance of power is an important part of the SLAPP cases – while plaintiff has unlimited resources for legal endeavors, the defendant is struggling with finances. This creates an economic and psychological burden on the victim.

Going back to the case – more than a decade ago, the Spanish football club Real Madrid became an anti-hero for, apparently, hiring a “doping doctor”. The story broke in an article by the French newspaper *Le Monde*. Real Madrid and a member of its medical team brought legal action in front of the Spanish court against *Le Monde* and the journalist who wrote the piece. Real Madrid and said doctor claimed reputational damage. The Spanish courts agreed with the football club and ordered *Le Monde's* owner, the newspaper company *Société Éditrice du Monde*, to pay a fine of €390,000. Moreover, the courts ordered €33,000 to be paid jointly by the journalist personally and the company.

Real Madrid applied for enforcement of these judgments in France, resulting in the Paris Court of Appeal dismissing its application in 2020. The decision was based on the public policy clause, i.e. the French court held that the Spanish motion potentially interferes with freedom of expression. This Franco-Iberic judicial impasse culminated when the French Court of Cassation referred seven questions to the ECJ with a request for a preliminary ruling under Art. 267 TFEU. In EU legal terms, the key issue is whether, in the EU legal order, [“the freedom of the press guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union \(the Charter\)](#)

constitutes a fundamental principle the breach of which can justify recourse to the public policy clause.”

In his February 2024 opinion AG Maciej Szpunar underlined that a Member State court should refuse or revoke enforcement if proceeding would manifestly breach freedom of expression. He underlined that freedom of expression is an essential principle of the European Union’s legal order due to its importance for any democratic society. In cases where damages might be seen as exorbitant, hence leading to a deterrent effect on the freedom of expression, the refusal of enforcement should be seen as justified. According to the AG the damages should be considered manifestly unreasonable when: 1) a natural person would have to pay a sum which is several dozen times the standard salary in the Member State where the case takes place or when the person would struggle for years to cover the damages; 2) a legal entity would have its existence threatened by paying the damages. Furthermore, he states the recourse to the public policy is justified only in exceptional cases.

Chance for strengthening the protection of freedom of media?

But what to make of this case?

Firstly, and quite remarkably given at least the Luxembourg judges’ tense relationship with the Strasbourg court, the *Real Madrid vs Le Monde* case gives a chance to apply the European Court of Human Rights (ECtHR) principles concerning freedom of expression in the ECJ ruling. Such cooperation between courts is desirable and the opinion delivered by the AG already leads into this direction. The AG uses a robust ECtHR judicature in order to define terms such as “public participation”, “deterrent/chilling effect” or issues of “public interest”. Even though, these terms are defined now in the anti-SLAPP Directive, the terms delivered in the ruling in the Real Madrid case can grant a further clarity on them. In the end the ECtHR is deciding on issues concerning freedom of expression for decades, while it is fair to argue that ECJ is rather new in the game.

Secondly, under the Brussels I regulation, mutual recognition of judgments issued in a different Member States is a rule. Such a solution stems from the principle of mutual trust, according to which values on which the EU is founded are observed in all Member States. Non-recognition is allowed only exceptionally, namely by re-

course to the public policy clause (Article 34 (1) of the Brussels I regulation). According to long standing ECJ case law, such recourse is possible if the recognition of a judgment was to constitute a manifest infringement of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which recognition is sought or of a right recognized as being fundamental. It seems that the freedom of expression and freedom of the press should be considered such a rule, as it constitutes a fundamental right guaranteed by the Charter.

On the other hand, ECJ is reluctant to a broad interpretation of exceptions to the principle of mutual trust, such as the recourse to the public policy clause. According to the ECJ, if a Member States were to check that another Member State has observed fundamental rights, the underlying balance of the EU would likely be upset. Until no more than a decade ago, the ECJ was actively using what [Dean Spielmann calls the *pro-integration approach to human rights*](#). The protection of fundamental rights was aimed at facilitating the flow of capital and goods between Member States and not an end itself.

Then, again, the principles are written in a stone only to some extent. The rule of law crises in Hungary and Poland showed that the presumption upon which the principle of mutual trust is based must be rebutted in certain situations. It can be argued that breaches of human rights or rule of law occur from time to time in all of the Member States. Nevertheless, in some Member States these breaches are manifested and systematic to the extent that ECJ had to revisit its approach to the principle of mutual trust. In this context, the ECJ ruled, in *Aranyosi and Căldăraru* case and reinforced it in LM case, that court of a Member State can suspend the execution of European Arrest Warrant on the basis of systemic deficiencies of human rights protection in the issuing Member State and taking into account the individual circumstances of the case. The CJEU will inevitably comment on the principle of mutual trust in *Real Madrid v. Le Monde*, and adopting an approach similar to that in ECtHR jurisprudence will be useful from the accession perspective.

As [noted by Gráinne de Búrca and Claire Kilpatrick](#), the international framework for protecting human rights necessitates not just holding duty-bearers accountable to rights-holders, but also ensuring mutual accountability among duty-bearers. The ECJ has an opportunity to ensure just that by allowing for non-recognition of a judgment on the basis of infringement of a fundamental right. It al-

so has to be stressed that the issue of mutual trust was one among the two problems signaled by the ECJ in the *Opinion 2/13* on draft agreement providing for the accession of the EU to the European Convention of Human Rights. A clear stance on the primacy of protection of human rights over the principle of mutual trust could be of great importance in the context of the reopened accession negotiations. The ECtHR gave its view on this principle in the *Avotiņš v. Latvia* judgment. According to [the long-standing Bosphorus](#) presumption, state action taken to fulfill an obligation arising from membership in an international organization and leaving no discretion to the state should be considered compatible with the Convention. However, if during the enforcement proceedings a serious and substantiated complaint that the protection

of a Convention right has been manifestly deficient. The court cannot dismiss the examination of that complaint solely based on the fact that they are applying EU law.

Lastly, it should be noted that the case can be considered within the broader discussion on the protection of values enshrined in Article 2 TEU on the ECJ level. By defining the relation between freedom of expression and public policy, the ECJ has a chance to grant a tool for a protection of human rights (namely freedom of expression) to Member States. It can be said that sometimes for the EU, a crisis is an opportunity to further define its principles, and the emerging threats to freedom of expression and public debate, such as the case of *Real Madrid v. Le Monde*, should be seen as precisely such an opportunity.

Jörn Griebel, Felix Bergold

Deutsche und europäische Lieferkettenregulierung und das GATT

Eine schwierige Beziehung

doi: 10.59704/3813e274f0a514c6



Die Ansätze für eine umfassende Lieferkettenregulierung auf deutscher und europäischer Ebene werfen eine ganze Reihe Fragestellungen im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit dem Recht der Welthandelsorganisation (WTO) auf. Während diese Diskussion in der Wissenschaft bisher nur sehr selten geführt wurde, spielt sie in der Praxis überhaupt keine Rolle, so thematisieren beispielsweise weder die [Kommission](#) noch die [Bundesregierung](#) diese Fragestellung in den jeweiligen Gesetzesbegründungen. Dies ist umso bemerkenswerter als die WTO-rechtlichen Bedenken in Bezug auf das bereits 2023 in Kraft getretene deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ([LkSG](#)) durch die geplante EU-Lieferketten-Richtlinie (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive* oder EU-CSDDD) noch verstärkt werden. Es ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass sich vor allem durch die in der EU-CSDDD enthaltene Verschärfung der Haftungsregelungen sowie die Erweiterung der umfassten Schutzgüter der handelsbeschränkende Effekt nochmals deutlich verstärken wird.

Der europäische Gesetzgebungsprozess zur Lieferkettenregulierung hat jüngst eine kritische Phase überwunden. Wenngleich sich für den im Dezember 2023 im Trilog gefundenen Kompromiss im Rat keine Mehrheit ergeben hatte, konnte die belgische Ratspräsidentschaft durch deutliche Änderungen am Richtlinienentwurf eine Einigung herbeiführen. Bei der entsprechenden Abstimmung im Kreis der Ständigen Vertreter am 15. März 2024 haben sich allerdings neben Deutschland auch eine ganze Reihe anderer Staaten enthalten bzw. gegen den Kompromiss gestimmt. Die deutsche Enthaltung war ein Resultat der [ablehnenden Haltung der FDP](#), die diese vor allem mit einem deutlichen bürokratischen Mehraufwand für die europäischen Unternehmen begründete. Es wird nun erwartet, dass der Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene zeitnah finalisiert wird.

Interessant ist bei all den Diskussionen um die Lie-

ferkettenregulierung, gleich ob auf Ebene der Union oder der Mitgliedstaaten, dass regelmäßig nur inhaltlich-gestalterische Rechtsfragen sowie mit den Regelungen verbundene ökonomische Effekte und Belastungen für die adressierten Unternehmen thematisiert werden. Fragen der (wirtschafts-)völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit der Lieferkettenregulierung spielen in den Debatten hingegen sehr selten eine Rolle. Wenn die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen oder europäischen Lieferkettenregulierung mit Regeln der WTO und hier speziell des *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* ausnahmsweise behandelt wird, [so betrachtet man diese als gegeben](#): entweder es wird bereits ein Verstoß gegen Ge- oder Verbote des GATT bezweifelt oder aber jedenfalls die sichere Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. XX GATT angenommen.

Dies überzeugt jedoch nicht. Mit Blick auf die Vielzahl und die Breite der vom LkSG und mehr noch dem Kompromissvorschlag zur EU-CSDDD umfassten Schutzgüter stellen die jeweiligen Regulierungen eine zumindest in Teilbereichen WTO-rechtlich nicht zu rechtfertigende Handelsbeschränkung dar. Mit Blick auf die Bindung der EU und ihrer Mitgliedstaaten an das Welthandelsrecht ist dies keine banale Feststellung. In zahlreichen Gebieten des Völkerrechts und insbesondere im Wirtschaftsvölkerrecht kann man aktuell eine zunehmende Bereitschaft beobachten, die Grenzen völkerrechtlich zulässigen Handelns mindestens auszutesten, oft aber bewusst zu überschreiten. Dass sich die EU und ihre Mitgliedstaaten hier potenziell im Hinblick auf das WTO-Recht einreihen, überrascht sehr, [betonen sie doch regelmäßig die Bedeutung des WTO-Rechts und dessen zentrale Funktion für eine regelbasierte Welthandelsordnung](#). Die Achtung des (Wirtschafts-)Völkerrechts scheint gerade in Zeiten einer zunehmenden Verquickung außenwirtschaftlicher Fragen mit geopolitischen Zielen von zentraler Bedeutung.

Nach einer kurzen Betrachtung der unionsrechtlichen Bedeutung des WTO-Rechts für Unionsorgane und EU-Mitgliedstaaten wird am Beispiel des GATT dargelegt, warum ein nicht zu rechtfertigender GATT-Verstoß sowohl des aktuellen LkSG als auch einer potenziellen EU-CSDDD gegeben ist bzw. wäre.

GATT als unmittelbar verbindliches Unionsrecht

Bei den Abkommen der WTO handelt es sich wie angesprochen um für die EU und ihre Mitgliedstaaten völkerrechtlich verbindliche Verträge. Zudem erklärt Art. 216 Abs. 2 AEUV völkerrechtliche Abkommen der EU mit Blick auf die Organe der EU und ihre Mitgliedstaaten für grundsätzlich auch unionsrechtlich verbindlich. Dies gilt somit auch für die Abkommen im Rahmen der WTO, für die der EuGH lange Zeit Besonderheiten angenommen hat.

Gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV sind zunächst die Mitgliedstaaten unmittelbar an Abkommen der Union gebunden. Dies gilt laut EuGH auch bei Widersprüchen zwischen WTO-Recht und mitgliedstaatlichem Recht ([Rs C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – Kommission/Ungarn](#)). Damit ist die Frage auch relevant für das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, dem besondere Funktionen bei der Durchsetzung des LkSG zugewiesen sind.

Vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Bindung wäre es widersprüchlich, entgegen der ausdrücklichen Vorgabe des Art. 216 Abs. 2 AEUV eine Bindungswirkung des WTO-Rechts weiterhin für den europäischen Sekundärrechtsgeber auszuschließen. Die Einheit des Unionsrechts wäre verletzt, wenn Mitgliedstaaten mit dem WTO-Recht konfligierendes Sekundärrecht beachten müssten. Auch die EU-CSDDD muss folglich mit dem WTO-Recht vereinbar gestaltet sein. Dies gilt unabhängig von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts.

Lieferkettenregulierung und Effekte auf den im GATT geschützten freien Warenhandel

LkSG und EU-CSDDD verfolgen nicht nur globale Schutzziele, sie nehmen hierfür auch – ohne jegliche geografische Begrenzung – internationale Lieferketten in den Blick. Die Regeln verlangen Sorgfalt der adressierten Unternehmen in Lieferketten, die potenziell alle Kontinente umspannen. Dabei geht es nicht nur um Lieferketten, die für Deutschland oder die EU bestimmte Waren betreffen oder diese Märkte durchqueren. Die entsprechenden Re-

gelungswerke entfalten damit eine erhebliche extraterritoriale Wirkung.

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass weder der deutsche noch der europäische Gesetzgeber in den jeweiligen Gesetzesbegründungen mögliche Konflikte mit dem Welthandelsrecht ansprechen. Dabei sehen sowohl das LkSG als auch die EU-CSDDD für bestimmte (schwerwiegende) Szenarien den verpflichtenden Abbruch von Geschäftsbeziehungen vor (§ 7 Abs. 3 LkSG, Art. 8 Abs. 6 b EU-CSDDD). Der eigentliche Effekt auf den internationalen Warenhandel wird aber durch „freiwilliges“ Verhalten der Unternehmen bewirkt, wobei es hierbei jedoch um ein sanktionsrechtlich induziertes freiwilliges Verhalten handelt. Aufgrund der jeweils vorgesehenen ordnungsrechtlichen Sanktionen in Gestalt von potenziell beachtlichen Bußgeldern werden sich die Unternehmen veranlasst sehen, als problematisch erkannte Kooperationen aufzugeben. Solche Effekte werden sich mit der in der EU-CSDDD vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung noch verstärken.

Vor diesem Hintergrund sind sowohl das LkSG als auch der [aktuelle Kompromissvorschlag der EU-CSDDD](#) WTO-rechtlich an Art. I GATT und Art. XI:1 GATT zu messen. Ersterer verbietet eine Diskriminierung ausländischer Waren unterschiedlicher Nationalität. Ein Land mit geringen Schutzstandards wird seine Waren nicht mehr in gleicher Weise absetzen wie bislang, während Waren aus anderen Ländern in die Lieferketten der adressierten Unternehmen Eingang finden werden. Dies verändert die grenzüberschreitenden Warenströme und stellt eine faktische Diskriminierung nach Art. I GATT dar.

Daneben ist auch Art. XI GATT einschlägig. Art. XI GATT hat ungeachtet von seiner Nichtanwendung auf von Art. III GATT erfassten innerstaatlichen Maßnahmen einen grundsätzlich weiten Anwendungsbereich. Er umfasst neben *de jure*- auch *de facto*-Handelsbeschränkungen. Damit ist davon auszugehen, dass die Lieferkettenregulierungen eine beschränkende Wirkung für den Import von für den deutschen und/oder europäischen Markt bestimmten Waren entfalten, weshalb auch ein Verstoß gegen Art. XI GATT angenommen werden kann.

Verstöße infolge der Lieferkettenregulierung können nicht durchgängig gerechtfertigt werden

In der Geschichte der Streitbeilegung unter dem früheren GATT bzw. der heutigen WTO hat es zahlreiche Versuche gegeben, Diskriminierungen oder verbotene Handelsbeschränkungen unter Berufung auf Art. XX GATT zu rechtfertigen. Aber nur ganz ausnahmsweise waren sie erfolgreich. Dies liegt an den hohen Hürden, die Art. XX GATT aufstellt.

Zunächst muss ein Schutzgut aus der sehr begrenzten und abschließenden Liste der in Art. XX GATT genannten Schutzgüter oder -szenarien einschlägig sein. Weiter bestehen je nach Schutzgut unterschiedliche Anforderungen an die Zielgerichtetheit („*relating to*“) oder Erforderlichkeit („*necessary to*“) der staatlichen Maßnahme. Sodann gilt es, einen besonderen Missbrauchstest (sog. „*Chapeau-Prüfung*“) zu bestehen, der insbesondere Fälle von verstecktem Protektionismus verhindern soll. Und letztlich können sich besondere Probleme einer extraterritorialen Anwendung ergeben, soweit sich die Geltendmachung von Art. XX GATT – wie im Fall der Lieferkettenregulierung – auf Schutzgüter bezieht, die sich außerhalb des Territoriums des Staates befinden, der sich auf Art. XX GATT beruft.

Diesem Anspruch müssen das LkSG und die EU-CSDDD durchweg gerecht werden. Die Regulierung des LkSG umfasst neben grundlegenden menschenrechtlichen Schutzgütern speziell im Bereich des Arbeitnehmerschutzes einen begrenzten Umweltschutz. Die EU-CSDDD greift dies auf, erweitert die menschenrechtlichen Schutzgüter und ergänzt den Umweltschutz erheblich. Auch wenn man mit Blick auf die völkerrechtlichen Abkommen, auf denen die Schutzgüter beruhen, sagen kann, dass diese einen hohen Grad an staatlicher Beteiligung aufweisen und teilweise eine quasi-universelle Geltung beanspruchen können, erlaubt dies doch nicht die Annahme einer pauschalen Rechtfertigung über Art. XX GATT. Während man einen Schutz über Art. XX GATT – auch extraterritorial – für bestimmte Schutzgüter für vertretbar erachten kann, ist ein solcher für die komplette Breite der von der Lieferkettenregulierung erfassten Schutzgüter zweifelhaft.

Diese grundsätzliche Strenge des Art. XX GATT wird dadurch gemildert, dass völkerrechtliche Abkommen grundsätzlich als *living documents* betrachtet und damit dynamisch ausgelegt werden. Für Art. XX GATT hat dies

in der Vergangenheit dazu beigetragen, dass etwa die „*exhaustible natural resources*“ in lit. g von Art. XX GATT sehr weit verstanden wurden. So spricht gerade auch vor dem Hintergrund des Pariser Abkommens einiges dafür, den Klimaschutz als ein nicht lokal zu verortendes, universelles Schutzgut als von lit. g erfasst anzusehen (das Problem liegt hier mehr bei der Gestaltung und Begründung von Maßnahmen, da eine offen von Wettbewerbsinteressen geleitete Regulierung am „*Chapeau*“ des Art. XX GATT scheitern würde).

Mit Blick auf den Arbeitnehmer- und Menschenrechtsschutz stellen sich besondere Fragen, da Art. XX GATT insoweit nur einen sehr rudimentären Schutz insbesondere in lit. b („*human (...) life or health*“) und lit. e („*products of prison labour*“) begründet. Beide Tatbestände sind vorliegend allerdings nicht einschlägig. Während lit. e nur einem sehr begrenzten Schutzzweck dient, ist lit. b nach gefestigter Judikatur der WTO-Streitbeilegungsorgane auf den Schutz der inländischen Bevölkerung beschränkt. Als Folge kommt somit lediglich eine Rechtfertigung – wie noch anzusprechen sein wird – über lit. a („*necessary to protect public morals*“) in Betracht. Angemerkt sei hier, dass die WTO-Mitglieder in der *Singapore Ministerial Declaration* gerade mit Blick auf Arbeitnehmerstandards 1996 zum Ausdruck gebracht haben, dass diesbezüglich bestehende komparative Vorteile nicht im Rahmen der WTO-Regeln in Frage gestellt werden dürfen. Diese grundlegende Haltung wurde 2001 in der *Doha Ministerial Declaration* bestätigt. Hier ist bis heute keine wegweisende Richtungsänderung festzustellen.

Unproblematisch erscheint gleichwohl ein Individualschutz im Hinblick auf das Verbot der Sklaverei. Dabei handelt es sich um eines der vergleichsweise wenigen vom völkerrechtlichen *ius cogens* erfassten Verbote, welches auch die WTO anzuerkennen hat. Würde ein Staat zugunsten der von Sklaverei betroffenen Individuen im Ausland gar die Einfuhr der von diesen produzierten Waren per Importverbot entgegen Art. XI GATT unmittelbar verbieten, wäre diese extraterritoriale Maßnahme über Art. XX GATT zu rechtfertigen.

Für weitere Schutzinteressen der Lieferkettenregulierung, etwa aus dem Bereich der Kinderarbeit (das diesbezügliche Abkommen der International Labour Organisation (ILO, Nr. 182) wurde ausnahmslos von allen 187 ILO-Mitgliedstaaten ratifiziert), sind ähnliche Argumentationslinien denkbar. Auch das ILO-Übereinkommen Nr.

29 zur Zwangsarbeit hat eine weitreichende Anerkennung erfahren (181 Ratifikationen), auch wenn das ebenfalls von LkSG und EU-CSDDD in Bezug genommene Protokoll zu diesem Abkommen lediglich 60 Ratifikationen aufweist (unter den bislang nicht beteiligten Staaten sind nach aktuellen Daten der ILO gleich acht EU-Mitgliedstaaten).

Damit ist das Problem der unbegrenzten territorialen Reichweite der Lieferkettenregulierungen im Hinblick auf diese Schutzgüter aber noch nicht zwingend ausgeräumt. Dies gilt umso mehr für Schutzgüter, die eine solch hohe universelle Anerkennung nicht für sich reklamieren können. Daher bedarf es einer strengen Betrachtung der einzelnen Schutzgüter.

So finden sich in der Liste der von den Lieferkettenregulierungen geschützten Arbeitsstandards etwa auch solche, deren Rechtfertigung über Art. XX GATT sehr zweifelhaft erscheint. Soweit LkSG und EU-CSDDD beispielsweise ihren Schutz auch auf die Vereinigungsfreiheit erstrecken, sei angedeutet, dass das diesbezügliche ILO-Übereinkommen Nr. 87 von 30 ILO-Mitgliedern nicht ratifiziert wurde, darunter etwa Brasilien, China, Indien und den Vereinigten Staaten von Amerika. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, welche wichtige Funktion der Koalitionsfreiheit auch im Rahmen der ILO zukommt. Gleichwohl findet sich selbst bei weiter Auslegung kein dieses Schutzgut explizit aufgreifender Rechtfertigungstatbestand in Art. XX GATT.

So kann auch in diesem Zusammenhang lediglich Art. XX lit. a GATT zur Rechtfertigung herangezogen werden. Dabei würde jedoch dessen Rolle in der bisherigen Praxis verkannt. Wenngleich den Staaten nach der Rechtsprechungspraxis innerhalb der WTO ein weiter Spielraum bei der Beurteilung einschlägiger Fälle gewährt wird, so ist die nach lit. a gebotene „Erforderlichkeit“ einer global ausgerichteten und sanktionsbewährten Lieferkettenregulierung jedoch zweifelhaft. Die Bestimmung dient trotz des angesprochenen Beurteilungsspielraums nicht als Auffangtatbestand aller sonst in Art. XX GATT nicht

erfassten Schutzinteressen. In der Praxis wurde die öffentliche Sittlichkeit daher bislang auch nur im Hinblick auf einzelne wirtschaftlich vergleichsweise unbedeutende Produkte und Dienstleistungen angewendet. Die insoweit unbegrenzte Dimension der deutschen und europäischen Lieferkettenregulierung sprengt demgegenüber jeglichen Rahmen von *public morals*. Dies gilt umso mehr, wenn damit auch eine unbegrenzte extraterritoriale Anwendung von Art. XX GATT verbunden wäre. Art. XX lit. a GATT hat nicht die Funktion, einen umfassenden internationalen Transfer nationaler Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen zu rechtfertigen.

Auch für andere Schutzgüter der Lieferkettenregulierung kann man entsprechende Diskussionen führen. Während bei einzelnen Schutzgütern eine Vereinbarkeit mit dem GATT auch trotz der erheblichen extraterritorialen Wirkung der Lieferkettenregulierung zumindest noch denkbar ist, scheint sie für andere ausgeschlossen. Damit wird deutlich, dass es die Breite der Schutzgüter im LkSG und der EU-CSDDD ist, die die (wirtschafts-)völkerrechtlichen Zweifel begründet.

Fazit und Ausblick

Durch die EU-CSDDD wird das LkSG nochmals substantielle Änderungen erfahren. Dies umfasst unter anderem eine Verschärfung der Haftungsregelungen sowie die Erweiterung der Schutzgüter. Beides belastet die bereits jetzt im Hinblick auf das LkSG bestehende, schwierige Beziehung zum WTO-Recht zusätzlich. Wenngleich die Schutzgüter der Lieferkettenregulierung eine hohe multilaterale Anerkennung genießen, so sind sie doch nicht durchgängig auch im WTO-Recht anerkannt. Die Achtung des Völkerrechts ist ein hohes Gut, eine potenzielle Missachtung gerade auch durch die EU und ihrer Mitgliedstaaten wird von der Völkerrechtsgemeinschaft sehr genau zur Kenntnis genommen. Dieser Aspekt sollte in den Debatten um die Lieferkettenregulierung nicht weiter übersehen werden.

Karsten Meijer, Arjen Klein

A Proposal Towards a European Defence Union

Legal Implications of the European Parliament's Proposal for Treaty Reform in the Area of Defence

doi: 10.59704/9cef446a94f32e04



In the context of profound (geo-)political changes, and following the Conference on the Future of Europe, the European Parliament (EP) has called for wide-ranging Treaty changes. In November 2023, it [adopted proposals](#) for Treaty reform, which would have far-reaching implications for the area of defence within the European Union. This blog post analyses the proposed formation of the European Defence Union (EDU) and the introduction of qualified majority voting (QMV), among other major propositions, while concluding that the new framework would likely create contradictory outcomes and undesirably challenge the current constitutional balance. Hence, building on the current Treaty framework would be a preferable solution.

'European Defence Union' and extraordinary powers of the Commission concerning the emergency measures

Although a [general discussion](#) of the proposal has been included on *Verfassungsblog*, it has received relatively little attention, let alone a legal analysis of its implications for the area of defence. Such an analysis is relevant considering the security challenges for Europe, leading to [calls](#) for far more integrated EU defence and even [nuclear weapons](#). At the same time, for the EU as a value-based community, the democratic legitimacy of decision-making is an important checkpoint against which these reforms have to be judged. Furthermore, rule of law considerations require a review of legal necessity and consistency of proposed modifications.

The 'flagship' of this proposal is the creation of an EDU. Before the proposal was adopted by the EP, the EDU seemed mainly to be used as a political term without a fixed or legal meaning. In 2017, Juncker, as then President of the European Commission, wanted to achieve a 'fully-fledged' EDU by 2025. The current President agrees with that objective but seems to have let go of the target

of delivery in 2025 and specifically [includes candidate-Member States](#) in that ambition.

It is noteworthy that the proposal of the EP uses the EDU to label the newly-envisaged military dimension of the EU. That ignores the current Treaty provisions that already provide the concept of a 'common defence'. It is not entirely clear whether this was a conscious decision of the 'framers'. Article 42(2) TEU provides the basis for (the establishment of) a 'common defence'. The procedure of the Article prescribes that the European Council can decide to this end unanimously, after which the Member States must approve that decision and test it against their own constitutional provisions. This procedure is comparable to the simplified treaty amendment.

The proposed EDU is intended to actively provide security for the Union. The proposal, cosmetically, attempts to bring Article 42(7) TEU more in line with the famous Article 5 of NATO. The 2023 Treaty Reform Proposal explicitly states that 'an armed attack on one Member State shall be considered to be an attack on all Member States'. However, Article 42(7) TEU is to a large extent already comparable to Article 5 of the NATO Treaty and is arguably formulated more compellingly and broadly for EU Member States: it contains 'the duty' to provide assistance 'by all means' at their disposal. And for the record, 'all' also includes military resources. A novelty is that in the new text the EDU *itself* is mentioned as an entity (besides Member States) upon which the obligation of military solidarity rests.

Closely related to military solidarity, especially in a whole-of-society-approach and in relation to hybrid threats, are emergency measures. Article 222 TFEU currently contains the 'solidarity clause', reserved for terrorist attacks and natural or man-made disasters. Institutionally, the Council has a central role in that regard. The proposed amendment of Article 222 TFEU aims to change

this considerably. The Council, together with Parliament, may in case of an ‘emergency’ grant the Commission ‘extraordinary powers’, which includes ‘those to enable it to mobilise all necessary instruments’.

Remarkably in light of these considerations, the proposal leaves Article 4(2) TEU untouched. Currently, this Article figures as a cornerstone in limiting the scope of EU defence, as it stipulates that the EU respects the essential state tasks of (among other things) territorial defence and national security. Therefore, there seems to be a tension between the proposal and this provision. A complete transfer of military units and powers, as for example was intended with the European Defence Community (EDC) in the 1950s, is in any case not possible without amending Article 4(2) TEU. However, in the eyes of the EP, apparently, putting military units under ‘operational command’ of the EU (more about that later), is compatible with the current Treaty. That explanation seems defensible. After all, respecting national tasks does not preclude the EU from executing additional functions which do not conflict with the national prerogatives. Further debate is necessary to decide where the borderline of this provision lies exactly.

QMV in CFSP and CSDP

Besides the creation of an EDU, the proposal also procedurally reforms defence cooperation. Currently decisions within CFSP and CSDP are generally taken by unanimity. This decision-making has been the result of the development of the CFSP and CSDP, and their initial architecture as a special intergovernmental pillar in the Maastricht Treaty. It reflects the assumption that (sovereign) Member States, through the (European) Council, provide the democratic legitimation of decisions in these areas. The consensus-seeking attitude within the Council is still highly valued. However, it is being assailed by the phenomenon of ‘politicisation’ of decision-making resulting in strategic vetoes. Following these developments, the [Commission](#), [Parliament](#), [Council](#) and [Member States](#) to various extents all recognised the unanimity-requirement often holding the EU back in defending its interests and pursuing its targets.

In that light, the introduction of the QMV in the entire CFSP and CSDP domains envisaged in this proposal is reasonable. Not only would it incorporate the domains more into ‘regular’ EU policies, but it would also increase effectiveness and (combined with other measu-

res) could even strengthen democratic legitimacy. Within the proposal however, some existing guarantees also disappear. Although in the proposed amendment a Member State still ‘may request’ that a matter be referred to the European Council, the ‘emergency-brake’ is stripped of its effectiveness. The European Council also only adopts decisions by QMV. Referring it may contribute to better substantive deliberation with a Member State concerned, but within the European Council a Member State will also be ‘out-voted’. The instrument of ‘constructive abstentions’, necessary to uphold the unity of Union-policy, is abolished. Taken together with the reduced role of the ‘emergency brake’ these changes contain a danger that the consensus-seeking attitude in the (European) Council will eventually fade. This is probably even intended by the authors, as the proposal aims to change the role of the Council into a role comparable to a senate.

However, these are not the only concerns. The unanimity requirement has strong roots in national law and ultimately safeguards national sovereignty. German constitutional law is crucial, partly because the Federal Constitutional Court in the (in)famous *Lisbon-Urteil* set strict limits on EU integration, including in the field of defence. According to the Federal Constitutional Court, the principle of unanimity (of Article 43 TEU) implies that none of the Member States can be forced to participate in missions against their will – not unthinkable in an EDU with QMV. A Treaty amendment would be needed to change that. However, the Federal Constitutional Court also determined that if Germany would cooperate in such a treaty change, that would be contrary to its own constitution – specifically the constitutive requirement of parliamentary approval. Germany would therefore have to amend its constitution, but because it concerns articles under the protection of the *eternity clause*, Germany would have to adopt a completely new constitution. Although this is not technically impossible, it seems highly unlikely from a political perspective. Hence, this appears to be an insurmountable obstacle to QMV.

Intricacies concerning the institutional balance

Inconsistencies further emerge when considering the (new) role the EU-institutions have to play in the day-to-day functioning of the EDU. The role of the Parliament increases considerably: it will have to consent to the way CFSP and CSDP are defined and implemented (Article 24(1) TEU). Moreover, the new Article 42(4a) TEU states

that Parliament will have to consent to civilian or military EU missions. Notwithstanding the introduction of the QMV, the role of the Council in this new constellation is unclear. This could endanger the *goals* of these proposals: whereas the increased role of the EP increases democratic legitimacy, it could at the same time undo the envisaged advantage of the QMV (efficient decision-making), as voting within Parliament might present its own inefficiencies.

The newly introduced ‘military units including a permanent rapid deployment capacity’ (RDC) in the revised Article 42(3) TEU provide a good example. The RDC is placed under the ‘operational command of the Union’. This formulation not only implies radical changes, but also creates uncertainty. First, the current RDC [which is being set up](#) consists *solely* of the Member States’ forces and is based on modified EU Battlegroups. According to the new proposal, the RDC will be part of the EDU whereby its forces are *part* of the EU, whereas Member States may provide *additional* forces.

Second, it is unclear what type of deployment this RDC is to be tasked with. The new Article 42(4a) TEU requires approval by both the Council and Parliament for *missions*. These missions refer to Article 42(1) TEU, and have to be deployed ‘outside the Union’. The catalogue of missions in Article 43 TEU is updated in the proposal, but also only refers to missions to be undertaken *outside* of the Union. The updated collective self-defence clause of Article 42(7) TEU however seems to suggest that the RDC would also be used in cases of self-defence. In cases of aggression, not only the Member States, but also *the Defence Union itself* shall have the obligation of aid and assistance. In fact, this showcases another contradiction since collective self-defence mentioned in Article 42(7) TEU (and Article 5 NATO Treaty) is derived from Article 51 UN Charter. As only Member States can invoke this Article, the EDU would be unable to activate Article 42(7) TEU.

The third uncertainty created by the proposed Article 42(3) TEU is the terminology of ‘operational command’. Generally, ‘operational command’ refers to the authority exercised over certain (allocated) units and is limited to the accomplishment of mandated tasks. Differently, ‘full command’ refers to the sovereign power to decide on the

deployment or retrieval of armed forces altogether. ‘Operational command’ therefore seems to suggest that not the Union, but another entity, retains full command of the RDC – the most logical candidates being the Member States. In that sense, the ‘armed forces’ would not be *part* of the EDU but rather be forming a European Defence *Alliance*. Although this would from a legal standpoint and in light of preceding considerations be more correct, it contradicts the new element of provision 42(7) TEU, which creates an obligation for the EDU to provide aid and assistance in case of aggression.

Conclusion

The proposed changes seem to flow from a general and abstract vision of the functioning of the EU. Accordingly, the relationship between the executive and the representative branch would be more conventional than in the current EU, and the national government’s role in the decision making would be reduced to something similar to a senate.

Without judging this vision of the EU *an sich*, in our view it would not necessarily lead to a better defence union. Furthermore, due to its different and uncertain constitutional nature, its creation would be in the end a shot in the dark. It is not clear how the newly proposed framework would solve the current problems and why it would be preferable over the options under the current Treaties.

Analysis of the proposed EDU, introduction of QMV and consequences for institutional balance shows that amending provisions often fail to solve existing problems. The principles underlying the current Treaties (most prominently Article 4(2) TEU) are left intact. Yet, the CFSP and CSDP provisions are amended to such an extent that they contradict the respective principles. This creates inconsistency as well as legal uncertainty, which is problematic from a democratic perspective.

In our view, implementing an EDU and accompanying procedures should correspond to the current functioning of the CDSP and its legal basis. The current Treaties, already designed to guard democratic legitimacy, provide sufficient procedural possibilities to achieve desired aims. Building upon these foundations not only strengthens the EU externally, but also internally.

Maja Sahadžić

The High Representative Strikes Again

Schmidt is Schmidting

doi: 10.59704/813fff3b0fd10e60



In March 2024, the High Representative (HR) in Bosnia and Herzegovina (BiH), Christian Schmidt, once again used his “Bonn powers” under the Dayton Peace Agreement which, *inter alia*, enable him to impose substantial legislation. After a dark warning, he enacted a new package of reforms substantially improving the integrity of elections concerning transparency, professionalization, and depoliticization of electoral process. While these reforms reflect the necessary and desirable changes in the process of the EU accession, concurrently resolving a political stalemate, this *schmidtian* mode also creates further political cleavages. Nevertheless, arguably a “Smith” has found a fairly clever way forward.¹

A word of warning

Already in December 2023, the HR starkly warned the representatives of the central level legislature to finally change the Election Law of BiH or he would do it himself. For years, the adoption of the so-called technical changes or the “integrity package” of the Election Law of BiH fell short of happening for different reasons – mainly of a political nature. The main idea of these changes was to improve the electoral framework by reducing the politicization of the election process. This is in line with the [Political agreement on principles for ensuring a functional BiH](#) reiterating that BiH needs to improve its electoral framework based on [14 Key Priorities set out in the Commission Opinion](#). The key priorities related to elections are associated with the Opinion key priority 1 or European electoral standards and the implementation of [OSCE/ODIHR](#) and relevant Venice Commission recommendations.

Nevertheless, over the years, the BiH political leadership could not agree on the electoral reforms and the Parliamentary Assembly of BiH consequently rejected the integrity package of electoral standards. The Central Electoral Commission of BiH, the administrative body for re-

gulating and supervising election process, intervened by [introducing limited improvements](#) by adopting (highly contested) by-laws. And then came a word of warning. The deadline HR gave was short – only 10 days. His message was authoritative – not adopting the changes is a disrespect to the voters. However, it fell on deaf ears. Surprisingly, nobody took it seriously. The deadline was unrealistically short. Also, it was obvious that parliamentary representatives, as always, would refuse any responsibility.

The decision as a preparation

The utilization of the Bonn powers, initially (re)used during the 2022 elections, thereby received yet another sequel. The HR enacted the [decision](#) in March 2024, soon after the European Council [decided](#) to open European Union (EU) accession negotiations with BiH. After the “functionality package” in October 2022, the HR [imposed](#) the new “integrity package” of reforms [introducing](#) a large scope of improvements. In the words of the HR, the improvements include transparency regarding voter registration, the integrity of voting oversight and vote counting, professionalization of election committees, electronic voter identification, video surveillance, electronic ballot counting, the independence of the Central Election Commission, the incompatibility of functions, transparency of campaigning and media financing, etc. The idea was to introduce and test selected solutions for the 2024 Municipal Elections to fully prepare for the 2026 General Elections.

Material aspects: a balanced improvement

Content-wise, all of the changes seem logical and related to the requirements of the EU accession. These changes seem to introduce two important aspects. First, by introducing norms about the incompatibility of functions, the HR reestablished the balance between executive and le-

¹I am greatly indebted to my colleague Jakob Gašperin Wischhoff for kindly adding the Lost Cut to this piece.

legislative power in BiH. In the Federation of BiH, the legislative and executive branch elected for the 2014-2018 term remained in power after the 2018 elections for the 2018-2022 term in a so-called **technical mandate** due to the inability of political parties to reach an agreement about forming a new government. Importantly, *trias politica* – the horizontal division of powers, was blatantly ignored. Some ministers who were, in the meantime, elected as members of the parliament and vice versa, simultaneously held both functions in the legislative and executive branches. It goes without saying that this is against the principle of the rule of law.

Second, the respective changes may raise the trust in the system and increase the traditionally low voter turnout. In particular, an electronic ballot counting, disabling organizational or financial connections between members of the electoral committees and political parties, and the regulation of the election campaign. This shapes the constitutional and political system of BiH in a better and more complete way and as such affects the concept of cohesion, which is an integral part of the stability of complex constitutional systems.

However, it remains to be seen how these changes will work in practice. For example, the HR has already published a **corrigenda** of the decision. Finally, if substantial changes are needed at a later date, the question remains whether that can be achieved through the Parliamentary Assembly of BiH or repeatedly through further interventions by the HR.

Procedural aspects: the HR advances the perceived democratic deficit

Procedurally, the decision causes friction. On the one hand, as always, the embassies of the United States of America and the United Kingdom **supported** the decision. Even the Dutch embassy which is traditionally reserved, **expressed** its support for the decision. This naturally stems from the fact that the HR's decisions are also coordinated between diplomatic representations in BiH. Additionally, the local stakeholders heavily rely on the international actors due to a fairly weak "domestic ownership".

On the other hand, the EU remained reserved as it **re-called** that the executive powers of the HR should be used only as a last resort. This is a much sharper response compared to previous lukewarm reactions of the EU to the ac-

tions of the HR. Most likely, the reaction is connected to the EU's previous statements concerning the lack of accountability of domestic stakeholders in pursuing the rule of law reforms. Seemingly, the EU's response has little to do with the concrete position of the HR but rather with the concepts of democracy and the rule of law. BiH is a democratic state, based on representative democracy. Accordingly, in the elections, the people democratically legitimize representatives (input legitimacy) who make decisions for them (output legitimacy). If there is a body that is democratically legitimized by the people (Parliamentary Assembly of BiH) but the decisions are made by another body that is not legitimized by the people (the HR), the **question** of the rule of law arises. This is a logical and legitimate question of the BiH situation in Western democracies. The EU often implies the local actors must abandon their passive role and embrace accountability. Correspondingly, the HR also **reiterated** this position in his decision.

Nonetheless, the topic of the democratic legitimation and the rule of law is rather avoided in public discussions in BiH due to a simple reason. The President of the Republic of Srpska (RS), Milorad Dodik, and his SNSD party, more often than not, misuse the role of the HR to question the statehood of BiH. Henceforth, the HR is often criticized for undemocratic decision-making.

While the decisions of the HR certainly have a legal foundation in Annex 10 of the Dayton Peace Agreement, the HR has found the way to innovatively acknowledge this criticism. Unlike in the previous cases, the HR left the opportunity for the domestic actors to act. In the respective decision, he called upon the politicians to improve and amend his decision within three weeks. Therewith the HR cleverly advanced the perceived democratic deficit and responded to the previous criticism of democratic (ill)legitimacy.

Political aspects I: quo vadis, Dodik

In 2022, when Schmidt made his first strike, the question was what the use of the so-called Bonn powers actually meant. Before Schmidt, different HRs **used** the Bonn powers to adopt binding decisions, impose substantial legislation, judicial reforms, and even annul constitutional court decisions. Notably, the HRs also used the Bonn powers to remove public officials from office. Nevertheless, during the 12 years of Inzko's era, the Bonn powers have barely been used. Although Schmidt (re)used them

after the long hiatus, soon, it became obvious that removing public officials from office is not a good strategy concerning the concepts of democracy and the rule of law.

However, it seems that in his latest decision, the HR tried to find a workaround regarding the termination of the political mandate before its official expiry. Amended Article 1.10 of the Election Law of BiH defines that a political mandate can be terminated based on the final and binding court judgment by which the holder of the mandate has been banned from carrying out their activities. From a political perspective, the proceedings against Milorad Dodik are currently being conducted before the Court of BiH. In case Dodik would be convicted, that would be a basis for his dismissal. In other words, the HR does not have to remove public officials from office directly, as he probably never planned, but he, indeed, introduced a new legal framework providing a possibility of their dismissal.

Reacting offensively to HR's decision, and specifically to the amended Article 1.10, Milorad Dodik initiated the [adoption](#) of a new election law in RS. According to this law, elections in RS are conducted independently from the rest of the country. Obviously, this maneuver is not in compliance with the constitutional framework of BiH as there is no legal basis for the adoption of this law. Nevertheless, political implications are profound as the Dodik's reaction deepens growing distrust between the ethnic communities and their political leaders. Accordingly, the last HR's decision deepens ethnic and political cleavages.

Political aspects II: shutting down Čović

The leader of BiH Croats, Dragan Čović, and his party HDZ, were also [dissatisfied](#) with the "integrity package". Before the HR announced his decision, Čović and HDZ submitted an amendment to the Electoral Law. The proposed amendment would effectively create a Croat electoral district within the Federation of BiH linked to the "Komšić issue". Željko Komšić has been elected, several times so far, to the Presidency of BiH as a so-called non-

legitimate representative of the Croats since the Croats did not vote for him. With this proposal, Čović was hoping to mitigate the "Komšić issue". The US Embassy in BiH [provided](#) a harsh criticism of the proposal, stating that it has already been [rejected](#) during negotiations in 2021-2022 as it is not streamlined with the rulings of the European Court of Human Rights.

Changing the electoral law has long been a political demand of the HDZ. The HR's "functional package" from 2022 has increased the number of seats in the House of Peoples of the Federation from 17 to 23 per constituent people. At the same time, the "functional package" has seemingly brought more mandates to HDZ in the House of Peoples in the Parliamentary Assembly of BiH. Consequently, it effectively advances the Croats, since the HDZ historically receives the most votes from Croats. Yet, the HDZ has continued to pursue absolute claims regarding the elections. These are not feasible as they would further deepen the political cleavages in the country (among other issues). Since the HDZ already was on the receiving end in 2022, it seems that with the latest decision, the HR decided to put further Čović's claims *ad acta*. In other words, it seems that the HR is sending a message that the position of Croats has been sufficiently improved.

The HR has found his mojo

When the HR Schmidt dropped his first bombshell decision on the election eve in 2022, it seemed *ad hoc* and dramatic due to the very moment in which it was made. Arguably, it also seemed to lack measure. It looked like there was no plan of action or strategy, especially in terms of a sustainable constitutional order in BiH. With the latest impositions, the HR seemingly found his mojo. He can use the Bonn powers to impose legislation but also to (in)directly tackle the democratic shortcomings of his decisions (or at least to some extent). This might mean that Schmidt came to grips with a softer way to address the intricacies of the constitutional settings in BiH. Schmidt is Schmidting.

Kimmo Nuotio

Rallying under a Nazi Swastika Flag

Is it a Criminal Act?

doi: 10.59704/3a03860ac166bed1



On April 5th, 2024, the Helsinki Court of Appeal held that rallying under a Nazi swastika flag constituted an offense of incitement to hatred, namely agitation against a population group. The official swastika flag of Hitler's national-socialist regime is one of the most widely known and frightening symbols of that time. It is a highly condensed symbol which gets its meaning today from the fact that under this and other Nazi signs millions of Jews, Roma people, disabled, and other minorities were persecuted and destroyed.

Contrary to German law, Finnish law does not include any specific prohibition of symbols of this kind. It therefore leaves it open under which circumstances the public use of symbols such as those linked with the Nazi regime in fact constitute a criminal offense. Against this background, the Court of Appeal's conclusion is to be welcomed. Had the outcome been different, this would have triggered a set of difficult questions of how to amend the regulatory framework in order to address this issue. The judgment may, however, still be appealed.

The Background

In 2018, the nationalist extreme right announced and organized a rally under the name "Towards Freedom!" in the city center of Helsinki on the Finnish day of independence. A few hundred participants had joined the call. The key organizers were linked to the Nordic Resistance Front which was then also active in the other Nordic countries. The group promotes racist and fascist agendas such as collecting state powers in the hands of Nordic white men, suppressing refugees and other minorities and denying them foundational liberal constitutional values such as the human dignity and equal value of every citizen and human being.

Prior to the event, the Central Police Administration had petitioned the court to ban the group on the grounds that the goals of the Nordic Resistance Front were not only unlawful but also immoral. At the time of the rally, the decision to ban the group was not yet final because it had

been appealed to the Supreme Court. The Supreme Court later confirmed the group's ban by introducing a doctrine of abuse of right into Finnish case law: as the aims and methods of the Front were in breach of the foundational principles of the Finnish Constitution, the rights to association and freedom of speech could not justify its activities but were rather regarded as abuse of those rights (The Finnish Supreme Court 2020:68).

During a relatively peaceful rally, three Nazi flags were portrayed in the front row. The police quickly made the decision to intervene and ordered the flags to be removed. After some resistance the police got hold of the flags. An investigation ensued against several persons on account of agitation against a population group (Finnish Penal Code Chapter 11 Section 10) and obstructing a public official (FPC Chapter 16, Section 3). The prosecutor put forward charges against five persons with slightly differing act descriptions. The crucial issue was whether the definition of the crime of agitation applied. The key element of the crime is the dissemination among the public of a message whereby a certain group is "threatened, defamed or insulted on the basis of its race, colour, birth, national or ethnic origin, religion or belief, sexual orientation or disability or on another comparable basis".

The First Instance Decision

To the surprise of many, the first instance Helsinki Court decided not to convict any of the individuals. It reasoned that a conviction for agitation against a population group would have required an extensive application of the offense description in question. According to the Court, the Nazi flag was not prohibited as such, and there had been no verbal expression of what was meant by the use of those flags. However, the message conveyed by the flag itself was threatening, insulting and hateful against certain groups of people. In particular, the rally was directed against immigrants. The Court held that historical Nazi ideology could not ground criminal liability in such a context. While the use of Nazi flags was a provocation, it

could not under the circumstances be held to amount to a criminal act. The criminal law principle of *nullum crimen sine lege* prohibited the application of the provision to the set of facts at hand as the persecutions carried out during the Nazi regime were distant in time and place from Finland in 2018. The Court also referred somewhat obscurely to the principle of margin of appreciation stating that the Nazis had not directed massive human rights violations against the Finns.

The decision was a surprise. After all, public rallying under Nazi symbols shows a willingness to promote their political goals. The reasoning that the specific Finnish history could lead to a wider acceptability of such activities than elsewhere in Europe was shocking and could have meant a certain relativization of values precisely at the very heart of hate speech law. Rallying under Nazi symbols arguably amounts to a paradigmatic example of agitation to hatred, especially as it substantially resembled the use of these symbols during the Nazi regime. Indeed, by way of comparison, [the Swedish Supreme Court ruled back in 1996](#) (NJA 1996 p. 577) that the use of a Nazi uniform in a public place amounted to agitation to hatred. The Swedish Court clearly did not consider it problematic to use the domestic provision on agitation against a population group to convict for even such a low-profile use of a Nazi symbol. Unfortunately, in Finland no similar precedent exists. However, [given that the wording of the Swedish penal law provision](#) (Brottsbalk, Chapter 18 Section 8.1) is substantially similar to the Finnish one, it is surprising that the Finnish first instance court took quite another road.

The prosecutors appealed the decision, claiming that the first instance court had required too much for securing a conviction. No additional requirement beyond simply using the flags should have been set, and a conviction would not have breached the legality principle. What is more, even though the accused had acted in their capacity as individuals, their links to the Nordic Resistance Front were obvious and should have been taken into account. One of the accused who had been involved in the decision to use the flags was the head of the Finnish section of the Nordic Resistance Front. As such, far from being a rally of random individuals, the rally constituted an organized activity of a well-known Neo-Nazi group.

The Appeals Court Decision

In its judgment on April 5th, 2024, the Helsinki Court of Appeal distanced itself from the reasoning of the first instance court. All five accused were convicted for a hate crime of agitation against a population group. The Court refuted the view that the Nazi regime and its world view could be regarded as a merely historical and context-bound ideology of hatred against Jews. Its propagation clearly trivialized the Holocaust. By invoking the criminal law's principle of legality, the Court reasoned that the symbolics of the flag and its underlying ideology needed to be given a broader meaning. In particular, the crime of agitation to hatred had to be seen as forming part of the wider efforts to take measures against hate crime which are rooted in an opposition to the historical experience of Nazism. The idea was to never again let such an abuse of power happen.

The Appeals Court emphasized that in the individual case the context in which the Nazi flag was being used had to be taken into account. It refuted the historical relativization road that the First Instance Court had gone down. The Appeals Court recognized that the use of Nazi flags while rallying carries a specific connotation of energy, power and commitment which signals a threat. The rally also included protests against immigration policies and migrants, a message that was in fact explicitly verbally formulated by the demonstrators.

The Appeals Court also stressed the links the accused had to the Nordic Resistance Front. One of the accused was the head figure of the movement and had been involved in the decision to use the flags. This mattered for the purpose of interpreting the meaning of the gesture to raise those flags. Given the political goals of Nordic Resistance Front, the decision to use the flags had to be interpreted as an attempt to amplify the group's message. This was so even though the people rallying certainly consisted of a host of far right groupings. Thus, the Appeals Court read the situation differently from the first instance court. It was aware of the broader historical context of Nazi ideology, but it built a comprehensive view on why and what was normatively prescribed and it avoided the too detailed analysis that took the first instance court off the mark.

Next Steps

The judgment of the Appeals Court is not yet final. If the convicted petition the Supreme Court to grant a permit for an appeal, the case may still be pending for a year or two. However, if the Appeals Court's judgment stays final or if the Supreme Court agrees with its reasoning, clarity has been won in the matter at hands. In the unlikely event that the decision is overturned, it raises questions concerning the compatibility of Finnish law with European human rights law.

Back in 2021, the EU Commission had notified Finland (as well as Sweden and some other Member States) that it ought to revise its provisions concerning the crime of agitation against a population group and introduce a provision criminalizing Holocaust denial. It requested specifically that hate speech should be rendered punishable even when targeting an individual person. What is more, one could argue that the duty to criminalize denial and trivialization of the Holocaust which is incumbent on Member States under Article 1 of the EU [Framework Decision combating certain forms and expressions of racism and xenophobia from 2008](#) includes a duty to criminalize rallying under a Nazi flag. I believe that applying a general penal provision such as the one on agitation is in fact to a better option than trying to regulate and prohibit the use of specific symbols. Listing and labelling certain symbols as prohibited risks leading to overinclusive outcomes. In terms of criminal law principles, the approach adopted by the Appeals Court to assess the particular use of the given symbol seems wiser and more flexible as it also enables the court to take into account the various rights and legal principles that are being affected by the decision.

The Political Context

The story has not ended yet. Even if the Supreme Court may finally create a welcome precedent on this issue, other questions will remain. How should we assess, for instance, less threatening uses of a Nazi flag? And how about uses of other less threatening flags and symbols representing antiliberal ideologies? Personally, I would welcome an outcome that the penal provision on agitation against a population group would be applied also in less intensive uses of Nazi symbols, as is the case in Sweden.

At the same time, the Court's judgment comes at a time where topics related to racism and hate speech have become politically rather sensitive since the populist True Finns party forms part of the governing coalition and is leading some key ministries, including the Ministry of Justice. The True Finns are fighting for a broad construal of freedom of expression in order give room for anti-immigrant views. Some significant politicians in their ranks even have been convicted for hate speech utterances. One of their ministers already had to resign given his contacts to the extreme right which were deemed too close. In August 2023, the coalition government had to come out issuing [a statement on equality and non-discrimination](#) according to which it would continue combatting racism and defend human rights. It remains to be seen whether that was more of lip service and whether the statement was issued just to cool down public debate around the political tones of this government.

Maren Klein

No More Vogel-Strauß

Warum der Gesetzgeber die Eizellenspende jetzt legalisieren muss

doi: 10.59704/ea27a4afd8203dd1



Die Eizellenspende ist in Deutschland seit 1990 ausdrücklich und ausnahmslos verboten – strafbewehrt. Vorstöße aus Wissenschaft und Politik, das Verbot zu kippen, gab es in den vergangenen Jahren immer wieder; geändert hat sich bisher nichts.

Erfreulich ist vor diesem Hintergrund, dass die von der Bundesregierung Anfang 2023 eingesetzte interdisziplinäre „Kommission zur Reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ in ihrem am 15. April vorgelegten Bericht zumindest zu dem Ergebnis kommt: Das Verbot der Eizellenspende ist verfassungsrechtlich nicht geboten (ebd., S. 551). Das aber geht nicht weit genug, denn: Das bestehende Verbot ist verfassungsrechtlich – auch unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber zustehenden Spielraums – nicht haltbar. Die Eizellenspende muss demnach zugelassen werden.

Konstellationen der Eizellenspende

Wenn im Folgenden von einer „Eizellenspende“ die Rede ist, können sich dahinter verschiedene Konstellationen verbergen. Gemein ist ihnen, dass eine Frau ihre Eizelle hergibt, um mit dieser bei einer anderen Frau eine Schwangerschaft herbeizuführen. Der statistisch vermutlich häufigste Fall ist dabei jener, in dem die eine Frau ihre Eizelle als „echte“ Spende abgibt, also insbesondere keine rechtliche und soziale Elternrolle anstrebt. Die soziale und rechtliche Elternschaft des Kindes einzunehmen wünscht vielmehr die Empfängerin der Spende, also die das Kind später gebärende Frau. Ganz anders motiviert sind die Beteiligten etwa im Fall der „reziproken Spende“ innerhalb einer lesbischen Partnerschaft; hier gibt die Frau ihre Eizelle als „Spenderin“ her, damit mit dieser bei ihrer Partnerin eine Schwangerschaft eintreten kann. Anders als bei der echten Spende möchten in diesem Fall beide Frauen die rechtliche und soziale Elternschaft für das später geborene Kind übernehmen (die Kommission ordnet diese Konstellation der Gruppe der „nicht rein fremdnützige Eizellenspende“ zu, siehe Bericht, S. 602).

Bestraft wird nach den einschlägigen Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) unter anderem, wer auf eine Frau eine fremde, d. h. von einer anderen Frau stammende unbefruchtete Eizelle überträgt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 EschG) oder wer die Eizelle einer Frau künstlich befruchtet, um eine Schwangerschaft bei einer anderen Frau einzuleiten (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 EschG). Sowohl die Empfängerin als auch die Spenderin der Eizelle werden strafrechtlich nicht belangt (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 EschG).

Gewichtigste Maßstäbe bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Verbots der Eizellenspende sind die grundrechtlichen Freiheiten der Wunschmutter sowie jene des aus der Eizellenspende ggfs. hervorgehenden Kindes; ebenfalls besonders zu berücksichtigen sind die freiheitlich geschützten Positionen der Eizellspenderin (zu weiteren im Kontext der Eizellenspende ggfs. relevanten, verfassungsrechtlich geschützten Gütern siehe Bericht, S. 556).

Schwerwiegender Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Wunschmutter

Nach hier vertretener Auffassung kann sich die Wunschmutter bezüglich ihres Wunsches, mittels einer Eizellenspende Mutter eines Kindes zu werden, auf die im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu verortende „Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials“ stützen (ausführlich dazu bereits Klein, S. 58 ff.). Eingriffe in dieses Grundrecht können wegen des höchstpersönlichen Charakters der Entscheidung für oder gegen ein Leben mit Kind ausschließlich mit dem Schutz kollidierender Grundrechte Dritter oder anderer Werte mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden.

Der mit dem Verbot der Eizellenspende einhergehende Eingriff in die grundrechtliche Freiheit der Wunschmutter wiegt schwer. So stellt auch die Kommission fest: „In psychologisch orientierten Analysen zu den Anforderungen und Belastungen ungewollter Kinderlosigkeit wurde festgestellt, dass diese zu den gravierendsten Lebenser-

eignissen gehört, welche einer Person widerfahren können“ ([Bericht](#), S. 444).“

... zum Wohle des Kindes I

Zur Begründung des Verbots führte der [Gesetzgeber des Jahres 1990](#) aus, dass „keine Erkenntnisse darüber vor[liegen], wie junge Menschen – etwa in der Pubertätszeit – seelisch den Umstand zu verarbeiten vermögen, dass ihre Existenz gleichsam durch eine genetische, wie eine plazentale Mutter bedingt ist. Unter diesen Umständen liege die Annahme nahe, dass die Identitätsfindung des Kindes wesentlich erschwert werde.“

Festzuhalten ist zunächst: Der vom Gesetzgeber mit dem Verbot verfolgte Schutz des Wohls des (nicht) künftigen Kindes als Ausprägung dessen allgemeinen Persönlichkeitsrechts ([Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG](#)) und verstanden als das „was jedes Kind für eine gesunde Entwicklung braucht“ ([Bericht](#), S. 546), stellt – jedenfalls grundsätzlich – ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte Dritter dar.

Geht es um das Verbot der Eizellspende, kann das Kindeswohl jedoch nicht dazu dienen, etwaige Eingriffe in Grundrechte Dritter zu rechtfertigen. Dem liegt die simple wie überzeugende Einschätzung zugrunde, dass das vom Gesetzgeber zum vermeintlichen Schutz des Kindes eingesetzte Mittel – die Verhinderung der Existenz des Kindes – normativ betrachtet kein geeignetes Mittel zu dessen Schutz, vielmehr widersprüchlich und diskriminierend ist (dazu bereits [Klein](#), S. 205 ff.; vgl. auch [Sacksofsky, in: Merkur 859 \(2020\)](#), 32 ff., 38: „Die Annahme aber, dass ein Leben mit Leid schlechter ist als gar kein Leben, ist ein prinzipiell unzulässiges Argument“).

... zum Wohle des Kindes II

Darüber hinaus folgt aus der empirischen Forschung zu nach Ei- bzw. Gametenspende geborenen Kindern, dass das geltende Verbot zum Schutze des Wohls des künftigen Kindes nicht erforderlich, jedenfalls aber unangemessen ist.

Vorwegzuschicken ist, dass eine (normative) Gefährdung des Kindeswohls von vorneherein (die Gefahr von Beeinträchtigungen voraussetzt, die „*keinem* Kind zugemutet werden dürften“ ([Bericht](#), S. 546; sog. „negativer Standard“ in Abgrenzung zum – stets ein individuelles Kind voraussetzenden – „positiven Standard“). Derartige Gefährdungen lassen sich aus mittlerweile vorliegender

Forschung allerdings nicht ableiten.

Die Studienlage zu nach Eizellspende geborenen Kindern mag vor allem quantitativ nach wie vor nicht umfassend sein. Vorliegende Ergebnisse (siehe dazu [Bericht](#), S. 455 ff.) weisen aber klar darauf hin, dass nach Ei- bzw. Gametenspende geborene Kinder aufgrund der bloßen Tatsache, dass sie mittels einer Spende gezeugt wurden, nicht per se in ihrer Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt werden. Zudem zeigt die Forschung deutlich, dass sich etwaigen Beeinträchtigungen vorbeugen lässt, indem die Eltern die Zeugung mittels Spende gegenüber dem Kind frühzeitig offenlegen. Zurecht bezeichnet deshalb auch die Kommission die Befürchtungen des Gesetzgebers als „überholt“ ([Bericht](#), S. 553). Nicht unterschätzt werden darf auch, dass es sich bei Kindern, die mittels einer Gametenspende gezeugt wurden, stets um Wunschkinder handelt (so auch der [Bericht](#), S. 581).

Dies zugrundelegend, wird man das Verbot der Eizellspende auch dann als verfassungswidrig ansehen müssen, wenn man die Freiheit der Wunschmutter, ihren Kinderwunsch mittels einer Eizellspende zu verwirklichen, anders als hier dem Schutzbereich des [Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG](#) unterstellt. Zu einem anderen Ergebnis kommt man möglicherweise, wenn man die Freiheit der Wunschmutter (nur) als Teilgehalt der Allgemeinen Handlungsfreiheit ([Art. 2 Abs. 1 GG](#)) begreift (so und ausdrücklich gegen eine Verortung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht [Sacksofsky, in: Merkur 859 \(2020\)](#), 32 ff., 38 f.).

Auch andere betroffene Grundrechte können den mit dem Verbot verbundenen Eingriff in die Freiheit der Wunschmutter aktuell nicht rechtfertigen. Dies gilt insbesondere trotz etwaiger psychologischer, psychosozialer oder medizinischer Risiken für das Kind, die Wunschmutter oder die Eizellspenderin (Schutzdimension des [Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG](#); zu den verschiedenen Risiken siehe [Bericht](#), S. 452 ff.), zumal es sich in Bezug auf Wunschmutter und Spenderin um einen oktroyierten Selbstschutz handeln würde (siehe auch [Bericht](#), S. 554).

Reproduktionstourismus eindämmen

Auch der in der Praxis zu verzeichnende „Reproduktionstourismus“ spricht dafür, das Verbot der Eizellspende aufzuheben: Frauen oder Paare, die eine Eizellspende in Anspruch nehmen möchte, bereise das (europäische) Ausland und lassen die Schwangerschaft dort einleiten. Denn die Eizellspende ist mittlerweile in fast allen europäischen Ländern erlaubt. Dabei besteht in der

Mehrzahl dieser Länder die Möglichkeit, die Eizellspende anonym vorzunehmen (zum Ganzen S. 479 ff. des [Berichts](#)). Nimmt man aber das Recht des künftigen Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung ([Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG](#); hierzu sogleich) auch jenseits formal-juristischer Bindungen ernst, spricht alles dafür, die Zahl der im Ausland durchgeführten Behandlungen durch eine (nicht anonymisierte) Zulassung der Eizellspende in Deutschland zu verringern; dies auch, um die Frage der Fortpflanzung nicht noch mehr von der ökonomischen Situation der Wunscheltern abhängig zu machen.

Ungleichbehandlung von Ei- und Samenzellspende

Anders als die Eizellspende ist die Samenspende in Deutschland erlaubt. Einen Verstoß gegen die Gehalte aus [Art. 3 GG](#) kann die Kommission trotz dieser unterschiedlichen Rechtslage nicht feststellen ([Bericht](#), S. 557 f.). Im Hinblick auf [Art. 3 Abs. 1 GG](#) wenig überzeugt dabei die Auffassung, wonach fraglich sei, ob die Verfahren der Samen- und der Eizellspende „mit Blick auf die spendende Person tatsächlich vergleichbar in dem Sinne sind, dass sie wesentlich gleiche Sachverhalte darstellen“ ([Bericht](#), S. 557). Der „körperliche Aufwand jedenfalls“ sei im Fall der Samenspende „deutlich geringer“ als bei der Eizellspende ([ebd.](#)). Letzteres trifft zwar zweifelsohne zu. Aus dieser Sachlage aber den normativen Schluss zu ziehen, es handele sich womöglich nicht um wesentlich gleiche Sachverhalte, ist angesichts der insgesamt niedrigen medizinischen Risiken bei der Abgabe einer Eizellspende verfehlt und wäre oktroyierter Selbstschutz der Spenderin (s. o.) durch die Hintertür.

Ungeachtet dessen muss man selbstverständlich zur Kenntnis nehmen, dass nur die biologische Mutter-, nicht aber die biologische Vaterschaft im Sinne einer „körperlichen“ (plazentalen) und einer genetischen Mutterschaft auseinanderfallen kann. Die aktuelle Ungleichbehandlung zwischen der Samen- und der Eizellspende lässt sich aber auch mit diesem Befund nicht rechtfertigen. Denn ebenso wie bei der freiheitsrechtlichen Beurteilung des Verbots gilt auch hier, dass die befürchteten Identitätsfindungsstörungen des nach einer Eizellspende geborenen Kindes – auch im Vergleich zu nach einem nach einer Samenzellspende geborenen Kind (s. o.) – eine bloße Fantasie bleibt.

Zu suchen ist der Grund für die Ungleichbehandlung zwischen Samen- und Eizellspende vermutlich im

rein gesellschaftspolitischen Bereich. Gemeinsam ist beiden Formen der Gametenspende, dass die genetische und die (gewollte) rechtlich-soziale Elternschaft auseinanderfallen. Doch während in Bezug auf eine auf der normativen Idealvorstellung einer Ehe gründenden (sozialen und rechtlichen) Elternschaft schon 1990 hinlänglich bekannt gewesen sein dürfte, dass genetische und rechtlich-soziale Vaterschaft auseinanderfallen können (die berühmten „Kuckuckskinder“), war die mit der Technik der Eizellspende geschaffene Möglichkeit der „gespaltenen“ Mutterschaft seinerzeit ein Novum. Hinzu kommt, dass die Eizellspende durch die unbedingt erforderliche medizinisch-technische Assistenz stets den Bereich des Privaten verlässt und schon hierdurch eine zusätzliche Dimension aufweist, die zumindest eine gänzlich private Samenspende („Becherspende“) nicht hat. Dies und die Tatsache, dass auch die Samenspende durchaus kontrovers diskutiert wurde, mag erklären, warum der Gesetzgeber von 1990 gegenüber der Eizellspende zurückhaltend war. Die Ungleichbehandlung gegenüber der Samenspende rechtfertigt dies jedoch nicht.

Der Gesetzgeber muss Regelungen treffen

Die Pflicht des Gesetzgebers erschöpft sich nicht darin, das verfassungswidrige Verbot der Eizellspende aufzuheben. Vielmehr ist er gehalten, Voraussetzungen, Verfahren und familienrechtliche Folgen einer Spende zu regeln (zu den Empfehlungen der Kommission siehe [Bericht](#), S. 602 f.).

Verfassungsrechtlich gesichert werden muss vor allem das Recht des künftigen Kindes auf Kenntnis der eigenen (genetischen) Abstammung (so auch der [Bericht](#), S. 547). Dies impliziert auch ein Verbot, anonyme Eizellspenden im Ausland vorzunehmen (siehe auch [Bericht](#), S. 439). Auch sollte hinreichend gewürdigt werden, wie wichtig es ist, die Zeugung mittels einer Spende gegenüber dem Kind frühzeitig offenzulegen. Dies bedeutet jedenfalls, dass die Wunschmutter vor einer Behandlung entsprechend aufgeklärt und (ggfs. auch nach der Geburt des Kindes) beraten wird; zumindest diskutiert werden sollte eine Pflicht, die Spende offenzulegen, auch, wenn eine solche Pflicht auf Grundlage der vorliegenden Forschungsergebnisse verfassungsrechtlich nicht geboten erscheint. Verpflichtet, den jeweiligen Forschungsstand zu beobachten und die Regelungen zu evaluieren, ist der Gesetzgeber ohnehin. Zu sichern ist zudem, dass die Spende freiwillig erfolgt, insbesondere einer Ausbeu-

tung der Spenderin vorgebeugt wird.

Dringend erforderlich sind auch familienrechtliche Regelungen. Diese betreffen zum einen die rechtliche Stellung der („echten“) Spenderin, die ihre Eizelle nur unter der Voraussetzung abgibt, keine Verantwortung für das mit der Spende gezeugte Kind zu übernehmen. Auch darf man sich nicht damit zufriedengeben, dass § 1591 BGB im Falle der „echten“ Spende insoweit das von allen Beteiligten gewollte Ergebnis garantiert, als die Wunschmutter als das Kind gebärende Frau stets rechtliche Mutter des Kindes ist. Regeln muss der Gesetzgeber vielmehr auch den Fall, in dem die „Spenderin“ ihre Eizelle deshalb hergibt, um auch eine rechtliche Elternstellung für das Kind zu erlangen, namentlich bei der reziproken Spende (s. o.). Nach aktueller Rechtslage ist selbst die ihre Eizelle hergebende (Ehe-) Partnerin der das Kind gebärenden Frau auf eine Adoption des – genetisch von ihr abstammenden – Kindes angewiesen; diese Rechtslage ist [unhaltbar](#).

Denkbar ist auch, dass die Eizellspenderin im Leben des Kindes eine Rolle einnehmen soll, die nicht mit der rechtlichen Elternstellung einhergeht. Gewollt sein kann beispielsweise ein Umgangsrecht. Derartige Konstellationen sollte der Gesetzgeber – soweit mit dem stets maßgeblichen Kindeswohl vereinbar – rechtliche Anerkennung verleihen. Die jüngste [Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vaterschaftsanfechtung](#) hat ihm hierfür nicht nur weitere Leitplanken aufgezeigt, sondern [auch hinreichende Freiheiten gelassen](#). Erfreulicherweise aufgegeben hat das Gericht darin insbesondere die lange Jahre verfolgte „Zwei-Eltern-Doktrin“ (dazu [Klein](#), S. 152 ff.), wonach maximal zwei Personen „Träger“ der elterlichen Verantwortung aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sein konnten.

Zu hoffen bleibt nach alledem, dass der Gesetzgeber die Gunst der Stunde nutzt und die Eizellspende – trotz der fortgeschrittenen Legislaturperiode – endlich regelt; auch das Verfassungsrecht drängt darauf.

Manuel Brunner

Deine Botschaft ist meine Burg

Zur Erstürmung der mexikanischen Botschaft in Quito und zum Regionalvölkerrecht in Lateinamerika

doi: 10.59704/3b124408a7198678



Der Film „Casino Royale“ aus dem Jahr 2006 beginnt damit, dass der Geheimagent James Bond in Antananarivo, der Hauptstadt von Madagaskar, einem Offizier der Lord's Resistance Army, einer bewaffneten Gruppe aus Uganda, hinterherjagt. Der Gejagte gelangt schließlich auf ein Botschaftsgelände und hofft nun, nicht mehr von dem Agenten des britischen Auslandsgeheimdienstes MI6 verfolgt zu werden. Bond jedoch macht vor den Mauern des Botschaftsgeländes nicht halt und tötet den Offizier dort schließlich. Zurück in London ist M, die Vorgesetzte von James Bond, verärgert, dass dieser mit seiner Aktion ein unverletzliches Gesetz der internationalen Beziehungen gebrochen habe.

Die fiktive Geschichte aus dem Film ist genau das: eine fiktive Geschichte. Nichtsdestotrotz kommt es zwar selten, aber immer wieder einmal vor, dass die Gebäude und Gelände diplomatischer Vertretungen tatsächlich von Sicherheitskräften eines anderen Staates gestürmt werden. Ebendies geschah am 5.4.2024, als in der ecuadorianischen Hauptstadt Quito [Polizeieinheiten in die Botschaft von Mexiko eindringen](#). Ziel der Sicherheitskräfte war dabei die Ergreifung des ehemaligen Vizepräsidenten Ecuadors, Jorge David Glas Espinel. Dieser bekleidete das Amt von 2013 bis 2017 unter dem linksgerichteten Präsidenten Rafael Correa. Glas war mehrfach zu Haftstrafen verurteilt und inhaftiert worden. Im Dezember 2023 gelang ihm die Flucht in die Botschaft, wo ihm Zuflucht gewährt wurde.

Mexiko bezeichnete die Polizeiaktion umgehend als eine [grobe Verletzung des Völkerrechts und brach die diplomatischen Beziehungen mit Ecuador ab](#). Auf dem Kurznachrichtendienst X bezeichnete der Präsident Mexikos, [Andrés Manuel López Obrador](#), Glas als einen Flüchtling, der um Asyl wegen Verfolgung und Schikanen gegen seine Person nachgesucht habe. In der internationalen Gemeinschaft löste die Erstürmung der Botschaft [Entrüstung](#) aus; die Regierungen von 18 lateinamerikanischen und zehn europäischen Staaten sowie die Regie-

rungen der Vereinigten Staaten von Amerika und von Kanada stellten sich hinter Mexiko. Die mexikanische Regierung erwägt nunmehr, Ecuador in der Angelegenheit vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag zu verklagen. Eine solche Klage dürfte erfolgreich sein, auch wenn die mexikanische Position nicht in Gänze unproblematisch ist, da die Gewährung der Zuflucht in der Botschaft nach den lateinamerikanischen Völkerrechtsregeln rechtswidrig sein könnte.

Höhepunkt einer diplomatischen Krise

Die Erstürmung der Botschaft ist der vorläufige Höhepunkt einer diplomatischen Krise zwischen Ecuador und Mexiko, die sich in den vergangenen Tagen immer weiter verschärft hatte. Diese dürfte auch in den gegensätzlichen politischen Positionen der involvierten Regierungsspitzen wurzeln. Ecuador wurde von 2003 bis 2021 von linken Präsidenten regiert; die Präsidentschaftswahl im Jahr 2021 gewann allerdings der konservative Politiker Guillermo Lasso, der zwei Jahre später durch den gegenwärtigen Präsidenten des Andenstaates, Daniel Noboa, abgelöst wurde. Dieser wird im politischen Spektrum in der Mitte bis in den Mitte-Rechts-Bereich hinein verortet. Der mexikanische Präsident hingegen ist ein Sozialdemokrat mit einer teils links-populistischen Ausrichtung. López Obrador hatte die ecuadorianische Präsidentschaftswahl von 2023 kritisiert und insinuiert, dass Noboas Wahlsieg darauf zurückzuführen sei, dass der Kandidat Fernando Villavicencio nur einige Wochen vor der Wahl ermordet wurde. Am 4.4.2024 war daraufhin die mexikanische Botschafterin von Ecuador zur *persona non grata* erklärt worden.

Unverletzlichkeit des Botschaftsgebäudes

Für die Botschaft der Vereinigten Mexikanischen Staaten in der Republik Ecuador gilt – wie für jede andere Botschaft in jedem anderen Staat auch – ein Rechtssatz, der schon sehr lange Teil des globalen Völkergewohnheits-

rechts ist und sich seit 1961 in Artikel 22 Abs. 1 S. 1 des [Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen](#) (WÜD) wiederfindet: „Die Räumlichkeiten der Mission sind unverletzlich.“ Dieser Schutz ist absolut. Jedweder hoheitliche Zugriff des Empfangsstaates, also des Staates, in dem sich die Botschaft befindet, oder auch eines anderen Staates, ist verboten. Eine Ausnahme kann hiervon nach Artikel 22 Abs. 1 S. 2 WÜD nur gemacht werden, wenn der Missionschef seine Zustimmung zum Betreten und zu entsprechenden Maßnahmen des anderen Staates erteilt. In der internationalen Praxis wird der Missionschef, regelmäßig der Botschafter oder der Geschäftsträger, sich vor einem solchen Akt aber in den allermeisten Fällen mit dem eigenen Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten abstimmen müssen.

An dem Befund der Unverletzlichkeit ändert sich auch nichts dadurch, dass es nach dem WÜD – zu dessen Vertragsstaaten auch Mexiko und Ecuador gehören – und dem entsprechenden globalen Völkergewohnheitsrecht nicht Aufgabe einer diplomatischen Mission ist, im Empfangsstaat strafrechtlich verfolgten Personen eine Zuflucht zu gewähren. Artikel 3 Abs. 1 WÜD listet die Aufgaben einer diplomatischen Mission auf; dazu gehören die Vertretung des Entsendestaates im Empfangsstaat, der Schutz der Interessen des Entsendestaates und seiner Angehörigen im Empfangsstaat, die Verhandlungsführung mit dem Empfangsstaat, Informationsbeschaffung für den Entsendestaat, die Förderung der freundschaftlichen Beziehungen zwischen Entsende- und Empfangsstaat sowie der Ausbau der wirtschaftlichen, kulturellen und wissenschaftlichen Beziehungen zwischen beiden Staaten. Handlungen und Maßnahmen, die über die genannten Aufgaben hinausgehen und den Interessen des Empfangsstaates zuwiderlaufen, können als Missbrauch der Räumlichkeiten der Mission eingestuft werden. Der IGH hatte im [Asyl-Fall](#) zwischen Kolumbien und Peru im Jahr 1950 – also schon vor Inkrafttreten des WÜD – zudem eine Gewährung von Zuflucht für eine strafrechtlich verfolgte Person als verbotene Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Empfangsstaates betrachtet. Artikel 41 Abs. 3 WÜD sieht zur aufgabenfremden Nutzung des Geländes und der Räume der Botschaft vor:

„The premises of the mission must not be used in any manner incompatible with the functions of the mission as laid down in the

present Convention or by other rules of general international law or by any special agreements in force between the sending and the receiving State.“

Ein Missbrauch der Missionsräumlichkeiten rechtfertigt aber keinesfalls eine Durchbrechung des oben beschriebenen Schutzes. Der IGH hat im [Teheraner Geiselfall](#) zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und dem Iran im Jahr 1980 festgestellt, dass das Völkerrecht der diplomatischen Beziehungen ein sogenanntes *self-contained regime* sei; dieser Befund gilt heute als gesichert. Auf Verletzungen des WÜD kann damit nur mit Mitteln reagiert werden, die das WÜD selbst vorsieht. Eine Erstürmung der Botschaft eines fremden Staates zur Festnahme eines eigenen Staatsangehörigen ist dort nicht vorgesehen. [Versuche im völkerrechtlichen Schrifttum](#), bei schwerwiegenden Verletzungen seitens der Mission des Entsendestaates eine Verwirkung des Missionsstatus und damit eine Möglichkeit etwa zu Zwangsmaßnahmen des Empfangsstaates in den Räumlichkeiten der Mission zu begründen, überzeugen nicht. Eine sich entwickelnde Staatenpraxis in diesem Bereich ist bisher nicht erkennbar.

Diplomatisches Asyl

Dem Vorwurf des Missbrauchs des Botschaftsgebäudes durch Mexiko wegen der Gewährung von Zuflucht für Glas steht zudem das Regionalvölkerrecht in Lateinamerika grundsätzlich entgegen. Die mexikanische Regierung hat dem ehemaligen Vizepräsidenten nämlich das sogenannte diplomatische Asyl gewährt. Diese Praxis, die auch zuweilen als Botschafts asyl bezeichnet wird, ist im globalen Recht der diplomatischen Beziehungen nicht anerkannt. Weder kennt das WÜD ein solches Rechtsinstitut, noch ist bisher entsprechendes Völkergewohnheitsrecht entstanden, das für alle Staaten der Welt Geltung beansprucht. Letzteres hatte der IGH schon im Asyl-Fall von 1950 festgestellt. Dem Verfahren lag die Flucht des peruanischen Politikers Víctor Raúl Haya de la Torre in die kolumbianische Botschaft in Lima zugrunde. Haya de la Torre war die Führungspersönlichkeit der linksgerichteten Partei Alianza Popular Revolucionaria Americana. Er stand zum Zeitpunkt seiner Flucht unter Anklage wegen eines gescheiterten Putschversuches gegen die Regierung von Peru im Jahr 1948.

Allerdings ist die Rechtslage in Lateinamerika heu-

te eine andere. Im kolumbianisch-peruanischen Asyl-Fall konnte der IGH zwar auch noch kein geschlossenes regionales Völkergewohnheitsrecht im Bereich des Rechts zur Gewährung von diplomatischem Asyl ausmachen, schloss allerdings auch nicht aus, dass es entsprechendes bilaterales oder multilaterales Völkergewohnheitsrecht zwischen einzelnen lateinamerikanischen Staaten geben könne. Zuvor waren bereits diverse Regeln und Verträge zwischen Staaten des amerikanischen Doppelkontinents verabschiedet worden, in denen die Frage des diplomatischen Asyls aufgegriffen worden war, denen sich aber nicht alle Mitglieder der regionalen Staatengemeinschaft anschlossen. Auf der [sechsten Internationalen Konferenz Amerikanischer Staaten](#) 1928 in Havanna wurden zwischen den teilnehmenden Staaten Regeln beschlossen, die bei der Gewährung von Asyl zu beachten seien. Kurz darauf wurde ebenfalls in Havanna das [Übereinkommen über die Verankerung dieser Regeln](#) unterzeichnet. Im Jahr 1933 folgte das in Montevideo unterzeichnete [Übereinkommen über politisches Asyl](#), und 1939 wurde erneut in der Hauptstadt von Uruguay der [Vertrag über Asyl und politische Zuflucht](#) abgeschlossen. In Artikel 2 des Übereinkommens von 1928 war etwa ausdrücklich vorgesehen, dass die Gewährung von Asyl für politische Straftäter in den Botschaftsräumen des Entsendestaates durch den Empfangsstaat in gewissem Umfang zu respektieren sei. Die Verträge von 1933 und 1939 enthielten ebenfalls Regelungen in diesem Bereich. Eine lokale Entwicklung hin zu einem Recht für Staaten, Asyl in ihren Botschaften zu gewähren, war in Lateinamerika also bereits früh im 20. Jahrhundert erkennbar.

Die letzte Kodifizierung dieser Fragen findet sich in dem 1954 in Caracas unterzeichneten [Übereinkommen über diplomatisches Asyl](#), das die zuvor skizzierte Rechtsentwicklung fortsetzt. Dieser Vertrag wurde noch in den 1950er Jahren sowohl von Ecuador als auch von Mexiko unterzeichnet und ratifiziert und bildet damit einen für den Glas-Fall zwischen beiden Staaten anwendbaren völkerrechtlichen Rahmen. Tatsächlich wurde die Klausel „any special agreement“ in den bereits angeführten Artikel 41 Abs. 3 WÜD aufgenommen, um den Staaten Lateinamerikas die völkerrechtliche Möglichkeit zur Gewährung diplomatischen Asyls offenzuhalten.

Artikel II des Übereinkommens von Caracas sieht ausdrücklich vor, dass jedem Vertragsstaat das Recht zusteht, diplomatisches Asyl zu gewähren. Allerdings unterscheidet das Übereinkommen hinsichtlich der Gründe,

aus denen Personen um diplomatisches Asyl nachsuchen können. Nach Artikel I des Übereinkommens ist einerseits das Botschafts asyl für Personen, die aus politischen Gründen oder wegen politischer Straftaten verfolgt werden, vom Empfangsstaat zu respektieren. Andererseits ist es nach Artikel III des Übereinkommens nicht rechtmäßig, Beschuldigten oder bereits Verurteilten diplomatisches Asyl zu gewähren, denen eine gewöhnliche Straftat vorgehalten wird, es sei denn, dass die Maßnahmen, die dem Ersuchen nach Asyl zugrunde liegen, einen klaren politischen Charakter haben. Das Bestimmungsrecht über alle Fragen des Charakters der Straftaten und der Verfolgungsakte liegt nach Artikel IV des Übereinkommens bei dem Staat, der diplomatisches Asyl gewährt.

Im Fall von Glas hat die mexikanische Regierung einen politischen Charakter für dessen Verfolgung angenommen. Ob der ehemalige Vizepräsident tatsächlich aus politischen Gründen verfolgt wurde, ist in Ansehung der Vorgeschichte allerdings nicht unproblematisch. Bereits 2017 war Glas zu einer sechsjährigen Freiheitsstrafe wegen Korruption im Rahmen der Aufdeckung des lateinamerikaweiten Skandals bezüglich der brasilianischen Baufirma Odebrecht [verurteilt](#) worden. Im Jahr 2020 wurde er zu weiteren acht Jahren Haft wegen schwerer Bestechlichkeit [verurteilt](#). Im Jahr 2021 kam für Glas eine weitere [Verurteilung](#) zu nochmals acht Jahren Gefängnis hinzu. Grund für das letzte Urteil war der Missbrauch öffentlicher Mittel bei einem Vertrag im Erdölgeschäft. Im Dezember 2022 wurde Glas aus der Haft entlassen, durfte aber das Land bis zum Ablauf seiner Strafe nicht verlassen. Die Generalstaatsanwaltschaft bestand zudem auf einer [weiteren Verfolgung](#) wegen der zweckwidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, die eigentlich für den Wiederaufbau der 2016 von einem schweren Erdbeben betroffenen Provinz Manabí gedacht waren. Die Arten dieser Straftaten deuten nicht auf eine politische Motivation hin, sondern scheinen Teil des Geschäftsgebarens von Glas gewesen zu sein. Damit wird man prima vista diese Straftaten in den Bereich der gewöhnlichen Straftaten im Sinne des Übereinkommens von Caracas einzustufen haben. Ob die Verfolgung des flüchtigen Glas durch die ecuadorianischen Behörden ihrerseits einen klaren politischen Charakter hatte, erscheint damit ebenfalls höchst fragwürdig.

Gute Chancen für Mexiko in Den Haag

Die von der mexikanischen Regierung [angekündigte Klage](#) gegen Ecuador vor dem Weltgerichtshof wird bezüglich des Eindringens in das Botschaftsgebäude durch die Polizeikräfte und der dortigen Festnahme von Glas höchstwahrscheinlich Erfolg haben. Die absolute Unverletzlichkeit der Botschaft im Sinne von Artikel 22 Abs. 1 S. 1 WÜD streitet hier für Mexiko. Hinsichtlich einer etwaigen Verteidigungslinie Ecuadors in Bezug auf eine Verletzung des Übereinkommens von Caracas durch Mexiko könnte der nordamerikanische Staat allerdings eine teilweise Niederlage erleiden. Sollte der IGH ein entsprechen-

des Vorbringen durch Ecuador im Verfahren als relevant einstufen, dürfte es interessant sein, ob der Gerichtshof das Bestimmungsrecht aus Artikel IV des Übereinkommens zugunsten von Mexiko so auslegt, dass es das Erfordernis einer klaren politischen Verfolgungsmaßnahme zu überspielen vermag. Jedenfalls wird die Aktion der ecuadorianischen Sicherheitskräfte nicht zu einer Staatenpraxis führen, die lokal oder global zu einer Aufweichung des völkerrechtlichen Schutzes von Botschaftsgebäuden führt. Dieser Schutz ist ein zentrales Element des Rechts der diplomatischen Beziehungen, von dem letztlich alle Staaten profitieren.

Erick Guapizaca

Ecuador's Embassy Raid

doi: 10.59704/531d3ddf19b27814



The Mexican government broke diplomatic ties with Ecuador after the Mexican Embassy in Quito was raided on April 6, 2024, to detain Ecuador's ex-Vice President Jorge Glas, convicted of bribery and organized crime. Both governments are facing significant stakes: Ecuador must ensure that a high-profile crime does not go unpunished, while Mexico is obligated to uphold international law and offer international protection for Jorge Glas.

Glas and his allies

The current government of Ecuador is determined to pursue Glas at all costs due to its political implications. Jorge Glas served as the Vice President of Ecuador from 2013 to 2018. During his second term as Vice President, he was found guilty of corruption offenses, including bribery and illicit association. This was in connection with his involvement in receiving bribes from Odebrecht in exchange for awarding public contracts. So far, so good: Glas went to jail and was dismissed as Vice President.

The incarceration of Glas and other former government officials has been a campaign promise of the last two administrations, as well as the current one under President Daniel Noboa. The pledge is that holding Glas and his allies accountable will begin dismantling the corrupt network that has deeply affected the country. In this Game of Thrones, Glas has been jailed and freed repeatedly since 2018. For example, Glas requested alternative measures to prison for illness through a habeas corpus. However, Glas' latest move was unfavorable. In December 2023, a judge revoked his provisional release and ordered his immediate capture. Soon after, Glas entered the Mexican Embassy as a guest and requested to be recognized as a political asylee by Mexico.

Mexico, home of the persecuted

Political asylum is the prerogative of states to provide international protection when they believe an individual is subject to political persecution based on his public profile. Since 2018, Mexico has successfully granted politi-

cal asylum to several former Ecuadorian Officials alleging ongoing political persecution against them. Glas requested to be recognized as a political asylee by Mexico after a judge ordered his capture. This was followed by a series of reactions from Ecuador and Mexico that led to the break-up of their diplomatic relations. To begin with, the government of Ecuador deployed a police operation for three months without interruption to prevent Glas' escape from the Mexican Embassy. Then, in March 2024, Ecuador unsuccessfully asked Mexico to enter its embassy headquarters to enforce the arrest warrant against Glas. Days later, Mexican President Andrés López Obrador criticized the government's handling of the structural violence in Ecuador. On April 4, 2024, the government of Ecuador responded furiously and declared the Mexican ambassador persona non-grata. A day later, Mexico granted political asylum to Jorge Glas and requested that Ecuador grant him safe passage to Mexico. This chronicle ended with the government of Ecuador raiding the Mexican embassy and capturing Glas.

The violation of the Mexican Mission premises

Under Article 22 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Diplomatic headquarters are territories that enjoy immunity when carrying out the sovereign functions of the country where they are located. This rule is a cornerstone safeguard of diplomatic relations, allowing representations not to be coerced by the host government and thus allowing states to be on an equal footing. Noteworthy, embassies and consulates are inviolable because they are considered the sovereign territory of the country they represent. The host country is thus obliged to respect this sovereignty. All in all, entering an embassy is the same as illegally occupying a country's territory, and for so, there is no doubt that Ecuador violated this principle and is thus liable.

Ecuador questions the political asylum status of Glas

Ecuador relies on at least one claim to justify the raid on the Mexican Embassy. In a press release, Ecuador argued that international law must yield to the possibility of leaving corruption crimes unpunished. Ecuador invoked the [Convention of Caracas on political Asylum \(1954\)](#) that says, “It is not lawful to grant asylum to persons who at the time of applying for asylum are accused of or being accused or prosecuted before competent ordinary courts for ordinary crimes, or are convicted of such crimes and convicted of such crimes and by such courts, without having served the respective sentences.” The President of Ecuador welcomed Glas’ capture and claimed that no criminal should be considered a political asylum seeker. Nonetheless, this claim fails because the declaration of political asylum is a sovereign act of the State and logically not subject to review by the country from which the person would be fleeing.

An easy case for the ICJ

In this exchange of bullets, Mexico announced its next step: filing an application to institute proceedings against Ecuador for violating the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Considering the judgment of [United States v. Tehran](#), the ICJ will find this case easy. Following that ruling, the ICJ is likely to declare the international responsibility of Ecuador and order to make reparations for the injuries caused.

Moreover, the conflict has escalated to other spheres beyond an unfavorable ruling for Ecuador. At the international level, Ecuador has already faced the so-called “[naming and shaming](#)” effect for failing to comply with the inviolability of diplomatic premises. Countless Latin American countries have called on Ecuador to respect consular law, including Nicaragua and Colombia, considering the option of filing an inter-state application for

precautionary measures before the Inter-American System of Human Rights. Possibly, the System will order that Ecuador must take immediate measures to respect the Mexican embassy and its diplomatic staff, as well as ensure the physical integrity of Glas. It is yet to be determined if the Inter-American Commission will order Ecuador to allow Glas safe conduct for travel to Mexico in order to exercise the granted asylum. In terms of economic partnership, Mexico is a [more significant partner for Ecuador than vice versa](#). Therefore, not having a diplomatic mission to promote trade and investment between these two countries can be detrimental. Needless to say, there is the risk of terminating various [development cooperation projects](#) signed between these countries.

Having Glas behind bars is politically beneficial for the Noboa government. On April 21, there will be a referendum with questions on security and justice, which could provide a way for the Noboa government to consolidate politically. Finally, looking ahead to the 2025 presidential elections, the arrest of Glas may serve as an opportunity to demonstrate that the government is upholding its promise of fighting corruption, even when challenging the rule of law is required. In the end, domestic advantages outweigh the international disadvantages in the eyes of the Government.

It goes without saying that for the international legal system, this is a dangerous calculation. Unfortunately, this is a trend that can also be observed in other parts of Latin America. The diminished respect for international law was evident, for example, when [Nicaragua again violated the premises](#) of the Organization of American States in 2022 and when [Venezuela flouted Suriname’s territorial integrity](#) in 2023.

Not only because of this trend, it is hoped that regional and international institutions will find a swift and clear response to Ecuador’s blatant violation of international law.

Franca Emilia Lorber

Catalysts of Eco-Constitutional Evolution

Peru's Landmark Ruling Bridges the Gap Between Anthropocentrism and Ecocentrism

doi: 10.59704/341d9a210359c745



On 15 March 2024, the Mixed Court of Nauta of the Supreme Court of Justice of Loreto ruled on a lawsuit brought forth by a women's association of the indigenous Kukama people (*Corte Superior de Justicia Loreto, Resolución Número 14 Expediente 00010-2022-0-1901-JM-CI-01*). The association sought recognition of the intrinsic rights of the Marañón River. In the ruling, the court not only grants the river legal subjectivity, but also acknowledges several specific rights and recognizes the Peruvian state, the regional government of Loreto and indigenous organizations as guardians, defenders and representatives of the river. The judgement is a milestone in Peruvian constitutional jurisprudence and the first of its kind. It is part of a broader constitutional trend towards recognizing nature's own rights, especially those of rivers. This movement is notably being driven by Latin American nations where indigenous perspectives on nature emphasize the [intrinsic link between a healthy environment and the realization of human rights](#), thereby softening the adversarial stance between anthropocentrism and ecocentrism. As such, this jurisprudence may serve as catalyst for the ecological constitutional evolution of Western legal systems.

Sacred River Threatened by Pollution

The Marañón is the second longest river in Peru and one of the two headwaters of the Amazon. Originating in the Andes, it flows to the north-west, traversing regions inhabited by indigenous communities and rural settlements. Among these indigenous groups, such as the Kukama, the Marañón is a crucial natural resource, not only as a source of livelihood but also as the center of their cultural identity. For the Kukama, the river embodies a profound spiritual essence, symbolizing the core of their cosmological worldview. It is therefore considered sacred.

In 1978, the "Oleoducto Nor Peruano", an oil pipeline, was installed along the Marañón River. However, since the installation a series of oil spills has occurred, such as in [2014 in the province of Loreto](#) or in [2016 in the provinces of Bagua and Datém del Marañón](#). These spills have

resulted in pervasive contamination of the Marañón, posing severe threats to the livelihoods of nearby indigenous communities that depend on the river ecosystem. This prompted the "Huaynakana Kamatahuara Kana" association, [a Kukama women's organization](#), to take legal action.

In September 2021, the president of the association filed an application for amparo proceedings against the state oil company Petroperú, the Peruvian Ministry of the Environment and other respondents. The writ of amparo, according to [article 200 \(2\) of the Peruvian Constitution](#), is a judicial action aimed at protecting the constitutional rights of citizens who have been violated by the actions or omissions of public authorities, officials or other persons. Among other requests, the petitioner sought the recognition of the Marañón River and its tributaries as legal entities.

During the hearing, the respondent argued that the Peruvian constitution is anthropocentric. The entire legal system is orientated towards this anthropocentrism, as shown not least by the list of legal subjects in the Civil Code, which does not list nature as such. Therefore, recognizing the legal subjectivity of nature would not only contradict the Peruvian legal system but also be unconstitutional. Nonetheless, the court did not endorse this argumentation.

What the Court said

The court initially observes that the Peruvian Constitution does not yet incorporate the rights of nature, nor does it recognize rivers as legal entities in any form. Nevertheless, this does not prevent the court from introducing an ecocentric perspective into its decision-making. The court points out that the invoked right to a healthy environment is indeed grounded in ecocentric principles, affirmed both by international standards and constitutional law. In terms of binding international instruments, the right to a healthy environment as interpreted by the [Inter-American Court of Human Rights \(IACHR\)](#), acknow-

ledges the intrinsic values of nature. The interpretation provided by the IACHR is integrated into the Peruvian constitutional jurisprudence through the mechanism of “control of conventionality”. Additionally, the [Kunming-Montreal Global Diversity Framework](#) provides a foundation for integrating nature’s values. In the same vein, Peru’s constitutional jurisprudence supports an ecological interpretation of applicable norms. In a [preceding case](#), the Constitutional Court affirmed that the Peruvian Constitution is not confined solely to safeguarding nature in terms of human interests and needs but must also take nature into account in its biocentric and ecocentric scope.

The court then introduces another component of the right to a healthy environment: in accordance with the [interpretation of the IACHR](#), this right demands observance of the so called precautionary principle. According to this principle, which is also enshrined in Peru’s General Environmental Law (Law No. 28611), the state is obliged to take precautionary measures in the face of imminent damage to health or the environment, even if there is no scientific certainty about the causes and effects of the environmental hazard.

Applying these principles to the specific case at hand, the court states that the indigenous communities residing along the riverbanks are adversely impacted by the oil contamination, impeding their right to a healthy environment. To safeguard this right, the court recognizes the state’s positive obligations following from the precautionary principle. In line with this principle, the court may employ measures to safeguard nature itself, irrespective of direct human benefit. As such, the court transforms a seemingly anthropocentric safeguard into an ecocentric one and eventually acknowledges the Marañón as a legal entity. It recognizes the river’s right to flow in order to maintain a healthy ecosystem, the right to flow free of any pollution, the right to feed itself and be fed by its tributaries, the right to native biodiversity, the right to its restoration, the right to the regeneration of its natural cycles, the right to the preservation of its ecological structure and functions, the right to protection, conservation and restoration and the right to be represented. Furthermore, the court appoints the state and indigenous organizations as guardians, defenders and representatives of the Marañón and its tributaries.

Anthropocentrism and Ecocentrism as Unexpected Allies

The Peruvian judgement forms part of an international judicial trend towards recognizing the rights of rivers. The [Atrato River](#) in Columbia, the [Whanganui River](#) in New Zealand, the [Turag River](#) in Bangladesh and the [Magpie River](#) in Canada have all been recognized as legal entities. It is no coincidence that precisely those rivers are sacred in indigenous cultures: Andean and indigenous cosmologies play a major role in recognizing nature’s own rights. Their conceptions of nature espouse an ecocentric or holistic ethical framework, diverging from the anthropocentrism prevalent in Western democracies. While anthropocentric [worldviews](#) regard the protection of the environment solely as a means for human benefit, ecocentric and holistic beliefs recognize the intrinsic value of nature itself and as a whole, independent of its utility to humans. In democracies lacking indigenous communities with such views of nature and where anthropocentric ideologies of nature predominate, individuals often find themselves increasingly detached from nature. Consequently, the extent to which a healthy environment influences the exercise of human rights becomes less apparent.

By demanding respect for nature in legal proceedings, indigenous groups seek to make the profound interconnectedness between human rights and the preservation of a healthy environment legally visible. Because they live so closely with nature, the realization of their human rights is directly linked to the maintenance of a healthy environment. The anthropocentric foundation of such claims (the exercise of constitutionally safeguarded individual protection rights) is intended to be realized through an ecocentric mechanism (the recognition of nature’s inherent rights). Consequently, their pursuit for the recognition of the intrinsic value of nature cannot be entirely disconnected from anthropocentrism. In this context, ecocentrism and anthropocentrism are mutually intertwined.

By continuing the international “rights of nature” jurisprudence, the decision of the Peruvian court has the potential to further broaden the discourse on the rights of non-human entities within constitutions orientated toward anthropocentrism. The way in which the indigenous claimants strategically combine the anthropocentric basis of individual rights with ecocentric protection mechanisms challenges the supposed dichotomy bet-

ween anthropocentric and ecocentric reasoning. In nations where anthropocentric worldviews prevail, the discourse on the rights of nature is predominantly guided by attempts to deduce nature's rights logically from the doctrinal requirements of the constitution, rather than by appealing to the intrinsic value of nature. For instance, the philosopher [Tilo Wesche](#) has demonstrated such a path for the German constitution. The reference to ratified international instruments demonstrates that an ecological interpretation of the constitution can be derived from international law, aligning with those attempts of logical deduction of rights of nature arguments. International instruments ratified by Western democracies are paving the way for this evolution. As such, the [UN General Assembly has acknowledged](#) the right to a healthy environment as a universal human right. Additionally, the [ECtHR has developed extensive case law](#) concerning the correlation between human rights and environmental pollution. The reasoning of the Peruvian court could prompt the utilization of these international instruments to facilitate constitutional evolution. The emphasis placed by these international instruments on the inseparable link between a healthy environment and the fulfillment of human rights, which also underlies the Peruvian court's reasoning, might encourage Western democracies to incorporate an ecocentric aspect into their anthropocentric-orientated constitutions. This incorporation should not

be interpreted as a break with the constitutional tradition, but rather as an evolution of individual protection rights on the basis of an anthropocentrism intertwined with ecocentric aspects.

Similar constitutional evolutions have already occurred for corporate entities: initially perceived as incongruent with legal systems geared towards protecting individual interests, it now seems intuitive to recognize corporate entities as (fictitious) legal "persons". The discomfort associated with any perceived "novelty", [as described by Christopher D. Stone](#), a seminal figure in the discourse on nature's rights, must similarly be overcome for the rights of nature: "There will be resistance to giving the thing 'rights' until it can be seen and valued for itself; yet, it is hard to see it and value it for itself until we can bring ourselves to give it 'rights' – which is almost inevitably going to sound inconceivable to a large group of people".

Court decisions in Latin America like those of the Peruvian Court already acknowledge the value of this "thing". By elucidating the correlation between the exercise of human rights and environmental pollution, such recognitions bridge the perceived antagonism between anthropocentrism and ecocentrism. They open up anthropocentric-orientated constitutions for the recognition of rights of nature. In this way, ecocentric indigenous beliefs emerge as a primary catalyst for various global eco-constitutional evolutions.

Carol Sanger

Chaos, Verwirrung und republikanischer Kurswechsel

Abtreibung Arizona-Style

doi: 10.59704/7305211d6e5bd2db



Das US-amerikanische Abtreibungsrecht ist ein Rätsel – für Schwangere, für Ärzt:innen, und auch für außenstehende Beobachter, die verstehen wollen, wie Abtreibung mit den Präsidentschaftswahlen 2024 verstrickt ist. Die Geschichte ist kompliziert, dynamisch und noch nicht vorbei. In den Worten von Bette Davis: [“Fasten your seatbelts; it’s going to be a bumpy night”](#).

Sturz ins Chaos

Unser Ausgangspunkt ist Juni 2022, als der US Supreme Court das seit 50 Jahren geltende Recht auf Abtreibung mit einem Federstrich kippte. In [Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization](#) entschied eine neue konservative Mehrheit des Gerichts, dass die nationale Verfassung nicht mehr das Recht schütze, eine Schwangerschaft vor der Lebensfähigkeit des Fötus (ca. 24 Wochen) zu beenden. Von nun an war es den einzelnen Bundesstaaten überlassen, welchen rechtlichen Status sie Abtreibung zuschreiben, und auf welche Art: durch Gerichte, Gesetze oder Volksabstimmungen. Bundesstaaten konnten Abtreibung wieder zu einem Verbrechen machen, wie bereits in 16 Staaten geschehen, oder sie konnten Abtreibung als Recht schützen, so wie es die letzten 50 Jahre seit [Roe vs. Wade](#) der Fall war. Sie konnten auch einen Mittelweg wählen und Abtreibung beispielsweise ab der sechsten oder der 20. Schwangerschaftswoche legalisieren – ihre Entscheidung. “Illegale Staaten” können auch den Abbruch solcher Schwangerschaften straflos stellen, die durch Vergewaltigung entstanden sind oder das Leben des Fötus oder der Frau bedrohen. Es steht ihnen auch frei zu bestimmen, ob schwangere Minderjährige selbst über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden können oder nur mit Zustimmung der Eltern.

Mit 50 Bundesstaaten und einem Sammelsurium möglicher Regelungen waren nach [Dobbs](#) abtreibungsrechtliches Chaos und Verwirrung vorprogrammiert. Vieles war rechtlich ungeklärt: Konnte eine Frau aus einem

„illegalen Staat“ in einem „legalen Staat“ eine Abtreibung bekommen und nach Hause zurückkehren, ohne gegen die Gesetze ihres Heimatstaates zu verstoßen? Konnte eine Ärztin oder ein Apotheker aus einem legalen Staat Abtreibungspillen (wie Mifepriston) per Post an eine Patientin in einem „illegalen Staat“ schicken, ohne eine Verhaftung zu riskieren? Diese und weitere vorhersehbare Fragen bleiben offen. Bis sie geklärt sind riskieren Ärzte, Verwandte und Freundinnen alle möglichen Strafen – einschließlich Haft –, wenn sie schwangeren Frauen dabei helfen, eine ungewollte Schwangerschaft extraterritorial zu beenden. Das ist ein hartes Los für unglücklich schwangere Frauen, die versuchen, ihr reproduktives Leben [über Staatsgrenzen hinweg](#) zu organisieren – gefährlich, teuer und einsam.

Abtreibung im Wilden Westen

Aber man muss nicht erst in einen anderen Bundesstaat reisen, um das Chaos des US-amerikanischen Abtreibungsrechts zu erleben. Die Dinge erweisen sich als chaotisch genug, wenn man in nur einem Staat bleibt. Schauen wir uns den aktuellen Spitzenreiter der Verwirrung an, den südwestlichen Bundesstaat Arizona, in dem über ein Jahrhundert Abtreibungspolitik zu zwei konkurrierenden Regelungen geführt hat. Die erste Regelung wurde 1864 eingeführt, als Arizona noch kein Staat, sondern lediglich ein Territorium war (man denke an den Wilden Westen). Ein von der Bundesregierung auferlegtes Rechtssystem verbot Abtreibung nahezu vollständig: Wer einer anderen Person eine Abtreibung vermittelt oder eine Abtreibung durchführt („supplying, providing or administering“), wird mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft, es sei denn, der Eingriff ist notwendig, um das Leben der schwangeren Frau zu retten.

1864 sah man Abtreibung allerdings anders als heute. Nach altem Gewohnheitsrecht konnten „abortionists“ (heute „abortion providers“) erst nach dem „quickening“

strafrechtlich verfolgt werden, also dem Moment in der 14. bis 15. Woche, ab dem die Mutter die Bewegungen des Fötus spüren kann. Erst diese Bewegung bewies eine Schwangerschaft; ohne sie gab es nichts, was abgetrieben werden konnte. Und diese Bewegung war rechtlich bewiesen, wenn die Frau sie bezeugte, nicht wenn ein Fachmann (Arzt, Richter oder Gesetzgeber) sie für wahrscheinlich hielt; man vergleiche die den Frauen mit Blick auf das „quickening“ gewährte Autorität damals mit der heutigen gesetzlichen Festlegung, dass eine Schwangerschaft ab Empfängnis beginnt. Ein weiterer Unterschied war, dass Abtreibung – anders als in der aktuellen Anti-Abtreibungsrhetorik und -politik – moralisch nicht mit Mord verglichen wurde. Wie der US-Historiker James Mohr [erklärt](#), ging es dem Gesetzgeber bei den frühen Abtreibungsregelungen primär um das körperliche Wohl der Schwangeren. Damals verwendeten nicht zugelassene „abortionists“ alle möglichen Gifte und stumpfen Instrumente, um Abtreibungen vorzunehmen, oft zum Schaden ihrer Patientinnen. Abtreibungen unter die alleinige Aufsicht von Ärzten zu stellen, sollte diesen unsicheren Praktiken abhelfen. Es wertete jedoch auch den beruflichen Status von Ärzten auf und drängte Hebammen absichtlich aus der Schwangerschafts- und Geburtsbetreuung. Kurzum: Diese frühen Abtreibungsgesetze entstanden in einem anderen persönlichen und institutionellen Setting als die Gesetze heute.

Ein wahres Chaos

Doch die Geschichte Arizonas geht weiter. 2022 verabschiedete Arizona ein moderneres (aber weiterhin kriminalisierendes) Abtreibungsgesetz, das Schwangerschaftsabbrüche bis zur 15. Woche erlaubte. Verwirrung brach aus. Welches Gesetz hatte Vorrang, das totale Verbot von 1864 oder das 15-Wochen-Verbot? Und wenn das Verbot von 1864 galt – wie war dann die Ausnahme zu verstehen, die eine Abtreibung zuließ, um das Leben der Schwangeren zu retten? Wie nahe am Tod musste die Frau sein, um gerettet werden zu können? In Arizona zögerten Ärzt:innen diesen Punkt hinaus, ebenso wie im Fall von [Savita Halappanavar](#), die 2012 in Irland während einer Fehlgeburt an einer Sepsis starb nachdem ihr eine Abtreibung versagt wurde. Solche Fälle gab es auch in den USA. So verweigerten Ärzt:innen in Texas der Schwangeren [Kate Cox](#) eine Abtreibung; sie floh daraufhin aus dem Bundesstaat, um eine Abtreibung zu bekommen. Und erst vergangene Woche [verhandelte](#) der U.S. Supreme Court

dieses Thema für den Bundesstaat Idaho.

Zurück zu Arizona: Dort hat am 9. April der Oberste Gerichtshof über die zwei konkurrierenden Abtreibungsregelungen in [Planned Parenthood Arizona vs. Mayes](#) entschieden. Das Gericht vertrat die Auffassung, dass die beiden Gesetze nicht im Widerspruch zueinander stünden (Planned Parenthood argumentierte, dass es offensichtlich einen Widerspruch gebe) und das Gesetz von 1864 in Kraft treten könne. Damit sich jedoch alle Parteien äußern konnten, setzte das Gericht das Inkrafttreten des Gesetzes um 14 Tage aus. (Wohlgemerkt: Jede Gesetzesänderung lässt schwangere Frauen länger im Ungewissen darüber, wie sie sich rechtlich verhalten dürfen, und jede solche Verzögerung kann einen rechtzeitigen Schwangerschaftsabbruch verhindern). In der Zwischenzeit [scheiterten](#) zwei Versuche der Demokraten, das Gesetz von 1864 aufzuheben. Ein dritter Versuch war am 24. April erfolgreich, als zwei Republikaner sich den Demokraten anschlossen – nur einen Tag nachdem das Gesetz von 1864 wieder in Kraft treten sollte, es aber nicht tat. Der Senat von Arizona stimmt nun am 1. Mai über den aktuellen Gesetzentwurf ab, der das Verbot von 1864 aufhebt. Puh!

Ordnung wiederhergestellt?

Doch während Arizonas Politiker:innen damit beschäftigt waren, sich von *absoluten* Abtreibungsgegner:innen in „gegen das Verbot von 1864 zu stimmen rettet mich vor einer Niederlage im November“-Abtreibungsgegner:innen zu verwandeln, wählten Arizonas Pro-Choice Bürger:innen eine Abzweigung vom politischen Kreisel. Sie nahmen die Sache selbst in die Hand und sammelten genügend Unterschriften, um im November eine „[Initiative](#)“ (eine Form der direkten Demokratie) auf den Stimmzettel zu setzen, mit der die Verfassung von Arizona um ein *Roe*-ähnliches Recht auf Abtreibung ergänzt werden soll.

„Arizona for Abortion Access“ (AAA) benötigt bis zum 3. Juli 383.923 gültige Unterschriften und gibt an, bereits über eine halbe Million gesammelt zu haben. Abtreibungsgegner:innen kündigen nun an, eine Gegeninitiative auf den Wahlzettel im November setzen zu wollen, haben sich aber zu Unterschriften noch nicht geäußert.

Wäre die Pro-Choice-Initiative erfolgreich, würden in Arizona wieder die gleichen abtreibungsrechtlichen Verhältnisse wie nach *Roe vs. Wade* gelten. Abtreibung wäre ein Grundrecht, sodass der Staat ein außerordentliches

(in verfassungsrechtlichen Worten „zwingendes“) Interesse nachweisen müsste, um in das Recht einzugreifen. Außerdem wären Abtreibungen bis zur Lebensfähigkeit des Fötus (und nicht nur bis zur 15. Woche) legal.

(Frauen-)Wählerstimmen sammeln

Die AAA-Initiative hätte auch erhebliche taktische Vorteile für die Präsidentschaftswahlen 2024. Die Wähler:innen würden ermutigt, sich für die Initiative zu registrieren und bei der Wahl zugleich auch für andere demokratische „down ballot“-Kandidat:innen zu stimmen (also für diejenigen Kandidat:innen, deren Namen unter denen des Präsidenten und des Gouverneurs stehen). Tatsächlich stehen im November sämtliche Sitze in Arizonas Legislative zur Wahl, und je höher die Wahlbeteiligung, desto wahrscheinlicher ist es, dass sich die stärkere Partei durchsetzen wird. Das ist besonders wichtig in Arizona, einem traditionell republikanischen Staat, in dem Joe Biden bei den Wahlen 2020 [nur mit einem Vorsprung von 0,3 % der Wählerstimmen](#) gewann.

Auch Geschlecht spielt eine Rolle. Einige Wählerinnen dürften weiterhin wütend sein über die Aufhebung von *Roe* im Jahr 2022 und über die wiederholten Hinweise des ehemaligen Präsidenten Trump, dass das Land dieses Urteil ihm und den von ihm ernannten drei rechtskonservativen Richter:innen (Gorsuch, Kavanaugh und Barrett) zu verdanken haben. Diese noch immer fuchsteu-felwildenden Frauen werden sich womöglich besonders engagieren, um innerhalb und außerhalb von Arizona für Pro-Choice-Initiativen und -Kandidaten zu stimmen. [Erste empirische Untersuchungen](#) deuten darauf hin, dass sich Wählerinnen als Reaktion auf *Dobbs* organisiert haben, um die erwartete „red tide“ bei den Kongresswahlen 2022 aufzuhalten, d. h. sie haben angesichts eines vorhergesagten republikanischen Siegs demokratisch gewählt. Wie wird Arizona im November wählen? Niemand kann das sicher vorhersagen. Doch Trump für das Ende von *Roe* verantwortlich zu machen, scheint mir ein guter Fall von (gewaltfreier) Selbstjustiz zu sein.

Reading the Reproductive Room

Aber was ist mit den treuen republikanischen Politiker:innen und Wähler:innen, die sich von den verschiedenen Ausbrüchen des ehemaligen Präsidenten Trump

nicht verraten, sondern verstanden fühlten? Wie lässt sich ihr Meinungswandel erklären? Nehmen wir zum Beispiel die republikanischen Senatoren des Bundesstaates Arizona oder die Kandidatin für den US-Senat Kari Lake, die erst das Totalverbot von 1864 befürworteten und dann eine Kehrtwende machten. Vielleicht hat [das jüngste Urteil des Obersten Gerichtshofs von Alabama](#) den Ausschlag gegeben. Der Gerichtshof entschied, dass gefrorene Embryos „Kinder“ seien. Erst dann begriffen angehende Eltern in Alabama, dass sie sich nach dem Gesetz des Bundesstaates wegen Mord strafbar machen könnten, wenn sie einen nicht verwendeten Embryo während eines Zyklus künstlicher Befruchtung entsorgen.

Außerdem kann es einen durchaus wahnsinnig machen, dass der ehemalige Präsident Trump Arizonas fast vollständiges Abtreibungsverbot von 1864 als [„zu weitgehend“](#) bezeichnete, obwohl „zu weitgehend“ – d. h. die Aufhebung von *Roe* – sein zentrales Wahlkampfversprechen von 2016 war.

Schließlich weicht auch die lähmende Angst, die Abtreibung in den US-amerikanischen Bundesstaaten zu einem „offenen Geheimnis“ gemacht hat, je mehr Frauen beginnen, offener über ihre eigenen Abtreibungserfahrungen zu sprechen. Vor einem Monat gab etwa die demokratische Senatorin Eva Burch öffentlich bekannt, dass sie schwanger war, gerade die Diagnose eines nicht lebensfähigen Fötus erhalten hatte und eine Abtreibung plante. Sie [erklärte](#): “[F]ar-right extremists [...] are in leadership positions, but that’s not an accurate representation of the entire Republican caucus in Arizona. And I do not think at all that it’s an accurate representation of all of the Republican voters. [...] We can really see that people are ready for this [conversation].”

Auf seine eigene Weise hat Arizona das *Dobbs*-Urteil auf den Kopf gestellt. In seiner Entscheidung verkündete Richter Alito: „Es ist an der Zeit, [...] die Frage der Abtreibung an die gewählten Vertreter des Volkes zurückzugeben.“ Bisher waren diese gewählten Vertreter:innen sowohl gespalten als auch stur. Während das Verbot von 1864 am 1. Mai aufgehoben werden könnte, steht die Volksabstimmung im Herbst noch aus. Gönnen wir Arizona eine Sommerpause. Mal sehen, wie die Geschichte im November angesichts Trumps Prahlerei und selbstbewusster Wählerinnen weitergeht.

Carol Sanger

Chaos, Confusion and Republican Change-Up

Arizona Abortion-Style

doi: 10.59704/27b5e2e9980b20fe



Grasping the rules for getting an abortion in the American states is no easy matter for pregnant women, for abortion doctors, or for outside observers trying to understand how deeply entangled abortion is with the 2024 Presidential Election in November. The story is complicated, fast-moving, and not over yet. As Bette Davis warned her party guests, “[Fasten your seatbelts; it’s going to be a bumpy night](#)”.

Plunging into Chaos

Our starting point is June 2022, when the U.S. Supreme Court rewrote the country’s existing 50-year basic abortion law with one stroke of the judicial pen. In the case of *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* a new conservative majority on the Court held that ending a pregnancy before fetal viability (about 24 weeks) was no longer a right protected nationwide by the federal Constitution. Instead, the legal status of abortion was assigned to each individual state to determine, and by whatever method the state chose: courts, legislatures, or popular referendum. States could return abortion to the status of a crime, as 16 states have already done, or they could make it a protected right, as it had been for the last 50 years under *Roe v. Wade*. They could also “split the difference” by making abortion legal for, say, six weeks into a pregnancy, or for twenty weeks – the state’s choice. “Illegal states” may also grant exemptions to the crime for pregnancies caused by rape, or in cases where the pregnancy threatened the life of the fetus or the woman. States may also decide whether pregnant minors can choose abortion for themselves or only with a parent’s consent.

Because each of the 50 states may under *Dobbs* pick and choose from this smorgasbord of regulatory options, it was immediately clear that the new abortion regime was likely to be confusing and chaotic. Many unanswered legal questions arose: Could a woman from an “illegal

state” get an abortion in a “legal state” and return home without breaking the home state’s laws? Could a doctor or pharmacist from a legal jurisdiction send abortion pills (like mifepristone) through the mail to a patient in an “illegal jurisdiction” without risking arrest? These and other foreseeable conflicts have not yet been resolved. In the meantime, doctors, relatives, and friends of pregnant women risk all kinds of penalties – including prison – for helping them with their extraterritorial efforts to end an unwanted pregnancy. This is all hard luck – dangerous, expensive, and lonely – for unhappily pregnant women trying to organize their reproductive lives [across state lines](#).

Abortion in the Wild West

But one doesn’t need to travel out-of-state to confront the chaos of America’s present abortion laws. It turns out that things are chaotic enough if a person simply stays in one state. Let us consider the current prize-winner of confusion, the southwestern state of Arizona, where over a century of abortion politics has resulted, for the moment, in two competing regimes. The first regime was enacted back in 1864, when Arizona was not a state but merely a territory (think of the Wild West). The legal system imposed upon it by the federal government included a near absolute ban on abortion: anyone convicted of “supplying, providing, or administering” an abortion to another would be sentenced up to five years imprisonment, unless the procedure was necessary to save the life of the woman.

Attitudes toward abortion were different in 1864 than they are now. For one thing, under the old common law, abortionists (now generally called “abortion providers”) could not be prosecuted until “quickening”, the moment at about 14 to 15 weeks when the pregnant woman could feel the fetus moving. Movement was the legal evidence of a pregnancy; without it there was nothing to abort.

And movement was only evidenced when the woman said so, not when a professional (doctor, judge, or law-maker) deemed it probable; compare the authority granted to women with regard to quickening with today's legislative pronouncements that pregnancy starts at conception. Another difference was that abortion had not yet taken on the moral character of murder as it has in current anti-abortion rhetoric and policy. As historian James Mohr [makes clear](#), the primary legislative impetus behind early statutory abortion regulation was the physical well-being of the woman. At the time, unlicensed abortionists used all sorts of poisons and blunt instruments to perform abortions, often to the injury of their patients. Putting abortion care under the sole dominion of physicians was meant to curtail unsafe practices. It also upped the professional status of physicians, intentionally squeezing out midwives from providing women's reproductive care. In short, early abortion statutes were anchored in a different set of personal and institutional concerns than they are today.

A True Mess

But the Arizona story continues. In 2022, the Arizona legislature passed a more modern (though still criminal) statute permitting abortion up until the 15th week of pregnancy. Confusion compounded. Which statute took priority, the total ban or the 15-week ban? And if the 1864 ban controlled, how was the exemption for saving the woman's life to be understood? How near dead did the woman have to be in order to be saved? Doctors were reluctant to proceed in Arizona just as they had been in Ireland in 2012 in the case of [Savita Halappanavar](#) who died of sepsis while miscarrying her dying fetus, while her doctors found no grounds for an abortion. Individual cases have arisen in U.S. states, as with pregnant woman [Kate Cox](#) who was refused an abortion by her doctors in Texas and fled the state to get abortion care. And just this past week, the U.S. Supreme Court [heard oral arguments](#) on the issue as it arose statewide in Idaho.

On April 9 the Arizona Supreme Court decided the state's two-regime problem in [Planned Parenthood Arizona v. Mayes](#). It held that the two statutes were not contradictory (Planned Parenthood argued that of course they were) and that the 1864 ban could be enforced. However, to make sure all parties got their say, the Court postponed the Act's revival for 14 days. (Keep in mind that with each change in the law, pregnant women are waiting to know

what behavior they may legally take, and that delay is crucial in getting a timely abortion). In the meantime, two attempts by Democratic lawmakers to repeal the 1864 ban [failed](#). A third attempt succeeded in the Arizona House on April 24 when two Republicans jumped ship and joined the Democrats, just a day after the court judgment reinstating the 1864 ban was meant to take effect but didn't. The current repeal bill now awaits a vote in the Arizona Senate on May 1. Phew!

Order From Chaos?

But while Arizona politicians were busy changing from *absolute* anti-abortionists to "one soft vote on abortion saves me from defeat in November" anti-abortionists, Arizona pro-choice citizens took an off ramp off the political roundabout. Taking matters into their own hands, they collected enough citizen signatures to put an "[initiative](#)" (a form of "direct democracy" that voters themselves decide) on the November ballot, seeking to amend the Arizona constitution to include a *Roe*-like right to abortion. Under state law, Arizona for Abortion Access (AAA) needed 383,923 valid signatures by July 3 and it has already collected over half a million. Anti-abortion advocates now say that they may try to put a countermeasure on the November ballot, but there has been no announcement about signatures.

The significance of a successful pro-choice initiative is that it would reinstate for Arizona the same legal status for abortion that existed for the whole country under *Roe vs. Wade*. Abortion would be a fundamental right, so that the state would have to show it had an extraordinary ("compelling" in constitutional terms) interest before it could interrupt the right. In addition, abortions would be legal until viability (around 24-25 weeks) and not the statutory 15 weeks.

(Women) Getting Out the Vote

The AAA initiative would also have serious tactical advantages for the 2024 Presidential Election. The initiative would encourage voters both to register to vote for the initiative and, while at the polls, to vote for other Democratic "down ballot" candidates (those whose names appear below those of President and Governor). Indeed, all Arizona legislative seats are up for election in November and so the more organizers can "get out the vote", the more likely the more numerous party will prevail. This is

especially important in Arizona, a traditionally Republican state, where in the 2020 election, Joe Biden won by only 0,3% of the electorate.

There is also a gender factor at play. Many women voters remain furious with *Roe*'s reversal in 2022 and with former President Trump's repeated reminders that the country owes the favor to him and his three right-wing judicial appointments (Justices Gorsuch, Kavanaugh and Barrett). Still mad as hornets, these women may make a special effort to vote for pro-choice initiatives and candidates in Arizona and beyond. There is [early empirical work](#) suggesting that women voters marshalled themselves in response to the *Dobbs* decision to stem the expected red tide in the 2022 congressional elections, that is, to vote Democratic when a Republican wave had been expected. How will Arizona vote in November? No one can be sure, but holding Trump responsible for overturning *Roe* seems like a good case for frontier justice (the non-violent kind) to me.

Reading the Reproductive Room

But what about true-blue "Make America Great Again" Republican legislators and voters who felt supported, not betrayed, by former President Trump's various outbursts? How does one explain their change in views? Take for example Arizona Republican state senators or U.S. senatorial candidate [Kari Lake](#), all of whom favored the 1864 total ban until they didn't? Perhaps the recent Alabama Supreme Court [decision](#) that artificially conceived frozen em-

bryos are "children" did the trick. Only then did prospective Alabama parents grasp that disposing of an unused embryo during an IVF cycle could be murder under state law. And too, there is something very crazy-making in former President Trump's recent description of Arizona's 1864 near total ban as going "too far" when "too far" – that is, overruling *Roe* – was his central 2016 campaign pledge. Finally, to the extent that women are beginning to speak more openly about their own abortion experiences, the paralyzing fear that has kept abortion an "open secret" in the American states is softening. A month ago, Democratic state senator Eva Burch publicly announced that she was pregnant, had just received a diagnosis of a nonviable fetus, and had scheduled an abortion. She [stated](#): "[F]ar-right extremists [...] are in leadership positions, but that's not an accurate representation of the entire Republican caucus in Arizona. And I do not think at all that it's an accurate representation of all of the Republican voters. [...] We can really see that people are ready for this [conversation]."

In its own way, Arizona has turned the *Dobbs* decision on its head. In his decision, Justice Alito proclaimed that "[i]t is time to [...] return the issue of abortion to the people's elected representatives." So far those elected representatives have been both divided and noncompliant. And while there may be a repeal of the total ban – possibly on May 1 – the Fall initiative still awaits voters. Let's give Arizona a summer breather and see what November, in light of Trump's bragging and women's confidence, brings at last.

Kai Ambos

Apartheid in the Occupied Palestinian Territory?

A Call for a More Nuanced Approach

doi: 10.59704/4e285f6e8a474a25



The apartheid claim made against Israel because of its policy in the Occupied Palestinian Territory (OPT) – most recently in the ongoing [advisory proceedings before the International Court of Justice \(ICJ\)](#) – cannot be settled with the counter-claim of antisemitism, but calls for an objective, thorough and fact-based legal inquiry. Only such an approach with regard to this and other allegations against Israeli policy will strengthen Israel, understood as a liberal and democratic Rechtsstaat, which guarantees, in line with its 1948 [Declaration of Independence](#), “complete equality” to “all its inhabitants”. At the same time, recent developments have once again made clear that a solution to the Palestine question in line with international law is simply existential for the future safe existence of the State of Israel.

Apartheid claim reloaded

In the most recent hearings in the ICJ advisory proceedings on the “Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem”, 20 (out of a [total of 50 intervening](#)) States as well as [three international organizations](#) have invoked the apartheid claim (s. [here](#) p. 80 with references in fn. 100), including the apartheid victims South Africa ([here](#), pp. 18-9) and Namibia ([here](#), pp. 14 ff.) as well as the African Union representing 55 African States ([here](#), p. 47). Even if there are no European or “Western” states among these States, it is noteworthy that respected European international lawyers have advocated the apartheid claim on behalf of those States (such as English Professor Philippa Webb for Belize [[here](#), pp. 15-6] and Sir Michael Wood for Jordan [[here](#), p. 63] and – en passant – German Professor Andreas Zimmermann and French Professor Alan Pellet, both for Palestine [see [here](#) p. 57 and [here](#) p. 97 and passim]). The apartheid claim has, in the meantime, also found its way into the investigation into possible crimes in the “[situation of Palestine](#)” before the International Criminal Court

(ICC) through a [collective referral by five ICC State parties](#) (pursuant to Art. 13(a), 14 [ICC Statute](#)), led by South Africa (and supported by Bangladesh, Bolivia and Djibouti and Comoros).

It should be recalled, however, that this claim is much older than the recent debate, triggered by the 2021 reports of [Human Rights Watch](#), [Amnesty International](#) and the Israeli NGO [B’Tselem](#), seems to suggest. First claims of this kind can already be found in the publications of some Palestinian intellectuals in the 1960s (see [Waxman](#)). In the 1970s, racism and Zionism were given equal status in Resolutions of the UN General Assembly (see e.g. [Res. 3151 G \(XXVIII\) of December 14, 1973](#)). The apartheid claim was then made explicitly for the first time at the World Conference against Racism in 2001 in Durban, South Africa. A [draft final declaration](#) mentioned apartheid in relation to “the ethnic cleansing of the Arab population in historic Palestine” and described “foreign occupation based on settlements” as “a new kind of apartheid”. Yet, this reference disappeared in the [final version](#) of the declaration.

Unbiased and nuanced analysis

In any case, the apartheid claim has now again taken center stage in the international legal discourse with the recent ICJ hearings. Yet, this time, the target is Israel and the former apartheid victims South Africa and Namibia are among its main adversaries. At the same time, the apartheid legacy of these two countries provides relevant legal precedent with four ICJ advisory opinions (1950, 1955, 1956, 1971) and a contentious case ([Ethiopia v. South Africa](#), 1960-1966), all concerning the former South West Africa, now Namibia, back then controlled by (apartheid) South Africa as mandatory power.

In legal terms, apartheid essentially describes a specific wrong that encompasses systemic and structural forms of discrimination destroying equality and freedom, wi-

thin the framework of an institutionalized system of oppression. The modern concept of the international crime of apartheid, building on the definition of Art. II of the 1973 [Apartheid Convention](#) but emancipated from its South African precedent, can be found in Article 7 (2)(h) of the [ICC Statute](#) (as a crime against humanity) and is defined there by means of **three (cumulative) elements**: (i) “inhumane acts” “similar” to those mentioned in Article 7 (1) [ICC Statute](#), i.e., ranging from deprivation of liberty to killings; (ii) existence of an “institutionalized regime of systematic oppression and domination of one racial group by another racial group or groups” and (iii) the (specific) “intent of maintaining” that regime.

As outrageous as the apartheid claim may appear from the point of view of the Israeli government, it is in Israel’s own best interest to take it seriously. If it were successful, Israel would face – besides [genocide](#)¹ and war crimes (based on [violations of the law of armed conflict](#), *ius in bello*) – another charge of an international wrongful act and an international crime with similar restraining consequences for third States supporting Israel militarily (see generally [here](#); less restrictively [here](#); on [Nicaragua v. Germany](#) see [here](#), [here](#) and [here](#)). Indeed, apart from domestic legislation prohibiting arms exports in the face of the commission of international crimes (on German law, see [here](#), at 182 ff.; on Dutch law and the recent Hague Appeals Court [decision](#), see [here](#), [here](#), [here](#)), the UN [Arms Trade Treaty](#) (ATT) – albeit often [disregarded](#) by major military powers – would equally [apply in an apartheid context](#) given the latter’s characterization as a crime against humanity. Accordingly, a State must not supply arms to a conflict party if this party uses them to commit international crimes (including apartheid as a crime against humanity) and the supplying State “has knowledge” of this use “at the time of authorization” of the arms supply (Article 6(3) [ATT](#)). In terms of the law

of State responsibility (Article 16 [ILC Draft](#)), the supplying State would be complicit “in the commission of an international wrongful act” (i.e. apartheid) if it has the respective knowledge of the commission of this act (for a previous debate on German complicity in war crimes in Yemen by supplying weapons to Saudi Arabia see e.g. [here](#) and [here](#)). In addition, [anti-apartheid monitoring mechanisms](#) could be reactivated, especially the Apartheid Convention’s “[Group of Three](#)”.

However, can we really speak of apartheid in legal terms with a view to Israeli policies and practices in the OPT, especially the West Bank?² If one undertakes a thorough and careful analysis, applying the above-mentioned three elements of the apartheid crime to the factual situation in the OPT, the answer to this question turns out to be more complex than the hearings before the ICJ and the widespread (international law) discourse suggest. In fact, only one of the intervening States (namely [Belize](#), pp. 15-6) undertook something close of a legal analysis, but apart from too brief and somewhat superficial, it mixed up the specific genocidal with the apartheid intent and ignored the tricky issue of the applicable standard of proof. In a nutshell, the main take-aways from a more thorough analysis may be summarized as follows (for a detailed treatment, see Ambos, [Apartheid in Palestine? 2024](#), pp. 87 ff. and 47 [Fordham Int’l L.J.](#), forthcoming 2024):

The existence of the **first element** of the apartheid crime is largely undisputed because Israeli occupation policy entails “inhumane acts”, e.g. unlawful killings, arbitrary arrests and violations of physical integrity, including torture, and these acts – increasingly occurring in the form of [settler violence](#) (for a recent German radio report see [here](#)) – are attributable to the State of Israel. The **second element** raises, however, significant problems of interpretation. While the existence of an “institutiona-

¹ See regarding genocide also the most recent report of the Special Rapporteur for the OPT of [25 March 2024](#) and the last order of the ICJ of [28 March 2024](#) stressing, with a view to the plausible genocide claim, the “further risk of irreparable prejudice” and the “urgency ... that such prejudice will be caused before” a “final decision in the case” (para. 40). Explicit references to the risk of genocide can also be found in the [Declarations of President Salam](#) (para. 7, 9-10, 12), [Judge Yusuf](#) (especially para. 3 [finding “objective indicia” of genocide], 7 [“indicia of genocidal activity”], 12 [“indicators of genocidal activities ... flashing red in Gaza”]), [Judge Nolte](#) (para. 6 [“plausible risk of a violation of relevant rights under the Genocide Convention”]) and [Joint Declaration Judges Xue, Nemer Caldeira Brant, Gómez Robledo and Tladi](#) (para. 6); but see also Separate Opinion (Israeli) [Judge ad hoc Barak](#) (para. 6 [“The Court’s reasoning today is far removed from the Genocide Convention and based primarily on humanitarian considerations.”], 32 [“no indication of an intent”]).

² I note in passing that the apartheid claim is unjustified with regard to mainland Israel although the latter’s legal regime is partly applied in the OPT and it entails a discrimination of Israeli Arabs. At any rate, one should distinguish between the OPT and mainland Israel and Amnesty International’s failure to do so has been [rightly criticized](#). In addition, to extend the apartheid claim to Israel proper may be considered as an attack on Israel’s right to existence.

lized regime of systematic oppression and domination” in the OPT is largely uncontroversial (see e.g. for a good overview of the discriminatory legislation [here](#)), the oppression / domination of the local Palestinian population by Israel as the occupying power and by Jewish settlers cannot easily be understood as the oppression of one *racial group* (Palestinians) by another racial group (Israeli Jews). While Israeli discriminatory policies and practices in the OPT have been qualified as “racial discrimination” within the meaning of Article 1 of the 1965 [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination](#) (ICERD) by the respective Committee ([here](#), para. 24 and [here](#), para. 22-3), the requirement of a racial group oppression is arguably narrower since it presupposes that the respective populations are to be understood as “racial groups”, i.e., there must be more than just discrimination of one group by the other (note that Article 7(2)(h) [ICC Statute](#) does not even contain the word ‘discrimination’). Also, the “racial group” element seems to imply that the Israeli-Palestinian conflict is to be perceived in (purely) racial terms, but what if it is read primarily as a national conflict between Israeli citizens and Palestinian non-citizens (see e.g. [here](#))? While the full controversy cannot be recounted here, ultimately, the existence of a national conflict does not exclude a parallel discrimination with racial ingredients (convincingly [here](#), 851-2), i.e., where the oppressed group is considered as inferior to the dominant group. Such racialised or race-based oppression may ultimately amount to a racial group oppression within the meaning of the apartheid crime. Finally, the **third element** of the specific apartheid intent is very difficult to prove, especially if one uses the very high evidentiary threshold of the “only reasonable inference” (for a discussion, see [here](#)) required by both the ICJ ([here](#), para. 148) and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ([here](#), para. 10, 2598 ff., 5669, 5781, 5830) with regard to the crime of genocide.

Anti-Semitism versus Fact-Based Legal Criticism of Israeli Policy

Whatever the result of an impartial examination of the apartheid claim – or, for that matter, the [genocide claim](#) brought against Israel by South Africa regarding the

ongoing Gaza war –, it cannot be settled with a counterclaim of antisemitism. As recently demonstrated, once again, in the context of an [interdisciplinary research project](#), antisemitism is an extremely diverse and complex phenomenon that can hardly be captured by *one* comprehensive and convincing definition. This explains why three definitions of antisemitism – the one of the International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA, 2016) and, in response, those of the so-called [Jerusalem Declaration](#) and the [Nexus Document](#) (both 2021) – are fighting for recognition, with none of these definitions claiming to be legally or otherwise binding, but only to serve as a basis for a more informed and rational discussion. In particular, the broad and vague IHRA definition, which was accepted as the only binding definition by the German Federal Government already [in 2017](#) and later even [expanded](#), has increasingly met with criticism (see [here](#) and [here](#), p. 71 ff.) given its tension with freedom of expression and science. Even Kenneth Stern, one of the authors of the IHRA definition as former antisemitism commissioner of the “American Jewish Committee”, has echoed such criticism ([here](#) and recently [here](#)).

Against this background, one should work with a minimal or core definition, according to which antisemitism represents, in the words of the German [Independent Expert Group on Antisemitism](#), a “collective term” for “all attitudes and behaviors that assume negative characteristics regarding individuals, groups or institutions perceived as Jews due to their affiliation” ([here](#), p. 24).³ More succinctly, one can speak of “hostility towards Jews as Jews” ([here](#), p. 122), of discrimination, persecution and other oppression of Jews (only) because they are Jews.

At any rate, given the definitional uncertainty and the tension with freedom of expression, the antisemitism claim should not be made lightly. Rather, one must distinguish between antisemitism and legitimate criticism of Israeli government policy – in the sense of a human rights or international law-based criticism of Israel (for further distinctions, see [here](#), pp. 293, 298 ff.). If this criticism is fact-based, in particular focusing on the Israeli policies and practices in the OPT, the Israeli-Palestinian “real

³The original German version of the quote of the unabhängiger Expertenkreis Antisemitismus reads: “Sammelbezeichnung für alle Einstellungen und Verhaltensweisen, die den als Juden wahrgenommenen Einzelpersonen, Gruppen oder Institutionen aufgrund dieser Zugehörigkeit negative Eigenschaften unterstellen.” (translation K.A.).

conflict” ([here](#), p. 86), it is, *prima facie*,⁴ not antisemitic and thus deserves an unbiased and rational discussion. In contrast, a too broad concept of Israel-related antisemitism runs the risk of ignoring the underlying factors of the existing real conflict ([here](#), p. 108) and, ultimately, encourages the instrumentalization of the antisemitism claim.

Taking Fact-Based Criticism Seriously in Order to Preserve Israel as a Democratic and Liberal Rechtsstaat

What is even more important is that only an unbiased and factual analysis of allegations against Israel and its policies will contribute to preserving, in the medium and long term, Israel as a liberal and democratic *Rechtsstaat*. While such an analysis may lead to criticism of Israeli policies (both within Israel and with regard to the OPT), it does not challenge its right of existence and is certainly not about criticism of Jews *as* Jews. Thus, such criticism is not only *non*-antisemitic, but it is, in fact, *pro*-Israel, because it defends Israel understood both as a liberal *Rechtsstaat* and as the home of the Jews. Indeed, for the preservation of *this* State, a solution to the Palestine question in line with international law is absolutely essential. Brian Klug already pointed this out in 2003 (p. 138): “The longer Israel persists in its current policies towards the Palestinians, the more it will be excoriated, not only by anti-Semites but by people of goodwill. Almost no one will take Israel’s part except mainstream Jews.”

The most recent proceedings before the ICJ make it clear how right Klug was even back then. Today, Israel appears increasingly isolated on a global scale, a country captured by “radical messianic” Jewish groups, with a more than 50 years lasting occupation of Palestine aggravated by the ever-expanding settlement project and the current Gaza war. Thus, the true friends of Israel prove more and more to be those who recall its [Declaration of Independence of 1948](#), which spoke of “complete equality” of “all its inhabitants irrespective of religion, race or sex”, of “freedom of religion, conscience, language, education and culture” and made a “faithful” commitment to “the principles of the Charter of the United Nations”. In short, those Jewish voices who, like the Israeli legal scholars Ofra Bloch and Barak Medina ([here](#), p. 308), advocate complete equality and fight for the preservation of a “Jewish and democratic state” deserve our unconditional support. While this call primarily applies to mainland Israel, it goes hand in hand with a just and equal solution of the Palestine question, that is a solution in line with international law on the basis of the 1947 UN partition plan ([General Assembly Resolution 181](#)) as further developed in subsequent negotiations affirming the 1967 borders (Security Council Resolutions [242/1967](#), [338/1973](#) and more recently, e.g. [2334/2016](#), para. 3).⁵

I am grateful for discussions with and comments by various colleagues from Israel and elsewhere.

⁴This, of course, does not exclude underlying antisemitic motives of fact- or law-based Israel criticism but such motives are difficult to identify since they belong to the internal sphere of the actor. In addition, even if they existed, the factual or legal basis of the criticism must still be addressed.

⁵To be sure, the 1947 partition plan has been changed to the detriment of the Palestinians by the armistice (green) line resulting from the 1948 and 1967 wars, see for a comparative map here <https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:1947-UN-Partition-Plan-1949-Armistice-Comparison.svg>. While this expansion of Israeli territory has, arguably, become effective with the above quoted Security Council Resolutions and has ultimately also been recognized by the PLO in the [Oslo Accords](#), it certainly goes too far to extend Israel’s legal claim to the West Bank and Jerusalem as a whole arguing ([here](#)) that with the end of Ottoman (Turkish) sovereignty ([Treaty of Lausanne](#), Article 16) and the establishment of the UK mandate over Palestine there was a kind of “sovereign-less” territory which could then be claimed (as a whole) by the newly created State of Israel in 1948. In fact, Palestine was a Mandate A territory under the [Covenant of the League of Nations](#) and as such “provisionally recognized” as “independent nation” (Article 22[4]). As a consequence, it could not be claimed without further ado and without taking into account the will of its (predominantly Arab) inhabitants (in more detail see [here](#); response [here](#); rejoinder [here](#)). For this very reason GA Resolution 181 was necessary to “legalize” the partition of the territory.

Saeed Bagheri

The Silent Victim of Israel's War on Gaza

doi: 10.59704/27f1c54dda96f350



In March 2024, [Forensic Architecture](#) reported that more than 2,000 agricultural sites, including farms and greenhouses, have been destroyed in Gaza since October 2023. Almost six months into Israel's war on Gaza, evidence indicates the devastating impacts of the war on the natural environment in Gaza. In particular, it has been [reported](#) that farms have been devastated, and nearly half of the trees in Gaza were razed. While this raises numerous issues, the question of whether Israel's large-scale airstrikes on Gaza would make a substantial contribution to serious violations of international humanitarian law (IHL) protecting the [natural environment](#) during armed conflicts, deserves more thought than it gets.

In this post, I will discuss the legal implications of Israel's military operations for establishing its fault and wrongdoing in relation to the environmental destruction going on in Gaza. I wish to bring into the analysis an issue of central importance that legally proportionate but unnecessary damage to the natural environment must be discerned in the context of basic considerations of humanity.

Environmental Protections of IHL

IHL prohibits any warfare that may cause "widespread, long-term and severe damage to the natural environment". This imposes obligations on States under two cardinal provisions enshrined in Articles 35(3) and 55(1) of the Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, whereby States undertake not to engage in warfare having widespread, long-term and severe damage to the natural environment.

Article 35(3) prohibits the use of "methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment."

Article 55(1) provides that "care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term, and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of

warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population."

Both Articles 35(3) and 55(1) are now widely recognised as rules of [customary international law](#) applicable in international and non-international armed conflicts. Needless to say, the common base of both articles is the prohibition of 'widespread, long-term and severe damage to the natural environment' during armed conflicts. While it remains dubious what the term 'widespread' refers to, the term 'severe' in Article 35(3) is perceived to imply [ecological concerns](#) and limits on methods and means of warfare. Yet the term 'severe' is construed to mean damage prejudicing the [health or survival of the population](#) in Article 55(1).

I have engaged with these in detail [elsewhere](#), and to avoid reiteration, I would accentuate the uncertainty and ambiguity on the threshold at which damage to the natural environment would lead to a violation of IHL within the meaning of Articles 35(3) and 55(1). This is in great part because of the disputed nature of the phrase 'widespread, long-term and severe damage', especially the term 'long-term', which is referred to as 'a period of decades' in the [ICRC Commentary on Article 35](#) (1987, para. 1452), while under [Article 1](#) of the 1976 UN Convention on the Prohibition of Military or Any Other Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD), it is understood as a matter of 'months or approximately a season'.

Environmental Destruction as Evidence of Wrongdoing in Gaza

It should come as no surprise if the Israeli officials keep justifying the environmental destruction, especially the devastation of farms and agricultural land in Gaza, under two basic scenarios: destruction required by imperative military necessity to achieve a defined military objective; and the fact that there appears to be little evidence of 'widespread, long-term, and severe environmental damage'

from Israel's air strikes on the heavily civilian-populated Gaza.

The scenario of the destruction of the natural environment required by imperative military necessity will substantially be overruled if the attacker fails to strike a reasonable balance between necessity and the principle of humanity, which explicitly prohibits unnecessary suffering and destruction during armed conflicts. On this wise, none of the parties to armed conflicts can target, destroy or render useless any objects 'indispensable to the survival of civilians'. As such, the natural environment is a system of unified ecosystems and sequences that has its own life, but it is indispensable for sustaining human life and for its development. Viewed from this perspective, the destruction of agricultural land that undeniably contributes to the sustenance of civilian populations in Gaza is conceivably an inhumane means of warfare conducted by the Israeli Defence Forces (IDF).

The second scenario derived from the lack of evidence on 'widespread, long-term, and severe environmental damage' to the Gazan environment remains questionable. This scenario would be the case only if the present and long-term environmental impacts of the lethal weapons and explosions used by the IDF in Gaza are not known at present, and measuring them will be tricky and complex, if not impossible. There is no denying that determining pollution levels and assessing the risks to the civilian population and their environment in Gaza will depend on precise studies and scientific certainty, as well as the monitoring and evaluation of air, water, and soil, as we have seen in case of the 1991 Gulf War, where a permanent UN body required to investigate and decide with scientific certainty on alleged environmental damage.

On the facts, however, while there is inescapable evidence of real risk and destructive impacts of more than 65,000 tonnes of bombs dropped on the Gaza Strip, which has made the area unlivable, taking advantage of the uncertainty and imprecision in the exact meaning of the phrase 'widespread, long-term and severe damage to the natural environment' is a misconception and speculative behaviour given that it could be invoked to manipulate the obligation to protect the natural environment in armed conflicts and that destruction of environment may not be used as a weapon. Yet again, this is a pure situation of risk, I would submit, where the principle of 'humanity' would come into play to hinder inflicting unnecessary suffering, injury and destruction. On the assumption

that the law is either uncertain or dubious, the Martens Clause is illustrative enough to obviate this terminological confusion in the furtherance of civilian protection and human security as the overriding objective of IHL. Thus, in cases of uncertainty and ambiguity of the relevant laws or cases not covered by IHL treaties, States are required to respect a minimum standard as established by the principle of 'humanity' and the 'public conscience'. While on the subject, this would remain applicable as the core principle protecting the environment due to the ambiguous and perhaps disputed nature of 'widespread, long-term and severe damage to the natural environment'.

It bears reiterating yet, 'widespread, long-term and severe' damage to the natural environment constitutes serious violations of the laws and customs of war and thus can be considered war crimes under Article 8(2)(iv) of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). There is no question whatsoever that IHL is a system of protection endeavouring to minimize harm and suffering during armed conflicts. Against this backdrop, the uncertain and almost disputed nature of the prohibition of 'widespread, long-term and severe' damage to the natural environment has nothing to do with the ICC investigations into disproportionate and intentional attacks and explosions that could produce damage to the natural environment not only for decades but also for several months in so far as that the health or survival of the Palestinian population is concerned. Importantly for our purposes, the ecocide and agricultural land devastation that occurred 'collaterally' by way of either proportionate or necessary military operations in Gaza, would require respect to a minimum humanitarian standard established by the principle of humanity, as I have touched upon above. This leads us to what is, in my estimation, the main conclusion that the legally proportionate collateral but unnecessary damage to the natural environment caused by the IDF's large-scale offensive on Gaza must be observed within the limits of the principle of humanity.

Conclusion

It is beyond dispute that the UNSC Resolution 2728 (2024) demanding an immediate ceasefire in Gaza during Ramadan and calling for the immediate and unconditional release of hostages should be considered a measure of progressive development by the international community in an effort to reduce civilian harm in Gaza. Having said this, even the UNSC resolution contains no mandate on the

growing risk of environmental damage in Gaza. Yet nothing would dissimulate the fact that even the UNSC resolution has not ceased Israel's cycle of violence against Palestinians and their natural environment. That being so, the natural environment remains the silent victim of Israel's war on Gaza. This implies that the UN, in general,

and the ICC in particular, should have done more to attenuate the substantial risk of mistreatment of the natural environment, concerning more particularly the ecology, health and survival of Palestinians.

Tal Mimran

Third Provisional Measures in South Africa v Israel

Reflections on the Right to be Heard and on Substantive Justice

doi: 10.59704/79e2e00944e8a696



On March 28, 2024, the International Court of Justice (ICJ) issued its [third provisional measures order](#) in *South Africa v Israel*. The ICJ did not accept South Africa's request to order a complete ceasefire, although several individual judges indicated they would have done so. Nevertheless, the ICJ did order further, more pointed, measures towards Israel to ensure the provision of humanitarian aid throughout Gaza. In this blog post, I consider that the right to be heard in the course of this third order has not been fully guaranteed since the ICJ based its ruling on the international reports which were not provided, known, and considered by either of the parties. Moreover, I argue that the ICJ underscored its decision on humanitarian law rather than obligations to prevent genocide.

The third provisional measures

The third round of provisional measures indicates the ICJ's increased concern over a deteriorating humanitarian situation in Gaza, thereby tightening Israel's conduct in the Israel-Hamas war. In particular, the ICJ ordered Israel to take all necessary and effective measures to ensure, without delay, the unhindered provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance, as well as medical supplies and medical care to Palestinians throughout Gaza. Furthermore, Israel must increase the capacity and number of land crossing points and maintain them open for as long as necessary. Additionally, it must ensure with immediate effect that its military does not violate any of the rights of the Palestinians in Gaza as a protected group under the Genocide Convention.

This round of provisional measures indicates that the ICJ is growingly concerned over the humanitarian situation in Gaza. In the words of the Court: "The catastrophic living conditions of the Palestinians in the Gaza Strip have deteriorated further, in particular in view of the prolonged and widespread deprivation of food and other basic necessities to which the Palestinians in the Gaza Strip have been subjected."

Procedural fairness and the facts underlying the provisional measures

The ICJ had already established its *prima facie* jurisdiction and the plausibility of some of South Africa's claimed rights in its [first provisional measures order](#) on January 26, 2024. Accordingly, to order further measures, the ICJ only needs to analyze whether there is a risk of irreparable prejudice to South Africa's plausibly claimed rights, and there is an urgency to order further measures prior to the final judgment on the merits (para. 26, third order).

To justify the ordering of additional measures, the ICJ referenced the findings of several international organizations and initiatives. As Judge ad hoc Barak pointed out, several of these were not presented by the parties, and some were even published after Israel had submitted its [written observation](#) (para. 23). The Court was convinced that the case's circumstances require modifying its decision concerning provisional measures indicated in the Order of 26 January 2024, since they no longer fully address the consequences arising from the deterioration of the humanitarian situation in Gaza.

I wish to evaluate this decision from the perspective of procedural fairness. The right to be heard (*audiatur et altera pars*) is a fundamental principle of procedure, both in domestic law and in international law. [V.S. Mani](#) explained this principle as one that "covers each party's right to know, with sufficient notice, what is up against it". When a court refers to documents or legal arguments which were not considered or were even unknown to the parties, the principle is undermined, if not outright [violated](#). The right to be heard is not simply symbolic. It enhances the quality of the decision since it allows the parties, often best placed to gather the facts, to enlighten the court (see, for example, Judge Anzilotti's remarks in the *Decrees* advisory opinion, [p.66](#)).

It seems that the ICJ did not grant sufficient, and warranted, attention to this fundamental principle of law. Of

notice, the ICJ cited a report of the Integrated Food Security Phase Classification Global Initiative (IPC) (a multi-stakeholder international initiative aimed at enhancing food security), in order to establish the factual situation on the ground (para. 19 of its order). The IPC report was published on March 18, 2024 – three days after Israel was required to submit, and indeed submitted, its written comments on South Africa’s third request (para. 9-10). By relying on this report which was released after the given deadline, Israel was denied its right to be heard concerning a document which proved pivotal in the Court’s order. We can speculate that if Israel had been given an opportunity to be heard, the Court would have reflected on certain fundamental factual and methodological errors in the IPC report, as noted in a [document](#) released by COGAT (Coordination of Government Activities in the Territories), the Israeli Ministry of Defense body tasked with coordinating humanitarian efforts, issued on March 29, 2024. For example, the IPC report relies mostly, if not in whole, on data provided by local bodies, and the report itself admits it suffers from information gaps.

To the best of my knowledge, the only other instance the ICJ relied on information which was not provided by the parties to establish facts on contested issues for the purpose of rendering a decision – whether judgment or provisional measures order – was in the *Nuclear Tests* case. Several judges severely criticized the majority for precisely that reason ([Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock](#), para. 23; [Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick](#), p. 439). It should be noted, though, that this incident is a bit limited in terms of precedential value. In the *Nuclear Tests* case, the new information “merely supplement[ed] and reinforce[d] matters already discussed in the course of the proceedings” (para. 33). After all, the new information in that precedent was subsequent statements of high-ranking French officials which added further gloss to a communiqué of the President of France expressing the intention to cease atmospheric nuclear tests in the south Pacific region, which was known to the parties at the time of oral proceedings (para. 34). Also significant is the fact that the information included statements made by a non-appearing party (France) which went towards achieving the object of the applicants’ submissions. Finally, to further safeguard any prejudice to the applicants, the ICJ added the following proviso in the parallel judgments: “If the basis of

this Judgment were to be affected, the Applicant could request an examination of the situation in accordance” (para. 60; para. 63; and see also [Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests \(New Zealand v. France\) Case](#)).

Elsewhere, the right to be heard on issues of new information has been [rigorously applied in investment arbitration](#). For example, the *Fraport (I)* ICSID annulment committee (presided by Judge Peter Tomka of the ICJ) annulled the tribunal’s award on the basis of its failure to respect the right to be heard. In that case, the tribunal placed central reliance on evidence produced by the Philippines following the closure of proceedings, while the tribunal was deliberating. Although the tribunal gave the claimant an opportunity to comment on the evidence, it created an impression that it was merely seeking to complete its evidentiary record. On this basis, the annulment committee stated that the tribunal’s course of action was “incompatible with the fundamental obligation on the Tribunal to permit both parties to present their case in relation to the new material” (para. 230).

In the case of *South Africa v Israel*, the Court also failed to address a main flaw in the reports of the WHO and the IPC partnership, as previously noted by [myself](#) and [others](#). Namely, the allegations that these reports seem to turn a blind eye towards violations of IHL by Hamas, directly contributing to the human suffering in Gaza. Most notably to the starvation and famine that underlined the concern displayed by the ICJ. Finally, the ICJ did not seem to attribute importance to the efforts undertaken by Israel in order to deal with the deteriorating humanitarian situation in Gaza, *inter alia*: the transfer of humanitarian aid into the Gaza Strip (close to 19,000 aid trucks, carrying more than 350,000 tons of humanitarian aid, including almost 250,000 tons of food), the supply of water and electricity from Israel, facilitating the establishment of field hospitals in Gaza, assisting with evacuation of patients out of Gaza, and [more](#).

The fact that the Court failed to deal with the above-mentioned aspects may infer that the Court was also failing to apply its own principles, as set out by its rulings, for example, on the [importance of corroborating evidence](#) brought before the Court. Of course, the truncated nature of provisional measures proceedings does not allow the Court to consider evidence in detail. Yet, even a cursory consideration of evidence can reveal that it [emanates](#)

from a single source – and in this case, most relevant reports on issues concerning available resources, mortality and casualties rely, at the end of the day, on data originating from Hamas.

The legal basis underlying the provisional measures - the obligation to prevent genocide or duties under the Geneva Conventions?

Another line of concern arises when looking at the individual opinions of the Judges. Notably, some of the judges sought to rely on legal rules which fall outside of the ambit of the jurisdiction of the Court, which is limited to the Genocide Convention. For example, [Judges Xue, Brant, Gómez Robledo and Tladi](#) stated that the third provisional measures order incorporates the “standard under international law”, which can be found in “Articles 55 and 56 of the Fourth Geneva Convention”.

It should be stressed, though, that Articles 55 and 56 indeed obligate States to “ensure” the provision of humanitarian aid, a duty of tremendous importance without a doubt (which derives from the general duty to [ensure respect](#) to international humanitarian law), which naturally does not form part of the requirements under the Genocide Convention. In addition, it is important to remember that the cited [Articles are only applicable](#) in situations of belligerent occupation, while the question of whether Gaza is occupied remains [controversial](#) nevertheless. It is puzzling how the Judges reached their decision based on legal duties that fall outside of the jurisdiction of the Court. Notwithstanding, even if we put that aside, *arguendo*, it is not clear how the Judges can invoke Articles 55 and 56 without addressing the [Court’s own legal test](#) for their application – the existence of an occupation (and while ignoring the influence of other players, e.g. Egypt that [controls](#) the land border between Gaza and Egypt).

One final thought on the importance of consistency

The ICJ’s treatment of evidence in its latest order is not the only cause for concern. An additional cause of concern is some inconsistencies in the judicial approach of individual Judges in *South Africa v Israel*. Obviously, judges do sometimes contradict their previously held positions, and indeed opinions can and should change over time. In fact, opinions should indeed change when reality demands it, so long as they follow the lines of interpreta-

tion of international law, which undoubtedly encourages the development of the law with time.

Indeed, there is no “precedent” of the ICJ concerning the interpretation of Article 59 of the Statute. Yet, it is nevertheless imperative that Judges provide clear legal reasoning should they change their approach (see, for instance, [Judge Abraham’s declaration](#) in *Marshall Islands v India*), in order to promote consistency and validity and to allow for dialogue as to the possible development of the law in a certain direction. In the words of Judge Abraham: “It is indeed a judicial imperative which the Court has always recognized, and which in my view is incumbent upon all its Members, that it must be highly consistent in its jurisprudence, both in the interest of legal security and to avoid any suspicion of arbitrariness.”

For this reason, it is concerning that Judge Xue Hanqin, who has in previous cases consistently been adamant that *erga omnes (partes)* interests do not translate into standing before the ICJ (*Belgium v Senegal, Canada & Netherlands v Syria* (“I voted against the Order because of my consistent position on the question of standing in such so-called *actio popularis* cases”), including in a case concerning alleged genocide (*The Gambia v Myanmar*), [found an exception in the case](#) at hand, without presenting any legal justification.

Similarly, Judge Abdulqawi Ahmed Yusuf [complained recently](#) that the compromissory clause of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) was being used to litigate issues under international humanitarian law, leading him to suggest that the ICJ should “put an end to the attempts by States to use CERD as a jurisdictional basis for all kinds of claims which do not fall within its ambit”. Notwithstanding, in the *South Africa v Israel* case, Judge Yusuf [called](#) for a halt to Israel’s “aerial bombardments, the ground assaults on urban areas and refugee camps by the Israeli army, and the removal of the obstacles to the delivery of humanitarian aid”.

In doing so, Judge Yusuf seemed to ignore the fact that Hamas has embedded its military operations in densely populated areas (as presented during the [oral hearing](#)), Hamas’ hijacking of aid (not to mention [extrajudicial executions](#) of those cooperating with Israel’s distribution of aid), and also the detailed explanations presented by Israel regarding the military necessity of its operations under IHL. It is unclear why the *South Africa v Israel* case does not raise the same concern, as presented by [Judge Yusuf](#)

in the context of CERD, that the case has nothing with the jurisdiction of the ICJ but – in Judge Yusuf’s words

–“everything to do with the humanitarian law”.

Joshua Malidzo Nyawa

Colonialism, Criminal Law, and the Dustbin of History

On Kenya's Subversion Judgment

doi: 10.59704/916e460f0c11655b



In a ruling that is important beyond Kenya, the Kenyan High Court has delivered a milestone judgment. By striking down a provision of the Kenyan Criminal Code on subversion, the Court takes a significant step towards further doing away with the colonial legacy in the Kenyan legal system. The judgment exemplifies how judges in postcolonial contexts interpret the law against the backdrop of the country's history.

The dustbins of history

The task of bringing transformative constitutions to life requires courts to be innovative and to be *a new place of jurisprudential creativity*. Judges are called upon to dust off the laws that existed before the promulgation of transformative constitutions; they are called upon to walk with their brushes and ensure that all laws enacted in colonial times comply with the Constitution.

Some constitutions (for example, the Kenyan and South African) contain express provisions known as the developmental clause, requiring the court to develop the law if the law does not give effect to a right or fundamental freedom. Judges are to ensure that no law remains incongruent with the constitutional scheme. Put differently, laws 'caught up in a time warp' must be 'swept into the dustbins of history'. Recently, another judge captured this task in flowery terms, saying that *the transformative Constitution is now in force. Its wind must blow through Kenya's entire legal system, every law, every hamlet, every village and every institution.*'

This is exactly what happened in the case *Katiba Institute and Others v The Director of Public Prosecutions and others*, where the court was asked to determine the constitutionality of section 77(1)(a) of the penal code that provides for the offence of subversive activities. The interested party, Joshua Ayika, posted on X (formerly Twitter) that the army might take over the government for 90 days. Joshua made this post during demonstrations against the

high cost of living led by the opposition parties. He was quickly arrested and charged under the impugned provision. The petitioners' case was pretty simple: the offence of subversion is a colonial legacy that limits freedom of expression through a vaguely worded offence and does not have a place in a modern democratic state.

Colonial legacies in commonwealth countries

The case is a very poignant example of how – although the British left their colonies many decades ago – the shadows of colonialism still loom over their former territories. Most of the current penal codes in these countries were inherited from the British, and successive regimes have *retained most of the offences*. Using vague language, some of the offences were introduced by the British to stifle dissent and further marginalize the poor and marginalized members of society. The idea was *to punish, segregate and control people*. Some of these colonial relics include criminalising homosexuality, vagrancy, sedition, subversion, criminal defamation, etc. Today, postcolonial regimes notoriously exploit these colonial criminal laws to curtail constitutional rights.

The learned judge deserves credit for correctly contextualising the offence of subversion. While labelling it a colonial relic, the judge noted that

105. It is not far from our lips and eyes that independent Kenya inherited from the colonial state a repressive system....135. It therefore goes without say that, Section 77(1) and (3) of the penal code is a colonial legacy which limits freedom of expression through the vaguely worded offence of subversion.

The Judgment may be doing several things, but most importantly, it signals an end to the colonial holdovers in the penal codes in former British colonies. Similar to Mauritius' recent description of the offence of homose-

xuality as a colonial relic, the Kenyan high court is sending a message that it is time to rid the legal system of colonial legacies.

Memorial Constitutionalism and Transformative Constitutions

Understanding this dimension of the Kenyan High Court's judgment requires one further brief contextualization, namely, to place the judgment within the context of "memorial constitutionalism". A memorial Constitution recognises the country's dark and violent history and past atrocities. As memorials, these constitutions serve as a [safeguard against forgetting](#). They remind the citizens of the notorious past and the future they desire to create; they look forward and backwards.

Memorial constitutionalism, therefore, requires that judges not only consider the literal text of the law but also take into account the broader context, including the nation's history. The [Supreme Court of Kenya](#) has embraced this approach of interpretation, stating:

But what is meant by a holistic interpretation of the Constitution? It must mean interpreting the Constitution in context. It is a contextual analysis of a constitutional provision, reading it alongside and against other provisions so as to maintain a rational explication of what the Constitution must be taken to mean in the light of its history, of the issues in dispute, and of the prevailing circumstances.

Realising that „*history is a great revealer of intent*“, the learned judge in the subversion case guides the reader through a journey down memory lane. The Judge reminds readers of a dark chapter of the nation. Post-independence Kenya was marked by Sedition criminal prosecution, "mwakenya" and "pambana" prosecutions, and "Nyayo house torture" (Para 105). Further, some offences in the penal code were used by the colonial regime to prosecute and convict pre-independence African leaders. The learned Judge concludes regarding the purpose of these offences: 'It is therefore safe to conclude that Chapter IX was intended as a regime instrument for self-preservation'. (Para 107). Notably, the judge notes that the nature and design of a transformative Constitution

110 .. deliberately appreciates that Kenyans want a break with the dark past, the entire sy-

stem of law was a colonial hand-down with very minor and cosmetic variations that were intended for self-preservation and colonial repression

Void for vagueness doctrine

In addition to the historical dimension, the vagueness of the criminal provision also plays a central role in the judgment. Vaguely worded penal provisions are a significant threat to freedom of expression since citizens are left uncertain about what actions might result in criminal sanctions. Governments often aim to cast a wide net to capture both intended and unintended behavior. Consequently, vaguely worded penal provisions are problematic, at least on two fronts: firstly, they fail to provide citizens with clear notice of what the law prohibits. Secondly, they undermine the principle of separation of powers. The former demands transparency in legal expectations, while the latter requires only parliament to establish offences. However, vague laws delegate the responsibility of defining offences to law enforcement, prosecutors, and judges.

The Judge, therefore, held that section 77 of the penal code was overly broad and vague. The learned judge noted that

The section is vague and over-broad firstly by not explicitly limiting the freedom of expression but adding the limitation on to other acts or conduct, there exists confusing definition of "subversion" especially about the meaning of "prejudicial to public order, security of Kenya and administration of justice", "in defiance of or disobedience to the law and lawful authority; unlawful society" or "hatred or contempt or excite disaffection against any public officer or any class of public officer". None of the terms used in the offence are defined or capable of precise or objective legal definition or understanding.

The void for vagueness doctrine serves an essential purpose in a constitutional scheme. While a state can limit a right, this power cannot be exercised arbitrarily. For this reason, most constitutions today contain a limitation clause, which often requires that a right can only be limited by law. The void for vagueness doctrine can be deployed against the cunning tactics of a state that employs

vague and broad language to limit a right. The doctrine rejects the tendency of legislatures to adopt an offhand approach, granting enforcers unrestricted discretion to wield criminal powers as they see fit or leaving offences open to interpretation by judges.

Conclusion

The judgment is a significant win for freedom of expression and speech in Kenya. It is a reminder that a trans-

formative and memorial Constitution must be allowed, in the words of Justice Sifuna, “to smoke us out of our previous hideouts, out of our former status quo that prevailed before its promulgation”. The judgment greatly contributes to the timely discussion on decriminalising colonial relics – in Kenya and beyond.

Parul Kumar, Abhayraj Naik

India's New Constitutional Climate Right

Examining the Significance of *M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India and Others* for Climate Litigation in India

doi: 10.59704/a03c6e7b7b3cc925



The Supreme Court of India delivered a historic judgement on climate change and human rights in *M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India and Others* (hereinafter “*M.K. Ranjitsinh*”) on March 21, 2024 (made publicly available on the court website in early April). A three-judge bench of the Supreme Court, led by Chief Justice, D.Y. Chandrachud, formulated a new constitutional right to be free from the adverse effects of climate change by drawing upon Article 21 (the fundamental right to life and personal liberty) and Article 14 (the fundamental right to equality) of the Indian Constitution.

Despite several shortcomings and problematic assumptions in the court's treatment of the immediate issue at hand (the threats posed by overhead power transmission lines to two critically endangered species of birds), the final judgement is a remarkable development for the evolution of constitutional climate litigation in India and across the world. The court here decisively seized the opportunity to construct firm constitutional foundations in India for human rights related to climate change in a scenario where no clear constitutional guidance formerly prevailed. In one fell swoop, the court has declared a new fundamental human right to be free from the adverse effects of climate change, connected this new right to the right to a clean and healthy environment that was read into the Constitution by earlier judicial decisions, and has clarified that the origins of this new right trace back to the right to life and the right to equality that are enshrined in the Constitution. The judgement also embraces a recognition-based approach to climate justice by noting how certain groups of people, such as, indigenous, tribal, and forest-dwelling communities, women, low income households, and the inhabitants of specific geographical areas (the Lakshadweep islands and forest areas, for example) are particularly (and non-equally) vulnerable to climate change impacts.

As we will highlight in greater detail below, *M.K. Ranjitsinh* also represents the tussle between the demands

of a developing economy aspiring towards net neutrality on the one hand and the possible ecological costs arising from this transition on the other hand. This case will certainly not be the last to have to engage with these conflicting priorities, and therefore, by laying down a right against the adverse effects of climate change, it sets an important precedent for future litigants navigating the same conflict in varying circumstances.

Context, Facts and Judgement: The Bird that Brought the Case to Court

The judgement arose from a writ petition under Article 32 of the Constitution of India before the Supreme Court of India, where the petitioner, M.K. Ranjitsinh sought directions for the preservation of an endangered bird species, the Great Indian Bustard (GIB). The GIB is on the verge of extinction due to a variety of factors, including climate change and overhead transmission lines. In one of the interim directions that followed through a judgement on April 19, 2021, the Supreme Court restricted the installation of overhead transmission lines in an area spanning about 99,000 square kilometres and directed the conversion of overhead power lines into underground power lines in the areas relevant for the GIB.

It was in the context of a plea for modification of this judgement by certain Respondent Ministries that the Supreme Court bench led by Chief Justice Chandrachud set about examining India's obligations under the Paris Agreement and its commitment against the effects of climate change. The bench highlighted that India's ambitious targets for renewable energy form one of the key strategies in India's efforts to combat the effects of climate change (Paragraph 16), with the country's commitment to transitioning to non-fossil-fuels “not just a strategic energy goal but a fundamental necessity for environmental preservation” (Paragraph 17). Referring to the right to a clean environment established by the Supreme Court in other judgements and national policies for climate chan-

ge mitigation, the Court found that the right against the adverse effects of climate change and the right to a clean environment are “two sides of the same coin” (Paragraph 24).

In Indian constitutional law jurisprudence, the right to a clean environment has typically been recognised under Article 21 of the Constitution (the fundamental right to life). In *M.K. Ranjitsinh* the Supreme Court went further by anchoring the right against the adverse effects of climate change under Article 14 (the fundamental right to equality) as well, citing the hardships of communities more vulnerable to climate change within India based on their geographical and economic circumstances, which could impinge on their Article 14 freedom.

Ultimately, the Court stressed the need to “recognize the intricate interface between the conservation of an endangered species, such as the Great Indian Bustard, and the imperative of protecting against climate change” (Paragraph 53), concluding that a blanket prohibition on overhead transmission lines was therefore inappropriate (Paragraph 61).

In the operative part of the judgement, the Supreme Court constituted an Expert Committee to undertake a variety of activities, including the assessment of the feasibility of constructing overhead and underground electric lines and the identification of measures for the protection and long-term survival of the GIB (Paragraph 66).

A Big Victory for Rights-Based Climate Litigation in India

This judgement is of tremendous importance not just for providing expression to a right against the adverse effects of climate change to the world's most populous country, and [one that faces very direct and sizeable impacts of climate change](#), but also for firmly anchoring this new right directly within the country's constitutional framework.

India's rich environmental jurisprudence provides a robust bedrock for bringing climate change concerns to courts, and it is no surprise that India's constitutionally guaranteed fundamental rights form the route for climate litigation in India, [similar to other Global South jurisdictions](#). However, so far, these efforts to address climate change have often focussed on [avoiding a direct climate change framing](#), a “stealthy” strategy common to Global South jurisdictions, motivated in part by a preference to rely on established legal arguments to enhance chances of

success. One commentator, [writing in 2020 and analysing climate litigation judgements from India](#), had opined that “*climate change is likely to remain a peripheral, albeit an important, issue in most cases that raise and address more “mainstream” environmental concerns*”.

When Ridhima Pandey, a nine-year old petitioner, approached the National Green Tribunal (NGT) in India in 2017 to seek the inclusion of climate change-related concerns within the Environmental Impact Assessment (EIA) framework, her well-researched and thoughtful [petition](#) was disposed of by the NGT in 2019 with an extremely disappointing brief [two-page order](#) that contained nothing more than perfunctory remarks on the thrust of the petition and the relevance of climate change. The NGT arrived at the deeply flawed conclusion that “*[t]here is no reason to presume that Paris Agreement and other international protocols are not reflected in the policies of the Government of India or are not taken into consideration in granting environment clearances*.”

In contrast, the Supreme Court in *M.K. Ranjitsinh* went out of its way to engage deeply with climate change in the Indian context: the unequal vulnerabilities and adaptive capacities related to climate change within the country, India's obligations at the international level for protecting against adverse effects of climate change, and the existing landscape of climate change litigation in other jurisdictions from across the globe. This is an unprecedented and welcome development that likely signals the advent of a new phase of climate-informed rights litigation in India. The judgement surveys climate litigation developments in other jurisdictions and remarks (somewhat cryptically), “*[t]hese cases, all instituted and decided in the past decade, indicate the type of concerns which will travel to the courts in the next few years* (Paragraph 50).” With the right civil society mobilisation, follow-up strategic litigation, and other enabling conditions, this and other ensuing rights-promoting judgements related to climate change can be more than just a [hollow hope](#), and could contribute to a (climate) [rights revolution](#) in India.

Problems with the Supreme Court's Approach in *M.K. Ranjitsinh*

The judgement no doubt represents a positive development in Indian jurisprudence, but is also problematic for a number of reasons. The judgement ultimately is deeply

anthropocentric and insensitive to the court's own existing jurisprudence on ecocentric law and the legal recognition of the more-than-human in India: the endangered birds that form the focus of the original petition are disallowed existing protection that was in place from the earlier blanket prohibition against new overhead power lines in the region. In its enthusiastic championing of solar energy, the court also appears to be entirely oblivious to the very harmful ecological and human rights impacts of large-scale renewable (solar) energy projects. The judgement is also silent on how non-renewable power sources will likely also benefit from its removal of restrictions on overhead power transmission lines in the region. Finally, the decision also reflects an excessive deference to cost-efficiency calculations and governmental assertions of technical possibility that many who recognise the urgency of the climate and biodiversity loss breakdown will find deeply misguided.

On the newly-declared climate right to be free from the adverse effects of climate change, the court's analysis of mitigation and adaptation in the Indian and global context appears muddled and less rigorous than desirable. The judgement also disappoints by offering nothing on how the new right that has been declared will be protected in practice.

Using this Moment in Climate Litigation in India to Reflect on Climate Legislation in India

In contrast to framework litigation cases in the Global North (most notably in the EU), which rely on existing climate legislation and seek judicial intervention for more enhanced climate ambition through (in particular) reduced emissions, climate litigation in India cannot at pre-

sent anchor itself to an overarching climate legislation, since such legislation does not exist.

This legislative vacuum finds acknowledgement in the judgement, with the bench observing:

“Despite governmental policy and rules and regulations recognising the adverse effects of climate change and seeking to combat it, there is no single or umbrella legislation in India which relates to climate change and the attendant concerns. However, this does not mean that the people of India do not have a right against the adverse effects of climate change” (Paragraph 19).

Over half a decade ago, we wrote about the fragmented and disjointed nature of India's climate policy landscape, arguing for a comprehensive policy document or integrated national legislation to replace some of the outdated policy plans on climate change, in order to reflect a new vision for urgently meeting the goal of effectively combating climate change. A judgement like *M.K. Ranjitsinh* will undoubtedly strengthen claims before the judiciary, which seek to directly bring the violation of the right against the adverse effects of climate change into issue. However, at the same time, it remains imperative that India enacts climate legislation to safeguard climate justice considerations and to provide greater transparency and institutional certainty on the trajectory to meet its avowed goal of net-zero emissions by 2070. It remains critically important to engage with the need for an integrated, holistic, imaginative, and effective climate protection law and policy framework in the days ahead.

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 out more about our journal 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