

01/2024
Januar

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20240303-103120-0](https://doi.org/10.17176/20240303-103120-0)

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

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

Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28/29
12045 Berlin
Germany
verfassungsblog.de
info@verfassungsblog.de

© 2024 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt

Layout von Keanu Dölle



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

Bundestagswahl in Berlin Bundestag Election in Berlin

<i>Halina Wawzyniak</i> Die Qual der Wahlprüfung	1
<i>Winfried Kluth</i> Wahlrechtsprüfung in der zweiten Halbzeit	4

Wehrhafte Demokratie Defensive Democracy

<i>Hermann Heußner</i> Sächsischer Schnellschuss: Warum die Idee eines verkappten Parlamentsplebiszits keine direkte Demokratie und gefährlich ist	7
<i>Andreas Fischer-Lescano</i> AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht	10
<i>Martin Nettesheim</i> Funktionen eines Parteiverbotes	13
<i>Christian von Coelln</i> Keine Grundrechtsverwirkung statt Parteiverbot	21
<i>Kolja Eigler, Timo Sewtz</i> Viel zu verlieren: Die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG	25
<i>Werner Reutter</i> Wer wacht über die Wächter?: Anmerkungen zu aktuellen Vorschlägen zum Schutz von Verfassungsgerichten	29

Thüringen-Projekt Thuringia Project

<i>Werner Reutter</i> In Thüringen nichts Neues: Zur Wahl des Ministerpräsidenten und zum Vorschlag eines Vorabklärungsverfahrens	32
<i>Christoph Rheinschmitt</i> Wind im Wald: Neuer Versuch in Thüringen, Windenergienutzung im Wald zu verhindern	36

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Patrick Heinemann</i> Ein Grundrecht auf Verteidigung?: Zeitenwende und Wehrverfassung	40
<i>Kai Ambos</i> Eine überfällige, aber unvollständige Reform: Zum Regierungsentwurf über eine Reform des Völkerstrafrechts	45
<i>Norbert Paulo</i> Für eine Neuregelung der pandemiebedingten Triage	49
<i>Till Valentin Meickmann</i> Hehrer Zweck mit hohen Hürden: Zu verfassungs- und unionsrechtlichen Risiken einer „Tierwohlabgabe“	52

<i>Yannik Breuer, Madeline Trappmann</i> Recht schreiben: Verfassungsrechtliche Spielräume bei der Regelung geschlechtergerechter Ausdrucksweise	57
<i>Andrea Kießling</i> Totalverweigerung des Existenzminimums?: Das Leitbild des „autonom handelnden Totalverweigerers“ als Vorlage für Sanktionen beim Bürgergeld	60
<i>Gwinyai Machona</i> Die Diskriminierung der Anderen begreifen: Für erkenntnistheoretische Reflexion in Debatten um Antisemitismusdefinitionen	64
<i>Eva Maria Bredler</i> Wirksam gegen „Gehsteigbelästigung“?: Zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes	70

Europa Europe

Digitales Digital

<i>Marc Bovermann</i> Community Notes auf dem Prüfstand	74
<i>Marc Bovermann</i> Putting X's Community Notes to the Test	78
<i>Andreas P. Müller</i> Orwell'sche Gleichgültigkeit und Europäische Demokratie: Das (Nicht-)Verbot biometrischer Fernidentifizierung im AI Act	81

EuGH-Entscheidungen ECJ Decisions

<i>Miguel Mota Delgado</i> The European Game: The ECJ and its Sports Model after 'European Super League'	85
<i>Kevin Fredy Hinterberger</i> Datenschutzgrundverordnung gilt für parlamentarische Untersuchungsausschüsse: EuGH stärkt den Datenschutz	88

Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestands Harmonization of the Definition of Rape

<i>Dilken Çelebi, Lisa Marie Koop, Leokadia Melchior</i> Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz: Warum eine europaweite Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestandes möglich und nötig ist	92
<i>Dilken Çelebi, Lisa Marie Koop, Leokadia Melchior</i> Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence: Why a European Harmonization of the Definition of Rape is Possible and Necessary	97
<i>Tatjana Hörnle</i> Keine Blockade, sondern eine Frage der Kompetenz: Warum die Bedenken gegenüber einer europäischen Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestandes richtig sind	102

Klima & Umwelt Climate & Environment

<i>Ioannis Kampourakis</i> Unpacking the Critical Raw Materials Act	104
<i>Esmeralda Colombo</i> Is the Norwegian Paradox Coming to an End?: Being a Petrostate in a World on Fire	107

Migration & Asyl Migration & Asylum

<i>Sarah Ganty, Eva Sevrin</i> Rule of Law Abnegated: The Illusion of Asylum Seekers' Rights in Belgium	111
<i>Alice Donald, Joelle Grogan</i> Legislating fiction	114
<i>Joyce De Coninck</i> Shielding Frontex 2.0: The One with the Impossible Proof	117

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

<i>Gertrude Lübbe-Wolff</i> One-sidedly Staffed Courts: A Problem of Impartiality – not only in Poland	120
<i>Sven Hölscheidt</i> Ein Blockierer als Vorsitzender: Ungarns Rolle im Rat der Europäischen Union	127
<i>Zoltán Szente</i> Too Little, Too Late: Four Reasons Why EU Sanctions against Hungary Do Not Work	130

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Lola Avril, Emilia Korkea-aho</i> Time to talk about academics' role in Qatargate	133
<i>Yves-J. Manzanza Lumingu, Lena Rudkowski</i> Private Rechtsetzung und fragile Staatlichkeit: Menschenwürdige Arbeit im globalen Süden durch europäische Lieferkettenregulierung?	136
<i>Vasiliki Kosta, Olga Ceran</i> A Way Forward?: Protecting Academic and Scientific Freedom in the EU	139

International International

Israel & Palästina Israel & Palestine

<i>Itamar Mann</i> The Body of the Judge and the Suffering of the Collective: South Africa's Genocide Application and the Power of Minority Opinions	142
<i>Aeyal Gross</i> Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup?	144
<i>Itamar Mann</i> The Missing Party: On South Africa's Legal Strategy in its Genocide Application before the ICJ	149
<i>Christian Walter</i> Warum Deutschland vor dem IGH dem von Südafrika gegen Israel erhobenen Vorwurf des Völkermords entgegenzutreten sollte	151
<i>Christian Walter</i> Why Germany Should Join Sides with Israel before the ICJ in its Defense against South Africa's Accusation of Genocide	154
<i>Antje Wiener</i> Staatsräson: Empty Signifier or Meaningful Norm?: A Fundamental Norm with Unknown Meaning	157
<i>Itamar Mann</i> Managed Violence: Provisional Measures in South Africa's Genocide Application	161
<i>Adam Shinar</i> Free Speech in the Shadow of the Israel-Gaza War	163

<i>Itamar Mann</i> Counter-Genocidal Governance: A social-legal perspective on litigating the crime of crimes	167
<i>Khaled El Mahmoud</i> Measuring with Double Legal Standards: Germany's Intervention in Support of Israel before the ICJ	170
<i>Itamar Mann</i> Provisional Measures as Tools of American Empire	173
<i>Ammar Bustami, Verena Kahl</i> Intervention auf Irrwegen: Der Fall Südafrika gegen Israel und die problematische Rolle Deutschlands im Hauptverfahren	176
<i>Peter Hilpold</i> South Africa v Israel: A Solomonic Decision as "Constructive Ambiguity"	182

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Lena Riemer, Luca Scheid</i> Leading the Way: The IACtHR's Advisory Opinion on Human Rights and Climate Change	185
<i>Kristin Bergtora Sandvik</i> The Ambivalent Juridification of Humanitarian Space	188

Halina Wawzyniak

Die Qual der Wahlprüfung

doi: 10.59704/e449842c30bfe581



Es lohnt sich, die [Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Teilwahlwiederholung](#) in Berlin genauer anzuschauen. Nicht nur, weil sie deutliche Absetzbewegungen zur [Entscheidung des VerfGH Berlin](#) aufweist, sondern auch weil sie im Hinblick auf Wahlfehler und Mandatsrelevanz einige spannende rechtsdogmatische Fragen aufwirft und in einigen Teilen widersprüchlich und nicht überzeugend ist. Für den Gesetzgeber ergeben sich aus den Urteilsgründen Ansätze für gesetzliche Normierungen von Wahlprüfungsregelungen.

Absetzbewegung von der Entscheidung des VerfGH Berlin

Das BVerfG distanziert sich in drei zentralen Punkten von der [Entscheidung des VerfGH Berlin](#) zur vollständigen Wiederholungswahl des Abgeordnetenhauses.

Die erste Distanzierung liegt in der Beurteilung der Frage, was ein Wahlfehler ist. Anders als der LVerfGH Berlin formuliert das BVerfG im Leitzatz 2.b): „Die Stimmabgabe nach Ende der Wahlzeit gemäß § 60 Satz 2 BWahlO stellt *keinen Wahlfehler* dar. Dies schließt nicht aus, dass dem Überschreiten des Endes der Wahlzeit indizielle Wirkung hinsichtlich des Vorliegens sonstiger Wahlfehler zukommen kann.“ Noch expliziter findet die Abgrenzung von der Auffassung des LVerfGH, im Zweifel liege ein Wahlfehler vor („Spitze des Eisbergs), in der Randnummer 192 statt: „*Verbleiben Unklarheiten, ob es überhaupt zu relevanten Unterbrechungen des Wahlgeschehens gekommen ist, kann ein Wahlfehler nicht festgestellt werden.*“ Das Gericht konkretisiert das in Randnummer 279: „*Dabei lässt die Beschwerdeführerin außer Betracht, dass in Fällen, in denen nicht aufklärbar ist, ob ein Wahlfehler vorliegt, die Wahlprüfungsbeschwerde ohne Erfolg zu bleiben hat (...). Bloße Vermutungen und rein spekulative Annahmen reichen nicht aus (...).*“

Die zweite Distanzierung bezieht sich auf die Frage der Mandatsrelevanz. Im Leitzatz 3 bricht das BVerfG mit der Theorie der „Spitze des Eisbergs“ und entschied: „*Unabhängig von der Schwere des Wahlfehlers ist Mandatsrelevanz nur gegeben, wenn sich eine Auswirkung des*

Wahlfehlers auf die Sitzverteilung als eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit darstellt. Hierbei ist das potentielle Wahlverhalten zwar nicht im Sinne einer exakten Übertragung des Wahlergebnisses, wohl aber im Sinne einer groben Orientierung zu berücksichtigen.“ Offensichtlich wird, dass das BVerfG die These des LVerfGH nicht teilt, wenn es in Randnummer 236 formuliert: „*Der (...) abweichenden Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach ‚die Anforderungen an die Feststellung einer möglichen Beeinflussung der Sitzverteilung desto geringer sind, je schwerwiegender die Wahlfehler das Demokratieprinzip beeinträchtigen‘ (...), ist nicht zu folgen. Dem steht bereits entgegen, dass eine solche Absenkung der Anforderungen bei besonders schwerwiegenden Wahlfehlern letztlich zu einem Heranziehen von bloßen Vermutungen und damit zu einer weitgehenden Aufweichung des Grundsatzes der potentiellen Kausalität führen würde (...).*“ Im Hinblick auf die die potentielle Kausalität bei der Mandatsrelevanz wird die Sichtweise des LVerfGH abgelehnt. In Randnummer 244 heißt es: „*Die Argumentation des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vermag nicht zu überzeugen. Es entspricht nicht der Lebenswirklichkeit anzunehmen, dass die Stimmen aller Wählerinnen und Wähler, die aufgrund von nicht parteibezogenen Wahlfehlern an einer Wahl nicht oder nicht unbeeinflusst teilgenommen haben, nur auf eine Partei entfallen wären. (...) Bei der Prüfung, ob nach der allgemeinen Lebenserfahrung die konkrete Möglichkeit einer Beeinflussung der Mandatsverteilung durch den festgestellten Wahlfehler besteht, ist daher das potentielle Wahlverhalten zwar nicht im Sinne einer exakten Übertragung der Wahlergebnisse, wohl aber im Sinne einer groben Orientierung zu berücksichtigen.*“

Die dritte Differenz besteht im Rollenverständnis des Wahlprüfungsverfahrens. Auch hier ist eine Absetzbewegung vom LVerfGH zu erkennen, wenn es in Randnummer 280 heißt: „*Demgegenüber kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass die Nichterweislichkeit des konkreten Umfangs der Wahlfehler aus der Sphäre der staatlichen*

Wahlorganisation stamme und allzu hohe Anforderungen an den Nachweis von konkreten Wahlfehlern Anreize dafür schüfen, unzureichende Wahldokumentationen zu erstellen und auf Anfragen keine Auskünfte zu erteilen. Diese Auffassung verkennt die Aufgabe des Wahlprüfungsverfahrens. Dessen Funktion besteht nicht darin, etwaige Mängel bei der Vorbereitung und Durchführung einer Wahl und damit ein etwaiges Organisationsverschulden der zuständigen Behörden zu sanktionieren. Vielmehr ist es darauf gerichtet, die ordnungsgemäße, der Legitimationsfunktion der Wahl genügende Zusammensetzung des Parlaments zu gewährleisten. Dafür ist die Frage der Verantwortlichkeit für Organisationsmängel ohne Belang.“ Zuvor hatte das BVerfG in Randnummer 237 bereits klargestellt: *„Auch ein schwerwiegender Wahlfehler, der sich auf die Zusammensetzung des Parlaments nicht ausgewirkt hat, rechtfertigt den Erfolg der Wahlprüfungsbeschwerde hinsichtlich der Gültigkeit der Wahl nicht. In einem solchen Fall kommt allenfalls die Feststellung einer subjektiven Wahlrechtsverletzung in Betracht.“*

Rechtsdogmatisches

Mit der Entscheidung hat das BVerfG eine dogmatische Klarstellung im Hinblick auf Wahlfehler und Mandatsrelevanz vorgenommen. Zuvor wird jedoch der Grundsatz der Gleichheit der Wahl hinsichtlich der Stimmabgabe präzisiert (Rdn. 138): *„Für die Wahlhandlung am Wahltag bedeutet der Grundsatz der Gleichheit der Wahl, dass alle Wahlberechtigten die Möglichkeiten haben müssen, ihre Stimme unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen abzugeben. Dies schließt die Vergleichbarkeit der Umstände ein, die vor Ort für die Stimmabgabe geschaffen werden, sei es in zeitlicher oder räumlicher Hinsicht.“*

Mit den Ausführungen in Randnummer 141 nimmt das BVerfG eine Legaldefinition von Wahlfehler vor: *„Ein Wahlfehler liegt immer dann vor, wenn die Regelungen des Bundeswahlgesetzes und der Bundeswahlordnung (...) und die diese prägenden Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt sind. Daneben können Verstöße gegen sonstige Vorschriften einen Wahlfehler begründen, soweit sie mit einer Wahl in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Relevant sind alle Normwidrigkeiten, die den vom Gesetz vorausgesetzten regelmäßigen Ablauf des Wahlverfahrens zu stören geeignet sind. Diese können während der Wahlvorbereitung (...), der Wahlhandlung (...) und bei der Feststellung des Wahlergebnisses auftreten.“* Gleichzeitig wird klargestellt (Rdn. 146), dass die „Optimierungs-

aufgabe, jenseits des positiven Rechts alle rechtmäßigen Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um einen möglichst reibungslosen Ablauf der Wahl zu gewährleisten, (...) als solche nicht sanktionsfähig“ ist.

Neben der Aufzählung von Wahlfehler (Rdn. 160, 161 und 164) wird klargestellt, dass eine Wartezeit vor Abgabe der Stimme (Rdn. 163) keinen Wahlfehler darstellt, jedenfalls grundsätzlich. Wenn *„jedoch aufgrund unzureichender Planung und Vorbereitung, (...) erhebliche Wartezeiten auftreten und der Dauer nach zunehmen, kann dies zur Folge haben, dass Wahlberechtigte das Warten auf die Abgabe der Stimme abbrechen oder gar nicht erst zur Wahl erscheinen. In diesem Fall liegt zwar in der Wartezeit als solcher kein Wahlfehler, wohl aber in den Maßnahmen oder Unterlassungen, die die Wartezeit verursacht und in der Folge die Stimmabgabe vereitelt haben. Wird die Stimme in einem solchen Fall trotz langer Wartezeit innerhalb der Wahlzeit abgegeben, liegt in der fehlerhaften Vorbereitung dennoch ein Wahlfehler, dem allerdings keine Mandatsrelevanz zukommt.“*

Ergänzend zu den bereits zitierten Entscheidungsgründen zur Mandatsrelevanz ist für eine dogmatische Einordnung relevant, dass zunächst bekräftigt wird (Rdn. 235), dass ein Wahlfehler allein dann Auswirkungen auf die Gültigkeit der Wahl haben kann, wenn er mandatsrelevant ist und ein Wahlfehler nur dann mandatsrelevant ist, wenn er Einfluss auf die Verteilung der Sitze im Parlament haben kann. *„Demgemäß muss es sich bei der Auswirkung des Wahlfehlers auf die Sitzverteilung um eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit handeln.“*

Teilweise widersprüchlich und nicht überzeugend

Wenig überzeugend ist, dass mit dem Leitsatz 5 die Wiederholungswahl als Zweitstimmenwahl festgelegt wird. Das BVerfG weist selbst darauf hin, dass das „Gebot des geringstmöglichen Eingriffs“ (vgl. Rdn. 253) gilt und eine Wahlwiederholung einen Wahlfehler mit Mandatsrelevanz erfordert. Wenn nun aber die Mandatsrelevanz bei den Erststimmen lediglich für die WK 76 und 77 anerkannt (Rdn. 249) wird, in den benannten Wahlbezirken aber eine Zweitstimmenwahl stattfindet, ist das nur schwer in Übereinstimmung zu bringen. Das BVerfG widerspricht sich insofern selbst, denn in Randnummer 257 heißt es *„Ist eine Wahlwiederholung unumgänglich, so darf diese nur dort stattfinden, wo sich der Wahlfehler ausgewirkt hat, also in dem hiervon betroffenen Stimmbezirk,*

Wahlkreis oder Land.“

Zur Begründung der Zweistimmenwiederholungswahl verweist das Gericht (Rdn. 283) auf die Argumentation des Bundestages, wonach gemäß § 44 BWahlG die Wiederholungswahl nach denselben Vorschriften durchzuführen ist, wie die Hauptwahl. § 44 BWahlG habe „*nicht die Unterscheidung zwischen Erst- und Zweitstimme zum Gegenstand, sondern ist mit Blick auf den gebotenen Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung auf die räumliche Begrenzung der Wiederholungswahl gerichtet.*“ (Rdn. 287) Das ist nicht überzeugend. Weder bringt das Gericht die juristischen Auslegungsmethoden zur Anwendung, noch geht es auf den Punkt ein, dass eine Wiederholungswahl nur dann stattfinden kann, wenn ein Wahlfehler mit Mandatsrelevanz vorliegt. Nur dort, wo nach diesen Maßstäben eine Wiederholungswahl stattfindet, ist das gleiche Wahlrecht anzuwenden.

Das größte Manko der Entscheidung dürfte aber darin liegen, dass die Abwägung von Bestands- und Korrekturinteresse rein technisch stattfindet, jedoch auf eine Würdigung des vorhandenen Zeitablaufes und der komplett veränderten politischen Rahmenbedingungen verzichtet wird. Die Ungültigerklärung einer Wahl kommt nach Ansicht des BVerfG (Rdn. 252) dann in Betracht, „wenn das Interesse an der Korrektur der mandatsrelevanten Wahlfehler im konkreten Fall nach Art und Ausmaß das Interesse am Bestand des gewählten Parlaments überwiegt.“ Das BVerfG sieht die mit einer Teilwiederholungswahl verbundenen Probleme wie den Wegzug von Wählenden. Die diesbezüglich angestellten Überlegungen sind auch nachvollziehbar. Mit keiner Silbe setzt sich das BVerfG aber bei der vorzunehmenden Abwägung mit der Tatsache auseinander, dass die Wahlperiode des Bundestages bereits weit fortgeschritten ist: Zum Zeitpunkt der Teilwiederholungswahl wird fast die Hälfte der Wahlperiode vorbei sein und die politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich grundlegend gewandelt. Die Bundestagswahl fand unter Corona-Schutzmaßnahmen statt. Corona ist zwar nicht vorbei, von Schutzmaßnahmen ist aber weit und breit nichts zu sehen. Zwischen der Bundestagswahl und der Teilwiederholungswahl lagen politischen Entscheidungen wie das Gebäudeenergiegesetz und grundlegende Veränderungen der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen wie der Ukraine-Krieg, das Massaker der Hamas und die darauffolgenden Aus-

einandersetzungen im Gaza-Streifen mit Zehntausenden toten Zivilisten*innen. Das hat natürlich auch Auswirkungen auf das Wahlverhalten. Hinzu kommt, dass es die Fraktion DIE LINKE im Bundestag nicht mehr gibt, sie ist in ein Grüppchen (BSW) und eine Gruppe (Linke) zerfallen. Zwei der von der LINKEN aufgestellte Direktkandidierende haben die Partei verlassen. In einer Entscheidung, bezogen auf die Wiederholungswahl zur Bezirksverordnetenversammlung, hat der [VerfGH Berlin im Oktober 2023](#) unter Verweis auf Boehl (Rdn. 22) vom Rekonstruktionsprinzip gesprochen. Dieses besagt, dass die Wiederholungswahl nach dem Willen des Gesetzgebers „so nah wie möglich“ an der zu korrigierenden Hauptwahl bleiben soll. Das Rekonstruktionsprinzip wird auch im Minderheitenvotum (Rdn. 47) anerkannt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum das BVerfG die hier aufgeworfenen Fragen und die Beachtung des Rekonstruktionsprinzips nicht in die Abwägung zwischen Korrektur- und Bestandsinteresse einbezogen hat. Es bleibt spekulativ, wie eine solche Abwägung ausgegangen wäre, die Abwägungsgründe wären aber vermutlich über den Einzelfall hinaus von Bedeutung gewesen.

Es fällt zudem auf, dass der Zweite Senat, unmittelbar nachdem er im [Urteil vom 29. November 2023](#) Anforderungen an die Normenklarheit und Bestimmtheit in Wahlgesetzen gefällt hat, in seinem Tenor gerade nicht einfach und klar darlegt, in welchen 455 Wahlkreisen die Teilwiederholungswahl durchzuführen ist. Zur genauen Benennung der Wahlbezirke, in denen eine Wiederholungswahl stattfindet, ist neben dem Tenor auch der [Beschluss des Wahlprüfungsausschusses des BT](#) und die Randnummer 276 heranzuziehen. Die Tatsache, dass die vom Bundestag ausgesprochene Ungültigkeit der Wahlwiederholung mit der Randnummer 276 für einige wenige Wahllokale aufgehoben wird, dürfte der Klarheit der Entscheidung nicht dienlich sein.

Fazit

Für den Gesetzgeber dürfte sich mit dieser Entscheidung konkreter Novellierungsbedarf ergeben. Dies betrifft die Normierung von Wahlfehlern und der Mandatsrelevanz. Er wäre aber auch klug beraten, materielle Kriterien für die Abwägung zwischen Bestands- und Korrekturinteresse zu entwickeln.

Winfried Kluth

Wahlrechtsprüfung in der zweiten Halbzeit

doi: 10.59704/2e859498bc86f437



Knapp 27 Monate nach der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag und rund 21 Monate vor der nächsten Wahl hat [das Bundesverfassungsgericht](#) abschließend über Fehler bei der Durchführung der Wahl im Land Berlin entschieden. In einigen Monaten muss deshalb in – die Wahl wiederholt werden, wobei schon jetzt feststeht, dass sich die Mehrheitsverhältnisse im Bundestag dadurch nicht ändern werden. Das Urteil vertieft und präzisiert überwiegend alte Rechtsprechung. Einen dringenden Reformbedarf beim Wahlprüfungsverfahren lässt dagegen der Kontext der zeitliche Entscheidung erkennen.

Eine Wahl in der Bundeshauptstadt mit zahlreichen Pannen

Dass im Land Berlin die öffentliche Verwaltung nicht immer reibungslos funktioniert, ist keine Neuigkeit. Die große Zahl der Fehler bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag am 26. September 2021 stellten aber gleichwohl einen neuen Höhepunkt dar, der auch erfahrene Beobachter sprach- und fassungslos werden ließ. In den Wahllokalen gab es zu wenige oder die falschen Stimmzettel, es kam wegen einer zu geringen Dimensionierung der Wahllokale zu langen Wartezeiten, die am Ende des Wahltags teilweise dazu führten, dass die Wahlhandlungen mehr als 30 Minuten nach Ende der Wahlzeit durchgeführt wurden. Auch bei der Auszählung der Stimmen kam es zu zahlreichen Unregelmäßigkeiten. Unter anderem hat [Christian Waldhoff](#) darüber aus der Perspektive eines Wahlhelfers berichtet.

In Bezug auf die gleichzeitig durchgeführten Wahlen zum Berliner Abgeordnetenhaus und zu den Bezirksverordnetenversammlungen hatte das Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin bereits durch Urteil vom 16. November 2022, also knapp 14 Monate später, schwere Wahlfehler mit Mandatsrelevanz festgestellt und beide Wahlen insgesamt für ungültig erklärt (VerfGH 154/21). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Entscheidung

im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens nicht beanstandet und dabei trotz der auch in der aktuellen Entscheidung zutage tretenden unterschiedlichen Sichtweise zu Einzelfragen die Eigenständigkeit des Landesverfassungsrechtsraums betont ([BVerfG Beschl. v. 25.1.2023](#) – 2 BvR 2189/22, besprochen u.a. [hier](#)). Die daraufhin am 12. Februar 2023 durchgeführten Neuwahlen führten zu einem deutlichen Wahlsieg der CDU und der Ablösung der bisherigen Koalition aus SPD, Bündnis 90 / Die Grünen und Linken durch eine Koalition aus CDU und SPD.

Dass die vergleichbaren Fehler bei der Bundestagswahl nicht zu einer so weitreichenden Wirkung führen und sich auch die Mehrheitsverhältnisse nicht grundlegend ändern würden, konnte man schon an der Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses des Deutschen Bundestages vom 7. November 2022 ableiten ([BT-Drs. 20/4000](#)), der das Plenum in seinem Beschluss vom 10. November 2022 mit 374 zu 252 zu 31 Stimmen folgte.

Mit seinem [Urteil vom 19. Dezember 2023](#) hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts den Wahlprüfungsbeschluss des Bundestages nun in mehreren Punkten korrigiert und im Ergebnis in weiteren 52 Wahlbezirken für ungültig erklärt, zugleich aber auch die Ungültigkeitserklärung in 10 Wahlbezirken des Wahlkreises 75 durch den Bundestag aufgehoben. Insgesamt müssen 455 von 2.256 Berliner Wahlbezirke die Bundestagswahl wiederholen. Damit wird in der zweiten Halbzeit der Ampel-Koalition ein Teil der politischen Legitimation des Bundestages entzogen und eine Wiederholungswahl notwendig.

Die Kernaussagen der Entscheidung

Die auch in den amtlichen Leitsätzen wiedergegebenen Kernaussagen der Entscheidung enthalten mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wahlprüfung überwiegend keine grundlegen-

den Neuerungen, sondern sind eher als klarstellende Vertiefungen und Präzisierungen sowie fallbezogene Konkretisierungen zu qualifizieren. Lediglich zur Frage einer Wahlwiederholung in Gestalt einer reinen Zweitstimmenwahl, wie sie die Beschwerdeführer verlangten, hat sich das Gericht bislang noch nicht geäußert.

Juristisch auf den ersten Blick eher trocken, rechtspolitisch aber aufschlussreich sind die Ausführungen zur Sachverhaltsermittlung durch das Bundesverfassungsgericht (Leitsatz 1 und Rz. 112 ff.) Da Art. 41 GG das Wahlprüfungsverfahren zweistufig ausgestaltet, knüpft das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen durch den Bundestag und seinen Wahlprüfungsausschuss an. Ähnlich wie im Fall von Urteilsverfassungsbeschwerden kann das Bundesverfassungsgericht auf Grund seiner Amtsermittlungskompetenz nach § 26 Abs. 1 BVerfGG aber den Sachverhalt eigenständig aufklären, wenn es Anhaltspunkte für eine unzureichende Sachaufklärung durch den Bundestag gibt. Dies war vorliegend in nicht unerheblichem Umfang der Fall. Der knappe Hinweis, dass der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin insoweit ebenfalls gründlicher vorgegangen war, lässt den Schluss zu, dass die Qualität der Arbeit an den Verfassungsgerichten sich offenbar deutlich von der parlamentarischen Ebene abhebt. Rechtspolitisch führt das zu der Frage, warum die „höhere Qualität“ nicht sofort in der ersten Verfahrensstufe zum Einsatz kommt, wie dies im Berliner Wahlprüfungsrecht durch die unmittelbare Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs vorgesehen ist.

Breiten Raum nimmt in der Entscheidung die Klärung des rechtlichen Rahmens für die Beurteilung von Verzögerungen bei der Stimmabgabe als Wahlfehler ein. Das Bundesverfassungsgericht arbeitet sehr genau heraus, dass die Wahlvorbereitung einschließlich der Bereitstellung der richtigen Stimmzettel in ausreichender Zahl sowie einer ausreichenden Zahl von Wahlkabinen zur Stimmabgabe im Verhältnis zu den zu erwartenden Wählerzahlen zu den Pflichten der für die Wahlvorbereitung zuständigen Stellen gehört, die aus den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG abzuleiten sind. Eine Wartezeit vor Abgabe der Stimme stellt dabei als solche keinen Wahlfehler dar. Eine „ungewöhnlich lange Wartezeit“ kann aber ein Indiz für Mängel bei der Wahlvorbereitung sein, dem jedoch keine Mandatsrelevanz zukommt (Rz. 163). Auch eine Stimmabgabe nach Ende der Wahlzeit stellt nach Ansicht des Bundesverfassungs-

gerichts noch keinen Wahlfehler dar, kann aber bei einer deutlichen Zeitüberschreitung ein Indiz für einen sonstigen Wahlfehler sein. Da das Wahllokal auch nach Ende der Wahlzeit frei zugänglich sein muss, um die öffentliche Kontrolle zu gewährleisten, scheidet eine Schließung des Wahllokals zur Abweisung von verspätet eintreffenden Wahlberechtigten als Kontrollinstrument aus. Wenn der Wahlvorstand verspätet am Wahllokal eingetroffene Personen nicht mehr zur Stimmabgabe zulassen will, wozu er verpflichtet ist, muss der „Zutritt zur Stimmabgabe“ auf Art und Weise i.S.d. § 60 S. 3 BWahlO gesperrt werden, z.B. mit einem die Personengruppen abgrenzenden Band.

Ebenfalls sehr ausführlich widmet sich das Urteil den Voraussetzungen der Ermittlung der Mandatsrelevanz eines Wahlfehlers (Rz. 235 ff.). Dafür gab es deshalb Anlass, weil der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin diesbezüglich einen von der bisherigen Rechtsprechung Bundesverfassungsgerichts abweichenden Maßstab zugrunde gelegt hatte, dem sich die Beschwerdeführer angeschlossen hatten (Rz. 236). Nach dieser Ansicht sind die Anforderungen an die Feststellung einer möglichen Beeinflussung der Sitzverteilung desto geringer, je schwerwiegender die Wahlfehler das Demokratieprinzip beeinträchtigen ([VerfGH Berlin, Urteil vom 16. November 2022 – VerfGH 154/21 –](#), S. 63). Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts steht dem steht bereits entgegen, dass eine solche Anforderungsabsenkung bei besonders schwerwiegenden Wahlfehlern letztlich zu einem Heranziehen von bloßen Vermutungen und damit zu einer weitgehenden Aufweichung des Grundsatzes der potentiellen Kausalität führen würde. Nach einer Rekapitulation seiner bisherigen Rechtsprechung fasst der Zweite Senat seinen Standpunkt in der auch im dritten Leitsatz aufgenommenen Formel zusammen: „Unabhängig von der Schwere des Wahlfehlers ist Mandatsrelevanz nur gegeben, wenn sich eine Auswirkung des Wahlfehlers auf die Sitzverteilung als eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit darstellt. Hierbei ist das potentielle Wahlverhalten zwar nicht im Sinne einer exakten Übertragung des Wahlergebnisses, wohl aber im Sinne einer groben Orientierung zu berücksichtigen.“ Im Anschluss an die Habilitationsschrift von Martin Kriele zur Theorie der Rechtsgewinnung aus dem Jahr 1967 kann hier von einer topischen Vorgehensweise gesprochen werden, bei der im Anschluss an die aristotelische Tradition die Norminterpretation mit der Betrachtung der korrespondierenden

Wirklichkeit in einem Prozess der Wechselwirkung verbunden wird („Hin-und-Herwandern des Blickes“). Diese Sichtweise ist auch deshalb vorzugswürdig, weil sie der entscheidenden Bedeutung der Beeinträchtigung des Repräsentationsergebnisses als zentralem Kriterium der Legitimation des Parlaments durch den Wahlakt besser Rechnung trägt, wie das Bundesverfassungsgericht in seinen weiteren Ausführungen ebenfalls deutlich herausarbeitet.

Erstmalig thematisiert das Urteil schließlich die Frage, ob eine Wahlwiederholung auch als reine Zweitstimmenwahl durchgeführt werden kann, wenn sich der Wahlfehler nur auf die Zweitstimme bezieht (Rz. 282 ff.). Die Beschwerdeführerin hatte dies unter Verweis auf § 4 BWahG a.F. gefordert, der zwischen Erst- und Zweitstimme unterscheidet. Das Bundesverfassungsgericht folgt dem nicht, weil es die „besseren Argumente“ auf der Seite des Bundestages sieht, der darauf abgestellt hatte, dass die Wahlwiederholung nach den gleichen Grundsätzen durchgeführt werden soll wie die ursprüngliche Wahl, die fehlerhaft war.

Gründe für eine zeitnahe Reform des Wahlprüfungsrechts

Das übergeordnete und durchaus grundlegende Problem der Gesamtthematik taucht in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf: die späte Feststellung der Wahlfehler in der „zweiten Halbzeit“ der Legislaturperiode mit der Folge einer noch späteren Wiederho-

lungswahl.

Eine solche Wahl findet unter gänzlich anderen Rahmenbedingungen statt und ist auch dadurch vorbelastet, dass eine Änderung der politischen Mehrheiten im Bundestag nicht zu erwarten ist. Vor allem aber hat die Parallelität der Abläufe der Wahlprüfungsverfahren auf Landes- und Bundesebene gezeigt, dass eine Entscheidung in der Hälfte der Zeit möglich wäre, wenn auf die Zweistufigkeit des Verfahrens verzichtet würde und direkt das Bundesverfassungsgericht angerufen werden könnte.

Die Dringlichkeit einer schon lange überfälligen entsprechenden Reform (siehe dazu bereits [Kluth](#)) wird noch deutlicher wenn man an den Fall knapper Mehrheiten denkt, in dem auch Änderungen bei wenigen Mandaten zu neuen politischen Mehrheiten im Parlament führen können.

Da das Vertrauen in die Demokratie ohnehin in den letzten Jahren schwächer geworden ist und Wahlfehler weltweit gerne als Anknüpfungspunkt für Verschwörungstheorien genutzt werden, sollte der Bundesgesetzgeber sich der Thematik einer Reform des Wahlprüfungsrechts hin zu einem einstufigen Verfahren noch in dieser Legislaturperiode annehmen. Das Bundesverfassungsgericht wäre dann in der Lage, zeitnah nach Ablauf der Einspruchsfrist entsprechende Arbeitskapazitäten zu reservieren, wie es auch in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4c GG in Bezug auf die nicht zur Bundestagswahl zugelassenen Parteien erfolgreich praktiziert wird, und deutlich schneller zu entscheiden.

Hermann Heußner

Sächsischer Schnellschuss

Warum die Idee eines verkappten Parlamentsplebiszits keine direkte Demokratie und gefährlich ist

doi: 10.59704/004d931fa674f47b



Ende November 2023 verkündete die [CDU in Berlin](#), die Bürger erneut über die Bebauung des Tempelhofer Feldes abstimmen zu lassen. Anfang Dezember 2023 hat die Kenia-Koalition in Sachsen einen Gesetzentwurf ([Drs. 7/15055](#)) in den Landtag eingebracht, wonach die Landtagsmehrheit Volksentscheide anberaumen können soll. Damit setzt sich eine Entwicklung fort, wie sie seit 2015 wiederholt zu beobachten ist: Regierungen bzw. Regierungsmehrheiten versuchen, die Befugnis zu erlangen, Volksabstimmungen „von oben“ (Plebiszite) auslösen zu dürfen. Deshalb stellen sich folgende Fragen: Welche Formen von Plebisziten gibt es, warum sind sie so verlockend und gleichzeitig so gefährlich und wie kann das geplante sächsische Plebiszit verhindert werden.

Formen des Plebiszits

[Plebiszite sind keine direkte Demokratie](#). Denn Plebiszite sind „von oben“, d.h. von Regierungen oder Regierungsmehrheiten ausgelöste Volksabstimmungen.¹ Im Gegensatz dazu sind Volksbegehren und Volksentscheid (Volks-gesetzgebung) direktdemokratische Instrumente. Denn dadurch können die Bürger „von unten“ selbst direkt entscheiden, über welche Inhalte abgestimmt werden soll. Die Entwürfe werden den Bürgern nicht von oben „vorgesetzt“, wie es bei Plebisziten der Fall ist.²

Es gibt verschiedene Ausprägungen des Plebiszits. Eine besteht in „von oben“ ausgelösten konsultativen Volksbefragungen. Deren Ergebnisse sind zwar formal unverbindlich, faktisch jedoch bindend. Das Paradebeispiel dieser Wirkung ist das konsultative Plebiszit über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU 2016 (Brexit). Der verlockende Charme des konsultativen Plebiszits besteht darin, dass eine gewichtige Ansicht in der juristischen Literatur der Auffassung ist, dass konsultative Volksbefragungen trotz dieser faktischen Wirkung

durch einfaches Gesetz eingeführt werden könnten. Diesen Weg wollten deshalb 2015 die CSU in Bayern und im selben Jahr die SPD/CDU-Koalition in Berlin beschreiten. Nun versucht die Berliner CDU es erneut.

Einen Anlauf zur Einführung eines konsultativen Plebiszits unternahm 2018 auch die SPD/CDU-Koalition in Mecklenburg-Vorpommern. Sie wollte damit die Entscheidung über den Streit innerhalb der Koalition, ob das Wahlalter bei Landtagswahlen auf 16 Jahre abgesenkt werden soll, an die Bürger „weiter reichen“ ([Koalitionsvertrag](#), Rn. 436). Der Unterschied zu den oben beschriebenen Anläufen bestand jedoch darin, dass das konsultative Plebiszit in der Verfassung verankert werden sollte. Damit erkannte der Vorschlag ([Drs. 7/2575](#), S. 6 f.) die faktische Bindungswirkung konsultativer Plebiszite an und nahm die Entscheidung des BayVerfGH von 2016 ([BayVerfGH, Entsch. v. 21.11.2016](#), NVwZ 2017, S. 319 ff.), wonach auch konsultative Volksabstimmungen nur durch Verfassungsänderung eingeführt werden dürfen, akzeptierend zur Kenntnis. Das [Vorhaben scheiterte](#) jedoch, weil sich für die Verfassungsänderung keine 2/3-Mehrheit fand.

Das geplante Plebiszit in Sachsen weist gegenüber dem konsultativen Plebiszit zwei Besonderheiten auf: Es ist keine konsultative Befragung, sondern das Ergebnis der Abstimmung ist rechtlich bindend. Und der Landtag kann nur dann den Volksentscheid ansetzen, wenn zuvor mindestens 0,6 % der stimmberechtigten Bürger einen entsprechenden Gesetzentwurf im Rahmen einer Volksinitiative in den Landtag eingebracht haben. Das Plebiszit ist erfolgreich, wenn 20 % der Stimmberechtigten im Volksentscheid zustimmen.

¹ Vgl. Möckli, So funktioniert direkte Demokratie, 2018, S. 22 ff.

² Plebiszite, d.h. Volksbeschlüsse als reines Zustimmungsinstrument in den Händen der herrschenden Oligarchie, gab es in der antiken römischen Republik, vgl. Bleicken, Die Verfassung der Römischen Republik, 8. Aufl. 1995/2008, S. 120 ff., 125 ff.

Das Plebiszit als Instrument vermeintlich bürgernahen Regierens

Die Attraktivität des Plebiszits liegt zum einen darin, dass es vordergründig als demokratieförderndes Instrument der Bürgerbeteiligung erscheint. Denn es ermöglicht Regierungen bzw. Regierungsmehrheiten, die häufig als bürgerfern wahrgenommen werden, schnell und vermeintlich unmittelbar mit den Bürgern Kontakt aufzunehmen und ihnen wichtige Entscheidungen zu überlassen.

Gleichzeitig bekommen Regierung bzw. Parlamentsmehrheit jedoch auch entscheidende Trümpfe in die Hand, welche ihr gegenüber der Opposition Vorteile verschaffen und so eine enorme Verlockung darstellen: „Sie entscheidet einseitig über Inhalt, Formulierung und Zeitpunkt der Abstimmung. In ihren Händen liegen die Rahmendaten der ‚Choreografie‘. Die parlamentarische Opposition ist geschwächt. Denn es findet ein Arenenwechsel der politischen Auseinandersetzung statt: ‚Heraus aus den Parlamenten, hinaus auf die Marktplätze.‘ Die parlamentarischen Rechte der Opposition schrumpfen zu ‚second order-Rechten‘, sobald die Entscheidung nicht mehr im Parlament, sondern an der Urne fällt. Dort haben die Regierung bzw. die Regierungsmehrheit jedoch das Antragsmonopol.“³ „Die Gefahren des Plebiszits sind besonders groß, wenn es rechtspopulistischen und rechts-extremen Kräften zur Verfügung steht. Denn es ermöglicht, geeignete Zeitpunkte abzapfen, um u.a. der Opposition, gesellschaftlichen Gegenkräften und Gerichten den ‚wahren Volkswillen‘ vorzuführen und unter diesem Druckaufbau vor sich herzutreiben. Es ist deshalb kein Wunder, dass Diktatoren und Autoritäre das Plebiszit mit Vorliebe nutzen, um ‚ihr Volk‘ zu befragen, so z.B. Napoleon I., Napoleon III., Hitler, Orbán und Putin.“⁴

Das verkappte Parlamentsplebiszit des sächsischen Gesetzentwurfs

Auf den ersten Blick kommt das Plebiszit des sächsischen Gesetzentwurfs im Kleide einer bloßen Modifizierung des Volksgesetzgebungsverfahrens daher. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es lediglich dazu die-

nen, das Volksgesetzgebungsverfahren abzukürzen ([Gesetzentwurf](#), S. 18). Denn grundsätzlich ist das Volksgesetzgebungsverfahren gem. Art. 71 bis 73 der Sächsischen Verfassung (SächsLV) dreistufig aufgebaut: Zunächst muss eine bestimmte Anzahl von Bürgern einen Volksantrag für einen Gesetzentwurf unterschreiben. Nach den Reformplänen der Kenia-Koalition sind dies 0,6 % der Stimmberechtigten, also ca. 20.000 Bürger (Gesetzentwurf, S. 16). Dann kann das Volksbegehren starten, das erfolgreich ist, wenn es – nach den Reformplänen (S. 18) – 6 % der Stimmberechtigten (ca. 200.000 Bürger) unterschreiben. Danach kommt es zum Volksentscheid. Die Reformpläne der Kenia-Koalition sehen vor, dass die Abkürzung dadurch möglich ist, dass der Landtag mit der Mehrheit seiner Mitglieder nach einem erfolgreichen Volksantrag beschließen kann, unmittelbar einen Volksentscheid durchzuführen (Gesetzentwurf, S. 3, 6, 11, 18).

Bei genauerem Hinsehen wird jedoch klar, dass die geplante Modifikation der Volksgesetzgebung ein Janusgesicht hat. Sie stellt materiell ein „verkapptes“ Parlamentsplebiszit dar. Denn die für einen Volksantrag notwendigen ca. 20.000 Unterschriften sind für größere im Landtag vertretene Parteien und erst recht für die Parteien der Regierungskoalition insgesamt relativ leicht zusammenzutragen. So hat z.B. die CDU in Sachsen ca. 9.500 Mitglieder ([Ende 2022](#)). Rechnerisch müsste nur ca. jedes Mitglied eine oder zwei weitere Unterschriften sammeln. Die Regierung bzw. Landtagsmehrheit könnten so unter Umgehung der Hürde des Qualifikationsquorums eines Volksbegehrens Volksabstimmungen „von oben“ auslösen, d.h. Plebiszite ansetzen.⁵ Dies gilt erst recht, wenn zukünftig die elektronische Zeichnung von Volksanträgen einfachgesetzlich möglich sein wird, wofür die Reformvorschläge der Koalition verfassungsrechtlich den Weg frei machen (Gesetzentwurf, S. 17).

Die „Abkürzung“ des Volksgesetzgebungsverfahrens führt dazu, dass gem. Art. 71 Abs. 2 Satz 2 und Art. 72 Abs. 1 Satz 1 SächsLV in wenigen Tagen bzw. Wochen nach Einreichung des Volksantrags beim Landtagspräsidenten der Landtag den Beschluss zur Durchführung des Volksentscheids fassen kann. Die Zeitsouveränität liegt insoweit bei der Regierung bzw. der Regierungsmehr-

³Heußner, Prämie auf die Macht, Verfassungsblog, 1.12.2023.

⁴Heußner, Prämie auf die Macht, Verfassungsblog, 1.12.2023.

⁵Heußner/Pautsch, Suspensives fakultatives Referendum verfassungswidrig, Quoren viel zu hoch, Plebiszit schädlich – Zu den direktdemokratischen Vorschlägen des sächsischen Koalitionsvertrages 2019-2024, Landes- und Kommunalverwaltung 2020, S. 63.

heit. Denn der Landtagspräsident stammt in der Regel von einer Regierungspartei, von der auch ein rechtssicherer Entwurf erwartet werden kann, so dass der Landtagspräsident den Verfassungsgerichtshof nicht eingeschalten wird, und sowohl die Anhörung der Antragssteller, die ja auch wieder aus dem Regierungslager stammen, als auch den Volksentscheidbeschluss führt der Landtag, also die Regierungsmehrheit durch. Es kann also alles schnell gehen. Die Mindestfrist bis zum Volksentscheid beträgt dann lediglich drei Monate und höchstens sechs Monate, Art. 72 Abs. 3 Satz 1 SächsLV. Nur diese Zeitspanne steht effektiv zur öffentlichen Information und Diskussion zur Verfügung. Die gesamte Mindestsammelfrist der Volksbegehrensphase von sechs Monaten gem. Art. 72 Abs. 2 Satz 2 SächsLV, die faktisch dieselbe Funktion hat und damit mindestens fast ca. 50 % der gesamten Diskussionsphase eines vollständigen Volksgesetzgebungsverfahrens ausmacht, wird weggeschnitten.

Volksgesetzgebung ist jedoch nichts für „Schnellschüsse“. Denn es kommt darauf an, eine umfassende öffentliche Information und Diskussion innerhalb der gesamten Bürgerschaft zu organisieren. Dies ist innerhalb weniger Monate unmöglich. Dafür ist ein längerer Zeitraum notwendig, in dem auch kurzfristigen Emotionalisierungen und Fehlinformationen entgegengewirkt werden kann⁶

Verhinderung des Plebiszits - Fazit

Angesichts der demagogischen Missbrauchspotenziale, insbesondere für extremistische Parteien, ist der Kenia-Koalition in Sachsen dringend zu empfehlen, das Plebiszit aus dem Gesetzentwurf zu streichen. Die übrigen Reformen, insbesondere die Verbesserung der Volksgesetzgebung, sollten weiterverfolgt werden. Zum Fallenlassen des Plebiszits ist die Koalition im Übrigen auch gezwungen, wenn sie eine parlamentarische 2/3-Mehrheit anstrebt, um die Verfassung auf dem üblichen parlamentarischen Weg gem. Art. 74 Abs. 2 SächsLV zu ändern. Da

nicht davon auszugehen ist, dass die Koalition mit den Stimmen der AfD ihre Pläne verwirklichen will, wäre sie auf die Zustimmung der Linkspartei angewiesen. Im Interesse der Linkspartei als Minderheitspartei kann das Plebiszit aber nicht liegen, schon deshalb nicht, weil eine Regierungsbeteiligung der Linkspartei in Sachsen nicht sehr wahrscheinlich ist.

Um die absehbaren und zu begrüßenden Widerstände der Linkspartei zu umgehen, ist allerdings nicht auszuschließen, dass die Koalition versuchen wird, die Verfassungsänderung durch ein Verfassungsplebiszit gem. Art. 74 Abs. 3 Satz 1 SächsLV durchzuführen. Danach können anstelle einer verfassungsändernden 2/3-Mehrheit des Landtages mehr als die Hälfte der Mitglieder des Landtages beantragen, dass ein Volksentscheid über eine vorgeschlagene Verfassungsänderung stattfinden soll. Die Koalition wäre dann auf die Zustimmung der Linkspartei nicht angewiesen. Dann müsste allerdings die Mehrheit der stimmberechtigten Bürger zustimmen, Art. 74 Abs. 3 Satz 3 SächsLV. Dies ist ein sehr hohes Quorum. Selbst wenn die Abstimmung zusammen mit der Landtagswahl am 1. September stattfinden würde und an dieser ca. 70 % der Stimmberechtigten teilnehmen würden (was eine für Landtagswahlen hohe Wahlbeteiligung wäre; [nur einmal haben sich bei der sächsischen Landtagswahl 1990 72 % beteiligt](#)), müssten mehr als 70 % der Teilnehmenden für die Verfassungsänderung stimmen. Dies ist nicht ausgeschlossen, aber auch nicht wahrscheinlich. Dann würde ggf. auch auf diesem Wege auch der begrüßenswerte Teil der Reform der direkten Demokratie scheitern.

Angesichts auch dieses Szenarios wäre es demokratiepolitisch das Vernünftigste, wenn die Koalition das verkappte Plebiszit aus dem Gesetzentwurf streicht. Dies liegt zudem insbesondere im Interesse von SPD und Grünen, die als Minderheitsparteien davon letztlich kaum profitieren können. Das Plebiszit liegt letztlich vor allem im Interesse der AfD. Mit zunehmenden Wahlerfolgen werden deren Mitgliederzahlen stark wachsen. Der Griff der AfD nach dem Plebiszit muss verhindert werden.

⁶Beck, Direkte Demokratie – Was spricht dafür, was dagegen?, in: Heußner/Pautsch/Rehmet/Kiepe (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 4. Aufl. 2024, S. 427; Heußner/Pautsch, Der Griff nach dem Plebiszit, NVwZ-Extra 2014, S. 6.

Andreas Fischer-Lescano

AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht



doi: 10.59704/c66cb99692acb885

„Fascism a World Movement“ – so lautet die Eingangspassage in Karl Loewensteins Text zur wehrhaften Demokratie. 1937 unter dem Titel „Militant Democracy and Fundamental Rights“ in zwei Teilen (1, 2) im American Political Science Review erschienen, arbeitet Loewenstein hier die Bedrohung des rechtsextremen „Kriegs gegen die Demokratie“ heraus und fordert die Demokratinnen und Demokraten aller Länder dazu auf, „den Erfordernissen der Stunde gerecht zu werden und alles dafür zu tun, um die Demokratie zu retten“.

Wie aktuell diese Diagnose, wie groß die Gefahr durch die rechtsextreme Weltbewegung ist, zeigen nicht nur die Entwicklungen im US-amerikanischen Vorwahlkampf und im polnischen Nachwahlkampf, sondern auch im deutschen Dauerwahlkampf.

Rassismus als Verfassungsfeindlichkeit

Gerade für die deutsche Diskussion wäre es wünschenswert, wenn Loewensteins Analyse, die den Sinn der „wehrhaften Demokratie“ nicht im Staatsschutz, sondern im Schutz von Demokratie und Grundrechten verortet, endlich auch einmal in deutscher Übersetzung vorläge.

Denn Loewensteins Vorstellungen zur „wehrhaften Demokratie“ lassen sich gut verknüpfen mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das im [NPD-Urteil 2017](#) gerade nicht das Element des Staatsschutzes gegen Extremismus, sondern die Bedeutung der Menschenwürde bei der Bewertung der Verfassungsfeindlichkeit einer Partei betont hat. Das ist eine wichtige Präzisierung. Sie schärft das Schwert des Parteiverbots gegen rechts und mindert die [Hufeisen-Gefahr](#), indem gerade die Bedeutung des Rassismus für die Bewertung der Verfassungsfeindlichkeit hervorgehoben wird.

Kampf in allen gesellschaftlichen Sphären

Die aktuelle Verbotsdebatte gewänne an Tiefe, wenn die Leerformel, dass der Rechtsextremismus „politisch zu bekämpfen“ sei, einmal mit den Erkenntnissen politischer

Theorie á la Loewenstein und Praxis konfrontiert würde. Denn dann würde rasch deutlich, dass von einem „politischen Kampf“ gegen den Rechtsextremismus nur die Rede sein kann, wenn dieser Gefahr in allen gesellschaftlichen Sphären – in den Betrieben, in den Wissenschaftsinstitutionen, im Recht, ja auch in den Kirchen – konsequent entgegengetreten wird. Gerade auch die politischen Institutionen sind dabei gefragt, ihrer Verantwortung zum Schutz der Demokratie und der Menschen in vulnerablen Situationen nachzukommen. [Klaus-Ferdinand Gärditz hat diese in der Verbotsnorm des Art. 21 GG zum Ausdruck kommende Schutzverantwortung für die Menschen, die durch die rassistischen, antisemitischen, sexistischen, ableistischen und klassistischen Praxen des Rechtsextremismus in ihrer Existenz gefährdet sind](#), zutreffend beschrieben.

Dieser Verantwortung kommt man nun aber politisch nicht schon einfach dadurch nach, dass man sich mehr oder minder unausgegoren zur Frage eines möglichen AfD-Verbotsverfahren auf dem Marktplatz der politischen Meinungen positioniert. Vielmehr geht es darum, konkrete Schritte einzuleiten, um der Schutzpflicht für Demokratie und Grundrechte nachzukommen.

Das ist insofern nicht nur eine Forderung der politischen Theorie eines Karl Loewenstein sondern auch des Grundgesetzes selbst. „Parteien“, so bestimmt das Artikel 21 des Grundgesetzes, „die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen *sind* verfassungswidrig“. Das Grundgesetz lässt hier keine Wahl und keinen Dünkel zu: Die Verfassungswidrigkeit folgt unmittelbar aus der Verfassungsfeindlichkeit und dem Gefahrenpotential der Partei („darauf ausgehen“).

„Ermessensreduktion auf Null“

Politische Ermessensfragen im Umgang mit dem Rechtsextremismus kennt die Verfassung daher selbst nicht. Formulierungen, die Spielräume zulassen, finden sich

erst in den der darunter liegenden Verfahrensnormen. So sieht § 43 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vor, dass das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit von Parteien entscheidet und dass ein entsprechender Antrag Bundestag, Bundesrat oder von der Bundesregierung gestellt werden „kann“.

Dieses „Können“ ist nun aber nicht so zu verstehen, dass die drei hier genannten Institutionen frei wären, bis zum Sankt-Nimmerleins-Tag mit einem Verbotsantrag zu warten. Das würde die verfassungsrechtliche Wertung, nach der verfassungsfeindliche Parteien mit gesellschaftlichem Gefahrenpotential zwingend als verfassungswidrig einzustufen sind, untergraben.

Dementsprechend geht auch die juristische Literatur davon aus, dass sich das politische Ermessen im Hinblick auf ein Parteiverbotsverfahren verdichten kann. Wie weit, das ist gerichtlich ungeklärt. Das Bundesverfassungsgericht oszilliert im [KPD-Urteil](#) zwischen den Formulierungen, (1) dass es ein verfassungsrechtliches Gebot sei, „daß jede Partei an der politischen Willensbildung des Volkes nur im Rahmen der freiheitlichen demokratischen Ordnung mitwirken darf“ (BVerfGE 5, 85 (230)) und (2) dass die Einleitung des Verfahrens eine „Frage des politischen Ermessens“ sei (a.a.O., 128). An wiederum anderer Stelle spricht das Gericht diesbzgl. von einem „pflichtmäßigen Ermessen“ (a.a.O., 113). Das ist alles nicht ausjudiziert, aber: Wo es Ermessen gibt, gibt es auch Ermessensgrenzen.

Sehenden Auges in die Katastrophe zu gehen, ohne die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung auszuschöpfen, ist insofern keine Alternative. Und dementsprechend versucht sich auch die Literatur richtigerweise an einer Eingrenzung der Ermessenseinräumung, also an einer Ausdeutung des „pflichtgemäßen Ermessens“. Von Hans Klein ist im „Dürig/Herzog/Scholz“ insofern zu lesen (a.a.O., Art. 21 GG, Rn. 547): Das „den möglichen Antragstellern eingeräumte Ermessen ist weit, aber nicht unbegrenzt. Bestehen keine ernsthaften Zweifel an der Verfassungswidrigkeit einer Partei, sind also die Erfolgsaussichten eines Verbotsantrags hoch einzuschätzen, und haben die Bemühungen, die Partei politisch zu bekämpfen, binnen einer nicht zu lang zu bemessenden Zeit es nicht vermocht, sie zu schierer Bedeutungslosigkeit zu reduzieren, schrumpft der Ermessensspielraum auf Null.“

Ein konzertiertes Vorgehen wäre ideal

Die AfD, so lässt sich nicht mehr ernsthaft wegdiskutieren, ist ein solcher Fall, in dem offensichtliche Verfassungsfeindlichkeit und Gefahrenpotential zusammenfallen. Das genau ist ja der Grund, weshalb die Politik hier wie das Kaninchen vor der Schlange steht.

[Ernsthafte Zweifel, das Deutsche Institut für Menschenrechte hat das in seiner Studie zu den Möglichkeiten eines Verbotsverfahrens verdienstvoll dokumentiert, an der Verfassungswidrigkeit gibt es keine mehr.](#) Die Partei ist durchsetzt von Rassist*innen, sie hat dem Menschenwürdeprinzip, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit den Kampf angesagt, sie will ausweislich ihres 5-Punkte-Plans für Thüringen im Fall eines [Machteintritts sämtliche Landesmaßnahmen zum Klimaschutz beenden](#) und die Erde unbewohnbar machen. Eine solche Partei greift die Grundlagen unserer Existenz an.

Es ist daher die verfassungsrechtliche Pflicht von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung, hier nun – idealerweise konzertiert – voranzuschreiten, konkrete und öffentlich dokumentierte Prüfschritte für die Einleitung eines Verbotsverfahrens einzuleiten, einen realistischen Zeitplan und eine adäquate Strategie für eine begleitende Öffentlichkeitsarbeit, die [Christoph Möllers zu Recht eingefordert hat](#), zu erarbeiten. Zumindest diese Prüfung und dokumentierbare Prüfschritte werden für einen, ggf. auch gerichtlich einklagbaren pflichtgemäßen Ermessensgebrauch zu verlangen sein.

Auch das Bundesverfassungsgericht darf das Verfahren nicht verschleppen

Und auch das Bundesverfassungsgericht hat im Angesicht der Gefahr konkrete Pflichten im Rahmen eines Verbotsverfahrens. Es darf den grundgesetzlichen Schutzmechanismus in dieser existentiellen Frage nicht dadurch unterlaufen, dass dieses Verfahren wie die Verbotsverfahren der Vergangenheit über viele Jahre hinweg verschleppt wird. Natürlich wird das Verfahren nicht schon 2024 beendet werden können, das Gericht wird mit umfassenden Beweisaufnahmen konfrontiert sein. Aber in dieser Sache, in der die Rechtsstaatlichkeit und damit seine eigene Existenz auf dem Spiel steht, wird es nicht die in den letzten Jahren üblichen vier Jahre deliberieren können.

Aber auch vor einer Entscheidung würden, sofern ein Verbotsverfahren noch 2024 eingereicht wird, auch für dieses Wahljahr wichtige Signale ausgesendet. Die Ver-

fahreneinleitung schafft den Rechtsextremismus nicht aus der Welt, bringt auch nicht die welt- und europa-weit bestens vernetzten Rechtsextremist*innen zum Verschwinden, aber das Verfahren wird bei entsprechender Öffentlichkeitsarbeit ein Signal dafür sein, dass es Grenzen gibt, die in der Demokratie nicht überschritten werden dürfen. Ein konzertiertes Verbotverfahren hätte, anders gesagt, auch einen Effekt auf die Milieus, die der AfD derzeit ihre Stimme zu geben bereit sind. Nach der Verfahrenseinleitung ist die Republik nicht dieselbe wie zuvor.

Und ja, die AfD wird versuchen, daraus politischen Profit zu schlagen, sie wird sich als Opfer von Zensur,

staatlicher Repression und Willkür gerieren. Aber dieser Klaviatur bedient sich die Partei sowieso. Das Verbotverfahren würde an diesem Narrativ des Rechtsextremismus nichts ändern. Im Gegenteil: Je konzertierter sich die Institutionen endlich, endlich an die Arbeit des Verbotverfahrens machen, desto weniger wird das Willkürargument der AfD greifen können.

Konkrete Schritte sind daher gefragt. Denn im Angesicht der Gefahr wächst nicht nur das Rettende, sondern wachsen auch die verfassungsrechtlichen Pflichten für die Staatsorgane, ernsthafte und wirkungsvolle Rettungsmaßnahmen einzuleiten.

Martin Nettesheim

Funktionen eines Parteiverbotes

doi: 10.59704/cebecfbf3a21c4fc



Das Parteiverbotsverfahren konfrontiert die Mitglieder der politischen Gemeinschaft mit der Frage, wo sie die *Grenzen des politischen Raums* ziehen wollen.¹ Es verlangt eine Entscheidung der Frage, welche politischen Ziele, Werte und Forderungen im politischen Raum – in organisierter Form und mit dem Ziel einer Repräsentation im Parlament – vertreten werden dürfen und welche jenseits einer Tabugrenze liegen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) spricht in der NPD-Verbotsentscheidung 2017 davon, dass die Grenze erreicht ist, wenn Gegebenheiten in Frage gestellt oder abgelehnt werden, die „zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar“ sind und „daher außerhalb jedes Streits stehen“ müssten (BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 535)). Es geht damit um die rechtliche Verfasstheit des politisch Verhandelbaren in einem wesentlichen politischen Aktionsbereich.

In diesem Beitrag soll die These begründet werden, dass das Gericht den Verbotsmaßstab für ein Parteiverbot 2017 in problematischer Weise reformuliert und dem Anliegen des Art. 21 Abs. 2 GG damit möglicherweise mehr Schaden als Nutzen zugefügt hat. Das Grundgesetz hat die Entscheidung über die Grenzen des politischen Raums bekanntlich juridifiziert und institutionalisiert, indem es dem BVerfG die Entscheidung über das parteipolitisch Verhandelbare überantwortet hat. Es hat mit der Formulierung eines Verbotsstandards in Art. 21 Abs. 2 GG eine unbestimmte und trotz aller wissenschaftlichen Konkretisierungsbemühungen bis heute vage Entscheidungsgrundlage geschaffen: Die Tabugrenze liegt

u.a. dort, wo die Partei darauf ausgeht, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Die Institutionalisierung der Entscheidung beim BVerfG ist insofern konsequent, als es um ein Element der konstitutionalisierten Ordnung des parteipolitischen Wettbewerbs geht. Ein hohes und neutrales Gericht kann hier seine Autorität als Wettbewerbshüter ausspielen; die Zuweisung an ein Gericht gewährleistet zudem Effektivität. Niemand sollte aber darüber hinwegtäuschen, dass den inhaltlichen Kern des Parteiverbotsverfahrens Fragen bilden, deren Beantwortung das politische Selbstverständnis einer politischen Gemeinschaft zum Gegenstand hat. Erscheinungsformen der „wehrhaften Demokratie“² wie das Parteiverbot werden in manchen westlich-liberalen Staaten als undemokratisch angesehen, und die Überantwortung der Entscheidung an ein Gericht wird wegen der damit einhergehende Verfügungsmacht über den politischen Prozess als unerträglich empfunden.³ Die Entscheidung, einem Gericht die Feststellungsbefugnis über die Festlegung politischer Tabubereiche zu übertragen, zeugt von hohem Gerichtsvertrauen und überantwortet den acht, mit qualifizierter Mehrheit entscheidenden Richterinnen und Richtern eine enorme Verantwortung.

Seit seiner Einrichtung im Jahr 1952 war das Gericht in sechs Verfahren mit Anträgen auf ein Parteiverbot befasst. Die frühen Entscheidungen des Gerichts im Verbotsverfahren „Sozialistische Reichspartei“ im Oktober 1952 (BVerfGE 2, 1) und „Kommunistische Partei Deutschlands“ im August 1956 (BVerfGE 85, 5) hatten totalitäre Großideologien und deren parteipolitische

¹ Ähnlich Martin Morlok, Parteiverbot als Verfassungsschutz – Ein unauflösbarer Widerspruch? NJW 2001, 2931 (2941).

² Einen anschaulichen Überblick über die Situation der 1930er Jahre gibt Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, Teil I, *The American Political Science Review* 21 (1937), 417; Teil II, *The American Political Science Review* 21 (1937), 638.

³ Ein rechtsvergleichender Überblick über demokratische „Erosionen“ und deren Behandlung findet sich bei Mark A. Graber/Sanford Levinson/Mark Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?* 2018; Tom Ginsburg/Aziz Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018. Ich schreibe diesen Text in Berkeley (CA). In den USA wäre ein Parteiverbot, ausgesprochen durch den Supreme Court, vollständig undenkbar. Der Amtsausschluss von Personen, die sich einer „insurrection“ or „rebellion“ verantwortlich gemacht haben (U.S. Constitution, 14th. Amendment, Section 3) knüpft an verräterischem Verhalten von Individuen an und hat damit Staatsschutzcharakter.

Vertretung zum Gegenstand: Ging es dort um eine NS-Nachfolgepartei, stand hier der Anspruch der KPD im Raum, das gerade erst unter dem Grundgesetz errichtete freiheitlich-demokratische Gemeinwesen in eine „Diktatur des Proletariats“ zu überführen. Der geschichtliche Hintergrund des Grundgesetzes, die prägenden ideologischen Großkonfliktlagen und die sich verhärtende geopolitische Situation lassen es ohne weiteres erklärlich erscheinen, dass das um seine konstitutionelle und politische Stellung ringende Gericht derartige Akteure jenseits einer Tabugrenze des im politischen Raum Verhandebaren ansiedelte. Zwei weitere Verfahren in den 1990er Jahren scheiterten schon daran, dass es nicht um Parteien ging, die auf parlamentarische Vertretung abzielten.⁴ Erst die Verfahren gegen die NPD im neuen Jahrtausend (BVerfGE 107, 339; BVerfGE 144, 20) stellten insofern einen echten Testfall dar, anhand dessen das Gericht sich mit der Theorie der Grenzziehung des politischen Raums befassen und diesbezüglich konkrete Regeln entwickeln musste. Kennerinnen und Kenner der Entscheidung wissen, dass das Gericht einen Ansatz entwickelte, der sich deutlich von den in den 1950er Jahren entwickelten Vorgaben unterschied: Während sich das Gericht damals dem Problem im Kern von einem institutionalisierten Konzept demokratischen Regierens näherte, stellte es 2017 die Maßstababildung auf die Garantie der Menschenwürde um (BVerfGE 144, 20 (Leitsatz 3a): Menschenwürde als „Ausgangspunkt“) und etablierte dann drei Teilmaßstäbe (Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit). Unter Rückgriff auf diesen Maßstab konnte das Gericht die NPD als verfassungsfeindliche Partei einstufen, dann aber von einem Verbot mangels praktisch-politischer Bedeutung der Partei („Potentialität“) absehen.

Die gerichtliche Maßstababildung weist, um die Ergebnisse des Beitrags vorwegzunehmen, vier Probleme auf:

1. Der Funktionsschutz der demokratischen Wettbewerbs-, Machtzugangs- und Machtgebrauchsmechanismen dient der Gefahrenabwehr; hier sind Potentialitätsbetrachtungen sinnvoll. Mit dem Maßstab der Menschenwürde will das BVerfG hingegen Fragen des ethischen Miteinanders der Menschen thematisieren. Das Parteiverbot wird da-

mit zum Instrument entwickelt, das das Konzept eines „sittlichen Staats“ verfassungsrechtlich verankert. Beide Funktionen eines Parteiverbots sind theoretisch und dogmatisch strikt zu trennen. Es verunklart, wenn beides vermischt wird, und führt zur Inkohärenz der Maßstababildung.

2. Das BVerfG deutet an, dass es der über das Menschenwürdekriterium eingeführten Idee des ethisch guten Verhaltens künftig den Vorrang geben will. Dem ist entgegenzuhalten: Hauptzielrichtung des Parteiverbotsverfahren muss weiterhin der Funktionsschutz der institutionellen Ordnung sein, in der der politische Wettkampf um den Zugang zu und den Gebrauch von staatlicher Macht ausgetragen wird. Dieser Funktionsschutz lässt es zu, eine Vielzahl von anti-egalitären Positionen aus dem politischen Raum zu eliminieren.
3. Der Grundanlage des Grundgesetzes entspricht es, die freiheitlich-demokratische Grundordnung nicht nur als technisches Organisationsstatut zu begreifen, in dem sich ungehinderte politischen Kämpfe abspielen. Das Grundgesetz wurde schon immer als Dokument verstanden, das von einem ethischen Verständnis des Menschen und seiner Stellung in der staatlichen Heimstatt geprägt war. Mehr als ein ethischer Minimalismus war dies aber nicht, dessen Kern Autonomie und gleiche Freiheit waren, getragen von einem Menschenwürdeverständnis, das den Menschen vor einer Behandlung schützt, die sein „Leben in Würde“ grundsätzlich in Frage stellt.⁵ Nur ein zurückgenommene Verständnis davon, was wirklich *zwingend* außer Streit gestellt werden muss, zeugt von Respekt vor der Vielfalt politischer Positionen – und dieser Respekt ist auch den Mitgliedern des BVerfG abverlangt. Die Aufladung des Konzepts der freiheitlich-demokratischen Grundordnung mit einem breitgewälzten Konzept der Garantie der Menschenwürde („personale Individualität, Identität und Integrität“) – und dessen Verteidigung mit der politischen Eliminierung von parteipolitischen Positionen – ist ein Fehlverständnis und Irrweg.
4. Politische Äußerungen, die den Achtungsanspruch der Menschen so greifbar verletzen, dass die

⁴BVerfGE 91, 262 („Nationale Liste“); BVerfGE 91, 276 („Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei“).

⁵Der Anspruch auf gleiche Freiheit impliziert die vom BVerfG gesondert betonte Rechtsgleichheit.

Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG aktiviert wird, müssen strafrechtlich verfolgt werden und auf diese Weise aus dem politischen Raum gehalten werden. Es ist ein Widerspruch, politische Äußerungen trotz angeblicher Unvereinbarkeit mit dem in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Geltungsanspruch nicht zu pönalisieren, im Parteiverbotsrecht dann aber von angeblicher Notwendigkeit zu sprechen, sie außer Streit zu stellen.

Institutionelle und ethische Funktionen eines Parteiverbots

Die Entscheidung des BVerfG im NPD-Verbotsverfahren 2017 ist in der staatsrechtswissenschaftlichen Literatur allgemein als Versuch begriffen worden, eine ausufernde Dogmatik der Konzeption der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ einzufangen und auf das Wesentliche zu begrenzen. In der Tat betont das Gericht jedenfalls semantisch, dass sich das Parteiverbot auf den Schutz der Essentialia des freiheitlich-demokratischen Gemeinwesens konzentrieren müsse (BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 529 ff.)); es stellt auch fest, dass ein Parteiverbot nicht schon dann ausgesprochen werden kann, wenn die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerten Strukturprinzipien in Frage gestellt werden. Ebenfalls ist es richtig, dass die Entscheidung bei rein zahlenmäßiger Betrachtung eine Reduktion des Anwendungsbereichs von Art. 21 Abs. 2 GG vornimmt: Künftig sollen nur noch drei Prüfkriterien (Menschenwürdegarantie, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit) zur Anwendung kommen. Wer hierin eine Beschränkung erblickte, übersah allerdings, dass das BVerfG eine grundsätzliche Revision des Konzepts der freiheitlich-demokratischen Grundordnung dadurch vornahm, dass es an die Stelle des Institutionenschutzes einen zweiten Schutzzweck stellte: die Gewährleistung eines gesellschaftlichen Zusammenlebens, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die parteipolitische Programmatik den in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Achtungsanspruch der Menschen respektiert. Die Entscheidungsgründe des Gerichts geben deutlich zu erkennen, dass künftig zwei konzeptionell unterschiedliche Verständnisse des Schutzziels von Art. 21 Abs. 2 GG nebeneinanderstehen sollen: der funktionale Schutz der rechtstaatlichen De-

mokratizität des Regierungssystems und die Gewährleistung eines „sittlichen Staates“.

Das Parteiverbot konnte schon immer als Instrument begriffen werden, das dem Schutz eines institutionalisierten Systems der Gewinnung und Ausübung staatlicher Macht dient. Ziel ist es danach, jede Einwirkung oder Veränderung auf dieses System zu verhindern, das dessen demokratische und rechtstaatliche Prägung zerstört. Diesem Funktionsverständnis zufolge geht um den Schutz eines Systems, das den Zugang zur staatlichen Macht und deren Gebrauch einem freiheitlichen, offenen und auf Responsivität und Kontrolle angelegten politischen Prozess unterwirft. Dieser „Funktionenschutz“ (Martin Morlok) ist konzeptionell als Risiko- oder Gefahrenabwehr einzuordnen und kennt ein klar definiertes institutionelles, auf den Wettbewerb um staatliche Macht bezogenes Schutzgut. Diese funktionale Sichtweise prägt die Entscheidungen des Gerichts in den Verfahren „SRP“ und „KPD“. Das Gericht spricht im KPD-Urteil (BVerfGE 5, 85 (139)) von „gewissen Grundprinzipien der Staatsgestaltung“, die auf demokratischem Weg verbindlich gemacht worden sind und dann „entschlossen gegen alle Angriffe verteidigt werden sollen.“ Wie sehr das Gericht institutionell denkt, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass das Gericht 1952 im Zentrum der geschützten Ordnung die „Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit“ verortet (BVerfGE 2, 1 (Leitsatz 2, S. 1)). Dieses Grundverständnis wird um Funktionselemente ergänzt, die sich überwiegend auf die institutionelle Vorkehrungen konzentrieren (z.B. Volkssouveränität, Mehrparteienprinzip, Chancengleichheit der Parteien, Gewaltenteilung, Verantwortlichkeit der Regierung etc.).⁶ Die Stellung des Menschen in der politischen Gemeinschaft beschäftigte das Gericht nur ganz am Rande. Die auf das Institutionelle bezogene Sichtweise erklärt, dass das Gericht schon im KPD-Urteil, vor allem aber in weiteren Entscheidungen zum Begriff der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“, weitere Teilelemente hinzurechnete⁷ und im Zuge weiterer Ergänzungen zu einer Liste kam, die – je nach Zählung – zwischen acht und zwölf Topoi führt. Bekanntlich ist diese Technik in der Staatsrechtswissenschaft auf kritische Einwände gestoßen. Die Kritiker haben nicht immer erkannt, dass sich diese Technik gut be-

⁶BVerfGE 2, 1 (Leitsatz 2, S. 2). Neben den institutionellen Topoi wird auch „die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung“, erwähnt.

⁷Vgl. BVerfGE 5., 85 (202: Meinungsäußerungsfreiheit; implizit: Versammlungsfreiheit).

gründen ließ, solange die Listung von einem klar definierten Funktionsverständnis des Parteiverbots als Schutz eines Regierungssystems getragen war, das demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht.

Es ist hier nicht der Raum, im Einzelnen auszubuchstabieren, wann ein derartiges Funktionsverständnis ein Einschreiten gegen parteipolitische Positionen gebietet. Immerhin das Folgende: Das institutionalisierte System der Gewinnung und Ausübung staatlicher Macht wird nicht nur durch Positionen in Frage gestellt, die (etwa durch Einführung der Diktatur des Proletariats) darauf abzielen, es vollständig abzuschaffen. Es wird schon angegriffen, wenn wesentliche Funktionselemente in Frage gestellt werden, etwa der *gleiche demokratische Status der Bürgerinnen oder Bürger*. Ihn in Frage zu stellen, läuft auf eine Beeinträchtigung des freiheitlich-egalitären demokratischen Wettbewerb hinaus. Gleiches würde etwa durch Bemühungen um Ersetzung eines freien und offenen Wettbewerbs konkurrierender Parteien um Mandate durch eine Einparteienherrschaft oder durch Schaffung unfairer Wettbewerbsbedingungen gelten. Der Ausschluss parteipolitischer Positionen aus dem Raum des Politischen ist danach nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich inhaltlich klar erkennbar auf die aus rechtsstaatlich-demokratischer Perspektive unverzichtbaren Funktionsbedingungen eines freiheitlichen und dauerhaft hinreichend effektiven politischen Wettkampfs um die Erringung und den Gebrauch staatlicher Macht beziehen und hier Beeinträchtigungen vornehmen wollen.

Die Ergänzung des Schutzkonzepts um das Kriterium des ethisch Guten

Darauf muss sich ein Parteiverbot aber mit beschränken. Das Verbot kann auch als Instrument begriffen werden, dessen sich ein Staat bedient, der sich nicht nur als distanziert-neutrale Heimstatt seiner Bürgerinnen und Bürger begreift, sondern – um einen altmodischen Begriff zu verwenden – als „sittlicher Staat“ für ein gesellschaftliches Zusammenleben eintritt, das einem materialen Konzept des ethisch Guten entspricht.⁸ Ein derartiger Staat beschränkt sich nicht darauf, rechtlich neutra-

le Rahmenbedingungen zu schaffen, in denen die Mitglieder der politischen Gemeinschaft ihre Lebenspläne in gleicher Freiheit verwirklichen können.⁹ Er begnügt sich auch nicht damit, konsentierete Grundsätze der Gerechtigkeit durchzusetzen, sondern erklärt eine dichtere Konzeption des Guten für gesellschaftlich maßstäblich.¹⁰

Um keine Zweifel aufkommen zu lassen: Kein staatliches Gemeinwesen kann wertfrei begründet werden. Die so häufig zu hörende Feststellung, dass das Grundgesetz und der von ihm errichtete Staat sich auf eine „Wertordnung“ stütze und diese pflege, ist trivial.¹¹ Sinnvoll werden derartige Aussagen erst, wenn sie erkennen lassen, um welche Art von Wertordnung es geht und welchen Inhalt sie haben soll. Es ist eine Sache, wenn sich ein staatliches Gemeinwesen auf einen ethnischen Minimalismus verpflichtet, der sich auf die Grundprinzipien einer Achtung der gleichen Freiheit der Bürgerinnen und Bürger, der Verweisung dichter Sinnmuster (Religion u.ä.) ins Private und einer weitgehenden „Neutralität“ stützt. Es ist eine andere Sache, wenn der Staat dazu übergeht, dichte Sinnmuster des ethisch Guten auszuformulieren, zur Leitschnur seiner Gesetzgebung zu machen und auf dieser Grundlage Lebensentwürfe zu bewerten oder gar differenzierend zu behandeln.

Die verfassungsrechtliche Bedeutung der NPD-Verbotsentscheidung liegt darin, dass das BVerfG das Parteiverbot zu einem Instrument entwickelt, mit dem ethisch dichtere Vorstellungen von einem guten Zusammenleben der Menschen durchgesetzt werden sollen. Das Gericht macht deutlich, dass es im Verbotsverfahren die Parteiprogrammatik daraufhin untersucht, ob sie mit dem aus Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Achtungsanspruch der Person (so etwa BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 635)) vereinbar ist. Das Parteiverbotsverfahren wird damit zu einem Schutzinstrument zur Durchsetzung des Schutzgebots aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG: Der Staat hat nicht nur selbst den Achtungsanspruch des Einzelnen darauf zu respektieren, als gleichberechtigtes Mitglied in der grundgesetzlich verfassten Gemeinschaft anerkannt zu werden (BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 541)); er hat diesen Achtungsanspruch auch gegenüber parteipolitischen Akteuren

⁸Zu diesem Konzept vor allem: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978.

⁹Angesprochen sind damit dann sog. „klassische“ Staatsfunktionen wie Friedenssicherung, Freiheitsgewährleistung, Streit-schlichtung etc.

¹⁰Eine Folge ist dann, dass der Staat seine Bürger in diesem Sinn erziehen darf (hierzu skeptisch Uwe Volkmann, *Darf der Staat seine Bürger erziehen?* 2012).

¹¹Hierzu Martin Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017.

durchzusetzen. Das Parteiverbot wandelt sich von einem Instrument des demokratisch-institutionellen Funktionsschutzes zu einem Instrument der Reinhaltung des politischen Raums. Der über Art. 1 Abs. 1 GG betriebenen Ausweitung von Art. 21 Abs. 2 GG geht es nicht mehr um die Abwehr von Gefahren für die verfassungsrechtliche Ordnung des Machtzugangs und Machtgebrauchs, sondern um die Formulierung und Durchsetzung ethisch rückgebundener Sprech- und Verhaltensregeln.

Die vom BVerfG 2017 vorgenommene Fortentwicklung vollzieht im Grundsatz nur nach, was ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG vorgegeben ist. Das verfassungsrechtliche Konzept des Parteiverbotsverfahrens grundrechtlich zu sensibilisieren, sichert die Einheit der Verfassung und verknüpft Staatsorganisationsrecht und Grundrechtsteil. Der britische Verfassungsrechtler Martin Laughlin hat schon vor Jahren beobachtet, dass die überkommene Funktion von Verfassungen als Organisationsstatut für die Verwaltung staatlicher Macht inzwischen ergänzt oder auch überlagert wurde: Verfassungen sind zu „Blaupausen einer guten Gesellschaft“ geworden: „Invented to ensure the maintenance of limited government, constitutions have recently been transformed into blueprints for the good society.“¹² Die Entwicklung der grundgesetzlichen Ordnung, angefangen von der Lüth-Rechtsprechung über die Verdichtungen eines allgemeinen Persönlichkeitsrecht bis hin zur Kreation neuer Grundrechte, bildet hierfür ein anschauliches Beispiel. Insofern setzt das Gericht mit der Entwicklung einer ethisch definierten Konzeption des politischen Raums nur eine Entwicklung fort, die alte Wurzeln hat. Die Einwände, die gegen den vom BVerfG entwickelte Maßstabserweiterung zu erheben sind, liegen auf anderer Ebene:

Bedenken bestehen zunächst, weil das BVerfG im weiteren Verlauf der Maßstabsbildung nicht zwischen Institutionenschutz und Gewährleistung eines ethisch guten Zusammenlebens unterscheidet. Es ist sinnvoll, das Potentialitätskriterium auf den Institutionenschutz anzuwenden. Es ist dagegen fehlerhaft, in einer Situation, in der die Parteiprogrammatik den in der Menschenwürde angelegten Achtungsanspruch der Menschen missachtet, nach den Machtgewinnchancen zu fragen. Das Schutzgebot aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG greift nicht lediglich für den Fall eines potentiellen Machtgewinns, sondern un-

mittelbar im Hier und Jetzt. Das Gericht scheint auch nicht zu erkennen, dass der Institutionenschutz auf ein Risiko- und Gefahrenabwehrkonzept angewiesen ist, dass dies aber bei vorliegenden Angriffen auf die Menschenwürde so nicht eins zu eins übernommen werden kann. Natürlich kann man der Frage nachgehen, ob auch künftig derartige Angriffe zu erwarten ist. Diese Frage liegt aber auf einer anderen Ebene als die Frage nach den Realisierungschancen eines Angriffs auf die demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung.

Bedenken bestehen zweitens, weil das Gericht die inneren Zusammenhänge und Differenzen zwischen Institutionenschutz und Gewährleistung eines ethisch guten Zusammenlebens nicht thematisiert – mit der Folge, dass beide Maßstäbe, die doch einen inneren Zusammenhang aufweisen, in der vom Gericht entwickelten Dogmatik unverbunden nebeneinanderstehen. Wenn das Konzept der freiheitlich-demokratischen Grundordnung künftig aus der Garantie der Menschenwürde heraus entwickelt werden (Menschenwürde als „Ausgangspunkt“ (BVerfGE 144, 20 (Leitsatz 3a, Rdnr. 539)) für das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Leitsätze 3b) und 3c), Rdnr. 542 ff.; 547 ff.), müsste der Ableitungszusammenhang von der Garantie der Menschenwürde zu den konkreten inhaltlichen Festlegungen demokratisch-rechtsstaatlicher Art plausibel dargelegt werden.

Drittens – und das ist hier entscheidend – beschränkt sich das Gericht nicht damit, ein ethisch minimalistisches Konzept zu formulieren, das nur die unverzichtbaren, politisch außer Streit zu stellenden Gegebenheiten des Zusammenlebens in der politischen Gemeinschaft berücksichtigt. Hätte sich das Gericht damit begnügt, hätte es auf Kriterien wie Autonomie und gleiche Freiheit abstellen und der Frage nachgehen können, welche unverhandelbare und unstrittig zu tabuisierende Beeinträchtigungen eines „Lebens in Würde“¹³ keinen Platz im politischen Diskurs haben können. Stattdessen weitet das Gericht das Konzept eines Lebens in Würde aus und erstreckt es auch auf die Gewährleistung und Sicherung von „personaler Individualität, Identität und Integrität“. Damit trägt das Gericht in das Konzept der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Schutzanliegen hinein, die denen eine dichtere Konzeption des ethisch Guten eingeschrieben ist.

¹²Martin Laughlin, *The Contemporary Crisis of Democracy*, *Oxford Journal of Legal Studies* 39 (2019) 435 (439).

¹³Martin Nettesheim, *Leben in Würde*, *Juristenzeitung* 2019, 1.

Wo verläuft die Tabugrenze?

Niemand weiß genau, was mit diesen Schlagworten gemeint ist, und vermutlich wussten es auch die entscheidenden Richterinnen und Richter nicht. Niemandem kann verborgen bleiben, dass sich damit die Funktion des Parteiverbots nach Art. 21 Abs. 2 GG grundlegend wandelt: Politische Positionen, die als Angriff auf die „personale Individualität, Identität und Integrität“ der Mitglieder der politischen Gemeinschaft (genauer: einzelner Mitglieder oder Mitgliedergruppen) angesehen werden, können dem Bereich des politisch Tabuisierten zugewiesen und aus dem politischen Diskursraum eliminiert werden. Stößt das Gericht auf Inhalte, die mit seiner Vorstellung von „personaler Individualität, Identität und Integrität“ nicht vereinbar sind, kann es diese – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – über ein Parteiverbot aus dem politischen Raum verbannen. Das Parteiverbot wandelt sich von einem Instrument der Gefahrenabwehr zu einem Instrument der Bewertung politischer Inhalte. Das Gericht hat diese Schlussfolgerung im konkreten Fall auch gezogen, etwa, indem es „antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte“ aus dem Raum des Politischen verbannte (BVerfGE BVerfGE 144, 20 (Rdnr. 541)).

Das Grundproblem des vom Gericht entwickelten Ansatzes liegt darin, dass sich die Grenze zwischen Positionen, die lediglich abstoßend, widerlich und schwer erträglich sind, und Positionen, die in unserem Gemeinwesen wirklich so unerträglich sind, dass sie tabuisiert werden müssen, nicht ohne weiteres aus dem Kriterium der Unverfügbarkeit von „personaler Individualität, Identität und Integrität“ ableiten lässt. Die Schlagworte bezeichnen moderne und zeitgemäße Kriterien für das Gelingen eines guten Lebens, können aber aus sich heraus keinen Maßstab dafür bereitstellen, wann ein Schutz zum Tragen kommen soll und wie weit er gehen soll. Um das an einem Vergleichsbeispiel zu illustrieren: Dem Konzept des „Eigentums“ lässt sich kein Maßstab dafür entnehmen, wie weit sein Schutz in der Rechtsordnung gehen soll. Ohne eine politische Ethik des Zusammenlebens lassen sich sinnvolle Maßstäbe dafür, wie weit eine Person Anspruch auf Respektierung ihres Selbstverständnis-

ses als „individuelle“ und „integrale“ Person hat, nicht entwickeln. Nicht nur weichen die Selbstbeschreibungen der Menschen weit voneinander ab; eine freiheitlich-demokratische Gesellschaft kann keiner Person das Recht gewähren, in der Selbstbeschreibung nicht in Frage gestellt zu werden. Was zumutbar ist und wogegen rechtlicher Schutz verlangt werden kann, muss verhandelt und gegebenenfalls politisch entschieden werden. Das lässt sich nicht einfach unter „Menschenwürde“ subsumieren.

Das rechtspolitische Problem des vom BVerfG entwickelten Neuansatzes liegt auf der Hand. Wenn der Achtungsanspruch von „personaler Individualität, Identität und Integrität“ wirklich die Grenzziehung zum Bereich des verfassungsrechtlich zu Tabuisierenden bestimmt, wird sich das Gericht auf Felder begeben müssen, in denen gegenwärtig gesellschaftliche Kulturkämpfe ausgefochten werden, und hier dann Stellung beziehen müssen. Ein kluger Beobachter hat kürzlich die Position bezogen, dass „[unzumutbare Zugangshürden zur deutschen Staatsbürgerschaft](#)“ eine menschenwürdevidrige Zurücksetzung bedeuten könnten: Führt dies aber nicht zur Gefahr, dass ernsthaft zu diskutierende Fragen der Gestaltung einer Zuwanderungspolitik, die zugleich staatliche Interessen und menschenrechtliche Ansprüche beachtet und sicherlich sehr unterschiedlich ausgestaltet werden kann,¹⁴ über Parteiverbote gelöst werden? Hinzu kommt, dass inzwischen auf so vielen Feldern Konflikte im gesellschaftlichen Zusammenleben unter Rückgriff auf Identitätsbehauptungen ausgetragen werden, dass der parteipolitische Diskursraum in vielen Bereichen (Gender, Religion etc.) deutlich zusammenschnurren würde, wenn „personaler Individualität, Identität und Integrität“ die Grenzen des Sagbaren darstellen. Schließlich lassen sich inzwischen auch Beispiele für eine vollständige Entgrenzung anführen: Kürzlich ist die Notwendigkeit, ein Parteiverbotsverfahren gegen die AfD einzuleiten, damit begründet worden, dass die Repräsentanten der Partei nach einem Machtgewinn klimapolitische Verpflichtungen abschütteln könnten.¹⁵ Auch eine Argumentation mit identitätspolitischen Kategorien des Gruppenschutzes ist inzwischen zu hören: [Das Verbot der AfD sei notwendig, um die Schwächeren \(als erste Opfer der Politik der AfD\) zu schützen](#). Verbote zur Siche-

¹⁴Martin Nettesheim, Migration im Spannungsfeld von Freizügigkeit und Demokratie, AöR 144 (2019), 358.

¹⁵Andreas Fischer-Lescano, AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht, Verfassungsblog vom 18. Januar 2024: Die AfD wolle „will ausweislich ihres 5-Punkte-Plans für Thüringen im Fall eines Machteintritts sämtliche Landesmaßnahmen zum Klimaschutz beenden und die Erde unbewohnbar machen. Eine solche Partei greift die Grundlagen unserer Existenz an.“

rung des Klimaschutz, aus Gründen des antizipierenden Opferschutz und anderes: Der gegenwärtige Diskurs illustriert anschaulich, wie die vom BVerfG betriebene Ethisierung des Konzepts der freiheitlich-demokratischen Grundordnung von klugen und aufmerksamen Beobachtern aufgegriffen und – je nach politischer Grundeinstellung – für die eigenen Zielsetzungen eingesetzt wird. Damit ist nicht gesagt, dass das Karlsruher Gericht dem notwendig folgen würde. Die Beobachtungen führen vor Augen, auf welches Feld sich das Gericht dadurch begeben hat, dass es das Parteiverbotsverfahren nicht mehr ausschließlich als Funktionsschutz begreift und sich bei der Formulierung der Verbotsmaßstäbe in dichtere Konzeptionen eines ethisch guten Zusammenlebens hineinbewegt hat.

Dem vom BVerfG entwickelten Ansatz ist – viertens – Widersprüchlichkeit entgegenzuhalten. Wenn die Aussagen einer Parteiprogrammatik den aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG abzuleitenden Achtungsanspruch verächtlich gemachter oder angegriffener Personen oder Personengruppen in so schwerwiegender Weise verletzen, dass sich aus der Menschenwürdegarantie das Gebot ergibt, die Aussagen aus dem politischen Raum zu drängen, kann es nicht gleichzeitig denkbar sein, dass die Parteifunktionäre und -anhänger, die diese Äußerungen verantworten, sich auf die Meinungsäußerungsfreiheit stützen können. Wenn eine politische Position so verletzt ist, dass sie – mit den Worten des BVerfG – „außer Streit gestellt“ werden muss, muss dies auch für die sich äussernden Menschen gelten.

Das BVerfG hat die rechtliche Macht, den „sittlichen Staat“ und eine ethisch dichte Konzeption des guten, respektvollen und das jeweilige Selbstverständnis der Menschen anerkennenden Miteinanders zum Maßstab der Grenzziehung zwischen erlaubter parteipolitischer Positionierung und politischem Tabubereich zu machen. Es wird auch Beifall bei jenen finden, die damit für ihre ethisch-politischen Grundeinstellungen ein konstitutionelles Gütesiegel erhalten. Je weiter sich das Gericht über den Bereich des ethischen Minimums hinaus bewegt, desto weniger wird es aber erwarten können, dass Andersdenkende seine verfassungsrechtlichen Deduktionen als maßgeblich ansehen. Das Gericht und seine Mitglieder bewegt sich in ein politisches Kampffeld hinein – seine Autorität wird nur dann nicht leiden, wenn es

mit Gründen argumentiert, die auch für die Andersdenkenden überzeugend sind. Für das Verständnis von Art. 21 Abs. 2 GG als Funktionsschutz erscheint dies deshalb möglich, weil eine Partei widersprüchlich handeln würde, wenn es die Möglichkeiten des freien und offenen Wettbewerbs für das eigene Streben nach Gewinnung politischer Macht in Anspruch nimmt, diese dann aber beseitigen wollte. Für eine dichte ethische Konzeption des Guten als Hebel zur Tabuisierung politischer Positionen erscheint dies jedenfalls schwieriger. Sollte etwas, das den Philosophen noch nie gelungen ist, nunmehr einem Gericht gelingen?

Die Krise des Liberalismus

In Deutschland werden zurzeit – ebenso wie auch andernorts – tiefgreifende Konflikte über die Maßgeblichkeit sozio-kultureller Wertorientierungen ausgetragen. Man erinnert sich wehmütig an die schönen Zeiten in der alten Bundesrepublik zurück, in der die Spannbreite politisch sichtbarer Sinnmuster jedenfalls im sozio-kulturellen Bereich vergleichsweise klein war. Das hat sich gewandelt, nicht zuletzt auch dadurch, dass die damaligen medialen Strukturen zerfallen sind, die die öffentliche Sichtbarkeit von politischen Positionen steuern und kontrollieren. Manches, was früher wohl einfach im Dunkeln war, ist in Zeiten des Internets und der sozialen Medien sichtbar geworden.

Die dominante und in den letzten zwei Jahrzehnten weiter zugespitzte Wertorientierung eines universell-menschenrechtlichen Egalitarismus und die daraus abgeleiteten politischen Deutungsmuster sehen sich heute offener politischer Konkurrenz in einer Art und Intensität ausgesetzt, wie dies seit den 1970er Jahren nicht (mehr) der Fall war. Konkurrenz formuliert sich einerseits seitens traditionaler, auf partikuläre Muster und Orientierungen aufsetzender und nicht-egalitärer Positionen, andererseits aber auch aus der Richtung eines politischen Denkens, das sich vor allem durch das Anliegen der Erkennung von Unrecht, Zurücksetzung und struktureller Machtungleichheit speist und als ersten Bezugspunkt die Benachteiligung hat.¹⁶ Das altliberale Denken, das zunächst und vor allem auf gleiche Freiheit setzt und die Verwirklichungsbedingungen für die je individuellen Lebenspläne vor allem in der Existenz eines ent-

¹⁶Frank Schorkopf, Einheit und Vielfalt, Mehrheit und Minderheit, in: Hanno Kube/Uwe Kischel (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Neuausgabe, Bd. 1, 2023, § 14.

staatlichten Raums gesellschaftlicher Koordination sieht, scheint, jedenfalls was die politische Sichtbarkeit angeht, im Bedeutungsverlust begriffen zu sein. Vor dem Hintergrund dieser gesellschaftspolitischen Gefechtslage lässt sich nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, dass es gegenwärtig zunächst und vor allem *nicht* um eine „Krise der Demokratie“ oder um eine Herausforderung für die Funktionsfähigkeit demokratischer Mechanismen geht.¹⁷

Was zu beobachten ist, ist die *Krise des Liberalismus*, und zwar einer spezifischen Ausprägung dieser eine große Familie bildenden philosophisch-politischen Denkmuster.¹⁸

Die Annahme ist nicht ganz unplausibel, dass in vielen Staaten der Welt – und nunmehr auch in Deutschland – ein politisches Ringen zwischen vormals hegemonialen politischen Denkrichtungen mit neuen Konkurrenten ausgetragen wird. Wer einem moralischen Fortschrittsoptimismus anhängt¹⁹ und in der festen sozio-kulturellen Verankerung des universell-menschenrechtlichen Egalitarismus einen weiteren Schritt hin auf dem Weg zu einer guten Gesellschaft sieht, wird sich durch die plötzliche Sichtbarkeit von konkurrierenden Sinnmustern herausgefordert fühlen, vor allem, wenn es um regressive, scheinbar längst überwundene Positionen geht: Traditionalismus und Ordnungsdenken, anti-rationalistische Religiosität und Spiritualismus, Antipluralismus und abweichende Bewertung von Diversität und Identitätskonstruktionen, nicht-egalitären Nationalismus etc.

Wer die Zeichen der Zeit so deutet, sieht sich mit der Frage konfrontiert, ob Parteiverbotsverfahren zu einem Instrument des politischen Kampfes und zur Erhaltung eines *Status quo* eingesetzt werden könnten (und sollten). Eine „Feind“-Rhetorik macht deutlich, dass es nicht (mehr) um den Schutz der Funktionsweise des demokratischen-institutionellen Systems vor konkret benennbaren Gefahren geht, sondern darum, die Verständigung mit den Anhängern der Gegenseite abubrechen. Es wird niemanden verwundern, wenn Argumentationsmu-

ster zu erkennen sind, die die „Cancel Culture“ prägen. Das wird zum Problem, wenn es jedenfalls in einzelnen Bundesländern um ein Drittel der Bevölkerung geht.

Es ist bequem, sich den Mühen und Schwierigkeiten eines gesellschaftlichen Aushandlungsprozesses über die Grenzen des Politischen zu entziehen und die Sache an das Bundesverfassungsgericht zu verweisen, vor allem, wenn man erwartet, auf der Richterbank Gesinnungsbündete zu finden. Das Grundgesetz gibt in der Tat klar zu erkennen, dass es die Frage der Bestimmung der Grenzen des politischen Raums für parteipolitische Akteure letztlich als Rechtsfrage behandelt wissen will und damit der Domäne der Juristinnen und Juristen zuschlägt. Diese Entscheidung des positiven Rechts ändert aber nichts daran, dass es um eine Fragestellung geht, die verfassungstheoretisch zum unverzichtbaren Bezugspunkt bürgerschaftlich-diskursiver Aushandlungsprozesse gezählt werden muss. Wäre es nicht an der Zeit, in der politischen Diskussion stärker zwischen Aspekten des Institutionen- und Systemschutzes und Aspekten eines guten zwischenmenschlichen Zusammenlebens zu differenzieren? Hätten die Mitglieder der politischen Gemeinschaft nicht Anlass, sich für die verfassungstheoretische Einsicht zu öffnen, dass es vor allem hinsichtlich der Frage einer Ethik des guten Zusammenlebens um Verständnis- und Aushandlungsprozesse geht, die nicht einfach an Juristen übertragen werden können? Und müsste man nicht dort, wo es – auch vor dem Hintergrund des Verständnisses anderer westlich-liberaler Staaten – wirklich um das menschenrechtlich Unsagbare geht, über eine Pönalisierung nachdenken? Gegenwärtig wird die Diskussion ohne verfassungstheoretische Tiefendimension geführt. Stark ist sie nur, soweit es um düstere Mahnungen vor der Gefahr der Wiederkehr des Vergangenen, um die Beschwörung der Gefahr eines unkontrollierten Abrutschens in die Diktatur oder um die Beschimpfung eines angeblich naiven, vielleicht auch bloß wurstigen bürgerschaftlichen Alt-Liberalismus geht, der die Zeichen der Zeit nicht erkannt habe. Wie bedauerlich.

¹⁷Das würde sich ändern, wenn eine an die Macht gekommene extremistische Partei die institutionellen Mechanismen des demokratischen Kampfes um politische Macht ändern würde.

¹⁸Ähnlich Martin Laughlin, *The Contemporary Crisis of Democracy*, Oxford Journal of Legal Studies 39 (2019) 435 (453) mit Blick auf die Entwicklung in Ungarn.

¹⁹Hierzu Hanno Sauer, *Moral Theology. A Theory of Progress*, 2023.

Christian von Coelln

Keine Grundrechtsverwirkung statt Parteiverbot

doi: 10.59704/7f0dc433689e11ff



Dass Art. 18 GG die Verwirkung von Grundrechten ermöglicht, hat lange selbst in der Wahrnehmung vieler Juristen kaum eine Rolle gespielt. Im Studium wird die Vorschrift bestenfalls als Element der wehrhaften Demokratie (dazu [Lübbe-Wolff](#)) mit im Wesentlichen symbolischer Bedeutung ([Gärditz](#): „funktionslose Angstklausel“) erwähnt. Seit kurzer Zeit scheint ein Verwirkungsverfahren vielen aber ein taugliches Mittel zu sein, um das (weitere) Erstarken der AfD zu verhindern. Gefordert wird – sogar per [Petition](#) – ein entsprechender Antrag gegen den thüringischen AfD-Vorsitzenden Höcke. Bei genauerer Prüfung erweist sich diese Idee als nicht hinreichend durchdacht.

Die Entpolitisierung als legitimes Ziel der Grundrechtsverwirkung

Zwar scheint die Grundrechtsverwirkung insofern ein geeignetes Instrument zu sein, als sie Gefahren abwehren soll, die der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch individuelle Betätigung drohen können (BVerfGE 25, 88 (100); 38, 23 (24)). Ihr Ziel ist die „Entpolitisierung“ des Betroffenen. Dieser soll – ohne dass es um die Vernichtung seiner Existenz, ein absolutes Mundtotmachen o.Ä. ginge – „aus dem politischen Kampffeld“ eliminiert werden.¹ Eben dies scheint auch das Ziel der aktuellen Befürworter eines Verwirkungsantrags zu sein.

Derartige Instrumente laufen freilich stets Gefahr, nicht als Mittel des Verfassungsschutzes eingesetzt zu werden, sondern als vergleichsweise bequeme, diskursive Mühe oder gar Korrekturen der eigenen Politik ersparende Methode zur Ausschaltung bloßer politischer Gegner. Darauf zielt die Kritik, es handele sich um ein „[autoritäres Überbleibsel](#)“: Politische Grundrechte seien „wenig wert, wenn sie gerade denen entzogen werden, die sie aufgrund ihrer Gegnerschaft zur aktuellen politischen Mehrheit am meisten brauchen.“ Jedoch ist der Missbrauch von Grund-

rechten zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung etwas anderes als ihr – nicht zur Verwirkung berechtigender – Gebrauch in Opposition zur Mehrheit. Darüber zu wachen, dass diese Grenzziehung beachtet wird, ist Aufgabe der zur Antragstellung berechtigten Staatsorgane, vor allem des Bundesverfassungsgerichts, das exklusiv zur Entscheidung berufen ist.

Die Voraussetzungen der Grundrechtsverwirkung

Den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt ausführlich im NPD-Verbotsverfahren 2017 mit Blick auf Art. 21 II GG definiert: Erfasst sind danach nur zentrale, für den freiheitlichen Verfassungsstaat unentbehrliche Grundprinzipien: Die Menschenwürde (Art. 1 I GG), das Demokratieprinzip (Art. 20 I, II GG), die rechtsstaatlich begründete Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 20 III GG) einschließlich der Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte sowie das Gewaltmonopol des Staates (BVerfGE 144, 20 (205 ff. Rn. 535 ff.)). Dieser „reduzierte Ansatz“ rechtfertigt sich aus der Grundentscheidung der Verfassung für einen offenen Prozess der politischen Willensbildung. Ein Ausschluss aus diesem Prozess komme erst in Betracht, wenn in Frage gestellt und abgelehnt werde, was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar sei (BVerfGE 144, 20 (205 Rn. 535)).

Der Kampf gegen die so definierte freiheitliche demokratische Grundordnung erfordert ein aggressiv-kämpferisches Tätigwerden, das auf eine Beseitigung der Ordnung oder einzelner ihrer Bestandteile gerichtet ist.² Bisheriges Verhalten hat insofern nur indizielle Bedeutung: Entscheidend ist die zukünftige Gefährlichkeit des Betroffenen (BVerfGE 38, 23 (24 f.), unter Hinweis auf BVerfGE 11, 282 f.), die der Antragsteller darzutun hat

¹Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Loseblatt, Stand 102. EL August 2023, Art. 18 Rn. 16.

²Näher von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL Juni 2023, § 39 Rn. 3 ff.

(BVerfGE 38, 23 (24)). In polizeirechtlichen Kategorien reicht eine lediglich abstrakte Gefahr nicht aus. Umgekehrt ist aber auch keine konkrete Gefahr gefordert.³

Grundrechte trotz Grundrechtsverwirkung

Ein seriöses Urteil, ob diese Voraussetzungen bei einzelnen Personen bzw. ganz konkret bei Björn Höcke vorliegen, ist hier nicht möglich. Unterstellt man, dass dies der Fall wäre, würde das Bundesverfassungsgericht auf einen zulässigen Antrag hin konstitutiv und mit Wirkung *ex nunc*⁴ feststellen, welche Grundrechte der Antragsgegner verwirkt hat (§ 39 I 1 BVerfGG). Dafür kommen nur die abschließend in Art. 18 S. 1 GG genannten Grundrechte in Betracht. Ungeachtet einzelner Unklarheiten im Randbereich⁵ gehören dazu mit der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 I 1 Hs. 1 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) sowie dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) zentrale Kommunikationsgrundrechte. Richtigerweise ist die Verwirkung nicht an einen Missbrauch gerade des betreffenden Grundrechts gebunden.⁶

Dogmatische Unsicherheiten bestehen darüber, was eine Verwirkung bedeutet. Die herrschende Meinung nimmt an, sie führe nicht zu einem vollständigen Verlust der verwirkten Grundrechte, sondern nehme dem Betroffenen „nur“ die Möglichkeit, sich auf diese zu berufen.⁷ Dagegen lässt sich einwenden, dass der zentrale Gehalt eines Grundrechts gerade in der Möglichkeit des Einzelnen besteht, die ihm durch dieses Recht verliehene Rechtsposition geltend zu machen.⁸ Im praktischen Ergebnis kann das dahinstehen: Die Verwirkung hat – das steht außer Streit – jedenfalls zur Folge, dass der Staat in den Schutzbereich des Grundrechts eingreifen darf, als würde dieses für den Betroffenen nicht gelten.⁹ Jedoch bleibt er an das Willkürverbot gebunden,¹⁰ so dass

gesetzliche, behördliche oder gerichtliche Einschränkungen eines rechtfertigenden Grundes bedürfen.

Nicht betroffen wären von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Grundrechte der EMRK und der EuGRCh,¹¹ die eine „Entziehung“ der von ihnen garantierten Rechte nicht vorsehen. Aber auch Landesgrundrechte würden richtigerweise nicht erfasst (a.A. Lübbe-Wolff). Sie könnten allenfalls auf landes(verfassungs)rechtlicher Grundlage für verwirkt erklärt werden – sofern dort ein entsprechendes Verfahren vorgesehen ist. In etlichen Bundesländern – u.a. in Thüringen – aber ist das nicht der Fall. Der Gegner eines erfolgreichen Verwirkungsantrags in Karlsruhe bliebe daher Träger der Meinungsfreiheit aus Art. 11 I ThürVerf.

Die sonstige Rechtsstellung des Betroffenen

Mehr noch: Selbst ohne diesen fortbestehenden Grundrechtsschutz hätte die Verwirkung eines Grundrechts als solche nicht zur Folge, dass der Betroffene die normalerweise vom Grundrecht geschützte Tätigkeit nicht mehr vornehmen dürfte. Der Schutz etwa durch die Meinungsfreiheit ist nicht Voraussetzung dafür, seine Meinung äußern zu dürfen. Der Wegfall dieses Schutzes führt lediglich dazu, dass staatliche Beschränkungen der Meinungsfreiheit nicht mehr im Lichte des Grundrechts gerechtfertigt werden müssen.

Die angestrebte Entpolitisierung wäre allein durch die Verwirkung also nicht zu erreichen. Daher gibt § 39 I 3 BVerfGG dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, dem Antragsgegner nach Art und Dauer genau bezeichnete Beschränkungen aufzuerlegen, solange sie nicht andere als die verwirkten Grundrechte beeinträchtigen. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage soll die Vorschrift in Art. 18 S. 2 GG finden, wonach das Bundesverfassungs-

³Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, Rn. 549.

⁴Waldhoff, in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, 16. Ed. Stand 1.12.2023, § 39 Rn. 8.

⁵Die Verwirkbarkeit der Rundfunk- und Filmfreiheit etwa hängt davon ab, ob in „Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1)“ Meinungsfreiheit ein Oberbegriff ist und die Pressefreiheit nur beispielhaft genannt wird. Bejahend von Coelln, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 11.

⁶Str., wie hier von Coelln, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 20; a.A. Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. III., 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 14.

⁷Statt vieler Pagenkopf, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 13.

⁸von Coelln, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 26.

⁹von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL Juni 2023, § 39 Rn. 25.

¹⁰Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 39 Rn. 9.

¹¹Barczak, in: Dreier, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 11.

¹²Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Loseblatt, Stand 102. EL August 2023, Art. 18 Rn. 92.

gericht neben der Verwirkung selbst auch deren Ausmaß ausspricht.¹² Denkbar wäre beispielsweise das Verbot, auf politischen Versammlungen zu sprechen oder an solchen teilzunehmen. Rechtmäßig wäre ein solches Verbot freilich nur, wenn es mit den (nicht verwirkten) Rechten der EMRK bzw. der EuGRCh vereinbar ist – was auf Grund der Missbrauchsverbote in Art. 17 EMRK und Art. 54 EuGRCh jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Auch der fortbestehende Grundrechtsschutz aus Landesgrundrechten muss kein Hindernis für das Verbot und seine behördliche Durchsetzung darstellen, die nach § 39 I 4 BVerfGG ohne zusätzliche gesetzliche Grundlage möglich ist: Ggf. wird das Landesgrundrecht nach Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht) verdrängt.¹³

Die Aberkennung des Wahlrechts und des Rechts zur Bekleidung öffentlicher Ämter

Besonders attraktiv dürfte aus Sicht der Verwirkungsbeürworter sein, dass das Bundesverfassungsgericht dem Antragsgegner bei einem erfolgreichen Antrag nach § 39 II BVerfGG das Wahlrecht, die Wählbarkeit und die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkennen kann. Das ist entgegen schon früh und bis heute geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken zulässig.¹⁴ Zwar sind die betroffenen Art. 33 II, 38 I GG¹⁵ in Art. 18 S. 1 GG – der auch mit Blick auf „nur“ grundrechtsgleiche Rechte abschließend sein dürfte – nicht als verwirkbar genannt. Als Bestimmung zu Art und Ausmaß der Verwirkung nach Art. 18 S. 2 GG dürfte sich die Aberkennung daher nicht verstehen lassen. Grundlage der Aberkennung sind jedoch Art. 33 II, 38 I, III GG selbst, die die exzeptionelle Aberkennung des jeweiligen Rechts zulassen. Davon macht u.a. § 45 StGB Gebrauch.¹⁶ Im hier betrachteten

Fall darf die Aberkennung daher zwar anlässlich der Verwirkung ausgesprochen werden, sie ist aber nicht deren Bestandteil.¹⁷

Die Begrenzung der Grundrechtsverwirkung durch das Parteienprivileg

Gravierenden Bedenken sehen sich die Erfolgsaussichten eines Verwirkungsantrags vor allem unter einem in der öffentlichen Diskussion bislang womöglich zu wenig beachteten Aspekt ausgesetzt, der sich aus dem Verhältnis des Art. 18 GG zu Art. 21 II–IV GG ergibt. Diese Vorschriften zum Verbot verfassungswidriger und zum Finanzierungsausschluss verfassungsfeindlicher Parteien schließen als Spezialregelungen die Anwendung von Art. 18 GG aus.¹⁸ Das steht nicht nur einem Verwirkungsverfahren gegen die Partei selbst entgegen. Es schließt auch Grundrechtsverwirkungen gegen Mitglieder und Funktionäre aus, soweit damit auf Tätigkeiten reagiert wird, die für eine politische Partei vorgenommen werden.¹⁹ Denjenigen, der sich mit allgemein erlaubten Mitteln in einer und für eine nicht verbotene Partei engagiert, dürfen keine Rechtsnachteile treffen.²⁰ Die „Entpolitisierung“ von Politikern, die für ihre Partei tätig sind, würde das von Art. 21 GG statuierte „Parteienprivileg“ aushöhlen.²¹

Anders wären Fälle zu beurteilen, in denen die Aktivitäten eines Mitglieds oder gar Funktionärs mit der Parteiarbeit nichts zu tun haben oder sich deutlich von der Parteilinie unterscheiden.²² Hier – aber auch nur hier – ist es richtig, dass Politiker die Konsequenzen individuellen Handelns tragen müssen, auch wenn damit Nachteile für ihre Partei verbunden sind.²³ Der Sanktionierung derartiger Handlungen stünde das Parteienprivileg nicht entgegen.

¹³ von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL Juni 2023, § 39 Rn. 29.

¹⁴ Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Loseblatt, Stand 102. EL August 2023, Art. 18 Rn. 33.

¹⁵ Soweit es um Wahlrecht und Wählbarkeit geht, sind auf Landesebene statt Art. 38 GG die Vorschriften der jeweiligen Landesverfassung einschlägig.

¹⁶ von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL Juni 2023, § 39 Rn. 47 ff.

¹⁷ von Coelln, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 18.

¹⁸ Barczak, in: Dreier, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 61.

¹⁹ Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 74 f.

²⁰ Krebs/Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 28, unter Hinweis auf die st. Rspr. in BVerfGE 12, 296 (305 ff.); 17, 155 (166 f.); 47, 130 (139 ff.).

²¹ von Coelln, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 40.

²² So zutreffend Krebs/Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 28 Fn. 121.

²³ So die Formulierung von Lübke-Wolff, die im Ergebnis den Ausschluss der Grundrechtsverwirkung durch das Parteienprivileg ablehnt.

Vor diesem Hintergrund dürfte ein Verwirkungsverfahren jedenfalls gegen Björn Höcke nicht in Betracht kommen. Soweit ersichtlich, soll ein solches Verfahren gerade auf Äußerungen und Aktivitäten mit Parteibezug reagieren. Die These, seine Äußerungen hätten eine die Parteilinie weit überschreitende Tendenz, dürfte sich angesichts seiner Funktion als Landesvorsitzender kaum vertreten lassen. Für derartige Fälle gibt die Verfassung, wenn man so will, ein „Ganz oder gar nicht“ vor: Entweder gibt es tragfähige Gründe für ein Parteiverbot (bzw. zumindest für einen Finanzierungsausschluss) – oder einer Partei und ihren Repräsentanten muss politisch begegnet werden.

Fazit

Der Befund, dass die juristische Bekämpfung politischen Meinungskampf nicht ersetzt, ist so alt wie richtig. Im

Übrigen kann man zum Nutzen von Verbots- bzw. Verwirkungsanträgen sowie der in ihrem Vorfeld geführten Debatten unterschiedliche Auffassungen vertreten. Als einigermaßen gesichert aber dürfte gelten, dass die (Diskussion über die) Stellung absehbar erfolgloser Anträge keine Wirkungen haben dürfte – oder zumindest nicht die erhofften: Sowohl ein Verzicht auf die Realisierung solcher Pläne als auch ihr Scheitern vor dem Bundesverfassungsgericht drohen das Gegenteil dessen zu bewirken, was eigentlich angestrebt wurde. Ein solches Risiko besteht bei Art. 18 GG schon wegen der strengen Verwirkungsvoraussetzungen, deren Vorliegen nicht sicher prognostiziert werden kann. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Grundrechtsverwirkung durch das Parteienprivileg vergrößert das Risiko noch einmal erheblich.

Kolja Eigler, Timo Sewtz

Viel zu verlieren

Die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG

doi: 10.59704/792e744d2a9cc79c



Die Enthüllungen des Recherchezentrums **CORRECTIV** zum „Geheimplan gegen Deutschland“, einem Treffen von Rechtsextremen und AfD-Politikern in Potsdam, lösten eine neue Dynamik in der Diskussion um den richtigen Umgang mit der AfD aus. Die ehemalige Verfassungsrichterin Lübke-Wolff wies schon im Oktober 2023 in einem Beitrag auf dem **Verfassungsblog** auf eine zuvor wenig beachtete Möglichkeit hin: die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG. Die Auswirkungen eines *erfolgreichen* Verwirkungsverfahrens dürften jedoch überschätzt, die Risiken hingegen unterschätzt werden.

Schon 1,6 Millionen Menschen für einen Verwirkungsantrag

Der Verein Campact initiierte jüngst eine **Online-Petition** mit der Forderung an die Bundesregierung, beim Bundesverfassungsgericht einen Antrag auf Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG gegen Björn Höcke zu stellen. Bereits 1,6 Millionen Menschen haben diesen Aufruf unterzeichnet (Stand: 24. Januar 2024). Die darin zum Ausdruck kommende Positionierung gegen den Rechtsextremismus der AfD im Allgemeinen und gegen Höcke im Speziellen ist selbstverständlich gut und wichtig. Jedoch erscheint die in der Beschreibung geäußerte Hoffnung, die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG sei „eine Möglichkeit, [Höcke] zu stoppen“, illusorisch. Als vermeintlich schlagkräftige Reaktion auf den Rechtsextremismus wird medial derzeit – oft sehr abstrakt – die Idee der Grundrechtsverwirkung genannt. Wie sich das Instrument konkret auswirken würde, wird dabei selten in den Blick genommen. Im Ergebnis würde eine Grundrechtsverwirkung kaum Konsequenzen haben. Der Wunsch, in einem Verfahren nach Art. 18 GG eine Lösung für den rechtlichen Umgang mit der AfD zu finden, dürfte sich als Irrglaube herausstellen und könnte dem Kampf gegen den Rechtsextremismus am Ende sogar eher schaden.

Die Möglichkeit der Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG steht neben Instrumenten wie etwa dem Vereinsverbot (Art. 9 II GG), dem Parteiverbot (Art. 21 II GG), und der Richteranklage (Art. 98 II, V GG) für den Gedanken der wehrhaften Demokratie. In der Norm heißt es:

„Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Absatz 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Absatz 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.“

Auf einfachgesetzlicher Ebene beschreiben die §§ 36 ff. BVerfGG das Verfahren näher. Der Bundestag, die Bundesregierung und jede Landesregierung sind antragsberechtigt. Ist der Antrag begründet, das heißt liegen die Voraussetzungen des Art. 18 S. 1 GG vor – was für den Zweck dieses Beitrags unterstellt wird (siehe hierfür **LTO**) –, so werden die Folgen und das Ausmaß der Verwirkung von § 39 BVerfGG geregelt. Hierzu gehört die Feststellung, welche Grundrechte der Antragsgegner für welchen Zeitraum verwirkt hat. Dabei gilt das Enumerationsprinzip, sodass der Antragsgegner nur seine in Art. 18 GG aufgezählten Rechte verwirken kann, wobei das nach h.M. auch den entsprechende Auffanggehalt des Art. 2 I GG erfasst.¹

Keine Konsequenzen für die Wählbarkeit Höckes?

Darüber hinaus kann das BVerfG nach § 39 II BVerfGG dem Antragsgegner das Wahlrecht, die Wählbarkeit und

¹ So etwa Butzer, in: BeckOK GG, Stand: 15.08.2023, Art. 18, Rn. 12.

² Für eine Verfassungskonformität bspw. Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL August 2023, Art. 18, Rn. 31 ff.

die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkennen und bei juristischen Personen ihre Auflösung anordnen. Die Verfassungskonformität dieser Norm gilt jedoch als umstritten.² Für eine Verfassungswidrigkeit sprechen gewichtige Gründe: Weder das Wahlrecht noch die Wählbarkeit sind als verwirkbare grundrechtsgleiche Rechte im Wortlaut des Art. 18 GG aufgeführt. Angesichts des Ausnahmecharakters der Grundrechtsverwirkung erscheint auch die Analogie als Brücke zu einer interpretatorischen Offenheit des Art. 18 GG nicht gangbar. Den Verfassungsvätern und -müttern hatte sich die Verwirkung des aktiven und passiven Wahlrechts als Anwendungsfall des Art. 18 GG *de constitutione ferenda* nahezu aufdrängen müssen. Dennoch wählten sie das Enumerationsprinzip und damit einen *numerus clausus* verwirkbarer Rechte. Dies spricht für einen abschließenden Normcharakter. Insofern erscheint die Aberkennung des passiven Wahlrechts Höckes verfassungsrechtlich gegenwärtig nicht möglich.

Selbst wenn dies anders beurteilt würde, stellt sich die Frage, ob eine grundgesetzliche Verwirkung auch auf die landesgrundrechtliche Ebene durchschlägt, würde diese doch gerade im Falle des *Landtagsabgeordneten* Höcke virulent. Eine derartige Doppelwirkung wird vielfach angenommen. Dem lässt sich jedoch die Kritik der Lehre von den getrennten Verfassungsräumen entgegenhalten.³ Ob das Verfahren tatsächlich den Entzug des Wahlrechts bewirken kann, bleibt daher zweifelhaft.

Die Verwirkung der Meinungsfreiheit in drei Szenarien

Die Auswirkungen der Grundrechtsverwirkung auf die Meinungsfreiheit dürften ebenfalls überschätzt werden. Zu differenzieren ist zwischen der verfassungsgerichtlichen sowie der fachgerichtlichen Ebene. Verfassungsgerichtlich hätte eine Grundrechtsverwirkung die Unzulässigkeit etwaiger (Urteils-)Verfassungsbeschwerden, die auf ein verwirktes Grundrecht gestützt werden, zur Folge.

Die fachgerichtliche Ebene hingegen stellt sich komplexer dar. Es lassen sich drei Szenarien entwerfen, die Schwierigkeiten am Beispiel volksverhetzender Aussagen veranschaulichen. Zu unterscheiden ist zwischen eindeutig strafbaren Aussagen und solchen, die evident nicht

strafbar sind. Dazwischen liegt ein Graubereich, in dem sich mehrdeutige Aussagen befinden, deren Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln ist.

Verwirklicht Höcke im ersten Szenario in eindeutiger Weise – d.h. durch eine lediglich eindimensional auslegbare Äußerung – den Tatbestand des § 130 StGB, so macht er sich unabhängig davon strafbar, ob er sich gegenüber der Staatsgewalt auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen kann oder nicht. Schließlich stellt der Straftatbestand ohnehin eine „*prima facie*-Abwägung“ zugunsten der Meinungsfreiheit dar, die sich auch in Ansehung des konkreten, interpretatorisch eindeutig gelagerten Falls nicht durchsetzen würde.

In dem zweiten, gegensätzlichen Szenario ist eine politische, aber unzweifelhaft strafrechtlich irrelevante – und damit grundsätzlich erlaubte – Aussage zugrunde zu legen. Die Grundrechtsverwirkung als solche geht in einem derartigen Falle zunächst einmal ins Leere. Schließlich verwehrt sie dem Betroffenen lediglich das Recht, sich bei Handlungen innerhalb des Schutzbereichs des Grundrechts darauf zu berufen. Entsprechend kann Art. 18 GG als Grundrechtsschranke konzeptualisiert werden.⁴ Eine Grundrechtsschranke kann jedoch nur dann Wirkung entfalten, wenn auch eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) bleibt jedoch von einer Verwirkung unberührt. Vor diesem Hintergrund genügt die schlichte Verwirkungsanordnung nicht. Vielmehr müsste das BVerfG konkrete Anordnungen nach § 39 I 3 BVerfGG gegen Höcke erlassen. Wie diese in Art und Umfang aussehen würden, um eine dem Vorbehalt des Gesetzes hinreichende Bestimmtheit aufzuweisen, lässt sich in Ermangelung von Präzedenzfällen kaum vorhersagen.

Aussagen der dritten Kategorie sind schließlich solche, die sich durch ihre Mehrdeutigkeit auszeichnen und je nach Auslegung strafbar oder straflos wären. Tatgerichte müssen hier Art. 5 I GG grundsätzlich bereits auf Tatbestandsebene berücksichtigen. Bei mehreren Deutungsmöglichkeiten müssen sie jener den Vorzug geben, die am ehesten mit der Meinungsfreiheit vereinbar ist.⁵ Es ließe sich also argumentieren, dass Art. 5 I GG im Falle einer Grundrechtsverwirkung keine interpretationsleitende Bedeutung mehr hätte und Höckes Aussagen die

³Barczak, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 18, Rn. 23.

⁴Butzer, in: BeckOK GG, Stand: 15.08.2023, Art. 18, Rn. 17.

⁵Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 311.

Grenze zur Strafbarkeit damit leichter überschreiten würden.

Diese Perspektive erscheint jedoch keineswegs zwingend. Jedenfalls kann man nicht davon ausgehen, dass eine Grundrechtsverwirkung das Gericht – angesichts der *tatsächlich* bestehenden Mehrdeutigkeit der Aussage – zu einer Deutung zulasten des Angeklagten zwingen würde. Zudem kann eine Grundrechtsverwirkung nicht ohne weiteres als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Grundrechtsträgern dienen.⁶ Mit Blick auf die bestehende Rechtsunsicherheit kann insofern bezweifelt werden, ob Gerichte ohne Not von ihrer etablierten Auslegungspraxis abweichen würden. Sofern sie dies jedoch täten, ergibt sich aus dem Vorstehenden nichtsdestotrotz, dass sich eine Grundrechtsverwirkung nur in dem spezifischen Bereich ambivalenter Äußerungen auswirken würde.

Die Mehrdimensionalität des Grundrechtsschutzes

Im Mehrebenensystem der Grundrechte ist neben der verfassungsrechtlichen stets die unions- und völkerrechtliche Ebene mitzudenken. Nach einhelliger Auffassung führt eine Verwirkung nach Art. 18 GG nicht dazu, dass sich der Betroffene nicht mehr auf die entsprechenden Rechte der GrCH und der EMRK berufen kann. Da die GrCH nur bei der Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 I 1 GrCH) anwendbar ist, ist vor allem die Bedeutung der EMRK hervorzuheben. Die Gewährleistungen der Konvention müssen bei der Auslegung des GG beachtet werden, sodass der Ausspruch einer Grundrechtsverwirkung im Einzelfall gegen die EMRK verstoßen kann.

Dass sich der Betroffene noch immer auf das entsprechende Konventionsrecht berufen kann, unterläuft die Rechtsfolge einer Grundrechtsverwirkung partiell. Höcke könnte daher zwar keine auf Art. 5 I 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde mehr erheben, sehr wohl aber eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK, gestützt auf eine behauptete Verletzung seiner Meinungsfreiheit nach Art. 10 I der Konvention. Dann wäre zu prüfen, ob die Umstände, die zu der Verwirkung geführt haben, eine Rechtfertigung des Eingriffs nach Art. 10 II EMRK ermöglichen. Das könnte im Einzelfall problematisch sein, wenn die Meinungsäußerung zwar politischer Natur, nicht aber rechtsextrem oder strafbar wäre.⁷ Wie im Falle eines

durch Karlsruhe ausgesprochenen Parteiverbots ist davon auszugehen, dass ein Rechtsstreit um die Folgen einer Grundrechtsverwirkung erst beim EGMR in Straßburg – und damit nach einer langen Verfahrensdauer – enden würde.

Höcke als Märtyrer

Überdies sind die gesellschaftspolitischen Auswirkungen einer Grundrechtsverwirkung Höckes zu berücksichtigen. Ebenso wie ein Parteiverbotsverfahren würde die AfD auch die Grundrechtsverwirkung argumentativ ausschlichten. Eine personenbezogene und in der Geschichte der Bundesrepublik singuläre Maßnahme würde den Rechtsextremisten die Möglichkeit geben, Höcke als Märtyrer zu stilisieren. Die von Art. 18 GG intendierte „Entpolitisierung“ wäre – davon ist auszugehen – in der AfD-Rhetorik die „politische Ermordung“ ihres geistigen Anführers. Schlimmstenfalls würde so einem Personenkult unfreiwillig Vorschub geleistet. Angesichts der verfassungsgerichtlichen Unerfahrenheit hinsichtlich des Art. 18 GG und seiner limitierten Auswirkungen könnte dies zur Enttäuschung der hohen Erwartungen weiter Teile der Gesellschaft führen, besonders wenn sich das Verfahren über Jahre zieht. Das [erste derartige Verfahren](#) gegen den damaligen stellvertretenden Bundesvorsitzenden der Sozialistischen Reichspartei etwa scheiterte nach achtjähriger Verhandlungsdauer. Sollte Höcke trotz einer Grundrechtsverwirkung weiterhin die Speerspitze rechtsextremer Rhetorik bilden, könnte dies einen gesellschaftlichen Vertrauensverlust in die Wehrhaftigkeit der Demokratie bedingen.

Ausblick: Verfassungsresilienz

Angesichts der skizzierten Risiken stellt sich die Frage, ob nicht die Stärkung der Verfassung gegenüber der symbolischen Schwächung ihrer Feinde vorzugswürdig ist. Während bei ersterer eine breite Unterstützung der demokratischen Mehrheit zu erwarten wäre, wäre bei letzterer vor allem mit einer rechten Mobilisierung zu rechnen, die sich um den grundrechtlich „verbannten“ Höcke formiert.

Verheißungsvoller erscheint es, das Grundgesetz sowie die Landesverfassungen im positiven Sinne gegen antidemokratische Angriffe zu wappnen (in diese Richtung

⁶Barczak, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 18, Rn. 55.

⁷Siehe dazu Barczak, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 18, Rn. 11.

zuletzt auch [Jaschinski/Steinbach](#) sowie grundlegend das [Thüringen-Projekt](#)). Auf Bundesebene sollte der Blick zuerst auf die überraschend vulnerable Position des Bundesverfassungsgerichts fallen. Lediglich einfachgesetzlich – und dadurch mit einfacher Mehrheit änderbar – ist etwa die Wahl der Richterinnen und Richter, die Zahl der Senate sowie das für gerichtliche Entscheidungen notwendige Quorum geregelt. Wie dies von Feinden der Verfassung – ähnlich wie in Ungarn und Polen – ausgenutzt werden könnte, hat [Steinbeis](#) in beängstigender Weise

beschrieben.

Der rechtspolitische Blick sollte nicht bloß auf in der Vergangenheit gezogene, echte und vermeintliche Weimarer Lehren gerichtet werden (vgl. [Gusy](#), der von „Fossilien“ spricht), sondern die antidemokratischen Strategien der Gegenwart, wie sie innerhalb der EU vor allem in Ungarn und Polen zu beobachten sind bzw. waren, erfassen. Diese zu antizipieren und (verfassungs-)rechtliche Resilienz zu schaffen, ist wahrhaftiger Ausdruck einer wehrhaften Demokratie.

Werner Reutter

Wer wacht über die Wächter?

Anmerkungen zu aktuellen Vorschlägen zum Schutz von Verfassungsgerichten

doi: 10.59704/35a9eff64ffde9ab



Fast möchte man sagen: endlich! Regierung und Opposition wollen gemeinsam versuchen, das Bundesverfassungsgericht besser vor einer möglichen Einflussnahme durch Feinde der Demokratie zu schützen. Dafür [wollen sie die Verfassung anpassen](#). Allerdings zeigt ein Blick in die Länder, dass entsprechende Vorhaben nicht umsonst zu haben sind. Sie können demokratische Kosten und bisweilen kontraproduktive Wirkungen zeitigen.

Das Bundesverfassungsgericht ist „oberster Hüter der Verfassung“. Wenn alle versagen und die Demokratie in Gefahr ist, dann gibt es immer noch „Karlsruhe“. Die 16 Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichtes werden in ihren roten Roben das Schlimmste verhindern und die Verfassungsordnung schützen. So jedenfalls lässt sich die hier nur unwesentlich banalisierte Hoffnung zusammenfassen, die viele mit dem Bundesverfassungsgericht verknüpfen. Es soll „Wächter der Demokratie“ sein. Nicht anders war das Motiv in den Bundesländern bei der Schaffung von Landesverfassungsgerichten nach 1945. So betonte etwa Thomas Dehler am 29. Mai 1947 im Bayerischen Landtag, dass der zu errichtende Verfassungsgerichtshof „Zitadelle der Demokratie und der Freiheit“ sein werde.¹

Aktuell stellt sich die Problemlage allerdings komplizierter dar. Denn Polen, Ungarn, die USA oder andere Länder haben vorgemacht, wie leicht es im Grunde ist, zentrale Institutionen des Rechtsstaates zu unterlaufen oder gar für rechtspopulistische oder autoritäre Herrschaft zu instrumentalisieren. Auch in der Bundesrepublik Deutschland ist nicht mehr ausgeschlossen, dass die AfD in Thüringen, Brandenburg oder Sachsen nach der nächsten Wahl die absolute Mehrheit im jeweiligen Landesparlament erringt und die dann neu gewonnene Macht dazu einsetzt, Landesverfassungsgerichte in ihrem Sinne umzugestalten. Dazu braucht es nicht einmal eine Mehrheit an Sitzen oder eine Sperrminorität in dem jeweiligen Parlament. Denn einzelne Landtage, in denen die AfD über nur wenige Mandate verfügt, haben

sogar schon Kandidaten, die von der AfD vorgeschlagen worden waren, zu Landesverfassungsrichtern (oder deren Stellvertreter) gemacht: In Baden-Württemberg waren dies 2016 bzw. 2018 Rosa-Maria Reiter und Sabine Reger, in Hessen 2019 Gero Kollmer (Stellvertreter), in Mecklenburg-Vorpommern 2017 Konstantin Tränkmann und in Bayern 2018 Wolfram Schubert und Rüdiger Imgart, die beide am 24. Januar 2024 als nichtberufsrichterliche Mitglieder zum Verfassungsgerichtshof wiedergewählt wurden (gewählt wurden außerdem deren Stellvertreter Dr. Peter Ditges und Peter Solloch). Die Fragen, die sich aktuell stellen, sind mithin: Wer wacht eigentlich über die Wächter der Demokratie? Wie können Verfassungsgerichte vor „Verfassungsfeinden“ (Spiegel online) geschützt werden?

Soll der Status von Verfassungsgerichten in die Verfassung?

Wie andere vor ihm und einige nach ihm hat [Hans-Jürgen Papier](#), der ehemalige Bundesverfassungsrichter, dazu Ideen entwickelt. Er schlägt vor, das Grundgesetz zu ändern. Papier fordert zwei Dinge: Er will zum einen § 1 Abs. 1 Satz 1 des BVerfGG in das Grundgesetz überführen und damit festschreiben, dass das Bundesverfassungsgericht „ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes“ ist. Zum anderen will er die Modalitäten zur Wahl von Verfassungsrichtern ins Grundgesetz aufnehmen. Insbesondere sollten die Zweidrittelmehrheit, mit der Richter*innen des Bundesverfassungsgerichtes zu wählen sind, sowie deren Amtszeit Eingang in die Bundesverfassung finden. Beides, der Status des Verfassungsgerichtes sowie die Wahlmodalitäten, wären damit der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen und damit besser geschützt. Das Anliegen Papiers ist ohne Zweifel honorig. Allerdings zeigt ein Blick in die Bundesländer, dass die Lage kompliziert ist, die Effekte solcher Regelungen ambivalent sein

¹ Bayerischer Landtag, Verhandlungen, 17. Sitzung vom 29. Mai 1947, S. 486.

können und sich solche Brandmauern – wie sie Hans-Jürgen Papier fordert – leicht in Hürden für demokratische Politik verwandeln.

Der Status des Bundesverfassungsgerichtes war bekanntlich zu Beginn umstritten. Der bereits erwähnte Thomas Dehler, der bei der Gründung des Bundesverfassungsgerichtes im September 1951 Bundesjustizminister war, war der Meinung, dass das BVerfG seinem Ministerium ein- und unterzuordnen sei. Nach Dehler war allein das Justizministerium zum Verfassungsministerium berufen. Es überrascht nicht, dass die am 7. September 1951 ernannten 23 männlichen Richter des Bundesverfassungsgerichtes und die einzige weibliche Richterin, Erna Scheffler, den Vorstellungen Dehlers wenig abgewinnen konnten. Gerhard Leibholz begründete ihre Position in der sogenannten „Denkschrift“, einem, so Christoph Möllers, „echte[n] Stück Verfassungsprofessorentum“.² Seitdem ist der Status des Bundesverfassungsgerichtes als Verfassungsorgan unumstritten. Auch Landesverfassungsgerichten kommt eine solche Organeigenschaft zu.³

Die Lage in den Ländern ist allerdings komplex und variantenreich. Lediglich in drei Bundesländern ist in der Verfassung festgeschrieben, dass das Landesverfassungsgericht ein „unabhängiger und selbständiger Gerichtshof“ ist, in sieben weiteren ist dies einfachgesetzlich normiert. Aber auch im Rest der Bundesländer stellt niemand die Organeigenschaft des jeweiligen Verfassungsgerichtes in Frage. Grundsätzlich gilt, dass sich nicht erkennen lässt, dass die Rolle, die einem Verfassungsgericht in einem Bundesland in der Verfassungswirklichkeit zukommt, davon abhängig ist, ob der Status in der jeweiligen Landesverfassung, einfachgesetzlich oder überhaupt nicht normiert ist. Entsprechende Regelungen besitzen mithin keinen regulatorischen Mehrwert. Oder, wie Christian Pestalozza festgestellt hat: „Vorschriften dieser Art“ stellen klar, „was niemand bezweifelt“.⁴

Wichtiger als die verfassungsrechtliche Feststellung der Unabhängigkeit und der Selbständigkeit des jeweiligen Verfassungsgerichts scheint ohnehin die Sicherstel-

lung der sich daraus ergebenden administrativen, personellen und finanziellen Autonomie. Konkret heißt dies, dass Landesverfassungsgerichte über ausreichend Personal verfügen müssen, um sich selbst verwalten zu können. Verfassungsgerichte müssen zudem administrativ unabhängig gemacht werden. Denn in 13 Bundesländern sind Verfassungsgerichte über Organleihe oder in Personalunion mit Fachgerichten verwaltungsstrukturell verknüpft, sprich: administrativ und infrastrukturell abhängig von Fachgerichten. Eine solche Konstruktion entspricht kaum der Organeigenschaft und bietet durchaus Möglichkeiten der Einflussnahme. Zudem sollte sichergestellt werden, dass Verfassungsgerichte zumindest über eine Legislaturperiode finanziell abgesichert sind. Ohne diese administrative, personelle und finanzielle Unterfütterung bleibt ein verfassungsrechtlich garantierter Status, wie er Papier fordert, bloße Verfassungslyrik.

Soll das Mehrheitserfordernis in die Verfassung?

Wie sieht es mit dem zweiten Vorschlag von Hans-Jürgen Papier aus? Auf den ersten Blick scheint es plausibel, das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in eine Verfassung aufzunehmen. Die AfD könnte dies nicht ändern, auch wenn sie eine Regierungsmehrheit im Parlament hätte. Gleichzeitig könnten die demokratischen Parteien verhindern, dass Gegner der Demokratie in das Verfassungsgericht gewählt würden. Aber auch hier sind keine einfachen Antworten möglich. Denn die Folgen einer solchen Normierung sind kontingent, sie hängen von den Mehrheitsverhältnissen im Parlament ab. Verfügt die AfD über keine Sperrminorität, hat also weniger als ein Drittel der Sitze, bestehen insoweit keine Probleme, als die AfD dann die Wahlen von Verfassungsrichtern nicht verhindern kann. Der Fall Bayern zeigt zwar, dass bei entsprechenden Wahlverfahren (Verhältniswahl mit Listen) noch immer Kandidaten der AfD in das Landesverfassungsgericht gewählt werden können. Doch ließe sich dies rasch und einfach ändern. Dazu ist nur der politische Wille der demokratischen Parteien erforderlich.

Diese verfassungsrechtliche Brandmauer verwandelt

²Christoph Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt, Matthias et al., Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht. 3. Aufl. Frankfurt a.M., S. 357; Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Material – Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen mit einer Einleitung von Gerhard Leibholz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. Bd. 6 (1957), S. 109-221.

³Fabian Wittreck 2006, Die Verwaltung der Dritten Gewalt. Tübingen S. 497.

⁴Christian Pestalozza, Das Landesverfassungsgericht von Sachsen-Anhalt, LKV – Landes- und Kommunalverwaltung 1994, Heft 1, S. 11-14.

sich allerdings schon dann in ein Hindernis für demokratische Entscheidungen, sobald die AfD mehr als ein Drittel der Mandate erhält. Denn dann könnte sie die anderen Parteien „erpressen“, um eigene Kandidaten in das Verfassungsgericht wählen zu lassen, oder sie könnte Wahlen von Verfassungsrichtern insgesamt torpedieren, um das Verfassungsorgan zu beschädigen oder beschlussunfähig zu machen. Den demokratischen Parteien wäre aufgrund der fehlenden Zweidrittelmehrheit zudem die Möglichkeit entzogen, die Verfassung zu ändern. Und dies ist tatsächlich in einigen Bundesländern eine mögliche, in Thüringen, Brandenburg und Sachsen sogar eine wahrscheinliche Variante. Die Aufnahme der Mehrheitserfordernis in die Verfassung hat folglich für demokratische Parteien Vorteile, solange die AfD über weniger als ein Drittel der Mandate im Parlament verfügt. Gewinnt die AfD mehr als ein Drittel der Sitze in einem Parlament, verwandelt sich dieser Vorteil in einen Nachteil. Denn dann könnten Verfassungsrichter ohne die Zustimmung der AfD weder gewählt noch könnte die Verfassung geändert werden. Der AfD käme in einer solchen Konstellation eine absolute Veto-Position zu.

Immerhin könnte man präventiv versuchen, das Erpressungspotenzial der AfD zu minimieren. Dazu müsste der Gesetzgeber Regelungen treffen, um die Beschlussunfähigkeit eines Verfassungsgerichtes zu verhindern. Dies geschieht aktuell bereits dadurch, dass Stellvertreter gewählt werden (wie z.B. in Niedersachsen) oder dass Richter geschäftsführend so lange im Amt bleiben (wie in Berlin), bis ein Nachfolger gewählt ist. Darüber hinaus könnte der Verfassungsgeber im Falle einer Vakanz das Verfassungsgericht ermächtigen, Richter*innen per Beschluss mit Zweidrittelmehrheit zu kooptieren, bis ein*e neue*r Richter*in durch das Landesparlament gewählt ist. Eine solche Selbstrekrutierung könnte auf Berufsrichter*innen beschränkt werden, die aufgrund ihres Bestellungsverfahrens als Richter zudem demokratisch legitimiert wären. Das würde die personelle Autonomie des Verfassungsgerichtes erhöhen, ohne das grundsätzliche

Recht des Parlamentes, Verfassungsrichter zu wählen, zu beschädigen.

Und was noch?

Wie die Analyse zeigt, gibt es keine einfachen Lösungen. Verfassungsrechtliche Regelungen zum Status von Verfassungsgerichten kommen über ein bloßes Bekenntnis nicht hinaus, wenn effektive Regelungen zum Schutz der administrativen, personellen und finanziellen Autonomie sie nicht unterfüttern. Und ein verfassungsrechtlich festgelegtes Mehrheitserfordernis ist nur unter bestimmten Voraussetzungen Brandmauer und nicht ohne Kosten zu haben. Bei Landesverfassungsgerichten ist zudem zu beachten, dass ihre Mitglieder zwar die übliche richterliche Unabhängigkeit genießen, dass viele in ihrem Hauptberuf als Richter an einem Fachgericht oder Professor an einer Universität allerdings den dort geltenden dienst- und beamtenrechtlichen Vorschriften unterliegen.

Immerhin ist in den Ländern – im Unterschied zum Bund – die Gefahr ausgeschlossen, durch die Einrichtung neuer Spruchkörper die Zusammensetzung des Verfassungsgerichtes zu ändern. Zwar ist in keiner Landesverfassung die Struktur des jeweiligen Landesverfassungsgerichtes abschließend geregelt. Nirgends steht: Das Landesverfassungsgericht besteht nur aus einem einzigen Spruchkörper, und die Einrichtung weiterer Spruchkörper ist untersagt. In allen Bundesländern existiert mit hin die Möglichkeit, weitere Kammern oder Spruchkörper durch einfachen Gesetzesbeschluss einzurichten.⁵ Doch das wäre – aus Sicht der AfD – wohl vergebliche Liebesmühe. Denn anders als in der Bundesverfassung ist in allen Landesverfassungen die Anzahl der Richter*innen abschließend geregelt. Die AfD könnte folglich zwar weitere Spruchkörper einrichten, die aber nur mit den schon gewählten Richter*innen besetzt werden könnten.

Anm. d. Red.: Nachträglich wurde der letzte Absatz des Textes korrigiert.

⁵Vgl. dazu auch schon bezogen auf das Bundesverfassungsgericht Steinbeis, Maximilian: Ein Volkskanzler, VerfBlog, 2019/9/09,

Werner Reutter

In Thüringen nichts Neues

Zur Wahl des Ministerpräsidenten und zum Vorschlag eines Vorabklärungsverfahrens

doi: 10.59704/134d158e25eb6bc7



Zurzeit [diskutiert Thüringen](#) mal wieder intensiv über die Ministerpräsidentenwahl, genauer den dritten Wahlgang. Georg Maier (SPD), Innenminister in Thüringen, will die Verfassung seines Bundeslandes ändern, denn er will ausschließen, dass nach der nächsten Landtagswahl ein*e Ministerpräsident*in ins Amt kommt, der*die im dritten Wahlgang nur eine einzige Stimme erhalten hat, während alle anderen Abgeordneten gegen ihn oder sie votiert haben. Bodo Ramelow (Die Linke), Thüringens Ministerpräsident, hält eine solche Verfassungsänderung für „[völlig überflüssig](#)“.

Dieser Streit kommt nicht zufällig. Seinen Anlass findet er in einer Gesetzesinitiative der CDU-Fraktion im Thüringer Landtag zur Einführung eines verfassungsgerichtlichen „Vorabklärungsverfahrens“ und in einer Rede des amtierenden Präsidenten des Thüringer Verfassungsgerichtshofs, Dr. Klaus von der Weiden. Allerdings hätte der von der CDU eingebrachte Gesetzentwurf ganz andere als die erhofften Wirkungen, denn Vorgeschichte und Inhalt weisen den Gesetzentwurf als widersprüchlich und nicht zielführend aus. Mehr noch: Er gefährdet die Stellung des Verfassungsgerichtshofes in Thüringen.

Der Thüringer Verfassungsgerichtshof als Linienrichter?

Dr. Klaus von der Weiden ist nicht nur der amtierende Präsident des Thüringer Verfassungsgerichtshofes, sondern anscheinend auch Fußballfan. Jedenfalls wünschte er sich zum 30-jährigen Bestehen der Thüringer Verfassung am 25. Oktober 2023 den Verfassungsgerichtshof als „Schiedsrichter“, um die seiner Meinung nach ungeklärte Frage zu lösen, mit welcher Mehrheit ein Ministerpräsident gewählt werden kann, sollte es in einem dritten Wahlgang keine*n Gegenkandidat*in geben. Rechtssicherheit könne in dieser Frage nur hergestellt werden, wenn der Verfassungstext eindeutig formuliert werde oder der Thüringer Verfassungsgerichtshof vorab klären könne, was gemeint sei, mit den „meisten Stimmen“ in [Art. 70 Abs. 3 Satz 3 der Thüringer Verfassung](#).

„Elfmeter“, so Klaus von der Weiden in etwas schräger Diktion, „ist nun mal eben nur, wenn der Schiedsrichter pfeift, nicht wenn es ein Spieler, ein Trainer oder ein Zuschauer tut.“ Die CDU hat die Steilvorlage, die ihr von der Weiden [mit seiner Rede](#) gegeben hat, aufgenommen und in einen Gesetzentwurf überführt, mit dem dem Verfassungsgerichtshof genau die Kompetenz verschafft werden soll, die Klaus von der Weiden sich wünschte: das Recht zur Vorabklärung. Sollte ein solches Verfahren eingeführt werden, wäre der Verfassungsgerichtshof jedoch nicht Schieds-, sondern bestenfalls Linienrichter.

Doch zuerst zur Vorgeschichte des Gesetzentwurfs. Bekanntlich ist die Wahl des Regierungschefs – ein konstitutiver Akt im deutschen parlamentarischen Regierungssystem – in Thüringen schwieriger als anderswo. Das hatte bisher politische Gründe und lag nicht an der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Wahlverfahrens. Jedenfalls waren 2009, 2014 und 2019, als Ministerpräsidenten zu wählen waren, stets mindestens zwei Wahlgänge erforderlich; in der laufenden siebten Wahlperiode waren innerhalb weniger Wochen sogar zwei Inaugurationen nötig. Bei der am 5. Februar 2020 durchgeführten und hoch umstrittenen Wahl – viele sprachen von einem „Eklat“, nicht wenige von einem „Tabubruch“ – wurde der nur im dritten Wahlgang angetretene Thomas Kemmerich (FDP) mit den Stimmen von FDP, AfD und CDU mit 45 von 90 Stimmen zum neuen Ministerpräsidenten gewählt. Kemmerich blieb gerade einmal 28 Tage im Amt, davon 25 geschäftsführend, da er bereits drei Tage nach seiner Wahl, am 8. Februar 2020, wieder zurückgetreten ist (Landtag Thüringen, Drs. 2/275). Er wurde am 4. März 2020 durch Bodo Ramelow (Die Linke) abgelöst, der – fast möchte man sagen: „natürlich“ – erst im dritten Wahlgang mit 42 Ja-Stimmen bei 23 Nein-Stimmen und 20 Enthaltungen neuer Regierungschef des Freistaats Thüringen wurde. Seitdem führt Ramelow eine aus Linken, Grünen und SPD zusammengesetzte Minderheitsregierung, die auf die Unterstützung der CDU angewie-

¹Vgl. zum Vorstehenden: Landtag Thüringen, PIPr 7/7 vom 05.02.2020, S. 444-447; PIPr 7/8 vom 4.3.2020, S. 458-461; Torsten

sen ist.¹ Wohlgermerkt, in keinem Fall gab es mehr Nein- als Ja-Stimmen für einen gewählten Kandidaten bzw. eine gewählte Kandidatin. Und in keinem Fall wurde die Wahl durch eine Organklage angefochten. Das Problem bei der Wahl eines*r Thüringer Ministerpräsidenten*in scheint offensichtlich darin zu liegen, bei komplizierten Mehrheitsverhältnissen, einer segmentierten Parteienlandschaft und den bestehenden Unvereinbarkeitsbeschlüssen der CDU die notwendige Anzahl an Stimmen zu mobilisieren. Oder kurz: Es ist ein politisches Problem.

Die CDU-Fraktion hat aus der skizzierten Problemlage jedoch ihre eigenen Schlussfolgerungen gezogen. Sie hat in den siebten Thüringer Landtag zwei Gesetzentwürfe eingebracht, um das Wahlverfahren rechtssicher auszugestalten. Mit der ersten Initiative vom 23. September 2020 will die CDU unter anderem präzisieren, was es mit der Formulierung „die meisten Stimmen“ in Art. 70 Abs. 3 Satz 3 auf sich hat.² Zwei Lesarten sind möglich: Die Mindermeinung beharrt darauf, dass ein*e Kandidat*in im dritten Wahlgang auf jeden Fall mehr Ja- als Nein-Stimmen erhalten muss. Die herrschende Meinung will nur die Ja-Stimmen zählen. Dann wäre es sogar möglich, einen Ministerpräsidenten mit nur einer Ja-Stimme und 87 Neinstimmen zu wählen (der Thüringer Landtag hat mindestens 88 Mitglieder). Das in der Verfassung von Thüringen vorgesehene Meiststimmenverfahren zur Installierung einer Minderheitsregierung findet sich zudem wortgleich in anderen Landesverfassungen und im Grundgesetz, wobei bisher lediglich einmal ein*e Regierungschef*in ins Amt gekommen ist, der*die mehr Nein- als Ja-Stimmen erhalten hat: Friedrich-Wilhelm Lübke 1951 in Schleswig-Holstein.³ Unbeschadet dieser eher beruhigenden Befunde will die CDU einen Passus in die Verfassung aufnehmen, nach dem kein*e Bewerber*in gewählt werden kann, der*die im dritten Wahlgang mehr Nein- als Ja-Stimmen auf sich vereint (Landtag Thüringen, Drs. 7/1628, S. 6). Angemerkt sei an dieser Stelle,

Oppelland, Die thüringische Landtagswahl vom 27.10.2019: Das nächste Experiment – eine rot-rot-grüne Minderheitsregierung mit Verfallsdatum, Zeitschrift für Parlamentsfragen 2/2020, S. 325-348.

²Vgl. dazu: Landtag Thüringen, Verfassungsausschuss, Ergebnisprotokoll des öffentlichen Sitzungsteils (zugleich Beschlussprotokoll) vom 2. Dezember 2022; Sabine Kropp, Reformen nach dem Mikado-Prinzip, Zeitschrift für Gesetzgebung 2/2023, S. 151-174; Sabine Kropp, Entsicherte Verfassung?: Was eine Veränderung der Ministerpräsidentenwahl in Thüringen bewirken könnte, VerBlog, 2023/7/13, <https://verfassungsblog.de/entsicherte-verfassung/>, DOI: 10.17176/20230713-230945-0.

³Z.B. in Art. 63 Abs. 4 Satz 1 GG; Vgl. auch Stefan Klecha, Minderheitsregierungen in Deutschland. Friedrich-Ebert-Stiftung, Hannover 2010, S. 196f.

⁴Landtag Thüringen, Drs. 7/9117 vom 29.11.2023, S. 3. Vgl. auch PlPr 7/123 vom 23.12.2023, S. 121-135 (Arbeitsfassung).

⁵Das berichtet Lukas C. Gundling, Verfassungskrise in Thüringen abgewendet – ein kurzer Bericht, ZLVR 3/2018, S. 105-108, hier S. 106.

dass die CDU bis 2014, also bis zur ersten Wahl Bodo Ramelow zum Ministerpräsidenten, in dem Meiststimmenverfahren des Art. 70 Abs. 3 Satz 3 kein Problem gesehen hatte.

Die Thüringer Variante des Vorabklärungsverfahrens

Der Verfassungsausschuss scheint nach den durchgeführten Anhörungen im Dezember 2022 zu dem genannten Gesetzentwurf blockiert und hat bisher keine Empfehlung an das Plenum vorgelegt. Obschon die erste Initiative der CDU vom Landtag also noch nicht abschließend behandelt wurde, hat die CDU Ende November 2023 einen weiteren Gesetzentwurf eingebracht, der sich mit demselben Thema beschäftigt. Jetzt soll aber nicht mehr die Verfassung geändert, sondern der Verfassungsgerichtshof ermächtigt werden, Art. 70 Abs. 3 Satz 3 ThürVerf vorab abstrakt auszulegen. Der in das Gesetz über den Verfassungsgerichtshof einzufügende § 52b zum „Vorabklärungsverfahren“ lautet:

„Auf Antrag der im Organstreitverfahren und im abstrakten Normenkontrollverfahren Antragsberechtigten entscheidet der Verfassungsgerichtshof über die Auslegung der Artikel 50 und 70 der Verfassung des Freistaats Thüringen, sofern hierfür ein objektives Klärungsinteresse besteht.“⁴

Inspiziert zu dem zweiten Gesetzentwurf hat die CDU die oben zitierte Rede des amtierenden Präsidenten des Thüringer Verfassungsgerichtshofes, Dr. Klaus von der Weiden, der wohl bereits 2018 von der CDU als Kandidat für das Amt des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes gehandelt worden war⁵ und seit Mai 2022 das oberste Gericht Thüringens präsidiert. Seinen „Wunsch“ nach einem Vorabklärungsverfahren hatte von der Weiden mit der „besonderen Situation einer Minderheitsregierung“ in Thüringen begründet. In einer solchen Situation sei

es „besonders wichtig, dass insbesondere die Regularien für die Wahl des Ministerpräsidenten in der Verfassung unzweideutig geregelt oder durch einen Spruch des Landesverfassungsgerichts geklärt“ seien. Dabei genüge es nicht, die entsprechende Frage zu klären, „wenn sie sich im konkreten Fall stellt“. Diskussionswürdig in diesem Zusammenhang ist sicher schon, dass der Präsident des Verfassungsgerichtshofes und Richter des Bundesverwaltungsgerichts aktuelle Gesetzesinitiativen kommentiert und Vorschläge für Änderungen macht. Das verträgt sich schwerlich mit der Rolle eines Verfassungsrichters, der sich aus tagesaktuellen Auseinandersetzungen heraushalten sollte.

Der Gesetzentwurf weist zudem inhaltliche Widersprüche auf. Ähnliche Verfahren bestehen zwar in Bremen (interpretationsverfahren) und Hamburg (Feststellungsverfahren). Auch das Bundesverfassungsgericht konnte nach § 97 BVerfGG a.F. bis 1956 auf Anfrage des Bundespräsidenten Gutachten erstellen. Diese Kompetenzen waren bzw. sind jedoch allgemein und nicht auf einen einzigen Gegenstand beschränkt. Sie sind oder waren zeitlich und inhaltlich unspezifisch. Bei dem geplanten Vorabklärungsverfahren liegt aber weder das eine noch das andere vor: Es ist anlassbezogen und einmalig. Denn es verliert seinen Grund und seinen Gegenstand, sobald die Frage einmal geklärt wurde, weil dann kein „objektives Klärungsinteresse“ mehr vorliegen kann.

Einer Vorabklärung kommt zudem ein unklarer Status zu. Sie ist, wie in der [Begründung zum Gesetzentwurf](#) betont wird, „keine Entscheidung in der Sache“. Sie wäre mithin nichts weiter als ein Gutachten, das nicht bewirken kann, was von der Weiden sich „wünscht“ und die CDU für notwendig hält: eine verbindliche Entscheidung und damit Rechtssicherheit. Aus diesem Grund hat auch der Bundesgesetzgeber – auf Grundlage einer Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts – diese Verfahrensart 1956 aus dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz gestrichen. Denn die „eigentliche Aufgabe der Justiz“ sei, so der Rechtsausschuss des Bundestages, die „Entscheidung von Streitfällen und nicht die Erstattung mehr oder weniger unverbindlicher Gutachten“ (BTag, Drs. 2388 vom 16. Mai 1956, S. 4).

Zugleich besteht die Gefahr, dass ein Vorabklärungsverfahren eine – inhaltliche – Selbstbindung der Richter begründet. Es ist schwer vorstellbar, dass der Verfassungsgerichtshof einem in einem Vorabklärungsverfahren erstellten „Gutachten“ nicht folgt, sollte er nach einer

durchgeführten Wahl eines*r Ministerpräsidenten*in im Rahmen eines Organstreitverfahrens angerufen werden. Mehr noch: Es wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit das Gericht dann überhaupt noch „entscheidet“, also einen verfassungsrechtlichen Tatbestand auslegt und auf einen Streitfall anwendet. In einem Vorabklärungsverfahren fehlt der Fall, auf den Verfassungsrecht anzuwenden wäre. Es führt zu keiner richterlichen Entscheidung. Einem Organstreitverfahren, das nach einer Wahl eines Ministerpräsidenten weiterhin möglich sein soll, fehlt der auslegungsfähige Tatbestand, weil der Interpretationsspielraum durch die Vorabklärung praktisch auf null reduziert wird. Die Kombination der beiden Verfahrensarten entleert damit die zentrale Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes: in verfassungsrechtlichen Streitfällen zu entscheiden.

Andere Baustellen sind dringender

Der Gesetzentwurf der CDU-Fraktion gibt insgesamt Antworten auf Fragen, die sich gar nicht stellen. Das Problem ist nicht, eine Minderheitsregierung zu verhindern oder wie auch der Innenminister Thüringens, Georg Maier, inzwischen fordert, die Verfassung zu ändern, um zu verhindern, dass im dritten Wahlgang ein Kandidat mit nur einer einzigen Ja-Stimme und 87 Nein-Stimmen gewählt werden kann. Die bisherigen Schwierigkeiten bei der Wahl des Ministerpräsidenten in Thüringen waren politischer Natur und keineswegs Folge verfassungsrechtlicher Unklarheiten. Das wird auch bei der nächsten Wahl so sein. Ziel und erstes Anliegen verantwortlicher Politik in Thüringen muss derzeit sein, nach der Landtagswahl im September 2024 eine Regierung ohne und gegen die AfD bilden zu können. Das ist nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge schwer genug. Denn nach aktuellen Umfragen würde die AfD im nächsten Landtag 35 von 88 Abgeordnete stellen; die CDU käme auf 23, Die Linke auf 21 und die SPD auf 9 Sitze. Hält die CDU an ihrem Unvereinbarkeitsbeschluss fest, weder mit der Linkspartei noch mit der AfD in irgendeiner Form zu kooperieren, käme der AfD eine Veto-Position zu, da Linke und SPD zusammen gerade einmal 30 Abgeordnete stellen würden. Dann könnte die AfD darüber entscheiden, wer nächster Ministerpräsident in Thüringen wird. In einem möglichen dritten Wahlgang hätte sie mit ihrer relativen Mehrheit sogar die Chance, Björn Höcke zum Ministerpräsidenten zu wählen. Es gilt daher, eine Minderheitsregierung ohne

die AfD politisch möglich zu machen, nicht, sie rechtlich zu verhindern.

Ich danke Paula Sauerwein für die kritische Lektüre einer ersten Fassung.

Christoph Rheinschmitt

Wind im Wald

Neuer Versuch in Thüringen, Windenergienutzung im Wald zu verhindern

doi: 10.59704/100968ccb93f762f



Der Thüringer Landtag hat mit den Stimmen von FDP, CDU und AfD am 8.12.2023 erneut eine [Waldrechtsänderung](#) beschlossen, um den Ausbau der Windenergienutzung im Wald zu beschränken. Der Landesgesetzgeber läuft damit Gefahr, die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Beschluss vom 27.9.2022 („[Windenergie im Wald](#)“, Az.: 1 BvR 2661/21) zu unterlaufen. Darin hat das BVerfG das pauschale Verbot von Windenergieanlagen im Wald im Zuge der [dritten Änderung des Thüringer Waldgesetzes in der Fassung vom 21. Dezember 2020](#) für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Dem Land fehlte insoweit schlicht die Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht. Auch beim neuen Versuch dürfte dem Landtag die Gesetzgebungsbefugnis fehlen, auch wenn sich die rechtliche Lage inzwischen etwas komplizierter darstellt.

Diesmal wählte der thüringische Gesetzgeber einen anderen Ansatz der Flächensteuerung im Wald als das pauschale, technologiespezifische Verbot von Windenergieanlagen, wobei insbesondere die Einzelregelungen zur Interessenabwägung bei der Waldumwandlungsgenehmigung und dem Ausschluss von Landwirtschaftsflächen für die Ausgleichsaufforstung umstritten sind. Dazu heißt es im Gesetz:

„Bei der Interessenabwägung sind insbesondere die Möglichkeit der Aufforstung geschädigter Waldflächen sowie die Nutzung von Alternativflächen für das der Umwandlung zugrundeliegende Vorhaben einzubeziehen.“ (§ 10 Abs. 2 Satz 2 ThürWaldG n. F.)

„Die Ausgleichsaufforstung soll nicht auf für den landwirtschaftlichen Betrieb bestimmten Flächen vorgenommen werden.“ (§ 10 Abs. 3 Satz 2 ThürWaldG n. F.)

Die klare Intention des Gesetzgebers ist der Ausschluss von Windenergieanlagen im Wald ([Gesetzesbegründung, Plenarprotokoll 7/102 S. 29, Frage 25 im Fragenkatalog im Anhörungsverfahren](#)). Mit den genann-

ten Regelungen sollen die Voraussetzungen zum Erhalt einer vorhabenbezogenen Waldumwandlungsgenehmigung erhöht werden. Befasst man sich ernsthaft mit der Energiewende ist allerdings klar, dass die Flächenverfügbarkeit eines der größten [Probleme für die Windenergienutzung](#) darstellt. Dabei muss Thüringen bis 2032 die Vorgabe des Bundes aus dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG, BGBl. I 2022, S. 1353) erfüllen und 2,2 % seiner Landesfläche für die Windenergienutzung zur Verfügung stellen. Zurzeit sind in Thüringen lediglich 0,4 % ausgewiesen ([Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses, S. 30](#)). Die Landesregierung hat aus dem Grund damit begonnen, das [Landesentwicklungsprogramm fortzuschreiben](#), um die Bundesziele zu erfüllen. Der regressive Ansatz der Waldgesetzänderung steht dieser Zielverwirklichung entgegen, ganz zu schweigen von dem [wiederholten Dammbbruch](#) in Thüringen: Schon im September 2023 hatten CDU und FDP gemeinsam mit der AfD die [Senkung der Grunderwerbsteuer](#) gegen die Stimmen der Regierungskoalition im Landtag beschlossen.

Den Ländern verbleiben kaum Gesetzgebungsbefugnisse zur Beschränkung der Windenergienutzung

In der Rechtsprechung des BVerfG zeichnet sich eine Kontinuität zugunsten von Klimaschutz und Windenergieausbau ab. Insoweit steht der Beschluss zur Windenergienutzung im Wald vom 27.9.2022 in einer Reihe mit dem sog. Klima-Beschluss des BVerfG vom 24.3.2021 ([BVerfGE 157, 30-177](#)) und dem Beschluss vom 23.3.2022 zu Windenergie-Beteiligungsgesellschaften ([1 BvR 1187/17](#)). Danach leiste gerade der Ausbau der Windenergienutzung einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels und unterstütze zugleich die Sicherung der Energieversorgung, so das BVerfG ([LS. 3](#)).

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob dem Landesgesetzgeber überhaupt noch Spielräume zur Beschrän-

kung der Windenergienutzung bleiben. Da es keinen eigenständigen Kompetenztitel für das Waldrecht gibt, kommt neben dem Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, das der Bund abschließend geregelt hat, nur eine Regelung aufgrund des Naturschutzes und der Landschaftspflege gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG in Betracht. Das Gesetz sieht nun zwar keinen generellen Ausschluss der Windenergienutzung in Waldgebieten mehr vor. Wenn aber die Einschätzung zutrifft, dass die gesetzliche Regelung in vielen Fällen faktisch zum Ausschluss der Windenergienutzung im Wald führen wird, weil auch Landwirtschaftsflächen nicht mehr zur Aufforstung zur Verfügung stehen, gibt es wieder einen bodenrechtlichen Bezug, für den der Freistaat Thüringen keine Gesetzgebungskompetenz hat.

Auch für den Ausschluss von Landwirtschaftsflächen für die Aufforstung lässt sich ein bodenrechtlicher Bezug im Sinne der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht von der Hand weisen. Prägend erscheint auch hier eine Flächenzuweisung für eine bestimmte Nutzung, die eine andere Nutzung an diesem Standort im Wesentlichen ausschließt (LS. 1). Außerdem erscheint die Regelung in der Pauschalität zweckwidrig und mithin unverhältnismäßig. Zwar handelt es sich bloß um eine „Soll“-Bestimmung. Das darin angelegte intendierte Ermessen kann aber dazu führen, dass die zuständigen Forstbehörden die Inanspruchnahme etwa versiegelter Betriebsflächen oder landwirtschaftlich wenig ertragreicher Flächen für die Windenergienutzung versagen.

Demgegenüber zeichnen sich Regelungen im Bereich von Naturschutz und Landschaftspflege durch ihre spezifische Ausrichtung an den Schutzgütern Natur und Landschaft aus (LS. 2). Danach könne der Gesetzgeber auch die Errichtung von Windenergieanlagen bei einem überwiegenden Schutzbedürfnis des Waldes ausschließen, wenn ein über den generellen Bedarf nach unbebauter Natur und Landschaft hinaus gehender spezifischer Bedarf vorhanden ist, konkrete Teile von Natur und Landschaft wegen ihrer besonderen Funktion, Lage oder Schönheit zu erhalten oder auch zu entwickeln (LS. 21, 47 ff.). Es ist höchst zweifelhaft, dass die pauschale Einbeziehung der „Aufforstung von geschädigten Waldflächen“ oder die „Nutzung von Alternativflächen“ in die Abwägungsregelung oder das ebenfalls pauschale Aufforstungsverbot für Landwirtschaftsflächen diesem naturschutzrechtlichen Spezifitätserfordernis entsprechen. Das kann an dieser Stelle aber nicht abschließend bewert-

et werden. Dafür kommt es nach ständiger Rechtsprechung auf den unmittelbaren Regelungsgegenstand, den Normzweck und die Wirkung der Norm an (vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022 – 1 BvR 1187/17, Rn. 56 f.).

Gegen eine spezifisch naturschutzrechtliche Regelung dürfte etwa aus systematischer Sicht sprechen, dass nach §§ 9, 9a ThürWaldG bereits die Möglichkeit besteht, Waldumwandlungen einzuschränken oder diese bei Schutz- und Erholungswald gänzlich zu untersagen. § 9a ThürWaldG ermöglicht es beispielsweise, zur dauerhaften Erhaltung und Entwicklung naturnaher alt- und totholzreicher Flächen Waldgebiete ohne forstliche Nutzung auszuweisen. Daneben folgt bereits aus §§ 10 Abs. 3, 23 Abs. 1 ThürWaldG, dass in Anspruch genommene Waldflächen immer aufzuforsten sind. Es ist daher nicht ersichtlich, welchen weiteren spezifisch naturschutzrechtlichen oder landschaftspflegerischen Schutzbedarf die Abwägungsregelung oder das Aufforstungsverbot für Landwirtschaftsflächen abdecken sollen.

Klares und verbindliches Abwägungsregime im Bundeswaldrecht

Einen Weg für landesspezifischen Waldschutz hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 22.9.2022 aufgezeigt, auf den sich wohl nun die Befürworter der Gesetzesänderung stützen. § 9 BWaldG sieht vor, dass eine Waldumwandlung genehmigungsbedürftig ist. Nach Auffassung des BVerfG handelt es sich bei § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG um eine Ermächtigung des Landesgesetzgebers, die Prämissen der im BWaldG vorgegebenen Abwägung mit Blick auf besondere landestypische Waldschutzbedarfe zu präzisieren (Rn. 84) (sog. „Rahmenausfüllungskompetenz“). In Betracht kommen etwa angepasste Genehmigungsregeln oder auch die Festlegung weiterer schutzwürdiger Waldkategorien (Rn. 84). Zudem wäre die generalisierende Vorwegnahme eines Abwägungsergebnisses hinsichtlich „eines spezifischen Waldschutzbedarfs“ von § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG gedeckt (Rn. 86).

Eine weitere schutzwürdige Waldkategorie wollte der Landesgesetzgeber offensichtlich nicht implementieren, wie dies etwa der bayerische Gesetzgeber *zulässigerweise* mit der Kategorie „Bannwald“ getan hat (vgl. Art. 11 BayWaldG). Eine Präzisierung der Abwägungsregelung stellt § 10 Abs. 2 Satz 2 ThürWaldG n. F. auch nicht dar, schließlich statuiert § 9 BWaldG bereits eine Abwägungsregel, nach der spezifische forstrechtliche Interessen (Walder-

halt und -ökologie, Forstwirtschaft, Waldeigentum), aber auch die Interessen der Waldeigentümer zu einem Ausgleich zu bringen sind (Rn. 82, 84). Zudem folge bereits aus § 9 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 BWaldG, dass nicht alle abwägungserheblichen Belange gleichrangig seien, sondern mit Blick auf das Walderhaltungsgebot (§ 1 Nr. 1 BWaldG) dem Interesse der Allgemeinheit am Walderhalt als einem gewichtigen öffentlichen Belang grundsätzlich der Vorrang eingeräumt werde, sodass private Belange wie die des Waldbesitzers in der Regel dahinter zurückstehen müssen (VGH Kassel, Beschl. v. 10.2.2023 – 9 B 247/22.T, Rn. 16).

Bei der Neufassung der Abwägungsregelung könnte es sich allenfalls um die generalisierende Vorwegnahme eines Abwägungsergebnisses handeln. Allerdings wären die Möglichkeit einer Wiederaufforstung und etwaige Alternativenflächen im Einzelfall ohnehin in die jeweilige Interessenabwägung einzustellen. Folglich hat die geplante Änderung aus rechtlicher Sicht im besten Falle rein deklaratorischen Charakter; im schlechtesten Falle ist für die zuständige Forstbehörde die Rechtsfolge im Rahmen der Entscheidungsfindung nun völlig unklar. Zum pauschalen Windenergieanlagenverbot im Wald befand das BVerfG, dass eine generalisierende Vorwegnahme der Abwägung für sämtliche Waldflächen Thüringens „kaum sinnvoll möglich“ sei (Rn. 86). Hier scheint wiederum höchst zweifelhaft, dass nun mit dem pauschalen Verweis auf „geschädigte Waldflächen“ in der Neufassung des § 10 Abs. 2 Satz 2 ThürWaldG die vom BVerfG geforderte „spezifische Bewertung des Waldschutzbedarfes“, die „stark von der Situation und Lage“ des betroffenen Waldgebietes abhängt (Rn. 86), gelungen ist. Beachtlich dürfte insofern sein, dass 33,4 % der Landesfläche in Thüringen Waldfläche darstellt. Laut *Waldzustandsbericht 2022* sind nur 18 % der Bäume gesund, sodass sich die Regelung auf 82 % des Waldes erstrecken dürfte.

Darüber hinaus spielt bei der Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der Landesregelung auch das geltende Bundesrecht eine Rolle. Der Bundesgesetzgeber hat im letzten Jahr den Rechtsrahmen der Windenergienutzung sozusagen *generalüberholt*. Mit dem *WindBG* und den entsprechenden Vorschriften im *BauGB* (§§ 35, 245a, 249 BauGB) hat er nicht nur ein detailliertes Flächennutzungsregime für Windenergieanlagen erlassen. § 2 EEG 2023 bestimmt zudem, dass der Ausbau erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegt und in fachrechtlichen Abwägungsentscheidungen vor-

rangig zu behandeln ist. Laut Gesetzesbegründung zum EEG 2023 wirke diese Abwägungsdirektive auch explizit in forstrechtliche Abwägungsentscheidungen hinein (S. 159). Geht man nun mit der Einschätzung der thüringischen Gesetzgebungsorgane davon aus, dass die landesrechtliche Abwägungsregelung zu einer Beschränkung des Ausbaus der Windenergie in Wäldern führt, steht das der Bundesregelung in § 2 EEG 2023 diametral entgegen.

Mögliche Kompetenzausübungsschranken aus der Bundestreue und dem Grundsatz des widerspruchsfreien Verhaltens

Außerdem können sich im Verhältnis der Gesetzgebung von Bund und Ländern aus dem Grundsatz der Bundestreue (Art. 20 Abs. 1 GG) und aus dem bundesverfassungsgerichtlichen Postulat von der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird (Art. 20 Abs. 1 GG), Kompetenzausübungsschranken ergeben.

Hinsichtlich der Bundestreue (dazu *BVerfGE 12, 205, 254*) folgt daraus dann eine Sperrwirkung, wenn der Landesgesetzgeber seine Kompetenz offenbar missbraucht hat (vgl. *BVerwGE 114, 232, 240*). Anhaltspunkte dafür wären etwa, dass der Landesgesetzgeber mit der Waldrechtsänderung die vom Bund vorgegebenen Flächenziele für den Windenergieausbau vereiteln könnte, denn die Waldflächen in Thüringen leisten dazu einen maßgeblichen Beitrag. Interessant ist insofern auch, dass die Gesetzesinitiatoren im Gesetzgebungsverfahren unumwunden zugegeben haben, „gegen Windräder im Wald“ zu sein und dass der Gesetzentwurf in kausalem und zeitlichen Zusammenhang zur Entscheidung des BVerfG stehe (*Plenarprotokoll 7/102, S. 29*). Nicht zuletzt dadurch drängt sich der Eindruck auf, dass es sich bei der Waldrechtsnovelle um einen bloßen Umgehungsversuch der verfassungsrechtlichen Vorgaben handelt.

Die Systemgerechtigkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung könnten ebenfalls gegen die landesrechtlichen Regelungen sprechen. Danach sind alle rechtsetzenden Organe verpflichtet, ihre Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Vorschriften erreichen. Die Rechtsordnung dürfe nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich werden (*BVerfGE 98, 83, 97, LS. 3*). Problematisch erscheint insoweit, dass der Landesgesetzgeber nicht nur lenkend in die Gesamtkonzept-

tion des Bundes hinsichtlich der sachlichen Regelung der Windenergienutzung eingreift. Auch scheinen die einzelnen Abwägungsregelungen in § 2 EEG 2023 und § 10 Abs. 2 Satz ThürWaldG widersprüchlich. Erkennbar wird somit, dass der Landesgesetzgeber zusätzliche Hemmnisse für die bundes-immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren für die Windenergieanlagen aufstellt, die mittelbar auch auf die Flächenplanung durchschlagen werden.

Fazit

Die Pflicht zum Klimaschutz und zur Umsetzung der Energiewende trifft alle staatliche Gewalt und so auch die Bundesländer. Problematisch sind vor diesem Hintergrund Landesregelungen, die den Ausbau der Windenergie behindern. Dazu zählen u.a. fachrechtliche Steuerungsansätze wie die 4. Novelle des Thüringer Waldgesetzes. Zwar bleibt der Gesetzgeber ungeachtet der Recht-

sprechung des BVerfG berechtigt und verpflichtet, einen Ausgleich verschiedener widerstreitender Belange zu finden, dabei darf er aber keine Regelungen erlassen, die den für die Erreichung der Klima- und Energiewendeziele erforderlichen Ausbau der Windenergienutzung vereiteln.

Eine Gesamtwürdigung ergibt, dass der Bund mit den Regelungen im WindBG, BauGB und EEG ein detailliertes Flächennutzungsregime für die Windenergie im Außenbereich, so auch im Wald, errichtet hat. Waldschutz lässt sich im bestehenden Rechtsrahmen bereits über die Vorgaben des Naturschutzrechtes und Waldrechtes gebietsbezogen realisieren, die auch bei der Flächenplanung von Windnutzungsgebieten zu berücksichtigen sind. Eine Steuerung der Inanspruchnahme von Waldflächen für die Windenergie über die forstrechtliche Abwägung erscheint vor dem Hintergrund nicht sachgerecht und systemwidrig. Dem Landesgesetzgeber dürfte insoweit die Gesetzgebungsbefugnis fehlen.

Patrick Heinemann

Ein Grundrecht auf Verteidigung?

Zeitenwende und Wehrverfassung

doi: 10.59704/f85e3676a0bce0b9



„Alle Staatsverfassung ist ursprünglich Kriegsverfassung, Heeresverfassung“, schrieb der Verfassungshistoriker Otto Hintze auf dem Höhepunkt des Wilhelminismus.¹ Diese Worte dürften heute in den meisten Ohren fremd klingen. Das ist einerseits gut, weil eine Rückkehr des preußisch-deutschen Militarismus trotz mancher Unkenrufe nicht zu erwarten ist. Andererseits könnte das Fremden mit so einer Aussage einen Hinweis darauf geben, dass sich die deutsche Gesellschaft, ihre Politik, aber auch die Verfassungsrechtslehre mit einem wesentlichen Grundpfeiler von Staatlichkeit längere Zeit nicht beschäftigen mussten. Als Verteidigungsminister *Boris Pistorius* (SPD) zum Ende des Jahres 2023 forderte, die Bundeswehr müsse „kriegstüchtig“ werden, sorgte er damit auch bei manchen seiner Parteigenossen für Irritationen.² Doch der mangelhafte Zustand der Bundeswehr ist nicht bloß ein Politikum: Er genügt auch nicht den Anforderungen des Grundgesetzes an funktionsfähige Streitkräfte. Gute Gründe sprechen dafür, dass die Bürgerinnen und Bürger von ihrem Staat ein Mindestmaß an Verteidigungsfähigkeit sogar verfassungsrechtlich beanspruchen können.

Die Gewährleistung äußerer Sicherheit ist die vielleicht vornehmste Aufgabe des Staates überhaupt, eine Obligation, die er nicht nur gegenüber der deutschen Gesellschaft, sondern auch gegen sich selbst hat. Denn ohne äußere Sicherheit gibt es keinen Staat. „Das *protego ergo obligo* ist das *cogito ergo sum* des Staates“, wie *Carl Schmitt* zutreffend erkannte.³ Einem politischen Gemeinwesen, das seine innere Ordnung nicht nach außen verteidigen kann, droht über kurz oder lang die Ero-

sion, wenn nicht gar die Auslöschung. So gesehen ist die äußere Sicherheit eine Bedingung von Staatlichkeit, die auch der konkreten Staatsform – parlamentarisch-demokratisch, monarchisch, autoritär – vorgelagert ist. Das ist auch eine Legitimitätsfrage: Die Bürgerinnen und Bürger erwarten, dass der Staat, dessen Regeln und Gewalten sie Folge leisten sollen, sie vor äußeren Bedrohungen schützt. Hobbesianisch gesehen ist diese Gewährleistung Teil des Deals zwischen Bürgern und Souverän.⁴ Wird sie nicht eingehalten, schwindet das Vertrauen der Bürger, gefährdet der Staat seine Legitimität – lange bevor es überhaupt zu seiner Vernichtung von außen kommen kann.

Der Maßstab des Grundgesetzes

Jenseits der Staatstheorie misst auch die konkrete Verfassung des Grundgesetzes der äußeren Sicherheit bei näherer Betrachtung keine untergeordnete Bedeutung bei. Zwar erlangte die zunächst nur teilsouveräne Bundesrepublik erst ein paar Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ihre Wehrhoheit: Die Londoner Akte vom 03.10.1954 beseitigte das Besatzungsstatut über Westdeutschland, erst vor diesem Hintergrund konnte der verfassungsändernde Gesetzgeber in den Jahren 1954 und 1956 die zentralen wehrverfassungsrechtlichen Bestimmungen in das Grundgesetz einfügen.⁵ Auch aus diesen verfassungshistorischen Gründen nehmen die Vorschriften über die Streitkräfte als ein maßgebliches Instrument der äußeren Sicherheit zumindest systematisch keine herausgehobene Stellung im Grundgesetz ein. Art.

¹ Otto Hintze, Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte, Band 1, Göttingen 1962, S. 53; siehe auch die Äußerungen des nationalliberalen Abgeordneten von Rudolf v. Bennigsen, Verhandlungen des Reichstags, I. Session 1874, Band 2, S. 754.

² Kristina Dunz, „SPD-Fraktionschef Mützenich: Mehr über Frieden sprechen als über Krieg“, rnd.de vom 26.12.2023, <https://www.rnd.de/politik/rolf-muetzenich-mehr-ueber-frieden-sprechen-als-ueber-krieg-RPSUSLOILVHFNIVNJUBZ5C2PJU.html>.

³ Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, Berlin 1991, S. 53.

⁴ Siehe Thomas Hobbes, Leviathan, Oxford 1909, S. 170.

⁵ Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26.04.1954, BGBl. I S. 45; Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19.03.1956, BGBl. I S. 111.

⁶ Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24.06.1968, BGBl. I S. 709.

87a Abs. 1 Satz 1 GG – in seiner heutigen Fassung 1968 geschaffen⁶ – erklärt jedoch prägnant und unmissverständlich: „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf.“ Damit ist nicht nur die Zuständigkeit des Bundes geregelt.⁷ Die Vorschrift legt auch den Zweck der Unterhaltung deutscher Streitkräfte auf die Verteidigung der Bundesrepublik und ihrer Länder nach außen fest („zur Verteidigung“). Sie beinhaltet einen staatlichen Gewährleistungsauftrag, eine institutionelle Garantie der Streitkräfte sowie eine Grundentscheidung zur militärischen Selbstbehauptung.⁸ Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Streitkräfte haben Verfassungsrang.⁹ Streitkräfte, die nicht verteidigen können, sind nutzlos und teuer.

Was aber ist der genaue Inhalt dieses Gewährleistungsauftrags, welche Streitkräfte verlangt das Grundgesetz vom Bund? Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG, wonach sich zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge der Organisation aus dem Haushaltsplan ergeben müssen, bezweckt nicht nur eine besondere parlamentarische Kontrolle, indem er gesteigerte Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung des „Einzelplans 14“ (Haushalt des BMVg) stellt. Vielmehr räumt die Vorschrift dem einfachen Gesetzgeber auch einen weiten Gestaltungsspielraum bei der konkreten Ausgestaltung von Größe und Struktur der Streitkräfte ein. Insbesondere verlangt das Grundgesetz keine Wehrpflicht, es eröffnet dem parlamentarischen Gesetzgeber hierzu lediglich die Möglichkeit, wie das BVerfG im Jahr 1978 entschieden hat. Verfassungsrechtlich zulässig ist auch eine Freiwilligenarmee, wie wir sie heute haben – solange die von der Verfassung geforderte militärische Landesverteidigung und die Funktionstüchtigkeit der Streitkräfte gewährleistet bleiben.¹⁰ Damit ist die wesentliche Grenze des gesetzgeberischen Spielraums bei der Organisation der Streitkräfte markiert.

Das leitet zu der Frage über, ob die Verteidigungsanstrengungen des Bundes, insbesondere der aktuelle Zu-

stand der Bundeswehr, diesen Anforderungen genügen. Die Antwort hängt maßgeblich von der Bedrohungslage ab, in der sich Deutschland zu Beginn des Jahres 2024 wiederfindet: Russland hat vor nunmehr rund zehn Jahren seinen heißen Angriffskrieg gegen die Ukraine begonnen, dessen vorläufiger Höhepunkt die seit dem Februar 2022 andauernden großen militärischen Operationen sind. Doch man müsste mit Blindheit geschlagen sein, wollte man nicht erkennen, dass der Kreml im Rahmen seiner neoimperialen, revanchistischen Bestrebungen längst einen hybriden Krieg auch gegen uns führt. Russische Trollarmeen und Bots fluten die sozialen Medien und verbreiten dort Desinformationen, die zur Destabilisierung unserer Gesellschaft sowie zur Entzweiung Europas und der USA beitragen sollen. Putins Regime versuchte wiederholt, auf westliche Wahlen und Abstimmungen Einfluss zu nehmen. Mutmaßlich russische Hacker griffen im Jahr 2015 im Auftrag des Militärgheimdienstes GRU die IT-Systeme des Bundestags an.¹¹ Russland versuchte seit Ende der 1990er Jahre, Deutschland und andere europäische Staaten in eine strategische Abhängigkeit von seinen Rohstofflieferungen zu manövrieren und im Jahr 2022 – allen gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz – Gas als Waffe einzusetzen, um insbesondere die Bundesrepublik von ihrer Unterstützung der Ukraine abzuhalten.¹² Der Kreml unterstützt nachweislich demokratiefeindliche, extreme Parteien wie die AfD und den Rassemblement national, und das seit Jahren.¹³ Nachrichtendienste der Russischen Föderation entfalten seit dem Großangriff auf die Ukraine Aktivitäten gegen den Westen von außergewöhnlich hohem Ausmaß.¹⁴ Führende Expertinnen und Experten für Sicherheitspolitik und auch Verteidigungsminister *Pistorius* gehen inzwischen davon aus, dass Russland sich durch seine Erfolge in Tschetschenien, Georgien, Syrien und der Ukraine ermutigt fühlen könnte, in den kommenden Jahren

⁷ Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 08/2023, Art. 87a Rn. 68.

⁸ Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 08/2023, Art. 87a Rn. 65 und 72 f.

⁹ BVerfGE 48, 127 (159 f.); Epping, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 08/2023, Art. 87a Rn. 2.

¹⁰ BVerfGE 48, 127 (160 f.).

¹¹ Patrick Beuth/Kai Biermann/Martin Klingst/Holger Stark, „Merkel und der schicke Bär“, Zeit.de vom 11.05.2017, <https://www.zeit.de/2017/20/cyberangriff-bundestag-fancy-bear-angela-merkel-hacker-russland>.

¹² Reinhard Bingener/Markus Wehner, Die Moskau-Connection, München 2023, passim.

¹³ Benjamin Bidder/Philipp Wittrock, „Das rechte Netz des Kreml“, Spiegel.de vom 24.11.2014, <https://www.spiegel.de/politik/ausland/afd-und-front-national-putin-umwirbt-europas-rechtspopulisten-a-1004746.html>.

¹⁴ Andrei Soldatov/Irina Borogan, „The Rebirth of Russian Spycraft“, ForeignAffairs.com vom 27.12.2023, <https://www.foreignaffairs.com/russian-federation/rebirth-russian-spycraft>.

auch NATO-Territorium wie etwa die baltischen Staaten oder Polen mit konventionellen Streitkräften anzugreifen. Diese Gefahr würde wohl bedeutend größer, sollte sich Russland in der Ukraine durchsetzen.¹⁵ Unverhohlen drohen Propagandisten des russischen Staatsfernsehens, aber auch Kreml-Vertreter wie Dmitrij Medwedew europäischen Hauptstädten bereits mit der nuklearen Auslöschung.¹⁶ Eine Streitschrift der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik vom November 2023 geht davon aus, dass der Bundesrepublik ein Zeitfenster von sechs bis zehn Jahren verbleibt, bis Russland genug Kraft für ein militärisches Vorgehen im Baltikum gesammelt hat.¹⁷ Sollte *Donald Trump* die nächsten US-Präsidentenwahlen gewinnen, könnte zudem die Beistandsbereitschaft der USA wanken. Kurzum: Die Lage ist ernst.

Alles spricht dafür, dass der Bund und seine Streitkräfte dieser sicherheitspolitischen Lage nicht gewachsen sind und es auch für längere Zeit nicht sein werden.¹⁸ Der Zustand der Bundeswehr ist materiell wie personell nur als völlig defizitär zu beschreiben. Ihr fehlen ganze Fähigkeitskategorien, die sich in Russlands Krieg gegen die Ukraine als wesentlich erwiesen haben. Die Heeresflugabwehrtruppe mit ihren in die Jahre gekommenen Gepard-Panzern etwa löste Verteidigungsminister *Thomas de Maizière* (CDU) im Jahr 2012 ersatzlos auf. Fähigkeiten, mit und gegen Kleinst-Drohnen zu kämpfen, die aktuell das Gefechtsgeschehen in der Ukraine mitbestimmen, sucht man bei der Bundeswehr bislang noch vergeblich. Aber auch bei den althergebrachten Truppengattungen des Heeres sieht es finster aus: Die zur Verteidi-

gung des Bündnisses zugesagten Kontingente kann die Bundeswehr nur aufgrund eines „dynamischen Verfügbarkeitsmanagements“ stellen, was nichts anderes als ein Euphemismus für eine Mängelverwaltung ist, bei der das erforderliche Material aus verschiedenen Truppenteilen zusammengeklaut werden muss. Die heute ohnehin nur noch wenigen Gefechtsverbände des Heeres existieren teilweise sogar nur auf dem Papier, denn tatsächlich ausgestattet sind sie lediglich zu etwa 60 %. So ist auch bei der von Deutschland zur Verteidigung Litauens zugesagten Brigade – ein Prestigeprojekt von Minister Pistorius – noch längst nicht sichergestellt, dass ihr hinreichend Personal und Material zur Verfügung stehen werden.¹⁹ Dabei stellt eine solche Brigade mit ihren rund 5.000 Soldatinnen und Soldaten lediglich den kleinsten der verschiedenen militärischen Großverbände dar, die zu selbständigen militärischen Operationen fähig sind. Ihre Kampfkraft ist entsprechend begrenzt: Allgemein geht man davon aus, dass eine Heeresbrigade einen Streifen von etwa 30 km verteidigen kann. Immerhin die Luftwaffe kann sich bald über 35 neue F-35-Kampffjets als Ersatz für ihre in die Jahre gekommenen Tornados freuen, erreicht damit aber nicht annähernd die Zahl von Mehrzweckkampflugzeugen, über die sie noch in den 1990ern verfügte. Und die Marine? Zwar können die neuesten Fregatten der Baden-Württemberg-Klasse wunderbar Piraten jagen und Schiffbrüchige retten, nicht aber in der klassischen Landes- und Bündnisverteidigung gegen einen ebenbürtigen maritimen Feind bestehen – nicht wenige bezeichnen sie spöttelnd als größere Patrouillenboote.²⁰

Sorgen müssen auch die ausgedünnten Munitions-

¹⁵Nico Lange/Carlo Masala, „Was, wenn Russland gewinnt?“, Zeit.de vom 19.11.2023, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2023-11/krieg-ukraine-russland-wladimir-putin-sieg-europa>; NDR-Podcast „Streitkräfte und Strategien“, Tag 667 mit Claudia Major: „Die Tragik der Zeitenwende“, <https://www.ndr.de/nachrichten/info/Die-Tragik-der-Zeitenwende-Tag-667-mit-Claudia-Major,audio1536208.html>; Tobias Eßer, „Verteidigungsminister Pistorius: ‚Das ist nicht bloß Säbelrasseln‘“, T-Online.de vom 17.12.2023, https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id_100304124/russland-verteidigungsminister-pistorius-will-putins-drohungen-ernst-nehmen.html.

¹⁶Florian Naumann/Eileen Kelpke, „Medwedew droht Nato und Ukraine mit Atomschlag: ‚Es gibt keinen anderen Ausweg‘“, Merkur.de vom 02.08.2023, <https://www.merkur.de/politik/gegenoffensive-telegram-drohung-russland-atomwaffen-medwedew-ukraine-krieg-nato-92431635.html>.

¹⁷Christian Mölling/Torben Schütz, „Den nächsten Krieg verhindern“, DGAP Policy Brief Nr. 32, November 2023, S. 1 und 4.

¹⁸Ausführlich Carlo Masala, *Bedingt abwehrbereit*, München 2023, S. 11 ff.

¹⁹Thomas Wiegold, „Warnung vom Heeresinspekteur: Litauen-Brigade verschärft Materialprobleme des Heeres“, Augen geradeaus! vom 26.12.2023, <https://augengeradeaus.net/2023/12/warnung-vom-heeresinspekteur-litauen-brigade-verschaerft-materialprobleme-des-heeres/>; Tatjana Tricarico, „Zweifel an Litauen-Brigade“, taz.de vom 26.12.2023, <https://taz.de/Bundeswehr-schlecht-ausgestattet/!5979328/>.

²⁰Gernot Kramper, „Unsere neue Super-Fregatte – noch nicht im Dienst und schon veraltet“, Stern.de vom 18.01.2017, <https://www.stern.de/digital/technik/fregatte-typ-f125-baden-wuerttemberg-noch-nicht-in-dienst-und-schon-veraltet-7287504.html>.

bestände bereiten: Allgemein wird davon ausgegangen, dass Heer und Luftwaffe aktuell nach nur wenigen Gefechtstagen ihre Vorräte verschossen hätten.²¹ Besonders prekär sieht es beim Personalersatz aus: Schon jetzt kann die auf rund 180.000 Soldaten geschrumpfte Truppe, die sich seit Aussetzung der Wehrpflicht im Jahr 2011 allein aus Freiwilligen rekrutiert, ihren Bedarf kaum decken.²² Er würde um ein Vielfaches steigen, sollte die Bundeswehr in hochintensive Gefechte verwickelt werden, bei denen pro Tag mit mehreren hundert gefallenen oder verwundeten Soldatinnen und Soldaten zu rechnen wäre. Aufwuchs- und durchhaltefähig für einen Verteidigungskrieg gegen Russland wäre die Bundeswehr daher aller Wahrscheinlichkeit nach nur, wenn die Wehrpflicht – sei es auch in einer deutlich modifizierten Form²³ – wieder eingeführt würde, so dass die Streitkräfte kurz-, mittel- und langfristig auf ein Reservoir von zumindest teilausgebildeten Reservisten zurückgreifen könnten. Schließlich fehlt es der Bundesrepublik jenseits der eigentlichen Streitkräfteorganisation noch immer an einem wirksamen Ansatz zur Gesamtverteidigung, der insbesondere Maßnahmen des Zivilschutzes, der Cyberabwehr sowie das Vorhalten und den Schutz verteidigungsrelevanter Infrastruktur beinhaltet. Jahrzehntlang wurde die Bundeswehr derart kaputtgespart, dass sich auch das durch Art. 87a Abs. 1a GG legitimierte Sondervermögen von immerhin 100 Mrd. Euro leider nur als Tropfen auf den heißen Stein erweist. Die oft gerühmte Friedensdividende – sie war in Wahrheit nur eine schwere Hypothek auf Deutschlands äußere Sicherheit.

Gleicht man die sicherheitspolitische Bedrohungslage mit dem Zustand des deutschen Militärs ab, ist das Ergebnis eindeutig: Organisation, Größe und Ausstattung der Bundeswehr genügen nicht dem verfassungsmäßigen Auftrag des Bundes aus Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG, Streitkräfte zur Verteidigung aufzustellen. Dieses Defizit ist

verfassungswidrig.

Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Verteidigung?

Welche Konsequenzen ergeben sich aus diesem Befund? Folgt aus dem Auftrag des Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG, Streitkräfte zur Verteidigung aufzustellen, auch ein verfassungsrechtlicher Individualanspruch auf funktionsfähige Verteidigung?

Der Ansatz, aus der Gesamtschau der Grundrechte ein „Grundrecht auf Sicherheit“ zu konstruieren – ursprünglich von *Josef Isensee* entwickelt und von Innenminister *Otto Schily* (SPD) nach den Anschlägen des 11. September wiederaufgegriffen – konnte sich jedenfalls *prima facie* nicht durchsetzen, zumindest nicht umfassend.²⁴ Und bei der hier maßgeblichen Vorschrift des Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG wird man mit der wohl überwiegenden Auffassung davon ausgehen müssen, dass es sich dabei für sich betrachtet um rein objektives Verfassungsrecht handelt.²⁵ Doch eines ist klar: Ohne Gewährleistung äußerer Sicherheit durch funktionsfähige Streitkräfte kann der Staat des Grundgesetzes dauerhaft auch keinen Grundrechtsschutz garantieren. Ist dieser subjektive Grundrechtsschutz, den die verfassungsrechtlich objektiv gebotenen Verteidigungsanstrengungen vermitteln, wirklich bloß deren unbeabsichtigter Reflex? Dass zwischen dem objektiven Gewährleistungsgehalt des Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG und dem individuellen Freiheitsschutz ein enger Zusammenhang bestehen könnte, kommt vielleicht am besten in der militärischen Eides- und Gelöbnisformel zum Ausdruck, „das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen“ (§ 9 Soldatengesetz). Recht und Freiheit wollen, ja müssen verteidigt werden.

Die Rechtsprechung des BVerfG hat sich offen dafür gezeigt, primär objektive Verfassungsnormen in bestimmten Konstellationen „subjektiv-rechtlich aufzuladen“.²⁶ Ansätze solcher Verfassungsrechtsfortbildung

²¹Thorsten Jungholt, „Pistorius muss sich fragen, ob er nicht langsam auch in harter Währung liefern muss“, Welt.de vom 03.07.2023, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article246053616/Munition-fuer-die-Bundeswehr-Pistorius-muss-sich-fragen-ob-er-nicht-langsam-auch-in-harter-Waehrung-liefern-muss.html>.

²²Christian Mölling/Torben Schütz, „Den nächsten Krieg verhindern“, DGAP Policy Brief Nr. 32, November 2023, S. 9.

²³Hierzu etwa Christian Rath, „Schwedisches Modell nur mit Grundgesetzänderung“, LTO.de vom 27.12.2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/schwedisches-modell-in-deutschland-personal-bundeswehr-wehrpflicht-verfassung/>.

²⁴Einen Überblick bietet die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes „Zum ‚Grundrecht auf Sicherheit‘“ vom 04.06.2008, Az. WD 3 – 3000 – 180/08, <https://www.bundestag.de/resource/blob/423604/6bc141a9713732fc4bb4334b6d02693b/wd-3-180-08-pdf-data.pdf>.

²⁵Manfred Baldus/Sebastian Müller-Franken, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 87a Rn. 34; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 87a Rn. 3.

²⁶Eine schillernde Wendung aus BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 –, juris Rn. 16.

brachte etwa die Rechtsprechung zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Souveränitätsdelegation an die Europäische Union im Rahmen von Individualverfassungsbeschwerden, die sich auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG stützten.²⁷ Einen richtig großen Sprung in dies Richtung machte aber die Klimaschutz-Entscheidung des Jahres 2021, die aus einer Zusammenschau mehrerer Grundrechte (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 14 Abs. 1 GG) unter Berücksichtigung des in Art. 20a GG enthaltenen Staatsauftrags, in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, einen subjektiven Schutzanspruch des Einzelnen gegen den Staat auf intertemporale Freiheitssicherung gegenüber den Gefahren des Klimawandels ableitete.²⁸

Dieses vom Bundesverfassungsgericht identifizierte Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung vermittelt – bei aller rechtspolitischen Berechtigung – durchaus ein sektorales Grundrecht auf Sicherheit, indem es aus der Schutzdimension der Grundrechte vor dem Hintergrund des objektiven Staatsauftrags des Art. 20a GG einen Individualanspruch auf staatliche Prävention von Gefahren des Klimawandels herleitet. Der besondere Gewährleistungsgehalt dieses Grundrechts ist nicht freiheits-, sondern gefahrenspezifisch. Es soll der klimawandelbedingten Beeinträchtigungen sämtlicher Freiheitsrechte vorbeugen unabhängig davon, welcher freiheitliche Gewährleistungsgehalt in Zukunft betroffen sein könnten. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den klassischen Freiheitsrechten des Grundgesetzes, bei denen die herrschende Dogmatik von einem persönlichen wie sachlichen Schutzbereich ausgeht und die Abwehrfunktion nicht von der Richtung her bestimmt, aus der die Freiheitsbeeinträchtigung kommt.

Ist es abwegig, einen in seiner Konstruktion entsprechenden Anspruch auf Gewährleistung einer funktionsfähigen Verteidigung aus einer Gesamtschau der Grundrechte in Verbindung mit dem objektiven Verfassungsauftrag des Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG herzuleiten? Ein solcher Gewährleistungszusammenhang ist zumindest nicht weniger offenkundig als bei Art. 20a GG. Auch intertempo-

ralen Freiheitsschutz vor den Gefahren des Klimawandels kann der Staat des Grundgesetzes letztlich nur gewährleisten, wenn er weiterexistiert und nicht von außen niedergedrungen wird. Und auch der Präventionsgedanke, der für die Klimaschutz-Entscheidung bestimmend war, wohnach späteren und umso intensiveren Grundrechtsbeeinträchtigungen vorgebeugt werden soll, greift hier: Denn Zweck der Verteidigungsfähigkeit ist es, Krieg durch Abschreckung zu verhindern – Krieg führen können, um nicht Krieg führen zu müssen.²⁹ *Si vis pacem, para bellum*.

Kann die Erwartung, vom Bund verteidigt werden zu können, ultimativ nicht mit Verfassungsrechtsbehelfen durchgesetzt werden, wäre zu klären, in welchen verfassungsprozeduralen Bahnen dieser Konflikt stattdessen gelöst werden könnte. Denn der Befund, dass die Bundesrepublik nach außen weitgehend wehrlos ist, ist keine Lappalie, sondern rührt an die Grundlagen ihrer Legitimität. Das spüren unmittelbar zunächst die Angehörigen der Streitkräfte: Sie befinden sich in einem gegenseitigen Treueverhältnis zum Bund, der sie im Verteidigungsfall aktuell allerdings „mehr oder weniger blank“ dastehen ließe, um die Formulierung des Heeresinspektors *Alfons Mais* vom Tag des Großangriffs auf die Ukraine am 24.02.2022 aufzugreifen.³⁰ Der verfassungswidrige Zustand der Streitkräfte, ihre unzureichende Fähigkeit zur effektiven Verteidigung und das damit einhergehende Legitimitätsproblem betrifft aber uns alle: „The Obligation of Subjects to the Sovereign, is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is able to protect them“, heißt es schon in *Thomas Hobbes Leviathan*.³¹ Für den *Hobbes*-Fan *Carl Schmitt* war eine „vernünftige Legitimität oder Legalität ohne den Zusammenhang von Schutz und Gehorsam“ geradezu unvorstellbar.³² Wie dieses Legitimitätsproblem verfassungsrechtlich moderiert werden kann, ist heute (wieder) eine zunehmend drängende Frage. Ob es ein Grundrecht auf Verteidigung gibt und wie defizitär der Zustand der Streitkräfte sein muss, damit es greift – das kann nur das BVerfG beantworten.

²⁷ BVerfGE, 89, 155 (171 f.); 123, 267 (329 f.); 129, 124 (167 ff.).

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, juris Rn. 183 ff.; instruktiv hierzu Schlacke, NVwZ 2021, 912.

²⁹ Hierzu aktuell Christian Mölling/Torben Schütz, „Den nächsten Krieg verhindern“, DGAP Policy Brief Nr. 32, November 2023.

³⁰ Christoph Straub, „Heeresinspekteur kritisiert deutsche Verteidigungspolitik: ‚Bundeswehr steht mehr oder weniger blank da‘“, [Tagesspiegel.de vom 24.02.2022](https://www.tagesspiegel.de/vom-24.02.2022).

³¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford 1909, S. 170.

³² Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin 1991, S. 53.

Kai Ambos

Eine überfällige, aber unvollständige Reform



Zum Regierungsentwurf über eine Reform des Völkerstrafrechts

doi: 10.59704/9203f7c696bf2dc2

Die Bundesregierung hat am 1.11.2023 ihren [Regierungsentwurf](#) (RegE) zur Reform des Völkerstrafrechts vorgelegt und der Bundestag hat ihn am 30.11.2023 in erster Lesung beraten ([Drs. 20/9471](#)). Nun ist der [federführende Rechtsausschuss](#) am Zug! Der RegE sieht vor allem Änderungen des VStGB, der StPO sowie des GVG vor, um „Strafbarkeitslücken zu schließen, Opferrechte zu stärken und die Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Prozesse und Urteile zu verbessern.“ (S. 10). Er schweigt aber zum zentralen Grundsatz der (funktionalen) Immunität. Diese Lücke sollte im Gesetzgebungsverfahren geschlossen werden.

Punktuelle Anmerkungen

Der Entwurf ist ausführlich und im Wesentlichen überzeugend begründet, weshalb hier einige punktuelle Anmerkungen genügen sollen.

Die *heutige* „Vorreiterrolle“ Deutschlands bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen wird zu Recht betont (RegE, S. 10). Das war keineswegs immer so. Der Verfasser erinnert sich noch gut an Sitzungen der von der damaligen Bundesjustizministerin Däubler Gmelin eingesetzten [VStGB-Expertenarbeitsgruppe](#) und an Veranstaltungen des [AK Völkerstrafrecht](#), in denen sich vor allem die Vertreter der Bundesanwaltschaft dem Vorhaben eines deutschen Völkerstrafrechts gegenüber überaus skeptisch zeigten und bestrebt waren, das materiell absolute Weltrechtsprinzip (§ 1 VStGB) möglichst einschränkend auszulegen oder irgendwie rechtlich einzuschränken. Das ist dann mit der prozessualen Steuerungsnorm des § 153f StPO gelungen, die maßgeblich auf den Einfluss der Bundesanwaltschaft zurückgeht. Heute hingegen zählt das Völkerstrafrecht – neben Terrorismus, Spionage und Revisionsrecht – zu einem der [Hauptarbeitsfelder](#) der Behörde. Bedauerlich ist es vor diesem Hintergrund aber, dass der Entwurf die Stellung des GBA nicht durch Aufhebung des externen, ministeriellen Wei-

sungsrechts stärkt.

Die geplanten materiellrechtlichen Ergänzungen sind allesamt überzeugend und meist auch erforderlich. So vollzieht etwa die Kriminalisierung des sexuellen Übergriffs zum einen die völkerstrafrechtliche Entwicklung mit ihrem stärkeren Fokus auf sexuelle Gewalt (vor allem in bewaffneten Konflikten) nach und erfasst insbesondere auch Fälle, die unter den – aus Bestimmtheitsgründen problematischen – Auffangtatbestand von Art. 7 Abs. 1 (g), Abs. 2 (f) fallen („jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere“). Zum anderen stellt die Änderung auch einen Gleichlauf mit (dem geänderten) § 177 (Abs 1, 2) StGB her, der den sexuellen Übergriff primär als Angriff auf (sexuelle) Selbstbestimmung und Willensfreiheit versteht. Die „sexuelle Sklaverei“ steigert das Unrecht der einfachen Sklaverei (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB). Beim Verschwindenlassen ist der Verzicht auf das Nachfrageerfordernis nicht nur völker(straf)rechtlich geboten (es findet sich weder in Art. 7 Abs. 2 (i) des [Statut des Internationalen Strafgerichtshofs](#) [IStGHS] noch in Art. 2 der [Konvention zum Verschwindenlassen aus 2006](#)), sondern auch sachlich gerechtfertigt. Die Pflicht der Auskunftserteilung ergibt sich aus dem (straf)rechtswidrigen Vorverhalten des Staates oder der Organisation, die eine Person der Freiheit beraubt hat; sie muss also nicht erst durch eine Nachfrage der Angehörigen o.a. Bezugspersonen ausgelöst werden. Ein solches Nachfrageerfordernis verkennt auf die kriminologische Realität des Verschwindenlassens. Das Opfer und seine Angehörigen sehen sich hier regelmäßig einem organisierten Machtapparat gegenüber, dessen Infragestellung durch Nachfragen entweder lebensgefährlich ist oder ganz und gar sinnlos, weil keine (wahren) Auskünfte zu erwarten sind. Auch die Kriminalisierung des Verschwindenlassens als Einzeltat (§ 234b neu StGB) ist überzeugend. Zwar ist das Verhalten schon von anderen Tatbeständen erfasst (insbesondere §§ 234a, 235, 239–239b, ggf. §§ 211, 212, 223 ff. StGB), das spezifische Unrecht der Tat wird aber nur durch einen

eigenständigen Tatbestand abgebildet. Freilich gilt dieses Argument auch für andere völkerrechtliche (Einzel-)Verbrechen, allen voran die Folter (vgl. Art. 4 der [UN-Konvention von 1984](#)), bezüglich derer Deutschland bislang von einer spezifischen Kriminalisierung u.a. deshalb abgesehen hat, weil sie ja schon von anderen Tatbeständen erfasst seien. Strafanwendungsrechtlich unterfällt der neue § 234b StGB aufgrund der völkervertraglichen Grundlage dem Weltrechtsprinzip über § 6 Nr. 9 StGB.

Methodisch kritisch kann man den wiederholten Rekurs auf das Völkergewohnheitsrecht (VGR) sehen, zumal gleichberechtigt neben dem IStGHS als völkerrechtlichem Vertrag, wobei anzuerkennen ist, dass er zur völkerrechtlichen Absicherung der Kriminalisierung dient. Meine Skepsis rührt daher, dass ja schon die Begründung von VGR, gerade wenn es um völkerrechtliche Verbrechen geht, keineswegs ein leichtes Unterfangen ist; gleichwohl wird das Konzept in der völkerstrafrechtlichen Judikatur nachgerade inflationär gebraucht, ohne das dabei auch nur ansatzweise eine Auseinandersetzung mit den schwierigen Entstehungsvoraussetzungen und –bedingungen von VGR stattfindet (zu den Ergebnissen des entsprechenden Beratungsprozesses der UN-Völkerrechtskommission [International Law Commission, ILC] s. [hier](#)). Ebenso wenig ist der Verweis auf das IStGHS als Quelle und Grund von VGR unproblematisch, handelt es sich bei einem völkerrechtlichen Vertrag doch um eine gegenüber VGR eigenständige Rechtsquelle (Art. 38 Abs. 1 (a) und (b) [IGH-Statut](#)) und ist es durchaus strittig, ob und inwieweit daraus VGR abgeleitet werden kann (dazu [ILC-Conclusion 11](#), insbesondere Abs. 2).

Die Erweiterung der Nebenklage auf (bestimmte) völkerrechtliche Verbrechen klärt zunächst die aufgrund der Öffnungsklausel (§ 395 Abs. 3 StPO) bislang unsichere Rechtslage, denn danach ist der Anschluss als Nebenkläger von den „schweren Folgen der Tat“ abhängig und damit unsicher. Die explizite Erweiterung ist überfällig, denn die (ausländischen) Opfer dieser Verbrechen sind besonderen Belastungen ausgesetzt, die prozessuale Beteiligung sowie anwaltlichen und psychologischen Beistand erforderlich machen. Das rechtfertigt es auch und gerade, den Genozid als nebenklagefähiges Delikt anzuerkennen und zwar ungeachtet seines strittigen individualschützenden Charakters (offenlassend [BGH Beschluss v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22](#), Rn. 56). Allerdings lässt sich über die Nichtberücksichtigung der Eigentumsdelikte (§ 9

VStGB) streiten, denn die besondere Schutzbedürftigkeit der Opfer ergibt sich insoweit schon daraus, dass es um Kriegsverbrechen, also Taten während eines bewaffneten Konflikts, geht. Im Übrigen wird hier auch – wie bei Taten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit – ein wichtiges Individualrechtsgut angegriffen. Kritikwürdig ist allerdings die Beschränkung der aktiven Beteiligung des Opfers auf den Beistand (§ 397b Abs. 4 n.F. StPO) und die damit verbundene Schlechterstellung gegenüber sonstigen nebenklageberechtigten Opfern, die ihre Verfahrensrechte gemäß § 397 Abs. 1 S. 3, 4 (weiter) selbst ausüben können; dabei ist aber zu beachten, dass die Beschränkung nicht greift, wenn die Nebenklagebefugnis nicht „nur“ (§ 397b Abs. 4 n.F.) auf VStGB-sondern zugleich auch auf StGB-Tatbestände gestützt werden kann. Zumindest diskussionswürdig ist die regelhafte Annahme gleichgelagerter Interessen und damit gemeinschaftliche anwaltliche Vertretung von Opfern völkerrechtlicher Verbrechen bei „gleiche[m] Lebenssachverhalt“ (prozessualer Tat) (§ 397b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 n.F.).

Die Streichung des Bezugs zur Bundesrepublik in § 169 Abs. 2 GVG stellt nun (endlich) klar, dass völkerstrafrechtliche Verfahren gerade über Deutschland hinausreichende zeitgeschichtliche Bedeutung haben. Die Anhebung der Speicherungs- und Aussonderungsprüffristen in § 77 Abs. 1, 2 BKAG erscheint als technische Marginalie, kann aber angesichts des häufig lange nach Tatbegehung liegenden Beginns völkerstrafrechtlicher Ermittlungen und deren Dauer entscheidend dafür sein, dass noch relevante Daten zur Verfügung stehen (RegE, S. 46 f.).

Der Elefant im Raum: keine Regelung funktioneller Immunität

Die Immunität stellt ein wichtiges Strafverfolgungshindernis bei völkerrechtlichen Verbrechen dar, vor allem wenn es sich um staatliche Führungstäter handelt. Zunächst ist zwischen der persönlichen Immunität (*ratione personae*), auf die sich nur höchste staatliche Repräsentanten (sog. Trias von Staatsoberhaupt, Regierungschef und Außenminister) berufen können, und der funktionellen Immunität (*ratione materiae*) für (hoheitliche) Diensthandlungen (*acta iure imperii*) zu unterscheiden. Während jene im zwischenstaatlichen Verhältnis – zur Sicherstellung des zwischenstaatlichen Verkehrs auf höchster exekutiver Ebene – grundsätzlich unbeschränkt gilt

und allenfalls im vertikalen Verhältnis (Staat zu internationalem Strafgericht) eine Einschränkung erfährt (so – nicht unstrittig – die IStGH-Rechtsmittelkammer s. [hier](#), para. 103 ff.), wird die funktionelle Immunität bei schweren völkerrechtlichen Verbrechen auch im zwischenstaatlichen (horizontalen) Verhältnis eingeschränkt. Das hat auf völkerrechtlicher Ebene die ILC in ihrem schon 2017 vorläufig verabschiedeten Artikel 7 eines entsprechenden [Vertragsentwurfs](#) (der dann 2022 in erster Lesung verabschiedet wurde) anerkannt. Diese Vorschrift schließt die funktionelle Immunität bei völkerrechtlichen Verbrechen – ohne das Aggressionsverbrechen (Begründung [hier](#), S. 239) – aus (s. amtlichen [Kommentar](#), S. 230 ff.). Der Entwurf wurde den Staaten am 3. August 2022 zur Einholung von Stellungnahmen vorgelegt (s. [hier](#), S. 189 ff.), zum 4. Januar 2024 haben 26 Staaten, darunter Deutschland, von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (s. [hier](#) „Comments by Governments“). Auf innerstaatlicher Ebene hat der BGH die Einschränkung der funktionellen Immunität bei Kriegsverbrechen (grausame oder unmenschliche Behandlung einer geschützten Person) eines niederrangigen Hoheitsträgers anerkannt ([BGH 28.1.2021 – 3 StR 565/19](#)). Der Senat hat insoweit „keine ernstzunehmenden Zweifel“, dass das geltende VGR eine solche Immunität ausschließt. Zugleich deutet er an, dass dieser Ausschluss nicht auf niederrangige Hoheitsträger und Kriegsverbrechen beschränkt ist. Die Entscheidung ist auf große Zustimmung gestoßen.

Vor diesem Hintergrund hätte sich die Bundesregierung unmissverständlich zugunsten einer Einschränkung funktioneller Immunität i.S.d. ILC-Entwurfs positionieren sollen (ebenso [ECCHR](#)). Dies ist leider nicht geschehen. In der oben genannten [Stellungnahme](#) werden zwar „Ausnahmen zur funktionellen Immunität *ratione materiae*“ als „*conditio sine qua non*“ der innerstaatlichen Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen anerkannt und auf die überwältigende nationale Gerichtspraxis („thousands of national court judgments“) verwiesen, doch am Ende dieses Absatzes nur von VGR „in status nascendi“ gesprochen und lediglich ein „Trend“ in diesem Sinne ausgemacht. Im folgenden Absatz wird dann zwar die genannte BGH-Entscheidung referiert, aber unter Betonung ihrer fallbezogenen Beschränkung auf niederran-

gige Hoheitsträger und Kriegsverbrechen, ohne die vom BGH angedeutete Erweiterung auch nur zu nennen; insoweit wird nur auf die entsprechende erweiternde Auslegung (im wissenschaftlichen Schrifttum) verwiesen („has been interpreted“), ohne sich diese aber zu eigen zu machen. Gleichwohl wird die BGH-Entscheidung dann abschließend als „wichtige deutsche Staatspraxis“ mit „erheblicher Tragweite“ („significant bearing“) für die Regierungspolition gewertet, was den Leser einigermaßen ratlos mit der Frage zurücklässt, warum sich die Bundesregierung dann nicht zu einer eindeutigeren, tatsächlich die BGH-Position und sonstige nationale Gerichtspraxis widerspiegelnde Stellungnahme hat durchbringen können. Völkerrechtspolitisch hätte das durchaus auf der Linie anderer Staaten gelegen: Von den o.g. 26 Staaten bekennen sich 18 eindeutig zu einer Einschränkung der Immunität,¹ klar dagegen sind lediglich sieben.²

Umso dringlicher erscheint es nun, dass der Gesetzgeber die immunitätsausschließende Position unmissverständlich gesetzlich absichert. Das GVG verweist insoweit ja nur auf das Völkerrecht (§ 20 Abs. 2) und dieses befindet sich eben – siehe die gerade genannten ILC-Beratungen und die Position der Bundesregierung – noch in der Entwicklung. Eine gesetzgeberische Klarstellung würde insoweit ein starkes Signal gegen Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen senden. Es entspräche der heutigen Vorreiterrolle Deutschlands. Damit erhebt sich Deutschland nicht über die völkerrechtliche Entwicklung, sondern bezieht eindeutig Stellung an einer entscheidenden Wegscheide, um diese Entwicklung in die richtige Richtung zu lenken. Deutschland leistete so seinen Beitrag zur Staatenpraxis. Ein entsprechender § 5a VStGB könnte wie folgt lauten:

*„Funktionale Immunität (Immunität *ratione materiae*) findet auf die in diesem Gesetz enthaltenen Verbrechen keine Anwendung.“*

Fazit

Es handelt sich um eine überfällige und im Wesentlichen überzeugende Reform. Der nun befasste Rechtsausschuss sollte sich jedoch mit den hier genannten Kritikpunkten unter Berücksichtigung der andernorts ([DRiZ 1/2024](#)) nachgewiesenen Stellungnahmen aus Wissenschaft und

¹ Estland, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Österreich, Polen, Rumänien, Schweiz, Ukraine (einschließlich Einbeziehung des Aggressionsverbrechens) sowie Norwegen (für fünf nordische Länder), Panama, Tschechien; i.E. wohl auch Niederlande; diff. bzw. skeptisch Japan, Malaysia, Marokko, Vereinigtes Königreich.

² Brasilien (!), Iran, Israel, Saudi-Arabien, Singapur, USA und Vereinigte Arabische Emirate.

Praxis eingehend auseinandersetzen. Insbesondere sollte die zitierte Rechtsprechung des BGH zur funktionellen Immunität und die dazu ergangene Völkerstrafrechtslehre gebührend Berücksichtigung finden. Sie sollte zu einem gesetzgeberischen Immunitätsausschluss bei den VStGB-Verbrechen im o.g. Sinne führen. Man kann nicht einerseits die Verfolgung völkerrechtlicher Kernverbrechen lautstark politisch fordern und die völkerstrafrechtliche Vorreiterrolle Deutschlands bei jedem Pressetermin betonen, aber andererseits die Strafverfolgungsbehörden

und die höchste Strafjustiz – die wahren Protagonisten des deutschen Völkerstrafrechts! – bei der Beseitigung wenigstens der funktionalen Immunität alleine lassen. Liebe Mitglieder des Rechtsausschusses, lieber Gesetzgeber, do the right thing now!

Es handelt sich um eine Kurzfassung eines mit zahlreichen Nachweisen in Heft 1/2024 der [DRiZ](#) erschienenen Beitrags, abrufbar [hier](#).

Norbert Paulo

Für eine Neuregelung der pandemiebedingten Triage

doi: 10.59704/98842fcd1ee327f1



Was tun, wenn in einer Notlage mehr Patienten intensivmedizinisch betreut werden müssen, als betreut werden können? Diese Frage klingt lange eher abstrakt und akademisch, wurde während der Covid-19-Pandemie aber erschreckend konkret und real. Wie sollen Ärzte also entscheiden, wer behandelt wird, wenn nicht alle, die eine Behandlung brauchen, versorgt werden können?

Noch 2020, dem Jahr, als Corona in Europa ausbrach, haben sich etliche Expertengruppen – von medizinischen Fachgesellschaften und ärztlichen Interessensvertretungen bis hin zum Deutschen Ethikrat – mit dieser Frage beschäftigt. Die allermeisten Empfehlungen stellten auf das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht ab. Demnach soll im Zweifel die Person behandelt werden, bei der die Wahrscheinlichkeit, aufgrund der Behandlung zu überleben, größer ist als bei einer anderen Person. Abgestellt wurde auf den kurzfristigen klinischen Erfolg, nicht auf die längerfristige Lebenserwartung. Alte Menschen sollten schließlich nicht diskriminiert werden.

Triage ohne Diskriminierung

Allerdings ist es gar nicht so leicht, Menschen nicht wegen ihres Alters zu diskriminieren. Da ältere Menschen durchschnittlich in schlechterer körperlicher Verfassung sind als jüngere, reduziert sich die Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs für erstere. Gleiches gilt für einige schwere Behinderungen. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber Ende 2021 den Auftrag erteilt, eine gesetzliche Regelung der Triage zu schaffen, die sicherstellt, dass niemand aufgrund einer Behinderung benachteiligt wird.

Die 2022 verabschiedete Regelung in § 5c des Infektionsschutzgesetzes macht nun mehrfach deutlich, dass man aufgrund seines Alters oder einer Behinderung grundsätzlich nicht benachteiligt werden darf. Allerdings gibt es eine Einschränkung: Hat man eine Vorerkrankung, die „aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überle-

benswahrscheinlichkeit erheblich verringer[t]“, darf diese für die Beurteilung der klinischen Erfolgsaussicht doch berücksichtigt werden. Was der Gesetzgeber mit dieser schwer verständlichen Formulierung sagen will, ist, dass die Berücksichtigung einer alters- oder behinderungsbedingten Vorerkrankung dann nicht als diskriminierend angesehen wird, wenn sie (allein oder im Zusammenspiel mit anderen Gesundheitsfaktoren) besonders schwerwiegend ist und sich deutlich auf den Behandlungserfolg auswirkt.

Der neue § 5c des Infektionsschutzgesetzes wirft noch eine Reihe weiterer Fragen auf, zum Beispiel diese: Welche Rolle spielen eigentlich diejenigen, die *nicht* behandelt werden, weil es nicht genügend Ressourcen gibt? Das Kriterium der kurzfristigen klinischen Erfolgsaussicht berücksichtigt nur die Menschen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt X behandlungsbedürftig sind. Bei Triage-Entscheidungen ist aber auch relevant, welche Ressourcen eine Behandlung erfordert und wie lange sie dauert. Je schneller eine Behandlung abgeschlossen werden kann und je weniger Ressourcen sie benötigt, desto mehr Menschen, die nach dem Zeitpunkt X behandlungsbedürftig werden, können in den Genuss einer Behandlung kommen. Wenn es darum geht, möglichst viele Menschen zu retten, muss man den Ressourcenbedarf berücksichtigen. Was in solchen Dilemmasituationen aus moralischer Sicht zu tun ist, ist natürlich schwer zu entscheiden. Nicht schwer zu sagen ist allerdings, dass die Nichtberücksichtigung derer, die zu einem späteren Zeitpunkt erkranken, wenig plausibel ist. Das hat die Philosophin Weyma Lübke schon [2020 im Verfassungsblog](#) gezeigt.

Verbot der Ex-Post-Triage

Der Gesetzgeber könnte bald wieder Gelegenheit haben, das Gesetz zu verbessern. Der [Marburger Bund unterstützt die Verfassungsbeschwerde einiger Ärztinnen und Ärzte](#) gegen die Regelung der Triage im Infektionsschutzgesetz. Konkret geht es um eine Regelung, die ich bisher

nicht angesprochen habe, nämlich das Verbot der sogenannten Ex-post-Triage. Bei der Ex-post-Triage geht es um Fälle, in denen eine Person nur dann intensivmedizinisch behandelt werden kann, wenn dafür die Behandlung einer anderen Person abgebrochen wird. Nach dem Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht wäre ein solches Vorgehen geboten, wenn die Überlebenschance des neuen Patienten höher ist als die des schon länger Behandelten. Mit dem Verbot der Ex-post-Triage will man also verhindern, dass eine bereits begonnene Behandlung der einen Person zugunsten der Behandlung einer anderen Person beendet wird.

Der Marburger Bund sieht durch das Verbot der Ex-post-Triage die Berufsfreiheit der Ärzte verletzt. Die Behandlung einer Person abzurechnen, um zu verhindern, dass eine andere Person mit vergleichsweise guter Prognose stirbt, sei eine genuin ärztliche Entscheidung, die der Gesetzgeber nicht vorwegnehmen und auch nicht strafrechtlich sanktionieren dürfe.

Wie auch immer man zu dieser konkreten Forderung steht: Es sprechen gewichtige Gründe dafür, die gesetzliche Regelung der Ex-post-Triage zu überdenken. Was aussieht wie eine bloße Einschränkung des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht für einige wenige Extremfälle, ist tatsächlich eine Grundsatzentscheidung. Mehr noch, diese Grundsatzentscheidung erfasst praktisch alle Fälle von Triage und macht alle zuvor angesprochenen Fragen in fast allen Situationen null und nichtig.

Weitreichende Implikationen des Verbots

Um zu verstehen, warum das so ist, muss man sich den Unterschied zwischen einem Katastrophenszenario (wie dem Absturz eines Passagierflugzeugs) einerseits und einer Pandemie andererseits vor Augen führen. Wenn ein Flugzeug abstürzt, müssen im gleichen Moment – zum Zeitpunkt des Absturzes – hunderte Menschen am gleichen Ort behandelt werden. In einer Pandemie gibt es diesen einen Moment nicht. Menschen stecken sich weder zeitgleich an, noch entwickeln sie infolge der Ansteckung exakt zur gleichen Zeit schwere Lungenerkrankungen. Sie kommen auch nicht alle gleichzeitig im Krankenhaus an. Während man also bei einem Flugzeugabsturz durchaus in die Lage kommen kann, dass viele Menschen auf einen Schlag knappe Ressourcen benötigen, ist das in einer Pandemie praktisch nie der Fall.

In der Pandemie führt die Knappheit von Ressourcen vielmehr zu einem zeitlich gestaffelten Zuteilungs-

problem. Solange genug Personal und medizinisches Gerät vorhanden sind, wird jeder Patient behandelt. Der erste Patient aber, der im Krankenhaus ankommt, wenn die Ressourcen ausgeschöpft sind, kann nur dann behandelt werden, wenn dafür die Behandlung eines anderen Patienten abgebrochen wird. Da diese Ex-post-Triage verboten ist, wird er abgewiesen, selbst wenn das seinen sicheren Tod bedeutet.

Diese zeitliche Struktur haben fast alle Fälle von Triage in der Pandemie. Sobald und solange die Ressourcen ausgeschöpft sind, müssen wegen des Verbots der Ex-post-Triage alle neu ankommenden Patienten abgewiesen werden. Dieses Verbot ist damit das einzig wirklich entscheidende Kriterium. Die klinische Erfolgsaussicht ist ebenso irrelevant wie alle Versuche, Diskriminierungen zu verhindern. Schließlich werden, solange es geht, alle unterschiedslos behandelt. Sobald das allerdings nicht mehr geht, werden alle unterschiedslos abgewiesen.

Die einzige Ausnahme davon ist eher hypothetischer Natur. Sie käme dann zum Tragen, wenn alle Patienten, die zu einem Zeitpunkt eingeliefert werden, an dem sie nicht intensivmedizinisch behandelt werden können, auf einer Liste geführt würden, bis wieder ein Bett frei wird. Dann nämlich könnte das freigewordene Bett an die Person vergeben werden, bei der von allen auf der Liste die besten klinischen Erfolgsaussichten bestehen. Dafür müsste diese Person freilich noch am Leben sein. Ferner müsste die klinische Erfolgsaussicht für alle Personen auf der Liste zu dem Zeitpunkt erhoben werden, in dem das Bett frei wird. Ein solches Listenverfahren, welches das geltende Gesetz vorgibt, dürfte praktisch unmöglich umzusetzen sein. Das freiwerdende Bett wird in der Praxis vermutlich einfach an die letzte Person gehen, die eingeliefert wurde, und bei der einigermaßen gute Erfolgsaussichten bestehen.

Vorteile der radikalen Lösung

Es ist schwer zu sagen, ob der Gesetzgeber dieses ziemlich radikale Ergebnis wirklich wollte oder ob er die Reichweite dieser Regelung schlicht nicht erkannt hat. Jedenfalls wird das Verbot der Ex-post-Triage in der Gesetzesbegründung nur beiläufig erwähnt und gar nicht begründet. Auch in der Debatte spielte (und spielt) die Tatsache, dass mit dem Verbot der Ex-post-Triage der Zeitpunkt des Behandlungsbeginns praktisch zum einzigen Entscheidungskriterium wird, keine Rolle. Die vom Mar-

burger Bund unterstützte Verfassungsbeschwerde ist eine gute Gelegenheit, das Gesetz vom Kopf wieder auf die Füße zu stellen.

Allerdings spricht einiges für die derzeitige radikale Lösung, ausschließlich nach dem Zeitpunkt des Behandlungsbeginns zu entscheiden. So wären etwa Diskriminierungen ausgeschlossen. Auch würde diese Regelung die Menschenwürde nicht verletzen und gut zu den strafrechtlichen Vorgaben passen, die den Abbruch einer begonnenen Behandlung viel härter sanktionieren als die Abweisung eines Behandlungsbedürftigen. Nicht zuletzt wäre das medizinische Personal von der Last befreit, selbst entscheiden zu müssen, wer behandelt wird und wer nicht. Welches normative Kriterium man auch im-

mer anlegt, diese Entscheidung wird immer extrem belastend sein. Vielleicht hilft es, die Entscheidung quasi dem Schicksal zu überlassen, auch wenn der Marburger Bund das anders zu sehen scheint. Dann müsste man sich aber auch darüber Gedanken machen, wie man mit denen verfährt, die nicht intensivmedizinisch behandelt werden können und auf einer Liste der Behandlungsbedürftigen landen. Wer bekommt das nächste freierwerdende Bett?

Ob man nun die radikale Lösung beibehalten möchte oder nicht, der Gesetzgeber sollte eine Regelung schaffen, die die tatsächliche Entscheidungsregel klar formuliert. Das wäre im Sinne der Ärzte und aller potentieller Patienten – und das sind wir alle.

Till Valentin Meickmann

Herrer Zweck mit hohen Hürden

Zu verfassungs- und unionsrechtlichen Risiken einer „Tierwohlabgabe“

doi: 10.59704/9a5c6131f918be69



Landwirtschaftsminister Cem Özdemir fordert eine eigene Abgabe auf tierische Erzeugnisse wie Fleisch, Milch und Eier, um daraus Hilfen für den tierfreundlichen Umbau der Nutztierhaltung zu finanzieren. Mit dieser sogenannten Tierwohlabgabe („Tierwohlcent“) greift er die [Empfehlungen der Borchert-Kommission](#) auf, die bereits seine Vorgängerin Julia Klöckner in einer umfangreichen [Machbarkeitsstudie](#) auf ihre Umsetzbarkeit untersuchen ließ. Für die Einführung einer Tierwohlabgabe sind erhebliche verfassungs- und unionsrechtliche Hürden zu überwinden. Während eine Sondergabe kaum mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu vereinbaren sein dürfte, setzt das unionsrechtliche Verbot diskriminierender Abgaben einer zweckgebundenen Steuer Grenzen.

Ausgestaltung als Sonderabgabe

Zunächst ließe sich überlegen, eine Tierwohlabgabe als Sonderabgabe einzuführen. Dabei würde auf tierische Erzeugnisse eine zusätzliche Abgabe erhoben, die zur Finanzierung der Ausgabebedarfe für den Umbau der Landwirtschaft eingesetzt würde. Weil Sonderabgaben in Konkurrenz zur Steuer als Regelfinanzierungsinstrument des Grundgesetzes (sog. *Steuerstaatsprinzip*) treten, sind diese nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur als „seltene Ausnahme“ und nur unter strengen Voraussetzungen zulässig (vgl. [BVerfG v. 6.5.2014, 2 BvR 1139/12, Rn. 117](#)). Dabei unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zwischen Sonderabgaben mit und ohne Finanzierungszweck.

Sonderabgabe mit Finanzierungszweck

Sonderabgaben mit Finanzierungszweck („*Sonderabgaben im engeren Sinne*“) sind nur dann verfassungskonform, wenn (1.) ein *Sachzweck* verfolgt wird, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht, (2.) eine *homogene Gruppe* belastet wird, die durch eine vorgegebene Interessenlage oder durch besondere Gemeinsamkeiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar ist, (3.)

diese homogene Gruppe eine *besondere Finanzierungsverantwortlichkeit* für die zu finanzierende Aufgabe trifft, (4.) das Aufkommen *gruppennützig verwendet* wird und (5.) die Sonderabgabe in einer den *Haushaltsplan ergänzenden Anlage* dokumentiert sowie (6.) hinsichtlich des Vorliegens der zuvor genannten Voraussetzungen *in angemessenen Abständen überprüft* wird.

Es ließe sich argumentieren, dass mit einer Sonderabgabe Tierwohl – je nach konkreter Ausgestaltung – ein besonderer Sachzweck verfolgt wird (Transformation der Tierhaltung hin zu mehr Tierwohl). Allerdings bilden die mit der Sonderabgabe belasteten Endverbraucher keine homogene Gruppe. Die Konsumenten von tierhaltigen Produkten sind keine von der Rechts- oder Sozialordnung vorgegebene Gruppe und weder durch eine vorgegebene Interessenlage noch durch eine besondere Gemeinsamkeit gekennzeichnet.

Würde eine Sonderabgabe für Tierwohl so ausgestaltet, dass nicht die Endverbraucher belastet werden, sondern Akteure entlang der Wertschöpfungskette (bspw. Verarbeiter, Importeure oder Groß- bzw. Einzelhändler), läge möglicherweise eine homogene Gruppe vor. Es ließe sich allerdings nur schwerlich begründen, wieso die Gruppe der mit der Sonderabgabe Belasteten (verarbeitende Betriebe, Einzelhändler) dem mit der Erhebung verfolgten Zweck (Finanzierung der Transformation der Nutztierhaltung) näher steht als andere Gruppen (wie insbesondere die Landwirte) oder die Allgemeinheit. Auch wenn man eine besondere Sachnähe annähme, wäre zweifelhaft, ob diese derart evident wäre, dass sie im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit begründen könnte.

Selbst wenn man eine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit annehmen würde, würde jedenfalls das Merkmal der gruppennützigen Verwendung fehlen. Denn das Aufkommen der Sonderabgabe käme Nutztierhaltern und nicht den mit der Sonderabgabe belasteten Verarbeitern oder Händlern zugute – auch nicht mittelbar. So-

weit argumentiert wird, dass auch Verarbeiter und Händler mittelbar von höheren Tierwohlstandards profitierten (höhere Qualität der Erzeugnisse, ethische Verkaufsargumente; vgl. [Beermann u.a., Tierwohl fördern, Klima schützen, S. 65](#)), ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die gruppennützige Verwendung für solche Sonderabgaben verschärft hat, mit denen staatliche Fördermaßnahmen finanziert werden sollen. In diesen Fällen muss die Verwendung evident der belasteten Gruppe nutzen. Das wäre dann der Fall, wenn es darum geht, erheblichen Beeinträchtigungen entgegenzuwirken oder spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden könnten (vgl. [BVerfG v. 6.5.2014, 2 BvR 1139/12, Rn. 135](#)). Insofern sind keine hinreichenden Anknüpfungspunkte erkennbar, wieso Verarbeiter oder Händler von besonderen Nachteilen betroffen wären, die durch einen Umbau der Nutztierhaltung hin zu mehr Tierwohl ausgeglichen werden müssten oder könnten.

Sonderabgabe ohne Finanzierungszweck

Weniger strenge Rechtfertigungsanforderungen legt das Bundesverfassungsgericht an Sonderabgaben ohne Finanzierungszweck („Sonderabgaben im weiteren Sinne“) an (vgl. [Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 311](#)). In diesen Fällen verzichtet das Bundesverfassungsgericht auf die Voraussetzungen der besonderen Finanzierungsverantwortlichkeit und der gruppennützigen Verwendung. Eine solche Sonderabgabe dürfte aber keinen Finanzierungszweck verfolgen, sondern müsste eine auf Verhaltenslenkung gerichtete Antriebs- und Sanktionsfunktion erfüllen oder als eine Art Ersatzgeld die möglichst gleichmäßige Verteilung einer öffentlichen Last sicherstellen. Zwar könnte eine Sonderabgabe Tierwohl tatsächlich einen Lenkungseffekt hin zu weniger Konsum tierischer Erzeugnisse entfalten – sie soll aber nicht den Konsum tierischer Erzeugnisse sanktionieren, sondern zielt darauf, zusätzliche finanzielle Mittel (zum Zwecke des Umbaus der Tierhaltung) zu beschaffen. Die Qualifikation einer Tierwohlabgabe als Sonderabgabe ohne Finanzierungszweck erscheint daher verfassungsrechtlich zweifelhaft (vgl. [Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages v. 1.7.2020, WD 4 – 3000 – 072/20, S. 6](#)).

Neue Verbrauchsteuer auf tierische Erzeugnisse

Nachdem einer Umsetzung als Sonderabgabe erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel entgegenstehen, ist alternativ eine Ausgestaltung als Steuer zu prüfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es kein freies Steuererfindungsrecht des Staates. Daher müsste eine Tierwohlabgabe dem Numerus Clausus der Steuerarten nach Art. 105, 106 GG entsprechen ([BVerfG v. 13.4.2017, 2 BvL 6/13](#); dazu [Wernsmann, VerBlog v. 7.6.2017](#)).

Zunächst käme in Betracht, analog zur Kaffee- oder Biersteuer eine eigene Verbrauchsteuer auf tierische Erzeugnisse einzuführen. Für die Einführung einer solchen Verbrauchsteuer hat der Bund nach Art. 105 Abs. 2 S. 2 GG die Gesetzgebungskompetenz, weil der Ertrag der Verbrauchsteuern nach Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bund zusteht – speziellere Bestimmungen des Art. 106 Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 4 GG (Biersteuer, Umsatzsteuer, örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern) greifen nicht. Eine Tierwohlabgabe müsste dafür so ausgestaltet werden, dass sie dem *Typus der Verbrauchsteuer* entspricht. Verbrauchsteuern werden definiert als Warensteuern auf den Verbrauch vertretbarer, regelmäßig zum baldigen Verzehr oder kurzfristigen Verbrauch bestimmter Güter, die regelmäßig bei dem das Verbrauchsgut anbietenden Unternehmer erhoben werden, jedoch als indirekte Steuer auf Überwälzung auf den Verbraucher angelegt sind. Eine Tierwohlabgabe könnte so ausgestaltet werden, dass diese zwar bei den Herstellern oder Händlern tierischer Produkte erhoben wird, aber darauf angelegt ist, dass die Steuerlast als Preisbestandteil auf den privaten Endverbraucher des tierischen Produkts abgewälzt wird. Insofern könnte sich die Ausgestaltung einer Tierwohlabgabe an bestehenden Verbrauchsteuern wie der Kaffeesteuer, der Alkopopsteuer oder der Biersteuer orientieren.

Die auf Grundlage von Art. 113 AEUV erlassenen Rechtsvorschriften der Europäischen Union zu Verbrauchsabgaben stehen der Einführung einer Steuer auf tierische Produkte nicht entgegen. Insbesondere erlaubt Art. 1 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a VerbrauchsteuerSystemRL (Richtlinie EU 2020/262), dass Mitgliedstaaten Verbrauchsteuern auf andere Waren als die von Art. 1 Abs. 1 SystemRL erfassten Waren erheben. Nach Art. 1 Abs. 3 UAbs. 2 VerbrauchsteuerSystemRL darf die Erhebung solcher Steuern im grenzüberschreitenden Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten jedoch keine mit

dem Grenzübertritt verbundenen Formalitäten nach sich ziehen. Eine diesen Vorgaben entsprechende Ausgestaltung einer Steuer auf tierische Erzeugnisse ist möglich und könnte sich an der Ausgestaltung der Kaffeesteuer orientieren.

Auch bei einer Ausgestaltung als Verbrauchsteuer wäre eine Bezeichnung als Tierwohlabgabe nicht unzutreffend, weil Steuern als Geldleistungspflichten an den Staat öffentlich-rechtliche Abgaben sind. Es wäre aus Gründen der *Normenwahrheit und -verständlichkeit* aber vorzugswürdig, eine Bezeichnung als Steuer zu wählen. Insofern böte sich an, eine Bezeichnung nach dem Besteuerungsgegenstand zu wählen (bspw. Tierische-Erzeugnisse-Steuer, kurz TESt).

Erhöhung des Umsatzsteuersatzes für tierische Erzeugnisse

Als Alternative zur Einführung einer gänzlich neuen Verbrauchsteuer wäre auch eine Erhöhung des Umsatzsteuersatzes für tierische Erzeugnisse denkbar. Naheliegender wäre es, auf tierische Produkte nicht mehr den ermäßigten Steuersatz von 7 Prozent, sondern den *Regelsatz von 19 Prozent* anzuwenden. Möglich wäre aber auch die Einführung eines *eigenen ermäßigten Umsatzsteuertarifs* von beispielweise 10 Prozent.

Die Gesetzgebungskompetenz für die Umsatzsteuer liegt nach Art. 105 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 106 Abs. 3 S. 1 GG beim Bund. Das zusätzliche Aufkommen der Umsatzsteuer stünde nach Art. 106 Abs. 3 S. 1, Abs. 5a GG dem Bund, den Ländern und den Gemeinden zu. Der konkrete Aufteilungsschlüssel ergibt sich aus § 1 Abs. 1 FAG. Dieser einfachgesetzliche Aufteilungsschlüssel könnte unter Berücksichtigung des zusätzlichen Aufkommens durch die Erhöhung des Umsatzsteuertarifs für tierische Produkte angepasst werden.

Auch EU-Recht steht der Erhöhung des Umsatzsteuersatzes für tierische Produkte nicht entgegen. Die Mitgliedstaaten sind weder zur Einführung noch zur Beibehaltung ermäßigter Mehrwertsteuersätze verpflichtet. Vielmehr erlaubt Art. 98 Abs. 1 MehrwertsteuerSystemRL (Richtlinie 2006/112/EG) als Kannbestimmung zwei ermäßigte Steuersätze und damit auch die Einführung eines weiteren ermäßigten Umsatzsteuertarifs. Bei der Frage, welche Güter- und Dienstleistungskategorien einem ermäßigten Steuersatz oder dem Regelsteuersatz unterliegen, räumt das Unionsrecht den nationalen Gesetz-

gebern einen relativ weiten Gestaltungsspielraum ein. Eine Gestaltungsgrenze ergibt sich allerdings aus dem unionsrechtlichen *Neutralitätsprinzip*, demzufolge Umsätze gleichwertiger Waren oder Dienstleistungen gleichermaßen mit Mehrwertsteuer belastet werden müssen, sowie daraus, dass die Abgrenzung anhand objektiver Kriterien hinreichend konkret und spezifisch vorgenommen werden muss. Die Frage, ob gleichwertige Waren oder Dienstleistungen vorliegen, ist nach der Rechtsprechung des EuGH aus Sicht eines Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen. Danach sind Waren gleichartig, wenn sie ähnliche Eigenschaften haben, beim Verbraucher in der Verwendung denselben Bedürfnissen dienen und wenn die bestehenden Unterschiede die Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers zwischen diesen Waren nicht erheblich beeinflussen (vgl. [EuGH v. 9.9.2021, C-406/20, Rn. 38](#)). Tierische und nicht-tierische Lebensmittel mögen zwar ähnliche Eigenschaften haben und der Befriedigung desselben Bedürfnisses dienen, die Entscheidung eines Durchschnittsverbrauchers für ein Lebensmittel wird sich in der Regel allerdings maßgeblich (auch) danach richten, ob es sich um tierisches oder um ein nicht-tierisches Erzeugnis handelt (bspw. Margarine oder Butter). Zudem erlaubt das Kriterium der tierischen Herkunft eines Produkts eine konkrete und spezifische Abgrenzung.

Vor- und Nachteile der Ausgestaltungsalternativen als Steuer

Sowohl die Erhöhung des Umsatzsteuersatzes als auch die Einführung einer neuen Verbrauchsteuer auf tierische Erzeugnisse wäre indes mit bestimmten Vor- und Nachteilen verbunden. So wäre die Erhöhung des Umsatzsteuersatzes mit geringerem Verwaltungsaufwand umsetzbar. Die Umsatzsteuer knüpft allerdings an den Produktpreis an, sodass gerade hochpreisige (zumeist tierwohlgerechte) Erzeugnisse besonders verteuert würden. Eine neue Verbrauchsteuer wäre dagegen zwar mit einem höheren Verwaltungsaufwand verbunden, könnte dafür aber mengenbezogen (beispielsweise pro Kilogramm) ausgestaltet werden, sodass tierische Erzeugnisse unabhängig von ihrem ursprünglichen Produktpreis besteuert würden und keine Lenkungswirkung hin zu preisgünstigeren (in der Regel weniger tierwohlgerechten) Produkten eintreten würde.

Zweckbindung der Steuereinnahmen

Das Aufkommen einer Tierwohlabgabe (besser: Tierische-Erzeugnisse-Steuer) soll für die Subventionierung der Landwirtschaft, insbesondere für Maßnahmen zur Umgestaltung der Nutztierhaltung hin zu mehr Tierwohl eingesetzt werden. Eine solche Zweckbindung der Steuereinnahmen würde nicht den verfassungsrechtlichen Steuerbegriff verfehlen, der Anwendungsbereich der Steuergesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes wäre weiter eröffnet.

Allerdings gilt im Haushaltsrecht das Prinzip der Gesamtdeckung, demzufolge alle Einnahmen gleichermaßen als Deckungsmittel für alle Ausgaben dienen (vgl. § 7 S. 1 HGrG, § 8 S. 1 BHO). Der Verfassungsrang des Gesamtdeckungsprinzips ist umstritten (offenlassend [BVerfG v. 20.4.2004, 1 BvR 1748/99 u.a., Rn. 61](#); vgl. [Matuschka](#), Das Nonaffektationsprinzip, S. 155 ff. m.w.N.). Auch wenn man dem Gesamtdeckungsprinzip den Rang eines Verfassungsprinzips zuerkennt, wird man Durchbrechungen ausnahmsweise zulassen müssen – sie bedürfen dann allerdings einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (§ 7 S. 2 HGrG, § 8 S. 2 BHO wären dahingehend verfassungskonform auszulegen). Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung könnte sich aus der sachlichen Nähe des Konsums tierischer Produkte zu den Haltingsbedingungen von Tieren ergeben (zur Zweckbindung der Einnahmen aus der Alkopopsteuer für Maßnahmen der Suchtprävention in § 4 AlkopopStG vgl. [FG Düsseldorf v. 28.4.2005, 4 V 481/05, Rn. 25](#)). Darüber hinaus könnte eine verfassungswidrige Einengung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzunehmen sein, wenn eine Zweckbindung der Mittel in unververtretbarem Ausmaß stattfände ([BVerfG v. 20.4.2004, 1 BvR 1748/99, Rn. 61](#)). Anhaltspunkte ergeben sich dafür angesichts des erwartenden Aufkommens (ca. 3,6 – 6,3 Mrd. Euro) nicht. Selbst wenn eine Zweckbindung des Steueraufkommens verfassungswidrig wäre, würde dies allerdings nur zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Zweckbindung und nicht zur Verfassungswidrigkeit der Steuer selbst führen (vgl. [Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 435 ff.](#)).

Allerdings könnte eine Zweckbindung der Einnahmen gegen das unionsrechtliche *Verbot diskriminierender Abgaben* verstoßen. Gemäß Art. 110 UAbs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten auf Waren aus anderen Mitgliedsta-

ten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben erheben, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben. Eine mittelbare Diskriminierung in diesem Sinne kann nach der Rechtsprechung des EuGH auch aus der Verwendung des Aufkommens folgen. Eine solche mittelbare Diskriminierung wäre anzunehmen, wenn das Aufkommen aus einer nach einheitlichen Kriterien erhobenen Abgabe dazu genutzt wird, um heimische Produkte zu fördern, sodass deren Belastung mit der Abgabe wirtschaftlich zumindest teilweise ausgeglichen werden (vgl. [EuGH v. 11.3.1992, C-78/90 u.a., Rn. 27](#)). Würden die Belastungen durch die Abgabe vollständig ausgeglichen, läge sogar eine unionsrechtswidrige *Abgabe zollgleicher Wirkung* (Art. 30 S. 1 AEUV) vor.

Tatsächlich würden die Einnahmen aus einer Steuer auf tierische Erzeugnisse im Falle der Zweckbindung allein inländischen Erzeugern (Nutztierhaltern) zufließen, obwohl diese unterschiedslos auf Erzeugnisse sowohl aus dem Inland als auch aus dem EU-Ausland erhoben wird. Wegen der unterschiedslosen Erhebung der Steuer würden die Importe tierischer Produkte aus anderen Mitgliedstaaten die Transformation der deutschen Tierhaltung hin zu mehr Tierwohl mitfinanzieren, ohne dass die Erzeuger dieser Produkte aus anderen Mitgliedstaaten selbst von der Förderung profitieren könnten. Es ließe sich also argumentieren, dass Nachteile, die sich aus der zusätzlichen steuerlichen Belastung für inländische und ausländische Erzeuger ergeben (Absatz- oder Umsatzrückgang wegen Verteuerung tierischer Erzeugnisse), durch die Zweckbindung der Steuereinnahmen bei den inländischen Erzeugern jedenfalls zum Teil ausgeglichen würden (bspw. Subventionen für Stallumbauten), nicht aber bei Erzeugern aus anderen Mitgliedstaaten (vgl. [Karpenstein u.a., Machbarkeitsstudie, S. 195 ff.](#)).

Das Risiko der Unionsrechtswidrigkeit könnte durch eine bloß politische Zweckbindung im Vergleich zu einer gesetzlichen Zweckbindung zwar erheblich reduziert werden. Angesichts der nicht unumstrittenen Rechtsprechung des EuGH in Sachen Pkw-Maut ([EuGH v. 18.6.2019, C-591/17](#)), bei der die rechtlich getrennten Sachverhalte der Senkung der Kfz-Steuer und der Einführung einer Pkw-Maut letztlich als Einheit betrachtet wurden, verbliebe indes ein nicht ganz unerhebliches Restrisiko der Unionsrechtswidrigkeit.

Fazit

Die Einführung einer als Sonderabgabe ausgestalteten Tierwohlabgabe wäre nach den Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit erheblichen verfassungsrechtlichen Risiken behaftet. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen dagegen gegen eine Erhöhung des Umsatzsteuersatzes oder die Einführung einer neuen Verbrauchsteuer auf tierische Erzeugnisse. Eine Zweckbindung des Steueraufkommens für die

Transformation der Landwirtschaft würde sich nicht auf die Verfassungsmäßigkeit der Steuer(erhöhung) auswirken. Allerdings wohnt einer Zweckbindung das Risiko inne, dass die Steuer dadurch zu einer diskriminierenden Abgabe im Sinne des Art. 110 UAbs. 1 AEUV wird und sich damit als unionsrechtswidrig erweist. Ohne Zweckbindung wäre eine Steuer auf tierische Erzeugnisse politisch dem Verdacht ausgesetzt, nicht in erster Linie dem Tierwohl, sondern vor allem dem Ausgleich allgemeiner Haushaltsdefizite zu dienen.

Yannik Breuer, Madeline Trappmann

Recht schreiben

Verfassungsrechtliche Spielräume bei der Regelung geschlechtergerechter Ausdrucksweise

doi: 10.59704/091d16c6d38c5ae1



Jede Diskussion über geschlechtergerechte Sprache erhitzt die Gemüter. Anlass zur Debatte gab zuletzt etwa das in den Sondierungsgesprächen zwischen CDU und SPD nach der Landtagswahl in Hessen vereinbarte [Vorhaben](#), staatlichen Stellen über die Verpflichtung zur Einhaltung der Vorgaben des Rates der deutschen Rechtschreibung „das Gendern“ zu verbieten. Auch der bayerische Ministerpräsident Markus Söder hat für die Staatsregierung [angekündigt](#), die geschlechtergerechte Sprache in Schulen und der übrigen Landesverwaltung zu untersagen. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen weiten Spielraum bei der Regelung von Sprache. Wo setzt die Verfassung dabei Grenzen?

Regelbarkeit von Sprache

Nicht nur die Diskussion um geschlechtergerechte Ausdrucksweisen mit Sonderzeichen – nur hierum soll es im Folgenden gehen – zeigt, dass die (rechtliche) Bewertung der Art und Weise, wie wir uns ausdrücken, Probleme bereitet. Inwiefern ist Sprache bzw. eine bestimmte Sprachform einer gesetzlichen Regelung überhaupt zugänglich? Obwohl sich Sprache auch als „vorstaatlich“ verstehen lässt, hat das BVerfG ausdrücklich festgehalten, dass Aspekte der „richtigen Sprache“ vom Gesetzgeber geregelt werden können. Die Regelungsentscheidung, die die Normgeber zu treffen haben, sei zwar nicht besonders verfassungsrechtlich determiniert, das bedeute aber nicht, dass sich diese Regelungsbefugnis darauf beschränke, die faktische Sprachentwicklung nachzuzeichnen. Vielmehr dürften die Gesetzgeber sogar aus Vereinfachungsgründen bestimmte Regelungen erlassen (BVerfGE 98, 218 [246 ff.]). „Sprache“ ist damit tauglicher Regelungsgegenstand. Die Gesetzgeber sind zu ihrer Ausgestaltung befugt.

Grundrechtsbeeinträchtigung durch Sprachregelungen

Von dieser Regelungsbefugnis würden der hessische und der bayerische Landesgesetzgeber grundsätzlich

Gebrauch machen, wenn sie festlegen sollten, welche Sprachregelungen öffentlich-rechtliche Einrichtungen zu beachten haben. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG ist der Staat aber umfassend an die Grundrechte gebunden. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit sprachregulierender Gesetzgebung endet folglich dort, wo der Staat ungerechtfertigt in Grundrechte eingreift. Bedenken werden insbesondere mit Blick auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG angemeldet (etwa [Lembke, Verfassungsblog v. 24.11.2023](#); siehe auch die [Initiative des Netzwerks Genderforschung und Gleichstellungspraxis Bayern](#)). Ferner kommen Verletzungen der Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG sowie der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG in Betracht.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht garantiert dem Einzelnen das Recht auf geschlechtergerechte Ansprache. Grundrechtsverpflichtete müssen Bürgerinnen und Bürger grundsätzlich in der geschlechtlichen Anspracheform adressieren, die diese für sich selbst als richtig erachten. Dieses individualgrundrechtliche Recht kann seine Wirkung aber nur innerhalb individueller Kommunikationsbeziehungen entfalten. Es gewährleistet nicht, dass sich staatliche Stellen stets so ausdrücken müssen, wie es der Einzelne wünscht. Wendet sich der Staat an mehrere Personen oder gar „die Allgemeinheit“, kann er nicht allen, ggf. einander widersprechenden Ansprachebegehren nachkommen. Der Einzelne ist durch allgemein gehaltene Staatsäußerungen auch nicht in seiner individuellen sozialen Sphäre berührt. Eine sprachliche Gestaltung des Staates, die individuelle Ansprachewünsche hierbei unberücksichtigt lässt, kann eine Betroffenheit des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts daher nicht begründen.

Der spezielle Gleichheitssatz

Mit Blick auf die gleichheitsrechtliche Verbürgung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG¹ hat das BVerfG geklärt, dass das Merkmal des „Geschlechts“ i.S.d. Verfassungsnorm auch Personen umfasst, die sich wegen ihres Chromosomensatzes weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen lassen (BVerfGE 147, 1 [28 ff. Rn. 58 ff.]). In der unterlassenen Ansprache dieser Personen wird man eine relevante Ungleichbehandlung sehen müssen (so [Lembke, Verfassungsblog v. 24.11.23](#); vorsichtig [Allgayer, NJW 2022, 452 \[455\]](#)). Das kann für den hier relevanten Kontext aber deswegen dahinstehen, weil diese Annahme auf Rechtsfolgenseite nicht dazu führt, dass geschlechtergerechte Sprache mit einem bestimmten Sonderzeichen zwingend anzuwenden wäre. Vielmehr begründet eine relevante Ungleichbehandlung einen gesetzgeberischen Spielraum (etwa BVerfGE 109, 64 [90 ff.]), der nicht in dem Sinne eingeschränkt ist, dass er eine bestimmte Schreibweise gebietet.

Denn die in der Sprachwissenschaft diskutierten Wege geschlechtergerechter Sprache sind vielfältig. Sie schließen die Ausdrucksweise über die durchgehende Verwendung femininer Formen ebenso wenig aus wie das grammatikalische Maskulinum (instruktiv zum Meinungsspektrum die [Beiträge im Sonderheft „Geschlechtergerechte Sprache“](#), APuZ 2022, 5–7). Insofern kann der rechtswissenschaftliche – gar: verfassungsrechtliche – Beitrag nur bei der Bestimmung des äußeren Rahmens helfen, in dem eine sprachliche Regelung gleichheitsrechtlichen Aspekten Rechnung tragen muss. Demgegenüber verkennt die kategorische [Feststellung](#), ein generisches Maskulinum gebe es nicht, dass das im sprachwissenschaftlichen Diskurs mindestens umstritten ist und keineswegs eindeutig bewertet wird.² Dem Gesetzgeber steht in Fragen der sprachlichen Gestaltung ein weiter Einschätzungsspielraum zu, der – wie schon angesprochen – sogar Regelungen „aus Vereinfachungsgründen“ erlaubt (BVerfGE 98, 218 [247]).

¹Weil das Regelwerk des Rates für deutsche Rechtschreibung geschlechtergerechte Sprache durch Nennung der weiblichen und der männlichen Form derzeit zulässt und allein der Verwendung von Sonderzeichen entgegensteht, wird Art. 3 Abs. 2 GG hier nicht beleuchtet.

²Etwa Hentschel/Weydt, Handbuch der deutschen Grammatik, 4. Aufl. 2013, S. 151; Rödder/Rödder, APuZ 2022 5–7, 4 ff.; Eisenberg, APuZ 2022 5–7, 30 ff.

³BVerfGE 141, 143 [164 Rn. 48]; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 5 Abs. 3, Rn. 133.

⁴Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 5 Abs. 3, Rn. 111 f.

Die Rundfunkfreiheit

Soweit sich die Sprachregelung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erstrecken soll, ist die Frage nach dem Eingriff komplizierter gelagert. So sind öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG partiell grundrechtsberechtigt und somit Träger der Programmfreiheit (BVerfGE 31, 314 [321 f.]; 59, 231 [254 f.]; 74, 297 [317 f.]; 78, 101 [102 f.]; 95, 220 [234]; 97, 298 [310]). Diese Programmfreiheit endet dort, wo die Grundrechtsverpflichtung der Rundfunkanstalten beginnt.

Dennoch wird man im Regelfall einen Eingriff bejahen müssen. Um gerechtfertigt werden zu können, müsste die Sprachregelung ein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG sein, dürfte also kein meinungsbezogenes Sonderrecht darstellen. Soweit die Landesgesetzgeber eine (positive) Bindung an die Vorgaben des Rates für deutsche Rechtschreibung vorsehen und sich nicht explizit gegen eine bestimmte Sprachform richten, bestehen hinsichtlich dieser Voraussetzung keine Bedenken. Somit kommt es für die Verfassungsmäßigkeit des Vorhabens in Bezug auf die Rundfunkfreiheit entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit der konkreten Regelung im Einzelfall an. Das Ordnungsinteresse der Gesetzgeber wird einen relativ geringen Eingriff in die Programmfreiheit dabei im Regelfall wohl legitimieren.

Die Wissenschaftsfreiheit

Grundrechtsberechtigt und -verpflichtet sind neben den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch die Universitäten.³ Damit enden die grundrechtsdogmatischen Gemeinsamkeiten zur Rundfunkfreiheit allerdings bereits. Universitäten dienen, anders als Rundfunkanstalten, nicht als Mittel zur Meinungsbildung, sondern als unabhängige Institutionen für freie Lehre und Forschung. Die dort tätigen Forschenden sind – anders als die Angestellten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – genuine Berechtigte der Wissenschaftsfreiheit. Da Wissenschaftsfreiheit auch Publikationsfreiheit und mit ihr

die wissenschaftliche Sprachfreiheit – also das Recht, in Schrift und Wort die Sprache der Publikation selbst zu wählen – umfasst,⁴ stellt eine allgemeine Sprachregelung einen Eingriff dar, der je nach Forschungsgebiet schwer zu rechtfertigen sein dürfte. So wird die Sprachwissenschaft den fachlichen Diskurs über geschlechtergerechte Sprache nur schwerlich vorantreiben können, wenn sie dazu angehalten werden sollte, diese in keiner Form anzuwenden. Ein reines Ordnungsinteresse des Gesetzgebers wird das kaum legitimieren können. Das gilt freilich in gleicher Weise für die sprachliche Ausdrucksweise im Hörsaal. Allerdings macht das nicht nur die gesetzgeberische Verpflichtung auf ein Regelwerk unzulässig, das geschlechtergerechter Sprache mit Sonderzeichen entgegensteht, sondern steht auch universitäts- oder fakultätsseitigen Verpflichtungen zur Verwendung einer bestimmten Sprachregel für diesen Bereich entgegen (dazu [Thiel](#)).

In Wissenschaftsbereichen, in denen „geschlechtergerechte Sprache“ weder zum Forschungs- noch zum Prüfungsstoff gehört, wird man das für den Bereich der Leistungsbewertung anders sehen müssen. Wenn es um die Korrektur der sprachlich richtigen Schreibweise im Allgemeinen geht, kann man die Einhaltung eines für anwendbar erklärten Regelwerks grundsätzlich verlangen (dazu [Sachs](#)). Ähnlich wird man es mit Blick auf Sprachvorgaben für Universitätsverwaltungen sehen müssen, da der Schutz durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG wegen eines geringeren Forschungs- und Lehrbezuges hier reduziert

ist, sodass ein Eingriff durch Sprachvorgaben auch mit Blick auf das Selbstverwaltungsrecht gering ist (so auch [Gärditz](#)).

Viel kann, nichts muss

Das Verfassungsrecht zwingt im Allgemeinen nicht dazu, die eine oder die andere Sprachregelung zu verwenden. Vielmehr sind für bestimmte Bereiche – namentlich etwa für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk oder einzelne Wissenschaftsbereiche – grundrechtliche Besonderheiten zu respektieren. Abseits dieser Besonderheiten kommt ein grundsätzlich weiter Spielraum der jeweiligen Normgeber zum Tragen, den dieser dazu nutzen kann, staatlichen Stellen geschlechtergerechte Sprache mit bestimmten Sonderzeichen zu gebieten. Gleichfalls kann er derartige Ausdrucksweisen dadurch untersagen, dass er Regeln aufstellt, die dem entgegenstehen. Keine der Varianten ist aber an sich „[offensichtlich verfassungswidrig](#)“. Eine interdisziplinäre, unaufgeregte und sachliche Diskussion – nicht nur, aber insbesondere mit der Politik- und der Sprachwissenschaft – kann den Normgebern bei der Entscheidungsfindung nach einer der Sache gerecht werdenden Lösung helfen. Dabei ist von Verfassung wegen keineswegs ausgeschlossen, dass diese Entscheidungsfindung darin mündet, ein mit Experten besetztes Gremium – dem Rat für deutsche Rechtschreibung – mit der Fortentwicklung sprachlicher Regelungen zu beauftragen.

Andrea Kießling

Totalverweigerung des Existenzminimums?

Das Leitbild des „autonom handelnden Totalverweigerers“ als Vorlage für Sanktionen beim Bürgergeld

doi: 10.59704/97661aa2b55e16ee



Aktuell befindet sich das sogenannte [Zweite Haushaltsfinanzierungsgesetz 2024](#) im Gesetzgebungsverfahren, am 17. Januar fand die 1. Lesung im Bundestag statt. Gegenstand dieses Artikelgesetzes sind Änderungen an verschiedenen Gesetzen, die Einsparungen im Bundeshaushalt 2024 erzielen sollen. Gespart werden soll auch beim im SGB II verankerten Bürgergeld: Der Gesetzentwurf sieht vor, „Leistungsminderungen bei Pflichtverletzungen“ (den sogenannten Sanktionen) für den Fall „nachhaltiger Verweigerung der Aufnahme zumutbarer Arbeit“ zu verschärfen. Konkret soll diesen „Totalverweigerern“ für zwei Monate der Regelsatz zu 100% gestrichen werden; nur die Kosten für Unterkunft und Heizung (und im Einzelfall etwaige Mehrbedarfe) werden übernommen. Dass die geplante Regelung in ihrer konkreten Ausgestaltung verfassungsgemäß ist, ist zweifelhaft; ich sehe insbesondere drei Probleme.

Das Sanktionen-Urteil des BVerfG 2019

Mit Sanktionen im SGB II hatte sich das [BVerfG 2019](#) ausführlich befasst. In dem damaligen Urteil hatte das Gericht zunächst die Aussagen insbesondere aus dem [Hartz-IV-Urteil 2010](#) bekräftigt, dass sich aus Art. 1 I iVm Art. 20 I GG der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergebe, soweit Bedürftigkeit besteht. Die Mitwirkungspflichten und Sanktionen (also Leistungsminderungen aufgrund von Pflichtverletzungen) hatte das Gericht dann als Grundrechtseingriff gewertet, die Prüfung der Zulässigkeit war deswegen hauptsächlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die dogmatischen Feinheiten des Zusammenspiels von verfassungsunmittelbarem Leistungsanspruch und dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung blieben etwas im Unklaren – das BVerfG sprach davon, dass Mitwirkungspflichten „die Handlungsfreiheit der Betroffenen“ be-

schränkten und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung bedürften, ohne hier Art. 2 I GG zu zitieren und ohne eine dogmatische näher ausgeführte Verknüpfung zu dem Leistungsrecht vorzunehmen. In der Literatur wurde diese Leerstelle in der Dogmatik kritisiert und die gewählte Konstruktion dahingehend interpretiert, dass es sich beim Anspruch auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums um ein „Leistungsgrundrecht mit abwehrrechtlichen Anteilen“¹ handle.

Im Ergebnis billigte das Gericht sowohl Mitwirkungspflichten als auch Sanktionen grundsätzlich, soweit beide das Ziel verfolgen, die Betroffenen in Arbeit zu vermitteln. Leistungsbeziehende können also verpflichtet werden, an der Überwindung der eigenen Bedürftigkeit mitzuwirken. Entscheidend war für die Zulässigkeit der konkreten Sanktionsstufen von damals im SGB II geregelten 30, 60 und 100% die Frage, ob es ausreichende Belege für die Wirksamkeit der Sanktionen in der jeweiligen Höhe gebe. Dies bejahte das BVerfG bei den 30%-Sanktionen. Bei den Sanktionen in Höhe von 60 und 100% hingegen fehlten entsprechende Studien. Das Gericht wies bei der 100%-Sanktion auch auf die gravierenden Folgen (wie drohende Wohnungslosigkeit) hin und kam in der Gesamtabwägung zu dem Ergebnis, dass diese Sanktionen unverhältnismäßig seien. Hieran schloss sich im Urteil eine Passage an, die für die weitere Einordnung von Totalsanktionen besonders relevant ist:

„Anders liegt dies folglich, wenn und solange Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit [...] ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern. Ihre Situation ist dann im Ausgangspunkt derjenigen vergleichbar, in der

¹Rixen, SGB 2010, 1 (4).

keine Bedürftigkeit vorliegt, weil Einkommen oder Vermögen aktuell verfügbar und zumutbar einsetzbar sind. Wird eine solche tatsächlich existenzsichernde und [...] zumutbare Erwerbstätigkeit ohne wichtigen Grund [...] willentlich verweigert, obwohl im Verfahren die Möglichkeit bestand, dazu auch etwaige Besonderheiten der persönlichen Situation vorzubringen, die einer Arbeitsaufnahme bei objektiver Betrachtung entgegenstehen könnten, ist daher ein vollständiger Leistungszug zu rechtfertigen.“ (Rn. 209)

Die Bürgergeldreform 2023 und der aktuelle Entwurf der Bundesregierung

Als Reaktion auf das Urteil wurde 2022 das SGB II **reformiert**; die Änderungen traten zum Teil am 1.1., zum Teil am 1.7.2023 in Kraft. Auch wenn der Begriff „Bürgergeld“ den – früher umgangssprachlich verwendeten – Begriff „Hartz IV“ seitdem offiziell ablöst, handelt es sich immer noch um die gleiche Sozialleistung. Ein Paradigmenwechsel war die Reform nicht, es wurde vielmehr an mehreren kleineren Stellschrauben gedreht. Die Sanktionen, die bis zur Reform im Gesetz jedenfalls in der amtlichen Überschrift des 5. Unterabschnitts des 3. Kapitels („Sanktionen“) auftauchten, wurden in „Leistungsminderungen“ umbenannt und in der Höhe (10, 20, 30 %), aber nicht in der Art ihres Regelungskonstrukts geändert. 100%-Sanktionen standen zum damaligen Zeitpunkt nicht zur Diskussion.

Dies ist jetzt – vordergründig haushaltspolitisch motiviert – anders. Vorgesehen ist im Einzelnen (unter Übernahme einzelner Formulierungen des BVerfG) Folgendes:

Der Leistungsanspruch entfällt in Höhe des Regelbedarfs, wenn erwerbsfähige Leistungsberechtigte, deren Bürgergeld bereits wegen einer Pflichtverletzung innerhalb des letzten Jahres gemindert war, eine zumutbare Arbeit nicht aufnehmen. Die Möglichkeit der Arbeitsaufnahme muss tatsächlich und unmittelbar bestehen und willentlich verweigert werden. (§ 31a VII S. 1, 2 SGB II-E)

Die Minderung wird aufgehoben, wenn die Möglichkeit der Arbeitsaufnahme nicht mehr besteht, spätestens aber mit dem Ablauf eines

Zeitraums von zwei Monaten (§ 31b III 1 SGB II-E).

Eine Leistungsminderung erfolgt nicht, wenn sie im Einzelfall eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde (§ 31a VII S. 3 SGB II-E iVm § 31a III SGB II).

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn erwerbsfähige Leistungsberechtigte einen wichtigen Grund für ihr Verhalten darlegen und nachweisen (§ 31a VII S. 3 SGB II-E iVm § 31 I 2 SGB II).

Zur Begründung, dass solche „Totalsanktionen“ verfassungsmäßig sind, beruft sich die Bundesregierung in ihrem Entwurf auf die oben zitierte Passage des BVerfG-Urteils. Hierbei ergeben sich meiner Meinung nach drei Probleme, die zum Teil auch aufeinander einwirken.

Problem 1: Art des Jobangebots

Eine wichtige Weichenstellung bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelung ist das Verständnis der oben zitierten Passage (Rn. 209) aus dem Urteil des BVerfG 2019. Hier kommen unterschiedliche Lesarten in Betracht: Man kann die Ausführungen des Gerichts entweder als Weiterführung der davor gemachten Ausführungen lesen oder aber als Beschreibung einer anderen Ausgangssituation verstehen, die zu einer schon im Ausgangspunkt anderen rechtlichen Bewertung führt.

Für die zweite Möglichkeit spricht zunächst die Einleitung dieser Randnummer: „Anders liegt dies folglich [...]“. Anders ist hier (im Vergleich zu anderen Mitwirkungspflichten), dass die Leistungsberechtigten durch Arbeitsaufnahme ihren Lebensunterhalt („ihre menschenwürdige Existenz“) selbst sichern können. Dann kann man – so das Gericht – die Betroffenen als nicht bedürftig ansehen; dass diese bei der Verweigerung der Arbeitsaufnahme *tatsächlich* bedürftig bleiben, ist irrelevant, weil sie diese Bedürftigkeit selbst abstellen können. Das BVerfG bedient sich also einer *Fiktion der Nichtbedürftigkeit*. Dogmatisch bedeutet das für das „Leistungsgrundrecht mit abwehrrechtlichen Anteilen“ (s.o.), dass schon die Voraussetzung des Leistungsanspruchs – die Bedürftigkeit – nicht vorliegt. Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit (dem „abwehrrechtlichen Anteil“) kommt man dann nicht mehr – und auch der völlige Wegfall der Leistungen für Unterkunft und Heizung wäre gerechtfertigt.

Dieses Konstrukt trägt aber von vornherein nur, wenn das Arbeitsplatzangebot zumutbar ist und in einem Umfang besteht, der zur vollständigen Lebensunterhaltssicherung führt. Letzteres scheint durch die vom BVerfG gewählte Formulierung durch, dass durch die Aufnahme der Arbeit die menschenwürdige Existenz „tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst“ gesichert wird, und wird noch deutlicher in der Formulierung „eine solche tatsächlich existenzsichernde Erwerbstätigkeit“. Nur wer gar keine Grundversicherungsleistungen mehr benötigt, ist nicht bedürftig; wer „aufstocken“ muss, ist es weiterhin.

Die Bundesregierung liest das Urteil offensichtlich anders. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Entwurfsbegründung auch auf Randnummern vor Rn. 209 verweist. Darüber hinaus ist es nach dem Willen der Bundesregierung gerade nicht notwendig, dass der angebotene Arbeitsplatz die vollständige Sicherung der Existenz ermöglicht. Der Kreis derjenigen, die die Regelung sanktioniert, wird dadurch größer, weil auch die Ablehnung von Angeboten geringfügiger Beschäftigungen (z.B. Minijobs) sowie im Falle von Personen, die in Bedarfsgemeinschaften leben, von Beschäftigungen mit normalem Umfang in den Anwendungsbereich fallen. Dies begründet die Bundesregierung damit, dass andernfalls „der Leistungsentzug von der Größe der Bedarfsgemeinschaft und den dort zu diesem Zeitpunkt bestehenden Einkommensverhältnissen abhängig“ wäre, eine „solche Ungleichbehandlung“ solle vermieden werden. Dass dies zwingend ist, ist fraglich. Auf der Leistungsseite wirkt das Konstrukt der Bedarfsgemeinschaft zu Lasten der Betroffenen (der [Regelsatz](#) für Paare ist pro Person niedriger als für Alleinstehende; auch Personen, die ihren eigenen Lebensunterhalt isoliert betrachten sichern, gelten als bedürftig [§ 9 II 3 SGB II]) – da wäre es nur konsequent, bei Sanktionen von Bedarfsgemeinschaften zu berücksichtigen, dass deren Bedarf in der Summe eben höher ist und dementsprechend bedarfsdeckende Jobangebote einen umso höheren Lohn erfordern. Dies ist im System des SGB II selbst angelegt und deswegen nicht als Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig.

In der Lesart der oben zitierten Passage der Bundesregierung sind die Leistungsminderungen nicht Teil des Leistungsanspruchs, sondern der „abwehrrechtlichen Anteile“ des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, was eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich macht. Konsequenterweise müsste die Bun-

desregierung Studien anführen, die die Wirksamkeit der 100%-Sanktion belegen. In der Begründung findet sich dergleichen aber nicht.

Problem 2: Das Leitbild des autonom handelnden Totalverweigerers

Aus der politischen Diskussion der letzten Wochen und dem Regierungsentwurf selbst wird deutlich, dass dieser von dem Leitbild des „autonom handelnden Totalverweigerers“ ausgeht, also von Personen, die in vollem Wissen der Folgen und bei gleichzeitig bestehender uneingeschränkter Fähigkeit zur Arbeitsaufnahme das Angebot ablehnen. Für diese Personen mag eine Totalsanktion verfassungsgemäß sein, insbesondere wenn man bedenkt, dass die Sanktion sofort beendet wird, wenn es das Arbeitsangebot nicht mehr gibt. Nicht nur also, wenn die betroffene Person das Angebot doch annimmt, sondern auch in dem Fall, in dem der Arbeitgeber das Angebot zurückzieht (etwa weil er die Stelle anderweitig besetzt hat), wird die Sanktion aufgehoben.

Das Problem ist aber nun, dass dieses Leitbild höchstwahrscheinlich nur auf wenige der Betroffenen zutrifft. Oft handelt es sich bei diesen um psychisch stark belastete Personen oder um Personen mit Kompetenzdefiziten und Kommunikationsschwierigkeiten, um Menschen mit grundlegenden und mehrfachen Beschäftigungshindernissen (so das BVerfG 2019 in Rn. 59, 142; vgl. außerdem diese [Ausführungen](#)). Zwar verlangt die geplante Regelung, dass die Arbeitsaufnahme willentlich verweigert wird; diese Formulierung entstammt der oben zitierten Passage aus dem BVerfG-Urteil. Aber was heißt willentlich? Dies erläutert der Gesetzgeber nicht näher. Durch die Übernahme knapper Formulierungen des BVerfG in den Gesetzestext erreicht man nicht automatisch eine verfassungskonforme Regelung. Auch besteht zwar die Möglichkeit, dass bei „wichtigem Grund“ oder „unzumutbarer Härte“ von der Sanktion abgesehen wird. Aber auch diese beiden Regelungen – die es aktuell bereits im System der Leistungsminderungen gibt – sind vage (und davon abhängig, dass sich die Betroffenen darauf berufen). Dies mag man bei den derzeitigen Sanktionen von 10-30% noch hinnehmen; wegen der viel gravierender wirkenden Totalsanktion müsste bei dieser meiner Meinung nach eine differenzierte Regelung gefunden werden, die den Jobcentern detaillierte Vorgaben an die Hand gibt, damit die Regelung wirklich nur diejenigen trifft, die

dem Leitbild des „autonom handelnden Totalverweigerers“ entsprechen.

Problem 3: Fehlender Anspruch auf Sachleistungen in Notlage

Zum Teil wird die geplante Regelung für **verfassungswidrig** gehalten, weil sie keinen Anspruch auf ergänzende Sachleistungen enthält. Damit wird auf eine Regelung verwiesen, die es vor der Bürgergeldreform gab und die es bei Leistungsminderungen um mehr als 30 % den Betroffenen ermöglichte, einen Antrag auf ergänzende Sachleistungen oder geldwerte Leistungen in angemessenem Umfang zu stellen (§ 31a III SGB II a.F.). Im Notfall konnten Betroffene z.B. Lebensmittelgutscheine erhalten. Hierüber wurde allerdings nach Ermessen entschieden, auch das BVerfG hatte diese Regelung im alten Sanktionssystem als nicht ausreichend erachtet (Rn. 195 ff.). Im Zuge der Bürgergeldreform wurde die Regelung mit der Begründung abgeschafft, dass seitdem „unzumutbare Härten“ berücksichtigt werden müssen, die dazu führen, dass die Sanktion gar nicht verhängt wird.

Ob man einen solchen Anspruch auf ergänzende Sachleistungen für notwendig hält, hängt maßgeblich davon ab, wie man die Zulässigkeit von 100%-Sanktionen dogmatisch begründet (s.o.) und wie die Regelung ansonsten ausgestaltet ist. In der Logik, die von der Fiktion der Nichtbedürftigkeit ausgeht, wäre ein solcher An-

spruch eigentlich nicht erforderlich, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass weiterhin das Arbeitsplatzangebot bestehen muss, das zur Verhinderung von Notlagen angenommen werden kann. Entscheidend ist aber auch in diesem Fall, dass die Regelung so ausgestaltet sein muss, dass sie nur diejenigen erfasst, die dem Leitbild des „autonom handelnden Totalverweigerers“ entsprechen – das ist im aktuellen Entwurf nicht der Fall. Selbst wenn der Gesetzgeber hier nachbesserte, könnte ein entsprechender Anspruch auf Lebensmittelgutscheine und ähnliche Leistungen jedenfalls Notlagen abfangen, die durch Restunsicherheiten bei der Frage blieben, was „außergewöhnliche Härten“ und „wichtige Gründe“ sind.

Fazit

Dass die geplanten Regelungen in der jetzigen, undifferenzierten Fassung verfassungskonform sind, ist zweifelhaft. Bei einer Nachbesserung, die wirklich nur die autonom handelnden Totalverweigerer mit einem Jobangebot trafe, das ihnen die vollumfängliche, eigenständige Sicherung des Bedarfs ihrer Bedarfsgemeinschaft ermöglichte, müsste man die Frage stellen, ob im Ergebnis überhaupt in wesentlichem Umfang Geld eingespart wird. Schon jetzt bestehen Zweifel an den im Gesetzentwurf angeführten **Zahlen**. Und dass es zur Erzielung der notwendigen Einsparungen aus haushaltspolitischer Sicht „keine Alternativen“ geben soll – so die pauschale Aussage im Gesetzentwurf –, ist absurd.

Gwinyai Machona

Die Diskriminierung der Anderen begreifen

Für erkenntnistheoretische Reflexion in Debatten um Antisemitismusdefinitionen

doi: 10.59704/0ae885f47b4407eb



Es wird gestritten und gerungen. Über Antisemitismusdefinitionen, deren gesetzliche Anwendung und deren potentiellen Missbrauch. Über Antisemitismus als *Phänomen* geht es in diesen Debatten kaum.

Sinnbildlich steht dafür die [Ankündigung](#) und nun die [Aussetzung](#) einer „Antidiskriminierungsklausel“ der Berliner Kulturverwaltung, nachdem es zuvor massive Kritik insbesondere aus der Kulturszene gab. Hierbei ging es insbesondere um den Vorwurf, die Weite der [Antisemitismus-Arbeitsdefinition](#) der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und die Erweiterung der Definition durch den Bund würden für unzutreffende Antisemitismusvorwürfe missbraucht werden, was zu ungerechtfertigten Grundrechtseingriffen führe (etwa [Offener Brief Kulturschaffender](#), u.a. mit Verweis auf [Ambos et al](#)). Missbräuchliche Antisemitismusvorwürfe betreffen „vor allem [...] propalästinensische Einstellungen“, so jüngst auch [Kenneth Stern](#), Mitautor der IHRA-Arbeitsdefinition.

Auf konkrete Fälle ungerechtfertigter Antisemitismusvorwürfe oder Äußerungen, die einen essentialisierenden Generalverdacht schüren, aufmerksam zu machen, ist selbstredend wichtig. Kritiker*innen laufen jedoch in eine moralische und erkenntnistheoretische Falle, soweit sie sich ohne „positiven“ Antisemitismusbegriff gegen vermeintlich missbräuchliche Antisemitismusvorwürfe stellen wollen. Polemisch überspitzt: Ohne positiven, also gesetzten und offengelegten Antisemitismusbegriff erscheint jeder Antisemitismusvorwurf potentiell als missbräuchlich. Dabei müsste klargestellt werden, dass ein fundiertes Verständnis von Antisemitismus als *Phänomen* Grundlage auch jeder juristischen Diskussion um (un)angemessene Antisemitismusdefinitionen und deren rechtliche Anwendung sein muss.

Ich möchte daher *erstens* anregen, dass wir den Antisemitismusbegriff (auch) als *Begriff* im theoretischen Sinne verstehen sollten. Es soll sich *zweitens* zeigen, dass

ein rassismuskritischer Ansatz nach Charles Mills für eine stärkere Einbeziehung jüdischer Erfahrungen bei der Begriffsbildung und darüber für ein weites Antisemitismusverständnis streitet. Durch eine klarere Trennung von Begriffs- und Anwendungsebene könnte – *drittens* – die vermeintliche Kollision von Antisemitismuskritik und Rassismuskritik jedenfalls in dieser Debatte vermieden werden, so die Hoffnung.

Antisemitismus als Begriff

Verstehen wir Antisemitismus (auch) als *Begriff*, so können wir mit Mitteln der Semantik und Erkenntnistheorie mehr über die (implizite bis fehlende) Begriffsbildung erfahren. Bereits die Anwendung des „semiotischen Dreiecks“ aus Gegenstands-, Repräsentations- und Begriffsebene ist erhellend (knapp [Stock](#); einführend etwa [Lieb](#)). So ist festzuhalten, dass die Existenz „des“ Antisemitismus als sozialem Phänomen (Gegenstandsebene) kaum bestritten wird. Es ist auch klar, dass dieses Phänomen durch das Wort „Antisemitismus“ repräsentiert wird (Repräsentationsebene). Doch was im Einzelfall als „antisemitisch“ gelten soll, ist teils heftig umstritten. Wir befinden uns (scheinbar) auf der Begriffsebene, wenn argumentiert wird, Phänomen X sei nicht antisemitisch, weil ein Geschehnis nicht unter das Konzept falle, beziehungsweise nicht von dem Begriff erfasst sei. Dieser Satz setzt jedoch seinerseits einen Antisemitismusbegriff voraus. Wie lässt sich eine Begriffsbildung also fassen?

Bei einer Begriffsbildung kann verschieden vorgegangen werden (einführend etwa [hier](#)). Zum einen wird jedenfalls in „klassische Theorien“ und „Prototypentheorie“ unterschieden (siehe auch [hier](#)). Nach klassischen Theorien werden Merkmale oder Eigenschaften genannt, um eine „Klassenzugehörigkeit“ auszumachen. Nach Prototyptheorien wird (im entferntesten Sinne mit Wittgenstein) nach „Familienzugehörigkeit“ gefragt, bei der von einem Idealtyp ausgegangen und nach Ähnlich-

keiten des jeweiligen Anschauungsobjekts gesucht wird.

Der gesellschaftspolitische und juristische Diskurs um Antisemitismus verbleibt vor allem auf der Repräsentations- und Gegenstandsebene und greift dabei implizit auf ein Prototyp-Verfahren zur Begriffsbildung zurück. So verharren auch Gerichte oft in einem Antisemitismusverständnis, das eine gefestigte Ideologie in den Vordergrund stellt (vgl. in der Sache ebenso [Liebscher et al.](#)).

Das [AG Wuppertal](#) etwa hatte 2014 im Falle eines Brandanschlags auf eine Synagoge darauf abgestellt, dass die Ermittlungen „keinerlei Anhaltspunkte“ dafür ergeben hätten, dass die Angeklagten „antisemitisch eingestellt sind“ (Rn. 43). Vielmehr wollten die Angeklagten „Aufmerksamkeit auf den zu dieser Zeit andauernden bewaffneten Konflikt zwischen Israel und den im Gaza-Streifen lebenden Palästinensern lenken“ (Rn. 37, nochmal 41). Dass gerade diese Motivation als antisemitisch gewertet werden könnte, übersieht das Gericht (dazu u.a. auch [Liebscher et al.](#)).

Die Entscheidung steht sinnbildlich für ein nicht weiter ausgesprochenes Antisemitismusverständnis, nach dem Antisemit nur der ist, wer einem gefestigten antisemitischen Weltbild und einer Ideologie anhängt. Der Nationalsozialist (in männlicher Form) ist der Prototyp (so auch jüngst Doris Liebscher [hier](#); vgl. auch [Deniz Yücel](#) bzgl. [LG München](#) und [OLG München](#) im Fall Elsässer). Nach diesem Verständnis aber, so Yücel treffend, wurde „der letzte Antisemit um 1960 in Jerusalem gesichtet“ (...und hingerichtet, G.M.).

In anderen Worten: der Antisemitismusbegriff ist zu eng; und zwar, weil es den Prototypen auf Gegenstandsebene kaum mehr gibt (vgl. auch Ullrich in [Arnold et al.](#)). Soziale Phänomene sind zeitlich kontingent, sie wandeln sich. Ein Prototypverfahren (mit historisch verhafteten Prototypen) erscheint für die juristische Begriffsbildung jedenfalls unzweckmäßig.

Methodisch liegt der Juristerei vielmehr ein „klassischeres“ hermeneutisches Verfahren nahe. Die Hermeneutik „erfasst Begriffe in ihrer historischen Entwicklung sowie in ihrer Verwendung in einem gegebenen sog. ‚Welthorizont‘“ ([Stock](#)). Das „Gewordensein“ ist entscheidend. Dabei wird nie „ohne Verständnis und vorurteilsfrei“ ([Stock](#)) vorgegangen. Spätestens hier beginnt sich der „hermeneutische Zirkel“ zu drehen: Das Ganze ist nur durch seine Teile begreifbar, die Teile sind nur durch ein Verständnis vom Ganzen erkennbar (vgl. [Ga-](#)

[damer](#)). Individuelle Vorverständnisse sind daher konstitutiv für Wissensproduktionen (vgl. [Gadamer](#)). Folglich kommt es darauf an, wer mit welchem (Vor-)Wissen Begriffsbildung betreibt.

Mit einem rassismuskritischen Ansatz nach Charles Mills zu weiten Antisemitismusbegriffen

Es ist vergleichsweise unstrittig, dass Vorwissen die Wissensproduktion bedingt und dass dieses Vorwissen seinerseits sozial bedingt ist (so bereits [Max Weber](#), der seine eigenen rassistischen Vorurteile in [Wissenschaft als Beruf](#) vorführt). Bei der Einsicht, dass Vorwissen die Wissensproduktion leitet, setzen rassismuskritische Ansätze seit geraumer Zeit an (vgl. jüngst auch für den deutschen Kontext etwa [Hauck](#); [Hankings-Evans](#); [Barskanmaz](#); auf diskursiver Ebene [Barskanmaz](#), in der Sache zustimmend: [Duve](#) und [Dann](#)).

Gewissermaßen schulbildend für rassismuskritische Erkenntnistheorie wirkte ein Aufsatz des Philosophen Charles Mills unter dem für einige provokant anmutenden Titel „White Ignorance“ (jüngst übersetzt in [Leopold/Martinez Mateo](#), zit. hiernach). Mills argumentiert, es gäbe ein „Weißes Nichtwissen“. Er bezeichnet damit eine „kognitive Beeinträchtigung“ in der Erkenntnisgewinnung, die aus historisch gewachsenen Gesellschaftsverhältnissen herrühre (insb. Sklaverei und Kolonialismus der Moderne). Da Begriffe uns in der Welt Orientierung bieten würden und es schwer sei, sich diesem Begriffssystem zu widersetzen, würden etablierte Begriffe eine eigene Wirkung entfalten (201 f.). Regelmäßig werde nicht, „das Phänomen mit dem gesondert angehängten Begriff“, sondern „die Dinge *durch* den Begriff selbst“ betrachtet. Da etwa der „nichtweiße Andere“ zu Kolonialzeiten einen anderen Ort im „leitenden Begriffsspektrum“ eingenommen habe, sei es möglich gewesen, „ohne ein Gefühl von Absurdität von ‚leeren‘ Ländereien zu sprechen, die in Wirklichkeit von Millionen Menschen wimmeln, von der ‚Entdeckung‘ von Ländern, deren Bewohner schon existierten [...]“ (202)

Dies führt Mills zu der Diagnose einer „kognitiven Beeinträchtigung“, die auf der Stabilität von Begriffen basiert, welche die Erfahrung rassistisch marginalisierter Gruppen nicht angemessen widerzugeben vermögen: „Wenn also Kant bekanntlich sagte, dass Wahrnehmungen ohne Begriffe blind sind, dann ist es hier die Blindheit des Begriffs selbst, die die Sicht blockiert.“ (202)

Diese Blicklosigkeit für Rassismus lässt sich auch in der juristischen Praxis in Deutschland beobachten (so jüngst [Stix](#); eklatant etwa im Fall der N-Wort-Entscheidung des [Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern](#); dazu etwa [Nelly Bihegue](#); jüngst auch realitätsfern [OVG Hamburg](#)). Wie etwa von Anna Katharina Mangold und Sinthiou Buszewski angemerkt, steht die Blicklosigkeit für Rassismus im engen Zusammenhang mit dem Gehör, das Betroffenen (nicht) eingeräumt wird. Es sei, so Mangold und Buszewski, wohl kein Zufall, dass in der Debatte um das N-Wort „nahezu ausschließlich weiße* Personen über die Wirkweise eines Wortes sprechen und schreiben, ohne auf jene zu hören, sie zu Wort kommen zu lassen, die mit dem Wort verletzt werden sollen.“

Dies mutet einigen als „Identitätspolitik“ an. Dürfen jetzt nur noch „Betroffene“ festlegen, was diskriminierend ist? Nein. Jedenfalls Charles Mills stellt klar, dass „Weißes Nichtwissen“ nicht an die Hautfarbe oder ein anderes persönliches Merkmal geknüpft sei, so können „Schwarze ebenfalls weißes Nichtwissen aufweisen“ (194, Anm.: ich schließe mich hier explizit ein). Es kommt auf individuelle persönliche Erfahrung im gesellschaftlichen Kontext an, also auf sozial bedingtes Vorwissen, das den hermeneutischen Prozess der Begriffsbildung beeinträchtigt, nicht auf individuelle Identitäten als solche. Mills spricht von einer „unpersönliche[n] sozialstrukturelle[n] Verursachung“ (193). Daher ist die Feststellung eines „Weißen Nichtwissens“ auch nicht mit einem individuellen Vorwurf von Schuld verbunden (193). Aus Mills Ausführungen lässt sich allenfalls die plausible Vermutung ablesen, dass Betroffene eher in der Lage sind, die Phänomene, die sie betreffen, im historischen und gesellschaftspolitischen Kontext zu begreifen. Dies birgt zwar die Gefahr von Essentialisierungen (vgl. [Sow](#)), scheint jedoch jedenfalls von einiger anekdotischer Evidenz getragen zu sein. Dass sich etwa hinsichtlich der Verwendung des N-Wortes der Diskurs „verengt“ hat (vgl. [Fall Boris Palmer](#)), weil sich der Rassismusbegriff diesbezüglich erweitert hat, lag ganz maßgeblich daran, dass zunehmend „Schwarze Stimmen“ gehört und ernstgenommen wurden, die auf die historisch fundierte Semantik des Wortes aufmerksam machten ([Nelly Bihegue m.w.N.](#)). Damit haben vor allem Betroffene das gesell-

schaftlich vorherrschende Vorwissen destabilisiert, welches den Prozess der Begriffsbildung erkenntnistheoretisch (mit-)leitete.

Erkenntnistheoretisch lässt sich mit Mills folglich sagen: Ein Rassismusbegriff, der nicht die Sicht von Betroffenen aufgreift, wird das Phänomen nie in Gänze sehen beziehungsweise begreifen können. Gleiches muss für den Antisemitismusbegriff gelten: Ein Antisemitismusbegriff, der nicht die Sicht von Betroffenen aufgreift, wird das Phänomen nie in Gänze begreifen können.

Dass auch in deutschen Diskursen um Antisemitismus jüdische Perspektiven kaum Gehör finden, wurde bereits vielfach kritisch angemerkt (etwa Czollek [hier](#) und [hier](#); [hier](#) oder Cazés [hier ab Min. 45:00](#)). Auch in der juristischen Praxis stellt sich der gleiche Effekt ein wie im Fall von Rassismus: Gerichte sehen Antisemitismus nicht, weil sie jüdische Realitäten nicht wahrnehmen (so etwa [Liebscher et al.](#)).

In ihrem Buch, [Gojnormativität Warum wir anders über Antisemitismus sprechen müssen](#) zeigen Judith Coffey und Vivien Laumann, dass in Deutschland die „paradoxe Situation“ zu beobachten sei, in der Antisemitismus „skandalisiert“ werde, „[u]m ein positives deutsches Selbstbild aufrechtzuerhalten“, doch gleichzeitig werde „der gegenwärtig existente Antisemitismus geleugnet, als Import aus arabischen Ländern oder als Ausnahmererscheinung von Einzeltäter_innen dargestellt. *Die Perspektiven von Juden Jü din nen werden kaum gehört oder ernstgenommen.*“ (S. 10, Herv. d. V.).

In Analogie zu Mills erkenntnistheoretischen Überlegungen zu „Weißem Nichtwissen“, ließe sich von einem „nicht-jüdischen Nichtwissen“ sprechen. (oder mit David Schraub von „epistemic antisemitism“)¹. Damit seien weder Rassismus und Antisemitismus als heute wirkende Phänomene noch deren historisches Gewordensein gleichgesetzt (vgl. zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden – tlw. nicht unproblematisch – auch [Mills](#) selbst; vgl. auch [Levi](#))². Die hier vorgenommene Überlegung basiert allein auf der Beobachtung, dass dezidiert jüdische Perspektiven auf die Welt in Europa seit der Inquisition systematisch ausgegrenzt, ja vernichtet wurden. Der moderne Antisemitismus des frühen 19. Jahrhunderts führte diese Tradition fort, bis zur Shoah (zur Geschichte und Gegenwart des Antisemitismus umfassend [Benz](#)). Die

¹ Dank an Daniel James für den Hinweis auf diesen Text.

² Dank an Cengiz Barskanmaz für den Hinweis auf diesen Text.

Jahrhunderte alte Blicklosigkeit für jüdische Perspektiven wirkt bis heute fort. In *Dialektik der Emanzipation* verdeutlicht dies [Hannah Peaceman](#) an dem Begriff der „jüdisch-christlichen Tradition“. In der Verbindung dieses Begriffs mit einer jüngeren „Leitkultur-Debatte“, die sich „in der Regel gegen den Islam oder die sogenannte nicht-westliche Kultur richtet,“ zeige sich heute noch „die Geschichtslosigkeit und Verdrängung von Antisemitismus, Rassismus, Kolonialismus und Faschismus als Teil einer westlichen, europäischen, deutschen und christlichen Geschichte und Gegenwart“ (130). Der Begriff der „jüdisch-christlichen Tradition“ mache die „Aus- und Abgrenzungsgeschichte von Jüd*innen“ unsichtbar und offenbare sich letztlich „als eine leere Chiffre“ (131). Auch Jüd_innen nehmen historisch und gegenwärtig keinen gleichwertigen Platz im „leitenden Begriffsspektrum“ der christlichen Mehrheitsgesellschaft ein (vgl. Mills, 202, bzgl. der „nichtweißen Anderen“ im „Begriffsspektrum“).

Übertragen auf den Antisemitismusbegriff ließe sich in Anlehnung an Charles Mills sagen, dass auch diesem aufgrund seines historischen Gewordensein zwar einerseits eine relative Stabilität zukommt, er aber andererseits zu einer Blicklosigkeit führt, weil er sich in einem Kontext einer in der Mehrheit nicht von Antisemitismus betroffenen Gesellschaft stabilisiert. Es sind die Begriffe selbst, die die Sicht blockieren.

Für eine analytische und diskursive Trennung von Begriffs- und Anwendungsebene

Ich schlage demnach vor, in Debatten um Antisemitismusdefinitionen die verschiedenen diskursiven Ebenen deutlicher voneinander zu trennen. Das mag veranschaulichen, worum (nicht) gestritten wird. Denn die Argumente, die IHRA-Arbeitsdefinition führe zu einer „Verengung“ des Raumes „zulässiger Kritik an Israel“ (so ein hier unter Pseudonym veröffentlichter Text, kritisch [Cemel/Majetschak](#)), sie sei zu unbestimmt (vgl. [Ambos et al](#)) und die IHRA-Arbeitsdefinition marginalisiere palästinensische Stimmen, andere people of color und Menschen aus dem Globalen Süden (vgl. [Offener Brief Kulturschaffender](#)), betreffen jeweils nicht primär die Begriffsebene, setzen aber (implizit) einen Antisemitismusbegriff voraus.

Im letzteren Fall ist das (eigentlich) eindeutig. Weder die [IHRA-Arbeitsdefinition](#) noch ein anderer Versuch

einer Begriffsbestimmung würden die Identität der sich potentiell antisemitisch verhaltenden Person zu einem Begriffsmerkmal von Antisemitismus erklären. Bei dem Argument, die IHRA-Arbeitsdefinition marginalisiere bestimmte Personengruppen, handelt es sich nicht um Kritik auf der Begriffsebene, sondern um Kritik an etwaigem Missbrauch eines Antisemitismusbegriffs oder an Doppelstandards bei Antisemitismuskritik zulasten von people of colour. Dass Antisemitismus in Deutschland mitunter auf einen vermeintlich „importierten Antisemitismus“ reduziert wird und gar Regierungsvertreter wie Robert Habeck zu einen Antisemitismus-Generalverdacht gegenüber Muslimen in Deutschland beisteuern, wird zu recht kritisiert (vgl. respektive [Coffey/Laumann](#), 10; [Fischer](#)). Dies hat aber nichts mit dem Antisemitismusbegriff als solchem zu tun, sondern mit seiner mitunter einseitigen Anwendung, die mit jeglichen Definitionen denkbar ist (anders nur über eine Figur der mittelbaren Diskriminierung, die aber wohl auf negative Stereotypisierungen hinausläuft / es ist auch nicht ersichtlich, dass eine mittelbare Diskriminierung in einem der Definitionsversuche angelegt wäre). Klar ist, die Identität einer Person stellt weder ein konstitutives noch ein ausschließendes Merkmal für Antisemitismus dar.

Klar ist auch, dass ein Antisemitismusbegriff immer zu gewissem Grade unbestimmt bleiben muss. Die meisten Worte sind Begriffe „mit verschwommenen Rändern“ ([Wittgenstein](#), 71). Hinter dem Argument der Unbestimmtheit liegt letztlich nur die Feststellung, dass Antisemitismus keine Tatsache ist, sondern ein soziales Phänomen. Radikal mit Wittgenstein wäre dann alles Recht (insb. Antidiskriminierungsrecht) als sprachliche Regelung sozialer Phänomene „einfach Unsinn“ (vgl. [Wittgenstein](#), Vorwort). Doch die Juristerei hat sich grundsätzlich mit der Kontingenz der Sprache arrangiert (ob mit [Kelsen](#), [Hart](#), [Dworkin](#) oder [Alexy](#)). Es sind dann unterschiedliche Fragen, ob a) unbestimmte Rechtsbegriffe wie „antisemitisch“, dort wo sie als Tatbestands- oder strafschärfendes Merkmal normiert sind, näher ausgestaltet werden sollten; oder ob b) staatliche Förderungen von Wissenschaft oder Kunst; und c) der aufenthalts- oder asylrechtliche Status bis hin zur Staatsbürgerschaft von einem „Bekenntnis“ abhängig gemacht werden sollte (dazu kritisch [Yücel](#))[3]. Die letzten beiden Fragen lassen sich ganz grundsätzlich verhandeln; also auch unabhängig davon, ob die Regelung der „Bekämpfung“ von Antisemitismus oder Rassismus dienen soll (vgl. auch [Yücel](#)).

Lehnt man einen „Bekennnisdruck“ des Staates aus freiheitlichen Gründen ab, spricht dies weder für noch gegen die IHRA- oder sonstige Antisemitismusdefinitionen als solche (vgl. auch [Ambos et al](#) eingangs). Hingegen lässt sich die erste Frage, ob es in konkreten Rechtsgebieten wie Antidiskriminierungsrecht oder Strafrecht einer Ausgestaltung des Rechtsbegriffs „antisemitisch“ bedarf, kaum ohne vorausgesetzten Antisemitismusbegriff diskutieren. Die einen meinen, es sei „eleganter“, die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „antisemitisch“ stets „der Rechtsanwendung zu überlassen“ (vgl. [Heinemann](#)), eine Konkretisierung sei daher nicht erforderlich (so auch [Ambos et al](#)). Abgesehen davon, dass die Ablehnung von Konkretisierungsversuchen in dieser Konstellation nicht zu einer bestimmteren Rechtslage führt, suggeriert das Argument, Gerichte und Behörden würden Antisemitismus – im eigens angelegten Sinne – grundsätzlich angemessen erkennen. Die anderen meinen dagegen, die Rechtsanwendung habe gerade ein Problem damit, Antisemitismus – wie sie ihn verstehen – zu sehen ([Liebscher et al](#)). Beide Argumentationslinien setzen einen (unterschiedlichen) Antisemitismusbegriff voraus. Das Argument, die IHRA-Arbeitsdefinition sei für Konkretisierungen zu unbestimmt, tendiert aber dazu, diese begriffliche Ebene nicht explizit zu machen.

Das Argument, die IHRA-Arbeitsdefinition würde zulässige Kritik an Israel verhindern, scheint hingegen insoweit auf der Begriffsebene verortet zu sein, als dass das Argument dahingehend verstanden werden kann, dass die Definition Phänomene erfasst, die nicht erfasst sein sollten. Die Definition würde – so könnte die Kritik verstanden werden – ein „überflüssiges Merkmal“ enthalten (vgl. [Stock](#) zu Definitionen). Allerdings findet sich kein Definitionsvorschlag, der Kritik an Israel per se als antisemitisch werten würde. In der [IHRA-Arbeitsdefinition](#) heißt es: „Erscheinungsformen von Antisemitismus können sich auch gegen den Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, richten. Allerdings kann Kritik an Israel, die mit der an anderen Ländern vergleichbar ist, nicht als antisemitisch betrachtet werden.“ In der Sache ergibt sich aus der [Jerusalem Declaration](#) kaum etwas anderes.

Bei der Kritik verschwimmen Begriffs- und Anwendungsebene, denn es geht bei dieser Argumentationslinie, wie auch [Coffey/Laumann](#) darlegen, „vor allem darum, Unschuldige vor ungerechtfertigten Antisemitismusvorwürfen zu bewahren“ (11), weniger darum, ob die De-

inition in dieser Frage auf abstrakter Ebene angemessen ist. Die Kritik geht diesbezüglich folglich Zweck- bzw. Ergebnis-orientiert vor, anstatt zu fragen, wie sich das Phänomen Antisemitismus für betroffene Personen äußert. Anders ausgedrückt: die drei exemplarisch angeführten Argumentationslinien betreffen nicht die Frage, wie wir Antisemitismus, so wie er Jüd_innen heute als Phänomen widerfährt, begreifen. Die Argumente setzen einen Antisemitismusbegriff voraus, ohne diesen offenzulegen. Damit laufen wir Gefahr, Phänomene, wie Belästigungen und das Einfordern einer Positionierung zu Israel, nur weil eine Person jüdisch ist, Aussprüche, die sich vormodernen antijudaistischen Bildern bedienen (wie „Kindermörder Israel“), bis hin zu tätlichen Angriffen und Anschlägen auf Jüd_innen und jüdische Einrichtungen, um auf den latenten oder akuten Krieg in Israel und Palästina „aufmerksam zu machen“, nicht als (israelbezogenen) Antisemitismus zu erfassen, obwohl sie als solcher erfahren werden. Wie Charles Mills bezüglich Rassismus darlegt, betrachten wir die Welt durch Begriffe. Erfassen aber die Begriffe durch fehlende Rezeption der Perspektiven Betroffener gewisse Erfahrungen nicht, so sind es die Begriffe, die die Sicht auf die Phänomene blockieren. Das Urteil aus Wuppertal veranschaulicht dies deutlich.

Erst mit einem überzeugenden Antisemitismusbegriff wird man überzeugend gegen rassistische, insbesondere antimuslimische Instrumentalisierungen von Antisemitismusvorwürfen argumentieren können (vgl. [Stern](#)). Antisemitismuskritik und Rassismuskritik können nur gemeinsam einem jüngst wieder in die Mitte der Gesellschaft und Politik tretenden völkischen Nationalismus begegnen. Dafür müssen wir aber, in Anlehnung an [Charlotte Wiedemann](#), die *Diskriminierung der Anderen erst begreifen* und gegenseitige, konstruktive Kritik aushalten. Es gilt, mit Adorno gesprochen, nicht allein in eigenen politischen Zwecken zu denken und damit Menschen und Perspektiven zu objektivieren, nach dem Motto: „die einen sind verwendbar, die anderen hinderlich“ ([Adorno](#), 149). Eine solche Zweckrationalität bedient letztlich nur die Klaviatur des Faschismus:

„Der neutestamentliche Satz: ‚Wer nicht für mich ist, ist wider mich‘ war von jeher dem Antisemitismus aus dem Herzen gesprochen. Es gehört zum Grundbestand der Herrschaft, jeden, der nicht mit ihr sich identifiziert,

um der bloßen Differenz willen ins Lager der Feinde zu verweisen [...]. [Totalität] bedeutet die Gleichsetzung des Verschiedenen, sei's der ‚Abweichung‘, sei's des Andersartigen, mit dem Gegner. Der Nationalsozialismus hat auch darin das historische Bewusstsein seiner selbst erreicht: Carl Schmitt de-

finierte das Wesen des Politischen geradezu durch die Kategorien Freund und Feind. [...] Freiheit wäre, nicht zwischen schwarz und weiß zu wählen, sondern aus solcher vorgeschriebenen Wahl herauszutreten.“ (Adorno, *Minima Moralia*, 149 f.)

Eva Maria Bredler

Wirksam gegen „Gehsteigbelästigung“?

Zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes

doi: 10.59704/647dfe43ccc3ad12



Bald ist es wieder so weit: Vom 14. Februar bis 24. März 2024 halten Abtreibungsgegner:innen weltweit sogenannte „Mahnwachen“ vor Beratungsstellen und Abtreibungseinrichtungen ab, um Abtreibungen zu verhindern. Dahinter steht die US-amerikanische christliche Organisation „40 Days For Life“, die inzwischen [international](#) Anti-Abtreibungsproteste koordiniert – ihr Slogan: „The Beginning of the End of Abortion“. Auch in München und Pforzheim wurden wieder Proteste angemeldet. Die Abtreibungsgegner:innen stehen dann vierzig Tage lang vor den Beratungsstellen ([von pro familia](#)), singen und beten, kniend, mit Marienbildern um dem Hals und appellierenden Plakaten (etwa „ICH WILL LEBEN!“ und „ICH BIN EINE PERSON“ neben dem Bild eines Fötus). Bei anderen Formen sog. Gehsteigbelästigung werden Frauen auch [direkt angesprochen](#), beschimpft oder gar mit [Schockfotos und Plastik-Embryonen](#) belästigt.

Die Anti-Abtreibungsproteste stigmatisieren Schwangere und Personal. Das gefährdet einerseits das gesetzliche Beratungskonzept aus dem Schwangerschaftskonfliktberatungsgesetz (SchKG), das die [staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben](#) umsetzt. Andererseits beeinträchtigen die Versammlungen das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren, die schlimmstenfalls ihr Recht auf straffreie, sichere Abtreibung nicht ausübt.

Deshalb kündigte der [Koalitionsvertrag](#) 2021 „wirksame gesetzliche Maßnahmen“ gegen „sogenannte Gehsteigbelästigungen“ an. Nachdem Bundesfamilienministerin Lisa Paus zunächst einen Gesetzesentwurf noch vor Ende 2022 [versprochen](#) hatte, verzögerte sich das Verfahren. Im April 2023 nahm die zuständige „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ [ihre Arbeit auf](#), im November 2023 legte das Bundesfamilienministerium einen [Referentenentwurf](#) vor. Nun hat das Kabinett am 24. Januar den [Gesetzesentwurf beschlossen](#). Wird was lange währt auch endlich gut?

Warum es ein Gesetz braucht

Zwar gibt es bereits rechtliche Mittel gegen die Anti-Abtreibungsproteste: Versammlungsbehörden können sie verbieten oder von (etwa örtlichen) Auflagen abhängig machen. Weil aber mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit auch für die Abtreibungsgegner:innen gewichtige Grundrechte streiten, entscheiden Behörden oft verunsichert und im Zweifel für die Versammlungsfreiheit. Auch die Gerichte beurteilen die Proteste unterschiedlich. Weder gibt es eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung noch eine bundeseinheitliche Gesetzesregelung. Zuletzt haben die Oberlandesgerichte [Hessen](#) und [Baden-Württemberg](#) die „Mahnwachen“ (anders als noch das [VG Karlsruhe](#)) für zulässig gehalten und die behördlich angeordnete örtliche Verschiebung für rechtswidrig erklärt, allerdings mit zweifelhafter grundrechtlicher Begründung. Statt sauber zwischen Persönlichkeitsrecht der Schwangeren und der Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Abtreibungsgegner:innen abzuwägen, haben sie verkürzt geprüft, ob es für die Schwangere vor der Beratungsstelle zu einem „Spießrutenlauf“ kommt – und dabei an der Lebensrealität [vorbeisubsumiert](#). Die Stadt Pforzheim erhob dagegen Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht, das den Fall im Mai 2023 (aus rein prozessualen Gründen) [nicht zur Revision annahm](#). Also alle Hoffnung auf Berlin.

[Rufe nach einer gesetzlichen Regelung](#) (wie sie [in anderen Ländern](#) schon existiert und vom [Europarat](#) empfohlen wird) wurden vor allem deshalb laut, weil individueller Rechtsschutz in solchen Situationen unzumutbar ist bzw. zwangsläufig zu spät kommt. Dabei spielt Zeit beim Schwangerschaftsabbruch eine kritische Rolle: Nur innerhalb von 12 Wochen kann der Abbruch straffrei sein – und nur, wenn sich die Schwangere mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer staatlich anerkannten Stelle beraten ließ (§ 218 a Abs. 1 StGB). Gerade diese Beratungspflicht erfordert Schutzmaßnahmen, wie auch der Entwurf klarstellt: „Erlegt der Staat der Schwangeren

diese Pflicht auf, so muss er dafür Sorge tragen, dass sie dieser ohne wesentliche Hindernisse nachkommen kann“ (S. 1-2).

Was Grund- und Menschenrechte erfordern

Erklärtes Ziel des [Gesetzentwurfs](#) ist es, „einen bundes einheitlichen und rechtssicheren Umgang mit den sogenannten Gehsteigbelästigungen sicherzustellen“ (S. 2), der „den grundrechtlichen Anforderungen und völkerrechtlichen Vorgaben genügt“ (S. 10).

Grundrechtlich soll das Gesetz sowohl das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren als auch das Beratungskonzept schützen, das die [Schutzpflicht für das ungeborene Leben](#) umsetzt. Dazu ist vom Staat verlangt, „den sicheren, effektiven und diskriminierungsfreien Zugang zu Beratungsstellen und Einrichtungen, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, zu gewährleisten“ (S. 12). Richtigerweise erfordert das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren dabei ein hohes Schutzniveau, insbesondere wegen der Nähe zur Intimsphäre im ersten Drittel der Schwangerschaft und weil sich die Betroffenen in einer „physischen und psychischen Belastungssituation“ befinden (S. 11).

Daneben ist Deutschland auch menschenrechtlich verpflichtet, „einen ungehinderten, sicheren und diskriminierungsfreien Zugang zu den Beratungsstellen und Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen zu gewährleisten“ (S. 14, 18), aus Art. 12, 16 Abs. 1 e) der UN-Frauenrechtskonvention, Art. 23 Abs. 1 b) der UN-Behindertenrechtskonvention, Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Was der Gesetzentwurf vorsieht

Zur Umsetzung dieser grund- und menschenrechtlichen Schutzpflichten sieht der Entwurf insbesondere drei Änderungen vor: eine Ergänzung des Sicherstellungsauftrags der Länder (1.), neue Verbotsnormen (2.) und Bußgeldtatbestände (3.).

Der Reihe nach:

1. Sicherstellungsauftrag der Länder

Begrüßenswert ist, dass der Entwurf in § 8 Abs. 1 S. 1 SchKG-E (für Beratungsstellen) und § 13 Abs. 2 SchKG-E (für Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen) den Sicherstellungsauftrag der Länder klar-

stellt: Danach haben die Länder nicht nur ein entsprechendes ausreichendes Angebot, sondern zugleich faktisch „den ungehinderten Zugang“ zu diesem Angebot sicherzustellen. Doch dies können die Länder nur, wenn sie um die Versorgungslage wissen. Dabei sollen ihnen neue Vorschriften zur Datenerhebung helfen. Bisher wurde die Versorgungslage nur auf der Länderebene ausgewertet, nicht aber regional. § 16 Abs. 3 Nr. 2 SchKG-E sieht nun eine jährliche Auskunft über regionale Verteilung von Schwangerschaftsabbrüchen vor.

2. Verbotsnormen

Um den ungehinderten Zugang sicherzustellen, stellt der Entwurf „Belästigungsverbote“ in § 8 Abs. 2 SchKG-E (Beratungsstellen) und § 13 Abs. 3 SchKG-E (Einrichtungen) auf. Die jeweiligen Nr. 1-5 untersagen unterschiedliche Verhaltensweisen „in einer für die Schwangeren wahrnehmbaren Weise, die *geeignet* ist, die Inanspruchnahme der Beratung in der Beratungsstelle durch die Schwangere zu beeinträchtigen“, und zwar in einem räumlichen Radius von 100 Metern um den Eingangsbereich.

Die Norm hat nicht nur wichtige Signalwirkung, sondern wirkt vor allem als Hebel für versammlungsrechtliche Maßnahmen: Die normierten Verhaltensweisen betreffen das Schutzgut der „öffentlichen Sicherheit“ in Form der objektiven Rechtsordnung, sodass eine versammlungsrechtliche Gefahr vorliegt, die Auflagen oder Verbote rechtfertigt. Dies vereinfacht und vereinheitlicht die Behördenpraxis. Gut daran ist, dass die Verbotsnormen nicht als Erfolgsdelikt ausgestaltet sind, die *Eignung* des Verhaltens genügt. Sonst hinge die Tatbestandsverwirklichung „von der jeweiligen Reaktion der einzelnen Schwangeren“ ab, was Rechtssicherheit verhindern würde (S. 23).

Problematisch ist jedoch, dass die einzelnen Tatbestände teilweise zu weitgehende subjektive Anforderungen aufstellen.

Praktisch am relevantesten dürfte Nr. 1 werden, wonach es verboten ist, „der Schwangeren das Betreten der Beratungsstelle durch das Bereiten eines Hindernisses *absichtlich* zu erschweren“. Eine tatsächliche Beeinträchtigung ist nicht erforderlich, es genügt die (ex ante) abstrakte Eignung des konkreten Verhaltens, die Inanspruchnahme der Beratung zu beeinträchtigen. Das umfasst nicht nur den physischen Zugang, sondern „auch die eingeschränkte Möglichkeit, sich auf die Beratung emotional beziehungsweise psychisch einzulassen“ (S. 22).

Allerdings: Es muss der Person gerade auf das Bereiten eines Hindernisses ankommen, Reines Im-Weg-Stehen oder Bauarbeiten sollen der Norm nicht unterfallen (S. 23). Das Absichtserfordernis ist jedoch ungeeignet, diese Fälle auszuschließen. Bei Baustellen dürfte es zur Gefahrenabwehr gerade beabsichtigt sein, den Zugang zu behindern. Besser wäre es deshalb, nicht an den Vorsatz, sondern an den Zweck des Hindernisses spezifische Anforderungen zu stellen, worauf auch der Deutsche Juristinnenbund in seiner [Stellungnahme](#) hinweist. Untersagt werden sollte nicht das absichtliche Errichten eines Hindernisses, sondern das Errichten eines Hindernisses, *um* die Schwangere in ihrer Entscheidung über die Fortsetzung der Schwangerschaft zu beeinflussen.

Nr. 2 verbietet es, „der Schwangeren *entgegen ihrem erkennbaren Willen* durch Ansprechen *wissentlich* die eigene Meinung zu ihrer Entscheidung über die Fortsetzung der Schwangerschaft aufzudrängen“. Das verkehrt jedoch die Schutzverantwortung: Denn das verlangt von der Schwangeren, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu äußern, sich also in einer besonders vulnerablen Situation selbst zu schützen. Das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren erfordert jedoch ein hohes Schutzniveau, wie der Entwurf zutreffend anerkennt. Deshalb muss vielmehr der Staat die Schwangere schützen, weil er sie durch die Beratungspflicht erst der Gefährdung aussetzt. Dies gilt trotz des hohen Rangs der Meinungsfreiheit. Schließlich schützt die Meinungsfreiheit das Äußern, [nicht aber das Aufdrängen](#) von Meinungen. Deshalb braucht es auch keine „Wissentlichkeit“ der Abtreibungsgegner:innen, deren Meinungsfreiheit wird bereits durch das einschränkende Merkmal „Aufdrängen“ ausreichend geschützt, auf das sich auch der Vorsatz beziehen muss.

Nr. 3 untersagt, die Schwangere zu bedrängen, einzuschüchtern oder auf andere vergleichbare Weise *erheblich* unter Druck zu setzen, um sie in ihrer Entscheidung über die Fortsetzung der Schwangerschaft zu beeinflussen. Hier besteht die Gefahr, dass das Tatbestandsmerkmal „erheblich“ restriktiv ausgelegt wird. Besser wäre es, das Merkmal zu streichen, da „auf andere vergleichbare Weise“ bereits eine konkrete Erheblichkeitsschwelle einzieht.

Schließlich verbietet Nr. 4, der Schwangeren gegenüber unwahre Tatsachenbehauptungen zu Schwangerschaft oder Schwangerschaftsabbruch zu äußern; Nr. 5 untersagt dies spezifisch für verkörperte Inhalte im Sinne

von § 11 Abs. 3 StGB wie Flyer und Plakate oder auch Datenträger – zu Recht ohne subjektive Voraussetzungen.

Neben der Schwangeren will der Entwurf auch das Personal schützen. So soll verboten werden, das Personal der Beratungsstellen (§ 8 Abs. 3) und der Einrichtungen (§ 13 Abs. 4) „bei der Durchführung“ ihrer Arbeit „bewusst zu behindern“. Auch hier sind die subjektiven Anforderungen wieder zu streng, statt direktem Vorsatz sollte einfacher Vorsatz genügen. Denn die Beratung wird – unabhängig vom Vorsatz – bereits objektiv durch die normierten Verhaltensweisen gestört. Dabei ist der Schutz des Personals nicht nur für die jeweilige Beratung entscheidend wichtig, sondern generell für die Versorgungslage. So schildern die Beratungsstellen, dass die „Mahnwachen“ direkt vor den Einrichtungen bei der aktuellen Personalknappheit Bewerber:innen abschrecken, Berater:innen zermürben und es immer schwieriger wird, Stellen nachzubersetzen. Dies gefährdet übrigens das gesamte Beratungsangebot aus § 2 SchKG, das auch Informationen zu Sozialleistungen und psychosozialen Hilfsmöglichkeiten umfasst. Ratsuchende sind auch Nichtschwangere, Eltern, Kinder und Jugendliche, die sich vertrauensvoll an die Stellen wenden. Die wochenlangen „Mahnwachen“ schränken diese – staatlich beauftragte – Beratungsarbeit empfindlich ein.

3. Bußgeldtatbestände

Die untersagten Verhaltensweisen werden in § 35 SchKG-E als Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet, mit einem Bußgeldrahmen bis zu 5.000 Euro. Das ist zur Abschreckung und effektiven Rechtsdurchsetzung wichtig. Soweit die Bußgeldtatbestände ebenso wie die Verbotsnormen subjektive Voraussetzungen aufstellen, sollten jedoch auch diese gestrichen werden. Wünschenswert wäre außerdem eine Klarstellung, dass auch die Bußgeldvorschriften keinen Erfolg voraussetzen. Für die betroffenen Rechtsgüter macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Schwangere tatsächlich in ihrer Entscheidungsfindung beeinflusst oder am Zugang gehindert wird, weil allein der Versuch die Grundrechte der Schwangeren sowie das Beratungskonzept erheblich beeinträchtigt und ein Bußgeld rechtfertigt.

Was das Gesetz leistet - und was es nicht leisten kann

Der Entwurf hält überwiegend, was er verspricht:

Er richtet sich an grund- und menschenrechtlichen Standards aus. Dabei zieht er zutreffend ein hohes

Schutzniveau für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schwangeren ein und verankert die Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch völkerrechtlich im Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (S. 11). Das Zusammenspiel aus deutlichem Sicherstellungsauftrag, Verbotsnormen und Bußgeldtatbeständen ist dabei grundsätzlich geeignet, einen rechtssicheren und bundeseinheitlichen Umgang mit den Protesten sicherzustellen. Die neuen Regelungen zur Datenerhebung erlauben zudem, die Wirksamkeit des Gesetzes auch überprüfen zu können.

Entscheidend ist nun, die zu weitgehenden subjektiven Anforderungen in den Verbotsnormen zu streichen,

um die Verantwortungslasten grundrechtsgemäß zu verteilen: Wenn der Staat die Schwangere zu einer Beratung verpflichtet und sie so einer Grundrechtsgefährdung ausgesetzt, muss er die Schwangere wirksam vor dieser Gefährdung schützen. Nur so ist gewährleistet, dass sich die Schwangere autonom und diskriminierungsfrei für oder gegen einen Abbruch entscheiden kann.

Doch auch wenn mit dem Gesetz der Weg zu den Beratungsstellen frei gemacht wird: Für eine sichere Versorgungslage und ein Ende des Stigmas rund um den Schwangerschaftsabbruch führt kein Weg an der **Entkriminalisierung** des Schwangerschaftsabbruchs vorbei.

Marc Bovermann

Community Notes auf dem Prüfstand

doi: 10.59704/d39353743945e3b8



Die größten Social Media Plattformen haben ein Problem mit Desinformation. Insbesondere auf X, vormals Twitter, war nach dem Terroranschlag der Hamas am 07.10.2023 und dem Beginn des Krieges in der Ukraine eine Flut an Falschinformationen feststellbar. Daher hat die EU-Kommission vor Kurzem mitgeteilt, dass sie ein förmliches Verfahren nach Art. 66 Abs. 1 Digital Services Act (DSA) gegen X eingeleitet hat. Gegenstand der Untersuchung ist unter anderem, ob die Plattform hinreichend gegen dieses Problem vorgeht. Tut sie das nicht, verstößt sie gegen ihre Risikominderungspflicht aus Art. 35 Abs. 1, 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c DSA mit der Konsequenz, dass die Kommission die Plattform verpflichten muss, einen Aktionsplan zur Risikominderung nach Art. 75 Abs. 2 DSA vorzulegen. Ebenso droht ihr eine Geldbuße nach Art. 74 Abs. 1 lit. a DSA.

X setzt dabei alles auf eine Karte: Wie aus dem X Transparency Report vom 03.11.2023 geschlossen werden kann, unterliegen Desinformationen nicht der sog. Content Moderation, sondern ihnen soll allein durch den Einsatz eines neuen Tools entgegengewirkt werden. Das heißt, dass die Nutzerinhalte auf X von Seiten des Betreiberunternehmens weder durch Algorithmen noch durch dazu beauftragte Personen auf Falschinformationen kontrolliert werden. Dieses Vorgehen spart nicht nur Kosten, sondern entspricht auch vollkommen dem nach der Übernahme durch Musk („free speech absolutist“) neu gefundenen Selbstverständnis von X. Und das Tool, in dem sich dieses spiegelt, sind die Community Notes (Deutsch: Kollektive Anmerkungen).

Die Community Notes als Allheilmittel

Community Notes sind Anmerkungen, die andere X Nutzer zu einem Tweet schreiben, der potenziell irreführend oder falsch ist. Die Anmerkungen werden neben dem jeweiligen Tweet angezeigt und sollen diesen, durch das Bereitstellen weiterer Informationen, kontextualisieren. Dafür gibt es eine eigene Backend Plattform, getrennt von der Hauptplattform. Hier können die Beitragenden sich

anonym austauschen und sog. Notes verfassen. Hilfreiche Notes können dabei positiv, nicht hilfreiche Notes negativ bewertet werden. Auch die Antwort „teilweise hilfreich“ ist möglich. Haben genug Beitragende eine Note als hilfreich bewertet, so wird sie auch auf der Hauptplattform angezeigt. Die so ausgewählte Note kann im Nachhinein aber auch überstimmt werden.

Das Tool unterscheidet sich auch durch weitere Gestaltungsmerkmale deutlich von der Hauptplattform: So soll die Veröffentlichung des sog. Source Codes auf GitHub für eine gesteigerte Transparenz der Funktionsweise des Dienstes sorgen. Weiter basiert die Abstimmung darüber, ob eine Note öffentlich angezeigt werden soll, nicht auf dem Mehrheitsprinzip, sondern auf einem sog. Bridging-based Ranking System. Dieses ordnet die Beitragenden anhand deren früheren Abstimmungsverhaltens einer bestimmten Perspektive zu. Nur, wenn eine Note genügend positive Abstimmungen von Personen verschiedener Perspektiven erhält, wird sie auf der Plattform angezeigt. Personen, die sich zuvor uneinig waren, müssen sich über eine Note einig sein. So soll erreicht werden, dass nur im Ton neutrale und im Inhalt richtige Notes auf der Hauptplattform angezeigt werden.

Zuletzt hat X noch einige Änderungen vorgenommen, um die Anzeige von Notes auf der Hauptplattform zu beschleunigen. Dies soll dafür sorgen, dass mehr Nutzer die klarstellenden Notes sehen. Auch wurde eingeführt, dass für Tweets, die mit einer Note versehen sind, keine Werbung mehr geschaltet wird. Damit soll verhindert werden, dass Nutzer mit reißerischen oder irreführenden Aussagen Geld verdienen können.

Eingeführt wurde das Feature im Januar 2022, noch unter dem Namen des Vorgängerprojekts „Birdwatch“. Schon damals konnte Twitter Erfolge im Kampf gegen Desinformation erzielen. Nach der Übernahme durch Musk im November 2022 wurde das Feature schnell ausgebaut. Ende November dieses Jahres wurde dann die Möglichkeit, irreführende Tweets nach den X AGB zu melden, gänzlich abgeschafft. Die Community Notes nehmen somit die Rolle eines Allheilmittels im Kampf ge-

gen Desinformation auf X ein.

Die Behauptung es handle sich um ein Allheilmittel, wäre für Musk wohl sogar noch eine Untertreibung. Nach [seinen Vorstellungen](#) liefert seine Plattform die akkuratsten Informationen im ganzen Internet. Auf dem Prüfstand befindet sich damit nicht nur die Frage, ob das Tool wirklich ausreicht, um das Systemrisiko der Plattform hinreichend zu mindern, sondern auch das neue Selbstverständnis der Plattform selbst.

Die Pflicht zur Bekämpfung von Desinformation

Die wichtige Vorfrage für die Kommission ist daher, ob X überhaupt eine Pflicht zu einem solchen Vorgehen trifft und wenn ja, wie dieses auszusehen hat.

Wegen Art. 33 Abs. 1 DSA kommt eine Pflicht zur Bekämpfung von Desinformation nur für sehr große Online-Plattformen (VLOPs) in Betracht. [Zu diesem ausgewählten Kreis gehört auch X](#). Für die Frage, wie der DSA diese Pflicht aber en détail konstatiert, lohnt sich ein genauere Blick in das Regelwerk.

Dem Normtext selbst lässt sich diese Pflicht nicht entnehmen. Stattdessen wird auf Artt. 35 Abs. 1, 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c DSA abgestellt, die eine Pflicht zur Minderung von Systemrisiken für die gesellschaftliche Debatte normieren. Ein Blick in die Erwägungsgründe bestätigt schnell, dass Desinformationen ein Systemrisiko darstellen (Erwgr. Nr. 83, 84, 88, 95, 104, 106). Explizit formuliert aber nur Erwgr. Nr. 104, der eigentlich der Erläuterung des Konzepts der Ko-Regulierung dient, dass Desinformationen auch ein systemisches Risiko für die Demokratie darstellen. Legt man Artt. 34 und 35 DSA also im Lichte dieses Erwägungsgrundes aus, lässt sich so eine Pflicht zur Bekämpfung von Desinformationen begründen – Problem gelöst, könnte man meinen.

Die Frage danach, wie die Risikominderung genau auszusehen hat, ist damit nicht gelöst. Der DSA bezieht hierzu keine explizite Stellung. Nach Erwgr. Nr. 2 bildet das Vorgehen gegen Online-Desinformation aber ein Hauptziel des DSA. Desinformationen seien auch ein Paradebeispiel für die gesellschaftlichen Risiken, die von VLOPs ausgehen. Vor diesem Hintergrund scheint es daher verwunderlich, dass der DSA das Problem im Rahmen der Erwägungsgründe nicht einmal klar verortet. In Erwgr. Nr. 82, der die systemischen Risiken für die gesellschaftliche Debatte näher erläutern soll, verliert der Verordnungsgeber jedenfalls kein Wort zu Desinformationen.

Die Kommission [verweist zur Beantwortung der Frage nur auf den „Code of Practice on Disinformation“ \(CoP\)](#). Diesen hat die Kommission im Jahre 2022 auch unter der Mitwirkung von Twitter beschlossen. Es finden sich dort viele, teils sehr spezifische Pflichten, die sich die teilnehmenden Unternehmen selbst auferlegt haben, um Desinformationen auf ihrer Plattform effektiv zu bekämpfen.

Verhaltenskodizes (wie dieser) sind nach der Konzeption des DSA in Art. 45 Abs. 1 weiterhin freiwillig. Dies stimmt für VLOPs aber nur in der Theorie, wie schon Erwgr. Nr. 104 andeutet: Ob eine VLOP hinreichende Risikominderungsmaßnahmen ergriffen hat, bestimmt sich auch danach, ob sie sich an einem Verhaltenskodex beteiligt. Sonst kann sie nur schwer nachweisen, dass sie ihrer Systemrisikominderungspflicht nachgekommen ist. Diese Wechselwirkung hat der Verordnungsgeber sogar kodifiziert: Die Kommission berücksichtigt eine Selbstverpflichtung bei dem Verfassen von Aktionsplänen nach Art. 75 Abs. 2 DSA. Letztlich erscheint es auch nur schwer möglich, dass eine VLOP ihr Systemrisiko hinreichend mindert, ohne sich gleichzeitig an einen entsprechenden Verhaltenskodex zu halten.

Identifizieren VLOPs daher also ein Systemrisiko, für das es einen Verhaltenskodex gibt, so ist die Einhaltung desselben faktisch verpflichtend. Auch für X gilt damit der CoP – sei es freiwillig oder unfreiwillig. Für Musk, der zuvor seine Beteiligung an eben diesem Verhaltenskodex beendet hat, heißt es daher: Welcome back!

Das Problem mit den Community Notes

Die Community Notes sollen also dazu dienen, den sich so ergebenden Verpflichtungen nachzukommen. Doch sind sie das versprochene Allheilmittel zu X' Desinformationsproblem?

Über die Halbwertszeit eines Tweets lässt sich nur wenig herausfinden. Klar ist nur: Sie ist sehr kurz. Das heißt, dass die meisten Nutzer einen Tweet in nur kurzer Zeit nach dessen Veröffentlichung sehen. Eine Diskussion und Abstimmung über korrigierende Notes können in dieser Zeit nicht stattfinden. Ein Großteil der Nutzer nimmt daher eine Falschinformation auf, [ohne jemals eine möglicherweise klarstellende Community Note gesehen zu haben](#). Es handelt sich um ein strukturelles Grundproblem, das die akzessorische Stellung des Features mit sich bringt.

Als Ausgleich hat X ein System aufgesetzt, mit dem Nutzer benachrichtigt werden, die mit einem Tweet in-

teragiert haben, der im Nachhinein mit einer Community Note versehen wurde. Dabei werden nur die Nutzer, die mit einem Tweet interagiert (Like, Retweet, Kommentar) haben, benachrichtigt. Nutzer, die den Tweet nur gelesen haben, werden nicht benachrichtigt. Beachtlich ist, dass die Anzahl der Nutzer, die einen Tweet nur gelesen, nicht aber mit ihm interagiert haben, meist wesentlich größer ist als die Anzahl der interagierenden Nutzer.

Ob die Beschränkung auf interagierende Nutzer ausreichend ist, scheint daher fraglich. Eine Antwort gibt Art. 33 Abs. 1 DSA. Dieser regelt die Vergabe des Status „VLOP“. Er wird einer Online-Plattform aufgrund der hohen Zahl der „aktiven Nutzer“ verliehen. Bei der Frage, welche Nutzer „aktiv“ sind, wendet sich Erwgr. Nr. 77 explizit dagegen nur Nutzer zu erfassen, die mit einer Information auf der Plattform interagieren. Dies entspricht ebenso dem CoP, der nur auf die „visibility“ von Desinformationen abstellt. Auch Nutzer, die sich die Inhalte auf der Plattform nur ansehen, sind damit „aktiv“. Auch sie sind den gesellschaftlichen Risiken der VLOPs ausgesetzt. Eine Risikominderung gegenüber dieser Nutzergruppe wird daher nicht zuverlässig erreicht.

Begrüßenswert ist zwar auch der Einsatz eines Bridging-based Ranking. Beachtlich ist aber, dass das System eigentlich ein [Gegenmodell zum Engagement-based Ranking](#) bilden soll. Letzteres basiert auf einem Kernprinzip der Plattformökonomie, das jedem Empfehlungssystem von VLOPs zugrunde liegt – [auch dem von X](#): Es geht um die größtmögliche Interaktion mit einem Tweet und die Maximierung der auf der Plattform verbrachten Zeit. Dass nun ein neues Ranking System für die Community Notes eingeführt wird, welches die Defizite des eigentlich eingesetzten Ranking Systems ausgleichen soll, wirkt so, als würde man ein gebrochenes Bein mit einem Pflaster behandeln wollen.

Weiterhin sind die Community Notes auch der [Manipulation durch die Nutzer](#) ausgesetzt. Die Plattform unternimmt wenig dagegen, dass die Nutzer durch eine abgesprochene Koordinierung des Abstimmungsverhaltens das Ranking System manipulieren. Oftmals besitzen diese Nutzer auch mehr als nur einen Account. Hier könnte die Plattform durch striktere Kriterien bei der Nutzerauswahl und eine Moderation der Community Notes entgegenwirken. Das Gleiche gilt im Übrigen auch für die bereits bestehenden Accounts; hier könnte X noch strengere Maßstäbe anlegen.

Auch die Auswahl der Posts, die mit einer Commu-

nity Note versehen werden sollen, obliegt den Nutzern. Es wurde dabei ein [Fokus auf politische Inhalte](#) festgestellt, obwohl diese nur einen geringen Anteil der Informationen auf der Plattform ausmachen. Auch bestimmte Accounts (beispielsweise von Elon Musk) sind besonders von Community Notes betroffen. Kombiniert mit der Möglichkeit der gezielten Manipulation des Dienstes durch kollusive Absprachen der Beitragenden, läuft das System so Gefahr, den politischen Interessen Dritter ausgeliefert zu sein. Die Plattform könnte dem entgegenwirken, indem sie die Auswahl der Notes, die ein Beitragender bewerten kann, so kuratiert, dass die Gefahr der Manipulation oder der Belästigung einer bestimmten Person minimiert wird.

Letztlich bleibt zu kritisieren, dass die Plattform im Übrigen [jegliche Moderation von Falschinformationen](#) eingestellt hat. Die Community Notes sind zwar eine begrüßenswerte Maßnahme zur Bekämpfung von Desinformation. Ein funktionierendes Moderationssystem können sie aber nicht ersetzen. Auch der CoP sieht die Einbindung der Nutzer nur als Teil eines größeren Gesamtkonzepts. Durch die fehlende Beachtung von Desinformation bei der Content Moderation fehlt so auch in der Unternehmensstruktur eine Verankerung des Ziels der Bekämpfung von Desinformation. X sollte beachten, dass systemische Risiken systemische Antworten erfordern.

Der DSA auf dem Prüfstand

Dies ist das erste förmliche Verfahren der Kommission unter dem DSA. Es befinden sich damit nicht nur die Community Notes auf dem Prüfstand, sondern auch das Regelwerk selbst. Das Verfahren greift dabei Kernanliegen des DSA auf. Mit Blick auf die erforderliche Rechtsfortbildung ist daher auf einen Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 73 Abs. 1 (iVm Art. 75 Abs. 2) DSA zu hoffen, in dem die Kommission die Möglichkeit hat, die Verpflichtungen des DSA zu konturieren.

Dies ist insbesondere für die besonders unklaren Systemrisikobewertungs- und –minderungspflichten zu hoffen. Besonders interessant wird dabei ein Zwiespalt, der sich schon bei Abschluss des CoP aufgetan hat: VLOPs sind nach Artt. 35, 34 DSA verpflichtet auch legale Inhalte, die Falschinformationen enthalten, zu bekämpfen. Gleichzeitig sind sie nach Art. 14 Abs. 4 DSA auch grundrechtsgebunden; eine Meinungsäußerung kann daher nicht einfach so von der Plattform entfernt werden. Dieser Widerstreit fiel auf X bisher unter der Kontrolle

Musks zugunsten der „Free Speech“ aus – eine Option, die in der EU mangels First Amendments eigentlich nicht gewählt werden kann. Hier könnte die Kommission besonders unter Beweis stellen, dass der DSA scharfe Zähne hat und der digitale Raum nicht einfach den Vorstellungen Musks überlassen ist.

Ein Fazit in 280 Zeichen

Die Community Notes sind kein Allheilmittel. X ist seiner Risikominderungspflicht daher nicht hinreichend nachgekommen ist. Es liegt nun an der Kommission die (digitale) Öffentlichkeit auf X zurückzuerobern.

Marc Bovermann

Putting X's Community Notes to the Test

doi: 10.59704/9449c0ca83d334d3



All of the biggest social media platforms have a problem with disinformation. In particular, a flood of false information was found on X, formerly Twitter, following the terrorist attack by Hamas on 7 October 2023 and the start of the war in Ukraine. The EU Commission therefore recently initiated formal proceedings against X under Art. 66 para. 1 of the Digital Services Act (DSA). One of the subjects of the investigation is whether the platform is taking sufficient action against disinformation. If it fails to do so, it is in breach of its risk mitigation obligation under Art. 35 para. 1, 34 para. 1 subpara. 2 lit. c DSA. Consequently, the Commission would require the platform to submit an action plan for risk mitigation, according to Art. 75 para. 2 DSA. Pursuant to Art. 74 para. 1 lit. a DSA, the platform also faces a fine.

Despite these stakes, X takes an approach different to all other platforms: As can be inferred from the [X Transparency Report dated 03.11.2023](#) posted information is not subject to content moderation, but solely regulated through a new tool: The Community Notes. In particular, this means that X does not check the content of its services for false information through algorithms or trained personnel. This approach does not only save costs, but is also fully in line with X's new understanding of its role in the public discourse, following Musk's ("[free speech absolutist](#)") takeover. The Community Notes seem to be an integral part of this new understanding. But in the end, they are not enough to stop disinformation.

Community Notes as a Panacea for Disinformation

[Community Notes](#) are short assessments by other users about potentially misleading or incorrect tweets. These assessments are displayed as disclaimers next to such tweets, in order to inform users about missing context. Notes are drafted and discussed in a backend platform, separate from the main platform. Here, contributors can exchange information anonymously and draft Notes. Helpful Notes can be rated positively, unhelpful Notes negatively. The answer "partially helpful" is also possible. If

enough contributors rated a Note helpful, it will also be displayed on the main platform. However, the decision to select a Note can be overturned later.

The tool also differs significantly from the main platform in regard to other design features: The source code of the service is [available to the public on GitHub](#) in order to increase transparency. Furthermore, whether a Note should be displayed publicly is not determined based on majority rules, but on a so-called [bridging-based ranking system](#). Contributors are assigned a certain perspective based on their previous voting behaviour. A Note is only displayed on the platform if it receives enough positive votes from people with different perspectives. This means, people who disagreed in the past must agree on a specific Note. Only Notes that are neutral in tone and correct in content should thus be displayed on the main platform.

Lastly, X made some changes as to have Notes appear on the main platform more quickly. This ensures that more users see the clarifying Notes. The platform also stopped monetisation of tweets with a Note. This prevents users from earning money with sensational or misleading statements.

The feature was introduced in January 2022, still under the name of its predecessor "Birdwatch", with which Twitter had some [success in combating disinformation](#). Following Musk's takeover in November 2022, the feature was quickly scaled up. By the end of November 2023, the option to report misleading tweets under X's Terms and Conditions was fully [removed](#). Thus, the Community Notes have no choice but to take on the role of a panacea in X's fight against disinformation.

To say that the tool is a panacea would probably be an understatement for Musk. [He believes](#) that his platform provides the most accurate information on the entire internet. Consequently, not only the Community Notes themselves are put to the test but also the new understanding of the platform itself.

Platform's Duty to Combat Disinformation

An important preliminary question for the Commission is whether X has an obligation to take action against disinformation at all and, if so, what such action might look like.

Due to Art. 33 para. 1 DSA, a duty to combat disinformation only applies to very large online platforms (VLOPs). [X also belongs to this select group](#). However, it is worth taking a closer look at the regulations to find out how the DSA formulates this obligation in detail.

This obligation cannot be inferred from the text of the regulation itself. Instead, reference is made to Art. 35 para. 1, 34 para. 1 subpara. 2 lit. c DSA, which is an obligation to mitigate systemic risks to civic discourse. A glance at the recitals quickly confirms that disinformation constitutes such a systemic risk (recitals 83, 84, 88, 95, 104, 106). However, only recital 104, which actually serves to explain the concept of co-regulation, explicitly states that disinformation also poses a systemic risk to democracy. If Art. 34 and 35 DSA are interpreted in the light of this recital, a duty to combat disinformation is constituted – no problem at all, one might think.

However, this does not answer the question of what exactly the risk mitigation should look like. The DSA does not take an explicit position on this. However, according to Recital No. 2, combating online disinformation is a key objective of the DSA. Disinformation is also a prime example of the social risks posed by VLOPs. Against this background, it therefore seems surprising that the DSA does not take a clear stance on the issue, not even within the recitals. Recital 82, which is intended to explain the systemic risks for civic discourse in more detail, the word 'disinformation' does not appear.

The Commission's answer [refers to the "Code of Practice on Disinformation"](#) (CoP) instead. The CoP was adopted by the Commission in 2022, still with the involvement of Twitter. It contains many obligations, some of them very specific, that the participating companies have imposed on themselves in order to effectively combat disinformation on their platform.

Codes of conduct (such as this one) are voluntary according to the concept of the DSA in Art. 45 para. 1. However, this is only true in theory for VLOPs, as already indicated by recital 104: Whether a VLOP has taken sufficient risk mitigation measures is, among other aspects, determined by whether it participates in a code of con-

duct. Otherwise, it is difficult to prove that it has fulfilled its obligation to mitigate systemic risk. The legislator has even codified this interplay: The Commission takes a voluntary commitment into account when drafting action plans in accordance with Art. 75 para. 2 DSA. Ultimately, it also appears difficult for a VLOP to sufficiently mitigate its systemic risk without simultaneously adhering to a corresponding code of conduct.

Therefore, if VLOPs identify a systemic risk for which there is a code of conduct, compliance with it is de facto mandatory. Thus, the CoP therefore also applies to X – whether voluntarily or involuntarily. For Musk, who previously ended his participation in this very code of conduct, this means: Welcome back!

The Issues of the Community Notes

The Community Notes are intended to fulfil the obligation to mitigate systemic risk to civic discourse. But are they indeed the panacea for disinformation Musk has promised?

Little can be said about the half-life of a tweet other than that it is very short. This means that most users see a tweet only in a short time after it is published. A discussion and vote on Notes trying to correct information in a tweet cannot possibly take place during this time. The majority of users therefore pick up on incorrect information [without ever having seen a potentially clarifying Community Note](#). This is a basic structural problem caused by the 'accessory' status of Community Notes.

To compensate for this, X has set up a system that notifies users who have interacted with a tweet that was subsequently provided with a Community Note. Only users who have interacted with a tweet (e. g. like, retweet, comment) are notified. Users who have only read the tweet are not notified. It is worth noting that the number of users who have only read a tweet but not interacted with it is usually much higher than the number of interacting users.

This restriction to interacting users seems questionable. Art. 33 para. 1 DSA, concerned with awarding the status "VLOP", provides an answer. The status is awarded to an online platform based on a very high number of "active users". With regard to the question of which users are "active", Recital 77 explicitly opposes to merely include users who interact with information on the platform. The same goes for the CoP, which only focusses on the "visibility" of disinformation. Users who only view the

content on the platform are therefore also “active”. In the end, they are also exposed to the social risks of VLOPs. A mitigation of the risk for the aforementioned user group is therefore not reliably achieved.

The bridging-based ranking is also a welcome feature. However, it is worth noting that the system is actually intended to be a [counter-model to engagement-based ranking](#). The latter is based on a core principle of platform economics that underlies every recommendation system of VLOPs, [including that of X](#): Its goal is the greatest possible interaction with a tweet and maximisation of time spent on the platform. The fact that a new ranking system is now being introduced for the Community Notes, which is intended to compensate for the deficits of the ranking system actually used, is like trying to treat a broken leg with a plaster.

Furthermore, the Community Notes are also exposed to [manipulation by users](#). The platform does little to prevent users from manipulating the ranking system by coordinating their voting behaviour. These users often have more than one account. The platform could counteract this by applying stricter criteria when selecting users and by moderating the Community Notes. The same also applies to existing accounts; X could also apply stricter standards here.

Users are also responsible for selecting the posts that are to be provided with a Community Note. A [focus on political content](#) was identified, although political content only accounts for a small proportion of the information on the platform. Certain accounts (such as Elon Musk’s) are also particularly affected by Community Notes. Combined with the possibility of targeted manipulation of the service through collusion between contributors, the systemic risks being at the mercy of the political interests of third parties. The platform could counteract this by curating the selection of Notes that a contributor can rate in such a way that the risk of manipulation or harassment of a particular person is mitigated.

Ultimately, it must be criticised that the platform has [stopped moderating false information](#). The Community Notes are a welcome measure to combat disinformation.

However, they cannot replace a functioning moderation system. The CoP also conceptualises the involvement of users only as part of a larger overall concept. Without a moderation team within X Corp., the goal to combat disinformation has no place in the corporate structure. X should bear in mind that systemic risks also require systemic responses.

Putting the DSA to the Test

This is the Commission’s first formal procedure under the DSA. It is not only the Community Notes that are being scrutinised, but also the Regulation itself. The proceedings address core concerns of the DSA. Bearing in mind the still necessary clarification of the DSA, one must hope for a non-compliance decision under Art. 73 para. 1 (in conjunction with Art. 75 para. 2) DSA, as to have the Commission outline the VLOP’s obligations under the DSA.

This is especially true for the unclear systemic risk assessment and mitigation obligations. One foundational dilemma that emerged when the CoP was concluded is particularly interesting: VLOPs are obliged to combat legal content that contains false information under Artt. 35, 34 DSA. At the same time, they are also bound by fundamental rights under Art. 14 para. 4 DSA; an expression of opinion can therefore not simply be removed from the platform. This conflict has so far been resolved in favour of “free speech” under Musk’s control. This approach is generally deemed a non-starter in the EU. But it points to deeper conflict emerging among the different notions of freedom of speech around the globe. Whichever way the Commission decides this conflict in substance, it is where it can prove that the DSA is tenacious and clearly show that the digital space is not simply left to Musk’s notion of civic discourse.

A Conclusion in 280 Characters

The Community Notes are no panacea. X has therefore not sufficiently fulfilled its obligation to mitigate systemic risk. It is now up to the Commission to reconquer the (digital) public sphere on X.

Andreas P. Müller

Orwell'sche Gleichgültigkeit und Europäische Demokratie

Das (Nicht-)Verbot biometrischer Fernidentifizierung im AI Act

doi: 10.59704/ca383438d5913781



Stolz wurde am 9. Dezember 2023 verkündet, dass „der KI-Deal steht“ – so ließe sich die damalige [Pressemeldung des Rates](#) paraphrasieren. Mittlerweile ist allerdings Besorgnis im Hinblick auf die weitere Ausformung des erzielten Kompromisses angebracht.

Nachdem die Institutionen bei einem langwierigen letzten Treffen innerhalb der Trilog-Verhandlungen zwischen Parlament, Rat und Kommission zu einem „provisional agreement“ fanden, das den [langen wie gewundenen Weg](#) der (angeblich) „weltweit ersten“ KI-Regulierung zu einem Ende bringen könnte, scheint sich der für Ende Januar erwartete konkrete Textentwurf des AI Acts in mehrerlei Hinsicht von den dortigen Festlegungen zu entfernen. Waren die mühseligen Verhandlungen merklich vom Ringen der unterschiedlichen Interessengruppen geprägt – das Parlament trat für die in Ansätzen vorhandenen grund- und individualrechtlichen Regulierungsaspekte ein, der Rat fokussierte Wirtschaftsförderung und nationale Sicherheit – scheinen letztere Aspekte nunmehr zulasten der ersteren zu dominieren. Besonders beachtens- und bedauerenswert sind dabei die Entwicklungen, die sich im Hinblick auf das nunmehr wahrlich als solches zu bezeichnende Nicht-Verbot biometrischer Fernidentifizierung (BFI) zu Zwecken der Strafverfolgung im öffentlichen Raum entfalten, das trotz Verortung im verbotsfokussierten Art. 5 des AI Acts in seiner neuen Gestalt mehr einer weitreichenden Erlaubnis gleicht.

In der Sache lassen sich gewichtige rechtliche Einwände gegen den konkreten Regulierungsansatz vorbringen; noch schwerwiegender lastet allerdings das bedeutsame wie kritische Defizit der demokratischen Legitimierung dieser wichtigen regulatorischen Entscheidung auf den aktuellen Entwicklungen des AI Acts.

Technologische und faktische Hintergründe zur BFI

Bei BFI handelt es sich um die Feststellung der Identität von Personen anhand bestimmter physischer bzw.

sich physisch manifestierender Merkmale ohne physische Nähe. Entsprechende Systeme ermöglichen die Bestimmung von Individuen mittels der Analyse von Daten aus verschiedenen technischen Aufzeichnungen, die mit vorhandenen Daten abgeglichen werden. Das geläufigste Beispiel stellen Bewegtbilder aus Überwachungskameras dar, die zur Gesichtserkennung genutzt werden. Dies ist jedoch nur einer von vielen erdenklichen Anwendungsfällen. Die moderne Informationsgesellschaft bietet eine unermessliche Fülle an Daten, welche sich einzeln oder kumuliert dazu eignen, Rückschlüsse auf die Identität von Individuen zu ziehen: Neuere Entwicklungen umfassen etwa die [Gangart, Tipp-/Schreibmuster oder Respiration und Herzschlag](#).

Als Entwicklungsstufe werden Echtzeitsysteme betrachtet, welche nicht auf Basis mittel- oder langfristig zwischengespeicherter Daten arbeiten (Ex-Post-Systeme), sondern bereits praktisch simultan im Moment der Datensammlung Ergebnisse liefern.

BFI kann und wird zu privaten wie staatlichen Zwecken genutzt. Besonders sensibel sind dabei die Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, mithin klassisch-polizeilich geprägte Gebiete. Implementiert wurde BFI zu derartigen Zwecken bereits in unterschiedlichen Ländern. [China](#) setzt großflächig auf kameragestützte Gesichtserkennung, aber auch das [Vereinigte Königreich](#) und die [USA](#) haben entsprechende [Erfahrungen](#), selbst [Deutschland](#) hat mit dieser Technologie experimentiert.

Die Möglichkeit einer sofortigen bzw. zeitnahen Identifikation gesuchter Individuen bietet unzweifelhaft Vorteile für die Verhinderung und Verfolgung von Straftaten, auch und insbesondere schwerer Art, und fördert damit die Effektivität polizeilicher Arbeit.

Doch auch noch so effektive Mittel müssen sich in ihren Auswirkungen an den geltenden (grund-)rechtlichen Maßstäben messen lassen. Die Etablierung von BFI-Systemen im öffentlichen Raum geht für die zahlenmäßig ungleich überwiegende Menge unbescholtener Men-

schen, die unausweichlich und letztendlich buchstäblich vor der Kamera stehen müssen, um sich zu bewegen, soziale Aktivitäten wahrzunehmen oder ihren beruflichen Tätigkeiten nachzugehen, mit deutlich nachteiligen Folgen einher: Während sich Stress und Unbehagen als **klassische Folgen** des Sich-Beobachtet-Fühlens einstellen, sind gerade bei Überwachung Zwang zur Konformität und Vermeidung auffälliger Verhaltensweisen – auch grundrechtlich geschützter, beispielsweise Meinungskundgaben oder Teilnahme an Versammlungen – **typische Konsequenzen**.

Unionsrechtliche Regulierung - Der Weg zum „Deal“

Der AI Act mit seinen ethischen Fundierungen und ambitionierten Zielsetzungen der Gewährleistung **menschenzentrierter, vertrauenswürdiger und ethischer KI** befasste sich seit seiner Konzeption mit BFI-bezogener Regulierung. Um die Bedeutung der aktuellen Entwicklungen zu verstehen, ist es unerlässlich, die bisherige Genese in Form von Textstufen (Häberle) der BFI-bezogenen Regelungen im AI Act nachzuvollziehen.

Im zugrundeliegenden **Entwurf vom 21.4.2021** verortet die Kommission den Einsatz von Echtzeit-BFI-Systemen im öffentlichen Raum zu Zwecken der Strafverfolgung zwar in Art. 5, der innerhalb des risikobasierten Regulierungsansatzes die höchste Stufe abbildet und zu einem Verbot führt. Dennoch enthält Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO-E mehrere Ausnahmen: So sollen u.a. die Suche nach vermissten Kindern und Opfern von Straftaten (i), das Abwenden von konkreten, erheblichen und unmittelbaren Gefahren oder Terroranschlägen (ii) sowie das Erkennen, Aufspüren, Identifizieren oder Verfolgen von Tätern schwerer Straftaten (iii) erlaubt sein. Im Ausgleich müssen nach der Konzeption der Kommission die Besonderheiten der jeweiligen Situation und Schutzmaßnahmen beachtet werden (Art. 5 Abs. 2). Weiterhin soll die – im Regelfall vorhergehende – Erlaubnis einer unabhängigen (Justiz-)Behörde nötig sein (Art. 5 Abs. 3). Sonstige BFI-Systeme, d.h. Echtzeit-Systeme außerhalb der Strafverfolgung sowie alle Ex-Post-Systeme, stellen nach der Entwurfsfassung nur (erlaubte, aber gewissen regulatorischen Anforderungen unterworfenen) Hochrisikosysteme gem. Art. 6 Abs. 2 dar, wie sich aus Anhang III, Nr. 1 lit. a ergibt.

Der Rat erweiterte mit seiner **allgemeinen Ausrichtung vom 25.11.2022** die Einsatzmöglichkeiten entsprechender BFI-Systeme: Die Ausnahmefälle ergänzte er

um Gefahren auch für „kritische Infrastrukturen“. Zudem verlegte er mittels der Streichung des qualifizierenden Merkmals der Unmittelbarkeit sowie der Modifikation von der „Abwendung“ hin zu einer „Verhinderung“ von Terroranschlägen den relevanten Zeitpunkt, ab dem die Ausnahmetatbestände greifen sollen, weiter in das Vorfeld möglicher krimineller Aktivitäten. Auch erweiterte er den Katalog der für die dritte Ausnahme maßgeblichen Straftaten.

Das Parlament hingegen vertrat in seinen **Abänderungen vom 14.6.2023** eine gegenteilige Position: Es forderte die Entfernung sämtlicher Ausnahmetatbestände, sodass Echtzeit-BFI im öffentlichen Raum insgesamt, d.h. nicht nur zu Strafverfolgungszwecken, unter die ausnahmslos verbotenen Praktiken des Art. 5 KI-VO-E fallen sollte. Mehr noch sollten sogar Ex-Post-BFI-Systeme unter das vollständige Verbot des Art. 5 KI-VO-E fallen.

Zusätzlich muss abseits der spezifisch auf BFI zugeschnittenen Provisionen der Anwendungsbereich des AI Acts gem. Art. 2 KI-VO-E betrachtet werden. Hinsichtlich dieser Grundsatzfrage divergieren die Institutionen ebenfalls: Der Rat forderte in seiner allgemeinen Ausrichtung eine vollständige Bereichsausnahme, insoweit KI-Systeme als Teil von Tätigkeiten in Bezug auf nationale Sicherheit genutzt werden, während Parlament und Kommission keinen solchen Ausschluss vorsehen wollten.

Eine überraschende Wendung

Der zunächst im Rahmen des Trilog-Abschlusses **mündliche fixierte Kompromiss** ließ bereits vermuten, dass das Parlament seine Position im Wesentlichen nicht durchsetzen konnte. Echtzeit-BFI-Systeme sollten für Zwecke des „Law Enforcements“ ausdrücklich nutzbar bleiben, die Bereichsausnahme für Belange **nationaler Sicherheit** sollte zudem gelten. Das grundsätzliche Verbot sollte nunmehr auch für Ex-Post-BFI-Systeme gelten, allerdings unter Berücksichtigung von Ausnahmetatbeständen. Letztlich sollte zudem ein **Richtervorbehalt** fixiert werden.

Dieser „Deal“ scheint im Lichte der zuletzt bekannt gewordenen Details – jedenfalls für die federführende spanische Ratspräsidentschaft – **alles andere als verbindlich gewesen zu sein**. Nach der **aktuell kursierenden Fassung** können BFI-Systeme bei der Suche nach verurteilten oder verdächtigen Personen in Bezug auf **alle** (!) Straftaten eingesetzt werden, die nötige Genehmigung kann bis zu 48 Stunden nach Beginn der Suche und sogar bei ei-

ner Verwaltungsbehörde beantragt werden. Für die erstmalige Identifikation von Verdächtigen soll BFI sogar ohne Einschränkungen nutzbar sein, solange sich Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat finden lassen. Eine trennscharfe, definitive Unterscheidung zwischen Ex-Post- und Echtzeitsystemen fehlt ebenfalls. Die nunmehr in den Erwägungsgründen vorgesehenen Ausführungen, dass BFI-Systeme nicht zur Umsetzung von unterschiedslosen Überwachungsmaßnahmen genutzt werden sollen, erscheinen im Hinblick auf die vorstehenden operativen Normteile als reine Verlegenheitsformulierungen.

Mangelhafte demokratisch-legitimierende Fundierung des (Nicht-)Verbots

Sollte alles, was KI ermöglicht, umgesetzt werden (oder: der [Weizenbaum-Test für KI](#))? Diese Frage erlangt aufgrund der empfindlichen Auswirkungen auf Gesellschaft und Individuen im Bereich des policing besondere Relevanz. Die in den letzten Jahren explosionsartig fortentwickelten Möglichkeiten Künstlicher Intelligenz eröffnen diverse Potentiale, das policing in straf- und gefahrenabwehrrechtlicher Dimension massiv zu verändern – bis hin zu einer „perfekten“ Rechtsdurchsetzung. Als schärfste Schwerter der Demokratien unterliegen diese Materien indes besonderen Anforderungen und sollten von einem angemessen legitimierten Normgeber ausgeformt werden. Grundlegende Weichenstellungen sollten daher im Rahmen eines möglichst offenen legislativen bzw. parlamentarischen Forums getroffen werden (dazu [grundlegend Rademacher](#)).

Das Gesetzgebungsverfahren der Union ist notorisch [schwerfällig](#) und reagiert nur [begrenzt auf Änderungsbedarfe](#). Dabei ist ein wesentlicher Anteil auch auf die Struktur der Verfahren zurückzuführen. Rat und Parlament sind unter dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289, 294 AEUV, das auch für den AI Act gilt, Co-Legislatoren. Insbesondere im [Trilog](#)-Stadium ist der Rat dabei ein [wirkmächtiger](#) Repräsentant der Mitgliedstaaten. Es gelingt ihm regelmäßig, seine Interessen [überproportional](#) durchzusetzen. Diese umfassen häufig besetzungsgemäß den Erhalt der Exekutivmacht sowie nationale Sicherheit und Souveränität. Paradoxerweise ist er dabei besonders erfolgreich, wenn die Positionierung des Parlaments – etwa durch ausführliche Vorfelddebatten, wie es bei besonders wichtigen Aspekten (hier: BFI) regelmäßig der Fall sein wird und in Anknüpfung an

die vorgeschilderten Notwendigkeiten auch sein sollte – [eindeutig](#) ist. Mögen Triloge zwar effizienzsteigernd wirken, bedingt die unterhändlerische Natur vielfach [starke Abweichungen](#) gegenüber den vorigen Festlegungen der entsendenden Institutionen – die Regulierung einer technischen Black Box im Prozessrahmen einer demokratischen Black Box mag vielleicht semantisch attraktiv, allerdings wenig erfolgversprechend sein.

In diesem Fall war die entschiedene wie klare Positionierung der gewählten Volksvertreter schon im ursprünglichen Kompromiss kaum zu erkennen. Mit den aktuellen Entwicklungen wird sie nunmehr völlig zugunsten der Ratsinteressen verdrängt. Die Entscheidung des stärker legitimierten Co-Legislators würde sich somit nicht mehr in der getroffenen Weichenstellung auffinden lassen – ein gewaltiges Defizit für die europäische Demokratie.

Ein klassischer Einwand zur Überwindung geschwächter (oder inexisterter) Input-Legitimation im EU-Diskurs ist starke Output-Legitimation, insbesondere wirtschaftliche Prosperität oder, bildlich gesprochen, [Brot und Spiele](#) (Weiler). Diese Erwägungen können in Belangen der Sicherheit allerdings nur begrenzt überzeugen, gerade wenn die durch das Manöver vermeintlich erreichbare Sicherheit in Form der Nicht-Limitierung von Exekutivbefugnissen wenig mehr als eine Illusion ist: „Wer von einer überlegenen Gewalt, gleich welcher Quelle, um seine Freiheit gebracht wird, kann zu keinem Zeitpunkt wirklich sicher sein“ ([Di Fabio](#)). Der stückweise Übergang in einen Überwachungsstaat wäre nicht etwa die wohlkalkulierte Hingabe von Freiheit zugunsten von Sicherheit, sondern ein beiderseitiger Verlust, da das Verhältnis zwischen diesen Gütern ein synergetisch-symmetrisches und kein konfligierendes ist. Dieses Verständnis scheint zunehmend abhandenzukommen, wenn etwa Bundesinnenministerinnen unabhängige Verfassungsgerichte [warnen](#), dass „strenge“ Urteile ein Wettbewerbsnachteil zulasten deutscher Sicherheitsbehörden seien.

Tritt der Rat im Nachgang eines jedenfalls teilweise besser balancierten Kompromisses an das Parlament heran und spricht dabei förmlich aus: „I am altering the deal, pray I don't alter it any further“, wird offenbar, dass dieses Selbstbewusstsein von einem mangelnden Verständnis der nötigen Legitimation und der faktischen Implikationen dieser Weichenstellungen getragen wird.

Eine Union, die schon lange von Fragen [demokratischer Defizite](#) geplagt ist, täte daher gut daran, derarti-

ge Aspekte gänzlich auszuklammern und sich auf **bessere Produktregulierung** zu fokussieren, statt aus Verlegenheit oder fehlgehender Ambition (Nicht-)Verbote zu inkludieren, die vollmundige Versprechungen eher **konterkarieren** als einlösen.

Warum wir eine konsequente BFI-Regulierung brauchen

Die Sacheinwände sind **in weiten Teilen altbekannt**. Allgemein bleiben **Objektivität, Effektivität und Diskriminierungsfestigkeit** entsprechender Systeme trotz technischer Fortschritte umstritten, **zahlreiche dramatische Negativbeispiele** warnen. Vorhandene datenbasierte Systeme werden bei Polizeibehörden **mit Regelmäßigkeit missbraucht**. Chilling effects (auch: **Abschreckungseffekte**) sind zwar keine konturstarke oder hinreichend **theoretisch fundierte** Figur im Recht, allerdings durch **BVerfG, EuGH und EGMR** anerkannt und im Kontext von BFI besonders relevant.

Konkret mit Blick auf den AI Act ist die Differenzierung zwischen Echtzeit- und Ex-Post-Systemen ist aufgrund wesentlich gleicher Auswirkungen begrenzt sinnvoll; trennscharfe Definitionen fehlen. Zudem werden nationale und öffentliche Sicherheit regelmäßig **begrifflich vermengt** und damit der Anwendungsbereich (**noch**) weiter ausgedehnt. Schon der Richtervorbehalt wird **gemeinhin** als „**praktisch wirkungslos[es]**“ „**Feigenblatt**“ erkannt, bei der Reduktion auf einen Vorbehalt der Genehmigung durch eine Administrativbehörde geht mit der Zuständigkeitsaufteilung zwischen den staatlichen Gewalten selbst der letzte Schutzmechanismus verlustig.

Anstelle weitgehender non-regulation unter sinnwirdiger Einordnung in einen Artikel, der absolute Verbote regeln soll, ist eine „**non-orwellian**“ **regulation** unter angemessener Abwägung der berührten Interessen allerdings grundsätzlich **möglich**.

Resümee

Man mag – zutreffend – einwenden, dass es sich bei dem (Nicht-)Verbot lediglich um einen Rahmen der minimalen Anforderungen handelt. Die Mitgliedstaaten sind keinesfalls daran gehindert, strengere Vorschriften in diesem sensiblen Bereich zu erlassen. Gerade der **Bundestag** scheint diese Angelegenheiten auch ernstlich zu verfolgen. „Alles halb so schlimm“ – oder?

Es verbleibt ein komplexes Störgefühl. Wenn die Union sich hohe und hehre Ziele wie menschenzentrierte, vertrauenswürdige und ethische KI setzt, erwarten die **Zivilgesellschaft** sowie die gewählten Vertreter der Unionsbürger – so viel war in den Abänderungen des EP offenkundig –, dass grundrechtliche Belange ernstgenommen werden. Bisher scheint sich jedoch ein weiteres Stück unionsrechtlicher Produktregulierung auszuformen, welches den Aufbau wettbewerbsfähiger KI-Infrastrukturen in der EU erschwert, dabei aber schon vor **Inkrafttreten verstaubt wirkt**, eine Facette, die unstrittig die klassisch-zentrale Dimension der Grundrechte (nämlich die Abwehr gegen einen übergriffigen Staat) berührt, schmerzlich vernachlässigt, und die weiterhin aktuellen demokratisch-legitimatorischen Mängel der Unionsstrukturen offenbart.

BFI und der AI Act sind nicht die einzigen regulatorischen battlegrounds, auf denen in naher Zukunft grundlegende Entscheidungen zum angemessenen Umgang mit Potentialen und Risiken Künstlicher Intelligenz getroffen werden müssen. Im Angesicht der Unaufhaltbarkeit technischen Fortschritts ist es dabei elementar, gesellschaftliche Partizipation nachdrücklich einzufordern und (nicht nur rechts-)wissenschaftliche Begleitung zu gewährleisten.

Miguel Mota Delgado

The European Game

The ECJ and its Sports Model after ‘European Super League’

doi: 10.59704/5fa74fe147c6dd1d



The long-awaited [judgement](#) of the Court of Justice of the European Union in Case C-333/21 – *European Super League Company* has finally arrived, accompanied by two other cross-referential decisions ([here](#) and [here](#)). The first analyses are beginning to surface (e.g., this excellent take by Stephen Weatherill, [here](#)), and there is a lot to unpack, especially with respect to [developments in competition law](#). Constitutional lawyers will, however, find particular interest in how the Grand Chamber dismissed Advocate General Rantos’ pitch for a [constitutional recognition of the European sports model](#) based on Article 165 TFEU. This post focuses on this aspect of the *European Super League* judgment. It argues that while the Advocate General’s construction was rejected, the Court still used this judgement to further define its own constitutional understanding of the European sports model, as well as to solidify its role as the primary interpreter of that model.

The Superleague and the European sports model

The origin of the *European Super League* case is, at this stage, well known. A group of elite European football clubs decided to establish a new club competition, reminiscent of North American closed leagues, named “Superleague”. Promptly, FIFA and UEFA refused to recognise the Superleague, and announced that any football club and player participating in this competition would be excluded from those organised by the two sports governing bodies. Under their statutes, FIFA and UEFA claim such powers of prior authorisation and sanctioning. Following this, the European Superleague Company brought proceedings before a commercial court in Madrid, arguing that FIFA’s and UEFA’s behaviour amounted to anti-competitive conduct prohibited under Articles 101 and 102 TFEU. Six questions were later referred to the Court on the interpretation of these two provisions, as well as on a number of treaty provisions on free movement.

The first member of the Court to have a say in this case was Advocate General Rantos. The [opinion](#) surprised ma-

ny due to its reliance on [Article 165 TFEU](#) (see, e.g., [here](#)). According to the Advocate General, Article 165 TFEU gives expression to “the ‘constitutional’ recognition” of what he coined as the “European sports model” (para. 30). In a creative sequence, the Advocate General explained what characterised the European sports model, basing his definition, more or less, in textual elements found in Article 165 TFEU. In particular, that model would be founded on a pyramid structure having amateur sport at the base and professional sport at the top. Its primary objectives would include the promotion of open competitions which prioritise sporting merit. Finally, it would be based on a financial solidarity regime defined by the redistribution of earnings from the top to the lower echelons of the sport (para. 30.).

The Advocate General saw the Superleague as a “challenge to the ‘European sports model’” (title of section IV.B.2.), and took specific issue with its quasi-closed structure. This was in clear opposition to his understanding of a European sports model “characterised in particular by the openness of its competitions, participation in which is based on ‘sporting merit’” (para. 33). The Advocate General argued that Article 165 TFEU should be used as a standard in the interpretation and application of Articles 101 and 102 TFEU (para. 35). He justified this construction by reading Article 165 TFEU as *lex specialis*, and as an “‘horizontal’ provision” with the type of consistency function referred to in [Article 7 TFEU](#). Article 165 TFEU featured in critical junctures in the Advocate General’s interpretation of Articles 101 and 102 TFEU, contributing to the opinion that these provisions do not preclude the existence of FIFA and UEFA’s rules, only (potentially) their shape.

The Grand Chamber’s rejection of Advocate General Rantos’ construction

In its judgement in *European Super League*, the Court deemed required to clarify its stance concerning the interpretation of Article 165 TFEU (paras. 95-107). The Grand

Chamber rejected the Advocate General's construction, omitting any reference to the concept of the 'European Sports Model' and rebutting most of the arguments set forth in his reading of Article 165 TFEU. For the Court, Article 165 TFEU is but a legal basis enabling the EU to pursue a supporting competence (para. 96). When adopting acts under this legal basis, EU institutions must attend to the elements found in that provision. However, this does not mean that Article 165 TFEU must shape the interpretation and application of other EU legal instruments, namely treaty provisions such as Articles 101 and 102 TFEU (para. 101). Article 165 TFEU is not "a cross-cutting provision having general application", nor is it *lex specialis*. Sport has specific characteristics, some of which are reflected in Article 165 TFEU. (para. 102). However, this provision must not be "regarded as being a special rule exempting sport from all or some of the other provisions of primary EU law liable to be applied to it or requiring special treatment for sport in the context of that application." (para. 101).

While the Court rejected the Advocate General's interpretation of Article 165 TFEU, the judgement still safeguarded some of the elements identified in his opinion as part of the European sports model. The Grand Chamber censured the absence of transparent, objective, non-discriminatory and proportionate criteria limiting the discretionary powers of FIFA and UEFA in the discharge of their gatekeeping function (para. 148). However, it nevertheless justified the existence of such exorbitant powers, which, unlike similar precedents (e.g., *C-49/07 – MOTOE*) are not based on any public granting of special or exclusive rights. This was done in light of the particular characteristics of the sport of football (para. 144). The openness element, in particular, is central to the Court's argument. For the Grand Chamber, football, "in common with other sports", is "essentially, based on sporting merit". And this feature can only be guaranteed "if all the participating teams face each other in homogeneous regulatory and technical conditions, thereby ensuring a certain level of equal opportunity" (para. 143). The same type of argument is found later in the judgement when the Court justifies FIFA and UEFA's monopoly on the exploitation of rights related to football competitions. There, the Grand Chamber referred to the purpose of ensuring some "form of 'solidarity redistribution' within football" (para. 234).

The Court as the primary interpreter of the European sports model

If the Court rejected the Advocate General's pitch for a constitutional recognition of the European sports model based on Article 165 TFEU, it still safeguarded multiple elements of that model. This should not come as a surprise, as, long before the *European Super League* judgment, the Court has acted as the primary interpreter of the European sports model. As Floris de Witte and Jan Zglin-ski [explained](#), on many occasions the Court's interpretation of the EU's economic constitution has been deferential towards the "affective" dimension (i.e. sociological reality) of sports, football in particular. By reference to the "specific characteristics of sports", the Court has developed an idiosyncratic body of case law establishing certain guarantees against the normal application of the treaty provisions on free movement and competition. The judgement in *C-415-93 – Bosman* provides a canonical example. There, the Court justified the existence of certain free movement restricting transfer rules in light of the aims of maintaining a competitive balance between clubs by preserving a certain degree of equality as to results (para. 106). Through this process of negative integration, the Court has developed its own constitutional understanding of what European sports is and should be. In this context, the *European Super League* judgement further defines the Court's interpretation of that model, enshrining, in particular, the importance of the openness of sporting competitions, and confirming that of solidarity in the redistribution of earnings.

At the same time, by downgrading Article 165 TFEU to a lesser legal basis, allowing the EU's political institutions to pursue "not a 'policy'" but, merely "an 'action'" (para. 99), the Court further rooted its role as the primary interpreter of the European sports model. While harmonising measures are possible, inter alia under Article 114 TFEU, the Court's exclusion of the pursuit of an EU sports "policy" delegitimises such regulatory initiatives to a certain extent. Even if this obiter statement does not necessarily tilt the regulatory balance in favour of negative integration, it discreetly slopes it against positive integration. Should the EU political institutions re-regulate the European sports model when the treaties bar them from developing an EU sports "policy"? It is true that the preferred regulatory strategy of EU political institutions has consisted of partnering with sports governing bodies to agree

on the regulation of the European sports model (see, e.g., [here](#)). On this front, as well, the preclusion of the development of an EU sports “policy” raises questions concerning the admissible range of EU measures. Yet, and more importantly, considering the governance deficiencies that characterise organisations such as FIFA and UEFA, a more autonomous regulatory strategy can, at times, be preferable. For the most part, this autonomous response

has come from the Court. In this context, the *European Super League* judgment should invite a reflection on this process of judicialisation of the European sports model. And whether it should be tempered with a recognition of the political mandate to re-regulate, specifically through the more democratic ordinary legislative procedure. The Court should also consider passing the ball.

Kevin Fredy Hinterberger

Datenschutzgrundverordnung gilt für parlamentarische Untersuchungsausschüsse



EuGH stärkt den Datenschutz

doi: 10.59704/250d643e03f3a9f0

Der EuGH hat sich in einem lange erwarteten Urteil mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) auf parlamentarische Untersuchungsausschüsse anwendbar ist. In der Rs [C-33/22 \(Österreichische Datenschutzbehörde\)](#) hat der EuGH am 16. Jänner 2024 in einem österreichischen Fall entschieden, dass die DSGVO auf parlamentarische Untersuchungsausschüsse grundsätzlich anwendbar ist. Dadurch haben Untersuchungsausschüsse in Ausübung ihrer parlamentarischen Kontrollrechte auch das Recht auf Datenschutz von Auskunftspersonen zu beachten. Dies betrifft essenzielle verfassungsrechtliche Fragen zum Umgang mit diesem zentralen demokratischen Kontrollinstrument bzw Kontrollrechten allgemein sowie dem Verhältnis zum Datenschutz und geht weit über den Ausgangsachverhalt hinaus. Die österreichische Judikatur und Praxis, wonach die Gesetzgebung von der Anwendbarkeit der DSGVO gänzlich ausgenommen ist, wird nach diesem EuGH-Urteil nicht aufrechterhalten werden können.

Untersuchungsausschüsse und Datenschutz

Wie in einer internationalen Fachtagung zu Datenschutz im Bereich der Gesetzgebung von Bierlein zutreffend ausgeführt wurde (siehe Seiten 51ff [hier](#)), sind hierbei zwei Problemkomplexe von besonderer Relevanz:

Der erste Problemkomplex betrifft die Vorlageverpflichtung gem Art 53 Abs 3 S 1 B-VG, wonach Akten und Unterlagen einem Untersuchungsausschuss vorgelegt werden müssen, insoweit darin personenbezogene Daten enthalten sind, die in medienöffentlichen Sitzungen verwendet werden oder generell an die Medien weitergegeben werden. Der VfGH hält hierzu in ständiger Rsp fest: „Die Befugnisse, die dem Untersuchungsausschuss durch Art 53 B-VG und die Ausführungsbestimmungen in der [Verfahrensordnung-Untersuchungsausschuss] über-

tragen werden, sollen eine wirksame parlamentarische Kontrolle durch den Nationalrat ermöglichen“ (siehe [hier](#) Rz 166). Eberhard spricht zu Recht von einem „Primat der parlamentarischen Kontrolle“ (siehe [hier](#) Seite 280). Somit scheint der VfGH parlamentarische Kontrollrechte gegenüber subjektiven und öffentlichen Interessen (Grundrechte wie Datenschutz und Amtsverschwiegenheit) stärker zu gewichten. Das Grundrecht auf Datenschutz kann daher nicht gegen die Vorlage von Akten und Unterlagen eingewendet werden, da die Ausnahmen von der Vorlageverpflichtung durch Art 53 Abs 3 letzter Satz B-VG (Quellenschutz) und Art 53 Abs 4 B-VG (Beeinträchtigung der rechtmäßigen Willensbildung der Bundesregierung) abschließend festgelegt sind.

Der zweite Problemkomplex beschäftigt sich mit der im EuGH-Verfahren relevanten Frage, ob personenbezogene Daten von Auskunftspersonen auf der Parlamentswebsite veröffentlicht werden dürfen bzw dies einen Verstoß gegen die DSGVO darstellen kann.

Untersuchungsausschuss-Reform 2015 in Österreich

Untersuchungsausschüsse sind eines der wichtigsten Instrumente politischer Kontrolle. Das Recht des österreichischen Nationalrats (die Abgeordnetenversammlung des österreichischen Parlaments), gemäß [Art 53 Bundes-Verfassungsgesetz](#) (B-VG) Untersuchungsausschüsse einzusetzen, wurde mit 1.1.2015 grundlegend reformiert. Dieses ist seither als Minderheitsrecht ausgestaltet und wurde bereits siebenmal auf Bundesebene in Anspruch genommen. Dies bedeutet, dass seit Einführung des Minderheitsrechts fast durchgehend ein Untersuchungsausschuss eingesetzt war. Aktuell läuft ein Untersuchungsausschuss zur zweckwidrigen Verwendung öffentlicher Gelder unter SPÖ- und FPÖ-Regierungsbeteiligung, der COFAG-Untersuchungsausschuss, zuvor hat sich ein Untersuchungsausschuss mit den Korruptionsvorwürfen ge-

gen ÖVP-Regierungsmitglieder beschäftigt (siehe [hier](#), [hier](#) und [hier](#)).

Unterdessen hat auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) in zahlreichen Verfahren über Streitigkeiten betreffend parlamentarische Untersuchungsausschüsse entschieden (siehe [hier](#)) – eine Kompetenz, die dem VfGH erst im Zuge der Untersuchungsausschuss-Reform 2015 in [Art 138b B-VG](#) eingeräumt wurde.

Sachverhalt

Das Ausgangsverfahren in C-33/22, *Österreichische Datenschutzbehörde*, betrifft einen österreichischen Fall, im Zusammenhang mit einem 2018 eingesetzten Untersuchungsausschuss, der die politische Einflussnahme auf das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) beleuchten sollte (siehe [hier](#)). Das BVT wurde am 1.12.2021 in die Direktion Staatsschutz und Nachrichtendienst umgewandelt (siehe [hier](#)).

Die betroffene Person wurde im September 2018 medienöffentlich als Auskunftsperson befragt. Obwohl die Anonymisierung beantragt wurde, wurde das gesamte Protokoll der Befragung samt vollständiger Namensnennung auf der Webseite des Österreichischen Parlaments veröffentlicht (siehe [hier](#)).

Dagegen erhob die besagte Auskunftsperson eine Datenschutzbeschwerde an die Datenschutzbehörde, in der die Veröffentlichung des Protokolls seiner Befragung unter Preisgabe seiner Identität gegen seinen Willen als Verstoß gegen die DSGVO und das in [§ 1 Datenschutzgesetz](#) normierte Grundrecht auf Datenschutz vorgebracht wurde. Besonders relevant ist dabei, dass die Auskunftsperson als verdeckter Polizist tätig war.

Diese Beschwerde wurde von der österreichischen Datenschutzbehörde zurückgewiesen, da eine Kontrolle der Gesetzgebung (Untersuchungsausschuss) durch die Verwaltung (Datenschutzbehörde) gemäß der österreichischen Rsp aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundprinzips der Gewaltenteilung ausgeschlossen ist. Der BVT-Untersuchungsausschuss ist der Gesetzgebung zuzurechnen (siehe [hier](#)), weshalb eine Kontrolle durch die Datenschutzbehörde als Organ der Verwaltung nicht möglich sei.

In der Folge gab das Bundesverwaltungsgericht der von der Auskunftsperson eingebrachten Bescheidbeschwerde statt und führte begründend aus, dass die DSGVO auch auf die Akte der Gesetzgebung und folglich auf Untersuchungsausschüsse anwendbar ist. Im An-

schluss erhob die Datenschutzbehörde eine Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH). Basierend auf dem Vorabentscheidungsersuchen des VwGH hat der EuGH nunmehr entschieden.

DSGVO auf Untersuchungsausschüsse anwendbar...

In der ersten Vorlagefrage hatte der EuGH zu beurteilen, ob die DSGVO auf parlamentarische Untersuchungsausschüsse anwendbar ist. Die maßgeblichen Bestimmungen sind Art 16 Abs 2 Satz 1 AEUV und Art 2 Abs 2 lit a DSGVO. Der EuGH hat hierzu festgehalten, dass „eine Tätigkeit [nicht] allein deshalb, weil es sich bei ihr um eine Tätigkeit eines vom Parlament eines Mitgliedstaats in Ausübung seines Kontrollrechts der Vollziehung eingesetzten Untersuchungsausschusses handelt, außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liegt und damit der Anwendung dieser Verordnung entzogen ist“ ([Rn 43](#)).

Art 2 Abs 1 DSGVO normiert den sachlichen Anwendungsbereich, der nach der einschlägigen EuGH Rsp sehr weit auszulegen ist (siehe [hier](#) Rn 61): „Diese Verordnung gilt für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“. Eine abschließende Aufzählung der Ausnahmen ist in Art 2 Abs 2 und 3 DSGVO festgelegt, die wiederum nach der EuGH-Rsp eng auszulegen sind (siehe [hier](#) Rn 66). Die DSGVO gilt sowohl für Privatpersonen als auch Behörden (siehe [hier](#) Rn 25).

Folglich hält der EuGH, dass auch „die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch einen vom Parlament eines Mitgliedstaats in Ausübung seines Kontrollrechts der Vollziehung eingesetzten Untersuchungsausschuss“ ([Rn 42](#)) grundsätzlich in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, insofern nicht ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Ein Verweis des österreichischen Nationalratspräsidenten, der einen anderen Standpunkt wie österreichische Bundesregierung vertreten hat, darauf, dass der Untersuchungsausschuss unmittelbar dem Parlament zugeordnet werden kann, wies der Gerichtshof mit Verweis auf das EuGH-Verfahren *Land Hessen* zurück. In diesem Verfahren wurde die Anwendbarkeit der DSGVO auf den hessischen Petitionsausschuss bestätigt (siehe [hier](#) und im Detail [hier](#)). Interessanterweise hatte dieses EuGH-Urteil keinen harmonisierenden Effekt in Be-

zug auf die Frage, ob die DSGVO auf parlamentarische Untersuchungsausschüsse anwendbar ist, wie von König ausgearbeitet wurde (siehe [hier](#)).

...außer es betrifft Tätigkeiten der nationalen Sicherheit

Die zweite Vorlagefrage hat sich damit auseinandergesetzt, ob die Anwendbarkeit der DSGVO auf den BVT-Untersuchungsausschuss deshalb ausgeschlossen ist, weil dieser Fragen der nationalen Sicherheit zum Gegenstand hatte. Art 2 Abs 2 lit a DSGVO normiert, dass die DSGVO nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten „im Rahmen einer Tätigkeit, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt“, anwendbar ist. Diese Ausnahme ist laut EuGH eng auszulegen (Rn 37) und betrifft allein jene Verarbeitungen personenbezogener Daten, „die von staatlichen Stellen im Rahmen einer Tätigkeit, die der Wahrung der nationalen Sicherheit dient, oder einer Tätigkeit, die derselben Kategorie zugeordnet werden kann, vorgenommen werden“ (Rn 45). Diese „umfassen insbesondere solche [Tätigkeiten], die den Schutz der grundlegenden Funktionen des Staates und der grundlegenden Interessen der Gesellschaft bezwecken“ (siehe [hier](#) Rn 67). Für diese Einordnung ist also maßgeblich, um welche Art von Tätigkeit es sich in concreto handelt (Rn 41). „Insoweit reicht der Umstand, dass der Verantwortliche eine Behörde ist, deren Haupttätigkeit in der Gewährleistung der nationalen Sicherheit besteht, als solcher nicht aus, um Verarbeitungen personenbezogener Daten durch diese Behörde im Rahmen anderer von ihr durchgeführter Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der DSGVO auszunehmen“ (Rn 51).

Der BVT-Untersuchungsausschuss hatte zwar die Aufklärung der politischen Einflussnahme auf das BVT zum Untersuchungsgegenstand, diese stellt als solche aber keine Tätigkeit dar, die der Wahrung der nationalen Sicherheit dient (Rn 52). Somit ist diese politische Kontrolle durch den Untersuchungsausschuss auch nicht pauschal vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen. Vielmehr ist es die Aufgabe des vorliegenden Gerichts (Verwaltungsgerichtshofs) zu prüfen, ob die Tätigkeit des BVT-Untersuchungsausschusses aufgrund des Art 2 Abs 2 lit a DSGVO vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen ist.

Datenschutzbeschwerde an die Datenschutzbehörde zulässig

Die dritte und letzte Vorlagefrage betraf den Rechtsschutz von Auskunftspersonen. Gem Art 77 Abs 1 DSGVO hat jede Person das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, wenn sie der Meinung ist, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten gegen die DSGVO verstößt. In Österreich wurde hierfür die Datenschutzbehörde als einzige Aufsichtsbehörde iSd Art 51 Abs 1 DSGVO eingerichtet. Somit muss nach dem EuGH in der derzeitigen Ausgestaltung des österreichischen Rechts und aufgrund des Vorrangs des Europarechts auch diese einzige Aufsichtsbehörde, die Datenschutzbehörde, für Datenschutzbeschwerden zuständig sein. Das Argument, dass dies dem österreichischen Verfassungsrecht widersprechen würde, wischt der EuGH beiseite und führt aus, dass es dem österreichischen Gesetzgeber frei stehen würde, mehrere Aufsichtsbehörden einzurichten, da Art 51 Abs 1 DSGVO den Mitgliedstaaten in diesem Punkt einen Ermessenspielraum einräumt (Rn 68, 69).

Schlussfolgerungen

Die Schlussfolgerungen dieses Urteils für das Spannungsverhältnis zwischen parlamentarischen Kontrollrechten und Datenschutz sind gravierend und altbekannt (siehe [hier](#)).

Die österreichische Praxis, wonach die Gesetzgebung von der Anwendbarkeit der DSGVO ausgenommen ist, wird jedenfalls nicht aufrechterhalten werden können. Dies betrifft sowohl parlamentarische Untersuchungsausschüsse als auch parlamentarische Anfragen. Dass parlamentarische Untersuchungsausschüsse seit der Untersuchungsausschuss-Reform 2015 en vogue sind, steht im Lichte der eingangs erwähnten parlamentarischen Praxis außer Frage. In Österreich sind aber auch parlamentarische Anfragen von großer Bedeutung, die in sehr hoher Zahl vorkommen und oft mit ausführlichen Begründungen zu versehen sind.

Neben diesen allgemeinen Fragen der Anwendbarkeit, stellen sich aber auch noch spezifische Fragen, insbesondere wie der Rechtsschutz in Bezug auf Datenschutzbeschwerden ausgestaltet werden soll. Nach der derzeitigen Rechtslage wäre die Datenschutzbehörde zuständig, was aber (wie erläutert) mit dem österreichischen Verfassungsrecht nicht vereinbar ist – die Verwaltung (Datenschutzbehörde) darf die Gesetzgebung (Untersu-

chungsausschuss) nicht kontrollieren. Der Rechtsschutz muss in diesem Punkt also dringend an die europarechtlichen Erfordernisse angepasst werden. Österreich könnte etwa von dem in Art 51 Abs 1 DSGVO normierten Ermessensspielraum Gebrauch machen und eine weitere Aufsichtsbehörde normieren – bspw das Bundesverwaltungsgericht (welche im regulären Instanzenzug die Datenschutzbehörde kontrolliert) – oder aber eine weitere Kompetenz des VfGH in Art 138b B-VG festlegen.

Fraglich ist auch, wie sich die genannte Rsp des VfGH zur Vorlageverpflichtung (siehe oben und hier) mit dem Urteil des EuGH vereinbaren lässt. Dem Recht auf Datenschutz muss nunmehr uU in gewissen Fällen der Vorzug gegenüber der wirksamen parlamentarischen Kontrolle eingeräumt werden.

Ein weiterer Weg nach vorne könnte für den österrei-

chischen Gesetzgeber außerdem Art 23 DSGVO sein, wonach bestimmte Pflichte und Rechte „im Wege von Gesetzgebungsmaßnahmen beschränkt werden können, um u. a. die nationale Sicherheit oder eine Kontrollfunktion, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt – insbesondere im Rahmen der nationalen Sicherheit – verbunden ist, sicherzustellen“ (Rn 54).

Nach der aktuellen Entscheidung (*Österreichische Datenschutzbehörde*) und (*Land Hessen*) stellt sich schließlich noch eine weitere Frage von allgemeiner Bedeutung – welche Ausnahmen können noch von Parlamenten geltend gemachten werden, und zwar außerhalb von Tätigkeiten, die die nationale Sicherheit betreffen. Insgesamt bleibt somit mit Spannung zu erwarten, wie der österreichische Gesetzgeber auf dieses Urteil reagieren wird.

Dilken Çelebi, Lisa Marie Koop, Leokadia Melchior

Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz

Warum eine europaweite Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestandes möglich und nötig ist

doi: 10.59704/d2150ae7d99eb9bf



Geschlechtsspezifische Gewalt ist in der Europäischen Union (EU) in den letzten Jahren dramatisch gestiegen. Frauen sind dabei besonders häufig von Vergewaltigungen betroffen. In 16 EU-Mitgliedstaaten ist die Vergewaltigung aber nur bei Anwendung oder Androhung von Gewalt strafrechtlich verfolgbar (s. Abschn. 2.1.2. [European Commission, Impact Assessment Report](#)). Ein einfaches „Nein“ der betroffenen Person findet dort rechtlich keine Anerkennung. Die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ist deshalb ein zentrales Anliegen der EU-Kommission unter der Führung von [Ursula von der Leyen](#). Mit dem lange verzögerten Beitritt der EU zur [Istanbul-Konvention](#), dem Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, am 1. Oktober 2023 ist ein erster Schritt getan, Betroffene besser zu schützen. Zudem hat die Kommission am 8. März 2022 einen [Richtlinienentwurf](#) (RL-E) für einen umfassenden und zugleich effektiven und durchsetzbaren Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt in allen EU-Mitgliedstaaten unterbreitet. Das Europäische Parlament (EP) und der Rat befinden sich bereits in der letzten entscheidenden Phase der sog. Trilogverhandlungen.

Hauptstreitpunkt in den Verhandlungen, an dem die Annahme der Richtlinie letztendlich scheitern könnte, ist die Streichung des Vergewaltigungsstraftatbestands (Art. 5 RL-E) – der das Delikt europaweit und konsenszentriert harmonisieren soll – durch den Rat. Hierfür haben sich zwölf Mitgliedstaaten unter Berufung auf ein [Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates \(JD-R\)](#) ausgesprochen. Ausschlaggebend sind hierbei Deutschland und Frankreich. Das federführende Bundesjustizministerium (BMJ) führt zur Begründung seiner Blockadehaltung „erhebliche Zweifel“ am Vorliegen der EU-Rechtsgrundlage an. Bei Vergewaltigungen handele es sich weder um „sexuelle Ausbeutung“ noch um [grenzüberschreitende Kriminalität](#) im Sinne des [Art. 83 Abs. 1 AEUV](#). Das

EP, die Kommission und zahlreiche [Frauen- und Menschenrechtsverbände](#), einschließlich [des djb](#), haben unisono, aber bislang erfolglos betont, effektiver Gewaltschutz dürfe nicht davon abhängen, in welchem Mitgliedstaat eine Frau lebe. Während das Thema in [Frankreich viel mediale Aufmerksamkeit](#) erfahren hat, wurde es in Deutschland kaum aufgegriffen.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Kompetenzgrundlage aus europarechtlicher Perspektive. Er zeigt auf, dass die „erheblichen Zweifel“ des BMJ nicht verfangen und eine europaweite Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestands gemäß [Art. 83 Abs. 1 AEUV](#) möglich ist.

Vergewaltigung als sexuelle Ausbeutung i.S.d. Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV

Art. 83 AEUV statuiert im Zuge des Prinzips der limitierten Einzelermächtigung eine Richtlinienkompetenz im materiellen Strafrecht für abschließend in [Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV](#) aufgeführte Kriminalitätsbereiche. Kern der Auseinandersetzung ist die Frage, ob das Vergewaltigungsdelikt unter den Kriminalitätsbereich „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ gem. [Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV](#) gefasst werden kann.

In dem Gutachten des JD-R wird ein sehr enges Verständnis der sexuellen Ausbeutung verfolgt. Der JD-R geht u.a. wegen einer vermeintlichen Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung bei frauenspezifischen Strafregelungen davon aus, dass die „sexuelle Ausbeutung von Frauen“ im Zusammenhang mit Menschenhandel stünde oder ein spezifischer Aspekt des Menschenhandels und damit restriktiv als Teilbereich des Menschenhandels mit dem Element der Ausbeutung als gemeinsamer Komponente zu interpretieren sei ([Rn. 24, 25, 44](#)). Mit dem Fokus auf die Ausbeutung umfasse der Begriff im Allgemeinen keine Straftaten, bei denen das wesentliche Tatbestandsmerkmal sexuelle Gewalt sei

(Rn. 26, 44). Der JD-R trennt somit zwischen Ausbeutung und Gewalt und schließt Vergewaltigung, die als wesentliches Merkmal die fehlende Einwilligung habe und daher primär unter Gewalt zu fassen sei, vom Kriminalitätsbereich aus (vgl. Rn. 32).

Diesem Ergebnis ist nach einer rechtlichen Analyse des Begriffs der „sexuellen Ausbeutung“ zu widersprechen. Aufgrund des Mangels an einer (Legal-)Definition sowohl im internationalen als auch im europäischen Primärrecht ist er als autonomer Begriff des EU-Rechts auszulegen. Dafür sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Zusammenhang der Vorschrift des Unionsrechts und das gesamte Unionsrecht sowie die mit der Vorschrift verfolgten Ziele zu berücksichtigen (Rn. 50). Insgesamt ist der Art. 83 Abs. 1 UA 2 insbesondere vor dem Hintergrund der völker- und europarechtlichen Praxis zu den Harmonisierungsinstrumenten auszulegen (Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, AEUV Art. 83 Rn. 52; Schwarze/Becker/Hatja/Schoo/Böse, AEUV Art. 83 Rn. 9).

Wortlaut

Der Wortlaut lässt zunächst ein enges Begriffsverständnis der „sexuellen Ausbeutung“ anmuten, doch ist zu beachten, dass es sich bei den Kriminalitätsbereichen nicht um eine Aufzählung von Straftatbeständen i.e.S., sondern um *Deliktsbereiche* bzw. kriminologische Phänomene handelt (Streinz/Satzger, AEUV Art. 83 Rn. 13). Daher erfassen sie nicht nur einzelne Delikte, wie z.B. die Zwangsprostitution, sondern jeweils eine Gruppe strafbarer Handlungen. Ferner sind die Übergänge zwischen den Delikten, die Missbrauch als Form von Gewalt und/oder Ausbeutung betreffen, fließend. Sexualisierte Gewalt dürfte so nach dem Wortlaut nicht ausgeschlossen sein. Darüber hinaus halten mittlerweile moderne Rechtsinstrumente an einer strikten Trennung von sexueller Ausbeutung, sexuellem Missbrauch und Pornographie nicht mehr fest. Stattdessen werden sexuelle Ausbeutung und sexueller Missbrauch als *eine gemeinsame* Kategorie verstanden (beispielsweise hier und hier). Sexuelle Ausbeutung ist als übergreifender Begriff zu verstehen, unter welchem sich sexueller Missbrauch, Ausnutzen von Prostitution und Pornographie und damit große, über die Aspekte einer ökonomischen Ausbeutung hinausgehende, Teile des Sexualstrafrechts sammeln und harmonisieren lassen (Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, AEUV

Art. 83 Rn. 56).

Diese Auffassung vertritt auch der EU-Gesetzgeber. Insbesondere die [EU-Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie](#) (Kindesmissbrauchs-RL) von 2011 wurde auf Grundlage des Kriminalitätsbereichs der „sexuellen Ausbeutung“ in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV erlassen. Sie harmonisiert nicht nur Straftatbestände wie die Kinderprostitution, sondern in Art. 3 umfassend auch Straftaten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch, die über die wirtschaftliche Komponente deutlich hinausgehen. Dabei enthält die Richtlinie auch Vorschriften, bei denen der Schwerpunkt auf der Gewaltanwendung und der erzwungenen sexuellen Handlung liegt.

Entstehungsgeschichte

Des Weiteren legt die Entstehungsgeschichte des Art. 83 nahe, dass der sexuellen Ausbeutung ein vom Menschenhandel losgelöstes und weitergefasstes Verständnis zugrunde zu legen ist. In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere vom 15./16. Oktober 1999 wurde die Ausbeutung von Frauen noch als eine Komponente von Menschenhandel verstanden, indem der Kriminalitätsbereich als ein Bereich „Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen, sexuelle Ausbeutung von Kindern“ definiert wurde. Im Verfassungsvertrag und danach im Lissabon-Vertrag hat sich aber letztlich der Wortlaut „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ niedergeschlagen (Rn. 13 ff.). Dieser Wandel zeugt davon, dass die sexuelle Ausbeutung von Frauen nicht mehr nur eine spezifische Form des Menschenhandels darstellt, sondern eigenständig und weiter gefasst werden und somit schwerpunktmäßig auch sexualisierte Gewalt, d.h. nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen, erfassen kann. Dies erkennt selbst der JD-R an (Rn. 17, 27).

Zusammenhang der Vorschrift und das gesamte Unionsrecht

Während der Verhandlungen zum RL-E haben die Kommissionsdienststellen als Argument für die Inklusion des Art. 5 RL-E auf die [Definition der „sexuellen Ausbeutung“ des VN-Generalsekretariats](#) hingewiesen. Danach erfasst sexuelle Ausbeutung als zentrale Elemente jeglichen tatsächlichen oder versuchten Missbrauchs einer Situation

der Vulnerabilität, eines Machtgefälles oder eines Vertrauensverhältnisses für sexuelle Zwecke, einschließlich, jedoch nicht beschränkt auf ein Erzielen wirtschaftlicher, sozialer oder politischer Vorteile.

Selbst wenn der JD-R diese Definition nicht für relevant erklärt (Rn. 29 Fn. 20), verkennt er, dass auch in zahlreichen EU-Instrumenten in enger Anlehnung an die VN-Definition ein weiteres Verständnis der „sexuellen Ausbeutung“ anzunehmen ist.

Zunächst zeigen die Menschenhandelsinstrumente, dass der Begriff der „Ausbeutung“ sich nicht auf die ökonomische Ausbeutung und damit die Prostitution beschränkt. So halten das [Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels](#) von 2005 sowie Art. 2 Abs. 3 der [EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Menschenhandels](#) fest, dass die Ausbeutung mindestens die Ausnutzung der „Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung“ (Hervorh. d. Verf.) umfasst.

Weiterhin zeigt die [Kindesmissbrauchs-RL](#), dass sexuelle Ausbeutung sich zum einen schwerpunktmäßig über die Schutzbedürftigkeit durch bestimmte Ausnutzungsverhältnisse definieren kann, die geprägt sind von Machtgefällen, schwachen Positionen, u.a. aufgrund einer Abhängigkeitssituation, oder dem Missbrauch von Vertrauensverhältnissen (vgl. [Tathandlungen des Art. 3 Abs. 5 i\)–ii\)](#)). Dabei muss die Schutzbedürftigkeit nicht in der Person *per se* begründet sein, sondern kann schwerpunktmäßig auf dem Ausnutzungsverhältnis beruhen, insbesondere, weil diese Regelungen auch für ältere Kinder gelten, die das Alter der sexuellen Mündigkeit erreicht haben. Zum anderen sind nach [Art. 3 Abs. 5 iii\)](#) und [Art. 6](#) dieser Richtlinie sexuelle Handlungen unter Strafe zu stellen, wenn dabei Zwang, Gewalt oder Drohungen angewendet wurden oder Kinder dadurch zu sexuellen Handlungen mit Dritten veranlasst wurden. Demnach kann der Fokus einer „sexuellen Ausbeutung“ auch in einer aufgezwungenen sexuellen Handlung liegen, die nicht primär an die Schutzbedürftigkeit durch den Minderjährigenstatus, sondern an andere Faktoren, wie hier Zwang, Gewalt oder Drohung, anknüpft.

Nach diesem weiteren Verständnis der sexuellen Ausbeutung müssen auch Vergewaltigungen von Frauen unter „sexuelle Ausbeutung“ erfasst werden können. Während das sexuelle Element der Ausbeutung bei der Vergewaltigung offensichtlich ist, ist zwar die Vulnerabilität und Schutzbedürftigkeit von Kindern im Verhältnis zu Erwachsenen aufgrund des inhärenten Machtun-

gleichgewichts durch ihre noch unausgereifte körperliche, geistige und seelische Entwicklung nicht gleichzusetzen mit der Vulnerabilität und Schutzbedürftigkeit von Frauen gegenüber ihren Täter:innen. Jedoch ist mit der Istanbul-Konvention völkerrechtlich anerkannt, dass geschlechtsspezifische Gewalt, darunter Vergewaltigungen, Ausdruck historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse sind, die zur Diskriminierung der Frau durch den Mann und zur Verhinderung der vollständigen Gleichstellung der Frau geführt haben. Diese Gewalt hat strukturellen Charakter und dient als entscheidender sozialer Mechanismus, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen werden. Diese strukturelle Diskriminierung und das Machtungleichgewicht sind somit nicht nur Ursachen von Vergewaltigungen, sondern sie ermöglichen sie auch. Darüber hinaus ist vergleichbar zentral, dass Vergewaltigungen häufig in einem Kontext geschehen, in dem die betroffene Person besonders vulnerabel ist. Die Vulnerabilität kann durch zahlreiche Faktoren bedingt sein. Auch wenn bei sexualisierter Gewalt richtigerweise als tatbestimmendes Merkmal auf eine fehlende Einwilligung abzustellen ist, geschehen insbesondere Vergewaltigungen häufig im Kontext von Zwang, Gewalt oder Drohungen, die eine besondere Vulnerabilität erzeugen. Weitere vulnerabilisierende Faktoren sind Drogen- oder Alkoholkonsum oder familiäre oder sonstige Abhängigkeitsverhältnisse, die einen besonderen Vertrauensbruch begründen und deshalb nach der Istanbul-Konvention sogar straferschwerend zu berücksichtigen sind ([Erläuternder Bericht, Rn. 236](#)). Insbesondere bei Vergewaltigungen ist daher sowohl das Machtungleichgewicht als auch das missbräuchliche Verhalten gegeben, wenn trotz eines fehlenden Einverständnisses als Ausdruck der Machtausübung und Kontrolle an der betroffenen Person sexuelle Handlungen vorgenommen werden. Gerade das Übergehen des fehlenden Einverständnisses verdeutlicht dabei das missbräuchliche Verhalten. Außerdem zählt die Kommission in [Begründung des Richtlinienentwurfs](#) als mögliche Vorteile für das ausbeuterische Element neben der Erlangung von Macht, Kontrolle oder Herrschaft auch die persönliche Befriedigung, einen potentiellen finanziellen Gewinn und/oder einen sozialen Aufstieg auf.

Ziele des Unionsrechts

Den Straftatbestand der Vergewaltigung als Ausdruck eines strukturellen Machtgefälles und der Geschlechterdis-

kriminierung unter den Bereich der „sexuellen Ausbeutung“ zu fassen, gebieten nicht zuletzt gebieten die Ziele und Werte des Unionsrechts. Nach [Art. 2](#) und [Art. 3 Abs. 3 UA 2 AEUV](#) sowie nach [Art. 8](#), [10](#) und [19 AEUV](#) sind die EU-Gesetzgeber:innen zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern verpflichtet. Auch ist die Kompetenznorm im Lichte der [Grundwerte der Union](#), d.h. der Achtung der Menschenwürde, der Wahrung der Menschenrechte, der Gleichheit von Frauen und Männern sowie dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung auszulegen. Ferner verankert [Art. 21 Grundrechtecharta](#) den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen des Geschlechts und [Art. 23 Grundrechtecharta](#) den Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern. Zudem hat sich die EU regelmäßig und wiederholt politisch dazu [verpflichtet](#), geschlechtsspezifische Gewalt umfassend und effektiv zu bekämpfen. Nicht zuletzt heben die Erklärungen im Anhang der Schlussakte der Regierungskonferenz zu den Lissabon-Verträgen deutlich hervor, dass die EU alle Arten von häuslicher Gewalt bekämpfen will und dass die Mitgliedsstaaten „alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen (sollen), um diese kriminellen Handlungen zu verhindern und zu bestrafen“ (Nr. 19).

Gemäß den o.g. Auslegungskriterien ist das Vergewaltigungsdelikt als schwerwiegende Form sexualisierter Gewalt unter den Begriff der „sexuellen Ausbeutung“ zu subsumieren. Dass die Harmonisierung der Vergewaltigung auf Grundlage des Kompetenztitels „sexuelle Ausbeutung von Frauen“ möglich ist, räumt im Übrigen selbst der JD-R explizit ein ([Rn. 45](#)).

Grenzüberschreitende Dimension i.S.d. Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV

Bereits aus der Erfassung der Vergewaltigung unter den Kriminalitätsbereich der sexuellen Ausbeutung ist das Vorliegen der grenzüberschreitenden Dimension indiziert. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 1 AEUV. Dieser besagt, dass die Gesetzgebungsorgane der EU-Mindestvorschriften festlegen können, und zwar in „*Bereichen besonders schwerer Kriminalität (...), die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben*“. In Art. 83 Abs. 1 UA 2 folgt sodann eine Aufzählung derjenigen Berei-

che, auf die diese Kriterien zutreffen: „*Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern (...)*“ (Hervorh. d. Verf.).

Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen und ein gesondertes Vorliegen der grenzüberschreitenden Dimension für erforderlich halten würde, ist diese zu bejahen.

Einer Kritik zufolge soll zwar die grenzüberschreitende Dimension allein bei einer Grenzüberschreitung im geographischen Sinne vorliegen. [Vergewaltigungen stellen demnach weder faktisch noch rechtlich transnationale Kriminalität dar, denn häusliche Gewalt finde typischerweise zuhause statt. Gestützt wird diese Sicht maßgeblich auf das sog. Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009.](#) Darin habe das BVerfG insbesondere für die „grenzüberschreitenden Dimension“ eine restriktive Auslegung verlangt. Auf diese Position scheint sich auch die Bundesregierung zurückzuziehen, wenn sie ihre Blockadehaltung zur Richtlinie mit der Gefahr eines „[Damnbruchs](#)“ [begründet und die Folge in den Raum stellt, dass die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen im Strafrecht verlieren könnten](#).

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass eine ganze Reihe von Konstellationen denkbar sind, in welchen Vergewaltigungen, nicht zuletzt durch Vorbereitungs-handlungen (wie sog. grooming), aufgrund der Mobilität von Opfern wie Täter:innen oder aufgrund von Entwicklungen in der Strafverfolgung sogar im geographischen Wortsinne eine grenzüberschreitende Dimensionen haben (vgl. Abschn. 3.2. [European Commission, Impact Assessment Report](#)).

Zudem muss dieser physische Aspekt der grenzüberschreitenden Dimension nicht bei jeder einzelnen Deliktsbegehung vorliegen, um eine Harmonisierung des Tatbestands auf Art. 83 Abs. 1 AEUV zu stützen. So sieht es auch der EuGH. Er entschied im [Varna-Urteil](#), dass die in diesem Fall anwendbare [Richtlinie 2014/42/EU](#), die auf Art. 83 Abs. 1 AEUV beruht, auch dann Anwendung findet, wenn sich alle mit der Begehung einer Straftat verbundenen Tatumstände auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränken und keinerlei geographische Grenzüberschreitung gegeben ist. Dabei ist auch bemerkenswert, dass ein explizit physisches grenzüberschreitendes Element für Deutschland bei anderen strafrechtlichen EU-Harmonisierungsvorhaben offenbar keinen besonders hohen Stellenwert hatte. So schienen insbeson-

dere bei der Verabschiedung der auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützten Kindesmissbrauchs-RL keine vergleichbaren Bedenken zu bestehen, wobei auch nicht jeder sexuelle Missbrauch eines Kindes eine grenzüberschreitende Dimension im geographischen Sinne hat.

Auch ein genauerer Blick in das Lissabon-Urteil zeigt, dass das BVerfG zwar eine restriktive Auslegung von Art. 83 AEUV bevorzugt, eine rein geographische Lesart der grenzüberschreitenden Dimension selbst jedoch nicht fordert. Das BVerfG fordert eine „strikt[e] – keinesfalls extensiv[e]“ Auslegung der Kompetenzgrundlagen in Bezug auf Straf- und Verfahrensnormen und begründet das damit, dass das Strafrecht nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit diene, sondern für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum stehe (Rn. 358).

Explizit für Fälle, in denen die grenzüberschreitende Dimension maßgeblich auf das Kriterium der besonderen Notwendigkeit, Straftaten auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, gestützt wird, hält das BVerfG fest: „Eine solche besondere Notwendigkeit liegt nicht bereits dann vor, wenn die Organe einen entsprechenden politischen Willen gebildet haben. Sie lässt sich von Art und Auswirkungen der Straftat auch nicht trennen, da unerfindlich ist, woraus, wenn nicht aus der Art oder den Auswirkungen der betreffenden Straftaten, sich die besondere Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage ergeben sollte.“ (Rn. 359).

Das BVerfG verweist mithin lediglich darauf, dass ein rein politischer Wille nicht ausreiche. Die restriktive Haltung zu einem europäischen Strafrecht, die in der Lissabon-Entscheidung zum Ausdruck kommt, kann aber jedenfalls nicht dazu führen, das Kriterium „Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage“ ins Leere laufen zu lassen. Insbesondere, da die Historie von Art. 83 AEUV zeigt, dass mit diesem Kriterium sichergestellt werden sollte, dass die Union Maßnahmen gegen Verhaltensweisen erlassen kann, die sich gegen die Unionswerte als solche richten und die die Union deshalb nicht dulden kann (vgl.

Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, AEUV Art. 83 Rn. 43). Das BVerfG scheint somit vielmehr zu betonen, in Art. 83 Abs. 1 AEUV keine Blankoermächtigung zum Erlass von Strafnormen hineinzulesen.

Wie die obige Ausführung zu den Zielen und Grundwerten der EU aber gezeigt hat, lässt sich die effektive Bekämpfung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Frauen durch das RL-Vorhaben aber gerade nicht auf einen rein politischen Willen reduzieren. Somit ist die Voraussetzung der grenzüberschreitenden Dimension i.S.d. Art. 83 Abs. 1 AEUV gerade – wie vom BVerfG gefordert – aufgrund der Art und des Ausmaßes im Zusammenspiel mit der besonderen Notwendigkeit, Vergewaltigung EU-weit auf gemeinsamer Grundlage zu bekämpfen, gegeben. Auch dies sieht der JD-R in seinem Gutachten genauso: Das Notwendigkeitskriterium sei demnach zu bejahen, „for instance in view of their particular seriousness and the need to ensure an equivalent level of protection to persons enjoying the right of free movement within the EU“ (Rn. 51).

Ausblick

Die „Fortschrittskoalition“ der Bundesregierung hat sich den Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt im Koalitionsvertrag auf ihre Fahnen geschrieben (S. 114). Umso unverständlicher ist es, dass sie mit ihrer Blockade die Verabschiedung der für den Gewaltschutz auf europäischer Ebene so wichtigen Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt gefährdet, und dabei gerade das Europarecht als vermeintliches Argument vorschiebt. Der Trilog Anfang Februar 2024 unter belgischer Ratspräsidentschaft ist die allerletzte Chance, noch vor der Europawahl im Juni 2024 eine Einigung über die Richtlinie zu erzielen. Wie dargelegt, spricht aus rechtlicher Sicht nichts gegen die Inkludierung des Vergewaltigungstatbestandes. Das Richtlinienvorhaben erfolgt nicht aus einer politischen Laune heraus, sondern aufgrund der dringenden und tatsächlichen Notwendigkeit von besserem Gewaltschutz für Frauen in Europa.

Dilken Çelebi, Lisa Marie Koop, Leokadia Melchior

Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence



Why a European Harmonization of the Definition of Rape is Possible and Necessary

doi: 10.59704/2cbb56fcbc52ec14

Gender-based violence has [dramatically increased in the European Union \(EU\)](#) in recent years. [In particular women are widely affected by rape.](#) Yet, in 16 EU Member States, rape can only be prosecuted if coercion is used involving either violence or threats (see [section 2.1.2. European Commission, Impact Assessment Report](#)). A simple “no” is not legally relevant. Combating violence against women and domestic violence is, therefore, a central concern of the EU Commission under the leadership of [Ursula von der Leyen](#). The long-delayed accession of the EU to the [Istanbul Convention](#) (the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence) on 1 October 2023 is a first step towards better protection of women. Additionally, on 8 March 2022, the Commission presented a [Draft Directive](#) for comprehensive, effective and enforceable protection against gender-based violence in all EU Member States. The European Parliament and the Council are already in the final, decisive phase of the so-called trilogue negotiations.

The main point of contention in the negotiations, which could ultimately prevent the adoption of the Draft Directive, is the deletion of the offence of rape, i.e. Article 5 of the Draft Directive. The Directive aims to harmonize across Europe the definition of the criminal offence of rape as a violation of the consent-based sexual act. Twelve Member States, with Germany and France at the forefront, call for the deletion, referring to the opinion of the [Council’s Legal Service \(LS-C\)](#). The German Federal Ministry of Justice blocks this directive due to “considerable doubts” concerning the legal basis. It argues that rape is neither “[sexual exploitation](#)” nor [a transnational crime](#) within the meaning of [Art. 83 \(1\) TFEU](#). On the contrary, the European Parliament, the Commission and numerous [women’s and human rights organisations](#), including the [German Women Lawyers Association](#) (Deutscher Juristinnenbund e.V.), have all emphasized – so far in vain –

that effective protection against gender-based violence should not depend on the Member State in which a woman lives. While the issue has received [a lot of media attention in France](#), it has been largely overlooked in Germany.

This article conducts a legal analysis from the perspective of the EU law. It refutes the “considerable doubts” stressed out by the Federal Ministry of Justice, and it shows that a Europe-wide harmonization of the criminal offence of rape on the grounds of Art. 83 (1) TFEU is possible and necessary.

Rape as sexual exploitation within the meaning of Art. 83 (1) (2) TFEU

Art. 83 TFEU establishes the competence to adopt directives regarding substantive criminal law for the areas of crime listed exhaustively in the second sentence of [Art. 83 \(1\) \(2\) TFEU](#). The main question is, however, whether the wording of the area of crime “trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children” also includes rape.

Following a very narrow understanding of sexual exploitation, the LS-C assumes that “sexual exploitation of women” is related to or is a specific aspect of human trafficking and should, therefore, be interpreted restrictively as a sub-category of human trafficking with the element of exploitation as a common component ([paras. 24, 25, 44](#)). Focusing on exploitation as the common and required element, the LS-C has the opinion that the term generally does not include criminal offences in which sexual violence is an essential element ([paras. 26, 44](#)). The LS-C thus distinguishes between exploitation and violence and excludes rape from the area of crime, maintaining that rape determines consent or a lack thereof as an essential feature and should therefore primarily be understood as violence, not exploitation (see [para. 32](#)).

We challenge the above-described legal assessment by

the LS-C and state that rape as a serious form of sexual violence falls under the term “sexual exploitation”. Interestingly, the LS-C admits itself explicitly that the harmonization of rape is indeed possible on the legal basis of “sexual exploitation of women” (para. 45). Due to the lack of an international and European (legal) definition of “sexual exploitation of women”, one must understand it as an autonomous concept of EU law. According to the case law of the European Court of Justice, for the legal analysis the wording, the legislative history, the context of the EU-law provision, the entire body of EU law, and finally, the objectives pursued by said provision must be taken into account (para. 50). Overall, Art. 83 (1) (2) TFEU must also take into consideration the international and European legal practice on instruments of harmonization.¹

Wording

While, at first glance, the wording of “sexual exploitation” seems quite narrow, the norm does not refer to single criminal offences, but rather outlines areas of criminal offences or even criminological phenomena. (Streinz/Satzger, TFEU Art. 83 para. 13). Therefore, the areas do not include individual criminal acts only, such as forced prostitution, but each area suggests a group of punishable acts. Furthermore, one cannot easily distinguish between criminal offences involving abuse as a form of violence and/or exploitation. Finally, modern legal instruments no longer strictly distinguish between sexual exploitation, sexual abuse and pornography. Instead, sexual abuse and sexual exploitation are understood as a common category (e.g. here and here), the latter even as a generic term for sexual abuse, exploitation of prostitution and pornography. Henceforth, Art. 83 (1) TFEU allows to harmonize large parts of criminal law governing sexual offences in the EU far beyond mere economic exploitation (Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, TFEU Art. 83 para. 56).

This view is also shared by the EU legislator. In particular, the [EU Directive on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography](#) (Child Abuse Directive) of 2011 was adopted on the basis of the area of crime of “sexual exploitation” in Art. 83 (1) (2) TFEU. The Child Abuse Directive does not only harmonize child prostitution but also comprehensive cri-

iminal offences related to sexual abuse that go far beyond the economic component (see Art. 3 of the Child Abuse Directive). The Directive also contains provisions that focus on the use of violence and forced sexual acts.

History of origins

Furthermore, the drafting history of Art. 83 TFEU suggests that sexual exploitation should be understood separately from human trafficking and in a broader sense. In the conclusions of the Tampere European Council of 15 and 16 October 1999, the exploitation of women was still understood as a component of human trafficking by defining the area of crime as “trafficking in human beings, *in particular* the exploitation of women and the sexual exploitation of children”. However, the Constitutional Treaty and, subsequently, the Lisbon Treaty finally adopted the wording “trafficking in human beings *and* sexual exploitation of women and children” (paras 13 et seq.). This change reveals that the sexual exploitation of women is no longer simply a specific form of trafficking but can be defined independently and more broadly, including sexualized violence, i.e. non-consensual sexual acts. Even the LS-C recognizes this (paras 17, 27).

Context of the provision and EU law

During the negotiations on the Draft Directive, the Commission based its arguments for including Art. 5 of the Draft Directive on the [UN General Secretariat’s definition of “sexual exploitation”](#). According to this definition, sexual exploitation includes as central elements any actual or attempted abuse of a situation of vulnerability, differential power, or trust for sexual purposes, including but not limited to profiting monetarily, socially or politically from the sexual exploitation of another. Despite the arguments on the relevancy of this definition by the LS-C (para. 29 fn. 20), one cannot overlook that a broader understanding of ‘sexual exploitation’ – akin to the UN definition – can be found in numerous EU instruments.

First, the instruments on human trafficking show that the term “exploitation” is not limited to economic exploitation like prostitution. For example, the 2005 [Council of Europe Convention on Action against Human Trafficking](#) and Article 2 (3) of the [EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims](#) state that exploitation includes “as a

¹Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, TFEU Art. 83 para. 52; Schwarze/Becker/Hatja/Schoo/Böse, TFEU Art. 83 para. 9

minimum, the exploitation of the prostitution of others *or other forms of sexual exploitation*” (emphasis added). Furthermore, the [Child Abuse Directive](#) shows that sexual exploitation can be defined primarily by the need for protection from certain exploitative relationships characterized by power imbalances, vulnerable status, e.g. due to a situation of dependency, or the abuse of relationships of trust (cf. [offences of Art. 3 para. 5 i-ii](#)). The need for protection does not have to be based on personal characteristics, but can primarily be based on the exploitative relationship, especially since these provisions also apply to older children who have reached the age of sexual consent. Secondly, according to [Art. 3 para. 5 iii](#)) and [Art. 6](#), sexual activities are criminalized if coercion, violence or threats have been used or if children have been induced to engage in sexual activities with third parties. Accordingly, the focus of “sexual exploitation” can also be a forced sexual act that is not primarily linked to the need for protection due to the status as a minor but to other factors such as coercion, violence or threats.

In line with this broader understanding, the term “sexual exploitation” allows for the inclusion of rape of women. Whereas the sexual element of exploitation is obvious, the vulnerability and need for protection of children in relation to adults cannot be equated with the vulnerability and need for protection of women in relation to their perpetrators. Minors are subject to a power imbalance caused by their immature physical, mental and emotional development. However, the Istanbul Convention states clearly that gender-based violence, including rape, is an expression of historically evolved unequal power relations that have resulted in discrimination against women by men and prevent the full equality of women. This violence is structural in nature and serves as a key social mechanism by which women are forced into a subordinate position to men. This structural discrimination and power imbalance is not only the root cause of rape, but it also enables it. Furthermore, rape occurs in a context in which the victim is particularly vulnerable. Many factors can cause vulnerability. While the defining characteristic of sexualized violence is the lack of consent, rape in particular often takes place in a context of coercion, violence or threats that creates a specific vulnerability. Other vulnerable factors can be the use of drugs or alcohol, and family or other dependency relationships, which constitute a particular breach of trust and must therefore be taken into account as aggravating factors under the Istanbul

Convention ([Explanatory Report, para. 236](#)). Hence, especially in case of rape, the sexual acts may be perpetrated as an expression of exercising power and control, and it is precisely the disregard for the lack of consent that illustrates the abusive behaviour. Finally, the Commission further explicates in the [explanatory memorandum to the Draft Directive](#) as profiting elements the achievement of power, control, or domination over another person as well as the personal satisfaction, financial gain and/or social advancement.

Objectives of the EU law

Rape is an expression of structural power imbalance and gender discrimination. According to [Art. 2](#) and [Art. 3 \(3\) \(2\) TEU](#) as well as [Art. 8, 10](#) and [19 TFEU](#), the EU must fight against discrimination and promote the equality between women and men. Moreover, these competences must be interpreted in the light of the [fundamental values of the Union](#), i.e. respect for human dignity, respect for human rights, equality between men and women and the principle of non-discrimination. Furthermore, [Articles 21 and 23 of the Charter of Fundamental Rights](#) enshrine the principle of non-discrimination on grounds of sex and the principle of equality between women and men. In addition, the EU has regularly and repeatedly made [political commitments](#) to combat gender-based violence comprehensively and effectively. Not least, the declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference on the Lisbon Treaties clearly emphasize that the EU wants to combat all forms of domestic violence and that Member States “shall take all necessary measures to prevent and punish these criminal acts” ([No. 19](#)).

Cross-border dimension within the meaning of Art. 83 (1) (1) TFEU

The cross-border dimension is already indicated by the subsumption of rape in the area of crime of sexual exploitation. This follows directly from the wording of [Art. 83 \(1\) \(1\) TFEU](#), which states that the EU legislative bodies may adopt minimum rules in “areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis”. Under [Art. 83 \(1\) \(2\) TFEU](#), “these areas of crime *are* the following: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children (...)”. (emphasis added).

According to one criticism, the cross-border dimension should only be present when a border is crossed in the geographical sense. [This view states that rape is not a transnational crime in fact](#) or in law since domestic violence typically takes place at home. It is largely based on the so-called *Lisbon judgement of the German Federal Constitutional Court* of 30 June 2009, in which the Federal Constitutional Court demanded a restrictive interpretation of the cross-border dimension. The German government also seems to adhere to this position when it justifies its blockade of the Draft Directive. It claims that including the offence of rape could open the floodgates, leading to a loss of the Member States' competences in criminal law.

One must reject these arguments. First, there are a number of situations in which rape has a cross-border dimension, even in the geographical sense, through preparatory acts (such as grooming), due to the mobility of victims and perpetrators, or in the law enforcement phase (cf. [section 3.2. European Commission, Impact Assessment Report](#)).

Second, a physical aspect of the cross-border dimension does not have to be present for each individual act for the criminal offence of rape to be harmonized on the basis of Art. 83 (1) TFEU. This is also the view of the ECJ in the *Varna judgment*, ruling that [Directive 2014/42/EU](#), which was applicable in this case and is based on Art. 83 (1) TFEU, applies even if all the circumstances, when committing a criminal offence, are confined to a single Member State and there is no geographical border crossing. Moreover, an explicit physical cross-border element was apparently also not demanded in other EU criminal law harmonization projects. For example, Germany did not have similar concerns regarding the Child Abuse Directive, based on Art. 83 (1) TFEU, although in these cases a geographical cross-border dimension is equally not always given.

Moreover, although the German Federal Constitutional Court in the *Lisbon judgement* argues for a narrow interpretation of Art. 83 TFEU, it does not require a purely geographical interpretation of the cross-border dimension. It only calls for a “strict – by no means extensive” interpretation of the conferred competences concerning criminal law. Moreover, it argues that criminal law does not serve as a legal instrument to effect international co-

operation but rather stands for the particularly sensitive democratic decisions on the legal-ethical minimum ([para. 358](#)).

Explicitly for cases in which the cross-border dimension is essentially based on the criterion of the special need to combat criminal offences on a common basis, the Federal Constitutional Court states that such a special need does not simply exist if the institutions have formed a corresponding political will. Nor can it be separated from the nature and impact of the offence since it is not clear from what, if not from the nature or impact of the offences in question, the special need to combat them on a common basis should arise ([para. 359](#)).

The Federal Constitutional Court thus merely points out that a purely political will is not sufficient. However, the restrictive attitude towards a European criminal law expressed in the *Lisbon judgement* cannot lead to the criterion of “need to combat them on a common basis” being rendered meaningless. Especially since the history of Art. 83 TFEU shows that this criterion was intended to ensure that the EU could take measures against acts that are directed against the values of the Union as such and which the Union therefore cannot tolerate.² The Federal Constitutional Court does rather emphasize that Art. 83 (1) TFEU cannot be used as a blank authorization to enact criminal provisions.

However, as the above explanation of the objectives and fundamental values of the EU has shown, the Draft Directive in its aim to effectively combat criminal offences against women's sexual self-determination cannot be reduced to an instrument based on purely political will. Thus, as required by the Federal Constitutional Court, the prerequisite of the cross-border dimension within the meaning of Art. 83 (1) TFEU is met precisely because of the nature and impact of the criminal offence in conjunction with the special need to combat rape throughout the EU on a common basis. The LS-C takes the same view in its opinion: The necessity criterion should therefore be affirmed, “for example in view of its particular seriousness and the need to ensure an equivalent level of protection for persons enjoying the right to free movement within the EU” ([para. 51](#)).

²Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, TFEU Art. 83 para. 43

Outlook

The German government as the “Coalition of Progress” has prioritised protection against gender-based violence in its coalition agreement (p. 114). Thus, it is incomprehensible that its blockade is jeopardizing the adoption of the directive on combating violence against women and domestic violence, which is fundamental for protection

against violence at the European level. The trilogue at the beginning of February 2024 under the Belgian Presidency is the very last chance to reach an agreement on the directive before the European elections in June 2024. As explained above, the legal argument against the inclusion of rape can be refuted. The directive is not proposed on a political whim but justified by the urgent and real need to better protect women against violence in Europe.

Tatjana Hörnle

Keine Blockade, sondern eine Frage der Kompetenz

Warum die Bedenken gegenüber einer europäischen Harmonisierung des Vergewaltigungsstraftatbestandes richtig sind

doi: 10.59704/fd42de0fa871e449



Ein „[Offener Brief](#)“ an den Bundesjustizminister vom 29. Januar, den „über 100 namhafte Frauen aus Politik, Kultur und Wirtschaft“ unterzeichnet haben, fordert diesen auf, seine „Blockade-Haltung“ gegenüber einem Vorhaben der Europäischen Kommission aufzugeben. Die Kommission setzt sich für eine [Richtlinie](#) ein, die der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt dienen soll. Unter anderem ist eine Vereinheitlichung im Sexualstrafrecht vorgesehen, nämlich beim Tatbestand der Vergewaltigung (Art. 5). Gegen diesen Teil des Vorschlags hat der Rat der Europäischen Union Bedenken, die die Zuständigkeit der Europäischen Union (EU) betreffen; diese werden in einem [Gutachten](#) des Juristischen Dienstes detailliert dargelegt. Im Verfassungsblog haben wiederum drei Autorinnen (Çelebi, Koop und Melchior) die [gegen-Teilige Position](#) vertreten.

Die zentrale Frage ist, inwieweit die Gestaltung von Strafrecht in die Kompetenz der EU fällt. Die Verfasserinnen des „Offenen Briefs“ scheinen davon auszugehen, dass die EU alles könne und dürfe und nur der widerborstige Bundesjustizminister ein Hindernis sei. Die Rechtslage sieht anders aus (siehe dazu auch bereits [Heger](#)). Die Länder der EU haben sich in grundlegenden Verträgen, darunter dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV), verständigt, welche Kompetenzen die EU haben soll. Teil der Vereinbarungen ist, dass für das Strafrecht vereinheitlichende Richtlinien nur in sehr begrenztem Umfang erlaubt sind. Grundsätzlich bleibt die Gestaltung des materiellen Strafrechts Ländersache. Eine Ausnahme gilt dann, wenn es um die Bereiche besonders schwerer Kriminalität geht, die eine „grenzüberschreitende Dimension“ haben (Art. 83 Abs. 1 AEUV). Der folgende Satz in Art. 83 Abs. 1 AEUV führt die konkreten Anwendungsfelder an, darunter Terrorismus, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, organisierte Kriminalität – Warenverkehr und Aktivitäten dieser Art sind sehr oft in-

ternationalisiert, weshalb es offensichtlich ist, dass das nationale Strafrecht nicht mehr ausreicht. Offensichtlich ist die grenzüberschreitende Dimension auch bei Computerkriminalität, ebenfalls in 83 Abs. 1 AEUV angeführt. Dass der Richtlinienvorschlag Normen zur Cyberkriminalität (Cyberstalking, Cybermobbing) enthält, ist nicht zu beanstanden. Aber es bleibt rätselhaft, warum die Kommission auf die Idee kam, Vergewaltigung aufzunehmen. Die Logik der Kompetenzverteilung ist *nicht*, dass die EU für alle schweren Formen der Kriminalität zuständig wäre und die Länder nur noch für minder schwere Delikte. Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sind wie die große Mehrheit aller Delikte selbstverständlich in nationalen Strafgesetzen definiert, ohne dass sich die EU einmischen dürfte, und dasselbe muss für Sexualdelikte gelten, die nicht im digitalen Raum begangen werden.

Der Kommissionsvorschlag geht auf das Problem der Zuständigkeit der EU nur sehr kurz und erstaunlich oberflächlich ein. Einziger möglicher Anknüpfungspunkt ist der Umstand, dass bei den Bereichen grenzüberschreitender Kriminalität auch „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ angeführt wird. Gemeint ist die typische Vorgehensweise, Menschen über Landesgrenzen zu transportieren bzw. beim Länderwechsel zu unterstützen, um sie auszubeuten, durch Zwangsprostitution und andere Formen des sexuellen Missbrauchs. Es ist fernliegend, daraus abzuleiten, dass typische Fälle einer Vergewaltigung gemeint seien. Das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates geht ausführlich auf die Entstehung der Liste für grenzüberschreitende Kriminalität ein. Die Entstehungsgeschichte deutet darauf hin, dass sich der Begriff „sexuelle Ausbeutung“ auf Fälle bezieht, die mit dem Anliegen „Kampf gegen Menschenhandel“ in engem Zusammenhang stehen. Die zunächst verwendete Formulierung „insbesondere sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ zeigt

te dies noch klarer. Sie war aber offensichtlich zu eng geworden, als das Bewusstsein dafür entstanden war, dass Menschenhandel ein viel breiteres und diffuseres Phänomen ist. Nicht intendiert war, das gesamte Sexualstrafrecht in den Zuständigkeitsbereich der EU zu überführen. Auch der Wortlaut zeigt dies klar. Ausbeutung ist kein Oberbegriff, unter den sich sämtliche sexuelle Angriffe und sexuelle Gewalt insgesamt fassen lassen. Çelebi, Kopp und Melchior verweisen auf eine Kommentierung, derzufolge unter den Begriff der Ausbeutung sexueller Missbrauch, Ausnutzen von Prostitution und Pornographie gefasst werden können. Das ist richtig, führt aber nicht weiter, da sexuelle Angriffe/sexuelle Übergriffe nicht Unterfälle von Missbrauch sind. Außerdem entsteht das offensichtliche Problem, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV, ausgehend von typischen Fällen des Menschenhandels, selektiv Gruppen von potentiellen Opfern nennt, nämlich Frauen und Kinder. Schon deshalb ist es nicht überzeugend, auf dieser Basis zu argumentieren, dass die EU zuständig sei, das Sexualstrafrecht der Länder zu normieren. Laut Richtlinienvorschlag soll tatsächlich nur die Vergewaltigung einer Frau erfasst werden. Das ist konsequent – aber absurd. Vergewaltigung betrifft meistens Frauen, aber es gibt auch Fälle massiver sexualisierter (Gruppen-)Gewalt gegen andere Opfer. Rechtliche Vorgaben für das Sexualstrafrecht müssen immer geschlechtsneutral formuliert werden, alles andere wäre ein Rückschritt in das Sexualstrafrecht des 19. Jahrhunderts. Auch in anderer Hinsicht bedeuten die Ideen der Kommission einen Rückschritt, nämlich die Fokussierung auf den Be-

griff der Vergewaltigung und die Modalität „Penetration“. Es ist in modernen Vorschriften zum Sexualstrafrecht, für die sich 2016 auch der deutsche Gesetzgeber entschieden hat, selbstverständlich, alle sexuellen Handlungen zu erfassen. Würden wir über einen Gesetzentwurf des Bundestags reden, wäre ferner von Interesse, ob die Art und Weise, wie Art. 5 des Richtlinienvorschlags „nicht einverständlich“ versteht, im Vergleich zur „Nein heißt nein-Lösung“ in § 177 Abs. 1 StGB Strafbarkeit ausweiten würde (vermutlich nicht, aber die Formulierung des Art. 5 Richtlinienvorschlag wäre auslegungsbedürftig).

Auf die Qualität von Art. 5 des Richtlinienvorschlags kommt es aber letztlich nicht an. Auch wenn man keine inhaltlichen Einwände hätte, ist es nachvollziehbar und richtig, dass der Rat der EU und die Bundesregierung dem Vorschlag der Kommission in der jetzigen Form nicht folgen. Nochmal: Es geht um Zuständigkeiten und darum, dass wir darauf verzichten müssen, die bestehenden Schranken für die Gestaltung von materiellem Strafrecht durch die EU einseitig ausweiten zu wollen. Der Umstand, dass in manchen Ländern geltende nationale Regeln aus unserer (auch meiner) Sicht altmodisch ausfallen und sexuelle Selbstbestimmung nicht optimal schützen, berechtigt zu behutsamer Sachkritik und gibt Grund für konstruktiven Rechtsvergleich und Austausch mit reforminteressierten Kolleginnen und Kollegen. Wir sollten aber im Interesse eines stabilen Zusammenhalts in der EU besser darauf verzichten, durch die extensive Auslegung von Zuständigkeitsregeln anzustreben, mit Richtlinien korrigierend einzugreifen.

Ioannis Kampourakis

Unpacking the Critical Raw Materials Act

doi: 10.59704/1094d5793279f771



Market Instrumentalism and Extractivism in the Pursuit of Domestic Green Growth

The recently adopted Critical Raw Materials Act (CRMA) is framed as a milestone for the EU Green Industrial Plan and the twin green and digital transitions. In the context of emerging green industrial policies and the resurgence of the [state as an economic actor](#), the Act encapsulates the EU's attempt to [instrumentalise markets](#) for public objectives. Yet, the bid to generate tailored and specific market outcomes is undercut by the Act's primary strategy of adjusting risks and returns for ultimately volatile, profit-driven private initiative. At the same time, the Act's focus on *domestic green growth*, even if read charitably, remains myopic to the global challenge of climate change and perpetuates existing patterns of core-periphery extractivism.

Securing the Resources for the Twin Transition

In her [2022 State of the Union Address](#), President of the European Commission Ursula von der Leyen set the stakes: 'Whether we talk about chips for virtual reality or cells for solar panels, the twin transitions will be fuelled by raw materials. Lithium and rare earths are already replacing gas and oil at the heart of our economy.' Indeed, batteries for electric vehicles, wind turbines, solar panels, and semiconductors all require critical raw materials that are in short supply and subject to geopolitical antagonism. In the spirit of the urgency conveyed by its President's quote, the European Commission presented in March 2023 a [Proposal](#) for a Regulation establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials (the CRM Act). On 12 December 2023 – in record time – the European Parliament adopted the CRMA, which now awaits formal endorsement by the Council.

The key objective of the CRMA is to secure the resources required for the twin green and digital transitions, setting the EU Green Industrial Plan in motion. Envisio-

ned as part of the EU's response to the U.S. Inflation Reduction Act but also to China's government-led industrial policies, the CRMA aspires to mobilise private investment to secure the raw materials required for green and digital infrastructure, as well as for defence and space applications. The CRMA seeks to strengthen the EU's capacities along the different stages of the critical raw materials value chain (i.e., extraction, processing, recycling) and to diversify the EU's imports, with no single third country providing more than 65% of the EU's annual consumption of critical raw material. Specifically concerning extraction, the Act calls upon Member States to formulate national programs for comprehensive exploration focused on critical raw materials, placing mining within the EU firmly under the Act's priorities.

Market Instrumentalism through Derisking

In many ways, the CRMA denotes a break from the established, [ordoliberal paradigm](#) of economic regulation in the EU. In this paradigm, economic regulation in the EU has been defined by a pro-competitive logic, assuming that competitive markets deliver on social goals through aggregate individual market activity and optimal allocation of productive resources. As such, the key function of economic regulation was securing market conditions through, primarily, the protection of a level playing field.

On the contrary, the CRMA, and more broadly, the Green Industrial Plan, operate on the assumption that markets are not an end in themselves but exist to advance articulated political objectives beyond enabling the exercise of private autonomy. The CRMA is not about safeguarding markets in the abstract, in the hope they ultimately deliver on the green transition objectives; it is about generating a *specific kind* of market activity, one that is shaped and geared to deliver on the goals of the green transition in a context of heightened geopolitical antagonism.

At first, this turn to market instrumentalism promises a politicisation of markets, viewing them as legal cons-

tructs that serve social and politically determined functions. This is consistent with the broader context in which the European Green Deal is to become purposeful, which has involved, for example, the extraordinary joint indebtedness brought about by the Recovery and Resilience Facility and the loosening of state aid rules.

This promise, however, is compromised as market reconstruction is concretised through a process political economists have referred to as ‘**derisking**’: the mobilisation of private capital to achieve public policy priorities by tinkering with risk and returns on private investments. Ultimately, this follows the neoclassical model of correcting market failures, where interventions of public institutions do not subordinate private economic activity to public objectives but only correct price signals to guide private capital towards desirable policy outcomes. This may lead to concentration of investment around short-term profit opportunities at the expense of broader priorities (e.g., concentration of investment in electric car batteries as opposed to renewable energy in the context of the U.S. Inflation Reduction Act). Specifically in the context of the CRMA and the EU Green Deal, derisking has been decried as insufficient by industry and critical political economists alike, although for different reasons. While for the **former** derisking in the CRMA still fails to make the business case for ‘**high-risk investment**’, for the **latter** the absence of disciplining mechanisms for private capital amplifies the volatile nature of profit-driven investments and their inadequacy for projects of structural transformation.

One such instance of derisking can be found in the CRMA provisions around ‘Strategic Projects’. As such are identified the projects that strengthen the EU’s security of supply for strategic raw materials. Provided they fulfil certain additional conditions, such as technical feasibility and sustainable implementation, Strategic Projects may be recognised as such by the Commission and, as a result, benefit from a status of ‘overriding public interest’ (Art. 10, para 2). This involves accelerated permitting processes and ‘urgent treatment’ in all judicial and dispute resolution procedures relating to the projects. This priority status of Strategic Projects raises concerns with regard to the respect for the rule of law and equality before the law, as well the right to an effective remedy and fair trial, with **NGOs warning** of disadvantaging affected rightsholders with less time and information to prepare their defence. In this case, derisking assumes the form of an extraor-

inary legal guarantee to reduce administrative burdens and risks associated with establishing a new investment project.

Derisking also assumes the form of improved access to finance and the sharing of financial risks for Strategic Projects. This means, for example, enabling public support through guarantees, debt products, and even state aid, facilitating off-take agreements, or channelling resources from the European Investment Bank Group and other InvestEU implementing partners, who are given a role for coordinating financing for Strategic Projects. Overall, the derisking ambition of the CRMA was captured by the Rapporteur of the Act, MEP Nicola Beer, who **referred** to the objective of creating ‘project-planning certainty for private investors’.

At Whose Cost?

While – or precisely *because* – the CRMA seeks to secure domestic green growth, it is not limited to domestic raw materials value chains. In a Communication published in parallel to the Proposal for a Regulation, the Commission outlined its intention to pursue ‘strategic partnerships’ to ensure the steady supply of critical raw materials. One example is the partnership with Canada as part of the EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Yet, the EU has at the same time sought to **constrain export restrictions** of resource-rich countries, such as China and Indonesia, both based on WTO law and through the pursuit of Free Trade Agreements that prohibit export taxes or export monopolies and grant foreign investment access specifically in the field of raw materials (e.g., EU–Chile Advanced Framework Agreement).

Furthermore, the CRMA makes clear that Strategic Projects can take place in third countries. On paper, this comes with a set of guarantees, such as that the project must ‘add value’ to the third country, it must be implemented sustainably, and project promoters must try to improve the environmental state of the affected sites after the end of exploitation – but only subject to economic feasibility (Art 7 para 1.i). The European Parliament also inserted amendments concerning indigenous rights, such as meaningful consultation and fair compensation. However, these guarantees appear weak in the face of the known and well-established patterns of aggressive **exploitation, human rights violations, and environmental degradation** associated with raw materials extraction projects. ‘Adding value’ constitutes an economic framing

that may allow friendly governments not to take realities on the ground into consideration, ‘meaningful’ remains vague as qualification for consultations which ultimately allow the ‘minimisation of adverse impacts on indigenous rights’ (Art 7, para 1.e), while ‘sustainable implementation’ can be determined by means of private certification – with even the commitment to obtain such certification in the future being sufficient for the Strategic Project to fulfil the sustainability criterion (Annex III, para 4.b). More broadly, the ‘overriding public interest’ accorded to such projects alludes to how the EU’s steadfast pursuit of cri-

tical raw materials is likely to further **exacerbate inequalities** between the Global North and South, accelerating dynamics of **dependency** and unequal development that aggravate the effects of climate change.

The CRMA is a crucial piece of the EU’s strategy for decarbonisation and climate neutrality. While a full assessment of its implications is beyond the scope of this article, the Act’s domestic priorities and commitment to private-led growth define the contours of its potential and underscore the absence of a climate justice vision.

Esmeralda Colombo

Is the Norwegian Paradox Coming to an End?

Being a Petrostate in a World on Fire

doi: 10.59704/eb0141e7ef1625c8



A wind of change is sweeping in the last stronghold of European petrostates: Norway. The recent [decision](#) rendered on January 18, 2024, by the District Court of Oslo in the *North Sea Fields Case* might testify the demise of [the Norwegian paradox](#), referring to Norway's dual role as a climate leader internationally while maintaining a significant reliance on fossil fuels domestically. Despite advocating for climate action on the global stage, Norway remains the largest [per capita exporter of CO₂ emissions](#), [due to its substantial petroleum industry](#). While [this decision won't end](#) Norway's petrostate policies, it certainly marks the court's active engagement with Environmental Impact Assessments (EIAs) as a tool for democracy and the rule of law.

The North Sea Fields Case

On June 29, 2023, Greenpeace Nordic and Nature&Youth challenged the legality of three administrative decisions by the Norwegian Energy Ministry approving the plans for development and operation (so-called PDOs) for the Breidablikk, Yggdrasil, and Tyrving oil and gas fields in the North Sea. The challenge was based on the absence of combustion (Scope 3) emissions from the produced oil and gas in the impact assessments. Further, the impact assessments were conducted by the respective field operators and licensees without a third-party control involved. The three fields constitute a combined reserve of approximately 875 million barrels of oil equivalent. Breidablikk was put into production in mid-October 2023, before time.

The plaintiffs grounded their challenge on various procedural grounds, asserting that the Energy Ministry's violations of procedural rules resulted in factual errors and thus an erroneous foundation in the PDOs' decision-making process. Specifically, the procedure employed by the Energy Ministry to approve the PDOs overlooked the reckoning of and accounting for Scope 3 emissions in the

Environmental Impact Assessments (EIAs). While the Petroleum Act and Regulations do not explicitly mandate such consideration and inclusion, the plaintiffs contended these obligations could be inferred from Section 112 of the Norwegian Constitution, specifically the provision related to citizens' entitlement to be informed about the state of the natural environment and the effects of any planned or executed encroachment on nature, and the EU EIA Directive.

Furthermore, the plaintiffs contended that the PDOs were unlawful because the exclusion of Scope 3 emissions from the decision-making process violated the European Convention on Human Rights (ECHR), in particular the right to life (Article 2 ECHR) and to private and family life (Article 8 ECHR), both independently and in conjunction with a discriminatory impact on future generations (Article 14 ECHR). Indeed, another basis for the challenge was the failure to investigate and assess the long-term consequences of the petroleum developments for current and future children in Norway, violating Section 104, second paragraph, of the Norwegian Constitution and Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, both enshrining the best interests of the child.

In addition, the challenge cast doubt on the emissions forecasts underpinning the approval decision, for contradicting environmental law principles, as stipulated in Norway's Biodiversity Act governing all public decision-making actions (Section 9).

Overall, the Plaintiffs maintained that scope 3 emissions should have been assessed before the issuance of the three administrative decisions. The Ministry considered it sufficient that Scope 3 emissions had been assessed at a more general level by the Ministry, and that there was no requirement for them to be included in the EIAs.

The Ruling

In a historical ruling, the Oslo District Court deemed all three administrative decisions related to the PDOs in the North Sea unlawful. It based its decision on the legal requirement to subject Scope 3 emissions to an impact assessment, found in Section 4-2 of the Petroleum Act and Section 22a of the Petroleum Regulations, interpreted alongside Section 112 of the Norwegian Constitution. The absence of such an assessment in the challenged decisions contradicts the precedent set by the 2020 Norwegian Supreme Court's decision in [the first Norwegian Climate Case](#), where environmental organizations had maintained the Ministry violated the Norwegian Constitution while issuing ten oil and gas licenses for deep-sea extraction in the Barents Sea.

The Supreme Court had found that the licenses could not be reviewed, as they were based on a legitimate parliamentary decision. However, it also ruled that, at later stages of the field development, the combustion of Norwegian-produced oil or gas abroad shall be included in the impact assessment under Section 112 of the Norwegian Constitution [when this also causes damage in Norway](#). Moreover, the Court held that the authorities may have a right and duty to reject a PDO application if the situation at the production stage has become such that it would be contrary to Section 112 of the Norwegian Constitution to approve the extraction. Further, the Court offered a paradigmatic interpretation of the EU EIA Directive whereby governmental authorities are obligated to ensure that all emissions, including combustion emissions, are explicitly covered in the Environmental Impact Assessment (EIA). The court pointed to the obligation to include direct and indirect effects (Article 3, paragraph 1, EIA Directive), cumulative emissions, as well as “double materiality”, namely the impact of the project onto the climate, and the impact of climate change onto the project (Annex IV, point 5).

While the Energy Ministry had indeed modified the PDO approval rules in response to the Supreme Court's decision, it is evident that these changes were insufficient.

The Reasoning

Unlike the first Norwegian Climate Case, court review was more intensive here because the rules at issue were procedural, rather than substantive, and competence was be-

stowed on the Ministry, instead on the Parliament. This allowed for heightened judicial scrutiny. To explain why the building and operation activities in the three fields would cause damage in Norway and abroad, the Court largely cited the Intergovernmental Panel on Climate Change, Sixth Assessment Report, [scientific literature](#), [Norwegian policy documents](#), and expert testimony. Experts reported the magnitude of emissions from the sites, with Yggdrasil's warming contribution to the earth's climate alone being equivalent to 185 times Norway's current total annual energy production. Importantly, based on expert testimony presented in court, the decision incorporated the finding that cumulative emissions from the three petroleum fields would contribute to a 0.00023-degree Celsius increase in global warming.

The Court also scrutinized the Ministry's assessment that the fields in question would result in a net reduction of global emissions. This evaluation relied on a report by consultancy Rystad Energy, commissioned by the Ministry, suggesting that increased production from the Norwegian shelf would decrease global greenhouse gas emissions. However, only eight working days had been allocated for public comments on the report, and the Ministry neither considered nor apparently evaluated these comments, despite criticism from various independent [experts](#). After hearing experts from both sides, the Oslo District Court concluded that the Ministry demonstrated limited willingness and ability to ensure transparency, adversarial proceedings, and consideration of opposing viewpoints.

Additionally, the Oslo District Court highlighted a conflict of interests issue. The challenged decisions by the Ministry were based on a further report authored by Rystad Energy [two years earlier](#), then commissioned by the private sector, specifically the Norwegian Oil and Gas Association, in a peculiar sequence of events not unlike [previous controversial episodes on oil and gas licensing](#).

Regarding the human rights-based challenges, the Court found no legal obligation to consider the best interests of children in each individual decision regarding the PDO of petroleum activities. The decisions thus do not violate Section 104 of the Norwegian Constitution and Articles 3 and 12 of the UN Convention on the Rights of the Child. Nor did it find the decisions to contravene Articles 2, 8, and 14 of the ECHR, pending a challenge to the mentioned Supreme Court's decision [before the ECtHR](#).

The Ruling's Impact

The Court granted the application for a temporary injunction, preventing the state from making other decisions requiring valid PDO approval for Breidablikk, Yggdrasil, and Tyrving until the validity of the decisions is conclusively determined on appeal. The state was also instructed to reimburse the plaintiffs' legal costs. This favorably contrasts with the substantial sums that environmental NGOs often find themselves obligated to pay in Norway in environmental disputes, even as they contribute to clarifying the law. The decision thereby aids in reducing barriers to access to justice, addressing the prohibitively expensive costs of accessing courts in Norway, [seemingly at odds with the obligations set in the Aarhus Convention](#).

Although the Breidablikk field will continue production until its PDO expires, the immediate effects of the decision are apparent. Future administrative practices, as well as all approvals granted after the 2020 Supreme Court's decision, will have to align with the Supreme Court's ruling, until a prospective appellate judgement governs the matter differently. Additionally, the ruling could hold relevance for pending cases before other domestic and regional courts, notably the mentioned pending application against Norway concerning petroleum licenses before the ECtHR in matters concerning the right to environment, environmental judicial review, and/or EIA requirements. Importantly, the *North Sea Fields* decision heightens judicial dialogue on complex climate matters. Even though it downplayed the impact of comparative law in the hierarchy of legal sources in Norway, the court referred to decisions abroad, notably in the United States and Australia, where courts mandated the inclusion of extraterritorial emissions in EIAs.

Although the decision is subject to appeal, its import is historical. It marks the first occasion in Norway where the extraterritoriality of emissions is thoroughly considered for the approval of PDOs, and environmental organizations have succeeded in a court case by securing victories on both principled and remedial levels. It is also the first time that a first instance Court considered all evidence in a complex climate case and interlinks between several levels of governance, notably Norwegian and EU law. The Court's choice to highlight the problematic conflicts of interests as well as the reliance on the same reports and consultants between the Norwegian Energy Ministry and the interest organization for Norwegian oil and

gas is equally novel and promises expectations of enhanced transparency and diligence in identifying and using reliable evidence for administrative decisions.

Conclusive Remarks

While [this decision may not signal the demise](#) of Norway's petrostate policies, it certainly marks the court's active engagement with Environmental Impact Assessments (EIAs) as a tool for democracy and the rule of law. The court explicitly highlighted the significance of impact assessments in ensuring an informed and accurate foundation for decision-making. Impact assessments play a crucial role in amplifying diverse voices, evaluating opposing perspectives, and providing a transparent and accessible basis for decision-making. This is seen as a vital safeguard for democratic participation in decisions that impact the environment, in accordance with the Constitution (page 24 of the decision).

The decision also evidences that lower courts are operationalizing the Supreme Court's interpretation, particularly regarding Section 112 of the Constitution and EU EIA law. Nonetheless, the government is denying the immediate effect of the ruling and some legal voices have emphasized the decision's limited effects, with proposed solutions for the Norwegian state to [comply with the ruling within a two-month timeframe](#). However, adhering to the ruling requires more than procedural adjustments and will demand an attentive analysis of gross emissions, as well as a "hard look" at whether any net emission analysis is at all feasible. Such quick reactions align with a trait underpinning Norwegian legal culture, which recognizes a significant level of deference for the state and the principle of *raison d'état*, [even in climate cases](#). Truly, only time will reveal the appropriateness and role of the courts as legal "fireguards" in a world on fire.

The Oslo District Court's legal decision arguably signifies a step forward in [mobilizing the law](#) to enhance state compliance with constitutional, lower-level legislation, and EU law. Overall, the Oslo District Court's decision represents a courageous and much-needed constitutional renewal for Norway, where strong judicial review was established [second in history after the United States](#). Furthermore, it aligns with the procedural turn in judicial review, a trend since the early 2010s where procedural arguments, grounded in investigations, consultation inputs, facts, science, and procedure, are increasingly intertwined with constitutional and administrative reviews.

This [procedural turn](#), first hinted at in the United States, is applicable to both domestic and regional courts and spans constitutional and administrative review contexts.

In the broader context of a “reflexive approach” characterizing several contexts, which involves striking a ba-

lance among law, policies, and scientific expertise, this type of review is particularly apt for addressing such intensely scientific and [multilevel governance problems](#) as climate change.

Sarah Ganty, Eva Sevrin

Rule of Law Abnegated

The Illusion of Asylum Seekers' Rights in Belgium

doi: 10.59704/38a104c9caf0fef0



Multicoloured lights are illuminating the central square of Brussels with its traditional Christmas tree. The streets are filled with the smell of mulled wine from the Christmas market, the so-called *plaisirs d'hiver*. A few hundred meters from the *plaisirs*, on Boulevard Pacheco, are a mass of cardboard boxes. Under them cower dozens of asylum seekers, crushed by anguish and ignored by passing revellers. They have been denied material support by the Belgian government for months. It is the second winter that hundreds of asylum seekers will spend on the cold streets of Brussels. **More than 2700** of them are still without any material assistance and shelter. **869 of them** have a domestic court order recognising their right to reception, yet the Belgian government has consistently refused to implement them. As we demonstrate in this blog, this deliberate refusal to secure the human rights of migrants, especially where these are single males, is not only creating a humanitarian disaster in Belgium's streets but also undermines the *raison d'être* of Belgian democracy. While the government's actions have been condemned by human rights experts and courts alike, it is arguably reflective of a worrying wider trend in the EU of the impotence of the law to secure human rights for migrants.

A Rule of Law Crisis

Asylum seekers' right to receive material assistance is considered fundamental in [EU law](#) and [Belgian Law](#), in order for them to have effective access to international protection and to live in dignity. This right is recognised regardless of personal characteristics. Since 2021, Belgium has faced an increase of asylum applications: from 16,910 in 2020 (the low figure is explained by the pandemic) to 25,971 in 2021, 36,871 in 2022 and more or less the same number for 2023 (by the end of November, this figure was approximately 32,000). Nothing exceptional, especially if we look back to 2015 which saw 44,760 asylum seekers. What is exceptional however is that the Belgian government has willingly done nothing to solve what is a 'reception crisis' of their own making.

Indeed, since 2022, the Belgian government has been condemned more than **8500 times** by the national courts for its failure to abide by reception law; more than **1700 interim measures** were imposed by the ECtHR, which found in July that Belgium had violated the right to fair trial (Article 6§1 ECHR) in the *Camara case*. There remain **187 cases** with active interim measures applied as ordered by the Strasbourg Court. The cumulative periodic penalties ordered by the courts so far amount to **EUR 35,524,200**. The government continues to refuse to pay to the point that some pieces of furniture from the office of the Secretary of State for Asylum and Migration were seized, for only **EUR 119,623.94** so far.

The Belgian authorities' 'blatant refusal to comply with the injunctions of [their domestic courts] reveals 'a systemic failure [...] to enforce final court decisions concerning the reception of applicants for international protection', in the words of the Strasbourg Court (§§ 121 and 118), with detrimental consequences for the Rule of Law. By systematically ignoring thousands of court judgments, the Belgian government jeopardizes 'the fundamental foundations of the rule of law' (§59) and thus endangers the very *raison d'être* of Belgian democracy. This leads to a vertiginous situation of powerlessness as we know too well that '[w]herever law ends, tyranny begins, if the law be transgressed to another's harm' (Sect. 202). Such a Rule of Law defiance also hijacks the judicial systems as described by the [French division of the Brussels Labour Tribunal](#): Courts flooded by requests are unable to function properly. Worse still, there is a dramatic humanitarian situation behind this open Rule of Law defiance, cynically justified through the language of human rights which are turned upside down.

Using Human Rights Language to Deny Human Rights

Strikingly, since the ECtHR *Camara* judgment in July 2023, the situation on the ground has only **deteriorated**: the Belgian government has not shown any signs of compliance either with [national judgments](#) or with the EC-

THR's. Quite to the contrary. On 29 August 2023, Ms Nicole De Moor, the Secretary of State for Asylum and Migration, supported by the Prime Minister, Alexander De Croo, announced that single men seeking asylum would be automatically excluded from accommodation and material assistance. Two weeks later, the Council of State **ordered the suspension of the 'decision'**. However, Ms De Moor **maintained** that she did not intend to change the policy.

The resulting automatic exclusion of single male asylum seekers from accommodation facilities since August has been justified because they are deemed 'non-vulnerable'. This language is borrowed from human rights which tend to give an **enhanced protection to vulnerable groups, including in the case of migrants**. The use of 'vulnerability' markers by the Belgian authorities to justify the refusal of accommodation to single men is worrying since it robs an entire group of their legal claims and rights to reception and asylum. It makes the enjoyment of rights conditional on additional prerequisites not enshrined in law and fails to recognise the potential vulnerabilities of male applicants, as well as the inherent vulnerabilities of all asylum seekers. The deeply dehumanising effect of this is illustrated by a forty-year-old **asylum seeker**: 'First women and children, then the dogs. Only then the men. If someone attacks us at night, what should we say or do? We don't know anything or anyone here'.

A Dire Humanitarian Situation

The government's (in)action is generating an increasingly dire humanitarian situation, which has been decried by **UN Special Rapporteurs**, the **UNHCR** (even very **recently**) and **Dunja Mijatović**, the **Council of Europe Commissioner for Human Rights**, among others. The severity of it is underscored by the **Netherlands'** cessation of expulsions or transfers of single male applicants to Belgium under the Dublin framework, as this would **breach Article 3** of the ECHR and non-refoulement.

Asylum seekers denied accommodation are left to sleep in the streets, often in makeshift tents, **which are frequently destroyed by the police**, essentially eradicating all forms of shelter. In the absence of accommodation, asylum seekers are also more likely to be victims of **harassment and violence** (including robbery). Their personal belongings are taken or simply **thrown away**, threatening their asylum applications, as these belongings include essential documents. While some asylum seekers who are deprived of accommodation in reception centres

found refuge in **squats** (belonging to the State or private companies), evictions are commonplace. The lack of reception facilities also means that health problems remain under-detected **and** under-treated: a large number of asylum seekers developed skin disorders such as **scabies, digestive problems, musculoskeletal problems and mental health issues**. Several have been affected by outbreaks of **diphtheria**, among others.

Those in the street are mainly **Eritreans (28,5%), Afghans, Palestinians, Guineans and Syrians**. By contrast, it seems that no Ukrainian refugees have been left in the street and generally no reception crisis was experienced by them. It is further evidence that race and passports are central to how refugees are **differentiated**.

Importantly, the reception crisis also directly obstructs access to the asylum procedure. Adequate reception facilities are an essential aspect of fair and efficient asylum proceedings, and thus a prerequisite to guarantee access to international protection. The lack of accommodation not only has a negative impact on the asylum procedure, it can also suspend access to the procedure altogether. Asylum authorities **have stopped inviting asylum seekers** (mainly single men) who are denied accommodation, given the detrimental impact their dire living conditions would have on their interviews. Access to information on their procedure is also severely impacted.

The suffering of asylum seekers who are denied accommodation '**is only alleviated thanks to the invaluable work of Belgian NGOs**'. Yet, **Civil society** is increasingly stretched to beyond its limits trying to make up for the government's non-compliance.

(Im)possible Solutions

Nonetheless, according to Ms De Moor, the only solution to the humanitarian crisis is to '**reduce incoming flows**' (with the help of the EU). This ignores that more selective immigration policies through 'Fortress Europe' and militarisation of border controls are highly ineffective in stopping immigration backfire by **increasing irregular migration and dependence of migrants and refugees on smuggling**.

More importantly, it also ignores that there are, in fact, real solutions that could handle the ongoing humanitarian disaster in Belgium. Neither money nor infrastructure is lacking in this respect. **Detailed solutions and plans** have been on the table for more than a year. These include requisition of Civil Protection and Defence build-

dings and personnel, activation of a compulsory dispatch plan between [municipalities](#), activation of a financial aid distribution plan with the Public Centers for Social Action, mobilisation of available rooms in hotels and the requisition of all campsites and holiday resorts which become available at the end of the summer, finding sites to install an additional [600 container units provided by the European Union Agency for Asylum](#) (already two years ago) etc. The Belgian government has refused to implement these quite simple solutions and, failed, [at one point](#), to execute the national courts' rulings ordering [the lifting of the attribution of specific reception facilities](#) for individual files (which can only be done by the federal authorities) in order to allow applicants to access social welfare centres that can allocate an equivalent living wage.

A Piece in the Anti-Rule of Law Puzzle

The reason the crisis persists is due to a lack of political will combined with a flagrant denial of the Rule of Law. The current government's attack on the law is a new turn, especially given its centrist nature, the so-called *Vivaldi* coalition composed of liberals, socialists, greens and Christian democrats. In fact, this situation would have been unimaginable even under the much more right-wing and conservative Secretary of State for Asylum and Migration in 2015, when the law was observed.

This new turn is part of a wider trend in the EU whereby Member States tend to increasingly engage in open non-compliance with EU law and fundamental rights, es-

pecially in migration and asylum. This trend is reinforced by the fact that there 'is increasing evidence of unconcerned disregard for the rule of law at EU level' as argued by [Laurent Pech](#). Generally, abiding by the law appears to have become a matter of cherry-picking, at least when it comes to migrants. This renders [its corrective force no longer effective](#). This happens not only through the open repudiation of the laws implementing the fundamental values which undergird our democracy, such as the blatant disrespect for the Rule of Law evident in Belgium today. This anti-Rule of Law tendency also appears when the law is twisted to do [evil](#), which Ganty and Kochenov have termed [Lawlessness law](#). We know only too well that whether through the repudiation of the law or evil law, only human suffering can follow, and much beyond migrants.

There is, of course, a strategic political bet made by the Belgian government: elections will be held in June and they most likely hope that their openly anti-migrant stance will win them more votes, stealing a march on the ascendent far right. This is a dangerous bet, as we have seen with Belgium's [Dutch neighbour](#), for it ignores that those who are drawn to far right politics will not vote for what are seen as pale imitations thereof. We are still waiting for a political party in Europe which will gamble on an [honest story](#) about migration and offer a positive narrative, full of opportunity and solidarity, to counteract the anti-Rule-of-Law carousel. Ignoring thousands of Courts' judgments should never been an option.

Alice Donald, Joelle Grogan

Legislating fiction

doi: 10.59704/46f5c389feb3e330



MPS set to debate the Rwanda Bill

Members of Parliament in the UK will on [16 and 17 January 2024](#) debate the [Safety of Rwanda \(Asylum and Immigration\) Bill](#), which ‘gives effect to the judgement of Parliament that the Republic of Rwanda is a safe country’ for asylum-seekers. The [Supreme Court](#) unanimously ruled in November 2023 that Rwanda was manifestly *not* safe as asylum seekers sent to the country would face a real risk of ill-treatment due to insufficient guarantees against [refoulement](#). The Bill thus aims to use law to determine a factual situation for as long as the law is in force. This blog discusses the risks inherent in creating such a ‘[legal fiction](#)’ and how the Bill could be revised to mitigate this risk, before assessing the chances of it becoming law in the currently turbulent political context.

Ossifying a fiction in law

The Rwanda policy, [announced](#) in April 2022, would see some asylum seekers who arrive in the UK via illegal routes removed to Rwanda, where their claim would be processed within the Rwanda asylum system (i.e. not by British authorities). Refugees would be settled in Rwanda, not the UK, if their claim to status were successful. The [Illegal Migration Act 2023](#) legislates for the removal of asylum seekers to a safe third country. Of the [57 countries listed in the Act](#), the UK has only concluded an agreement with Rwanda.

In response to the Supreme Court judgment finding Rwanda to be unsafe, the [UK-Rwanda Treaty](#) was signed. The Treaty creates legally-binding safeguards that were not in the original [agreement](#) with Rwanda, including new first instance and appeal bodies in Rwanda. The Rwanda Bill [states](#) that every UK decision-maker – meaning the Home Secretary, courts and immigration officers when deciding on the removal of a person to Rwanda – must ‘conclusively’ treat it as a ‘safe country’. The Bill further states that courts ‘[must not consider](#)’ any challenge to a removal decision on the basis that Rwanda is not safe, or that there is a risk of refoulement, or that a

person will not receive fair consideration of their asylum claim in Rwanda.

A critical issue MPs must consider is the risk of cementing into law Rwanda’s designation as a ‘safe’ country, no matter what the evidence to the contrary now or in the future. The [Supreme Court](#) adduced a significant body of evidence, mainly from the UN refugee agency UNHCR, to conclude that Rwanda is not – presently – a safe destination for people claiming asylum. It [referred](#) to ‘serious and systemic defects in Rwanda’s institutions and procedures for processing asylum claims’. These deficiencies included Rwanda’s ‘past and continuing practice of refoulement’ in the context of a previous agreement with Israel, which in the view of the UKSC, required ‘changes in procedure, understanding and culture’ in Rwanda. Of particular concern was Rwanda’s 100% rejection rate of asylum seekers from countries such as Afghanistan and Syria – nationalities that are nearly always recognised as refugees in the UK.

To be clear, both sides agreed on the national and international legal obligations to which the UK is bound on the principle of non-refoulement. The Supreme Court did not find the policy of removing asylum-seekers to a third country unlawful, only that Rwanda is not *currently* a safe country to do so. The Court’s judgment, then, recognises the fluidity of conditions in Rwanda. Home Secretary James Cleverly also [acknowledged this changeability](#) when he noted in his response to the Supreme Court judgment that it was ‘made on the basis of facts from 15 months ago’

Here lies a [core concern](#) about the assertion that Rwanda is a safe country for people seeking asylum. The Bill as currently drafted forecloses any future assessment that the situation in Rwanda has changed – whether for better or worse. The inherent risk here is that this Bill, if enacted, would create a precedent for predetermining the safety of any country. If, say, a civil war broke out, a coup was staged, the country went to war with another, there were environmental disaster, or the situation severely

worsened for any other reason, then no matter the evidence provided, it would require another Act of Parliament to designate that country was no longer safe, or for MPs to repeal the measure, in order to suspend the operation of the policy. Indeed, it would be just as illogical to legislate that Rwanda – or any country – was not safe, since this assertion, too, may not withstand future evidence to the contrary.

Legislating a logical fallacy

Compounding this risk is uncertainty about *when* such a determination could reliably be made. There is a danger that the Bill could enter into force, and people could be removed to Rwanda, before safeguards guaranteed by the [Treaty](#) are fully functioning – or before they even exist. The timeline for the creation of the safeguards contained in the UK-Rwanda Treaty is unclear. The government's [policy statement](#) on the Bill issued on 12 December 2023 states that establishing the two new bodies for processing claims and appeals in Rwanda (the latter involving judges from other jurisdictions) requires the introduction of a new, domestic asylum law which Rwanda 'will pass ... in the coming months'.

The Treaty could be [ratified](#) in the UK as early as 30 January, assuming MPs do not vote to [delay](#) ratification. It is thus conceivable that the Treaty will be ratified, the Bill will pass through Parliament, and people begin to be removed to Rwanda, before these bodies exist and certainly before they have been functioning for sufficient time to determine the efficacy of their operation in practice.

When [pressed](#) on this concern by the House of Lords [International Agreements Committee](#), which scrutinises treaties laid before Parliament, Home Secretary James Cleverly stated that the government 'will not operationalise this scheme until we are confident that the measures underpinning the treaty have been put in place; otherwise, the treaty is not credible'. However, the [policy statement](#) appears to contradict this assurance as it says that, 'Once the treaty is ratified and the Bill passed, we can begin to operationalise the Partnership'. These statements could only be reconciled if the UK delays ratification of the Treaty, and any removals to Rwanda, at least until the Treaty mechanisms have been created, which Cleverly [did not commit to](#) in his evidence before the Committee.

Parliament as a decision-maker

By predetermining the question of whether Rwanda is safe, and also by excluding the possibility of judicial review, but for 'an [exceptionally narrow route to individual challenge](#)', the Bill would effectively preempt the decision-making process in almost individual cases. Even if, say, an Immigration officer or a court could be satisfied on the evidence that there was a risk of refoulement if an individual was sent to Rwanda, they would still be unable to make a decision against removal to avoid a breach of international law.

An essential question is whether Parliament *should* replace judicial and administrative decision-makers on the safety of a country for each and every individual. Even once the Treaty safeguards are up and running, is Parliament – and Parliament alone – best placed to determine their actual and (until then) potential effectiveness? As a matter debated in Parliament, it risks being framed as primarily a political question, whereas the safety of a country should principally be a factual matter based on empirical evidence, which is subject to change over time. The crossbench peer Lord Anderson, when [giving evidence](#) to the Lords, ventured that 'working out whether these arrangements are good enough is a very practical, fact-sensitive business. That is why, traditionally, these judgments are usually thought to be appropriate for a court, rather than for Parliament'.

Courts or administrative bodies are self-evidently a more appropriate forum for decision-making in individual cases: natural justice incorporating the principle of *audi alteram partem* requires that people should have the opportunity to challenge decisions which affect them for their legality. Making a blanket predetermination about Rwanda's safety excludes potentially thousands from such access to justice.

Could a balance be found?

The [current set of proposed amendments](#) to the Bill reflect not only the deep divisions between the main parties, but also within the Conservative Party itself, between those [arguing](#) that the Bill goes too far and those saying it does not go far enough in removing the UK's international obligations to protect refugee rights and excluding judicial scrutiny. It currently looks unlikely that amendments which would undermine the aim of the Bill will ultimately succeed. There are, however, a number of

amendments which could mitigate the problem of pre-termining the safety of a country for both the processing of asylum claims and the settlement of refugees while also aiming to balance competing political demands. We consider two possible changes here.

The first would be to **delegate** power to a government minister to assess, on an ongoing basis, the safety of Rwanda for refugees. Such a power would allow the relevant minister to begin the operation of the policy, and/or to suspend it through a form of secondary law called a **statutory instrument** [SI] without the need for Parliament to pass a new Act. The parliamentary oversight of such a power could be further enhanced through making the SI subject to the **negative procedure**, which would give Parliament a period of time to reject the SI confirming the safety of Rwanda before it comes into force.

The concerns of the Supreme Court could also be answered by enhancing the strength of the evidence required in the decision-making. The decision on the safety of Rwanda could be premised on whether the minister is satisfied that conditions have been met including, for example, fulfillment of the commitments laid out by Rwanda in the Treaty. A role could also be given to relevant expert bodies. For example, the minister could be required to obtain evidence from the UNHCR and the **Monitoring Committee** responsible for the oversight of the policy in Rwanda.

A second option for amendment to the Bill would be to introduce a **sunset clause** to the operation of the legislation, requiring Parliament to vote periodically on the continuation of the Act. This would ensure that parliamentary time would be allocated to regular consideration of the Act, as well as building in consideration of new evidence on the evolving safety of Rwanda as a destination for asylum-seekers.

Either of these amendments would reduce the problematic position of ossifying a position in the law, and recognise the need to reflect reality as it exists. Yet problems would remain. First, the problem would remain of seeking

to determine whether or not the Rwandan asylum system is, in practice, safe (i.e. functioning in accordance with the Treaty safeguards), which could only be tested *after* the new mechanisms have been created, people have been removed, and decisions at both the first instance and appeal stages have begun to be made. Second, periodic voting required by a sunset clause, and to a lesser extent delegating decision-making to a minister, still risks framing the safety of refugees as a political, rather than factual, matter.

Cornerstone to millstone

The Conservative Party has deliberately made the issue of immigration and asylum a battleground for the general election due within the next 12 months. Yet the Rwanda policy's continued troubles have turned a cornerstone of Prime Minister Rishi Sunak's '**five priorities**' into a millstone. The Bill has exacerbated an existing schism within the governing party, already leading to a ministerial **resignation**.

Meanwhile, the policy has been condemned as **lacking compassion**, and being both **impracticable** and **ineffective** as it is unlikely to deter irregular migration, as well as '**insufficient to overcome the concerns of [the UK] supreme court**'. Rwanda also **warned** the UK 'that they would not accept the UK basing this scheme on legislation that could be considered in breach of [the UK's] international law obligations'. The opposition Labour Party has committed to removing the Rwanda policy, and indicated that it will pursue an **alternative approach** should it come to power, as **polling** suggests.

But beyond electoral politics is the extent to which the Bill has again thrust **constitutionalism** and **rule of law** in the UK into the spotlight. The Bill seeks to overturn a decision of the Supreme Court. It frames the Bill as a response to courts usurping Parliament, when, in fact, the opposite is more accurate. Evidenced here, too, are the manifest rule of law issues provoked by using law to enact a fiction.

Joyce De Coninck

Shielding Frontex 2.0

The One with the Impossible Proof

doi: 10.59704/dd78417e1b8c5a76



When *WS and others v Frontex* came out in September of 2023, many of us working around questions of legal responsibility of Frontex for complicity in unlawful human rights conduct, were surprised by the brevity with which the General Court (GC) dismissed the action (see [here](#), [here](#), [here](#), [here](#) and [here](#)). The GC left open the question of if, when, and how independent or joint human rights responsibility would arise when Frontex is engaged in shared operational conduct with the Member States. The prevailing sentiment at the time appeared to be that the GC would have another opportunity to clarify these pressing questions in *Hamoudi v Frontex*. But again, the action is dismissed. This time not on the basis of an obscure re-interpretation of the Applicant's claim, but instead, on the basis of an unattainably high and unrealistic burden, standard and method of proof. In doing so, the General Court again eschews from clarifying the nature, conditions and consequences of both independent and joint human rights responsibility of Frontex. Taken together, these cases raise the question whether there are any viable forms of judicial recourse for fundamental rights violations committed or contributed to by the EU's Border and Coastguard Agency.

Facts and Ruling

In April 2020 Alaa Hamoudi arrived irregularly by boat from Türkiye on Greek territory in pursuit of asylum. Shortly after disembarkation, he claims to have been intercepted by the Greek authorities, who confiscated his cell phone and sent him back out to sea with 21 others, where he claims to have seen a Frontex-operated airplane on two different occasions tracking the movements of the boat he was on, described as “*a life raft without any means of propulsion*”. On the night of 28 and 29 April, Hamoudi and others were subsequently intercepted by the Turkish coast guard and taken into detention, where his passport was confiscated.

With this action, Hamoudi sought compensation for the damage incurred during and after the push-back ope-

ration in the Aegean sea. He attributes this damage to Frontex's alleged failure to comply with its fundamental rights obligations under the [2019 Frontex Regulation](#) and the Charter of Fundamental Rights, relating *inter alia* to the *non-refoulement* principle and the prohibition of collective expulsion. Applying the ‘*the but-for*’ test of causality (see [here](#)), and mindful of the two Frontex operations underway in the region at the time, the Applicant identifies Frontex as the “*true author*” of the push-back and claims that Frontex should additionally be held responsible for its “*aiding and assisting in the commission of the unlawful collective expulsion*”. The case thus presented the GC with an explicit opportunity to clarify the nature, conditions, and consequences of both independent *and* joint human rights responsibility of Frontex.

The GC clarified that in an action for damages there is no specific chronological order to follow when examining the cumulative conditions of unlawful conduct (1), actual damage suffered (2), and the causal link between the damage and the unlawful conduct (3), and subsequently embarks on its investigation of the ‘actual damage’.

Unfettered Production of Evidence

The GC first recalls its settled case law whereby damages will only be awarded insofar as the Applicant can adduce conclusive evidence of actual and certain damage, which cannot be assessed in the abstract, but instead “*in relation to the specific facts characterizing each case in point*”. This immediately raises an under-scrutinized but critical question in cases of alleged push-backs at sea: how to obtain evidence of what would be an illegal and covert operation? I can't help but wonder whether my own first instinct would be to meticulously document an ongoing push-back in the middle of the night, without the tools to do so, on a raft lacking propulsion capacity and without any certainty of survival.

Having provided a written declaration, a Bellingcat article concerning the events, and four photographs taken as screenshots from two YouTube videos recorded by third

parties as evidence, the General Court rejected it as being manifestly insufficient, noting that the witness statement lacked credibility and reliability, and that the Applicant is not identifiable in the photographic material. Specifically, the Court held that the witness statement is insufficiently specific as the Applicant could not recall the exact date during which the push-back transpired, that the Bellingcat article “*does not feature the applicant’s name*”, that in the videos of which screenshots were taken, the Applicant “*is not looking directly at the camera*”, and finally that “*it is not possible to establish the date or the location of the events concerned by the screenshots*”.

But how can this evidentiary burden ever be met? It is hardly plausible that the Greek Coast Guard or Frontex would voluntarily corroborate their complicity in a seemingly clear-cut violation of (customary) international law, that the 22 individuals onboard the vessel (including the Applicant) would all be sufficiently acquainted with each other beyond the confines of their shared experience, so as to corroborate each other’s experience years after the facts, and that the Applicant – not knowing that he was being filmed given the origins of the video material – would adequately pose for a video so as to be identifiable for future litigation should he survive the pushback.

The ongoing Frontex operations in the same geographical zone suggest a significant imbalance in the evidentiary burden borne by the Applicant when compared to that of Frontex. Essentially, the GC appears to be asking of the Applicant an ‘impossible proof’ (*‘probatio diaboli-ca’*), whereby what is demanded of the Applicant both in terms of individual experience and Frontex’s role therein, is simply impossible to prove given the material circumstances of the case. Conversely, Frontex – with two active operations in the region – was not called upon to prove or disprove the Applicant’s claims.

When facing specific evidentiary difficulties, or in situations where the defending State has access to information capable of corroborating or refuting the Applicant’s allegations, the ECtHR’s approach typically involves either sharing or reversing the burden of proof (see [here](#), [here](#), and [here](#)). *In casu*, the GC not only maintains the exclusive burden but articulates an unsustainably high *standard* and *method* of proof, not on par with the Applicant’s (vulnerable) status as an asylum seeker. Given the Charter-based allegations at stake – which correspond to provisions in the ECHR – it is striking that there is no engagement with the ECtHR’s case law and how the

respective evidentiary rules have developed in analogous cases, [in line with Article 52\(3\) CFR](#).

Unfettered Assessment of Evidence

Next, the GC elaborates on the principle of unfettered ‘*assessment*’ of evidence, following which the probative value of evidence is an exclusive prerogative of the Court. Accordingly, the document’s evidentiary value depends on its origin, creation circumstances, recipient, content, and overall reliability.

The document relied upon *in casu*, concerns the Applicant’s own statement. Here too, the GC dismisses the evidence as unreliable, on the basis of lacking specificity concerning the other individuals onboard with the Applicant, the fact that the Applicant didn’t remember the exact date of the push-back and that the Applicant’s statement was drafted only once the Applicant was being assisted by a non-governmental organization more than a year after the facts.

The Court’s rejection of the credibility of the evidence is striking on two counts, relating first to the practice of the ECtHR in analogous expulsion cases, and relating second, to studies on behavioral psychology, traumatology and the credibility of accounts provided by asylum seekers.

The ECtHR has typically held that the Applicant should be given the benefit of the doubt in the face of evidentiary uncertainty (see [here](#)). This aligns with the aforementioned approach whereby the ECtHR may reconsider the burden and subsequent standard of proof when an individual encounters difficulties in acquiring evidence and where governmental authorities have access to information not readily available to the Applicant capable of dispelling or corroborating the presented claims. In the Court’s order however, there is no explicit or implicit engagement with these considerations, including those consolidated under EU law, notwithstanding the fact that the case in essence concerns fundamental rights claims that correspond to fundamental rights under the ECHR and thus, in line with Article 52(3) CFR, should be interpreted in line therewith.

Secondly, bearing in mind that “*scientific studies in psychology and traumatology suggest that standard credibility criteria, such as behavior or the coherence and plausibility of statements are also deficient*” (see [here](#)), it is puzzling that such considerations (seemingly) did not factor into the evidentiary assessment by the Court. Stu-

dies in traumatology and behavioral psychology highlight that reliance on memory for the purpose of corroborating past events is challenging, including for asylum seekers, particularly as concerns recalling (for example) temporal information, proper names, and peripheral memories (see [here](#)). In addition, the impact of trauma and post-traumatic stress disorder in migration related cases, complexifies coherent and plausible memory recollection for asylum-seekers (see [here](#), [here](#), [here](#), and [here](#)) Bearing this in mind, the broad-strokes approach adopted by the Court in dismissing the credibility of the Applicant statement, appears hard to reconcile with both the ECtHR's practice on expulsion of asylum seekers, as well as (inter-disciplinary) work on asylum law and its interplay with psychology and traumatology (for additional discussions of credibility in asylum cases, see [here](#), and [here](#)).

Looking Beyond Hamoudi

Taken on its own, the case merely provides room to ruminate on evidentiary standards, which may appear rather trivial. The case becomes more problematic however, when assessed in tandem with *WS and Others* on the one hand, and in relation to other (unsuccessful) applications lodged against Frontex on the other hand. Frontex's human rights record has been subjected to pervasive criticism (see for the most recent examples [here](#), [here](#) and [here](#)). Yet, attempts to hold Frontex to account in Luxembourg are largely unsuccessful.

In both *WS and others v Frontex*, as well as *Hamoudi v Frontex*, the General Court was presented with the opportunity to provide clarification on the cumulative conditions of causation, unlawful conduct, and damage that must be met in an action for damages. Yet, in both cases, the General Court sidestepped any substantive appraisal of Frontex's involvement in alleged unlawful human rights conduct. In *WS and others v Frontex*, the Court sidestepped the question of how causation (and attribu-

tion) should be determined in operational action concerning both Member States and Frontex, by conflating the conduct of both actors, and concluding that the test of causation connecting unlawful conduct to Frontex cannot be met. Clearer rules on joint liability would arguably prevent the Court from sidestepping substantive appraisals of whether Frontex's conduct amounted to a violation of its human rights obligations. In *Hamoudi v Frontex*, the Court sidestepped the question of unlawful conduct and actual damage, focusing instead, on an extremely stringent – impossible – standard and method of proof.

There are a number of – some even understandable – reasons for the Court's apparent reticence to engage with a substantive appraisal on the matter, but the urgency for interpretation and clarification on the nature, the conditions and the consequences of legal responsibility of Frontex for alleged complicity in human rights abuses, cannot be overstated. There have been transparency cases lodged against Frontex albeit without much success (see [here](#), and pending case [here](#)), there have been two unsuccessful actions for failure to act (see [here](#) and [here](#)), and now after *WS and others v Frontex*, another unsuccessful action for damages in *Hamoudi*.

So, what explains these unsuccessful cases: is it truly that the degree of Frontex involvement simply does not meet the thresholds for fundamental rights responsibility? Or are we dealing with reasons of a more systemic nature, shielding Frontex – and EU entities more generally – from findings of human rights responsibility? All eyes are on the Court of Justice in handling the appeals of these cases, mindful of the right to an effective remedy and the EU's 'complete system of remedies'. But while we wait, it may be worth considering that there may be [something amiss with the EU's human rights responsibility regime tout court.](#)"

Gertrude Lübbe-Wolff

One-sidedly Staffed Courts

A Problem of Impartiality – not only in Poland

doi: 10.59704/6808508fe66e5698



In Poland, the new parliamentary majority elected on October 15 is confronted not only with a president brought into office by the PiS party but also with a constitutional court made up exclusively of judges elected under the aegis of PiS. Any effort to restore the rule of law in the Polish judiciary is likely to meet resistance from these veto players. The difficulties to be expected for the new majority in dealing with the rule of law deficiencies that have piled up in the Polish justice system, and especially in the Polish Constitutional Tribunal since 2010 (on these difficulties [here](#), pp. 227 ff., and [here](#)) draw attention to an underlying problem to be witnessed not only in Poland, and not only in other countries where democracy and the rule of law have deteriorated or never existed: the problem of courts, and in particular constitutional courts, with a blatant lack of political balance in their composition. This is a little-noticed but very serious problem – as long as the political and regulatory conditions on which the one-sided composition is based persist, and, as the Polish case now makes clear, even after these political conditions have changed.

Individual and systemic impartiality

This problem is usually – if at all – discussed in somewhat misconceived terms, as a problem of judicial independence (see below). As a consequence, the appointment of justices by parliament and/or other political organs attracts criticism as being in itself detrimental to the independence of judges. However, as can be observed in many constitutional courts (including supreme courts with constitutional review powers) around the world, the appointment of judges by political bodies is by no means incompatible with judicial independence. Some forms of political appointment may pose a specific risk to independence. This is notably true for unchecked appointments of judges and court presidents by heads of state,

which are prone to result in the appointment of cronies or even people with skeletons in the closet who are, therefore, susceptible to pressure. Nevertheless, there is no problem with political appointments *per se*. Politically one-sided court compositions, by contrast, are a bad thing *per se*. The problem with them is not a problem of independence. A one-sidedly composed court may as a matter of fact be insufficiently independent, as well, but that is far from being a necessary consequence of its judges being politically appointed, or of its unbalanced composition. What one-sidedly composed courts lack *per se* is not independence but structural or systemic impartiality. The issue here is not the presence or absence of particular biases of individual judges, i.e. the question of individual judicial impartiality, but the fact that the panel as a whole lacks the balance that is necessary to ensure that the values, prejudices, selective attentions, etc. that each individual judge brings to the table do not, by virtue of numerical preponderance or even a complete lack of competing views, result in a jurisprudence predictably swinging in favour of or against certain sides of the political spectrum.

A court that lacks systemic impartiality may, over and beyond that, be staffed with judges who are individually biased and do not maintain the distance from political actors that is to be expected of independent judges, as was and is at least partially the case with the Polish Constitutional Court.¹ But that's another matter. These deficits must first be distinguished from one another. There are connections between the two: dependence always impairs impartiality (as the Consultative Council of European Judges rightly points out [here](#), pp. 4 f.). Conversely, however, completely independent judges can nevertheless be individually biased, and a panel of completely independent judges may lack systemic impartiality due to its unbalanced composition.

¹Concerning the behaviour of the incumbent president of the Constitutional Tribunal, Julia Przyłębska, see, e.g., Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, pp. 67 ff.; Ploszka, [here](#), pp. 54 f.

Independence and impartiality - abstract explanations in the case-law of the ECJ and the ECtHR

In the case-law of the European courts, systemic impartiality has not, so far, been explicitly identified as such and as a violation of the impartiality requirement of the European Convention on Human Rights or the European Treaties.

According to the ECJ, judicial independence “has two aspects to it”, an external and an internal one. Impartiality is presented as the internal aspect of independence: “The second aspect, which is internal in nature, is linked to impartiality and seeks to ensure that an equal distance is maintained from the parties to the proceedings and their respective interests with regard to the subject matter of those proceedings. That aspect requires objectivity and the absence of any interest in the outcome of the proceedings apart from the strict application of the rule of law”.² The juxtaposition of external and internal aspects seems unfortunate – after all, both independence and impartiality are about the relationship to outsiders and their perception of the court, but also have an intra-personal “aspect”. Treating impartiality as an “aspect” of independence is not conducive to insight, either, because it does not shed light on the – asymmetrical – connection between independence and impartiality described above. Instead, it obscures the possibility of partiality existing despite full independence. This possibility is inappropriately excluded by definition: If impartiality is to be an “aspect”, i.e. an element or sub-category, of independence, then partiality by definition impairs independence, and conversely, finding a court independent in this conceptual framework implies that it is also impartial.

Whether the ECJ’s cited abstract explanation of the concept of impartiality covers systemic impartiality is not quite clear. A clue is provided in the court’s finding that “Those guarantees of independence and impartiality require rules, particularly as regards the composition of the body and the appointment, length of service and grounds for abstention, rejection and dismissal of its members, in order to dispel any reasonable doubt in the minds of in-

dividuals as to the imperviousness of that body to external factors and its neutrality with respect to the interests before it”.³ This standard has not yet been specified with regard to the problem of systemic impartiality in the case-law of the court, although there would have been proper occasions. Accordingly, one might assume that in postulating rules for the composition of a court apt to dispel any doubts as to neutrality, the ECJ did not intentionally address systemic impartiality. Nevertheless, whether intentionally or not, systemic impartiality is obviously covered by that standard, objectively. It can hardly be denied that a constitutional court made up exclusively of exponents of a certain political colour may give rise to “reasonable doubts” about its “neutrality with respect to the interests before it”.

According to the ECtHR, the impartiality required by Article 6(1) ECHR is to be determined on the basis of a subjective and an objective test. The subjective one concerns the possible bias of a particular judge in a given case, while the objective one is to ascertain “whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality”.⁴ According to explanations of the so-called objective test, this test is supposed to be about objective facts that raise doubts about the impartiality of an individual judge, and it usually concerns hierarchical connections between the judge and other protagonists in the proceedings.⁵ Whatever the shortcomings of these attempts at conceptual clarification – the explicit statement that the composition of the court is relevant to the question of impartiality should nevertheless qualify to be taken seriously.

In the case-law of both courts, however, there is a lack of clear, imperative standards for what is required in this respect, and that is no coincidence.

Precautions against systemically biased court compositions

The state of affairs at the national level is an impediment to the evolution, in international and supranational law, of a strict and concrete postulate that courts must be

²ECJ, *Judgment of 19/11/2019, C-585/18 et al.* par. 121 ff. (quoted passages from par. 121,122); cf. also *Judgment of 29/3/2022, C-132/20*, par. 95, with further references.

³ECJ, *Judgment of 19/11/2019, C-585/18 et al.* par. 123; *Judgment of 29/3/2022, C-132/20*, par. 119; cf. also *Arrêt de la Cour of 21/12/2023, V-718/21*, par. 61, each with further references.

⁴See ECtHR, *Judgment of 7/9/2023, Appl. Nos. 43627/16 and 71667/16*, par. 56, with further references.

⁵ECtHR (fn. 5), par. 59 f., with further references.

structurally impartial in the sense described above. At the national level, institutional precautions against systematically biased courts are often absent, even in many democratic, rule-of-law-abiding states. It is one of the problems of many constitutional courts – worldwide, including in Europe, and also in the EU – and one of the causes of frequent dysfunctions and political conflicts over constitutional jurisdiction, that their country has no provisions, or no reasonably reliable ones, even against grossly one-sided appointments. Besides instances of complete absence of plurality safeguards, there are various institutional designs which tend to promote a certain political plurality in court appointments. In some of these, one can see an expression of normative convictions, at least the expression of a sense that complete party-political or other ideological homogeneity should be avoided. However, all these precautions are only effective to a limited extent and only under certain conditions that do not necessarily prevail in practice.

Limited judicial terms of office, for instance, may help to avoid long-lasting one-sided court compositions by allowing new appointments at shorter intervals. Compared with, say, lifetime appointments without an age limit, as for the US Supreme Court, they make it more likely that democratic change, resulting in varying political colours of heads of state, parliamentary majorities etc., will bring about plural appointments. Involving different constitutional organs, be it in a split model (with different organs each appointing part of the judges) or in a cooperation model (each candidate needs the support of at least two organs), or in various combinations of the two (details [here](#), p 162 ff.), also increases the chance of getting at politically plural court compositions. Arrangements of this type may originally have served the purpose of ensuring a balance with respect to the representation of interests of different organs (“powers”) of the state, but they also make it more likely that exponents of different political parties will play a part in the selection of judges. However, it is also possible that the various organs with a say in the appointment process are staffed or dominated by the same party or party coalition, and this may remain so for a longer period, even up to the point of a comple-

te or almost complete renewal of the bench in question. Pierre Joxe, for example, reported that during his entire nine-year term of office (until 2010) at the French *Conseil Constitutionnel*, he was the only one of the appointed judges who had not been brought into office by former president of the republic Jaques Chirac or his political comrades heading the two chambers of parliament.⁶ Attempts to produce sufficient political pluralism on the bench by means of staggered appointments often fail because there is no sufficient political change in the composition of the appointing constitutional bodies over time and/or because no sufficient precautions have been taken against a collapse of the envisaged rhythm of reappointments due to premature terminations of terms of office (death, resignation etc.) or as a consequence of blockages in the appointment procedure (more details [here](#), pp. 173 ff.). Sometimes, the rules are even designed to have judicial terms of office run parallel and thus to have the entire court composition renewed simultaneously at term’s length intervals (examples [here](#), pp. 172, 179), and sometimes, this is at least an effect of the relevant design. In the Czech Republic, for example, the entire bench of the Constitutional Court has long been renewed mostly in the same year at ten-year-intervals, with few exceptions only, and to this day, new appointments come concentrated in few, mostly neighbouring years (see appointment data of incumbent and emeriti justices on the court’s website, [here](#) and [here](#)).

That is, of course, not conducive to politically pluralist appointments unless, in the case of Czechia, the President of the Republic, who is entitled to nominate, and the Senate, which must confirm the nomination by a simple majority, happen to exercise their powers in a distinctly non-partisan manner.⁷ Thirteen of the fifteen Czech seats on the Czech Constitutional Court are or were up for reappointment this year and next year. The incumbent President of the Republic, who was elected this year, has established an advisory body to recommend candidates to him and, among other things, to ensure diversity of opinions. He has also invited various institutions to submit proposals. It remains to be seen whether this change, which apparently increases transparency and entails cer-

⁶Joxe, *Cas de conscience*, 2010, p. 160 with fn. 1. Besides the appointed members, there were (and still are) the former presidents of the republic as ex officio members (*membres de droit*). During Joxe’s term, one of the two only ones who actively sat was Chirac himself. On phases of one-sided composition of the *Condeil constitutionnel* cf. also Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, 2021, pp. 485 f., par. 507.

⁷On that subject, see Kosař / Vyhnánek, in [this book](#), pp. 119 ff., 130, und Šipulová, in this one, pp. 32 ff., 35.

tain informal self-commitments but is nevertheless controversial (see [here](#)), will result in a balanced composition of the Court.

A more or less far-reaching shift of selection competencies to recommending, exclusively proposing or even conclusively selecting bodies such as judicial councils and the like can also be found in many other countries. Involving a council or board, preferably one with a dominant share of members from the judiciary, in the selection process is propagated as an instrument for the depoliticisation of the selection of judges and an associated increase in the independence of judges, and it may of course also contribute to political pluralisation. However, it is anything but a reliable means to these ends. It often disguises political influences – which, incidentally, can emanate not only from political organs but also from judicial and other actors –, and it exacerbates dependencies within the judiciary. Moreover, the more binding the influence of such bodies is, the more it raises problems of democratic legitimacy, especially in the case of constitutional courts (for more details, see [here](#), pp. 210 ff.).

Qualified majority requirements for the election of judges, as provided for in Germany (two-thirds majority requirement, Sect. 6 II 2, Sect. 7 [FedConstCtAct](#)) and many other countries – sometimes only for a portion of the judges elected by multi-member bodies –, are probably the most helpful devices. But even they can fail to secure balance, be it because the qualified majority requirement relates to too small a proportion of the judges, be it due to blockades to which it may lead in the absence of a sufficient [fallback mechanism](#), or be it because a dominant party or ruling party coalition is able to fulfil an applicable qualified majority requirement without involving the opposition, as has, for instance, repeatedly been the case in Hungary due to an electoral law allowing compositions of parliament which poorly reflect voters' preferences. Norms aiming to have the political composition of parliament reflected in the judiciary, as they exist in Switzerland in some cantons and, as a respected convention, on the federal level, have a sufficiently pluralising effect only in a multi-party system without large political coalition bloc formations, not to mention the fact that in the current phase of increasing political polarisation, mere conventions are increasingly coming under pressure.

Soft law and the - not just soft - prohibition of regression

International practice thus reveals a widespread sense of the need for political plurality in the composition of the highest courts. However, even higher-quality constitutional democracies (for rankings/categorisations see, e.g., [here](#), and [here](#), pp. 10 f.) do not share strict abstract standards with respect to this, let alone more detailed standards for the relevant institutional design. For the time being, such standards and designs can therefore hardly be developed by international and supranational courts, which cannot at will decouple their interpretation of abstract rule of law norms from the legal convictions prevailing in the respective member states or contracting states. Moreover, the above examples show that the appropriateness of legal frameworks to ensure a balanced composition of constitutional courts is highly context-dependent. Strict and uniform detailed standards, therefore, don't make sense.

What is discernible, however, is 1) an emerging soft law which identifies the balanced composition of apex courts deciding constitutional issues as a desideratum of constitutional court organisation and 2) a ban on regressions in this regard, especially where an overall assessment indicates that these are aimed at political capture of the respective court.

The Venice Commission, a Council of Europe institution which advises member states on constitutional issues and is ascribed the function of developing soft law (see Grabenwarter, in [this book](#) pp. 527 ff., 540), advocates institutional precautions “reducing the risk of one faction dominating the CC” ([here](#), par. 24, regarding staggered appointments). It welcomes regulatory devices “ensuring to achieve a degree of heterogeneity and pluralism and greater balance in representation” (sic, [here](#), par. 35, regarding term limits; for a more general discussion of the balance desideratum, see [here](#), pp. 156 ff.) and preventing even appearances of dependence which may arise where such balance is absent (“so that the judges are seen as being more than the instrument of one or the other political force”, [here](#), sect. 4.3.1, regarding qualified majority requirements for the election of judges).

Following the “velvet revolution” in Armenia, the Venice Commission even found the legislative aims of securing “pluralism and greater balance in representation” and a better reflection “of the changing political and so-

cietal views of the society” (*sic* the analysis of the advantages of term limits) by way of introducing retroactive term limits for constitutional judges (who had formerly been appointed for lifetime up to retirement age) important enough to justify certain departures from the principle of irremovability of judges. The Commission therefore did not altogether reject a reform which introduced a twelve-year term limit and shortened the tenure of incumbent judges of the Constitutional court accordingly. Under the given circumstances, where the introduction of term limits would otherwise have taken a long time to become fully effective, the Commission did not rule out any shortening of terms of office but only demanded a transitional period that would allow balance between the principle of irremovability against the legitimate aims of the reform (see in more detail [here](#), par. 27 ff., 52 f.). This was an amazingly generous concession to the interest voiced by the Armenian government in having the reform take effect soon, because it lacked context-sensitivity. The Venice Commission made no effort to investigate whether the situation in Armenia was such as to make the reform urgent enough to justify some putting aside of a principle as important as that of the irremovability of judges. In fact, the composition of the Armenian Constitutional court had been one-sided, but – here I have to differentiate my presentation of the matter in the German version of this blog post, following a valuable [commentary](#) added by Ashot Poghosyan – possibly *only in the sense* that the new parliamentary majority that had come to power with the “velvet revolution” was not yet represented on the court, and the Venice Commission never analysed whether and why this was unacceptable, nor how much time it would have taken to reach an acceptable balance without encroaching upon the principle of irremovability, nor whether the new rules were likely to produce more acceptable results in the given situation.

In a yet more amazing [decision of 21 November 2023](#) in the case of *Alvina Gyulumyan and Others*, the ECtHR has driven the licence to discard the principle of irremovability even further, finding nothing reprehensible in the shortening of judicial terms of sitting Armenian constitutional judges although Armenia had not even abided by the Venice Commission’s recommendation to pay respect to the irremovability principle by providing for a period of transition balancing that principle against the legitimate

reform interest. Armenia had instead decided to leave it at ending the terms of all sitting judges after twelve years in office. Again, context does not seem to have mattered: The court quotes the Venice Commission’s praise of limited terms as a means to “achieve a degree of heterogeneity and pluralism and greater balance in representation” (par. 55 of the decision, with par. 35 of the Venice Commission’s opinion) as well as its praise of the introduction of a three-fifths majority requirement for the election of constitutional judges (*ibid.*, with par. 45 of the VC opinion), and it emphasises the legitimacy of the aim “that the high democratic standards concerning the independence of the Constitutional Court ... produced their effects as soon as possible” (par. 77) without either explaining why and how shorter terms of office contribute to enhancing judicial *independence* (of all things!)⁸ or considering reasons for a need to make the reform immediately effective. Instead, the ECtHR contents itself with the “concern for achieving the right balance” which the Armenian authorities had manifested by asking “questions to the Venice Commission”, although no heed was paid to the answer (par. 78). Following the guidelines to be reaped from this decision, a new parliamentary majority might as well “reform” the lifetime appointment (until retirement at 70) of constitutional judges in Austria in favour of a twelve-year term to the immediate effect that more than half of them would have to clear the bench because they have been in office for more than twelve years. Had the Court properly addressed the issue of systemic impartiality, it might have occurred to it that, considering the specific context, it is by no means clear that the Armenian reforms have improved the situation in that respect. While the welcomed three-fifths majority requirement could do nothing to secure pluralism on the Constitutional court, given that the new parliamentary majority of Nikol Pashinyan’s “Civil Contract” that had come to power in the wake of the velvet revolution has from the outset, i.e. from the election of 9 December 2018 on, been larger than three fifths (see [here](#) and [here](#)), the immediate entering into force of the shortened judicial terms, without a transition period, has by now enabled the new majority to elect six of the nine judges of the Constitutional court (see judicial bios on the [court’s website](#)). Whether this can be counted as progress towards impartiality that justifies the sacrifice of tenure stability remains to be discussed, to say the

⁸This categorisation is obviously due to the mingling of independence and impartiality discussed above and exemplifies the misleading potential of that conceptual choice.

least. At any rate, the ECtHR decision in the *Gyulumyan* case can certainly *not* count as progress towards clarification of the systemic impartiality issue.

A requirement that constitutional courts should not be politically one-sided and that the framework conditions should counteract one-sided appointments in a reasonably reliable manner has not yet become established to the extent that it can be identified as a hard normative standard of the ECHR or EU law. However, where legal convictions are developing in a certain direction, they can at least gain legal significance as standards concerning the direction of change. And in view of complexities and context dependencies that make uniform, context-free hard standards appear appropriate only within narrow limits, an assessment of the overall situation can at least make it possible to identify certain manoeuvres as clearly contrary to the rule of law in a given context.⁹ Context-sensitivity and directional control are also adequate ways to take account of the fact that balance in the composition of courts is a question of degree and that the ideal, let alone the institutional means to achieve it, can hardly be determined with any degree of precision.

With regard to the Disciplinary Chamber (now renamed and restructured, see [here](#), with further references) of the Polish Supreme Court, for instance, the ECJ found that the fact that the National Judicial Council, which is involved in the appointment the members of this chamber, “is, for the most part, made up of members chosen by the legislature cannot, in itself, give rise to any doubt as to the independence” (which, in the terminology of the EJC, includes the impartiality) of the judges appointed, but that it may raise such doubts in combination with other circumstances, such as, *inter alia*, the fact that the rules on the composition of the Judicial Council had recently been changed to the effect that the 15 members previously elected by their peers were now elected by a legislative body, and that the Council in its new composition therefore consisted almost exclusively (23 out of 25 members) of persons appointed by the Polish executive and legislature whereas formerly the majority of its members had been elected by the judiciary (ECJ, [judgment of 15/7/2021, C-791/19](#), par. 103 f., with further references). Shortened terms of office for Council members were also identified as contributing to the negative overall picture (*ibid.*, par. 105 f.). In an overall assessment taking these and other

changes into account, the Court did not consider the independence and impartiality of the Disciplinary Chamber preserved (*ibid.* para. 112, 147). Legal classifications might have been more distinct and more differentiated in this judgment, especially with regard to impartiality and, in particular, systemic impartiality, and regrettably, the court did not explicitly address the most obvious problem, i.e. the complete lack of precautions against politically one-sided appointments. As a consequence, it also failed to take note of the fact that precisely this problem was exacerbated by the shortening of terms of office. Nevertheless, it is obvious that the significant deterioration in the framework conditions for a politically balanced composition was one of the reasons why the Court was not convinced of the “neutrality” of the Disciplinary Chamber “in relation to the conflicting interests” (*ibid.* par. 112; on the overall assessment of circumstances, including their changes, in relation to the Judicial Council and the Disciplinary Chamber, see also ECJ, [judgment of 22/3/2022, C-508/19](#), par. 74 ff.; [judgment of 19/11/2019, C-585/18 et al.](#), par. 142 ff.; for the relevance of the direction of change cf. also [judgment of 5/6/2023, C-204/21](#), par. 286).

In a similar vein, the ECtHR found that the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court does not meet the requirement of an independent and impartial court within the meaning of Article 6 I 1 ECHR ([judgment of 22/7/2021, no. 43447/19](#), par. 270 ff., 284; see also [judgment of 6/10/2022, no. 35599/20](#), par. 192 ff. 215, and [judgment of 6/7/2023, no. 21181/19 and 51751/20](#), par. 340). All in all, the ECtHR has focused more one-sidedly on the independence of the Polish Judicial Council from political influence as the underlying deficit and, in contrast to the abstract definitions discussed above, remains less productive *in concreto* with regard to the question of systemic impartiality. Like the ECJ, however, the ECtHR also takes into account contexts and directions of development in complex matters and where not clear, hard standards have as yet evolved (see above text with fn. 9).

With regard to the justice system, the ECJ has attached an even more decisive relevance to the direction of change. To quote [Advocate General Collins’ opinion of 15/12/2022 in joined Cases C-181/21 and C-269/21](#): “It is settled case-law that Article 19(1) TEU precludes national provisions relating to the organisation of justice

⁹ On both these aspects cf. also Chapter in [this book](#), pp. 363 ff. (370 ff.), with further references.

which reduce, in the Member State concerned, the protection of the value of the rule of law, in particular guarantees of judicial independence“ (par. 54; cf. ECJ, judgment of 20/4/2021, C-896/19, par. 65, with further references). Misleading paraphrases¹⁰ notwithstanding, this prohibition of regression obviously includes regressions to a state that does not in itself run counter to judicial independence or other “values of the rule of law”. If it were otherwise, the prohibition of regression would be superfluous because in every case of its applicability a violation of the relevant value of the rule of law could be established regardless of the direction of change.

Ban on regressions concerning systemic impartiality

Without any doubt, the postulated prohibition of regression also applies to safeguards of judicial impartiality, which is one of the central “values of the rule of law”. Therefore, it seems reasonable to assume that it is not

necessary to write the German two-thirds majority requirement for the election of constitutional judges into the Basic Law, as has often been demanded in order to protect it against backlash in case of a populist takeover. The abolition of this requirement, at least if it were carried out without replacement by equally effective other precautions to avoid systemic bias on the Federal Constitutional Court, would be contrary to the prohibition of cutting back the protection of this European constitutional value.

This is an English update of the [German version](#) published on 30 November. Minor changes relate mainly to the situation in Armenia and to assessments of that situation by the Venice Commission and by a decision of the ECtHR that was published on 7 December (see section “Soft law and the – not just soft – prohibition of regression“ below).

¹⁰See the following passage from judgment of 7/9/2023, C-261/21, par. 69, according to which Member States are “required to ensure that, in the light of that value, any regression of their laws on the organisation of justice is prevented, by refraining from adopting rules *which would undermine* the independence of judges” (italics added).

Sven Hölscheidt

Ein Blockierer als Vorsitzender

Ungarns Rolle im Rat der Europäischen Union

doi: 10.59704/08a25759ba8b6bcb



Ungarn übernimmt am 1. Juli 2024 den Vorsitz im Rat der EU. Das stößt auf Widerstand, denn zentrale Teile von Ungarns Verfassungspolitik **stehen mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht im Einklang**. Das Land gilt in Europa als Außenseiter und Quertreiber, es betreibt eine Blockadepolitik und ist u.a. wegen der Verletzung fundamentaler Grundsätze der EU einem **sog. Art. 7-Verfahren** ausgesetzt.¹ Zuletzt hat Ungarns Ministerpräsident auf dem Dezember-Gipfel des Europäischen Rates erneut seine Fähigkeiten als Veto-Spezialist unter Beweis gestellt. Und solch ein Land soll den Ratsvorsitz übernehmen? Rechtlich lässt sich das kaum verhindern, denn der Vorsitz ist gemäß dem Primärrecht festgelegt und kann Ungarn ohne Rechtsverstöße nicht entzogen werden. Politisch wäre ein Entzug unklug, weil Ungarn ihn zum Anlass nähme, weniger kompromissbereit zu sein.

Ratsvorsitz Ungarns

Dieser Ratsvorsitz (Art. 16 Abs. 9 EUV) beginnt zu einem wichtigen Zeitpunkt, denn vom 6. bis 9. Juni 2024 finden die 10. Direktwahlen zum Europäischen Parlament statt (Art. 14 Abs. 3 EUV; Direktwahlakt). Im Juli 2024 muss sich das EP konstituieren (Art. 11 Abs. 3 Direktwahlakt), im Anschluss daran einen Kommissionspräsidenten wählen und der Kommission als Kollegium zustimmen (Art. 17 Abs. 7 EUV). In dieser Zeit ist der Ratsvorsitz sehr gefordert. Die Aufgaben des Vorsitzes ergeben sich aus dem Primärrecht und seiner Geschäftsordnung (Art. 240 Abs. 3 AEUV). Grob zusammengefasst ist es Aufgabe des Vorsitzes, die Arbeit des Rates zu organisieren und zu leiten. Dabei ist er zur Neutralität verpflichtet. Er muss als „ehrlicher Makler“ eine Vermittlerrolle ausüben und Kompromisse finden. Der Vorsitz soll für Harmonie sorgen und nicht seine eigenen Interessen in den Vordergrund stellen. Das Land, das den Vorsitz innehat, leitet grundsätzlich alle Ratsformationen, mit Ausnahme der Formation

„Auswärtige Angelegenheiten“.²

Das EP hat Anfang Juni 2023 mit großer Mehrheit eine sehr kritische Entschließung zu Ungarn gefasst.³ Es hebt die Bedeutung des Ratsvorsitzes hervor und stellt gleichzeitig infrage, wie Ungarn den Vorsitz glaubwürdig wahrnehmen könne. Das Land halte EU-Recht und die in Art. 2 EUV verankerten Werte nicht ein. Hierzu zählen u.a. die Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Rechte von Minderheiten. Außerdem verletze es den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, nach dem sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig achten und unterstützen, wenn sie die Aufgaben erfüllen, die sich aus den Verträgen ergeben (Art. 4 Abs. 3 EUV). Das EP „fordert den Rat auf, so bald wie möglich eine angemessene Lösung zu finden.“ Weiter weist es darauf hin, es könnte „geeignete Maßnahmen ergreifen“, wenn eine solche Lösung nicht gefunden werde. Mit „angemessener Lösung“ kann nur gemeint sein, Ungarn zumindest für den vorgesehenen Zeitraum den Vorsitz zu verweigern. Ginge das überhaupt oder wäre es „völliger Blödsinn“, wie die ungarische Justizministerin meint?

Festlegung des Vorsitzes

Den Vorsitz im Rat (Art. 16 Abs. 9 EUV) legt der Europäische Rat (Art. 15 EUV) mit qualifizierter Mehrheit durch Beschluss fest. Er wird „nach einem System der gleichberechtigten Rotation“ wahrgenommen. Das gilt für alle Zusammensetzungen des Rates, mit Ausnahme des Rates „Auswärtige Angelegenheiten“ (Art. 16 Abs. 4 EUV; Art. 235 Abs. 1, Art. 238 Abs. 2, Art. 236 Buchst. b) AEUV). Dort rotiert der Vorsitz nicht (Art. 18 Abs. 3 EUV). Unmittelbar nachdem der Vertrag von Lissabon im Dezember 2009 in Kraft getreten ist, hat der Europäische Rat den Vorsitzbeschluss auf der genannten Rechtsgrundlage einstimmig gefasst und die Vorsitzstaaten bis 2030 festgelegt. Der Beschluss folgt der Tradition der Team-

¹Entschließung des EP vom 01.06.2023, P9_TA(2023)0216.

²Ziegenhorn, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, August 2023, Art. 16 EUV Rn. 73 f.; FAZ, 31.5.2023, S. 5.

³Oben Fn. 1.

, Troika- oder Triovorsitze: Jeweils drei Staaten teilen sich die Arbeiten des Vorsitzes; ein Staat hat allerdings formell sechs Monate den Vorsitz inne. Bei der Zusammensetzung des Teams werden die Verschiedenheit der Staaten und das geographische Gleichgewicht berücksichtigt.⁴ Mit dem Vorsitz Spaniens in der zweiten Hälfte des letzten Jahres hat der Teamvorsitz mit Belgien und Ungarn begonnen. Den Vorsitz im nächsten Team hat Polen (was nach dem Regierungswechsel nicht mehr problematisch werden dürfte).

Änderung des Vorsitzes

Der Vorsitzbeschluss ist nicht in Stein gemeißelt, der Europäische Rat kann ihn ändern. Zuletzt geschah das, weil Großbritannien aus der EU ausgetreten ist. Von dem primärrechtlich vorgeschriebenen System der gleichberechtigten Rotation darf der Europäische Rat allerdings nicht abweichen. Deshalb ist es grundsätzlich nicht möglich, Ungarn den Vorsitz gänzlich zu entziehen oder ihn erst zu einem nicht absehbaren Zeitpunkt zu gewähren. Eine solche Sanktion könnte aber wohl verhängt werden, nachdem der Europäische Rat einstimmig in dem Art. 7-Verfahren festgestellt hat, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch Ungarn vorliegt (Art. 7 Abs. 2 EUV). Denn in diesem Fall kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließen, bestimmte Unionsrechte des betroffenen Mitgliedstaats auszusetzen (Art. 7 Abs. 3 EUV).⁵ Problem: Es ist nicht absehbar, wann das vor einem halben Jahrzehnt gestartete Verfahren zum Abschluss kommt. Deshalb dürfte Ungarn der Vorsitz nicht zu nehmen sein.

Blendet man aus, dass es um den Problemfall Ungarn geht, ist das Ergebnis zu begrüßen, weil die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen zu achten hat (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV). Damit ist die statusrechtliche Gleichheit gemeint, sodass die Union verpflichtet ist, das Unionsrecht diskriminierungsfrei anzuwenden.⁶ Mit dieser Rechtslage ist es wohl kaum zu vereinbaren, einen Mitgliedstaat beim Vorsitz zu übergehen. Das geschähe zu ersten Mal und schüfe infolgedessen einen Präzedenzfall. Unschöne Diskussionen darüber, ob ein Mitgliedstaat geeignet ist, den Vorsitz zu übernehmen, könnten

die Folge sein.

Allerdings hat das EP seine Forderung nach einer „angemessenen Lösung“ nicht an den Europäischen Rat (Art. 15 EUV), sondern an den Rat (Art. 16 EUV) adressiert. Es wird in den Medien auch der Vorschlag diskutiert, dass Spanien und Belgien ihre Vorsitze jeweils drei Monate länger ausüben als vorgesehen, sodass Ungarns Vorsitz entfiere. Damit verstießen die beiden Staaten bzw. der Rat allerdings gegen den Vorsitzbeschluss, brächen also Recht. Das wäre keine angemessene Lösung. Außerdem würden solche Manöver sehr wahrscheinlich die Kompromissbereitschaft Ungarns schwächen. Auf diese Bereitschaft ist die EU zumindest bei allen Entscheidungen angewiesen, die Einstimmigkeit erfordern, und das sind viele (Art. 15 Abs. 4 EUV).⁷ Dass es durchaus gelingen kann, Ungarn zum Einlenken zu bewegen, zeigt das Beispiel des Dezember-Gipfels des Europäischen Rates. Ungarn hat den einstimmigen Beschluss, Beitrittsverhandlungen mit der Ukraine zu beginnen (Art. 15 Abs. 1, Art. 49 EUV) dadurch ermöglicht, dass sein Ministerpräsident auf Hinweis von Bundeskanzler Scholz den Sitzungssaal vor der Abstimmung verlassen hat.

„Geeignete Maßnahmen“ des Europäischen Parlaments?

Könnte das EP selbst „geeignete Maßnahmen“ ergreifen, um gegen den Vorsitz Ungarns zu opponieren? Erwogen wird, dem Ratsvorsitz die Zusammenarbeit bei der Gesetzgebung zu verweigern und dem ungarischen Ministerpräsidenten Orbán Hausverbot zu erteilen. Nur wird das EP gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig und übt gemeinsam mit ihm die Haushaltsbefugnisse aus (Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV; Art. 314 Abs. 1 S. 1 AEUV). Es steht nicht im Belieben des EP, ob es diese Befugnisse wahrnimmt. Das zeigt schon die indikative Formulierung der Vorschriften. Außerdem bestimmt das Primärrecht ausdrücklich, dass die Organe loyal zusammenarbeiten (Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV). Deshalb wäre es rechtswidrig, wenn sich das EP der Gesetzgebungsarbeit verweigern würde. Obstruktion durch Nichtstun ist unzulässig. Hinzu kommt, dass der Rat das Recht hat, vom EP gehört

⁴Ziegenhorn (oben Fn. 2), Art. 16 EUV Rn. 73.

⁵Näher zu den Sanktionsmöglichkeiten Schorkopf, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, August 2023, Art. 7 EUV Rn. 43.

⁶Schill/Krenn, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, August 2023, Art. 4 EUV Rn. 8.

⁷Auflistung bei Meisel, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, August 2023, Art. 15 Rn. 40.

zu werden (Art. 230 Abs. 3 AEUV). Maßgeblich dafür ist die Geschäftsordnung des Rates. Sie legt fest, dass der Rat vor dem EP vom Vorsitz vertreten wird.

Fazit

Die EU wird den Ratsvorsitz Ungarns aushalten müssen, denn er steht Ungarn gemäß dem Primärrecht zu.

Ihn zu entziehen wäre überdies politisch unklug. Und so schlimm wird der Vorsitz schon nicht werden: Immerhin hat die EU es auch überstanden, dass Frankreich die „Politik des leeren Stuhls“ betrieben hat und trotz seiner Ratspräsidentschaft 1965 allen Sitzungen ferngeblieben ist. Mehr Boykott geht nicht.

Zoltán Szente

Too Little, Too Late

Four Reasons Why EU Sanctions against Hungary Do Not Work

doi: 10.59704/5be61141f4c771f2



All signs indicate that the various procedures and instruments invented and used by the European Commission to improve the situation of the rule of law in Hungary have so far not been successful: the Article 7 TEU procedure, launched at the initiative of the European Parliament and which could lead to the suspension of a country's voting rights in EU institutions in the event of a systemic breach of the rule of law, has been frozen for years; the European Commission's monitoring reports on the situation of the rule of law in the member states, including Hungary, prepared under the so-called Rule of Law Mechanism, which have always indicated serious problems in this country, have been consistently denied by the Hungarian government. Then, in 2022, the European Commission suspended several payments from the Cohesion Fund and the Recovery and Resilience Fund until Hungary had met the so-called horizontal conditions and 27 milestones respectively; but freezing these funds has not made significant progress in restoring the rule of law so far. In fact, apart from a few sham measures, democracy and rule of law, in their simplest definitions (the possibility to overthrow the incumbent government through free and fair elections, and the limitation of political power by law) are in a worse situation in Hungary today than when the various mechanisms for protecting the rule of law were launched or payments were suspended.

Why have the tools used by the European Union so far proven ineffective? Finding the causes of a complex phenomenon is never easy, but the experience of recent years makes it possible to identify some that can explain this failure.

Delays and Mismanagement

The first reason is the delay in sanctions (which are not really sanctions, but merely the result of conditionality conditions of payments, setting conditions whose compliance should be self-evident for a EU member state). The procedure under Article 7 TEU was only launched in autumn 2018 and it was already known that it could ta-

ke years. By that time, the populist Orbán government, based on its constitution-making majority in Parliament, had already adopted a new constitution, and no less than seven amendments to it, transformed the whole legal system, and put all state bodies under political control, with the exception of the supreme court (which was captured a year later). When the Article 7 procedure started, the country had already gone through two unfair parliamentary elections (in 2014 and 2018), which gave the government full power in both constitutional and political terms. As such, when some payments were suspended in 2022 following the conditionality procedure, the authoritarian system had already been fully established.

In fact, the EU institutions have mismanaged developments in Hungary all along; already in 2013, after the flagrant Fourth Amendment of the 2011 Fundamental Law, it was clear that what was happening in Hungary was not a "rule of law deficit", but a definite and one-way development to establish an autocracy. This could not be obscured by the characteristic of modern populism, which maintains the appearance of constitutional democracy and formally preserves the institutional system of checks and balances. The true nature of the changes in Hungary was highlighted by dozens of independent organisations and commentators. It was probably easier to believe that only rule of law shortcomings were the problem than to face the systematic construction of a modern autocracy in a member state. The last five years (and eight more before that) have not been enough for the EU to see and understand what is happening in the middle of Europe; formally, it is still only being examined whether there is a systemic threat to the rule of law. This framing is increasingly difficult to understand, given the capture of all state institutions, including the highest judicial forums, three successive unfair parliamentary elections, the total instrumentalisation of the constitution and the legislature, almost four years of a state of emergency, and the ongoing campaigns and restrictions on the rights of members of certain vulnerable groups (e.g. migrants, gays). This can-

not be explained away by the fact that it has required a political decision based on a consensus: what kind of democratic political decision-making system is it that, for more than ten years, has failed to recognise the ongoing, step-by-step erosion of democracy?

A Tepid and Limited Response

The second reason is that the European Commission's activities have remained limited. First, it limited itself to making objections (waiting for the emerging autocratic regime to restore the rule of law). Later on, it imposed only formal, institutional-procedural conditions that can be easily met by legislation for the government which has an overwhelming parliamentary majority. Formal guarantees of institutional independence are worthless if the institutions concerned are invariably run by people loyal to the ruling party. Moreover, while the selection, immunity and conflict of interest rules as well as the guarantees of institutional autonomy can be effective under normal circumstances, they can have a counterproductive effect in the case of captured state bodies, because they protect those who are already in possession. Some scholars (Scheppele et al.) and independent NGOs have already shown that some requirements set by the EU, such as anti-corruption measures, did not help and in some cases even made things worse. In such a situation, formal measures only serve to legitimise the autocratic exercise of power.

What is more, expecting changes in formal law-making to improve the situation is a bizarre idea in a country where the government has, through a constitution-making majority and a permanent exceptional (emergency) power, a constitutional omnipotence and where, therefore, it can make or break any law whenever it wants.

Unserious Sanctions

The third reason is that the EU itself has not taken its own sanctions seriously.

In the very same week that the European Commission decided to release €10.2 billion (about a third of the frozen amount), saying that the Hungarian government had successfully met a number of conditions, the government majority passed the so-called [Sovereignty Protection Act](#). This law, reminiscent of dictatorships, allows for the public stigmatisation of any organisation or in-

dividual for threatening Hungary's sovereignty, by a government agency that has unlimited access to any personal data and against whose decisions there is no appeal. As the whole public media and a large part of the media market is a propaganda tool of the government, a nationwide smear campaign can be organised against anyone – something the government has a wealth of experience in, as the ongoing nationwide campaign against von der Leyen shows ([see here](#)). Some argued that the 'Sovereignty Protection Authority' will have no power to impose legal sanctions. But why should it have such sanctioning power if anyone can be discredited by a concerted smear campaign triggered by this authority? This new public body will be headed by a front-line pro-government propagandist who was editor-in-chief of the magazine that a few years ago listed the so-called 'Soros agents' as public enemies ([here](#)).

What is more, in the same week, the Hungarian State Audit Office, which has been serving the government's political goals for more than ten years, announced, based on obviously false arguments, that it was withholding a significant part of the budgetary support for the opposition parties. It is hardly fair to have an election in which the financial resources and media appearances of the opposition politicians are extremely limited, while the government can use all public funds for its own campaign, and where the voters have been hearing about the opposition betraying the country for years, day and night, and about the government that alone can save the country.

Many commentators think that when the EU Commission decided to pay out part of the suspended funds, the rule of law conditions were sacrificed in order to prevent Hungary from vetoing the start of accession negotiations with Ukraine in the EU Council in December 2023 ([Pavone](#)). If this is true, what about the rule of law? Then does the EU Commission still credibly represent its values?

The Essence of Orbán's Regime

The fourth reason why the use of the EU toolbox, including the blocking of the payment of EU subsidies to Hungary will not lead to the restoration of the rule of law, or at least to an improvement in its situation, is the very essence of the Orbán regime. The current political and constitutional system is indeed a 'system', with established power relations, patronage and legal order. Its maintenance in its current form cannot be imagined with independent institutions and autonomous decision-making

centres. The suspension of a significant part of EU funds has serious consequences for the government, but even more serious would be the abandonment or loss of its power positions. It cannot risk this, so it centralises everything and keeps them under political control. For an autocracy, external resources are extremely important; but not so important that it would dismantle its own institutional foundations and the positions it has already acquired for them.

Of course, the authoritarian transition in Hungary since 2010 is not the responsibility of the European Union, nor can it be expected to restore the rule of law in this member state. Nevertheless, this does not mean that the EU has no responsibility for the current situation or its future development. The current modern autocratic regime could not have been built in Hungary without EU subsidies and the benefits of EU membership. Indeed, the release of some of the frozen subsidies is a huge boost for the Orbán government ahead of this year's EP and municipal elections. Thus, the government can now campaign with the message that the Hungarian government was right after all in the debate with the EU institutions, and that the EU has now recognised that there is no problem with the situation of the rule of law in Hungary.

What Now?

While it is true that Hungary has not been honouring its commitment to upholding the EU's values for some time, the European Union also claims to be a community of democracies of the member states, a commitment which it seems to be unable to fulfil today. But then, what can the EU do now, in this situation? As far as Hungary is concerned, not much really. Expelling the country from the European Union is not legally possible ([de Búrca](#)), nor would it be desirable for anyone.

For these reasons, the chances of the EU making any significant changes to improve the rule of law in Hungary are now slim. In this country, the autocratic transition has probably gone too far and may therefore persist for a long time (the Horthy era between the two wars lasted 24 years, the Kádár regime after 1956 lasted 32-33 years). But the EU – and the member states – can learn from the Hungarian case. The lesson may be that respect for fundamental values in the member states is not unconditional and is not guaranteed forever, and that they should therefore always be insisted upon in all circumstances (that's why they are called 'core' values). The EU has already paid a high price for its failings, and not just a symbolic one: it can no longer claim to be a community of exclusively democratic states. But it must endeavour to become one again, and today, unfortunately, even to avoid becoming an alliance of hybrid regimes.

Lola Avril, Emilia Korkea-aho

Time to talk about academics' role in Qatargate

doi: 10.59704/90f3509673e8577f



Two years ago, we discussed the problems associated with [revolving doors](#) at the European level on this platform. One year ago, [Qatargate](#) was on the agenda. This 'gate' could not have come at a worse time, because just months prior investigative journalists had exposed Uber's aggressive lobbying in Europe. The [Uberfiles](#) involve an ongoing investigation into former Commissioner Neelie Kroes' hidden revolving door position with Uber.

Confronted with a slew of 'gates' that challenge the legitimacy of EU decision-making and the ethics of its politicians and staff, EU institutions rushed to propose a series of reforms to prevent future scandals. These include [European Parliament President Roberta Metsola's 14-point plan](#) presented in February, [the Commission's proposal for a new EU ethics body](#) in June, and [the new draft directive on the transparency of foreign country lobbying](#) in December. Additionally, [academic proposals](#) (see also [here](#)) have also fed into the debate on the reforms to be undertaken.

We could discuss in detail the causes and consequences of these scandals, what they teach us about the state of European democracy, and the [inadequacy of the reforms undertaken](#). Instead, we have chosen to redirect our focus inward, contemplating the broader scholarly community. We believe this introspective analysis is what EU institutions should have done, rather than hastily shifting to the technicalities of reform proposals. Since we cannot probe the soul of EU institutions, we conduct soul-searching closer to home.

First, we acknowledge that academics share responsibility for perpetuating this seemingly never-ending cycle of new scandals, quick political fixes, and academics and integrity watchdogs shooting down the proposed solutions (deservedly so in many cases), all the while preparing for the imminent restart of the cycle.

Second, we contend that a reboot of scholarship on two fronts is imperative and, if not as crucial as implementing recommended reforms, important nevertheless. On the one hand, there is a need for increased research

into aspects such as lobbying, revolving doors, and conflicts of interest. On the other, our lack of ambition in envisioning alternatives to transparency is a shortfall. We have settled for transparency as the default position to safeguard and foster political integrity, but a more imaginative approach may yield better results.

The state of scholarship on law and democracy

Drawing generalisations about the state of scholarship is challenging and somewhat risky, but we are willing to take that risk. With nearly two decades of combined research on lobbying and revolving doors, we dare to assert that the state of scholarship in this realm is uneven.

While there is a considerable amount of research on lobbying and interest group politics, the focus on revolving doors is notably less intense and incomplete: scholars tend to study circulations from the public to the private sector, leaving other types of circulations (private to public, European to national, national or European to international and so on) understudied. Even scarcer attention is given to moonlighting – where political or administrative actors hold two jobs simultaneously – and conflicts of interest more broadly. Furthermore, questions related to the regulation of these three activities remain underexplored.

Why focus on these three activities in particular? The importance of these activities becomes evident when considering the most recent 'gate', Qatargate. It is a corruption scandal, but lobbying, revolving doors, and moonlighting have all been brought to the fore, prompting the EU to attempt tightening the rules governing them. Unlike corruption, which is defined and punished by criminal law, the three activities operate in an area where the boundary between necessary and unwanted, desirable and avoidable, legal and illegal is vague, contextual and often drawn on a case-by-case basis, underlining the need for research.

However, not only is there a scarcity of research, but the existing research is also fragmented along disciplina-

ry lines. Political scientists often conduct research on lobbying, revolving doors and other similar matters, leaving legal scholars underrepresented in these domains. This division hampers the exploration of crucial aspects such as regulation, institutional design, and the independence of monitoring authorities.

The academic research on law and democracy also conveniently piggybacks on the work done by NGOs. For example, transparency organisations diligently scrutinise lobbying registrations, gather information on dubious entries, and submit their findings to the Transparency Register Secretariat, as reported in [the 2022 Annual Report](#). Transparency organisations also sift through MEPs' financial declarations and monitor Commissioners' post-mandate jobs.

Academics often criticise the public sector for neglecting its regulatory duties and outsourcing transparency implementation tasks to NGOs. It is true that, at times, it seems the public sector has forgotten that transparency demands material resources such as staff, and the availability of dedicated staff ultimately depends on public finances managed by the public sector.

While EU institutions should acknowledge that transparency is not a low-cost policy option, calculate its real costs, and be prepared to foot the bill, scholars of law and democracy should also play their part by contributing to research on the implementation of transparency measures – an area where transparency organisations have often toiled away, undisturbed.

Beyond transparency

Two years ago, we expressed caution about the potential impact of the proposed EU ethics body. After numerous discussions, the Commission released on 8 June 2023 a [proposal for an inter-institutional ethics body](#). The proposal seems to place an excessive reliance on transparency obligations to establish a virtuous circle and bring about transformative practices. In a political landscape where public regulators, corporations, and lobbyists are intricately connected, mere “transparency” about influence and lobbying activities is insufficient. We reiterate our cautious stance.

The problem lies deeper. Over the past two decades, “transparency” has emerged as the primary tool in upholding public integrity. Lobbyists are urged to voluntarily register on the Transparency Register, and Commissioners, their Cabinet Members, and post-Qatargate MEPs

are obligated to maintain meeting diaries. These measures depend on the belief that transparency will create a robust incentive for initiating positive dynamics and altering the behaviour of all actors in the European decision-making process, whether public or private.

While acknowledging the democratic value of transparency, particularly in allowing NGOs, journalists, and researchers to scrutinise EU institutions and hold them accountable, its transformative potential in the realm of public ethics has been overly emphasised and too closely associated with the work conducted by NGOs in elucidating the findings of transparency. This may partly stem from a misguided belief in full or “fishbowl” transparency. Merely dumping data and declaring “look here!” is not practical. Transparency needs to be made meaningful and relevant to the public, and as highlighted above, it does not come cheap.

As a policy instrument, transparency is also tricky, because it easily becomes an end in itself rather than a means to achieve integrity. This can lead to situations where we aim at transparency for the sake of transparency. Obsession with transparency may also lead individuals or organisations to prioritise managing their public image rather than addressing underlying issues that necessitated greater transparency in the first place.

Transparency has become a convenient solution for academics, including ourselves. The disciplinary fragmentation of research also contributes to the poverty of the solutions proposed, and the difficulty of moving away from transparency as an incentive to public ethics. In our writings and public commentaries, we have often recommended transparency.

As noted by the dean of Yale Law School, [Heather Gerken](#), a similar tendency exists in the US, where scholarship does not “try to ensure that every American gets a lobbyist. Lobbying reform, then, focuses almost entirely on questions of disclosure and transparency”. There has been little interest in engaging with broader distributive and equality issues associated with lobbying and revolving doors. It is essential for us to question and explore these dimensions beyond the transparency paradigm.

Conclusion

It may seem a bit exaggerated to contend that academics play an enabling role and are complicit in the various issues currently afflicting EU institutions. Undoubtedly, the primary responsibility for effecting change and pre-

venting future Dalligates, Uberfiles and Qatargates lies with the EU institutions themselves. However, if academics only spring into action with recommendations when a new scandal of public integrity erupts, we inadvertently contribute to a form of research that Alexander Somek calls the “committed followership” research. Such research is triggered by a court case, something it eagerly awaits, much like the anticipation we all feel when waiting for the release of a new iPhone.

Public integrity and democracy, though not always

the most glamorous topics beyond their solemn exterior, demand sustained attention both from political scientists and legal scholars. While there may be few court cases and legislative texts, along with limited forums for discussing evergreen EU topics like direct effect and primacy or integration theories, it is hypocritical for us to criticise EU institutions for not taking our recommendations seriously if we fail to maintain a research interest in lobbying, revolving doors, conflicts of interest, and similar matters beyond the immediate waves of scandals.

Yves-J. Manzanza Lumingu, Lena Rudkowski

Private Rechtsetzung und fragile Staatlichkeit



Menschenwürdige Arbeit im globalen Süden durch europäische Lieferkettenregulierung?

doi: 10.59704/03b5721dd3860690

Mit der Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) will die EU europäische Unternehmen für die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf Umwelt und Menschenrechte in die Pflicht nehmen und so vor allem die Lebens- und Arbeitsbedingungen im globalen Süden verbessern. Wo staatliche Rechtsetzung und -durchsetzung nicht effektiv genug sind, um Umwelt, Menschen- und Arbeitnehmerrechte zu schützen, sollen private Unternehmen mit eigenen Regelwerken Mindeststandards setzen. Die Praxis zeigt jedoch, dass sie kein Ersatz für eine funktionierende Staatlichkeit sind. Die CSDDD übersieht, dass die tatsächlichen Rahmenbedingungen gerade in jenen Ländern des globalen Südens, in denen eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen besonders nötig wäre, auch die Wirksamkeit von Lieferkettenregulierung mindern.

Hintergrund der CSDDD

Spätestens der Einsturz des Fabrikkomplexes „Rana Plaza“ in Bangladesch im Jahr 2013 hat der Öffentlichkeit vor Augen geführt, dass die Lebens- und Arbeitsbedingungen vieler Menschen in den globalen Lieferketten europäischer Unternehmen unwürdig sind. Betroffen ist nicht nur Asien mit der Textilindustrie. Der Blick fällt auch auf Lateinamerika und vor allem auf Afrika, das etwa mit Gold und Kobalt wichtige Rohstoffe für die digitalisierte Welt fördert. Während die Lieferketten globalisiert sind, liegt die Verantwortung für die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Menschen vor Ort bei denjenigen Nationalstaaten, auf deren Territorium die Arbeitsleistung erbracht wird. Dieser Verantwortung werden die Staaten jedoch in sehr unterschiedlichem Maße gerecht.

Um insbesondere die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Menschen im globalen Süden zu verbessern und den Unternehmen zugleich einen Beitrag zum Klima- und Umweltschutz abzuverlangen, regelt nach verschiedenen nationalen Vorläufern nun auch die Europäische Union

Sorgfaltspflichten für die Lieferketten. Die CSDDD, auf die sich jüngst Parlament und Rat geeinigt haben ([Pressemittteilung](#) vom 14.12.2023), gibt den Mitgliedstaaten vor, größere Unternehmen u.a. für die Arbeitsbedingungen bei ihren Zulieferern in die Pflicht zu nehmen.

Negative Auswirkungen der geschäftlichen Tätigkeit des Unternehmens auf Umwelt und Menschenrechte sollen vermieden oder, falls sie auftreten, beseitigt werden. Dafür setzt die CSDDD, wie das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), auf Unternehmensorganisationspflichten, etwa Verhaltenskodizes und Präventionspläne, kurzum: auf Risikomanagement.

Überblick über die CSDDD

Auf den ersten Blick bringt die CSDDD im Verhältnis zum LkSG eine deutliche Aufwertung der Menschen- und damit auch der Arbeitnehmerrechte. Ihr Anwendungsbe- reich ist deutlich weiter gefasst als der des LkSG. Während das LkSG seit dem 1. Januar 2024 für alle Unternehmen mit Sitz in Deutschland gilt, die in der Regel mindestens 1000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs. 1 LkSG), wird die CSDDD Unternehmen mit Sitz in der EU mit im Schnitt mehr als 500 Beschäftigten und einem weltweiten Nettoumsatz von mehr als 150 Mio. EUR im letzten Geschäftsjahr erfassen. Auch Unternehmen mit Sitz außerhalb, aber Geschäftstätigkeit innerhalb der EU werden unter weiteren Voraussetzungen in den Anwendungsbe- reich der Richtlinie einbezogen. Entgegen der ursprünglichen Entwürfe ist der Finanzdienstleistungssektor derzeit noch vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausge- nommen.

Außerdem sieht die CSDDD als wesentliche Neue- rung im Verhältnis zum LkSG vor, dass bei Verletzung der gesetzlichen Präventions- oder Abhilfepflichtungen durch das Unternehmen eine zivilrechtliche Haftung greifen muss. Das LkSG dagegen enthält keine spezielle Haftungsnorm (s. vielmehr § 3 Abs. 3 LkSG).

In der Sache folgt die CSDDD einem Ansatz, der auch dem LkSG zugrunde liegt. Neben den Unternehmensorganisationspflichten sieht sie Standardsetzung durch die Unternehmen vor. Die verpflichteten Unternehmen sollen nicht nur innerhalb ihrer eigenen, ohnehin der deutschen bzw. europäischen Rechtsetzung unterliegenden Geschäftsbereiche für die Einhaltung der Sozial- und Umweltstandards sorgen, sondern ihre Markt- und damit Verhandlungsmacht als Abnehmer von Rohstoffen und Vorprodukten nutzen, um ihre Zulieferer in vertraglichen Vereinbarungen zur Gewährleistung von Umwelt- und Sozialstandards anzuhalten. Zudem sollen sie ihre Zulieferer verpflichten, die Standards wiederum an die nächsten Zulieferer weiterzugeben. Die Mindeststandards, so das Konzept, sichern auf diese Weise bis an den Beginn der Lieferkette durch. Private Standardsetzung und -durchsetzung tritt damit an die Stelle staatlicher Rechtsetzung und -durchsetzung.

Gerade dieser Ansatz aber ist bei näherem Hinsehen problematisch, und auch insgesamt verpasst die CSDDD die Gelegenheit, Lehren aus den Schwächen bereits vorhandener Regelwerke zu ziehen.

Rechtliche Schwächen der CSDDD

Dies beginnt bei den Standards für Arbeitsbedingungen, die sie den Unternehmen vorgibt. Welche Mindestarbeitsbedingungen in den Lieferketten genau zu gewährleisten sind, bleibt nach einem Blick in die CSDDD eher unklar: Sie nimmt vor allem Bezug auf völkerrechtliche Übereinkommen. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass sich aus diesen Übereinkommen bestimmte Mindestarbeitsbedingungen ergeben, die Privaten hinreichende Orientierung bieten – dies ist aber in weiten Bereichen nicht der Fall. Die völkerrechtlichen Übereinkommen richten sich ihrer Natur nach an ihre Unterzeichnerstaaten, denen sie nur einen ungefähren Rahmen für eigene hoheitliche Tätigkeit ziehen. Um als Orientierung für das Handeln Privater zu dienen, sind daher die meisten Übereinkommen in wesentlichen Bereichen zu unbestimmt. So bleiben die für die Arbeitsbedingungen zentralen Arbeitsschutzstandards im Vagen, und auch das Verständnis der von den Unternehmen zu schützenden Koalitionsfreiheit variiert international deutlich. Selbst in Ländern, die das europäische Menschenrechtsverständnis übernommen haben und ein dem europäischen Rechtsbestand vergleichbares Arbeitsrecht aufweisen, die DR Kongo sei hier als Beispiel genannt, ist zu beobachten, dass unterschiedliche

Vorstellungen darüber bestehen, was menschenwürdige Arbeit ausmacht und welche konkreten Arbeitsbedingungen damit stets zwingend eingehalten werden müssen.

Daneben kann der Regulierungsansatz, die Unternehmen an der Spitze der Lieferkette gleichsam als Ersatzgesetzgeber Mindeststandards für die Zulieferer setzen zu lassen, nur funktionieren, wenn die jeweiligen Unternehmen auch eine entsprechende Verhandlungs- und Marktmacht haben, die Bedingungen in Vertragsverhandlungen durchzusetzen. Dies muss aber nicht immer gegeben sein. Vielmehr gibt es Vorprodukte und Branchen, in denen deutsche und europäische Unternehmen von ausgewählten Zulieferern oder von Zulieferern aus bestimmten Ländern abhängig sind, die das europäische Verständnis von Menschenrechten nicht oder nur eingeschränkt teilen. Stark ausgeprägt sind etwa die Abhängigkeiten von China, das nicht nur über die weltweit größten Vorkommen an Seltenen Erden verfügt. China tritt auch als Zwischenhändler und Verarbeiter einer Vielzahl von Rohstoffen auf, etwa Kobalt, und nimmt hier teilweise eine dominante Position am Markt ein.

Europazentriertes Weltbild der CSDDD

Vor allem aber ist die CSDDD – nicht anders als das LkSG – von einem europazentrierten Weltbild geprägt und übersieht daher bestimmte Bedingungen im globalen Süden.

Positiv anzumerken ist, dass die CSDDD sich vom Arbeitnehmerbegriff lösen. Anders als im LkSG knüpfen wesentliche von den Unternehmen zu schützende Rechtspositionen nicht an den Arbeitnehmerstatus der zu schützenden Personen an. So nimmt die CSDDD die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte uneingeschränkt in Bezug, statt sich auf die Verwirklichung von Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu beschränken. Der Gedanke, allen in der Lieferkette tätigen Personen, unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, einen Mindestschutz zu gewähren, ist mit Blick auf die Gegebenheiten des globalen Südens sinnvoll. Dort gehört ein überwiegender Anteil der Beschäftigten dem informellen Sektor an, steht also formal nicht in einem Arbeitsverhältnis.

Die Durchsetzung ihrer Rechte wird aber gerade für die Menschen im globalen Süden schwierig bleiben: Anders als in Deutschland oder der EU ist es vielen Menschen im globalen Süden nicht möglich, ihre Rechte mit staatlicher Hilfe klären zu lassen oder staatliche Hilfe bei

der Rechtsdurchsetzung zu erhalten, weil es aus finanziellen, geographischen oder sonstigen Gründen am Zugang zu Gerichten oder funktionsfähigen Behörden mangelt. Die CSDDD will dem zwar Rechnung tragen, indem sie etwa die Unternehmen zur Installation eines allen Personen offenstehenden Beschwerdemechanismus verpflichtet. Damit denkt die CSDDD aber europäisch und übersieht, dass in vielen Ländern des globalen Südens, gerade dort, wo eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Bevölkerung besonders nötig wäre, die Voraussetzungen nicht gegeben sind, unter denen ein Beschwerdemechanismus effektiv wirkt. Der umfassendste Rechtsbestand und der beste Beschwerdemechanismus laufen ins Leere, wenn die betroffene Person von ihm nichts erfährt und ihn nicht nutzen kann, weil sie nicht hinreichend alphabetisiert ist, keinen Internetzugang hat oder von bewaffneten Konflikten in ih-

rer persönlichen Sicherheit bedroht ist. Die CSDDD sieht ergänzend zwar unterschiedliche Durchsetzungsmechanismen in Europa vor, etwa behördliche Rechtsdurchsetzung innerhalb der Mitgliedstaaten, aber der Schlüssel zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen wäre die selbstbestimmte Rechtsdurchsetzung durch die Menschen vor Ort. Sie bleibt in der Praxis trotz CSDDD problematisch. Rechtliche Regulierung stößt unter den Rahmenbedingungen vieler Länder des globalen Südens an ihre Grenzen.

Gerade für jene Menschen in den Ländern des globalen Südens, deren Arbeits- und Lebensbedingungen besonders prekär sind, dürften die positiven Wirkungen der Lieferkettenregulierung mithin überschaubar bleiben. Der europäische Normgeber wird sich eingestehen müssen, dass private Unternehmen kein Ersatz für eine funktionierende Staatlichkeit sind.

Vasiliki Kosta, Olga Ceran

A Way Forward?

Protecting Academic and Scientific Freedom in the EU

doi: 10.59704/46f0c07d9225d61d



While included in the EU Charter of Fundamental Rights (CFR), academic and scientific freedom were for years hardly a focus for the EU. This no longer holds true. On 29 November 2023, the European Parliament [invited stakeholders to discuss the state of academic freedom in Europe](#) (STOA conference), including the role of the EU in its legal protection. The conference intertwines with two important developments, both driven by the EP. First, on 22 November 2023, the EP adopted [its proposals for the amendment of the Treaties](#), with some relevant for academic freedom protection. Earlier this month, on 17 January 2024, the EP approved the [Report calling on the Commission to initiate a legislative proposal on the promotion of the freedom of scientific research in the EU](#) and providing recommendations on its content. In this blog post, we briefly discuss these two EP calls aimed at enhanced protection of academic and scientific freedom to assess to what extent they address the concerns raised by various stakeholders.

Current Protection of Academic Freedom

Academic and scientific freedom are explicitly protected by Article 13 CFR, but multiple stakeholders see this protection as insufficient. Two arguments feature prominently. First, according to Article 51(1) CFR, its provisions are addressed to EU institutions and to the Member States only when they act within the scope of Union law, which narrows the room for Commission-led infringement proceedings against a Member State (see the so-called [CEU case](#)). The Charter cannot extend the EU's competences which are limited in the fields discussed. Article 6 TFEU sets out a supporting EU competence in relation to education, with harmonisation explicitly prohibited by Article 165(4) TFEU, and Article 4 TFEU a shared competence in relation to research. Second, Article 13 CFR is said to offer no guidance on how to understand and safeguard academic and scientific freedom, again arguably with implications for initiating infringement proceedings. The Commission is alleged to be hesitant as many attacks on aca-

demically freedom remain indirect and a uniform understanding of its scope is lacking. Additionally, while the freedom can be found in some EU policy documents or even recitals of the Horizon Europe and Erasmus+ Regulations (the relevance of which remains [unclear](#)), there is no secondary legislation on these issues.

Two interrelated problems have therefore been raised at the STOA conference. First, it should be easier (for the EU institutions) to take action against Member States regarding academic freedom violations (with a focus placed on infringement proceedings). Second, EU law needs a more detailed definition of what academic and scientific freedom entail. We shall now look at the EP proposals and ask to what extent they are addressing these problems.

The EP's Proposals

In essence, two calls aimed at enhanced protection of academic freedom can be heard at the EP: one for secondary legislation, and one for Treaty amendments, with the latter presented at the STOA conference as the ultimate goal to guarantee its full protection in the EU.

The proposals for the amendment of the Treaties are twofold. First, academic and scientific freedom are to be explicitly added to the research provisions of the Treaty. Proposed Amendment 152 (to Article 179(1) TFEU) reads that 'the Union shall have the objective of strengthening its scientific and technological bases [...] while promoting all the research activities deemed necessary by virtue of other Chapters of the Treaties *and respecting and promoting academic freedom and the freedom to conduct scientific research and teach*'. Second, proposed Amendment 76 (to Article 4(2)(k) TFEU) adds education to the catalogue of EU shared competences. This reflects multiple stakeholders' conviction that there is a need for a more far-reaching competence in education if academic freedom in the EU is to be protected fully.

In the meantime, the EP wishes to see further action within the current Treaty framework. It requests the Commission, based on the existing TFEU provisions on

research, to submit a proposal for a binding, legislative act on the freedom of scientific research – construed as narrower than, yet a ‘constituent’ part of, academic freedom. The EP provides its own recommendations for definitions which are said to build on [the Bonn Declaration on Freedom of Scientific Research \(2020\)](#) and [the proposal for a Council Recommendation on a European framework to attract and retain research, innovation and entrepreneurial talents in Europe \(2023\)](#). This would be a first piece of EU secondary legislation dealing explicitly with such matters.

So, are the proposed solutions adequate to address the stakeholders’ concerns? As it is often the case with legal acts, the devil is in the details. The answers depend on, first, the type of Treaty amendment (now clarified by the EP proposals) and, second, the exact content of any future legislation. We shall therefore highlight to what extent the proposals might realise the EP’s ambitions.

Two Different Treaty Amendment Proposals

Regarding Treaty change, two different amendments are proposed. The first amendment to Article 179(1) TFEU introduces an explicit objective of the EU to respect and promote scientific and academic freedom while building the European Research Area. In our opinion, this does not immediately go beyond what Article 13 CFR already requires from EU institutions. The amendment does not suggest the introduction of a new, separate Treaty right applicable to individual rights holders (and co-existing next to the Charter right), which would remove the need for the Charter route.

The second amendment to Article 4(2)(kc) TFEU promises much more. It proposes creating a shared competence for education. This would allow the EU to adopt legislation explicitly covering the educational dimension of academic freedom, not just freedom of scientific research. To clarify the scope and nature of their protection, the EU institutions would nevertheless have to take a legislative action based on this new legal basis.

Towards A Legislative Definition of Freedom of Scientific Research

Such legislative action is currently called for by the EP within the remit of the Treaties as they stand, Articles 182(5) and 179(1) TFEU. The call is accompanied by recommendations for defining the freedom of scientific re-

search, clarifying the rights (but curiously not obligations) of individual researchers, rights and obligations of research institutions, and governmental obligations in that regard. The detailed evaluation of these recommendations is beyond the scope of this blog post. The point we would like to make here is that this EP initiative moves forward in addressing the stakeholders’ concern of lacking guidance on the definition of the freedom of scientific research and on the rights and obligations flowing from it. It sets out in quite some detail the constitutive elements of scientific freedom. In doing so, while building on the two mentioned EU policy initiatives, it likely also introduces its own additions and normative choices. Some of them may prove controversial or in need of qualification, especially as no distinction is made between research conducted in private (including commercial) as opposed to public institutions.

Two examples serve to illustrate the point. First, the recommendations introduce a right for researchers to participate in institutional decision-making (which goes beyond the EU policy documents referred to). (How) would the position change in the private as opposed to the public sphere? Second, the EP perceives competitive advantages as potentially legitimate limits of scientific freedom. Is that the case for (researchers in) all types of research institutions, also the public ones? (On the challenge of commercialisation of academia see [Kosta \(2023\)](#).) These are just some of the questions with potentially far-reaching consequences that will need to be answered in the legislative process. Still, this initiative is clearly a step forward in advocating for legally binding legislative (as complementary to judicial) guidance on the scope of scientific freedom in the EU.

Implications for the Principle of Conferral

One further point relates to potential implications for the principle of conferral. In particular, the Union only has limited competence to legislate on education which encompasses activities such as teaching. The EP recommendations seek to tread carefully between this limited competence and the demands of effective protection of scientific research. The EP proposal correctly notes:

while the freedom of scientific research has its independent value, within the framework of modern universities the freedom of scientific research is inseparable from the freedom

to teach. This means that, given the legal base of the proposal and the core competences of the Union on research, and with due respect to the limited competences of the Union to legislate on education, the proposal should aim to protect the fullest possible scope of intramural dissemination.

What ‘intramural dissemination’ means in this context is up for debate. However, for the protection of scientific research to be effective it must include at least *some* research-based educational activities. While the proposal should focus on freedom of research more narrowly, the EP clearly acknowledges this interdependency. It thereby seems to conceptually endorse the unity between teaching and research that was at the core of the original understanding of *Wissenschaftsfreiheit*. Considering this unity, typically reflected in the institutional frameworks of research universities, effective protection of research activities will arguably necessarily spill over into *some* educational matters. The proposal should thus set out the basic parameters of the freedom to teach and the extent to which it is inextricably linked to freedom of research. However, the principles of conferral and subsidiarity necessarily limit the Union’s competence with regards to the more detailed substantive dimensions of teaching. The EU legislature might here be required to leave the matter to the Member States, also in the implementation of the proposed legislation. Whatever the outcome, we submit that the TFEU provisions on research offer a solid legal basis for EU intervention.

What can secondary legislation do?

There is still a long way before we know the exact text of any future secondary legislation. What one needs to pay attention to is indeed the detail of the definition provided (does it provide more detail than existing EU and ECHR case law?); the degree of guidance on the resolu-

tion of conflicts between different rights holders (individuals and institutions) and between academic/scientific freedom and other fundamental rights; and the scope of discretion left to Member States in the implementation of the EU legislation. As recognised by the EP, legislation in such fields – given differences between educational and research systems – is not easy to implement. The type of legal instrument chosen may but (depending on its exact content) need not play an important role in this regard. In any case, future secondary legislation can provide guidance on how to understand and safeguard both scientific and academic freedom. This would offer a more solid backing to any action of the Commission, while also create an opening for bottom-up enforcement of EU law via the preliminary reference procedure.

Conclusion

If the existing opportunities of EU law are fully utilised, the tools for academic freedom protection at the disposal of EU political and judicial institutions will significantly broaden. The effectiveness of this protection might hinge more on the exact content of future secondary legislation, especially as the chances for any Treaty amendment are slim. While the lack of competence in education currently poses a constraint on EU action, this does not mean that academic freedom is barred from being legislated upon, even if the regulation of teaching must be limited. Nevertheless, the duties imposed on authorities by such legislation will surely reinforce – even if less directly – academic freedom at large. Any potential inclusion of education in the EU’s catalogue of shared competences will then open more room for legislative action. However, the research provisions already contained in TFEU – indicated as a legal basis by the EP – may be just sufficient to offer a constructive way forward to guarantee the protection of scientific (and academic) freedom in the Union.

Itamar Mann

The Body of the Judge and the Suffering of the Collective

South Africa's Genocide Application and the Power of Minority Opinions

doi: 10.59704/d0d3ac56899378cb



The widespread prediction among experts right now is that Israel's chances of prevailing at the ICJ in its response to South Africa's genocide application are slim. By making murderous statements, Israeli elected and military officials created a comfortable legal environment for South Africa's claims. To take only one of the many examples, on October 28 Prime Minister Netanyahu said, "You must remember what Amalek has done to you". The phrase refers back to its even more explicit neighbor in the Bible. In Deuteronomy 25:19, Moses delivers God's message: "You must wipe out Amalek so completely that no one will remember they ever lived." We Israelis learn these lines in elementary school. Coupled with the mass destruction, killing, imposition of hunger, and denial of medical aid in Gaza – as well as the displacement of 85% of Gazans – Netanyahu's statement furnishes the genocide argument. Such statements make it hard to deny, at the very least, the incitement aspect of South Africa's claim.

Let's assume, for a moment, that the prediction is accurate. As has been [reported](#), Israeli authorities, too, have acknowledged that there's a real risk of an ICJ decision against Israel. What does this mean for Israel's legal strategy? When a party is preparing to lose in a proceeding, one relevant question is what the minority opinion will look like. This is true for ICJ minority opinions, the subject of this post, as much as it is true for high-profile constitutional cases. From a historical narrative perspective, sometimes the minority opinion can carry significant weight. In hindsight, it may even carry more weight than the majority.

Aharon Barak's appointment as an *ad-hoc* judge for the ICJ proceedings may reveal some of the outlines Israel is preparing for this minority opinion: even if we lose, we may still try to convince the world that the issue at hand is none other than the memory of the Holocaust. But this is a morally and politically risky choice to make.

Identity Minoritarianism

Minority opinions are often closely linked to the Judge's identity and personal experience.

In domestic Israeli law, one example is Justice Edmond Levy's 2005 decision on the issue of "life in dignity". In this major social-economic rights case, the court had to examine whether a cut in an income guarantee infringed on the right to dignity. Levy's minority opinion held that a dignified life must go beyond a bare minimum of bare subsistence. His decision began with the words: "I was a child in a home that was called a shack / In a neighborhood that was called a transit camp." The words refer to the poor shelter that the Israeli government provided to new immigrants from Middle Eastern countries in its early history. Middle Eastern Jews, or *mizrahim*, were often discriminated in this context, and the grievances remain to this day. Poet Roni Sometek, wrote these lines, but they also equally described Levy himself. At the time, Barak wrote the majority opinion, which envisioned a far more limited protection for social-economic rights under the right to dignity.

In the context of international law, too, there is a genre of minority opinions based on the judges' identity and history. One example is the decision of Indian Judge Radhabinod Pal at the Tokyo Tribunal, where Japanese war criminals were tried after World War II (1948). Judge Pal explained why the accused could not be convicted, citing the Tribunal's disregard for colonial crimes committed by the Allied Forces, including the United States and the United Kingdom. In retrospect, Pal's decision was linked to his personal identity as an Indian Judge. As such, it was [celebrated](#) as an early example of Third World Approaches to International Law (TWAIL).

Another example is the minority opinion of Congolese Judge Sayeman Bula-Bula in the *DRC v. Belgium* case before the ICJ (2000). Congo filed a lawsuit after Belgium issued an international arrest warrant against a former

Congolese Minister of Foreign Affairs, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, suspected of involvement in murder. The majority rejected Congo's claims, explaining the temporary nature of the Foreign Minister's immunity. But Bula-Bula's minority opinion argued that, considering Belgium's colonial history in Congo, it was inappropriate for Belgium to judge the suspect. As I have argued in a 2011 [paper](#), Bula-Bula does not say that the former foreign minister still enjoys immunity. Rather, even though in principle his prosecution could not be precluded, Belgium should not be the country to prosecute, because of its bloody history in Congo. Such an opinion could only come from a Congolese judge.

Shoa and Apartheid

The UN and the foundational human rights instruments emerged after World War II. In 2021, when Netanyahu responded to the ICC investigation on the Situation in Palestine, he [returned](#) to this foundational moment: "the court established to prevent atrocities like the Nazi Holocaust against the Jewish people is now targeting the one state of the Jewish people." The International Criminal Court was established in 2002, largely in response to events in Rwanda and the Balkans in the 1990s. Netanyahu's historical context, only partially accurate with regard to the ICC, is indeed correct when it comes to the Convention that Israel is now accused of violating. The Genocide Convention was signed in 1948 to prevent atrocities like the Holocaust.

Aside from one of the world's preeminent jurists, Aaron Barak is also, of course, a Holocaust survivor. And this biographical fact may become crucial in his decision in the case against Israel regarding genocide. In bringing the case, South Africa is invoking its own history as a country that has overcome apartheid, now pointing to a new culprit. The ad hoc judge South Africa appointed is a child of that era. Dikgang Moseneke, as the Wikipedia entry about him tells me, "joined the Pan-Africanist Congress (PAC) at the age of 14. The following year he was arrested, detain-

ed, and convicted of participating in anti-apartheid activity." To compete with such a strong historical narrative, an equally strong narrative must be marshalled. It will thus be interesting to see if Barak's opinion will refer, among other things, to his own experience during the Holocaust. I took a look at the Yad Vashem website and recalled: as an 8-year-old child, Barak was smuggled from the ghetto in a sack of potatoes.

Minority opinions based on judges' identities have considerable power. Imagine that a judge who is a Holocaust survivor is in the minority when deciding an important ICJ case on the Genocide Convention. Relying on life experience generates empathy among readers, and mustn't come at the expense of technical legal expertise. It also does not need to cover the entire decision. A single word or even a hint may suffice, and have enormous rhetorical and cultural power.

I think it would not be exaggerated to say that the appointments of both *ad hoc* judges carry with them a measure of what political theorists call "political theology". In both cases, the very body of the judge and his own personal suffering is made to represent the collective suffering of the respective community. Barak has suffered the *shoa* as a boy so that we do not all have to suffer another *shoa*. Dikgang has suffered apartheid as a boy so that we do not all have to suffer another apartheid. In Paulinian theory, the point of correspondence between personal suffering and collective deliverance is the body of Christ.

However, using the personal memory of the Holocaust in Israel's legal defense is a risky endeavor. Such a strategy may reinforce the manipulative use of the Holocaust, which the Israeli government has been promoting for a long time now. Is it desirable to have a judicial document that asks its readers to choose between condemning apartheid and condemning the Holocaust? What does such an opinion mean for the Palestinian people? An ICJ opinion that would rest on the experience of its author as a survivor of the Holocaust may send an ominous message to the readers: it's a zero-sum game. Choose the right side in this war.

Aeyal Gross

Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup?

doi: 10.59704/29c82c831a7ba4eb



October 7, 2023, was supposed to be the 40th Saturday in which Israelis would demonstrate in masses against the government's plan for constitutional changes that would have undermined judicial independence and the possibility of judicial review. But that morning, Israelis woke up to a new reality. The Hamas attacks on Israel have sparked a war that remains ongoing. Within five days, Benny Gantz and his centrist "National Unity" party joined Netanyahu's government to form a "national emergency government." The [agreement](#) forming this union included a clause determining that during the tenure of the emergency government, no laws would be legislated unless agreed upon by both Netanyahu and Gantz. Many interpreted this determination to mean that [Netanyahu's "judicial reform" is dead](#). However, the agreement was made over two months after the Knesset, Israel's parliament, already passed a major prong of this "reform"; i.e., [Amendment Number 3](#) to Basic Law: The Judiciary, prohibiting judicial review of actions of the government, the prime minister, or any minister based on the "reasonableness" doctrine. This amendment has now been [struck down](#) by the Israeli Supreme Court seating as the High Court of Justice (HCJ) in a [judgment](#) issued on January 1, 2024.

In this post, I offer a brief analysis of this 738-page-long judgment. I explain the main rationale of the judgment. I consider, given that Basic Laws in Israel enjoy constitutional status and supremacy over regular legislation, what the judgment implies about the topic of judicial review of constitutional amendments in Israel. Next, I argue that through this judgment and its background, important lessons can be learned from the Israeli case for the study of what various scholars have titled "[autocratic legalism](#)," "[democratic backsliding](#)," and "[populist constitutionalism](#)." The judgment illustrates how societal and judicial vigilance in recognizing "early warning" signals of potential "constitutional capture" may play a significant role in battling such processes. Final-

ly, I contend that notwithstanding this judgment and the halting of the legislative process, the threat of democratic backsliding in Israel persists. The ongoing war has, in fact, paved the way for further anti-democratic measures, some of which were upheld by the very same Court that struck down the anti-reasonableness amendment.

The post continues my previous three posts, [where I described, analyzed, and contextualized the government's proposed "reform"](#) that was declared in January 2023; [assessed](#) the opposition it encountered while drawing preliminary conclusions; and [analyzed](#) the amendment which was now struck down, explaining its crucial role in the government's constitutional capture plan.

The Court's Judgment on the Limits of the Constituent Authority

The Court struck down the amendment by a narrow majority of 8:7. The views of the Justices, however, can be further dissected along additional lines of divergence. Most significantly, 12 Justices found that the HCJ has the authority to conduct judicial review and to strike down constitutional amendments in the exceptional cases where the Knesset exceeded its constituent power. Another Justice considered such intervention possible only as a last resort in exceptional and extreme cases of violations of fundamental individual rights. Only two Justices held the view that the Court cannot undertake judicial review of Basic Laws.

Furthermore, among the seven dissenting Justices, three opined that rather than striking it down, the amendment should have been given a narrow, "enabling" interpretation. This would restrict the nullification of actions based on an expanded interpretation of "reasonableness" that, according to them, had developed in the case law since the 1980s. In this view, the amendment should not be interpreted as restricting judicial review of decisions deemed arbitrary or capricious, but rather as prohibiting review based on an unreasonable balance between diffe-

rent considerations.

However, the majority of the Justices deemed the proposed interpretative method inapplicable in this case. Instead, they chose to strike down the amendment, considering this action to be necessary according to previous judgments where the Court held that the Knesset's constituent authority is not unlimited. This doctrine, which outgoing President Esther Hayut identified as Israel's version of the "[unconstitutional constitutional amendment](#)" doctrine, was primarily developed during the Court's upholding of the controversial "[Nation State](#)" Basic Law. In that case, the HCJ held that the Knesset, when acting as the constituent branch, cannot de facto or de jure deny Israel's core identity characteristics as a "Jewish and democratic state." This "identity" can be discerned, according to Hayut, from Israel's Declaration of Independence, the existing Basic Laws, legislation, and previous judgments. Consequently, Hayut's perspective anchors the limits of constituent power in the existing constitutional structure as a whole. Notably, she distinguished this approach from those that aim to draw restrictions directly from the Declaration of Independence or those that rely on unwritten supra-constitutional principles. (In contrast, Justice Yitzhak Amit, in his concurring opinion, cited all three sources as possible origins for adapting the unconstitutional constitutional amendment doctrine in Israel).

While the judgment concerning the Nation State Basic Law already made this determination, it left open the question of whether the HCJ can exercise judicial review to enforce these restrictions on the Knesset's constituent power. Thus, the major novelty of the current judgment lies in its assertion that the Court can, and indeed must, strike down a Basic Law (or an amendment to a Basic Law) in the rare cases where the Knesset exceeded its constituent authority.

In explaining this judgment, Hayut emphasized the unique nature of the Israeli constitutional enterprise, evident in (1) its gradual, chapter-by-chapter construction (i.e., through Basic Laws) over several decades; (2) the lack of a special procedure for making constitutional norms, with Basic Laws being adapted and amended using the same process as regular legislation, and without a special majority requirement in most instances; and (3) the exceptional control that the political majority, and especially the government, maintains over the execution of the constituent authority. The latter is true not only

as the Knesset is the power authorized to legislate both regular legislation and Basic Laws, but also given the significant influence of the government over the legislative process through the coalition's parliamentary majority. Hayut also emphasized the reality that unlike in the past, recent Basic Laws, including the amendment in question, were adopted based on the votes of the coalition alone – i.e., by the existing political majority, and not as a joint national enterprise.

Emphasizing similar elements, Justice Amit observed that denying the Court's ability to conduct judicial review of Basic Laws would effectively grant the executive unchecked power, as it could act through the constituent power and exploit the majority power, leading to abusive constitutionalism. In her concurring opinion, Justice Ruth Ronen pointed to the institutional conflict of interest that arises when the constituent branch limits the power of the judicial branch to review actions of the executive branch. Given the executive branch's de facto control over both the legislative and constituent branches, the Knesset faces a conflict of interest when it bolsters the power of the executive branch and weakens that of the judiciary, necessitating a higher level of scrutiny. Such scrutiny is especially critical regarding an amendment advocated for only by the coalition that controls the executive, with no support of any opposition member of parliament. Justice Ofer Groskopf also seriously considered the implications of the Knesset's dual role as constitutional assembly and legislature, writing that the constitutional limits on the Knesset's legislature would be meaningless if the Knesset could undo any limits in its capacity as a constitutional assembly.

In my [previous](#) posts, I described the situation where Basic Laws are legislated in the same forum and by the same procedure and majority as regular legislation, yet enjoy supremacy over regular legislation, as Israel's constitutional paradox. I argued that this paradox makes Israel's constitutional structure especially vulnerable to authoritarian constitutional reforms, which can entrench anti-democratic moves. This paradox seems to resonate in Hayut's holding that the three above-mentioned characteristics make it extremely risky to leave the restrictions on the Knesset's constituent authority unenforceable by the HCJ. This paradox is also reflected in the various opinions from other Justices cited above. Clearly, the Justices consider restrictions on the constituent power particularly necessary in Israel. In fact, two Justices

(Amit and Anat Baron) suggested that given the ease with which Basic Laws can be amended, the threshold for judicial review of Basic Laws should probably be lower than the one currently set by the Court.

Consequently, Hayut concluded that the amendment, which entirely eliminates reasonableness-based judicial review of decisions made by the government, ministers, and the Prime Minister, infringes upon two fundamental characteristics of the state's democratic nature: the separation of powers and the rule of law. As a result, this amendment was deemed to have been enacted *ultra vires* and is therefore null and void. Hayut held that for the amendment to be nullified, it is not necessary for it to render Israel undemocratic; it is sufficient that it violates core principles in a manner that “rocks the cornerstone of our still consolidating constitution.”

In building up to this conclusion, the majority of the Justices pointed to the central role of “reasonableness” in Israeli administrative law, as a doctrine enabling consideration of whether the administrative authority assessed all relevant factors when making a decision and whether it gave each consideration its due weight. The majority engaged with many examples of how curtailing judicial review based on reasonableness may affect the protection of rights and the rule of law in a way that other administrative law doctrines, such as proportionality, might not.

Addressing the Risk of Autocratic Legalism

[Amendment Number 3](#) determined that no court, including the Supreme Court when sitting as the High Court of Justice, may engage with and/or pass judgment on the reasonableness of any “decision” of the government, the Prime Minister, or any minister; nor may a court give an order on the said matter. The amendment continued to define “decision” as “any decision – including in matters relating to appointments, or a decision to avoid exercising any authority.” As I explained in my [previous post](#), after the failure of the coalition government to complete the legislation that would have allowed it to take over the Judicial Appointments Committee, it saw the curtailment of the reasonableness doctrine as a crucial step in its [constitutional capture](#) plan. Indeed, the definition of a “decision” that could not be reviewed under the amendment to the reasonableness doctrine, particularly the language concerning “a decision to avoid exercising any authority”, was evidently an attempt to thwart petitions challenging Minister of Justice Yariv Levin’s continued avoidance of

exercising his authority by not convening the Committee until he has managed to take control of it over it. Conversely, the language regarding “matters relating to appointments” was intended to allow the government to fire rule-of-law guardians such as Attorney General Gali Baharav Miara, a staunch opponent of the constitutional coup, and to appoint instead candidates who support its authoritarian moves. Thus, the “Reasonableness” Amendment was critical for the coalition’s plans to capture the major rule-of-law institutions in Israel in ways that would facilitate its plan of governing with no limits.

However, while these were the underlying reasons for the coalition’s choice to advance this amendment, the risk existed that the amendment would survive public and judicial scrutiny. There were many reasons to suspect such an outcome.

Firstly, even some liberal scholars have voiced critique of the reasonableness doctrine, considering its interpretation and use by the HCJ too expansive. Other scholars, who do not share this view, still doubt that curtailing “reasonableness” review fundamentally undermines democracy. Moreover, as [Kim Lane Scheppele has argued](#), many of the changes that result in the de-liberalization of constitutional systems are technical and hard for ordinary citizens to understand – which could certainly be said about the amendment in question. From this perspective, the risk existed that the public and the Court would interpret this amendment as a change that is not so dramatic, failing to see it as part of an attack on judicial independence and the rule of law and thus enabling it to survive scrutiny. This is the risk Scheppele identified in writing about “legalistic autocrats” taking gradual steps to undermine checks on executive power, using the rhetoric of democracy and the methods of law, with the risk to democracy sometimes overlooked until it is too late.

However, these risks did not materialize. The judgment clearly demonstrates that the Justices (who in fact read and cited Scheppele) were aware of this risk. For example, Hayut rejected the government’s argument that judgments should not be made based on horror scenarios. She asserted that the necessity to preempt extreme scenarios forms the basis of many constitutional arrangements. Hayut cautioned against disregarding the possibility that a significant erosion of the state’s democratic core could occur incrementally and emphasized that judicial review can aid in halting constitutional backsliding before a total system collapse ensues.. Justice Amit went

even further, noting that this Amendment is merely the first of a few proposed amendments, and that considering it alongside these proposed amendments reveals the risks it entails to be even greater, as it comprises part of a web of legislation aiming to radically alter the checks-and-balances in the legal system. Indeed, Amit noted the concern that the choice to start with one single legislative move may point to the government's intention to follow in the footsteps of other countries in which democracy was weakened and dimmed through a series of processes and changes of democratic norms. Highlighting this risk, Amit pointed to Scheppele's article [Autocratic Legalism](#), which [was published in book format in Hebrew translation and resonated substantially](#) in Israel in 2023. Justice Daphne Barak Erez also invoked Scheppele, [citing her warning regarding the "Frankenstate"](#) created by assembling various problematic constitutional arrangements from different countries, without considering their contexts.

In her work, Scheppele points to the importance for authoritarian leaders of taking over the courts; hence, of making judicial appointments. This is a critical step, as a court that has already been captured will uphold further moves that undermine democracy. In the Israeli case, the coalition's failure to date to take over the Court has now resulted in a judgment that struck down a major component of its anti-constitutional coup. Notably, this component was designed to allow it to capture the Court and other rule-of-law institutions without scrutiny. This risk was clearly apparent to the Court: A recurring theme in the judgments of various Justices from the majority opinion was the central role reasonableness plays in the review of appointments to public service; given this role, the public would remain unprotected if senior public officials were to be fired based solely on political reasons. This vulnerability, Hayut emphasized, has particularly grave consequences vis-à-vis officials involved in law enforcement, such as the Attorney General, State Attorney, and Chief of Police. The amendment in question makes their appointment all dependent on the political level in a way that may undermine their independence. Justice Barak-Erez also noted how the appointment and dismissal of other officials, like the Army Chief of Staff, the head of the Israel Security Agency, and others, is in the government's hands, with reasonableness being the main tool for judicial review – in a way fundamentally undermined by the amendment.

Overall, the huge public opposition to the government's plan which took the form of mass protests over 40 weeks, illustrates that the public, thanks to much [educational work](#), was not tricked into accepting legislative amendments, including the anti-reasonableness amendment, as mere technical matters. Instead, the public fully understood what's at stake. This, alongside the Court's cognizance of the risks highlighted by scholars like Scheppele, significantly thwarted the coalition's plan. The coalition's failure to do what authoritarian leaders like Viktor Orban did in Hungary – namely, to take over the judiciary first and to replace the Justices – enabled this judgment, which prevented the attempts to use a back channel to reach the same results.

Risks, Potential Pitfalls, and the Horror that Cannot be Ignored

At this moment it is very tempting to celebrate the decision, and there is much to celebrate in what the Court held. However, there are significant risks and potential pitfalls.

First, notwithstanding the very important fact that a significant majority of 12 (or in fact 13) Justices held that Basic Laws are not immune from review, the decision itself was delivered by a narrow majority of 8:7. The Justices that sided with the majority on the possibility of judicial review of Basic Laws but with the minority on the outcome demonstrated a highly restricted approach to the exercise of such judicial review. Significantly, this was one of the last judgments in which outgoing President Hayut and Justice Baron participated. Given the coalition's failure to take over the Judicial Appointments Committee, Minister of Justice Levin is still abusing his authority as Chair of the Judicial Appointments Committee and refusing to appoint new Supreme Court Justices (and a new President of the Court). In fact, had this judgment been given after January 16 in the Court's current composition, the concrete result would have been to uphold the Amendment. This points to the risk that the Court may uphold other authoritarian legislative moves. At the moment, the emergency coalition agreements block such moves, and potentially, the changing political circumstances following the war might remove this issue from the agenda altogether. However, the risk remains that if Netanyahu's coalition survives, the judgment will only fuel its desire to capture the court to avert similar judgments in the future.

Second, while judicial review of Basic Laws is considered a liberal project required to protect democracy, all majority Justices mentioned Israel's existence as both Jewish and democratic as the core values that Basic Laws cannot undermine. This may in the future present a [risk](#) to potential amendments that seek to make Israel a “[state of all its citizens](#)” in a way that emphasizes equal citizenship at the expense of the “Jewishness” of the state.

Third, although the ongoing war brought the constitutional changes to a halt, it did not end the attacks on democracy. In fact, under the shadow of war, new restrictions on democracy emerged, including on rights to demonstrate and on prisoners' rights. Addressing these restrictions extends beyond the scope of this post, but a [recent report from The Association for Civil Rights in Israel](#) is essential reading on this matter. Some of these measures were upheld by the HCJ in very problematic judgments (see cases [regarding restrictions on demonstrations](#) and [regarding lack of information on Palestinian detainees from Gaza](#)) that stray far from the rhetoric of democracy in the reasonableness ruling.

Lastly, and related to the previous point, the gap re-

mains between the Court's liberal rulings and the reality of a long-standing [occupation](#) that undermines democracy, [with the Court regularly upholding measures violating Palestinian rights that are taken by the occupation forces](#), even if these measures are in violation of international law. Can we celebrate the protection of democracy, the rule of law, and the separation of powers when Palestinians are subject to a regime that denies them the most basic rights? This question resonates now more than ever, when the Israel-Hamas war, which started with a horrible massacre of Israeli citizens by Hamas, and the taking of Israeli hostages, including children and elderly, many of whom are still held by Hamas, has now involved the killings of more than twenty thousand Palestinians, many of them children, with whole families often wiped out by the Israeli army and with [Gaza on the brink of falling into famine](#). One cannot overstate the constitutional significance of the judgment delivered on the first day of 2024. However, it is not possible to celebrate it without at the same time [acting to end the horror](#) we are now facing. Otherwise, all our discussions of democracy and human rights will remain hollow.

Itamar Mann

The Missing Party

On South Africa's Legal Strategy in its Genocide Application before the ICJ

doi: 10.59704/f73c5a32e69f6d1c



South Africa's argument today was historic and extremely important. If you missed it, I recommend that you go back and look for the recording. For the Israeli viewer, at least, the South African argument was a real service because at last, we could connect to a very dominant narrative in world politics, which is completely concealed by Israeli media. Many Israelis know almost nothing about what is done in our name, or about the humanitarian disaster that has unfolded in Gaza. To name just a few aspects, South Africa has contributed to exposing to the world a pattern of children left on their own after entire families were wiped out by bombs, operations conducted without anesthetics, and the 1.9 million displaced people. Of course, South Africa relies on other sources; but putting them together generates a harrowing and momentarily tragic picture. Israeli media promotes ignorance, and South Africa is helping us solve this acute malaise.

However, the hearing also exposed a problem in South Africa's argument, which was also apparent in the written application. The South African case brought before the International Court of Justice (ICJ) is highly selective. Prof. John Dugard, in an impressive performance, described how observers watched the events of October 7th "with horror". But people reading the documents and listening to the oral arguments, without otherwise following the events, might think that before and after October 7, Palestinian forces did not shoot a single bullet. I searched South Africa's submission to check if there was any mention of Palestinian combatants or Hamas tunnels. But almost no mention of these aspects exists. Indeed, towards the end, one of South Africa's lawyers referred implicitly to Palestinian violence. As he explained, South Africa cannot sue Hamas because Hamas is not a party to the treaty. But this is far from a full account of Palestinian political violence.

Why, then, did South African lawyers choose to ignore Palestinian military activity? The basic tendency of Israelis is often to say that this is a form of anti-Semitism. Indeed, there has been a lot of discussion here recently

of left anti-Semitism, and regrettably this is not always baseless. But the truth is that not mentioning Palestinian military action may also be problematic from a Palestinian perspective. It turns the Palestinians in Gaza into passive victims. But it is enough to watch Al Jazeera for 15 minutes or so, to see Palestinian targeting of Israeli tanks. Hamas spokesman Abu Obaida successfully competes with Israeli military spokesman Daniel Hagari for screentime. Even if Al Jazeera is exaggerating Palestinian militancy, the Palestinian people of Gaza are far from being passive victims.

The reason for this choice is, rather, related to legal strategy. The legal category of genocide is distinct from war crimes, and crimes against humanity. And only if it is a case of genocide – not the other categories – does the Court have the jurisdiction to begin with. In other words, regardless of the fact that Palestinian civilians are being subjected to atrocities, to obtain provisional measures, South African lawyers must push the acts into the specific box of genocide.

One might object: why should South Africa present Israel's arguments, rather than its own view of the facts? In an adversarial or "contentious" case – one that takes place between two sides – that would clearly be Israel's job. Observe however that the current procedure at the ICJ is not a process in which South Africa represents the Palestinians. If South Africa were representing the Palestinians, it would be completely understandable that its lawyers would present the facts from a specifically Palestinian perspective. It might then even be a professional ethics *duty* that South Africa present the facts in that kind of "one sided" way. But one state cannot form a client-attorney relationship with another state or political entity.

As Dugard explained, the Genocide Convention allows South Africa to protect *its own* interests: the interest of upholding its own duty under the Genocide Convention. This interest, unlike the interest in an adversarial procedure, is to bring *all* the relevant facts before the court.

These include Palestinian military activity, and probably war crimes from both sides (even if in different proportions and severity). In a way, ICJ jurisdiction under Article 9 of the Genocide is more similar to advisory opinion jurisdiction, than to jurisdiction in a contentious case.

Tomorrow Israel will present its own version of the facts of the war, which I am absolutely certain will be extremely selective as well. But, to reiterate, the two are not two sides of a single dispute. There is a third party that is the victim of Israel's actions, however we classify them, and that party is not in the room in any formal capacity. If South Africa wants to realize its own obligations under the genocide convention, it cannot be in the position of trying to prove Israel is committing genocide. It should rather be in the position of trying to find out whether that is the case, with all its solidarity, undisputable, and justified concern for Palestinian lives.

Legally, South Africans were not *obliged* in any way to ignore the background situation of armed conflict. If they wanted, their lawyers could have presented all the facts, including Palestinian military activity, and said it was genocide in the context of war. There is no legal problem with that. But choosing not to do so is also a litigation strategy choice. South Africa understood the con-

text of an armed conflict, but feared that presenting it as such would make it difficult for them to argue the genocide case. As Dirk Moses emphasized, genocide is perceived, at least culturally, as something that happens to "innocent victims." The concern is that in a situation that is not genocide, but "only" war crimes or crimes against humanity, the court no longer has jurisdiction.

In its argument, scheduled for tomorrow, Israel will surely emphasize Palestinian military activity as well as war crimes. Does this mean that South Africa will fail their case? The current stage is an oral argument for provisional measures in order to ensure a ceasefire or a similar remedy. I believe that at this stage, South Africa will nevertheless prevail. The urgent case they made about the need to respond to the enormous catastrophe in Gaza, which they brought before the ICJ, is compelling. And the threshold they need to meet for plausibility of irreparable harm is relatively low. However, with the risk of making a prediction, I think that in the ultimate argument – proving that Israel committed genocide – South Africa may indeed fail. Regardless of the very real legal and moral failings of the war Israel is conducting, the near-elimination of the context of an armed-conflict may work against South Africa's case.

Christian Walter

Warum Deutschland vor dem IGH dem von Südafrika gegen Israel erhobenen Vorwurf des Völkermords entgegenzutreten sollte



doi: 10.59704/f0aacf09b66eda04

Heute und morgen verhandelt der IGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes über eine [Klage Südafrikas](#), in der gegen Israel aufgrund seiner Reaktionen auf die Anschläge der Hamas vom 7. Oktober 2023 der besonders schwere Vorwurf des Völkermords an Palästinenserinnen und Palästinensern erhoben wird. Lässt man die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes einmal beiseite, so stellen sich in dem Verfahren sehr grundsätzliche Fragen der Ermittlung und Zurechnung der „Absicht, [...] eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“ ([Art. II Völkermordkonvention](#)). In einem von Gambia gegen Myanmar wegen des Völkermords an den Rohingya 2019 eingeleiteten Verfahren stellten sich ähnliche Fragen der Zurechnung und Beweisführung. Zu diesen Fragen hat Deutschland im November 2023 gemeinsam mit Dänemark, Frankreich, den Niederlanden, dem Vereinigten Königreich und Kanada im Wege einer Nebenintervention nach [Art. 63 Abs. 2 IGH-Statut Stellung bezogen](#) und die Position Gambias gestützt. Diese Verfahrensbeteiligung sowie weitere, nachfolgend zu erläuternde Gründe sprechen dafür, für das Hauptsacheverfahren zwischen Südafrika und Israel ebenfalls eine Nebenintervention zu erklären – hier allerdings mit dem Ziel, Israel beizustehen und der südafrikanischen Argumentation entgegenzutreten.

Prozessuale Besonderheiten der Nebenintervention vor dem IGH

Zunächst bedarf es einer kurzen Erläuterung zum Institut der Nebenintervention vor dem IGH. Das IGH-Statut sieht dieses in zwei unterschiedlichen Formen vor. Zum einen gibt es die Möglichkeit einer Nebenintervention, wenn ein Staat sich durch ein anhängiges Verfahren möglicherweise in einem eigenen rechtlichen Interesse be-

rührt sieht ([Art. 62 Abs. 1 IGH-Statut](#)). Das dürfte für Deutschland im aktuellen Verfahren eher nicht in Frage kommen, auch nicht unter Berücksichtigung der besonderen historischen Verbindungen zwischen Deutschland, Israel und der Völkermordkonvention. Letztlich ist Deutschland nicht anders betroffen als alle anderen Vertragsparteien der Völkermordkonvention auch.

Hiervon abgesehen kommt eine Nebenintervention auch in Betracht, wenn es in einem anhängigen Verfahren um die Auslegung eines multilateralen Vertrags geht, dessen Vertragspartei auch der intervenierende Staat ist ([Art. 63 Abs. 2 IGH-Statut](#)). Dahinter steht die Überlegung, dass die Auslegung eines multilateralen Vertrags ungeachtet der nur bilateralen Bindungswirkung des Urteils zwischen den Streitparteien ([Art. 59 IGH-Statut](#)) eine hohe Präzedenzwirkung für alle anderen Vertragsparteien hat. Diesen soll deshalb die Möglichkeit der Beteiligung eröffnet werden, ohne dass sie dafür ein spezifisches eigenes rechtliches Interesse geltend machen müssen. Diese allgemeine Zwecksetzung einer Nebenintervention nach [Art. 63 Abs. 2 IGH Statut](#) kann trotz vieler offener sonstiger Fragen im Recht der Nebenintervention als weitgehend konsentiert angesehen werden. Sie bildete auch die Grundlage für die einleitend angesprochene Erklärung Deutschlands und seiner Partner im Verfahren Gambias gegen Myanmar. Die Zwecksetzung erklärt auch, warum – anders als in vielen Fällen des Verfahrensbeitritts im innerstaatlichen Prozessrecht – die Intervention nicht explizit zugunsten einer der beiden Streitparteien erfolgen muss. Im Vordergrund steht der Schutz des eigenen Interesses an einer bestimmten Auslegung des Vertrags, nicht die Unterstützung einer der beiden Streitparteien. Dessen ungeachtet hat die Entscheidung über eine Nebeninterventionserklärung aber selbstverständlich – wie vieles im Völkerrecht – auch eine erhebliche poli-

tische Dimension. Das wird in einer [Pressemitteilung des Auswärtigen Amtes zum Beitritt im Verfahren Gambia – Myanmar](#) sehr deutlich, in der einerseits Grundfragen der Auslegung der Völkermordkonvention thematisiert werden, andererseits aber klar Position zugunsten Gambias und damit gegen Myanmar bezogen wird. Noch deutlicher ist die politische Positionierung in der Beitrittserklärung Deutschlands in einem dritten aktuellen Verfahren auf der Basis der Völkermordkonvention, nämlich demjenigen zwischen der Ukraine und Russland (siehe dazu beispielsweise die Analyse [hier](#)).

Warum sollte Deutschland die Nebenintervention im Verfahren zwischen Südafrika und Israel erklären?

Zunächst lässt sich ein Kontinuitätsargument anführen. Das Verfahren zwischen Südafrika und Israel ist das dritte, das innerhalb vergleichsweise kurzer Zeit auf der Basis der Zuständigkeitsklausel in [Art. IX Völkermordkonvention](#) vor dem IGH angestrengt wird. Wie gerade angesprochen, hat Deutschland in den beiden vorherigen Verfahren eine Interventionserklärung abgegeben. Im Verfahren zwischen der Ukraine und Russland hat Deutschland seine Interventionserklärung darüber hinaus ausdrücklich mit der eigenen Geschichte begründet ([Rn. 14](#)). Es bedarf zwar, wie gesehen, im Rahmen der Intervention nach Art. 63 Abs. 2 IGH-Statut keiner Darlegung eines eigenen rechtlichen Interesses. Wenn die eigene Geschichte aber bei der damaligen Erklärung Teil der Motivation war, dann muss das erst recht in Bezug auf einen gegen Israel erhobenen Vorwurf des Völkermords gelten. Damit ist nicht gemeint, dass Deutschland aus historischer Verantwortung einseitig und unbesehen israelische Positionen verteidigen muss. Wohl aber bedeutet diese historische Verantwortung, dass Deutschland nach Kräften auf eine sachgerechte Auslegung und Anwendung der Völkermordkonvention gerade im Nahen Osten hinwirkt.

Nebenintervenienten werden zwar nicht Streitpartei, erlangen aber eine eigene verfahrensrechtliche Position, die beispielsweise die Möglichkeit weiterer schriftlicher Stellungnahmen und eine Beteiligung an mündlichen Verhandlungen beinhaltet ([Art. 86 Verfahrensordnung des IGH](#)). Diese besonderen Mitwirkungsmöglichkeiten stellen ein wichtiges Instrument zur Wahrnehmung der Verantwortung für die Völkermordkonvention dar.

Vor allem aber gibt eine Nebenintervention Deutsch-

land die Möglichkeit, die eigene Position aus der Interventionserklärung im Verfahren zwischen Gambia und Myanmar zu präzisieren und fortzuentwickeln. Dort wurde ein starker Akzent auf sexualisierte Gewalt, Gewalt gegen Frauen und Kinder, sowie auf die absichtliche Schaffung unerträglicher Lebensbedingungen gesetzt. Diese Aspekte spielen angesichts der furchtbaren humanitären Situation im Gaza-Streifen auch jetzt wieder eine wichtige Rolle. Der verfahrenseinleitende Schriftsatz Südafrikas argumentiert hier geschickt und materialreich mit einer umfangreichen Aufstellung von als „genocidal acts“ ([Rn. 43 ff.](#)) bezeichneten Handlungen, die eng mit der massiven militärischen Gewaltausübung Israels verbunden sind und die aktuelle Unerträglichkeit der Lebensbedingungen belegen. Allerdings muss – und darin unterscheidet sich die Situation im Gaza-Streifen grundlegend von derjenigen der Rohingya in Myanmar – der militärische Konflikt zwischen Israel und der Hamas berücksichtigt werden, wenn aus dem Ausmaß der militärischen Gewaltausübung und dem Ausmaß der Zerstörung der zivilen Infrastruktur Rückschlüsse auf einen Völkermord gezogen werden sollen. Südafrika blendet hier die Selbstverteidigungssituation Israels praktisch vollständig aus. Damit soll nicht gesagt werden, dass sämtliche Maßnahmen Israels vom Selbstverteidigungsrecht gedeckt und damit gerechtfertigt sind. Aber selbst eine exzessive Selbstverteidigung begründet eben noch nicht ohne Weiteres einen Völkermord, sondern zunächst einmal „nur“ einen Völkerrechtsverstoß. Dass es hier leicht zu einem Kurzschluss kommen kann, bringt ein gestern auf LTO erschienener Beitrag mit der falschen Alternative [„Selbstverteidigung oder Völkermord?“](#) in der Überschrift unfreiwillig auf den Punkt. Gleiches gilt im Übrigen auch für etwaige Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht oder gegen menschenrechtliche Garantien. Auch sie begründen, selbst wenn sie vorliegen, nicht automatisch den Vorwurf des Völkermords.

Wie und ab wann aus einer Zusammenschau massiver militärischer Gewaltausübung und (teilweise schwer erträglicher...) Äußerungen von politischem Führungspersonal und anderen Amtsträgern während einer anhaltenden militärischen Auseinandersetzung in einer Art Gesamtbetrachtung auf die vom Tatbestand des Völkermords verlangte „Absicht, [...] eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“ geschlossen werden kann, wird eine der zentralen Rechtsfragen im laufenden Verfahren sein.

Dabei dürfen plausible alternative Deutungen nicht einfach vollständig übergangen werden. Das hat der IGH im Zusammenhang mit dem Jugoslawien-Konflikt ausdrücklich entschieden: „[...] in order to infer the existence of *dolus specialis* from a pattern of conduct, it is necessary and sufficient that this is the only inference that could reasonably be drawn from the acts in question.“ (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3, para. 148; Hervorhebung nur hier). Bei den von Israel ergriffenen Maßnahmen gibt es eine solche plausible alternative Deutung. Sie besteht darin, dass diese darauf abzielen, das Terrornetzwerk der Hamas zu zerstören, aber nicht die Absicht verfolgen, die palästinensische Bevölkerung zu vernichten. Auch wenn die hohe Zahl an Toten unter der Zivilbevölkerung und die enormen Sachschäden entsetzlich sind, so belegen sie dennoch nicht zwangsläufig die Absicht des Völkermords. Gegen eine solche Absicht sprechen beispielsweise die wiederholten Aufforderungen an die Zivilbevölkerung, bestimmte Teile des Gebiets zu verlassen, oder auch die Beachtung der Pflicht zur Warnung und Fristsetzung, bevor einem Zivilkrankenhaus der Schutz entzogen wird, weil es außerhalb seiner humanitären Bestimmung dazu verwendet wird, den Feind schädigende Handlungen zu begehen (Art. 19 IV. Genfer Konvention).

Unglückliche Konzentration auf den Vorwurf des Völkermords

Zum Schluss: Es ist im Grundsatz selbstverständlich sehr zu begrüßen, dass der emotional und politisch enorm aufgeladene Konflikt zwischen Israel und Palästina in die der rationalen Argumentation verpflichteten und gut strukturierten Bahnen des Rechts gelenkt werden soll. Auch ist der IGH als „Hauptrechtsprechungsorgan“ der Vereinten Nationen (Art. 92 UN-Charta) dafür an sich das richtige Forum. Man muss allerdings sehen, dass der Umfang der Zuständigkeit des IGH von einer vorherigen Zustimmung der Streitparteien abhängig ist. Für die Völkermordkonvention haben die Vertragsparteien schon 1948 ein entsprechendes Einverständnis erklärt. Für die meisten anderen Regeln, die auf den Konflikt zwischen Israel und Palästina anwendbar sind (etwa diejenigen des humanitären Völkerrechts oder menschenrechtliche Garantien, und vor allem auch für die UN-Charta selbst und das dort sowie im Völkergewohnheitsrecht garantierte Selbstverteidigungsrecht), gilt das dagegen leider nicht. Deshalb fehlt es dem IGH insoweit an der Zuständigkeit. Das führt zu einer sehr unglücklichen Fokussierung der öffentlichen Aufmerksamkeit auf den gerade Israel besonders schwer treffenden Vorwurf des Völkermords und es beschränkt zugleich auch die Entscheidungsoptionen des IGH. Ob diese Engführung im vorliegenden Verfahren eine eigene Dynamik auslösen wird und wenn ja, in welche Richtung diese dann weist, ist im Moment nicht vorhersehbar. Darin liegt ein weiterer Grund, sich am Verfahren zu beteiligen.

Christian Walter

Why Germany Should Join Sides with Israel before the ICJ in its Defense against South Africa's Accusation of Genocide



doi: 10.59704/21c2af871ba3fada

Yesterday and today, the ICJ heard an [application for provisional measures brought by South Africa](#), in which Israel is accused of the particularly serious crime of genocide against Palestinians in Gaza due to its reactions to the Hamas attacks of 7 October 2023. Leaving aside specific questions of “provisional measures”, the proceedings raise fundamental questions of the determination and attribution of the “intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such” ([Article II of the Genocide Convention](#)). In proceedings initiated by The Gambia against Myanmar concerning the genocide of the Rohingya in 2019, similar questions of attribution and evidence arose. In November 2023, Germany, together with Denmark, France, the Netherlands, the United Kingdom and Canada, took a position on these issues by way of an intervention under [Article 63 para. 2](#) of the ICJ Statute and [supported The Gambia's position](#) as applicant. This participation in the proceedings, as well as other reasons to be explained below, speak in favor of also declaring an intervention in the proceedings between South Africa and Israel – in this case, however, with the aim of supporting Israel as defendant and countering the South African argumentation.

Characteristics of intervention before the ICJ

The ICJ Statute provides for intervention by third states in two different forms. First, there is the possibility of intervening if a state considers that its own legal interests may be affected by pending proceedings (Art. 62 para. 1 ICJ Statute). This is unlikely to be an option for Germany in the current proceedings, even considering the special historical connections between Germany, Israel and the Genocide Convention. Ultimately, Germany is not differently affected than any other party to the Genocide Convention.

Apart from this, a state may also intervene if a pending case concerns the interpretation of a multilateral treaty to which the intervening state is also a party (Art. 63 para. 2 ICJ Statute). The interpretation of a multilateral treaty has a high precedential effect for all other contracting parties, regardless of the judgement merely having a bilateral binding effect between the parties to the dispute (Art. 59 ICJ Statute). Therefore, all other contracting states are being given the opportunity to participate without having to assert a specific legal interest of their own. This general purpose of an intervening party under Article 63 para. 2 ICJ Statute can be regarded as largely consented, despite many other unresolved issues in the law of intervention. It also formed the basis for the declaration by Germany and its partners in the proceedings between The Gambia and Myanmar mentioned at the beginning of this post. This purpose also explains why – in contrast to the notion of intervention in many domestic settings – the intervention does not have to be declared explicitly in favor of one of the parties to the dispute. The focus is rather on protecting one's interest in a particular interpretation of the treaty than on supporting one of the parties to the dispute. Notwithstanding this, the decision on a declaration of intervention naturally also has a considerable political dimension – as is the case with much of international law. This becomes very clear in a [press release by the Federal Foreign Office](#) on the declaration of intervention in the proceedings between The Gambia and Myanmar, in which, on the one hand, basic questions of the interpretation of the Genocide Convention are addressed, but on the other hand, a clear position is taken in favor of The Gambia and thus against Myanmar. The political positioning is even clearer in Germany's declaration of accession in a third current case based on the Genocide Convention, namely the one between Ukraine and Russia

(see, for example, the analysis in German [here](#)).

Why should Germany declare an intervention in the proceedings between South Africa and Israel?

Firstly, because of continuity. The proceedings between South Africa and Israel are the third to be brought before the ICJ within a comparatively short period based on the jurisdiction clause in [Art. IX of the Genocide Convention](#). As just mentioned, Germany submitted a declaration of intervention in the two previous proceedings. In the proceedings between Ukraine and Russia, Germany expressly justified its declaration of intervention with its own history ([para. 14](#)). If Germany's own history was part of the motivation for the declaration at that time, in order to be consistent, this must apply even more regarding an accusation of genocide brought against Israel. This does not mean that, for historical reasons, Germany must defend Israeli positions unconditionally or in a one-sided manner. But Germany's historical responsibility does mean that it must make every effort to ensure that the Genocide Convention is interpreted and applied appropriately, especially in the Middle East.

Although intervening parties do not become parties to the dispute, they acquire their own procedural position, which includes, for example, the possibility to submit written statements and participate in oral proceedings ([Art. 86 Rules of Court](#)). These opportunities for participation are an important instrument for exercising responsibility for the Genocide Convention.

Moreover, an intervention gives Germany the opportunity to clarify and further develop its own position formulated in the declaration of intervention in the proceedings between The Gambia and Myanmar. In this intervention, a strong emphasis was placed on sexualized violence, violence against women and children, and the creation of conditions of life calculated to bring about its physical destruction. In view of the terrible humanitarian situation in the Gaza Strip, these aspects become once again of fundamental importance in the present proceedings. South Africa's application argues with an extensive list of measures described as "genocidal acts" ([paras. 43 et seq.](#)), which are closely linked to Israel's massive use of military force and demonstrate the unbearable current living conditions. However – and in this respect the situation in the Gaza Strip differs fundamentally from that of the Rohingya in Myanmar – the military conflict between

Israel and Hamas must be taken into account when conclusions about a possible genocide are to be drawn from the extent of the use of military force and from the extent of destruction of civilian infrastructure. South Africa completely ignores Israel's self-defense situation. This is not to say that all of Israel's actions are covered by the right to self-defense and are therefore justified. However, even excessive self-defense does not automatically constitute genocide, but "merely" a violation of international law. Thus, the alternative "Self-defense or Genocide?" (see the heading of an article in German linked [here](#)) is a simplified and incorrect description of the situation. The same also applies to possible violations of international humanitarian law or human rights guarantees. Even if they exist, they do not automatically establish genocidal intent.

One of the central legal questions in the ongoing proceedings will be how and when the "intention to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious, as such" can be inferred from a combination of the massive use of military force and statements made by political leaders and other officials during an ongoing military conflict (some of which are difficult to bear...). In that regard, plausible alternative interpretations must not be completely ignored. The ICJ expressly declared this in connection with the Yugoslavia conflict: "[...] in order to infer the existence of *dolus specialis* from a pattern of conduct, it is necessary that this is *the only inference that could reasonably be drawn from the acts in question*." (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3, para. 148). Regarding the measures taken by Israel, such a plausible alternative interpretation does exist. The military measures could be understood as aiming at the destruction of the Hamas terrorist network and not to annihilate the Palestinian population. Thus, even though the high number of civilian deaths and the enormous material damage are appalling, they do not automatically prove the intention of genocide. The repeated requests to the civilian population to leave certain parts of the area or the observance of the duty to warn and set a deadline before withdrawing protection from a civilian hospital when it is "used to commit, outside their humanitarian duties, acts harmful to the enemy" (see [Art. 19 IV Geneva Convention](#)) are two concrete examples of precautionary measures taken by the IDF which may speak against such an intention.

Unfortunate focus on the accusation of genocide

By way of conclusion: It is, of course, to be welcomed in principle that the South African application leads to the emotionally and politically highly charged conflict between Israel and Palestine being channeled into arguments of law, which by its nature promises a rational and structured form of dealing with disputes. As the “principal judicial organ” of the United Nations (Article 92 of the UN Charter), the ICJ is also the appropriate forum. However, it must not be overlooked that the scope of the ICJ’s jurisdiction depends on prior consent by the parties to the dispute. Under the Genocide Convention, the contracting parties declared their consent to the jurisdiction of the ICJ as early as 1948. Unfortunately, however, this does not apply to most of the other rules applicable to

the conflict between Israel and Palestine. Therefore, the ICJ lacks jurisdiction with regard to international humanitarian law, international human rights guarantees and, above all, the UN Charter and the right of self-defense. This limitation leads to a very unfortunate focus of public attention on the accusation of genocide and, at the same time, limits the ICJ’s options regarding its decisions. It is not foreseeable whether the overly narrow focus on genocide will trigger a dynamic of its own at later stages of the present proceedings and, if so, in which direction such a dynamic will point. This uncertainty in further development is another reason for Germany to participate in the proceedings.

I am indebted to Narin Nosrati for her support in translating the German version of this post.

Antje Wiener

Staatsräson: Empty Signifier or Meaningful Norm?

A Fundamental Norm with Unknown Meaning

doi: 10.59704/5990f98b96c26ee3



Following the shocking Hamas atrocities against the state of Israel and its people on 7th October 2023, German state representatives keep voicing unwavering support for Israel: “(A)t this moment there is only one place for Germany. The place beside Israel. That’s what we mean by saying: Israel’s security is German *Staatsräson*”¹, Chancellor Olaf Scholz emphasised in the German Bundestag, confirming “full solidarity with the people of Israel” and **emphasising** “that Germany stands unwaveringly on Israel’s side.”

As this public claim leads beyond solidarity, which other states have also expressed in light of the Hamas atrocities, many wonder what – if anything – the Chancellor’s reference to the norm actually means *beyond* uttering moral support? For example, does it imply that, if and when required by Israel, troops of the German Bundeswehr will be dispatched to fight side by side with the Israel Defence Force? On public news channels in Germany and abroad, Scholz and his government have remained somewhat elusive at times even offering contradicting answers to the effect of ‘it won’t come to that’ (Habeck) vs. ‘even with military support’ (Baerbock).

What does the norm mean then?

The following draws on norm research in International Relations (IR) to identify potential behavioural instructions from the norm’s meanings-in-use in history, media, and science. Accordingly, *Staatsräson* is considered as a fundamental norm with broad moral reach, little specification of behavioural instructions, and therefore, the expectation of a high degree of contestation. To

generate behavioural instructions, the best-case scenario would centre on facilitating engaged public debate.² In the absence of constructive dialogue, the worst-case scenario would be objection and/or resentment.³ To identify the norm’s meaning and effect, IR norms research studies a norm’s enactment by groups of affected stakeholders. Based on the ethnographic method of ‘following the conflict’ to sites of contestation (i.e. media, policy documents or academic writings) meanings are identified, mapped, and evaluated.

Meanings-in-use: What Does History Say?

Defined as “the maxim for state action, the laws of motion for the state”⁴ *Staatsräson* is a contested maxim. Its intermittent ‘use’ over the centuries has not been straightforward. Therefore, it is helpful to retrace the norm’s quality taking shape through actual ‘use’. For example, in a comment on “politics without morals” Münkler recalls the use of “emergency powers” by warlords in besieged Florence in the 14th century. Here, a historical interpretation of the norm’s meanings-in-use points to Machiavelli’s political theory which “entails the core of what was to become *Staatsräson* in later times, or – when in disapproval – Machiavellism, namely, the subsumption of all ethical values under the survival of the state and the benefit of the fatherland.”⁵ However, over time, the two maxims of Machiavellism and *Staatsräson* came to mean different things. While Machiavellism became the description of politics that developed against the background of inefficient moral norms, *Staatsräson* represen-

¹ Also Staatsraison in German; English: ‘matter of state’ or ‘reason of state’; French: raison d’ état. This post works with the German word ‘Staatsräson’; 12-10-2023, details: <https://www.dw.com/de/olaf-scholz-deutschlands-platz-ist-an-der-seite-israels/a-67071937> (accessed 8-12-2023), emphasis added AW.

² Brunnée, J and S J Toope 2011, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge: CUP

³ Wiener, A 2018, *Contestation and Constitution of Norms in Global International Relations*, Cambridge: CUP

⁴ Jacobsen, M C 2009, *Ibid.* c.f. F Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neuen Geschichte*, Vol. I, München 1957, 1

⁵ Münkler, H 1983, *War Machiavelli ein Machiavellist? Die Ursprünge des Machiavellismus und der Staatsraison*, *Politische Vierteljahresschrift* 24 (3): 329-340, at 329

ted the attempt to replace the obsolete goal of facilitating moral life politically on the grounds of stability and self-preservation of the state.⁶

So where does this take us with regard to the norm's present behavioural instructions?

More recently, the norm was famously invoked by Chancellor Angela Merkel before the Knesset in 2008:⁷ “This historical German responsibility is part of the matter of state (*Staatsräson*) of my country. This means, that for me as German Federal Chancellor Israel's security is never negotiable. And if this is the case, then *these cannot be empty words* in the moment of truth.”⁸ Notably, on that occasion, the norm was not interpreted to mean that it carried any obligation for military support such as dispatching German troops to Israel's defence.⁹ Despite Merkel's appeal to fill the statement with meaning, some 15 years on, this has not been achieved. In the absence of clear behavioural instructions, a norm remains an empty signifier, leaving room for speculation. This concern was detectable by former Chancellor Helmut Schmidt's reaction cautioning that Merkel's statement was an “emotionally comprehensible, yet foolish view which could have serious consequences”.¹⁰

This observation notwithstanding, the norm has been revived several times thereby adding substance to Germany's special responsibility to “pay off a historical debt, to compensate victims of the Holocaust and protect the state representing them in exchange for rehabilitation and recognition of Germany as a “good” state.”¹¹ Two lines of interpretation prevail in the academic discussion: on the one hand, it is viewed as “motivated by the strate-

gic attempt of the German government to ‘whitewash’ its Nazi past”, on the other, it is emphasized as “the sense of guilt and moral obligation as driving a commitment to reconciliation”.¹²

In the present context, the prevailing ambiguousness of the norm creates a degree of uncertainty which undermines the German government's security discourse in so far as it actually generates a context of uncertainty, given the absence of clear behavioural instructions for implementing *Staatsräson*. For “the potential political impact of norms, considering that they are a social phenomenon which carries specific contextualised meanings (...) is prone to create contestation at best and conflict at worst when dealt with out-of-context.”¹³ This perception of uncertainty is enhanced by [discussions about contested compliance](#) – including on behalf of the German government – with international humanitarian human rights law.

*“What does *Staatsräson* actually mean”¹⁴ then?*

Meaning-in-use: What do the Media Say?

As Steinke notes, “These days, it conveys a sense of utter commitment for people to speak about *Staatsräson* which supposedly means that Germany stands in full support of Israel's security. Almost like a constitutional principle.”¹⁵ This interpretation is derived from a public statement on 26 October 2023 where Chancellor Scholz presented the German government's [position](#) that “Israel is a democratic State with humanitarian principles that guide it and therefore you can be sure that the Israeli army will observe the rules arising from international law in its con-

⁶Ibid.: 331.

⁷Chancellor Angela Merkel's Speech in front of the Knesset, in Die Welt, 18-03-2008: <https://www.welt.de/politik/article1814071/Das-sagte-Kanzlerin-Angela-Merkel-vor-der-Knesset.html>.

⁸Ibid.: 9, translation of German original text AW; emphasis added.

⁹Kaim, M 2015, Israels Sicherheit als deutsche Staatsräson. Was bedeutet das konkret? Aus Politik und Zeitgeschichte (3/ 18) 30-01-2015: <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/199894/israels-sicherheit-als-deutsche-staatsraeson/> (accessed 8-12-2023).

¹⁰For the German original title see: “Was heißt hier Staatsräson?” by Ronen Steinke, in Süddeutsche Zeitung, 18-11-2023, <https://www.sueddeutsche.de/kultur/staatsraeson-israel-deutschland-1.6304127?reduced=true> (accessed 23-11-2023).

¹¹Berenskötter, F and M Mitrani 2022, Is It Friendship? An Analysis of Contemporary German–Israeli Relations, International Studies Quarterly 66 (1): 2.

¹²Ibid.: 2.

¹³Wiener, A 2009, Enacting meaning-in-use: qualitative research on norms and international relations, Review of International Studies 35 (1): 175-193; p. 176.

¹⁴“Was heißt hier Staatsräson?” Ronen Steinke, Süddeutsche Zeitung, 18-11-2023 <https://www.sueddeutsche.de/kultur/staatsraeson-israel-deutschland-1.6304127?reduced=true> (accessed 23-11-2023).

¹⁵Ibid.: translation from German original text, AW.

duct. I have no doubt about that.” Against the backdrop of this statement, *Staatsräson* is a matter of belief, it certainly is “not a constitutional principle” as Steinke notes. And yet, “*Staatsräson* sounds hymnic, you can practically hear the tenor horns.”¹⁶ The point is echoed by a growing number of [media reports](#). Headlines such as “Israel: the difficulty with matter of state”, or “German matter of state: what does it actually mean?”¹⁷ reflect this general puzzlement.

And the German government’s [website notes](#): “It is the maxim, according to which the Federal Government acts. Especially in this difficult situation, it was important for Federal Chancellor Scholz to emphasise this during a meeting with Israel’s President Benjamin Netanyahu, once again.” As *ZDF*, Germany’s second main publicly-financed TV station, [notes](#): “(N)o comment of any of the German parties without this particular statement, these days. But there is no longer an agreement about what it precisely means.” As Marietta Auer [explains](#), *Staatsräson* actually means that the survival of one’s own state is valued above all. The interesting aspect in its current use, she says, is that here the survival of another state is made into the survival of one’s own state.

The following addresses the imbalance in the norm’s prescribed task (*i.e.*, enhance and maintain *security*) and its actually perceived message (*i.e.*, *insecurity* about its meaning).

Meanings-in-Use: What does Science Say?

Given that a norm’s meaning is constituted through everyday practice, iterated interactions about a norm’s meaning are ‘cue-giving’. Through this activity, the norm’s active meanings are shaped and the recognition of the norm’s meanings rises. This has an effect on the perception of a norm as – literally – meaningful. If the meaning is shared by the majority using the norm, it becomes powerful and is considered legitimate. This layer of social construction of a norm matters for all types of norms notwithstanding whether they are politically agreed or le-

gally grafted into treaties or constitutions.

Politicians have been asked what particular type of engagement with or for the state of Israel is implied by reference *Staatsräson* (*i.e.* financial aid, economic aid, military support). So far, these questions have generated mostly elusive replies. The answers matter, however, especially as people are struggling to identify and understand the norm’s meaning not only inside Germany’s increasingly multicultural society but also abroad. Without going into too much detail due to limitations of space a random account of social media posts for example on *BlueSky* or *Twitter/X* demonstrates a general cluelessness about the German government’s strategy from an international context, when noting, for example, that “Germany lost the plot” or asking: “What is the matter with Germany?”

So far, German voting behaviour at the UN ranks among the few public ‘cues’ offered with regard to the norm’s meaning. Yet, for implementation to have a lasting effect among designated norm-followers, it is vital to proceed in a mutually recognised procedure. In the best-case scenario, contestations evolve among respectful contestants with an interest in mutually elucidating learning, by contrast, in the worst-case scenario, contestations will lead to polarisation and enhanced political conflict. In liberal democracies, a scenario of balanced contestation is the preferred procedure. This would entail ‘reactive contestation’ (*i.e.*, opposition to the norm’s implementation) as well as ‘proactive contestation’ (*i.e.*, constructive engagement with a view to implementing the norm). To be successful, this procedure requires guidance such as an invitation to dialogue in local settings where the norm is discussed. In the absence of constitutionally defined meanings, enacting the norm requires a better understanding of its societal embeddedness and moral roots.

*To go beyond a statement of solidarity and enable a general disposition of moral support, more detail about the norm’s meaning is necessary.*¹⁸

¹⁶German: “Staatsräson. Das klingt hymnisch, man hört förmlich die Tenorhörner.” Süddeutsche Zeitung, 18-11-2023, <https://www.sueddeutsche.de/kultur/staatsraeson-israel-deutschland-1.6304127?reduced=true> (accessed 23-11-2023).

¹⁷Bayrischer Rundfunk, 26-10-2023, details: <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/deutsche-staatsraeson-was-bedeutet-das-eigentlich,TtnrdpA> (accessed on 29-11-2023), Deutsche Welle Nachrichten, Israel und Deutschlands Staatsräson: Was bedeutet das? (Engl.: Israel and German’s matter of state: what does this mean?”, AW), 16-10-2023, details: <https://www.dw.com/de/hamas-terror-gegen-israel-was-bedeutet-deutschlands-staatsraeson/a-67107688>.

¹⁸“Es ist eben kompliziert.” By Nils Marquardt in DIE ZEIT, <https://www.zeit.de/kultur/2023-10/debatte-israel-deutschland-nahost-konflikt/seite-3> (accessed 29-11-2023).

Meanings-in-use: An Invitation to Dialogue

A norm with few behavioural instructions and broad moral underpinning generates contestation, and this is necessary and desirable.¹⁹ Given the ambiguousness of the norm, the leading question is ‘What are the behavioural instructions carried by the norm?’ A recent post on *Verfassungsblog* centres on the finding of a “narrowing down of discursive options” (German: *Diskursverengung*) as an effect of the current use of *Staatsräson* in Germany. This constraining effect of *Staatsräson* is considered as a threat for “early career researchers” without tenure, like the author, who therefore chose to write under a pseudonym.²⁰

The German government’s public statements and their claim to stand by Israel based on the maxim of *Staatsräson* were addressed to German ‘citizens’ including residents who aim to obtain German citizenship. So far, apart from public statements of unwavering support, there is little to go by with regard to how the norm’s meanings are going to develop and to which effect. A norm without behavioural instructions is hard to implement and will generate resentment and deep contestation in the worst-case scenario. One constitutional change stands out: in Saxony-Anhalt, one of Germany’s 16 *Länder*, obtaining German citizenship now requires the applicant’s “written commitment to Israel’s right to existence and to condemn any actions directed against that existence”. The commitment is explicitly [linked](#) to German *Staatsräson*. It will be interesting to see whether this move will state an example for others to follow, or, whether it will

generate the opposite effect.

As the rough sketch of public engagements suggests, the general public is non-the-wiser. This state of bemusement is enhanced when speaking to observers from abroad. Against this background, it is arguable whether any instructions to act according to the maxim can, in fact, be successful. As this post suggests, quite the opposite may be the case. For only a contested norm can ever be perceived as a legitimate norm. In fact, critical dialogue enabling ‘proactive’ contestation is necessary in order to generate and reveal behavioural instructions. Currently prevailing non-dialogical forms of communication such as ‘open letter writing’ or ‘text-biting’ on social/media are counterproductive for this purpose. They contribute to hardening the situation of uncertainty and ignorance, thereby paving the ground for novel hidden narratives about *Staatsräson*. The advice for those with the responsibility to act upon and with an interest in actively upholding the norm would therefore be to embrace an invitation to public dialogue.

I would like to thank colleagues and friends for discussions and an expressly formulated interest in a post discussing the norm of Staatsräson; for encouragement to write this post I thank Max Steinbeis; and for very helpful comments on earlier versions I would like to thank Tanja Börzel, Sibilla Drews, K M Fierke, Maren Hofius, Hanna Pfeiffer, Tony Lang, Wera Reusch, and Jan Wilkens. Responsibility for this version is exclusively the author’s.

¹⁹Deitelhoff, N and L Zimmermann (2019) Norms under Challenge: Unpacking the Dynamics of Norm Robustness, *Journal of Global Security Studies* 4 (1), 2-17.

²⁰Neumann, C 2023, Das Spannungsverhältnis zwischen Staatsräson und Grundrechten, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/das-spannungsverhaeltnis-zwischen-staatsrasen-und-grundrechten/> (accessed 18-12-2023) English translation, AW.

Itamar Mann

Managed Violence

Provisional Measures in South Africa's Genocide Application

doi: 10.59704/2c92943131b316c1



In its application to the International Court of Justice (ICJ), South Africa seeks a ceasefire as a provisional measure. However, after the oral arguments, it seems rather unlikely that the entire scope of the provisional measures will be granted. According to the Israeli newspaper *Ha'aretz*, Israeli experts are now expecting that the ICJ may indeed issue a provisional measure, albeit one that falls short of a ceasefire. In an [analysis](#) published by the Los Angeles Times, Rob Howse offered an idea of “suspended” provisional measures, “delaying their binding effect for a reasonable period of time.” As he explains, this will reduce the chance of Israeli non-compliance and protect the “credibility” of the Court. While his suggestion seems unlikely to me, it aligns with many assessments – including my own – that a measure imposing an end to the hostilities is not really in the cards.

This post seeks to offer some preliminary reflections on what a “softer” provisional measure would mean for the law and politics of the “genocide” category. Initially, such measures would slightly complicate predictions on whether and how Israel will comply, and how it will manage ramifications for its reputation. More importantly, I suggest that such provisional measures would almost inevitably position the Court, for the duration of the proceedings, in a position of quasi-bureaucratic governance. I call this *counter-genocidal governance*. As shown in other national security contexts, such judicial governance is a double-edged sword. While moderating certain aspects of state violence, it may legitimate others.

Provisional Measures Short of a Ceasefire

Let's assume that commentators predicting provisional measures short of a ceasefire will be proven right. What alternative provisional measures might the ICJ issue?

One example could be a measure that would seek to ensure and somehow oversee the sufficient entry of humanitarian aid, including food, medicine, and fuel, into Gaza. At the ICJ, Israel presented evidence of allowing humanitarian aid to enter Gaza and highlighted the

establishment of “humanitarian corridors”. This has reportedly been a point of contention between Jerusalem and Washington, with Washington seemingly gaining some ground recently. Israel's lawyers have even taken pride in a “floating hospital” off the coast of Gaza, presumably referring to a French vessel that has been nearby since November. However, by all accounts except Israel's, these provisions are still lacking, to say the least. Hunger and disease are spreading in Gaza, and by some accounts, Israel is currently starving civilians.

Another conceivable option is that the Court requires Israel to investigate suspects for incitement to genocide. In such a situation, it will be particularly interesting to see how the Israeli Judge Aharon Barak will decide. Could he join a provisional measure ordered against Israel that stops short of a ceasefire?

On the one hand, it is easy to understand why he would be very cautious about such an outcome. Even a limited provisional measure against Israel, shoehorned to the idea of genocide, will have significant symbolic implications for Israel. While such a measure wouldn't constitute a finding of ongoing genocide, it would be difficult to completely separate it from the broader genocide framework. And it is likely that the Israeli judge will hesitate to order even a limited measure if there is zero chance of compliance.

Even if the operative implications are limited, any injunction within the genocide framework would create an additional significant blow to Israel's reputation. An injunction limited to requiring an investigation into incitement by Israelis – something that Judge Barak may otherwise be able to support – would be difficult for him to allow within a genocide judgment. Not to mention the political ramifications that could ensue domestically. Judge Barak has been the most maligned enemy of the populist Israeli right, with many figures within this political faction often inciting against him. One can only imagine their jubilation if he decides to go along with an order from The Hague against Israel for incitement to genocide.

On the other hand, a limited order may be seen as one that does not significantly change the situation on the ground at this stage of the war. The Israeli military has recently announced that it has entered the “third stage” of the war, in which full-blown land incursion is replaced by more discrete military operations. Moreover, one may argue that a provisional measure imposing a duty to supply humanitarian aid and to investigate suspicions of incitement to genocide is an order that Israel has an *interest* in complying with. For one thing, there is now an urgent moral duty to do so.

Perhaps most importantly from its own perspective, a limited provisional measure from the Court could provide Israel with legal ammunition for continuing the low-intensity conflict — for a long time. Judge Barak’s critics have argued that his jurisprudence has provided legitimacy to the Israeli settlements and the military rule over Palestinians under indefinite occupation. Back in 2011, Omer Shatz and I made such an [argument](#) with regard to Barak’s famous torture decision. Granting legal legitimacy might catch Barak’s fancy now as well, drawing him to agree to a provisional measure that does not fundamentally change the patterns of IDF’s activity at this “third stage”. On the professional level, Israel could even comply with such a measure. The advantage would be that compliance would make it difficult to level new legal accusations against Israel’s actions in Gaza.

Counter-Genocidal Governance

Transforming the genocide application into a source of legitimacy for an extended war, even if in a different form, would be a remarkable development. On Saturday evening, Prime Minister Binyamin Netanyahu declared that “no one will stop us – not even The Hague”. Could it be that he is right, but not in the strongman sense he wants to convey to his local base? The intuition here is that under the ICJ’s supervision, Netanyahu will be able to pivot to a long-term and more “humane” campaign. The Hague will thus not stop the IDF but simply slow it down, at a moment when it has already decided, for its own reasons and those of Biden, to step on the brake. As Samuel Moyn has argued in a much-discussed [book](#), a “humane” war is easier to maintain endlessly. And as

many have observed, endless war is precisely what Netanyahu requires for his political survival.

This is the possibility of *counter-genocidal governance*. It is one in which the aim of ending Israeli violence is thwarted, and a goal of containing Israeli violence emerges to quell the eruption since the October 7th attack. As we have tried to show in our 2011 article, Barak invoked an absolute prohibition under law – that of torture – precisely to form a managerial orientation to security in which “torture lite” was still accepted. The *erga omnes* prohibition of torture has arguably been eroded since then. But the absolute *erga omnes* prohibition of genocide, it seems, is still alive and kicking. Imagine that this prohibition too will end up providing a managerial framework that tolerates “genocide lite”.

Such an outcome could promote new aspects of international bureaucratic oversight and reporting mechanisms. These might be dismissed in Israeli propaganda, yet at the same time flourish under the radar, to help manage a judicial process that may still take a long time. Indeed, even if the court does not decide to issue provisional measures, it is likely that there will be some aspect of counter-genocidal governance until the entire ICJ case is over. The professional and bureaucratic class will internalize the Court’s ongoing oversight, and at least partially reshape their actions. I don’t want to say too much about whether this is ultimately good or bad. If counter-genocidal governance can ensure that the displaced Palestinians return to rebuilt homes in Northern Gaza, then probably it is good. Because right now, such an outcome is far from guaranteed.

Ultimately, I find it difficult to imagine Barak joining an order against Israel in a proceeding related to genocide. If the Court decides to issue such a measure, it still seems to me more likely that he would prefer to write a minority opinion. But this is just a guess. If Barak chooses to distance himself from a majority issuing a provisional measure against Israel and write a minority opinion, he will likely lose influence on the content of such a measure. The result could be a majority decision with a harder line towards Israel, though still falling short of a ceasefire.

Adam Shinar

Free Speech in the Shadow of the Israel-Gaza War

doi: 10.59704/ce1eca77ffdf3bb4



Since Hamas' attack on October 7, and the war between Israel and Gaza that ensued, constraints on speech have become more widespread in Israel, both on the formal and informal level. Restrictions on anti-war demonstrations, police violence toward protestors, investigations and indictments for "incitement to terrorism" or "identifying with a terrorist organization" and other speech-restricting measures, have become the norm. At the much less discussed, informal level, Israeli media has largely embraced a non-critical position, failing to provide audiences with information as to the situation in Gaza, and providing almost all the analysis from an internal Israeli perspective. While this cannot be construed as a formal restriction on speech, it nevertheless speaks to the informal mechanisms that render criticism unpalatable during times of war.

War and the "Rally Around the Flag" Effect

Unsurprisingly, the war has enabled the government and other state authorities to constrain individual rights. During wars people tend to "rally around the flag", increasing their support of the state and its leaders, while minimizing dissent. In Israel, this has played out differently. Because a majority holds the government responsible for not preventing the attack, the rally around the flag is not about supporting the current government, but about supporting Israel more generally. This explains the rise in patriotic and national sentiments, very much divorced from those who hold actual power. It is against this background that criticism is perceived as defeatist, unpatriotic, or even treasonous, generating an "atmosphere of fear", whereas rights limitations are perceived as both rational and necessary, as is often the case in emergencies.

Soon after war erupted, the Commissioner of Police said in a briefing about potential protests against the war: "if you want to be a citizen of Israel – welcome. If you want to identify with Gaza, you're invited to do so. I'll put you on buses that go there now". Subsequently, the

Commissioner clarified that there will be no permits for demonstrations. Permits for demonstrations against the war or calling for a ceasefire, of the type that would have been granted prior to the war, have been denied, or secured with great difficulty. Yet permits for demonstrations by the right supporting the war or calling for Jewish settlement in Gaza were granted as a matter of course. Small demonstrations that do not require a permit have been violently dispersed or the police demanded permits, even though none were legally required.

A Changed Policy for Speech Offenses

The police and state prosecution have also initiated investigations and indictments on charges of incitement to terrorism and identifying with a terrorist organization, which largely target Israeli Arabs and focus on social media expressions. Importantly, prior to the war, the state prosecution had to sign off before the initiation of a police investigation, due to the sensitivity of criminalizing speech. But when the war began, official policy on speech offenses changed. The approval requirement was dropped, followed by an instruction to prosecute even in cases of a single speech act. Up until the end of November, the police conducted 269 investigations and indicted 86 people for supporting terrorism or for identifying with a terrorist organization.

Some were for speech that was objectionable, though not criminal. Others were for benign speech, for example expressing sympathy for civilian deaths in Gaza. In a particularly extreme case, police interrogated a Palestinian doctor doing her residency in an Israeli hospital, "suspected" of blocking her Jewish friends on Facebook and on Instagram. The investigation revealed that in reality the doctor had deactivated and then reactivated her account. The doctor was released, but her entry permit into Israel revoked, despite committing no offense. In another case that drew particular media attention, police arrested a Jewish civics teacher who, although condemning the attack

of October 7, posted on October 8 on Facebook a picture of a Gazan family killed by an Israeli airstrike, calling to “stop this madness”. Ultimately released without charges to date, a magistrate court approved and extended his detention where he spent four days in police custody, on suspicion of “deciding to commit treason”. Fired from his teaching position, a labor court [reinstated him](#) in January, finding a host of due process violations and of his speech rights. In yet another [case](#), the police detained, for two days, an Israeli Palestinian standup comic for posting a “story” on “Instagram,” captioned “the eye cries for the residents of Gaza”. While none of these cases led to an indictment, the mere prospect of being in police custody is sufficient to create a chilling effect, which is probably what motivates these detentions.

Further Formal Limits on Speech

Another mode of speech regulation significantly limited the possibility to generate speech in the first place. Since the war began, Israel has prohibited entry into Gaza through Israel without military approval, preventing foreign journalists from covering the war. Permits are granted occasionally, but only when the journalist is accompanied by military personnel and only to designated areas, arguably to ensure both the journalist’s safety and the safety of the troops on the ground. Notwithstanding the reasonableness of these claims, it [hampers](#) reporting from Gaza, by relying exclusively on journalists who were in Gaza prior to the attack (whose credibility is often challenged inside Israel) or social media. On its end, Egypt has also [closed the Rafah border crossing](#) to journalists.

Limits on speech rights are not limited to individual speech, but also extend to institutions. On October 20, the government [issued](#) emergency regulations that allow the Minister of Communications, with the consent of the Minister of Defense and the Ministers Committee on National Security, to shut down the broadcast of a foreign channel in Israel, which the Minister of Defense deems to be seriously harming the security of the state. The regulations also allow the Minister to seize all of the channel’s Israeli assets. So far, the Minister relied on the regulations to shut down “Al-Mayadeen”, a satellite channel aligned with Hezbollah. Initially, there were also plans to shut down Qatari based “Al Jazeera”, though those [were shelved](#) in light of Qatar’s mediation role in the release of hostages held in Gaza.

The Supreme Court’s Approach

During wars, the sense of urgency, loss of security, and a host of cognitive biases, facilitate the adoption of more restrictive policies. Crucially, [these biases are shared](#) by both the general population and the experts tasked with policy administration. It is thus not surprising that the state apparatus sought to constrain individual rights after war broke out. Courts too have not always been successful in sufficiently protecting speech rights.

Early on, the police refused to grant permits to demonstrations in two Arab cities calling for a ceasefire and an end to the war. The Organizers petitioned the Supreme Court, arguing that the refusal violates their right of free expression. The police responded that the demonstrations would incite violence and might escalate an already tense situation. Furthermore, police forces were already strained, and allocating additional police to secure the demonstrations would create undue hardship on the police especially in a time of war.

The Court, despite its liberal record on demonstrations, sided with the police. Although it recognized the demonstrators’ right to demonstrate, it held that resource constraints meant that the risk to public safety would be almost certain, thus diverging from its decades-long case law that viewed such arguments skeptically. However, the Court tried to cabin its decision to the unique circumstances at hand, [stating explicitly](#) that future cases will be examined on a case-by-case basis.

In subsequent decisions, the Court retreated. In a case concerning an anti-war demonstration in Tel Aviv, Judge Amit (who wrote the decision in the previous case) [stressed the importance](#) of the demonstration taking place to “remove the perception that the Arab sector and that side of the political spectrum don’t receive demonstration permits”. Furthermore, on January 18, the Supreme Court [issued a brief decision](#) authorizing an anti-war demonstration in Haifa. While the decision was not substantive, merely giving effect to an agreement reached between the police and petitioners (although the Court pressured police during oral argument to retreat from its initial decision), the Court concluded its decision by stating:

“We cannot end without stating what should be obvious: the possibility to demonstrate is not a special privilege, but a fundamental right. This applies even during war, even if practical aspects could limit the scope of the

permit. Moreover, threats of violence from third parties cannot serve as a consideration that undermines the right to demonstrate.”

While these two decisions indicate that the Court is returning to its pre-war stance, it is misaligned with the reality on the ground. The Haifa organizers petitioned the Court only when the police issued their third refusal. It is unclear how many demonstrations did not take place because organizers failed to petition the Court, or even decided not to hold a protest assuming it would be dismantled.

The Court also embraced a deferential approach in the foreign journalists’ case, described above. Upholding the Israeli ban on entering Gaza without military escort, the Court **dismissed** a petition filed by the Foreign Press Association in Israel, seeking unaccompanied and uncoordinated entry in order to cover the war. The Court stated that independent journalistic activity might compromise the safety of forces on the ground and thwart various military activities by exposing the location of Israeli troops. Moreover, granting the journalists’ request would require setting up an entry mechanism, which would require both diverting resources dedicated to the war effort, but also place the lives of those working there in danger.

Informal Restrictions on Speech

Aside from these formal restrictions on speech, there is another, more pervasive, self-imposed and perhaps more ominous type of silence, emanating from mainstream Israeli media (press, radio and television) since October 7. With few important exceptions, Israeli media has embraced a non-critical position, with few dissenting voices being heard. Almost all panelists and publicists are Israeli Jews, despite a 21% Israeli Palestinian minority. Gazans are not interviewed. Virtually no one challenges the continued war, nor the price it exacts from Israelis or Palestinians, unless it is from the perspective of releasing the hostages or disagreements about particular strategies. As **one reporter said anonymously**:

“This doesn’t come as an explicit instruction. It’s a type of vibe that doesn’t leave room for stories about victims in Gaza... “It’s surrendering to the public atmosphere that says that after such the disaster that happened to us, the enemy shouldn’t be heard. The problem

is that this hurts the reporter’s role, because the audience gets used to not treating the other side as human, and then they don’t understand why the whole world, which does see the pictures from Gaza, considers Israel as the aggressor.”

Mainstream news adopted an explicit patriotic stance, which filters reports and editorial decisions. For example, during oral arguments at the ICJ proceedings instituted by South Africa against Israel, Channel 12 news, Israel’s leading channel, decried the “hypocrisy” of proceedings against Israel and not Hamas, failing to mention that Hamas cannot be sued, only states can, and that no one initiated proceedings against Palestinians.

While the “rally around the flag” effect might explain this behaviour, journalists, contrary to ordinary citizens, possess a different **role morality**, which requires them to report facts, however unpleasant those may be. A second explanation might thus be that the press is deliberately suppressing statements and opinions in order to fit with prevailing and dominant views, leading to what Noelle-Neuman called the “**spiral of silence**”, for fear of being marginalized. The commercial model of the press, which renders it dependent on viewers, ratings, and ad revenues, increases the likelihood of this. Because deviation from the views of the median viewer risks alienation and audiences turning to more mainstream alternatives, self-silencing follows.

This self-censorship or limited dissent is consonant with shifting public attitudes. A series of public opinion polls conducted by the Liberty & Responsibility Institute at Reichman University reveals that the commitment to democracy and human rights has declined since the war began. For example, in July, 56% of the Jewish population believed that the government needed to do more regarding equality of Israeli Arabs. In November, a month into the war, this figure **dropped** to 41%. In July, 67% of respondents believed that freedom of speech should be guaranteed to people “speaking against the state”. In November, only 54% **stuck to that belief**. Similarly, in July, 37% of Jewish citizens believed that civil society organizations that harshly criticize the state should be banned, **rising** to 47% by November. In July, 45% of Jews thought that the right to vote should be revoked for those who refuse to declare that Israel is the nation state of the Jewish people. In November, 61% **held that view**.

Conclusion

Free speech restrictions in Israel, both formal and informal, have increased significantly since the outbreak of the war following Hamas's attack on October 7. After some initial waffling, and as the war progressed, the Supreme Court assumed a more decisive position on anti-war demonstrations, moving to protect free speech. Yet despite two favorable decisions, it is unclear that police have changed course and internalized these decisions. Moreover, the state (police and prosecution), buttressed by public sentiments, has succeeded in creating a chilling effect, where the mere voicing of criticism, especially when

coupled with empathy toward Palestinians, *can be conflated with treason* and trigger harsh responses, from police questioning to *hate speech* and attacks on social media.

In emergencies, *there is always the risk* that exceptional measures to confront a crisis will be normalized long after the crisis has passed. It remains to be seen what will become of free speech policy, both formal and informal, once the war ends. And yet, many of the measures could have been avoided given what we already know about civil liberties in wartime. This is as regrettable, as it was foreseeable.

Itamar Mann

Counter-Genocidal Governance

A social-legal perspective on litigating the crime of crimes

doi: 10.59704/39741a30234e4d48



The International Court of Justice’s decision regarding South Africa’s request for provisional measures in its genocide case against Israel is expected tomorrow. Whatever the Court decides, it is worthwhile noting that the impact of the process is already evident. And any provisional measures that may be given, will shape a years-long and likely tense dialog between Israel and the Court, as well as third countries. One of the fundamental insights of law and society is that the significance of legal process often outweighs its outcome. In his 1979 classic, “The Process is the Punishment,” Malcolm Feeley called upon readers to pay attention to this aspect of criminal procedure. The current process in The Hague is not criminal, nor is punishment due. Unlike the International Criminal Court Prosecutor’s investigation, it is at least in theory not directed towards individuals, or towards shaping their behavior. Yet, for better or worse, it will do exactly that. The basic insight on the primacy of process may apply here as well.

After hearing South Africa’s arguments, many lawyers (including [myself](#)), speculated that even if the provisional measure is granted, the likelihood of Israel being held responsible for genocide at the end of the day is small. “You don’t need a crystal ball” to say that, observed Marko Milanovic on EJIL’s [podcast](#). Ultimately, however, time is precisely what will tell. To assess the merits phase appropriately, it’s essential to remember that the Court cannot press a button, freeze the current situation, and issue a judgment based on what we know. Everything that will happen for the duration of the proceedings, over the next two or three years at least, will continue to build evidence until, finally, the owl of Minerva will spread its wings.

My purpose in this post is to provide some provisional reflections on how that may work. In doing so, I will expand a bit on a notion I’ve tried to develop in a previous post, that of [counter-genocidal governance](#).

“Intent to Destroy” and Jus Post Bellum

The first and perhaps the most important process that will continuously shape the merits is the Israeli discussion on the “day after” or, more precisely, the absence thereof. Under the Genocide Convention, the ICJ will examine whether Israel had the intent to “destroy” the Palestinian people in Gaza “as such” (Article 2). Whether convincing or not, Israel’s rebuttal in the provisional measures hearing two weeks ago was ultimately simple: Israel has no intent whatsoever to “destroy” the Gazans. Israel’s intent has been and still is to provide security for its citizens (and bring back the hostages). However, if Gaza’s 1.9 million displaced people will not be able to return to their homes, it will become harder and harder to maintain an argument about defensive intent. Indeterminate displacement looks like something else (one such thing is the [Nakba](#)). Israel’s legal defense, even if currently visible sans a crystal ball, will thus gradually deteriorate.

Recently, right-wing politicians, including from the ruling Likud party, came together for the “Victory Conference”. The stated goal of this conference was to promote a solution of conquering and settling Gaza. More or less at the same time, Israel’s foreign minister, Israel Katz, pitched to EU foreign ministers the [idea](#) of building an artificial island off Gaza’s shore for Gaza’s residents. Katz’s idea is grotesque, but less extravagant ideas of forced displacement are regrettably not merely on the fringe of Israeli politics. Any movement forward with such ideas, on the policy level, will send a clear signal to The Hague: from the Court’s legal perspective, any steps taken to realize such policies would strengthen the case that Israel is indeed violating the Genocide Convention.

Already now, South Africa can argue that Israel’s determined avoidance of discussing political solutions for “the day after” reflects the intention that there will be no such day for Gazans. If I were a legal advisor to the Israeli government, I would urgently convey a message: The process in The Hague transforms the need to show a plan for

Palestinian life in Gaza after the war. No longer is it simply an advisable policy. Showing such a plan has become a legal duty.

A body of scholarship has attempted to conceptualize “*jus post bellum*” – the obligations of states after war. But even assuming the concept has not so far been cemented in positive law, a certain version of it may have real legal bite even before the war is over. At issue, once again, is a potential due diligence requirement imposed upon Israel, to show over an extended period, that it is not content simply “to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. The latter is a likely outcome of a war with no plan for reconstruction.

Complementarity at the ICJ

As Israel’s *actual* governmental legal advisors know, another issue that will be under international scrutiny, whatever provisional measures are granted, is criminal proceedings. On Sunday, Israeli sources reported that the country’s Attorney General, Gali Baharav Miara, opposes a proposed Bill introduced by Member of the Knesset Simcha Rotman. According to the Bill, suspected Hamas combatants will be denied legal representation. Her rejection of this measure seems rather elementary. What is more interesting in the present context is her reasoning, which was that the legislation would harm Israel’s legitimacy in light of South Africa’s genocide case.

In other words, it seems the Attorney General is concerned that denying representation will negatively influence Israel’s chances of defending itself against the charge of genocide. To be sure, the right to a fair trial is not mentioned in the genocide definition, nor is it necessarily a central pillar of the notion of genocide, as developed by international tribunals. Genocide usually refers much more directly to acts of direct and enormous violence. But the Attorney General may be right that such a heinous violation of due process may generate greater indication that Israel’s general intentions are genocidal.

This dynamic of medium-term ICJ oversight of domestic policies is what I call counter-genocidal governance. Oversight of criminal proceedings will not only focus on proceedings against Palestinian suspects. After the first hearing at the ICJ, a recording of an Israeli officer circulated online, in which he declared: “We need to make sure that wherever the IDF encounters Gaza, there will be destruction.” South Africa’s legal team will undoubtedly continue to highlight such statements. They will seek to pro-

ve intent to destroy not only in the words of Israeli leaders or in the Israeli cultural environment (as documented in their initial written application). Not less important will be the words of commanders on the ground, which may form the basis for more localized allegations of genocide, not necessarily encompassing the entire Gaza campaign. Excuse me for imagining myself, once again, in the shoes of the Attorney General: I would rush to launch a criminal investigation against this officer and make a systematic effort to reach others. Such an investigation could have some leverage in preventing the conclusion that his statement reflects Israel’s intentions as a state.

The notion of “complementarity” is familiar from the Rome Statute and applies in the context of the ICC, not the ICJ. Under Article 17 of the Rome Statute, complementarity means that the ICC will not have jurisdiction when states fulfill their own role in prosecuting international crimes. However, reflecting a little bit more on how counter-genocidal governance might work, may suggest that something like complementarity may emerge here too. According to this analogous dynamic, the more Israel uses its legal system to mitigate the harms of war, the less likely it is that the ICJ finds against Israel on the merits. Conversely, the more Israel’s legal system ignores the destruction wrought so far, or is used to expand destruction, the greater the chance that Israel will be found liable.

Before this war started, Israel was in the throes of a constitutional crisis. The professional class of government lawyers, including Baharav Miara personally, was often chastised by populist politicians. Counter-genocidal governance, in which government lawyers attempt to caution politicians of actions that will incriminate the state at the ICJ, may feed a new iteration of this crisis. Domestic politicians may instrumentalize the kind of “complementarity” that will emerge in the context of South Africa’s genocide case, as an excuse to further attack Baharav Miara – for their own needs. It is far from clear that the Attorney General’s office is presently strong enough to give a real fight back.

Here too, the analogy with ICC procedures is salient. As Sarah Nouwen has shown in her 2013 [book](#), the ICC’s complementarity has often generated unexpected political dynamics among domestic actors, who made their own use of the ICC. Indeed, an entire body of work supporting these insights in various ways comes to mind. Note an earlier work by [William Burke-White](#), and a more

recent piece by my colleague [Yahli Shershevsky](#).

Conclusion

The two examples above illustrate the international oversight that a professional class of Israeli government lawyers has partly internalized due to South Africa's application under the Genocide Convention.

While both examples present significant questions about how the merits phase will play out, they are not comprehensive. To quickly just mention one more, it is likely that medium-term oversight of Israel's destruction of Palestinian cultural institutions may yield observations that are relevant to the genocide charge. Depending on whether Israel helps Gaza to rebuild, these observations may reflect more favorably or more damningly on Israel's conduct. In the current political climate, I'm con-

cerned that the latter might be the case.

If a provisional measure is issued against Israel tomorrow, the counter-genocidal governance of the country's policies will intensify significantly. This intensity will vary in pattern according to the provisional measures' scope.

Contrary to the professional and bureaucratic class, elected officials will most likely not accept the reality of counter-genocidal governance. Naturally, they will argue that this kind of oversight is undemocratic, and not in line with the will of Israeli citizens. But from a legal perspective, the outcome will nevertheless be clear: as long as the proceedings continue, resistance to the watchful eye of the Court will harm Israel's legal defense. Israel's policy today and in the coming months will shed light, retrospectively, on actions already taken in this war.

Khaled El Mahmoud

Measuring with Double Legal Standards

Germany's Intervention in Support of Israel before the ICJ
doi: 10.59704/1c5ec794a420161f



Over the past three months, the allegation that Israel may be committing acts of genocide in Gaza has been transformed from a rallying cry into a [contentious case](#), accompanied by a request for the indication of provisional measures, before the International Court of Justice (ICJ). On 12 January 2024, the German Government released a [press statement](#), announcing its intent to intervene as a third party under Article 63 of the Statute of the ICJ (ICJ Statute). Germany's decision may not appear startling given that it had previously intervened in both genocide proceedings against [Russia](#) (*Ukraine v Russia case*) and [Myanmar](#) (*Rohingya case*). However, in the latter case, Germany joined Gambia in upholding a *purposive* construction of Article II Genocide Convention, which would seem to present a serious obstacle to support Israel. Thus, this contribution investigates whether Germany, in its intervention in the *Genocide in the Gaza Strip case*, would be able to abandon its previous submissions in the *Rohingya case* and instead adopt a more restrictive construction of the Article II Genocide Convention.

Germany's Purposive Construction in the Rohingya case

At a [press conference](#) on 15 January 2024, a spokesperson for the Federal Foreign Office, in response to a query as to why Germany had dismissed South Africa's claims without any prior assessment, stated that, the Foreign Office 'cannot see [a genocidal] intent in Israel's actions'. Therefore, it would appear reasonable to assume that the latter will argue in its intervention that Israel lacks genocidal intent. Given Germany's submissions in its intervention in the *Rohingya case*, this may prove an arduous task.

In its intervention in the *Rohingya case*, Germany observed that the ICJ's 'standard of "the only inference that could reasonably be drawn" [sets the bar unduly high](#)' [p. 12, para. 51]. Consequently, it proposed that the Court should 'adopt a balanced approach that recognizes the special gravity of the crime of genocide, without rendering the threshold for inferring genocidal intent so difficult to meet so as to make findings of genocide near-

impossible' [ibid].

Furthermore, Germany argued that the '[\[l\]arge-scale killing](#) of group members is the most obvious and immediate manifestation of an intention to destroy a group in whole or in part' and that 'other acts such as injuring [...] members of the targeted group may also strongly evidence an intent' [p. 13, para. 56]. In the same vein, South Africa took the view that 'the [vast number of civilians](#) killed and injured' clearly infers genocidal intent [p. 65, para. 103].

Germany also argued 'that the [targeting of children](#) is relevant to the determination of specific intent' [p. 16, para. 71]. Concerning the underlying acts of genocide, Germany held that 'there is a lower threshold for "serious bodily or mental harm" when the victim is a child' [p. 9, para. 40].

Moreover, Germany acknowledged a potential [link between genocide and forced displacement](#), observing that '[a]lthough forced displacement of persons does not in and of itself amount to an enumerated underlying act of genocide, [...] forced displacement may [nevertheless], depending on the facts, lead to the underlying acts of genocide' [p. 10-1, para. 45]. Germany also pointed out 'that a violent military operation triggering the forced displacement of members of a targeted group may similarly contribute to evidence of a specific intent to destroy the protected group, *regardless* of whether the acts triggering the forced displacement fall within one of the five categories of underlying acts of genocide' [p. 17, para. 74]. Similarly, South Africa argued that the [forced displacements in Gaza](#) should be considered genocidal [p. 39, para. 60].

When assessing whether there is specific intent, Germany further noted that UN reports 'must be regarded as having particular *probative* value in establishing [a] specific intent' [p. 17-8, para. 76]. In line with this, South Africa extensively referenced the reports and statements of the UN and its experts in its [application](#), directly citing passages from these sources to support its claim that Israel

has genocidal intent [p. 67-70, para. 108].

During the period from 7 October 2023 to 23 January 2024, at least 25,490 Palestinians were killed, and 63,354 Palestinians were injured in Gaza. As of 22 January 2024, Israel's attacks have resulted in the deaths of 11,000 children. Since 7 October 2023, 1.9 million people, representing 85% of Gaza's population, have been forcibly displaced [as discussed in relation to the *evacuation order* dated 13 October 2023] and are increasingly at risk of *starvation* due to the ongoing siege, which severely restricts access to humanitarian aid. Considering these facts and Germany's submissions on the construction of Article II Genocide Convention, it appears virtually inconceivable that Germany would be able to intervene in the *Genocide in the Gaza Strip case* without returning to a stricter construction. This assumption is further supported by the fact that, as things stand, Germany's submissions in the *Rohingya case* appear to either confirm or even strengthen South Africa's position. Accordingly, the question becomes whether the ICJ would admit Germany's intervention if the latter were to return to a more restrictive construction.

Returning to a More Restrictive Construction?

This situation has never occurred so far. However, the Court's 1951 *judgment* in the *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)* may provide some guidance on the matter. In that case, Cuba's intervention was opposed by Peru, which argued that it was inadmissible because it sought to appeal an earlier judgment of the Court, namely the 1950 judgment on the *Asylum case*, involving the same parties and Cuba as an intervening third State. Consequently, the ICJ found that Cuba's intervention was 'devoted almost entirely to a discussion of questions which the [earlier judgment] had already decided with the authority of *res judicata*, and that, to that extent, it does not satisfy the conditions of a *genuine* intervention' [p. 77]. However, the Court acknowledged that Cuba's intervention could not be completely disregarded, as it included at least one 'aspect which the Court had not been called on to consider in its [earlier judgment]' [ibid]. The ICJ, therefore, found Cuba's intervention to be *genuine* and concluded that:

'Reduced in this way, and operating within these limits, the intervention of the Government of Cuba conformed to the conditions of Article

63 of the Statute, and the Court [...] decided [...] to admit the intervention' [ibid].'

In the *cas d'espèce*, the situation is slightly different insofar that the ICJ has not yet ruled on the merits of the *Rohingya case*. However, it should be borne in mind that the ICJ will have ruled on the merits of the latter case long before it decides on the *Genocide in the Gaza Strip case*. Assuming that the ICJ would adopt Germany's purposive construction of Article II Genocide Convention in the *Rohingya case*, the latter would be precluded from reverting to a more restrictive construction in the *Genocide in the Gaza Strip case*, as the construction given by the Court's judgment would be *binding* upon it with the force of *res judicata* under Article 63(2) ICJ Statute.

Based on this finding, it is appropriate to infer that an intervening State should also be bound by the construction given in a previous case, even before a judgment is delivered, to the extent that it can only raise new aspects in subsequent cases which the Court has not been asked to consider. This is supported by the fact that it takes the ICJ several years to rule on a case. In the absence of any such binding effect prior to the judgment, an intervening State would be free to shift its position and advance varying constructions each time the convention in question is subject to a case.

However, unlike the *Haya de la Torre case* and the *Asylum case*, the parties involved in the *Rohingya case* and the *Genocide in the Gaza Strip case* are not identical. This raises the question of whether a third-party State can construct the same provisions differently in a subsequent case where the parties are not the same.

Given the permissive nature and the low admissibility threshold of Article 63 ICJ Statute, allowing States to do so would inundate the ICJ with endless interventions, impeding the judicial process and thus running counter to the principles of sound administration of justice and procedural efficiency. Furthermore, this conduct undermines the very purpose of Article 63 ICJ Statute, which aims to ensure a consistent construction of the relevant convention rather than to assist the parties to a case. Such a misuse of Article 63 ICJ Statute could lead to a disregard of the principle of equality of the parties. In light of these issues and the *resurrection* of the procedural mechanism under Article 63 ICJ Statute with an unprecedented number of 33 intervening States in the *Ukraine v Russia case*, a cautious approach is warranted.

In conclusion, Germany should be held to its previous submissions in the *Rohingya case* and should not be permitted to return to a more restrictive construction *in pari materia*. Germany may, however, submit a construction to such aspects, which the ICJ has so far not been required to examine. *Reduced in this way and operating within these limitations*, it could still present a submission to the Court.

Limited Scope

Yet, submissions of third-party States cannot address the underlying facts of the dispute, nor can they address the question of how the provisions of the Genocide Convention should be applied to the facts of the case. That was recently confirmed by the ICJ in its [Order](#) of 5 June 2023 in the *Ukraine v Russia case*, clarifying that:

‘[T]o the extent that some declarations address other matters, such as the existence of dispute between the Parties, the *evidence*, the *facts* or the *application of the Convention in the present case*, the Court will not consider them.’ [p. 17, para. 83].

Therefore, Germany’s submission in the *cas d’espèce* cannot address the question of whether a specific intent can be inferred from Israel’s actions or not. Nor is it possible for Germany to make a [factual distinction](#) between the situation in Israel and that in Myanmar. The intervention

must be narrowly confined to observations relating to the construction of the Genocide Convention’s provisions.

Concluding Remarks

Less than two hours after Israel had closed its pleadings, Germany announced its politically motivated intention to intervene as a third party in the case. Therefore, it can be assumed that Germany did not take sufficient time to conduct a comprehensive assessment prior to its decision. At all costs, it sought to be perceived as being on Israel’s side. This assumption is reinforced by the fact that 12 January 2024 also marks the 120th year since the start of the Herero and Nama uprising against German colonial rule in what is now Namibia, which was so brutally suppressed that it culminated in a gruesome genocide.

Attempting to delegitimise South Africa’s claims by accusing it of [politicising and instrumentalising](#) the Genocide Convention was perceived as a very disturbing way to announce an intervention, especially by States of the Global South. In fact, the Namibian Presidency expressed its ‘[deep concern](#) with the shocking decision’. Thus, Germany’s intervention in support of Israel seems to evoke memories of a time when the world was still judged by double standards, one for the coloniser and one for the colonised.

Regardless of whether Germany succeeds in its legal effort to support Israel in this case, the political repercussions of this intervention are already palpable.

Itamar Mann

Provisional Measures as Tools of American Empire

doi: 10.59704/dfd44712f4c15a3d



One could feel the weight of history on her shoulders, as Judge Joan Donoghue, President of the International Court of Justice, read the provisional measures order in *South Africa v Israel*. Her hand reached several times for the glass of water. Carefully, and with an occasional sip of water, she walked her viewers on the ICJ's streaming service from one provisional measure to the next. To name just the most important ones here: "to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide"; "to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance"; to "submit a report to the Court on all measures taken to give effect to this Order within one month". As she proceeded something that no Israeli commentator predicted gradually became clear: The President herself had signed all of the orders against Israel.

By first zeroing in on the role of the American judge, this post describes how the provisional measures decided upon, ultimately correspond to a larger project of global American governance. As I will argue the US Executive Branch is likely to take a lead role in interpreting the provisional measures, further cementing their place as tools of empire.

Israel's Turn East

At least part of the history on Donoghue's shoulders was that of Washington's fraught partnership with Jerusalem. To appreciate how this may influence the implementation of the provisional measures order, one must first go back a few years. Around 2018, the Trump administration advanced the "Deal of the Century" – an ostentatious peace plan, also designed to tighten American hold in the Middle East. In this context, Trump sought to end American contributions to the UN Palestinian refugee agency, UNRWA. At the time, this had nothing to do with terrorism allegations, but rather reflected an embrace of a long-held Israeli position: UNRWA had preserved the Palestinian refugee problem, and thus became an obstacle to peace in the Middle East. Biden subsequently reversed

Trump's decision, but the agency's resources nevertheless diminished.

Yet, against the backdrop of a perceived decline of American empire, Jerusalem did not seem impressed by Trump's Middle Eastern policies. As early as 2015, the Shanghai International Port Group concluded a concession agreement to run a new extra-territorial port in the northern Haifa bay. Plans progressed, and in December 2018, rumors had it that the White House was quite upset about Israel's reorientation eastward. According to reports, the United States Sixth Fleet planned to avoid Haifa altogether, supposedly wary of Chinese espionage.

Prime Minister Naftali Bennett's short-lived "government of change" signaled, rather, a continued quest for new allies. The trend reached its peak when in late February 2022 Israel rejected an American request to vote against Russia and its invasion of Ukraine at the UN, and support an immediate ceasefire. Old guard national security establishment experts warned that these adventures were unnecessary and dangerous. But in an era of waning American power, others perceived them as a prudent diversification of the country's national security investment portfolio.

Back to Client Dimensions

Then came October 7, and quickly dispelled any illusions of Israeli national security independence. In the first weeks of the war, Biden emerged as a father figure for the orphaned Israeli people. The American fleet quickly arrived in the Eastern Mediterranean. But at its tail end, the fleet also delivered two demands, that were since largely left unheeded: that Israel minimizes harm to civilians, and that it works to devise a diplomatic plan for "the day after". Towards the end of January, this dual approach of military support alongside a call for restraint solidified into three rather dramatic measures, which I would like to read as mutually reinforcing: first, a major military aircraft deal, to further arm the Israeli air force (January 25); second, the International Court of Justice deci-

on imposing provisional measures amounting to a framework of counter-genocidal governance upon Israel (January 26); and third, an American decision to freeze funding to UNRWA (January 26).

But is it not completely misguided to see the International Court of Justice provisional measures order as one of the pillars of American policy in the region? 17 judges of very different backgrounds and orientations heard the arguments, several writing dissenting or separate opinions. Why make it sound like the Court is somehow captured by American interests?

By linking Israel to genocide, but not insisting on a ceasefire, the ICJ wrote an opinion that may quickly become a critical aspect of Biden's foreign policy. To be sure, I do not intend to suggest that President Donoghue led to this result consciously, nor do I want to say that her independence was compromised, or any similar conspiracy. But in reaching an agreement among a majority of judges that may prove useful for the Biden administration — and maybe even beyond — it is likely that she had a key role. It is safe to assume that in doing so, Judge Donoghue upheld her deepest convictions. She thus reflected what the French sociologist Pierre Bourdieu called her "habitus", namely, assumptions and preferences that reflect her background and social embeddedness. In her previous role, Judge Donoghue was the legal advisor at the US State Department. As Harold Koh said in an [interview](#) on PBS, following the provisional measures decision, the International Court of Justice "says only what we have been saying to the Israelis anyway [...]" Koh succeeded Judge Donoghue at the State Department before she left her position for the ICJ.

The U.S.'s Role in Interpreting and Implementing the Provisional Measures

In his 2021 book "Humane", Samuel Moyn characterized American foreign policy as an endless war, which is "humanized" and therefore tolerated due to the legitimization effect of law. It is easy to surmise, along with him, that an endless war will be the practical outcome of the ICJ provisional measures order. This is the image of a reality in which an arms deal and the International Court of Justice decision fit together as hand in glove. But perhaps this is too easy an argument. Contrary to Moyn's endless war, the nature of adjudication is that it establishes a finite timeframe — perhaps roughly three or four years until a

judgment on the merits. Within this timeframe, Washington's new embrace will probably not be offered to Israelis out of love, but to prevent the deviation eastward and reestablish American power in the Middle East.

Among the "third states" who will end up interpreting the provisional measures order, it is already apparent that the US will have the central role. After October 7, the US is by far the most influential state on Israel, its client state. One may not accept my speculation that Judge Donoghue's background in American foreign policy influenced the form of the provisional measures order. Even so, American foreign policy will surely shape how and to what extent they are actually implemented.

To name two examples: first, it is not at all clear that in terms of third states' obligations, defunding UNRWA at this timing is consistent with the order "to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance". To be sure, the involvement of 12 UNRWA personnel in terrorist or military activity cannot be tolerated. And yet, UNRWA provides the most effective and necessary infrastructure for the provision of assistance to 2.2 million Gazans in dire need. This includes 600,000 at risk of hunger, according to World Health Organization numbers, and 1.2 million displaced people to whom UNRWA is providing shelter. But Washington's decision to suspend funding to UNRWA, made in close conjunction with the order for provisional measures, sends a message that the U.S. believes the decision aligns with the provisional measure. This has created a domino effect among allies, including Germany (UNRWA's second-largest funder after the U.S.), the UK, Italy, Finland, and Japan, who have all followed suit.

In a month's time, when Israel may submit its report on the implementation of provisional measures, South Africa may argue that the decision to defund UNRWA violated the measures. But with the different states that have joined the U.S., getting the ICJ to follow this argument may be difficult, despite its dire humanitarian effects.

Second, NBC has reported that the Biden administration is "discussing slowing some weaponry deliveries to pressure Netanyahu". The discussion of weaponry will inevitably involve the question of possible complicity in genocide, or perhaps war crimes or crimes against humanity. Questions of interpretation that U.S. Executive Branch lawyers will consider, may have wider implications on how other countries, including their courts, consider legal limitations on arms deals with Israel. Such li-

mitations will, of course, be framed in terms of relevant domestic law provisions, but also in terms of the ICJ's provisional measures.

Adjudication as Timeframe for a Two-State Solution

This implementation, and the process of interpretation that it requires, will span the duration of the ICJ adjudication process. Interpretation and implementation will thus provide a platform through which the bilateral relationship between the U.S. and Israel may be cast in multilateral terms. This is also the timeframe in which the United States seems to have set the goal of a top-down, more or less imposed, two-state solution. Biden has embraced Israel's security interests at a time when Israel started slowly drifting away. My guess is that if Biden remains in office, we will witness the provisional measures gradually evolve into tools for facilitating a two-state solution. It will be the return the administration will expect for saving Israel in an existentially threatening moment.

It is unclear if demanding a two-state solution, as a command backed by the sanction of being held respon-

sible for genocide, will succeed. Right-wing messianic forces in Israel are quite influential and are determined to reject any such outcome. Furthermore, it is far from clear that an imposed two-state solution will bring any real relief to the region, let alone materialize a form of justice acceptable to its inhabitants.

And of course, it also remains highly uncertain that Biden will remain in the White House after the elections in November. Israeli policymakers, some of whom seem determined to ignore the ICJ's provisional measures order, are surely banking on Trump.

By doing so, they are betting on a wild card. A Trump administration may quickly become busy with domestic issues, including perhaps an attempt to destroy the American legal system. This may distract it from any attempt to utilize the provisional measures as instruments of foreign policy, whatever the goal may be. But one must also remember that Trump was the person who had started the process of closing UNRWA, which Biden may now be concluding. For better or worse, Trump may choose to carry on with Biden's imperial project, cast as it now is, within the timeframe of international adjudication.

Ammar Bustami, Verena Kahl

Intervention auf Irrwegen

Der Fall Südafrika gegen Israel und die problematische Rolle Deutschlands im Hauptverfahren

doi: 10.17176/20240131-004212-0



Am 29.12.2023 reichte Südafrika [Klage vor dem Internationalen Gerichtshof](#) (IGH) gegen Israel wegen Verstößen gegen die [Völkermordkonvention](#) im Gazastreifen ein. Zusätzlich zum Hauptsacheantrag beehrte Südafrika im einstweiligen Rechtsschutz den Erlass von vorsorglichen Maßnahmen („Provisional Measures“), auf die sich auch die zweitägige [Anhörung der Parteien](#) bezog. Am zweiten Tag der Anhörungen [verkündete Deutschland](#), zugunsten Israels zu intervenieren, mit der Begründung, der Vorwurf des Völkermords entbehre jeder Grundlage. Neben einer Zusammenfassung der Parteivorträge und der Eilrechtsschutzentscheidung des IGH vom 26.1.2024 beleuchtet der Beitrag die deutsche Rolle im Hauptsacheverfahren. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung wie auch der Pluralität deutscher historischer Verantwortung droht die geplante Intervention der Glaubwürdigkeit Deutschlands im multilateralen System weiter zu schaden und die Universalität des Völkerrechts auszuhöheln.

Südafrikas Klagevorwurf

Südafrikas Argumentation in der Klageschrift legt dar, inwiefern Israel seit dem 7.10.2023 einen Völkermord i.S.v. Art. II der [Völkermordkonvention](#) im Gazastreifen begehe ([Klage](#), Rn. 1), wobei der Schriftsatz in erster Linie Sachverhaltsaufarbeitung zur Lage der Palästinenser*innen im Gazastreifen enthält. Argumentativ widmet sich Südafrika den Elementen des *actus reus* (Tathandlungen des Artikel II a-d) sowie der *mens rea* (genozidale Absicht).

Obwohl Südafrika seinen Schriftsatz und mündlichen [Vortrag](#) in einen breiteren historischen Kontext einbettet (Rn. 2), liegt der Fokus auf den Ereignissen seit dem 7.10.2023. Dabei macht Südafrika unter Berufung auf UN-Quellen detaillierte Ausführungen zum Ausmaß der durch die israelischen Militärangeriffe verursachten Schäden im Gazastreifen (u.a. Rn. 4, 19). Demnach seien 1,9 Millionen Menschen aus ihren Häusern und in immer kleinere Gebiete ohne angemessenen Schutz vertrieben

worden. Israel habe mehr als 21.110 Palästinenser*innen getötet, darunter über 7.729 Kinder, 55.243 weitere Menschen verletzt und ihnen schwere körperliche und seelische Schäden zugefügt. Weite Teile des Gazastreifens seien durch die Angriffe verwüstet und mehr als 355.000 Häuser sowie große Teile der Infrastruktur beschädigt oder zerstört worden.

Diese ausführlich geschilderten Folgen und Handlungen schreibt Südafrika jeweils den genozidalen Handlungen aus Art. II lit. a-d Völkermordkonvention im Rahmen seiner *actus reus*-Analyse zu: namentlich der Tötung von Palästinenser*innen in Gaza (lit. a; Rn. 45-50), der Verursachung schwerer körperlicher und seelischer Schäden (lit. b; Rn. 51-54) sowie der Auferlegung von Lebensbedingungen, die auf die physische Zerstörung der Gruppe ausgerichtet sind (lit. c; Rn. 55-87).

Die darauffolgende *mens rea*-Analyse stützt sich auf Äußerungen israelischer Führungspersonen als Beweis für die erforderliche genozidale Absicht. Diese stellt gemeinhin den Kern des Völkermordvorwurfs dar und erfordert die Absicht, die Gruppe, der die Opfer des Völkermords angehören, ganz oder teilweise zu vernichten. Dabei können Fälle besonders extremer Verfolgung und ethnischer Säuberungen auf eine solche Vernichtungsabsicht hinweisen ([Bosnia-Herzegovina v. Serbia und Montenegro](#), Rn. 188-190, [ICTY, Kupreškic](#), Rn. 636). Um Israels Genozidabsicht darzulegen, verweist Südafrika auf zahlreiche Äußerungen von hohen Vertretern des israelischen Staates, u.a. des Premierministers, des Präsidenten, des Verteidigungsministers, des Sicherheitsministers, sowie von Militärangehörigen, die auf eine genozidale Absicht bei der Durchführung der israelischen Militäroperation in Gaza schließen lassen (Rn. 101-105).

So wird der Präsident Israels in einer [Pressekonferenz](#) vom 12. Oktober 2023 wie folgt zitiert: „Es ist eine ganze Nation da draußen, die verantwortlich ist. Es ist nicht wahr, dass die Zivilisten nichts wissen und nicht beteiligt sind. Es ist absolut nicht wahr [...] und wir werden

kämpfen, bis wir ihnen das Rückgrat brechen“ (Rn. 101). Auch der Verteidigungsminister habe zuvor in einem [La-gebericht](#) der israelischen Armee erklärt, dass der Gazastreifen vollständig belagert werden müsse: „Kein Strom, keine Lebensmittel, kein Wasser, kein Treibstoff. Alles ist geschlossen. Wir kämpfen gegen menschliche Tiere, und wir handeln entsprechend.“ In Richtung der Truppen an der Grenze habe er alle Beschränkungen aufgehoben: „Gaza wird nicht mehr so sein wie vorher. Wir werden alles beseitigen.“ (Rn. 101).

Aus diesem Zusammenspiel von gerügten genozidalen Handlungen und genozidaler Absicht schlussfolgert Südafrika, Israels Militärhandlungen im Gazastreifen erfüllten die Genozidvoraussetzungen, weswegen sowohl die Zuständigkeit des Gerichtshofs gegeben als auch eine entsprechende Entscheidung in der Hauptsache begründet sei.

Israels Verteidigungslinie

Israel verteidigte sich in der [Anhörung am 12.1.2024](#) vor dem IGH gegen den von Südafrika gleichzeitig beantragten Erlass vorsorglicher Maßnahmen zunächst in dreierlei Hinsicht.¹ Erstens fehle es dem Gericht bereits an jeglicher *prima facie* Zuständigkeit. Diese erfordere, dass der Gerichtshof auf der Ebene des einstweiligen Rechtsschutzes nur entscheiden dürfe, wenn seine Zuständigkeit zumindest plausibel erscheine. Da die Streitparteien der Zuständigkeit des Gerichtshofs ausschließlich mit Blick auf die Völkermordkonvention unterworfen sind, könne der IGH über Kriegsverbrechen oder andere Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht nicht entscheiden. Insbesondere beruft sich Israel darauf, dass der Genozidvorwurf derart abwegig sei, dass der Gerichtshof nicht einmal im einstweiligen Rechtsschutzverfahren darüber entscheiden dürfe ([Anhörungsprotokoll](#), S. 28 ff.).

Israel suchte zunächst mit einigem Argumentationsaufwand den Beweismaßstab für die Klägerseite entsprechend zu definieren, um aufzuzeigen, weshalb dieser vorliegend nicht erfüllt sei (S. 29 ff.). Im Zentrum von Israels Verteidigung stand dabei die Begründung, dass die Schilderungen Südafrikas zur genozidalen Absicht bestenfalls lückenhaft, darüber hinaus jedoch verzerrend und unwahr seien (S. 40 ff.). Für die Bewertung einer genozidalen Absicht könne ausschließlich Bezug auf Äußerungen

der Mitglieder des Ministerausschusses für nationale Sicherheitsangelegenheiten sowie des Kriegskabinetts Bezug genommen werden (S. 32). Die von Südafrika aufgeführten Aussagen seien dagegen ausschließlich rhetorischer Natur gewesen (S. 34 f.). Aus verschiedenen Aussagen von Regierungsmitgliedern (S. 32-34) sowie Handlungen der israelischen Armee (S. 44 ff.) ergebe sich, dass Israel durchgehend beabsichtigt habe, im Rahmen des (Völker-)Rechts zu agieren.

In einer zweiten Argumentationslinie führte Israel ausführlich aus, inwiefern der von Südafrika dargestellte Sachverhalt den Kontext des 7.10.2023 völlig außer Acht lasse (S. 22 ff.) und damit das Selbstverteidigungsrecht Israels negiere (S. 38 f.). Zudem bliebe beim Vortrag der Klägerseite die militärische Taktik der Hamas und deren eigene Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht unberücksichtigt, welche jedoch die durch Israel ergriffenen kriegerischen Maßnahmen rechtfertigen würden (S. 41 ff.).

Schließlich schlussfolgert Israel, dass auch formal die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Anordnungen nicht gegeben seien, da die hierfür notwendige Dringlichkeit fehle (S. 49 ff.). Angesichts der vorgetragenen Bemühungen Israels zur Schonung der Zivilbevölkerung und Versorgung mit humanitärer Hilfe bestehe keine Gefahr einer irreparablen Schädigung der Rechte der Palästinenser*innen (S. 51-53). Damit fehle insgesamt jegliche Grundlage für den Erlass einstweiliger Maßnahmen.

Die einstweiligen Anordnungen und deren Auswirkungen

Am 26.1.2024 hat der Gerichtshof seine [Entscheidung](#) zu den „Provisional Measures“ [verkündet](#). Zielrichtung des südafrikanischen Eilantrags war die Verhinderung irreparabler Schäden für die Rechte der palästinensischen Bevölkerung, weshalb es in der Anhörung am 11. Januar 2024 neun einstweilige Anordnungen [beantragte](#). Diese waren auf eine sofortige Beendigung der Militärhandlungen im Gazastreifen (Klage, Rn. 144, Antrag 1) und auf die Verpflichtung Israels gerichtet, jegliche Handlungen zu unterlassen, welche unter die Tathandlungen des Genozids fallen (Anträge 4, 5) sowie zur Vernichtung von Beweismitteln beitragen könnten (Antrag 7).

¹Mangels schriftlicher Klageerwiderung beziehen sich die folgenden Darstellungen ausschließlich auf den Vortrag Israels in der Anhörung am 12. Januar 2024.

Der Gerichtshof hat Südafrikas Antrag **ganz überwiegend** entsprochen und Israel zur Einhaltung von sechs vorsorglichen Maßnahmen verpflichtet.

Bemerkenswert ist, dass die angeordneten Maßnahmen mit einer weit überwiegenden richterlichen Mehrheit von 15 zu 2 (bzw. 16 zu 1) Stimmen ergingen. Damit waren insgesamt nur eine **Richterin** und ein **Richter** (sowie ein dennoch die Entscheidung tragender **dritter Richter**) der Ansicht, dass der Vorwurf des Genozids durch Südafrika bereits nicht plausibel vorgetragen worden sei.

Dabei ist der im Eilrechtsschutz deutlich reduzierte Beweismaßstab entscheidend. In der Vergangenheit betonte der Gerichtshof wiederholt, dass im Rahmen des Eilrechtsschutzes die genozidale Absicht gerade nicht die einzig schlüssige Interpretation von staatlichen Handlungen und Äußerungen sein, sondern diese lediglich plausibel dargelegt werden müsse (*The Gambia v. Myanmar*, Rn. 30, 52-56; *Ukraine v. Russian Federation*, Rn. 43). Dies bestätigt der IGH nun erneut, indem er klarstellt, dass die zu schützenden Rechte jedenfalls plausibel gefährdet sein müssen (Beschluss, Rn. 36) – was vorliegend der Fall war. Damit verwirft das Gericht gleichzeitig die israelischen Versuche einer Erhöhung der Bewertungsmaßstäbe (*Anhörungsprotokoll*, S. 30).

Zudem **stützt das Gericht** seine Feststellungen zur Plausibilität des Genozid-Vorwurfs ausdrücklich auf die aktuell bekannten Zahlen von Opfern und zerstörter Infrastruktur (Beschluss, Rn. 46) sowie auf Aussagen von israelischen Politikern nach dem 7.10.2023 (Beschluss, Rn. 51-53). Schließlich bejaht der Gerichtshof auch die Dringlichkeit aufgrund des Risikos irreparabler Schäden für die palästinensische Bevölkerung und verweist diesbezüglich auf Aussagen von hochrangigen **UN-Beamten** und die Aussage **Netanjahus**, der Krieg werde noch „viele weitere lange Monate“ andauern (Beschluss, Rn. 67-71). Hingegen spielte das von Israel gegen den Genozidvorwurf geltend gemachte **Selbstverteidigungsrecht** in der einstweiligen Entscheidung des Gerichts keine Rolle (s. auch **hier**; anders **hier** und **hier**).

In der Konsequenz dieser Feststellungen, welche die **südafrikanische Argumentation** bestätigen, ordnet das Gericht sodann sechs **vorsorgliche Maßnahmen** an (Beschluss, Rn. 86). Einige Kommentatoren waren im Vorhinein davon ausgegangen, der IGH werde nur solche Maßnahmen anordnen, die eine Fortsetzung des Krieges in Form einer „**kontrollierten Gewalt**“ zuließen (ähnlich **hier**). Auf den ersten Blick könnte die **fehlende Anord-**

nung einer sofortigen Beendigung der Militäroperation zwar darauf hindeuten, die Entscheidung lasse eine solche Fortsetzung der Gewalt zu – daher auch der primäre **Eindruck** einer (Teil-)Niederlage Südafrikas (auch **hier**; anders **hier**). Allerdings kann die Anordnung des IGH, Israel müsse „alle in seiner Macht stehenden Maßnahmen ergreifen, um die Begehung aller Handlungen zu verhindern“, die unter Art. II der Völkermordkonvention fallen (Beschluss, Rn. 86), durchaus als Gesamterfolg des Eilantrags gewertet werden. Denn fraglich ist, wie Israel mit einer „**humanen**“ **Kriegsführung** – die es bereits bisher **angibt, durchgeführt zu haben** – etwa die Auferlegung von Lebensbedingungen, die auf die physische Zerstörung einer Gruppe ausgerichtet sind (lit. c), verhindern will. Daher erscheinen jedenfalls auch diejenigen Stimmen, die in der Anordnung einen **impliziten Aufruf** zu einem Waffenstillstand sehen, nicht abwegig. Zumindest würde ein ausgehandelter Waffenstillstand das **effektivste Mittel** zur Verhinderung solcher Tathandlungen darstellen. Auch in diesem Sinne nimmt die IGH-Entscheidung den **weltweiten Forderungen** nach einem Waffenstillstand keineswegs den Wind aus den Segeln.

Umso wichtiger erscheint das von der Entscheidung ausgehende politische Signal: Der Gerichtshof hat **nicht** von vornherein seine Zuständigkeit für das Verfahren verneint (anders erwartet **hier** und **hier**), sodass die potentielle Begehung eines Völkermords, wie sie sich in Äußerungen der israelischen Regierung und militärischen Handlungen in Gaza abzeichnet, plausibel dargelegt wurde. Dies entkräftet auch Äußerungen Verbündeter Israels, die einen solchen Vorwurf bisher mit Vehemenz zurückgewiesen hatten. Gleichzeitig bleibt abzuwarten, ob und inwiefern Israel die durch den Gerichtshof angeordneten Maßnahmen zu befolgen gedenkt. Die Äußerung des Premierministers, Israel werde sich hierdurch „**nicht stoppen**“ lassen, stimmen **eher pessimistisch** (auch **hier**). Dennoch dürfte mit der klaren Entscheidung auch der Druck auf Israels Verbündete steigen, im Sinne der **sonst oft bemühten Autorität des IGH** ihrer Verantwortung gerecht zu werden, Israel zur Einhaltung der gerichtlichen Anordnungen zu bewegen.

Die Rolle Deutschlands im Hauptsacheverfahren

Neben den einstweiligen Anordnungen stellt sich im Folgenden die Frage, welche Rolle Deutschland im weiteren Verfahren einnehmen sollte. Die Bundesregierung ließ hierzu bereits am 12.1.2024 **verlauten**, dass sie „inten-

diert, in der Hauptverhandlung als Drittpartei zu intervenieren“ (s. auch [hier](#)), und stellt sich mit Verweis auf die deutsche Vergangenheit ausdrücklich [an die Seite Israels](#) (befürwortend [hier](#)). Mit Blick auf die deutschen Handlungsmaximen der vergangenen Monate ist dieser Schritt zunächst keine besondere Überraschung.

Denn seit dem Angriff der Hamas hat sich Deutschland immer wieder deutlich und in uneingeschränkter Solidarität an die Seite Israels gestellt, u.a. durch Zusicherungen des [Bundeskanzlers](#) und des [Bundestags](#). Hinzu kommen zahlreiche Beispiele für politisches Verhalten, welches international teilweise für [Irritation und Empörung](#) gesorgt hat (z.B. [hier](#) und [hier](#)), wie die [Ablehnung](#) eines Waffenstillstands bei der EU-Positionierung sowie die spätere [Enthaltung](#) zur mit großer Mehrheit angenommenen [UN-Generalversammlungsresolution](#). Zwar mögen solche Verhaltensweisen auf den ersten Blick im Lichte einer in [Merkelscher Tradition](#) formulierten deutschen „Staatsräson“ ([hier](#) und [hier](#)) noch schlüssig erscheinen. Jedoch ist die Verwendung eines lange [tabuisierten](#) Begriffs, der traditionell die Durchsetzung staatlicher Interessen zu Lasten von Gesetz und Rechten Einzelner beschreibt, für eine nachdrückliche Solidaritätsbekundung ungeeignet bis problematisch ([hier](#) sowie zur Umsetzung [hier](#)). In jedem Fall [folgt](#) aus ihr keine rechtliche Bindung, wohl aber ein konstanter politischer und moralischer Positionierungszwang.

Trotz der daher konsequenten Ankündigung Deutschlands, sich auch im Verfahren vor dem IGH solidarisch mit Israel zu zeigen, lässt die Stellungnahme der Bundesregierung aufhorchen. Darin deutet sie zunächst eine Instrumentalisierung der Konvention gegen Israel an. Gegen diesen Instrumentalisierungsvorwurf spricht jedoch grundsätzlich, dass Südafrika einen offenstehenden internationalen Rechtsweg nutzt, in dessen Zentrum die Klärung einer Rechtsfrage steht, für deren Beantwortung der IGH [das richtige Forum](#) darstellt (auch [hier](#)) – wie auch die Entscheidung im einstweiligen Verfahren belegt. Dies gilt selbst wenn Südafrika mit der Klage gleichzeitig [politische Motive](#) verfolgen mag. Andernfalls wäre wohl dem Großteil der vor dem IGH angestrebten Verfahren derselbe Vorwurf zu machen (ähnlich [hier](#)). Gleich-

zeitig ist zu berücksichtigen, dass die Anstrengung eines solchen Verfahrens durch Palästina trotz [Ratifikation](#) der Konvention und [Status als Beobachterstaat](#) erheblichen Hürden ausgesetzt wäre,² was sich auch an Palästinas stagnierendem [Verfahren über die Verlegung der US-Botschaft nach Jerusalem](#) zeigt. Ob die Staatseigenschaft Palästinas bereits für die Zulässigkeit eines Verfahrens erforderlich wäre, ist jedenfalls umstritten ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Mit dem angestrebten Verfahren wählt Südafrika somit [zulässigerweise einen Rechtsweg](#), der Palästina selbst nicht uneingeschränkt zugänglich ist, und [lenkt](#) die Eskalation eines höchst emotionalisierten und polarisierenden Konflikts, der bisher weder auf diplomatischem noch multilateralem Wege eingeehrt werden konnte, in rechtliche Bahnen.

Daneben sticht in Deutschlands Erklärung v.a. die Behauptung hervor, der Vorwurf Südafrikas entbehre „[jeder Grundlage](#)“ (ähnlich die [USA](#)). Nicht nur die Anordnungen des IGH, sondern bereits die detaillierte quantitative wie qualitative Beweisaufbereitung Südafrikas zeigen, dass der Vorwurf des Genozids [nicht völlig aus der Luft gegriffen](#) ist. In seiner Entscheidung zitiert der IGH ausdrücklich UN-Expert*innen, die in den vergangenen Monaten wiederholt vor der Gefahr eines Genozids und anderer Völkerrechtsverbrechen in Gaza gewarnt haben ([hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) und den Verfahrensbeginn vor dem IGH ausdrücklich [begrüßten](#). Die [apokalyptische Situation](#) dort zeigt sich auch in der erstmaligen [Aktivierung](#) des [Art. 99 UN-Charta](#) seit dem Amtsantritt von Guttes, in welchem er den UN-Sicherheitsrat aufruft, eine humanitäre Katastrophe in Gaza zu [verhindern](#) und erneut auf die Dringlichkeit eines bisher [erfolglos geforderten](#) Waffenstillstands hinweist.

Eine derart pauschale Zurückweisung durch die Bundesregierung wirkt im Lichte der Entscheidung und angesichts der Aussagen von UN-Expert*innen und anerkannten Menschenrechtsorganisationen ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)) als vom multilateralen Diskurs [entkoppelt, gefangen](#) in der politisch-moralischen Parteinahme eines sich in der Staatsräson manifestierenden Verantwortungsgefühls. Darüber hinaus sprechen weitere [gewichtige Gründe](#) gegen die von Deutschland angekündigte Interventi-

²Palästina ist zurzeit kein UN-Mitgliedstaat und damit auch keine Partei des IGH-Statuts (Art. 35 Abs. 1 IGH-Statut und Art. 93 Abs. 1 UN-Charta). Nach Art. 35 Abs. 2 steht das IGH-Statut auch für Nichtmitglieder offen, sofern der Staat nach Resolution 9 des UN-Sicherheitsrats eine entsprechende Erklärung über die Anerkennung der Zuständigkeit des IGH hinterlegt hat. Eine solche Erklärung hat Palästina bisher nur im Hinblick auf Art. 1 des WÜD-Fakultativprotokolls zur obligatorischen Streitbeilegung abgegeben.

on.

Ein wesentlicher Punkt ist hierbei die Pluralität und Komplexität deutscher Verantwortung im Hinblick auf den Nahostkonflikt. So lässt sich nicht leugnen, dass die grausame Vernichtungsmaschinerie des deutschen Nationalsozialismus ganz wesentlich auch zur „Nakba“ und damit der traumatischen Gewalt- und Vertreibungserfahrungen eines weiteren Volkes beigetragen hat. Diese wiederum führte zur [Entstehung eines Konflikts](#), der geprägt von Gewalt, Unterdrückung, Entrechtung und Terrorismus den Palästinenser*innen ein selbstbestimmtes Leben verwehrt und weder dem jüdischen noch dem palästinensischen Volk ein [Leben in Frieden und Sicherheit](#) zu verschaffen vermag.

Eine besonders sensible Haltung im vorliegenden Verfahren wäre auch angesichts deutscher Verantwortung für noch weiter zurückliegende Gräueltaten angemessen, die aus der immer noch [ungenügend aufgearbeiteten](#) deutschen Kolonialzeit erwächst. Historisch wie thematisch bedeutsam fiel der Beginn der aktuellen Verhandlungen vor dem IGH auf den [Jahrestag des Herero-Aufstands](#) gegen die damalige deutsche Kolonialmacht, die vor 120 Jahren den [ersten Völkermord des 20. Jahrhunderts](#) an den [Herero und Nama](#) beging. Im Oktober 1904 und April 1905 befahl Generalleutnant Trotha die vollständige Vernichtung der Herero und Nama, in dessen Zuge deutsche Truppen im kolonial besetzten Deutsch-Südwestafrika, dem heutigen Namibia, etwa 100.000 Menschen (80% der Herero- und 50% der Nama-Bevölkerung) ermordeten, in der Wüste verdursten oder in [Konzentrationslagern](#) sterben ließen. Erst nach jahrzehntelangem Schweigen [erkannte](#) die Bundesrepublik diesen Genozid, der auch als [Vorbereiter](#) für den Holocaust gilt, im Mai 2021 schließlich an. Es ist daher [wenig verwunderlich](#), dass [gerade Namibia](#) Deutschlands Haltung im Verfahren um einen potentiellen Völkermord am palästinensischen Volk in einer eindringlichen [Stellungnahme kritisiert](#). Darin erinnert Namibia Deutschland an seine historische, unbeglichene Schuld und ruft auf, „seine verfrühte Entscheidung, als Drittpartei zur Verteidigung und Unterstützung [...] Israels vor dem [IGH] zu intervenieren, zu überdenken.“ Während Deutschland die menschenverachtenden, [mitunter sexualisierten](#) Massaker der Hamas, die zu Recht Gegenstand [völkerstrafrechtlicher Ermittlungen](#) sind, mehrfach aufs Schärfste verurteilte, hat es die Bundesregierung versäumt, aktiv und entschieden der [kollektiven Bestra-](#)

[fung](#) des palästinensischen Volkes entgegenzutreten. Wo es Deutschland jedoch schwerfällt, die Kriegsverbrechen [beider Seiten](#) (auch [hier](#)) gleichermaßen zu verurteilen, setzt es sich dem berechtigten Vorwurf der [Doppelmoral](#) und [westlich-hegemonialer Überheblichkeit](#) aus.

Dies gilt umso mehr, als neben den benannten UN-Institutionen auch [Stimmen aus dem Globalen Süden](#) und von [Genozidforschern](#) ungehört bleiben (auch [hier](#) und [hier](#)). Damit riskiert die Bundesrepublik die Fortsetzung eines längst begonnenen Vertrauensverlustes, der zur Erosion des Völkerrechts und seiner Institutionen [beiträgt](#). Wenn westliche Staaten eine „[regelbasierte internationale Ordnung](#)“ betonen und gleichzeitig der Eindruck entsteht, die Elemente dieser Ordnung würden nur [je nach Interessenlage](#) gelten, wird dem Vorwurf von [Doppelstandards](#) im Völkerrecht jedenfalls nicht entgegengewirkt. So steht ein vehementes Bestreiten der [Nachvollziehbarkeit](#) des Genozidvorwurfs in direktem Widerspruch zu Deutschlands Position in einem [anderen IGH-Verfahren](#), wonach die strengen Anforderungen an die genozidale Absicht „die Messlatte unangemessen hoch“ legen würden ([dort](#) Rn. 51). Inwiefern Deutschland nun zur Entlastung Israels [genau entgegengesetzt argumentieren](#) will, ohne die letzten Reste an Glaubwürdigkeit zu verspielen, bleibt abzuwarten (auch [hier](#)).

Fazit

Es ist nicht zu verkennen, dass eine differenzierte deutsche Haltung im Nahostkonflikt im Bewusstsein der von Deutschland verübten Völkermorde wie auch der Kontinuitäten kolonialer Machtstrukturen die deutsche Außenpolitik vor ungewohnte Herausforderungen stellt. Die bisher [wenig bemühten Leitlinien feministischer Außenpolitik](#) wie auch die [Strategie feministischer EZ](#) könnten Räume für [Zwischentöne](#) und parteiübergreifende zivilgesellschaftliche Initiativen zur nachhaltigen Konfliktbearbeitung öffnen, die Antisemitismus, Rassismus und patriarchalen Machtstrukturen gleichermaßen [keinen Platz geben](#).

Die Anerkennung der vielschichtigen Realität deutscher Verantwortung schmälert oder relativiert dabei keinesfalls die Schuld, die Deutschland durch die schrecklichen Verbrechen der Shoa auf sich geladen hat und mindert auch nicht die Solidarität, die es jüdischen Menschen entgegenbringen sollte. Ohnehin dürfte auch unabhängig von dem spezifischen Konflikt die Solidarität mit Menschen, wie dem [jüdischem Leben in all seiner](#)

Vielfalt (auch **hier**), als menschenrechtsgeleiteter Ansatz **zielführender** sein als die (bedingungslose) Solidarität mit einem Staat. Schließlich ermöglicht die Kontextualisierung deutscher Verantwortung die Realisierung eines holistischen Ansatzes, der mittels präventiver und mediativer Wege innerhalb multilateraler Institutionen die Wahrung der universellen Rechte aller Menschen zu schützen sucht und Entmenschlichung jeglicher Form

konsequent entgegentritt. Denn der Wert von Solidarität, Verantwortung und Empathie verringert sich nicht, wenn sie verschiedenen Völkern und Menschen gleichzeitig entgegengebracht werden.

*Die beiden Autor*innen danken Y.K. herzlich für die Zusammenarbeit und Unterstützung bei diesem Beitrag.*

Peter Hilpold

South Africa v Israel: A Solomonic Decision as “Constructive Ambiguity”



doi: 10.59704/19dad998883134b8

In its wise [Order of 26 January 2024](#), the ICJ managed to make a virtue out of a necessity: Israel was not prohibited from continuing its combat operations but was reminded of its strict compliance with international humanitarian law and its obligation to avoid genocide. At the same time, the ICJ reiterated the requirement to respect the most fundamental rights and the core of humanitarian law to all warring factions. The ICJ’s order of provisional measures is a Solomonic decision at its best and a further step towards the “humanization of international law”.

[South Africa’s complaint against Israel based on the 1948 Genocide Convention](#) seemed to harbour the danger of generating a show trial in which there could (almost) only be losers and, in particular, only poor alternatives with regard to the requested interim measures. If the ICJ were to reject these measures, it would expose itself to the wrath of the Global South as well as of a large number of states worldwide siding with Palestine or against Israel. The repeated complaints about the ineffectiveness of the Court would have gained new fuel.

Moreover, the Israeli government could have sold such a decision as a general absolution for all possible complaints of violations of the most basic fundamental rights, of the laws of war and international humanitarian law, which are not as such directly the subject of the proceedings. These proceedings are strictly concerned with the question of whether Israel has violated the obligations resulting from the Genocide Convention or whether there is a plausible imminent threat in this regard. The compromissory clause under Article XI of the Genocide Convention (together with Article 41 of the ICJ Statute) provides the ICJ with a basis to rule only on these aspects.¹

Conversely, an approval of the requested measures would have completely delegitimised Israel’s fighting in the Gaza Strip and called Israel’s right to self-defence in-

to question. This could have pushed Israel further into the corner of pariah states with serious consequences for its ability to survive in the long term. An order that would have requested Israel to stop its military measures on the ground that the commission of genocide seems plausible could be interpreted as a sign that one may anticipate a verdict of Israel being guilty of genocide. Yet, even a substantiated plausibility that the ICJ could issue such a verdict in the next few years would have carried an enormous burden for the State of Israel. For a plausible accusation of genocide, the “crime of crimes”, is difficult to bear. It is no coincidence that the ICJ, in the genocide [case brought by Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro](#), stopped short in 2007 of finding Serbia and Montenegro immediately responsible for active involvement in the massacre committed in Srebrenica in 1995, notwithstanding the strong evidence in this regard. The burden of this blame would have been simply unbearable for this young state.

Important warnings by Professor Hugh Thirlway

Interim measures requiring Israel to stop its military action would logically imply a military operation constituting genocide or being plausibly conducive to genocide. There can be no doubt that [South Africa’s application of 29 December 2023](#) was squarely directed at obtaining such a statement by the Court. If successful, this application would have rendered Israel’s recourse to the right to self-defence untenable.

The foreign policy success of the South African government would have enormous dimensions – [the reported desire to score points in domestic politics](#) would have been fully crowned with success. The request for interim measures thus exemplifies the warning of Professor Hugh Thirlway, one of the most prominent experts on the ICJ procedure:

¹ On this issue see also Marko Milanovic, ICJ Indicates Provisional Measures in South Africa v. Israel, <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-south-africa-v-israel/>.

“The provisional measures procedure has always offered a temptation to States to commence proceedings on a shaky jurisdictional foundation in the hope of getting at least the short-term benefit of an order of provisional measures, and this is all the more attractive when the order is recognised to be immediately binding, even if unenforceable.”²

However, in its wise decision of 26 January, the ICJ largely unexpectedly managed to make a virtue out of necessity: Israel was not prohibited from continuing its combat operations but was concurrently reminded of its duties. Accordingly, it must strictly comply with international humanitarian law, prevent genocide and combat and punish incitement to it (para. 78 and 79). Moreover, Israel must take effective measures to prevent the destruction of the relevant evidence (para. 81). Additionally, the ICJ paid particular attention to the humanitarian situation in Gaza and, in this context, called on Israel to allow humanitarian aid to be delivered to Gaza (para. 80) and to prevent the imposition of measures intended to prevent births within the group (para. 78). Finally, Israel must report within one month on the taken measures to implement these obligations, on which South Africa can comment in turn (para. 82). The ICJ also expressed its “deep concern” about the situation of the Israeli hostages, taken by Hamas – showing a coherence that the political organs of the United Nations (long remaining silent or at least tight-lipped on this issue) have lacked for far too long (para. 85).

The ICJ’s recourse to “constructive ambiguity”

Overall, the ICJ resisted the temptation to engage in a fruitless dispute on whether genocide had been committed in Gaza in the past months – the Genocide Convention, under the prevailing interpretation, offers little substance for such a claim – but rather looked at the existential challenges the immediately affected people in this area have to master at present and in the immediate future.

²Malcolm Evans, *International Law*, 2018, p. 598.

³See R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, 1994, who speaks of law as “the interlocking of authority with power”. *Ibid.*, p. 5.

⁴Thereby, a well-sounding formula is meant, which seems to express a common consent but which, in reality leaves conflict of interests untouched for the time being.

⁵See in this regard also the balanced declaration by Judge Nolte, especially para. 15.

Legally, this was not an easy task, as the Court had to defend its own standing and authority by simultaneously safeguarding the reputation of the contending parties. If the ICJ intends to remain an “effective and authoritative” judicial body (to use the words of the “New Haven School”)³, it must protect the reputation of the states to the utmost extent. *De facto*, even though absent in the ICJ Statute, one must presume that claims brought before the Court are presented with a non-abusive intent. Should a state deny the existence of a dispute, that would question the function of the Court and thus likely fail to be successful. Conversely, the Court would be careful not to prejudice any unproven and unqualified claim, especially concerning the genocide. Hence, to overcome this quandary, the ICJ implicitly took recourse to a concept often used in international law when one has to find a face-saving solution in the presence of irreconcilable interests: “constructive ambiguity”.⁴

“In the Court’s view, the facts and circumstances mentioned above are sufficient to conclude that at least some of the rights claimed by South Africa and for which it is seeking protection are plausible. This is the case with respect to the right of the Palestinians in Gaza to be protected from acts of genocide and related prohibited acts identified in Article III, and the right of South Africa to seek Israel’s compliance with the latter’s obligations under the Convention.” (para. 54)

These respective acts are of the most variegated nature. They refer, i.a., to acts committed by individuals, such as “direct and public incitement to commit genocide” (Article III, para. (c)). As ambiguous as the respective allegations may have been, there is no doubt that Israel is obliged to prohibit and sanction such acts. Israel can easily comply with the said obligation,⁵ which was also approved by the Judge ad hoc, Barak, appointed by Israel (para. 86).

One can never be wrong to admonish Israel to avoid and prevent genocide when combating in Gaza. After all,

that is fully compatible with Israel's affirmation that it is not committing genocide, not now and not ever in the future.

Conclusions

The fears of a destructive outcome of this preliminary ruling have proven unjustified. The Court has preserved its own authority and issued a face-saving ruling for all the parties involved. The mixed reactions by the contentious parties and their allies and adversaries are not always to be taken at their face value when, for example, one side claims victory while the other decries another manifestation of international injustice. Much political calculus and rhetoric is here at play. It is probably fair to state that there are no victorious and no succumb parties at this stage. One would probably say the same concerning the final decision on the merits.

Besides asserting its authority as the ultimate judge in inter-state conflicts, even when *erga omnes* obligations are at stake, the ICJ took advantage of the opportunities offered by the first stage of a much-publicized international litigation. While seemingly concentrating on clarifying procedural rights, it restated and advanced pi-

votal fundamental rights. The Court revealed more in the hidden *obiter dictum* than in the main tenor, what many first commentators missed in their assessments. What the Genocide Convention lacks concerning its substantive reach, the judges complemented in their balanced ruling.

Indeed, the ICJ focused on the suffering of those affected and, given its limited influence, made the best possible contribution to alleviating the plight of the civilian population – including the hostages abducted by Hamas. The request for the “immediate and unconditional release” of hostages (para. 85) introduces an important twist, fully outside the claims by South Africa. In that way, the ICJ showed its balanced and perceptive understanding of this controversial conflict threatening the most basic fundamental rights and humanitarian law provisions. While there are two parties to the conflict, Hamas unleashed the most brutal attack on 7 October 2023.⁶

To conclude, the ICJ importantly contributed to the “[humanisation of international law](#)” and – despite still essentially being a court for inter-state disputes – put the individual, the human being, at the centre.

⁶As to this perspective, see the analysis by Andrew Tucker, The International Court of Justice critical of Israel, but rejects demands for cease-fire in Gaza, https://mcusercontent.com/38a420e8e16638bb80e1e30ab/files/c4cf1548-a8df-8ea6-bf40-bf3dcf76530d/The_International_Court_of_Justice_critical_of_Israel_but_rejects_demands_for_ceil_fire_in_Gaza_.pdf.

Lena Riemer, Luca Scheid

Leading the Way

The IACtHR's Advisory Opinion on Human Rights and Climate Change

doi: 10.59704/ea283e92cd4bb42d



There is little doubt that climate change in all its facets is one of the most pressing global issues of our time. Increasingly, we see international and regional treaty bodies addressing it. Much has been written about ongoing [procedures in front of the International Court of Justice](#), the [International Tribunal for the Law of the Sea](#), and the [European Court of Human Rights](#) (ECtHR). However, other regional developments, such as the [African Commission's study on the impact of climate change](#) or the [request for an advisory opinion on the climate emergency](#) to the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) have regrettably received less attention. As we have submitted an [amicus curiae](#) to the latter proceeding, we want to contribute to its prominence and present the core arguments of our intervention to the Court. In particular, we highlight the nexus between climate change and forced displacement from a complementary protection perspective.

The IACtHR's Advisory Opinion: Why the fuss?

On 9 January 2023, Chile and Colombia jointly filed a [request](#) to the IACtHR for an advisory opinion to “clarify the scope of the States’ obligations [...] to respond to the climate emergency within the framework of international human rights law”. The requesting states stressed the relevance of the proceedings beyond the Americas and asked the Court to establish how states need “to respond to the climate emergency within the framework of international human rights law, paying special attention to the differentiated impacts of this emergency on individuals from diverse regions and population groups, as well as on nature and on human survival on our planet”. (see request, p. 1)

The questions posed to the Court in this case are impressively extensive, holistic, and complex (analyzed elsewhere, see [here](#) and [here](#)). The proceeding could shape not only the interpretation of the Organization of American States’ human rights obligations but also serve as inspiration for other international, regional, and dome-

stic courts or treaty bodies.

The Role of Advisory Opinions in the Inter-American System

The Role of Advisory Opinions in the Inter-American System

The [Inter-American Court of Human Rights](#) is situated in San José, Costa Rica, and functions as a human rights tribunal with jurisdiction over the [American Convention on Human Rights](#) (ACHR) as well as other treaties adopted within the Inter-American system. Its functions range from interpreting and applying the Convention (Article 62(1)), adjudicating cases, issuing provisional measures (Article 63) to providing advisory opinions (Article 64). As Article 64 ACHR clarifies, the Court’s advisory function is quite extensive as it goes beyond the regionally applicable treaties and extends to “*other treaties* [emphasis added] concerning the protection of human rights in the American States”. The Court has made extensive use of this broad approach, turning to other courts’ or treaty bodies’ interpretations as well as to international human rights instruments to interpret the Convention “regardless of the principal purpose of such a treaty and whether or not non-Member States of the Inter-American system are or have the right to become parties thereto” ([OC-1/82](#), p. 12).

Advisory opinions have historically played a significant role, with the Court issuing eight [advisory opinions](#) within its first eight years after its establishment in 1979, while not deciding a single contentious case. This initial popularity of the advisory tool faded towards the mid-1980s until it regained popularity in 2017 when the Court wowed the world with its [Advisory Opinion 23](#). The opinion acknowledged extraterritorial jurisdiction for transboundary environmental harm; the autonomous right to a healthy environment; and state responsibility for environmental damage. The currently pending opinion is intended to build on this by further strengthening the link between the protection of the environment and respect

for human rights.

Remarkably, and in contrast to the International Court of Justice, for example, the IACtHR's advisory opinions have a strong legal effect on state parties. The Court indicated that all member states should [follow its proclaimed opinions](#) as it has “undeniable legal effects” (see *'The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law'*, OC-16/99, *para 48*). Moreover, while the Convention itself does not expressly state the opinions' bindingness, the Court stressed that states must act per its interpretations (see, e.g., *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, *para 124*). Nonetheless, two of the world's largest emitters of greenhouse gases, Canada and the United States, have unfortunately not ratified the ACHR and will therefore not be bound by the Court's advisory interpretations.

The Many “Friends of the Court”

The advisory opinion on the climate emergency and human rights is still pending at the Court. Its next stage – a public hearing, likely to take place in June 2024 – is eagerly expected by spectators, especially in the region. The deadline for submissions of amicus curiae passed on 18 December 2023, which allowed states, NGOs, law clinics, law firms, and anyone with an “expert” opinion on the topic to submit their writings to the Court pursuant to Article 44 of the Convention.

The Court apparently received a record number of submissions. While not all amicus have been published yet, those that have indicate that there was a significant amount of contributions from around the globe, each dealing with particular sub-issues of the request (see, for example: [here](#), [here](#), [here](#) or [here](#)). In what follows, we focus on one particular sub-issue, namely the nexus between climate change and forced displacement which is central to our amicus as well.

In this regard, other interventions submitted by the [United Nations High Commissioner for Refugees](#) and an interest group around the [International Refugee Assistance Project](#) focus on the applicability of well-established refugee definitions under the [1951 Refugee Convention](#) and the [Cartagena Declaration](#) to climate-induced displacement. By contrast, our amicus concentrates primarily on possibilities of complementary protection stemming from the human rights-based [non-refoulement principle](#) as laid down in [Article 22\(8\) ACHR](#). Accordingly, states cannot return aliens to other coun-

tries where there is a real and foreseeable risk to their right to life or personal liberty (IACtHR, *'Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection'*, OC-21/14, *para 221*).

Non-Refoulement and Accelerating Climate Change

To demonstrate how the IACtHR might interpret the non-refoulement principle in light of accelerating climate change, we provided a comparative legal analysis with relevant international and European case law, particularly from German (higher) administrative courts.

Given the lack of relevant ECtHR case law, jurisprudence from Germany appears particularly appropriate in this context as the examination of potential non-refoulement obligations is firmly embedded in its national protection status determination. According to Sec. 60(5) of the [German Residence Act](#) “a foreigner may not be deported if deportation is prohibited under the terms of the [ECHR]”. This refers primarily to situations where there is a “real risk” of ill-treatment in the meaning of [Article 3 ECHR](#) upon return. When applying the threshold of Article 3 ECHR in relation to situations of precarious humanitarian conditions in the country of origin that cannot be attributed to any state actor – such as environmental disasters and climate change – an applicant is generally required to establish that “the humanitarian grounds against the removal” are both “very exceptional” and “compelling” (ECtHR, *N v. United Kingdom*, *para 42*).

Against this background, a remarkable number of German administrative courts have recognised the interdependencies of the different factors determining the humanitarian situation in the country of origin. They recognized the detrimental effects of climate change on aspects such as the overall economic situation, food supply or (social) security and its potential to exacerbate existing vulnerabilities. In a case concerning a young, healthy, and unmarried male Afghan citizen, the [Administrative Court of Düsseldorf](#) referred to the 2017/2018 winter planting season which was accompanied by “a prolonged drought that affected more than two-thirds of the Afghan population, leading to health problems and income reductions by 50%” (*paras 208, 210*; similar: [Higher Administrative Court of Bautzen](#), *para 116*). It considered the humanitarian conditions to be further worsened by “significant floodings in the south, west and north of the country in the first half of 2019, which caused economic problems and crop failures”.

More recently, the [Administrative Court of Munich](#) referred to scientific findings which deemed “droughts in Afghanistan [...] a frequent and devastating phenomenon that will occur even more regularly and severely as a result of climate change”, stressing that “[b]y 2030, annual droughts are likely to become the norm in many parts of the country” (para 37). In a case concerning Ethiopia, the [Administrative Court of Cottbus](#) held that “the consequences of the increasingly visible climate change – more rapid and prolonged droughts, increasing water shortages, destruction of forest areas and plagues of locusts – in addition to social and ethnic tensions including violent riots” taken together constituted a violation of Article 3 ECHR (para 7).

The most detailed assessment of climate-induced displacement was provided by the [Higher Administrative Court of Mannheim](#). Referring to reports by the International Organization for Migration, the World Bank and the World Food Programme, the court stressed that the poor humanitarian conditions in Afghanistan are caused by environmental degradation – including droughts, floodings and torrents – which are all driven by climate change (para 163). The overall 30 domestic judgments referred to in our amicus illustrate how legal protection for people who leave their home country due to natural disasters and climate change could possibly be realized within the scope of well-established principles of international and European human rights law. Against this background, the authors invited the IACtHR to consider non-American jurisprudence as a source of inspiration for the interpretation of Article 22(8) ACHR’s non-refoulement principle. Addressing the nexus between climate change and displacement from a complementary protection perspective would allow for a thorough and dogmatically sound assessment of the negative impacts of environmental degradation that (in)directly affect the humanitarian situation in the country of origin.

The Way Forward

Given the [IACtHR’s past and present pioneering role in pushing the boundaries of regional and international hu-](#)

[man rights law](#), the advisory opinion has the potential to contribute significantly to legal developments on the nexus between climate change and human rights including aspects such as climate-induced displacement.

While the opinion’s outcome and impact are uncertain, it is a proceeding that should be watched closely as the scope of the questions on states’ obligations and the submissions of amicus from around the globe offer a comprehensive picture of open and relevant legal questions in the context of the climate crisis.

Moreover, the proceeding could serve as an inspiration and role model for courts beyond the region. An explicit turn to the Inter-American jurisprudence would follow the spirit of a real judicial dialogue between regional and international human rights bodies instead of a one-sided monologue. We see this too often when comparing ECtHR jurisprudence with that of the IACtHR or the African Commission for Human and Peoples’ Rights. Whereby the [latter two](#) regularly and explicitly refer to their European counterpart – e.g., to develop complementary protection for asylum seekers based on general human rights standards – the same is not true the other way around, at least not as often and explicitly. Nevertheless, as former [ECtHR president Róbert Spanó acknowledged](#), it is important for the ECtHR and its human rights “sister courts” to learn from each other. Additionally, analyzing the proceeding and outcome at the Inter-American level could contribute to harmonizing an area of the law that is in progress and underdeveloped but requires urgent global attention. Climate change and corresponding states’ legal obligations are pressing issues with cross-border and regional implications, rendering a harmonious legal approach with thorough and coordinated solutions particularly important.

Hopefully, the Court will be able to live up to the high expectations that civil society and the requesting states placed on it. Either way, the proceeding already serves as inspiration and motivation to turn to human rights instruments to advance international law related to climate change.

Kristin Bergtora Sandvik

The Ambivalent Juridification of Humanitarian Space

doi: 10.59704/386c282c5c6279bf



While humanitarians remain sceptical of legal regulation, litigation, and lawyers, the sector is going through a process of juridification. This blog post takes stock of the ambivalence to law and emergent shifts in the sector and calls for international law scholars to pay more attention.

‘We have a toxic relationship with the law’ the aid worker at the end of the table exclaimed. It was mid-January 2024, and we were seated in a meeting room at the European Convention Center in Luxembourg. A large group of humanitarians from the Red Cross family, INGOs like MSF and World Vision, and UN organizations such as UNHCR, WFP, UNRWA, and IOM had gathered for the [second](#) instalment of the Symposium on Cybersecurity and Data Protection in Humanitarian Action. Hosted by the International Committee of the Red Cross [DigitHarium](#), this symposium is shaping up to be an important event for the sector. In the roundtable I was attending, the focus inevitably turned to how the sector could give accountability more teeth in the context of digital risks and harms. From the participants’ statements, it was clear that legal regulations, lawyers, and litigation were not considered crucial for or even conducive to improving aid delivery.

Paradoxically, these are the actors that try to bring relief to Gaza. The corridors were buzzing about what the International Court of Justice – whose [provisional measures](#) were expected the day after – could deliver to potentially improve the situation and allow them to do their job. Yet, during the same roundtable, when an aid worker-turned-digital-rights-practitioner sang the praise of strategic impact litigation to provide redress for digital harm, the reception was cool.

This ambivalence to legal regulation can be found across humanitarian space. While the sector is grounded in international humanitarian law and has for decades struggled to improve [accountability](#), legal procedures play limited roles in humanitarian governance. Towards the mid-2020s, the humanitarian sector grapples with new challenges as humanitarian aid has become contested globally, with unprecedented efforts to control hu-

manitarian work. Yet, even where the organizations are specifically dedicated to legal protection, such as with UNHCR’s work on [refugee status determination](#) or the [legal aid projects](#) of the Norwegian Refugee Council, the organizations do not see law as intrinsic to their accountability objectives, or lawyers as necessary to run their multi-billion enterprises. As recently [noted](#) by aid worker Meg Sattler, given the precarious nature of humanitarian work,

‘it is no surprise that humanitarians have shied away from regulatory processes... But the absence of regulation sees us perpetuate the myth of humanitarianism as altruism when it is actually self-monitored against non-enforceable standards for which nobody is held accountable...a functioning healthcare system cannot exist without regulation and regulatory bodies. When there is negligence, people in high places lose their jobs. The humanitarian sector, whose self-described purpose is to save lives, has no such thing’.

Part of this resistance is puzzling because it seems so self-defeating: last June, I listened to someone working with humanitarian innovation for a Nordic government complain about the lack of streamlined contracting practice in the humanitarian UN. As the ICRC event was ending, during a plenary, one of the rapporteurs reflected on how bad the sector was at procurement and the operational and financial costs this lack of capacity engendered. In an industry that perceives itself to be in crisis due to funding gaps, the failure to systematically address or even discuss this issue publicly is remarkable.

Nevertheless, despite the uneven and ambivalent approach to legal accountability, I argue that the sector is going through juridification. I suggest that we are seeing the emergence of the unwieldy body of the ‘law of humanitarian action’, an [amalgam](#) of international human rights law, international humanitarian law, refugee

law, soft law on internal displacement, international disaster response law, and other soft law and technical legal frameworks. Together, these instruments increasingly regulate humanitarian access and service delivery, demarcate the rights and duties of aid providers and recipients, and sanction misconduct and failure at individual and systemic levels. As legal scholars (broadly defined), we need to think and talk about this a lot more.

Let me provide three examples:

The first example concerns the futureproofing of the sector through tech regulation. GDPR has fundamentally [transformed](#) the role and import of data protection and privacy in humanitarian programming. While UN organizations may [leverage](#) privileges and immunities to avoid reporting on cybersecurity incidents, the sector has [generally embraced](#) legislation on artificial intelligence. Despite – or perhaps because – the humanitarians have just spent a decade [elaborating](#) on humanitarian technology ethics, it is today broadly acknowledged that regulation of [digital transformation](#) is necessary in a sector where ethics frameworks do [not go hand in hand with robust accountability mechanisms](#).

The second example is one where litigation is dragging the sector – kicking and screaming – into the present. In 2015, the Norwegian Refugee Council met Steve Dennis, a Canadian aid worker, in Oslo District Court to litigate the extent of their humanitarian duty of care. I have [elsewhere](#) told the [story](#) of how a 2012 kidnapping in the Dadaab refugee camp in Northern Kenya ended up in a Norwegian courtroom, how the NRC leadership publicly insisted that ‘refugees would suffer’ – globally! – if the organization was found responsible for labour law violations – and how the NRC was eventually found grossly negligent. While a Norwegian District Court verdict is of limited jurisprudential value, the impact has been significant, [changing](#) standards, expectations, and practice across the sector.

I will call the third example ‘miscellaneous’ to illustrate that there is a plethora of sprawling ‘law talk’ and legal innovation going on. At the ICRC symposium, a participant reflected on the potential of humanitarian [arbi-](#)

[tration](#) (as different from [emergency arbitration](#), which connotes urgency in regular settings) as a means of moving forward with certain intractable issues. ‘Yet,’ he mused, ‘arbitration is expensive.’ This points to an important explanatory factor: the optics of aid actors spending scarce funding on highly remunerated lawyers – in house or externally – is perceived as highly problematic. Yet, just as with the growing financial cost of cybersecurity, this might be an expense humanitarians will increasingly have to accept. A different issue concerns disputes around trademarking violations. These disputes have been around for a while, as illustrated by [the case](#) involving the pharmaceutical company Johnson & Johnson and the American Red Cross, or the regular complaints about [misuses of the Red Cross emblem](#) in the video game industry. As the sector continues to expand outside the Global North, and visibility becomes ever more crucial to survival and impact, we can expect organizations outside the Red Cross system to protect their brands more vigilantly. A further interesting topical issue pertains to humanitarian innovation and intellectual property: in a [little-known](#) case (I first found the information in a YouTube video), the ICRC decided to ensure impact and financial viability by patenting a [prosthetic foot](#), a first for the organization. My argument here is that there is a lot going on but that a good systemic understanding is lacking.

In sum, while humanitarian actors remain hesitant and somewhat suspicious to legal regulation, the sector is going through a process of [juridification](#): the law regulates more activities, is more often used to solve conflicts, and the legal profession is getting more involved in the nuts and bolts of humanitarian lawyering, beyond [IHL work](#). Most importantly, individuals in crisis and aid workers increasingly see themselves as legal subjects – whether as workers, rights-holders, or customers. My objective in this blog is to encourage the humanitarians to deal with these developments more comprehensively. Moreover, among legal and socio-legal scholars, there is [an almost](#) complete lack of academic interest in this hybrid area of law. This also needs to change.

About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.

The logo for Verfassungsblog, featuring the text "Verfassungsblog" in white on a dark grey square background with a blue border.

Verfassungsblog

The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 43 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our [website](#)). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.

The logo for Verfassungsblog debate, featuring the text "Verfassungsblog debate" in white on a dark grey square background with a red border.

Verfassungsblog
debate

We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.

The logo for Verfassungsblog pod, featuring the text "Verfassungsblog pod" in white on a dark grey square background with a yellow border.

Verfassungsblog
pod

Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.

The logo for Verfassungsblog editorial, featuring the text "Verfassungsblog editorial" in white on a dark grey square background with a teal border.

Verfassungsblog
editorial

Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a [donation](#).

Find 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