

03/2024
März

Verfassungs- blatt

DOI [10.17176/20240419-090932-0](https://doi.org/10.17176/20240419-090932-0)

URN [urn:nbn:de:0301-20240419-090932-0-3](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20240419-090932-0-3)

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



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

Vor Gericht In Court

- Jonas Grundmann, Johanna Mittrop*
Ein stabiles Parlament (auch) für Europa: Das Bundesverfassungsgericht billigt die deutsche Zustimmung zur europäischen Sperrklausel 400
- Benedict Ertelt*
Das Ende des parlamentarischen Konsensprinzips?: Zur mündlichen Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen AfD-Ausschussvorsitz 402
- Robert Böttner*
Ungleichgestellt: Was das Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs zu rein weiblichen Gleichstellungsbeauftragten übersieht 406

Straf- & Polizeirecht Criminal & Police Law

- Robert Brockhaus, Benjamin Düsberg, Nikolas Göllner*
Zwischen Fluss, Meer und Strafbefehl: Rechtsprobleme einer mehrdeutigen Parole 409
- Justine Diebel*
Die Ampel auf Grün: Was lange währt, wird endlich gut? Das Cannabisgesetz ab dem 1. April 2024 413
- Marc Bovermann, Johanna Fink, Jakob Mutter*
PimEyes User auf den Spuren der RAF: Verbotene Früchte und der Gesetzesvorbehalt in polizeilichen Ermittlungsverfahren 416
- Christian Thönnies*
Daniela Klette und die Frucht der vergifteten Maschine 419

Staat & Parlament State & Parliament

- Kilian Herzberg*
Das Bundesgesetzblatt im digitalen Zeitalter: Wurde der Bundeshaushalt 2024 ordnungsgemäß verkündet? 423
- Kathrin Groh*
Wehrpflicht – demnächst auch für Frauen?: Das schwedische Modell und das Grundgesetz 426
- Mathias Honer*
Zutritt verboten: Zu einem hausrechtlichen Zutrittsverbot für Verfassungsfeinde im Deutschen Bundestag 430

Thüringen Projekt Thuringia Project

- Werner Reutter*
Wie der Verfassungsgerichtshof sich selbst schützen kann: Risiken und Nebenwirkungen einer Schutzstrategie 432

<i>Thomas Britz, Bijan Moini</i> Straflos im Landtag: Wie zeitgemäß ist die Abgeordnetenimmunität?	437
<i>Benjamin Höhne</i> Weichenstellungen gegen drohenden Demokratieabbau: Die CDU im ostdeutschen Parteiensystem vor einem Umbruch	440
<i>Zora Machura, Jakob Weickert</i> Ausfalloption Karlsruhe: Wie das Bundesverfassungsgericht eine funktionsunfähige Landesverfassungsgerichtsbarkeit auffangen könnte	443
<i>Frank Decker</i> Keine Spielchen mehr mit den verdeckten Stimmzetteln: Warum die Wahl der Ministerpräsidenten in offener Abstimmung erfolgen sollte	447

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Julian Seidl</i> Bar oder mit Karte?: Zur bevorstehenden Einführung der Bezahlkarte im Asylbewerberleistungsrecht	451
<i>Jonathan Schramm</i> Gefahr einer Versammlung: Schwachstellen im Entwurf des sächsischen Versammlungs(freiheits?)gesetzes	454
<i>Simon Pschorr</i> Memo an die Montagehalle: Zum Referentenentwurf einer Reform des WissZeitVG und verfassungskonformen Alternativen	457

Europa Europe

EGMR ECtHR

<i>Karin de Vries</i> The ECtHR Advances the Battle against Racial Profiling in <i>Wa Baile c. Suisse</i>	460
<i>Jasper Krommendijk</i> CILFIT in Strasbourg	463
<i>Joseph Marko</i> The Kovačević Case Revisited: The ECtHR Grand Chamber May De-Block the Constitutional Impasse in Bosnia and Herzegovina	466

EU EU

<i>Robby Houben</i> FIFA Transfer System Rules in front of the Court: <i>Diarra</i> Case will Determine the Compliance of Transfers with the EU Competition Rules	469
<i>Alexandru Soroiu</i> The Fall of The Great Paywall for EU Harmonised Standards: The CJEU Dismantles EU Standardisation in C-588/21 P (Public.Resource.Org)	473
<i>Katia Hamann</i> Mehr Transparenz, aber vorläufig keine weitreichende Entlastung: Die Reform der EuGH-Satzung	477
<i>Andrew Duff</i> How to Avoid Another Botched EU Enlargement by Sticking to the Rules	480
<i>Tobias Schramm</i> Silence is Golden, but not Mandatory	482

<i>Aphrodite Papachristodoulou</i> Shipwreck after Shipwreck: Frontex Emergency Signals and the Integration of AI Systems	485
<i>Federica Paolucci</i> Shortcomings of the AI Act: Evaluating the New Standards to Ensure the Effective Protection of Fundamental Rights	488

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

<i>Peter Čuroš</i> Hundred Days of Fico IV Administration	491
<i>Viktor Z. Kazai</i> A Constitutional Dignitary Conceived in the Orbán-Regime: The Portrait of Tamás Sulyok	494
<i>Henry Barrett</i> The Sovereign Protection Office as the Tip of the Iceberg: Instrumentalizing Constitutionalism for Regime Preservation in Hungary	497
<i>Doruk Erhan</i> What is Living and What is Dead in the Turkish Parliament?	500
<i>Neus Torbisco Casals, Nico Krisch</i> The Spanish Amnesty, the Conflict with Catalonia, and the Rule of Law	503
<i>Andrzej Schultz, Jakub Sawicki</i> Polish(ing) Broken Tribunal: The New Polish Coalition Government's Package to Restore the Constitutional Tribunal – a Wobbly Constitutional Reset?	507

Weitere Regionale Entwicklungen Other Regional Developments

<i>Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz, Stéphanie Hennette-Vaucher</i> Enshrining Abortion Rights in the French Constitution: A Global Statement with Little Domestic Substance?	511
<i>Maebh Harding</i> Rejecting Lip Service or Validating 1930s Family Values?: What The Irish No Vote to the Family and Care Referendums Tells Us About Directive Constitutional Values	514
<i>Daniel Bertram</i> Ecocide à la Bruxelloise	517

International International

Afrika Africa

<i>Clarisse Ikeda Larcher</i> Presidential Dismissals of Judicial Officers in Tunisia: Dismantling the Tunisian Judiciary	521
<i>Joshua Malidzo Nyawa</i> How Populist Politicians Are Weakening the Kenyan Judiciary	524
<i>Romy Klimke</i> Gender as a Trade Concern: On the African Protocol on Women and Youth in Trade	526

Amerika Americas

<i>Mark A. Graber</i> Trump and the American Problem of the Commons	530
<i>Lucas H. M. Conceicao</i> Brazilian Judges Regulate Elections & and AI	533

Dwight Newman

A Supremely Complex Decision: The Supreme Court of Canada's Dickson v. Vuntut Gwitchin Decision on Indigenous Governments and Canada's Charter of Rights

537

Indien India

Kartik Kalra

Privileges Constrained: On the Indian Supreme Court's Rejection of Bribery as Parliamentary Privilege

540

Anmol Jain

Reconceptualizing Legislative Privileges

543

Israel & Palästina Israel & Palestine

Galina Cornelisse

How Europe Dodges the International Arms Control Regime

546

Moritz Rhades

Waffenlieferungen als Staatsräson?

549

Alexander Wentker, Robert Stendel

Conspicuously Absent: The Indispensable Third Party Principle at the ICJ in Nicaragua v Germany

553

Justina Uriburu

Judging Nicaragua's Public Interest Litigation in The Hague

557

Hannah Birkenkötter

Why Today's UN Security Council Resolution Demanding an Immediate Ceasefire Is Legally Binding

560

Itamar Mann

Beyond the Blocs: Implicit Cooperation in the Shadow of the Gaza War

562

Klima & Umwelt Climate & Environment

Thomas Groß

Why Courts will not Stop Global Warming, but Climate Litigation is Still Useful

564

Caroline E. Foster

Tort Law and New Zealand's Corporate Greenhouse Gas Emissions: The New Zealand Supreme Court's 2024 Climate Change Decision in Smith v Fonterra Cooperative Group Ltd and others

567

Jonas Grundmann, Johanna Mittrop

Ein stabiles Parlament (auch) für Europa

Das Bundesverfassungsgericht billigt die deutsche Zustimmung zur europäischen Sperrklausel

doi: 10.59704/5836fd4a267cd516



Die [\(Wieder-\)Einführung](#) der Sperrklausel bei den Wahlen des Europäischen Parlaments (EP) in Deutschland hat eine wichtige Hürde genommen: Das Bundesverfassungsgericht steht einer unionsrechtlich verbindlich vorgegebenen Zwei-Prozent-Sperrklausel nicht im Weg. Anträge der Partei DIE PARTEI und ihres Vorsitzenden gegen die Zustimmung Deutschlands zu einer verbindlichen Sperrklausel im [EU-Direktwahlakt \(DWA\)](#) verwarf das Gericht in seinem [Beschluss vom 6.2.24](#) mangels hinreichender Begründung eines Eingriffs in die deutsche Verfassungsidentität als unzulässig. Und das lag nicht nur am [begrenzten Prüfungsmaßstab](#) des Gerichts. Der von der Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängigen Reform des DWA sollte nun von deutscher Seite nichts mehr in die Quere kommen.

Ein „gleichwertiges“ Parlament

Das Europäische Parlament hat eine einflussreiche Rolle im europäischen demokratischen System. Die Fähigkeit, diese Rolle gegenüber anderen EU-Organen – insbesondere seinem Ko-Gesetzgeber, dem Rat – effektiv wahrzunehmen, kann die Einführung einer Sperrklausel rechtfertigen. So lässt sich die jüngste Entscheidung des Zweiten Senats in der EU-Sperrklausel-Saga verkürzt zusammenfassen.

Diese Darstellung der Rolle des EP durch das BVerfG ist neu. In den Entscheidungen zur EP-Sperrklausel von [2011](#) und [2014](#) lehnte das BVerfG ab, unter Anwendung des Maßstabes aus seiner Rechtsprechung zur Prozenthürde bei Bundestagswahlen, dass eine Beeinträchtigung der Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Parteien durch die Sperrklausel aufgrund des Schutzes der Funktionsfähigkeit des EP gerechtfertigt werden könne. Begründet wurde das unter anderem mit der – im Vergleich zum Bundestag – anderen, zurückgenommenen Aufgabenstellung des EP (Art. 14 Abs. 1 EV). „Typische“ Parlamentsaufgaben insbesondere im Verhältnis zur „Unionsregierung“, der Kommission, fehlten dem EP. Zwar wähle

es die Kommissionspräsidentin (auf Vorschlag des Rats). Diese sei aber auf die Organisation stabiler Mehrheiten im Parlament nicht angewiesen. Auf die Funktionsfähigkeit und Stabilität des EP komme es verkürzt gesagt mangels Aufgaben nicht so sehr an, dass diese eine Sperrklausel rechtfertigen könnten. Das EP sei eben nicht wie der Bundestag.

An den in den Verträgen aufgeführten Aufgaben des EP hat sich seit dem Lissabon-Vertrag bis heute nichts geändert. Auch auf die faktische Stärkung des EPs angesichts der gesteigerten Menge und Bedeutung von Sekundärrecht und dem gesteigerten Interesse an Europawahlen, geht das Gericht nicht ein. Dennoch liest sich die Schilderung der Funktionen des Europäischen Parlaments in der aktuellen Entscheidung ganz anders als noch 2011 und 2014. Das BVerfG widmet den Bedingungen der Handlungsfähigkeit des EP im Rahmen seiner bestehenden Aufgaben einige Absätze. Das EP erscheint als gleichberechtigter Player neben den anderen EU-Organen, der für eigene Positionen einsteht. Allein die Wahrnehmung der eigenen seit dem Lissabon-Vertrag unverändert in den Verträgen definierten Aufgaben erfordere aber, dass sich stabile Fraktionen und Mehrheiten im EP bildeten – was die Einführung einer Sperrklausel grundsätzlich rechtfertigen könne. Mit anderen Worten: Das EP ist – auch in den Augen des BVerfG – wichtig genug (geworden) für eine Sperrklausel.

Ein Gebot der politischen Stunde

Wenn sich auch keine „handfesten“ Kompetenzen des Parlaments seit den letzten Sperrklausel-Entscheidungen verändert haben, so jedenfalls aber die politische Prognose für Europa. [2011](#) bezeichnete das BVerfG die Annahme, dass der Einzug weiterer Parteien ins EP die Fraktionsbildung und -arbeit erschweren könne, noch als „überzeichnet“ (Rn. 109). Die Fraktionen seien in der Lage, die Mitglieder aus rund 200 verschiedenen Parteien – trotz parteipolitischer und mitgliedstaatlicher

Differenzen – zu bündeln und so für ein kompromiss- und arbeitsfähiges, geschlossenes Parlament zu sorgen. 2024 ist die Prognose zur integrativen Kraft der Fraktionen im EP eine andere: Auch das Europäische Parlament ist mit einer zunehmenden Diversifizierung der Parteienlandschaft und einem Rechtsruck konfrontiert. So erwartet auch das BVerfG eine „zunehmende Vertiefung der Differenzen in den grundsätzlichen Anschauungen der Fraktionen zum Zweck und zur Berechtigung des Voranschreitens der europäischen Integration, was die Konsensbildung zusätzlich erschweren dürfte“ (Rn. 17). Demokratische Mehrheiten lassen sich, so die Prognose, zukünftig im EP zunehmend schlecht organisieren. Anders als 2011 und 2014 erkennt das BVerfG in der gegenwärtigen politischen Lage eine tatsächlich drohende Funktionsbeeinträchtigung des Parlaments. Nicht zu Unrecht! Das BVerfG zeigt sich als Hüter des Europäischen Parlaments, in einer Zeit, in der der Schutz von Parlamenten und ihrer Funktionsfähigkeit ein **Gebot der Stunde** ist.

Kein deutscher Sonderweg

Seine gewandelte Auffassung von den Funktionsbedingungen des EP und der Verfassungskonformität einer EU-Sperrklausel lässt das BVerfG schließlich durchblicken, wenn es selbst vor einem deutschen „Sonderweg“ bei der EU-Sperrklausel warnt und sich dabei den kategorischen Imperativ zu eigen macht, den Di Fabio, Mellinghoff und Müller bereits vor 13 bzw. 10 Jahren in abweichenden Meinungen den EU-Sperrklausel Entscheidungen entgegenhielten: „Jeder Mitgliedstaat ist dazu angehalten, die Anforderungen an die Strukturen des Wahlrechts in einer Weise auszugestalten, dass sie zugleich Maxime für die Wahl des gesamten Europäischen Parlaments sein können.“ Auffallend – waren doch die Sperrklauseln zuletzt am Gericht gescheitert. Dass die Sperrklausel nun von europäischer Seite verbindlich vorgegeben werden soll, ist durchaus als Reaktion auf das Scheitern der Hürde in Deutschland zu verstehen. 2011 und 2014 hatte das BVerfG explizit darauf hingewiesen, dass eine verbindliche unionsrechtliche Regelung den eigenen Prüfungsmaßstab reduzieren – und sein Prüfergebnis verändern – könnte. Der Zweite Senat zeigt sich mit seiner expliziten Warnung vor einem deutschen Sonderweg bei der Sperrklausel, dessen Konsequenzen alle Mitgliedstaaten zu tragen hätten (Rn. 126), nun betont in-

tegrationsfreundlich. Die Bundesrepublik ist allerdings auch mit der Zustimmung zur DWA-Reform von 2018 spät dran: auf Platz 26 von 27. Mit Ausnahme Spaniens haben alle anderen Mitgliedsstaaten bereits zugestimmt.

Die jetzige Entscheidung ist ein wichtiges Zeichen in Richtung des Europäischen Gesetzgebers. Dieser bereitet bereits eine **Verordnung vor**, mit der das EU-Wahlrecht grundlegend weiter harmonisiert wird, u. a. durch transnationale Listen und eine unionsweite Sperrklausel von 3,5 %. Die Beurteilung des Gerichts, ob durch die verbindliche europäische Sperrklausel die deutsche Verfassungsidentität verletzt wird, sollte daher bei 1,5 zusätzlichen Prozentpunkten nicht anders ausfallen. Die Angleichung der wahlrechtlichen Bedingungen demokratischer Repräsentation in den Mitgliedstaaten (Rn. 98, 125) könne, so erklärt der Zweite Senat außerdem in der aktuellen Entscheidung, neben dem Interesse an der parlamentarischen Funktionsfähigkeit eine Sperrklausel rechtfertigen. Das dürfte als Prinzip dann auch für eine etwaige Verfassungsidentitätsprüfung der Einführung einer transnationalen Zweitstimme durch die geplante Verordnung gelten.

Noch keine Sperrklausel bei den EP-Wahlen im Juni 2024

Der Weg scheint nun frei dafür zu sein, dass der Bundespräsident das Zustimmungsgesetz ausfertigt, der dies bisher ausgesetzt hatte (dazu näher **Sauer**). Bevor allerdings der Bundestag die Sperrklausel mit einer Änderung des EuWG umsetzt, wird noch Spanien der DAW-Reform zustimmen müssen. Angesichts der Ausführungen zum erforderlich (gewordenen) Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments und dem in der deutschen Integrationsverantwortung begründeten Auftrag zur Angleichung des deutschen EuWG an die unionsweiten wahlrechtlichen Bedingungen dürfte sich der deutsche Gesetzgeber ermutigt fühlen: Eine 2 %-Hürde scheint sicher vor dem BVerfG. Bei ihm könnte nach diesem Urteil sogar der Eindruck entstehen, die Funktionsfähigkeit des EP könne auch die Festsetzung (im **Umsetzungsspielraum**) einer höheren Hürde rechtfertigen.

Bei den kommenden Wahlen im Juni wird es allerdings noch keine Prozenzhürde in Deutschland geben. Martin Sonneborn hat also noch einmal eine Chance, ins EP einzuziehen – jedenfalls an einer Sperrklausel wird dies nicht scheitern.

Benedict Ertelt

Das Ende des parlamentarischen Konsensprinzips?

Zur mündlichen Verhandlung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen

AfD-Ausschussvorsitz

doi: 10.59704/47cfae841d22446



Am Mittwoch verhandelte das Bundesverfassungsgericht zu zwei Organstreitverfahren der AfD-Bundestagsfraktion ([BvE 1/20](#), [2 BvE 10/21](#)) gegen den Bundestag und verschiedene Bundestagsausschüsse. Das erste Verfahren richtet sich gegen die Abwahl des Abgeordneten Stephan Brandner als Vorsitzenden des Rechtsausschusses in der vergangenen Legislaturperiode, das zweite Verfahren betrifft die „Nichtwahl“ der AfD-Kandidaten für den Vorsitz von Innenausschuss, Gesundheitsausschuss und Entwicklungsausschuss in der laufenden Legislaturperiode. Die mündliche Verhandlung verstärkte den Eindruck, dass bewährte Parlaments-traditionen, die auf konsensuellem Zusammenwirken aller Fraktionen basieren, mit dem Einzug der AfD in den Bundestag kaum noch zukunftsfähig sind.

Wandel der Parlamentspraxis bei der Besetzung des Ausschussvorsitzes

Nach § 58 GO-BT „bestimmen“ die Ausschüsse ihre Vorsitzenden. Dabei entsprach es einer jahrzehntelangen Tradition, dass sich die Fraktionen im Ältestenrat konsensual einigten, welcher Fraktion welcher Ausschussvorsitz zusteht. Im Ausschuss selbst fand dann keine Wahl des Vorsitzes statt, sondern vielmehr eine Art Akklamation der Kandidat*innen, die die jeweilige Fraktion für die ihr zustehenden Vorsitzposten ausgewählt hat. Diese langjährige Parlamentspraxis erfuhr mit dem Einzug der AfD in den Bundestag einen Wandel: So wurde im 19. Deutschen Bundestag der AfD-Abgeordnete Stephan Brandner durch Mehrheitswahl zum Vorsitzenden des Rechtsausschusses gewählt, aber bereits im November 2019 wieder abgewählt. Maßgeblich dafür war vor allem Brandners [Retweet](#) eines Beitrags auf Twitter zu dem Anschlag auf eine Synagoge in Halle am 9. Oktober 2019 und Brandners [Äußerungen](#) auf Twitter gegenüber dem Sänger Udo Lindenberg. In der 20. Legislaturperiode

konnte sich der Ältestenrat nicht über die Verteilung der Ausschussvorsitze einigen, sodass diese im Rahmen eines sog. Zugriffsverfahrens vergeben werden mussten. Die AfD-Fraktion erhielt den Zugriff für den Innenausschuss, Gesundheitsausschuss und Entwicklungsausschuss, ihre jeweiligen Kandidaten allerdings nicht die erforderliche Mehrheit. Bis heute besetzt die AfD keinen Ausschussvorsitz im 20. Deutschen Bundestag.

Dürfen Ausschussvorsitzende gewählt werden?

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage klar: Warum sollte der Ausschussvorsitz in einem System, das durch das Mehrheitsprinzip geprägt ist, nicht durch Mehrheitswahl bestimmt werden? Die maßgeblichen Vorschriften sind indes nicht eindeutig. Das Grundgesetz selbst regelt die Besetzung des Ausschussvorsitzes nicht, sodass die Entscheidung über das Verfahren der Besetzung des Vorsitzes der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestags obliegt. Diese spricht in § 58 GO-BT vom „Bestimmen“ des Vorsitzes durch den Ausschuss, nicht etwa von einer „Wahl“. Die Systematik der GO-BT legt zumindest nahe, dass mit „bestimmen“ in § 58 GO-BT keine ungebundene Wahl im Ausschuss gemeint ist, da gem. § 12 GO-BT „die Regelung des Vorsitzes in Ausschüssen [...] im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen vorzunehmen“ ist.

In Anbetracht dieser Regelungen könnte die Abwahl Brandners bzw. die Nichtwahl der drei AfD-Ausschussvorsitzenden in zweifacher Hinsicht gegen die Verfassung verstoßen haben. So argumentiert jedenfalls die AfD und bemüht einerseits die Regelung des § 12 GO-BT in Verbindung mit dem Gebot der fairen und loyalen Anwendung der Geschäftsordnung der AfD-Fraktion, die ihr ein „verfassungsrechtliches Teilhaberecht“ zukommen ließen und mittelbar in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verletzen. Selbst wenn die Regelungen der Geschäftsordnung eine freie Wahl erlauben und damit kein

Teilhaberecht der AfD-Fraktion enthalten, könnte andererseits unmittelbar aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG selbst folgen, dass die AfD-Fraktion an der Besetzung von Ausschussvorsitzen teilhaben können muss. Letzteres nahm die AfD-Prozessvertretung ausdrücklich an, da der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz – Verteilung der Ausschussvorsitze nach dem Stärkeverhältnis im Plenum – auch bei der Besetzung der Ausschussvorsitze gelte. Die Gegenseite verneinte dies hingegen mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Grundsatz gleichberechtigter Teilhabe der Fraktionen grundsätzlich nicht gebiete, dass auch Positionen organisatorischer Art, wie die der Ausschussvorsitze, im Parlament je nach Stärke der Fraktionen zu verteilt sind.

Darüber hinaus ergebe sich laut Prozessvertretung der AfD-Fraktion die Verfassungswidrigkeit der Wahl bzw. Abwahl auch unmittelbar aus einem Verstoß gegen das Recht auf effektive Opposition (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG).

Funktion des Ausschussvorsitzenden für Fraktion und Ausschuss

Ein Dreh- und Angelpunkt der Organstreitverfahren ist somit die Frage nach der Rolle und Funktion des Ausschussvorsitzes. Denn von der Bedeutung des Ausschussvorsitzes für die AfD-Fraktion hängt ab, ob ihre Teilhaberechte oder gar Oppositionsrecht betroffen sind. Von der Funktion des Ausschussvorsitzenden für den Ausschuss selbst hängt wiederum ab, welche konkreten Anforderungen an eine Abwahl zu stellen sind.

Nach innen nimmt der Vorsitz zwar allein organisatorische Verwaltungsaufgaben wahr (vgl. § 59 GO-BT), nach außen kommt dem Vorsitz jedoch auch eine nicht unerhebliche Repräsentationsfunktion für den Ausschuss als Ganzes zu, z.B. bei der Leitung von Delegationen oder im Gespräch mit Verbänden. Dies führt nach einhelliger Auffassung dazu, dass Vorsitzende sich in ihrem Außenverhalten mäßigen müssen, um das Vertrauen aller Ausschussabgeordneten (weiterhin) zu genießen. Nach Anhörung mehrerer sachverständiger Dritter durch den Senat (Bundestagsabordnete, ehemalige und amtierende Ausschussvorsitzende sowie eine Mitarbeiterin der Bundestagsverwaltung) wurde gleichsam deutlich, dass substanzielle politische Befugnisse, etwa Kontrollrechte oder bestimmte Informationsvorteile, mit der Funktion des Ausschussvorsitzes nicht verbundenen sind, was

insbesondere eine Verletzung von Oppositionsrechten im hiesigen Verfahren unwahrscheinlich scheinen lässt. Gleichwohl verbleibt die besondere Spannungslage zwischen den Teilhaberechten der Fraktion und dem Bedürfnis einer Wahl bzw. Abwahl des Vorsitzes zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Ausschusses.

Zulässigkeit einer Abwahl

Ebenfalls unklar ist die Rechtslage hinsichtlich der Möglichkeit, einen Ausschussvorsitzenden abzuwählen. Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage in der GO-BT existiert nicht. Für die Möglichkeit wurde in der mündlichen Verhandlung primär ein *actus-contrarius*-Gedanke ins Feld geführt: Wenn es möglich ist, den Ausschussvorsitz durch Wahl zu bestimmen, dann muss es auch möglich sein, ihn in einem Wahlakt abzuwählen. Das leuchtet unmittelbar ein: Gerade bei Fehlverhalten muss es natürlich möglich sein, einen Wechsel im Vorsitz herbeizuführen; andernfalls wäre die Arbeitsfähigkeit des Ausschusses massiv beeinträchtigt.

Verstoß gegen das Mehrheitsprinzip durch das Mehrheitsprinzip?

Die gegensätzlichen Positionen zur Möglichkeit der Wahl bzw. Abwahl des Ausschussvorsitzes offenbaren letztlich zwei divergierende Vorstellungen des Demokratieprinzips: Die antragsstellende AfD-Fraktion sieht in der faktischen Nichtbesetzung der Ausschussvorsitze durch ihre Kandidaten einen Verstoß gegen das Mehrheitsprinzip. Durch das Zweitstimmenergebnis habe die Wahlbevölkerung die Kräfteverteilung im Bundestag bestimmt, was sich vom Plenum bis in den Ausschuss und bis in die Leitungsgremien wie den Ausschussvorsitz fortsetzen müsse. Der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz gelte also nicht nur für die Ausschussbesetzung, sondern bis in die letzte Arbeitsebene. Durch eine ungebundene Mehrheitswahl der Ausschussvorsitze, die faktisch nie einen AfD-Kandidaten zum Vorsitz gelangen lasse, werde somit nicht dem Wählerwillen entsprochen und damit gegen das Mehrheitsprinzip verstoßen. Die Antragsgegner sehen hingegen gerade im gegenteiligen Ergebnis einen Verstoß gegen das Mehrheitsprinzip, wenn einer demokratisch legitimierten Parlamentsmehrheit vorgeschrieben würde, einen Kandidaten zu bestimmen, der eigentlich nicht dem Mehrheitswillen im Parlament entspricht.

Ähnlich unterschiedliche Grundvorstellungen kristallisierten sich in Bezug auf das Konsensprinzip heraus: Zwar bestand zwischen den Parteien Einigkeit über die grundsätzliche Bedeutung eines interfraktionellen Konsenses über parlamentarische Verfahren. Die AfD-Fraktion versteht unter Konsens jedoch, dass die Fraktionen Einigkeit darüber herstellen müssen (etwa durch Zugriffsverfahren), welcher Fraktion welcher Ausschussvorsitz zukommt; die Besetzung des Vorsitzes obliege dann aber letztlich der Fraktion selbst. Insoweit plädiert die AfD hier für ein konsensuales Verfahren, nicht für eine Wahl. Umgekehrt argumentieren jedoch die Antragsgegner*innen, dass gerade zur Wahrung konsensualen und loyalen Zusammenarbeitens innerhalb der Ausschüsse ein Ausschussvorsitz gewährleistet sein muss, der das Vertrauen aller Ausschussmitglieder genießt. Wenn ein Ausschussvorsitzender wie Brandner das Vertrauen verliere, dann müsse auch dessen Abwahl möglich sein. Konsensuales Zusammenarbeiten im Ausschuss setze also gerade die Möglichkeit einer Wahl und Abwahl des Ausschussvorsitzes voraus.

Kann das Bundesverfassungsgericht die (Ab-)Wahl überprüfen?

Besonders interessant ist hier die Frage nach der richterlichen Kontrolldichte. Die Entscheidung über die Besetzung des Ausschussvorsitzenden ist naturgemäß hochpolitisch. Unzählige Male fiel in der Verhandlung das Wort „Vertrauen“ in der Umschreibung der Erwartungen, die die anwesenden Bundestagsabgeordneten unterschiedlicher Fraktionen an einen Ausschussvorsitzenden haben. Doch wer sollte das (fortdauernde) Bestehen dieses Vertrauens besser beurteilen können als die jeweiligen Ausschussmitglieder selbst? Dass dies durch das Verfassungsgericht kaum überprüfbar ist, machte die Prozessbevollmächtigte der Antragsgegner überzeugend deutlich.

Eine Reihe von Fragen des Senats zielte auf die Maßstabsbildung bei der gerichtlichen Kontrolle von „Wahlentscheidungen“ von Ausschussvorsitzenden ab. Ohne dem irgendeinen Aussagegehalt für die Entscheidung des Gerichts beimessen zu wollen, war es doch bemerkenswert, wie die Richter:innen ganz verschiedene Ideen und Möglichkeiten für die gerichtliche Überprüfung anklingen ließen: Etwa eine reine Missbrauchskontrolle – doch was ist eine missbräuchliche (Ab-)Wahl eines Ausschuss-

vorsitzenden? Bedarf es für die Abwahl eines Ausschussvorsitzenden eines wichtigen oder lediglich eines plausiblen Grundes? Maßstäbe hierfür, so betonte das Gericht, müssten erst neu entwickelt werden.

Bruch mit dem Konsensprinzip im Bundestag?

Mit der mündlichen Verhandlung stellt sich implizit die Grundsatzfrage, ob nach dem Einzug der AfD in den Deutschen Bundestag ein fraktionsübergreifendes, konsensuales Modell parlamentarischer Selbstorganisation überhaupt noch möglich und gewollt ist. Denn letztlich wirken die streitentscheidenden Vorschriften der GO-BT wie aus der Zeit gefallen: Sie beruhen auf einem Grundkonsens parlamentarischer Fraktionen über demokratische und institutionelle Werte und Verfahren, den es im Parlament in dieser Form nicht mehr zu geben scheint. Erst dadurch entsteht ja auch die Abweichung zwischen Geschäftsordnung und politischer Wirklichkeit: Die GO-BT sieht schlussendlich eine Besetzung des Vorsitzes durch die AfD-Fraktion vor, politisch scheint die Wahl der Personalvorschläge der AfD zum Ausschussvorsitz aber bereits aufgrund der Fraktionszugehörigkeit als solcher nicht gewollt.

Wenn für die Parlamentsmehrheit eine Besetzung von Leitungspositionen mit AfD-Kandidaten unabhängig von der Person des Kandidaten kategorisch ausgeschlossen wird, dann wäre es folgerichtig, auch die Geschäftsordnung dahingehend zu ändern und eine ungebundene Mehrheitswahl der Ausschussvorsitzenden zu ermöglichen. Bei dieser müssten dann AfD-Kandidaten nicht gewählt werden. Für das bisherige Unterlassen sind verschiedene Erklärungen denkbar: Entweder könnte tatsächlich weiterhin der Wille bestehen, sich die Wahl eventuell konsensfähiger AfD-Kandidaten offen zu halten. Daneben könnten politische Bedenken bestehen, in der Geschäftsordnung ausdrücklich mit einer langjährig bewährten Tradition der konsensualen Besetzung von Ausschussposten zu brechen; für die konsensuale Besetzung der Ausschussvorsitze nach Fraktionsstärke gibt es angesichts der generellen Bedeutung konsensualen Zusammenwirkens gewiss gute Gründe. Hinzu kommt von rechtlicher Seite das Problem, dass die reine ungebundene Mehrheitswahl der Vorsitze möglicherweise gegen das Grundgesetz verstößt: Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages so weit reicht, dass dieser alle Ausschussposten nach dem Mehrheitsprinzip besetzen kann, was im internatio-

nen Vergleich durchaus üblich und auch in Deutschland nicht ausgeschlossen erscheint, oder ob einer solchen Regelung ein verfassungsunmittelbarer Anspruch der Fraktionen aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf gleichberechtigte Mitwirkung an der Besetzung der Vorsitze entgegenstehe. Darüber hat jedenfalls das Bundesverfassungs-

gericht bisher nicht entschieden. Die Berichterstatterin Christine Langenfeld deutete in der Verhandlung bereits an, dass die Entscheidung in diesem Verfahren auch der Maßstabsbildung für in der Zukunft zu erwartende ähnliche Fälle diene.

Robert Böttner

Ungleichgestellt

Was das Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs zu rein weiblichen Gleichstellungsbeauftragten übersieht

doi: 10.59704/7e4bffde75a79437



Am 6. März 2024 wies der Thüringer Verfassungsgerichtshof einen Normkontrollantrag der AfD-Fraktion des Thüringer Landtags gegen das Thüringer Hochschulgesetz in allen Punkten als unbegründet zurück. Neben der gesetzlichen Frauenquote im Hochschulrat rügte die Antragstellerin insbesondere, dass laut Gesetz nur Frauen zur zentralen Gleichstellungsbeauftragten gewählt werden dürfen. Das Amt der Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen zu beschränken ist – entgegen der Ansicht des Thüringer Verfassungsgerichtshofs – nicht verfassungsgemäß.

Die progressive Hochschulreform 2018

Mit dem „Gesetz zur Stärkung der Mitbestimmung an Hochschulen“ hat der Landesgesetzgeber das [Thüringer Hochschulgesetz](#) (ThürHG) aus dem Jahr 2006 novelliert und an die jüngere hochschulrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (insb. zum [HambHG](#) und zur [MHG](#)) angepasst (zu den Neuerungen ausführlich [hier](#) und [hier](#)).

Eine wesentliche Neuerung ist, dass die Kollegialorgane (Senat, Fakultätsrat) grundsätzlich paritätisch besetzt und die Hochschullehrermehrheit in wissenschaftsrelevanten Bereichen fallbezogen sichergestellt wird. Die Gesetzesnovelle normiert zudem Größe und Zusammensetzung des Hochschulrats als externem Aufsichtsgremium und sieht nunmehr die Mitwirkung hochschulinterner Mitglieder zwingend vor. Zudem legt das neue Gesetz eine Mindestquote von Frauen (drei von acht) in Form einer Soll-Vorschrift fest. Senat und Hochschulrat zusammen bilden die Hochschulversammlung, die eine zentrale Rolle in der Wahl und Abwahl des Präsidiums einnimmt.

Neu ist auch der Diversitäts- und Antidiskriminierungsauftrag für die Hochschulen (§ 5 Abs. 7, 8 ThürHG), um Benachteiligungen aufgrund unterschiedlichster Merkmale auszuschließen. Dafür ist ein eigener Diversitätsbeauftragter zuständig (§ 7 ThürHG), der neben die Gleichstellungsbeauftragte (§ 6 ThürHG) tritt. Ei-

ne Gleichstellungsbeauftragte war schon im Vorgängergesetz 2006 vorgesehen (§ 6 ThürHG a.F.), aber erst mit der Novellierung 2018 sprachlich auf Frauen beschränkt worden.

Direkt nach Verabschiedung des Gesetzes im Mai 2018 beantragte die AfD-Fraktion im Thüringer Landtag ein abstraktes Normkontrollverfahren vor dem Thüringer Verfassungsgerichtshof in Weimar. Dieser [lehnte einen Befangenheitsantrag gegen einen Richter ab](#). Mit Urteil vom 6. März 2024 wies der Verfassungsgerichtshof alle Rügen als unbegründet zurück. Dieser Beitrag beschränkt sich auf diejenigen Regelungen, die die Antragstellerin als mit dem Gleichbehandlungsgebot unvereinbar rügte – und die zumindest mit Blick auf die Gleichstellungsaufträge hätten durchgreifen müssen.

Frauenquote im Hochschulrat

Hinsichtlich der Regelung des § 34 Abs. 3 S. 1 ThürHG, wonach mindestens drei der acht Mitglieder des Hochschulrates Frauen sein sollen, sieht der Verfassungsgerichtshof zwar das Gleichbehandlungsgebot beeinträchtigt. Dies sei aber durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 2 Abs. 2 S. 2 ThürVerf verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Denn vor dem Hintergrund der hochschulrechtlichen Gleichstellungsklausel des § 6 Abs. 1 ThürHG und der allgemeinen Bestimmungen des Thüringer Gleichstellungsgesetzes ([ThürGleichG](#)) biete sich die Norm in ein hinreichend schlüssiges Gesamtkonzept ein. Zu Recht verweist der Verfassungsgerichtshof darauf, die Vorschrift sei auch verhältnismäßig, da sie als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist. So könnten atypische Konstellationen berücksichtigt werden, etwa wenn nicht genügend geeignete Bewerberinnen für die Mitgliedschaft im Hochschulrat zur Verfügung stünden.

Nur Frauen als Gleichstellungsbeauftragte

Kontrovers diskutierte der Gerichtshof die Regelung des § 6 Abs. 3 ThürHG, wonach nur Frauen zur zentra-

len Gleichstellungsbeauftragten gewählt werden können. Das Urteil kommt zu dem Ergebnis, dass diese Beschränkung mit der Thüringer Verfassung vereinbar ist. Die Entscheidung erging bezüglich des Ergebnisses mit sechs zu drei Stimmen, die Begründung tragen gar nur fünf der neun Richterinnen und Richter. Zudem hat Verfassungsrichter Hinkel ein Sondervotum dazu abgegeben.

Der Gerichtshof sieht die offensichtliche Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts durch das Gebot, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, nach [Art. 2 Abs. 2 S. 2 ThürVerf](#) als gerechtfertigt. Damit werde ein legitimer Zweck verfolgt, der sich insbesondere zusammen mit dem Thüringer Gleichstellungsgesetz in ein plausibles Gesamtkonzept einbette. Dem ist grundsätzlich zu folgen.

Die übrige Verhältnismäßigkeitsprüfung begegnet hingegen einiger Bedenken. Wegen der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gelten hier strenge Anforderungen ([BVerfGE 133, 377](#), Rn. 88).

Die Regelung ist zwar nicht ungeeignet, das Gleichstellungs- und Fördergebot zu erreichen. Anders als der Thüringer Verfassungsgerichtshof meint, ist sie aber nicht erforderlich. Der Gerichtshof argumentiert, strukturelle Nachteile könnten besonders gut aus Sicht des benachteiligten Geschlechts (hier: Frauen) erkannt, beurteilt und behoben werden. Es sei nicht sicher feststellbar, dass die Vorschrift ebenso wirksam Gleichstellung erreichen würde, wenn sie für Personen jeden Geschlechts geöffnet wäre. Diese These bleibt indes in ihrer Begründung lückenhaft. Dass rein weibliche Gleichstellungsbeauftragte frauenspezifischer Diskriminierung effektiv(er) abhelfen ist nicht ohne Weiteres erkennbar und bleibt eine schlichte Rechtsbehauptung. Die vorgelegten Zahlen setzen sich weder mit der konkreten Situation in Thüringen noch spezifisch mit dem Hochschulbereich auseinander, worauf das Sondervotum zutreffend hinweist. Zwar kommt dem Gesetzgeber in Gleichstellungsfragen ein gewisser Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Dieser darf aber gerade bei einer unmittelbaren Diskriminierung nicht zu weit verstanden werden, sodass hier eine genauere Prüfung durch den Thüringer Gerichtshof erforderlich gewesen wäre.

Wenn er dazu und auch an anderer Stelle auf das [Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern](#) (Az. 7/16) zur Beschränkung im dortigen Gleichstellungsgesetz verweist, verkennt der Thüringer Verfassungsgerichtshof die Unterschiede zwischen den

beiden zugrunde liegenden Normen: Vor dem LVerfG M-V ging es um das allgemeine Gleichstellungsgesetz im öffentlichen Dienst, dass höhere Schwellenwerte anlegt als das äquivalente Thüringer allgemeine Gleichstellungsgesetz (in Thüringen gilt ein Geschlecht als unterrepräsentiert, wenn es einen Anteil von weniger als 40% hat). Das ThürGleichG öffnet das Amt der Gleichstellungsbeauftragten für alle Geschlechter, das ThürHG wiederum verengt es für den Bereich des Hochschulrechts auf Frauen. Insoweit sind die Sachzusammenhänge beider Entscheidungen anders gelagert. Ungeachtet dessen hätte sich der Thüringer Verfassungsgerichtshof zumindest mit der Kritik an der Entscheidung des LVerfG M-V auseinandersetzen müssen, die sich etwa am zu weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers aufhängt (so die [abweichende Meinung des Richters Brinkmann](#), Rn. 113 ff.) oder daran, dass sich [Gruppenzugehörigkeit und Interessenwahrnehmung dieser Gruppe nicht gleichsetzen ließen](#).

Bedauerlicherweise berücksichtigt die Mehrheitsentscheidung auch nicht, dass es sich bei der Norm um eine Muss-Vorschrift handelt. Während der Gerichtshof bei der Quotierung für den Hochschulrat darauf verweist, dass die Soll-Vorschrift zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung beiträgt, geht er im Fall der Gleichstellungsbeauftragten nicht darauf ein, dass eine solche Soll-Vorschrift eine weniger belastende Maßnahme hätte darstellen können.

Auch Männer sind Frauen?

Das Sondervotum von Verfassungsrichter Hinkel kommt hingegen richtigerweise zu dem Ergebnis, das passive Wahlrecht für das Amt der zentralen Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen zu beschränken sei unverhältnismäßig. Dies gilt auch und gerade vor dem Hintergrund der antidiskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, worauf das Sondervotum ausführlich hinweist. Allerdings zieht Hinkel daraus *nicht* den Schluss, die Vorschrift sei damit auch verfassungswidrig. Vielmehr sei die Norm verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass Personen aller Geschlechter Frauen im Sinne der Vorschrift sind. Die dafür gelieferte Begründung ist rechtsmethodisch äußerst fragwürdig.

Richtigerweise steht bereits der [Wortlaut der Vorschrift](#) einem solchen Verständnis entgegen. Zudem ordnet § 141 ThürHG explizit an, dass „[Status- und Funktionsbezeichnungen in diesem Gesetz \[...\] mit Ausnahme der Funktion der Gleichstellungsbeauftragten nach § 6 je-](#)

weils in männlicher und weiblicher Form“ gelten. Wenn nun entgegen diesem eindeutigen Wortlaut auch Männer oder Personen anderen Geschlechts unter die Vorschrift gefasst werden sollen, fehlt es schon an der erforderlichen Gesetzeslücke.

Das Sondervotum stellt auf die verfassungsrechtliche Diskussion um nicht binäre Personen des sogenannten „dritten“ Geschlechts und den diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers ab. Der Gesetzgeber 2018 (der sich die Begründung zum ThürHG 2006 zu eigen gemacht habe) habe in binären Verhältnissen gedacht und sich die Frage gar nicht gestellt, inwieweit Personen, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen, gleichwohl zentrale Gleichstellungsbeauftragte werden können. Es könne aber angesichts der Aufgabenbeschreibung der Gleichstellungsbeauftragten in § 6 ThürHG nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, andere Geschlechter von der Wahrnehmung dieses Amtes auszuschließen. Vielmehr habe der Landesgesetzgeber den verfassungsrechtlichen Schutz von Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, schlicht übersehen. Somit müssten nicht binäre Personen und – um gegenüber diesen nicht ungerechtfertigt benachteiligt zu werden – auch männliche Personen als Frauen im Sinne des § 6 Abs. 3 ThürHG angesehen werden.

Ebenso lässt sich fragen, was der Gesetzgeber hätte wissen müssen – und was er wider dieses Wissen anders geregelt hat. Die Landesregierung hat ihren [Gesetzesentwurf](#) Mitte September 2017 vorgelegt. Am 10. Oktober 2017 verkündete das Bundesverfassungsgericht seinen [Beschluss zur sogenannten Dritten Option](#). Selbst wenn die zuständigen Ministerien den Entwurf unter völliger Ausblendung aller gesellschaftlicher Debatten um dieses Thema erarbeitet hätten, so hätte spätestens der Landtag diese Frage diskutieren müssen. Dass es der Ge-

setzgeber nicht getan hat, kann letztlich nur bedeuten, dass er es nicht anders geregelt wissen wollte. Insofern liegt schon keine Regelungslücke vor. Somit lässt sich die Norm des § 6 Abs. 3 ThürHG auch nicht mit der im Sondervotum vorgeschlagenen verfassungskonformen Auslegung retten. Sie ist als unverhältnismäßiger Eingriff in das Diskriminierungsverbot verfassungswidrig.

Gesetzesänderung nicht ausgeschlossen

Um nicht missverstanden zu werden: Es kann in einer *konkreten* Stellenbesetzung durchaus zulässig sein, ein vorrangig auf die Förderung und die Belange eines Geschlechts zugeschnittene Stelle (z.B. mit Blick auf sexuelle Belästigung gegenüber Frauen) mit einer Person ebendieses Geschlechts zu besetzen (zur Ablehnung einer AGG-relevanten Diskriminierung etwa [LAG Niedersachsen v 24.02.2023, Az. 16 Sa 671/22](#)). Davon zu trennen ist aber die verfassungsrechtlich problematische Regelung, die das Amt der Gleichstellungsbeauftragten *gesetzlich* auf Frauen beschränkt.

Mit seinem Urteil vom 6. März 2024 hat der Thüringer Verfassungsgerichtshofs diesen Streit für das Thüringer Hochschulgesetz zunächst beendet. Mit Blick auf die Regelung zur Gleichstellungsbeauftragten erkennt aber auch die Politik Handlungsbedarf. So räumte der für die Hochschulen zuständige Staatssekretär Carsten Feller (SPD) in [Reaktion auf das Urteil](#) bereits ein: „Ich sehe tatsächlich, dass es da eine Regelungslücke gibt.“ Dass es aber in absehbarer Zeit zu einer Änderung kommt, ist insbesondere mit Blick auf die schwierigen politischen Mehrheitsverhältnisse in Thüringen und die Landtagswahl im Herbst eher unwahrscheinlich. Verfassungsrechtlich führt jedoch auf kurz oder lang kein Weg daran vorbei, die Gleichstellungsarbeit an Thüringer Hochschulen für Personen aller Geschlechter zu öffnen.

Robert Brockhaus, Benjamin Düsberg, Nikolas Göllner

Zwischen Fluss, Meer und Strafbefehl

Rechtsprobleme einer mehrdeutigen Parole

doi: 10.59704/f1f3ad168eb31be6



Macht sich strafbar, wer den Satz „from the river to the sea, Palestine will be free“ verwendet? Die Antwort lautet: In aller Regel nicht. Doch seit den Terrorangriffen der Hamas am 7. Oktober 2023 haben die Strafverfolgungsbehörden hunderte Ermittlungsverfahren wegen Volksverhetzung, Billigung von Straftaten und der Verwendung von Kennzeichen einer Terrororganisation eingeleitet. Kürzlich hat die Berliner Polizei die Wohnung einer 41-jährigen [durchsucht](#), drei Handys, zwei Computer und eine Festplatte beschlagnahmt. Die Frau soll „from the river to the sea“ in sozialen Medien gepostet und dadurch Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen verwendet haben. Dabei ist, wer „from the river to the sea“ äußert, in aller Regel durch die Meinungsfreiheit geschützt. Der Slogan ist vieldeutig und Gerichte müssen bei mehreren Deutungsmöglichkeiten genau begründen, warum allein die strafbare Interpretation plausibel sein soll. Er kennzeichnet auch nicht die Hamas, denn verschiedene Akteure verwenden ihn seit Jahrzehnten als pro-palästinensische Losung. Und nicht nur das: auch linke israelische Gruppen (s. etwa [hier](#) und [hier](#)) sowie rechte israelische Stimmen haben ihn kooptiert (s. [hier](#)).

Dessen ungeachtet muss in Berlin derzeit aber sogar mit Ermittlungen rechnen, wer „From the River to the Sea, we all want Equality“ skandiert. Obwohl noch kein Berliner Gericht jemanden wegen der Verwendung des Slogans zu einer Strafe verurteilt hat (einzig bekannt ist [hier](#) ein Strafbefehl des Amtsgerichts Karlsruhe), geht die Berliner Exekutive zunehmend härter gegen pro-palästinensische Stimmen vor. Ob gewollt oder nicht: Ein solches Vorgehen schüchtert ein. Wohnungsdurchsuchungen und Festnahmen stellen nicht nur für die unmittelbar Betroffenen einen Eingriff dar. Sie ziehen auch *chilling effects* nach sich, die es in einer liberalen Demokratie zu vermeiden gilt – denn sie lebt vom freien Meinungs Austausch.

Keine Volksverhetzung

Oft lautet der Vorwurf Volksverhetzung, § 130 Strafgesetzbuch (StGB). Nach dieser Vorschrift macht sich unter anderem strafbar, wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören gegen eine religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die Tat muss sich aber gegen eine Gruppe bzw. einen Bevölkerungsteil im Inland richten. Da er sich aber auf das Gebiet zwischen dem Fluss Jordan und dem Mittelmeer bezieht, fehlt bereits der erforderliche Inlandsbezug (s. bereits [hier](#)).

Darüber hinaus wäre es regelmäßig mit der Meinungsäußerungsfreiheit unvereinbar, den Satz „from the river to the sea, Palestine will be free“ als Volksverhetzung einzustufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Gerichte bei mehreren Deutungsvarianten einer Äußerung genau begründen, weshalb gerade die strafbare maßgeblich sein soll (BVerfG NJW 2001, 61 [63]). Ist eine strafffreie Interpretation aufgrund der Gesamtwürdigung der Äußerung und seiner Begleitumstände plausibel und nicht nur denktheoretisch möglich, ist eine Volksverhetzung zu verneinen (vgl. BVerfG NStZ 1990, 383). Zu berücksichtigen ist auch, dass bei Auseinandersetzungen über gesellschaftlich oder politisch relevante Fragen eine Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede besteht (s. z.B. BVerfG NJW 1995, 3303 [3305]).

Nichts anders gilt auch hier. Denn der Satz „from the river to the sea, Palestine will be free“ lässt verschiedene Deutungen zu. Spätestens seit den 1960er-Jahren verwenden ihn vielfältige Akteure (s. [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Er wurde unter anderem zu einem Aufruf, einen säkularen demokratischen Staat im gesamten historischen Palästina aufzubauen. Die Palästinenser:innen hofften,

dass sie in einem Staat frei von Unterdrückung jeglicher Art leben würden. Wer den Satz voreilig als verhetzend interpretiert, wird den Akteuren, der Geschichte und den erhobenen politischen Forderungen nicht gerecht, sondern reduziert ihn in unlauterer Weise.

Die Strafverfolgungsbehörden unterstellen hingegen, dass „from the river to the sea“ ausschließlich antisemitisch zu deuten sei und dafür stehe, jüdisches Leben in dem Gebiet zwischen Jordan und Mittelmeer auszulöschen – denn nur derart lässt sich auf der Grundlage der dargestellten Verfassungsrechtsprechung eine Strafbarkeit begründen. So nachvollziehbar die Ängste und Sorgen von in Deutschland lebenden Jüdinnen und Juden nach den Terroranschlägen der Hamas und gegen jüdische Einrichtungen **gerichtete Straftaten** auch sind, überrascht diese von den Behörden behauptete Eindeutigkeit des Slogans. Denn die Pluralität der Stimmen war und ist nicht zu übersehen und sie hat sich auch nach dem 7. Oktober 2023 nicht auf eine verhetzende Stimme reduziert. Zudem legen der Wortlaut des Slogans und seine Geschichte näher, ihn regelmäßig dahingehend zu deuten, dass Palästinenser:innen Freiheit und Gleichheit in dem bezeichneten Gebiet anstreben, d.h. in Gaza, im Westjordanland und in Israel.

Dementsprechend hat das **Verwaltungsgericht Münster am 17. November 2023** zu versammlungsrechtlichen Fragen ausgeführt:

„Hierbei handelt es sich um eine politische Parole, die im Zusammenhang mit dem Israel-Palästina-Konflikt verwendet wird und sich geografisch auf das Gebiet zwischen dem Jordan („River“) und dem Mittelmeer („Sea“), zu dem der Staat Israel das Westjordanland und der Gazastreifen gehören, bezieht. Dabei reichen die Interpretationen der Parole von einer Forderung nach der Freiheit für Palästinenser von der israelischen Besatzung gemäß des Völkerrechts über den Aufruf für einen vereinten Staat für Juden und das palästinensische Volk in der gesamten Region Palästina, bis hin zu einem Aufruf zur Vernichtung des israelischen Staates.“

Das Verwaltungsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass die Parole keine strafbare Äußerung erkennen lasse und damit nicht als Einschränkung für die Versammlungsfreiheit dienen könne.

Protest gegen Völkerrechtsverstöße, nicht Billigung von Straftaten

Wer allein den Slogan „from the river to the sea“ verwendet, billigt damit prinzipiell auch nicht die Taten der Hamas vom 7. Oktober 2023. Trotzdem wird Demonstrierenden nach wie vor immer wieder vorgeworfen, sie würden sich wegen § 140 StGB strafbar machen. Gegen diese Vorschrift verstößt unter anderem, wer Mord, Totschlag und bestimmte Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch öffentlich billigt. Weil der Slogan mehrdeutig ist, gebietet die Meinungsfreiheit auch hier: Es muss klar sein, dass der Slogan nur als Billigung der Taten der Hamas verstanden werden kann. Plausible andere Deutungen müssen ausgeschlossen sein (zu § 140 StGB vgl. OLG Karlsruhe NJW 2003, 1200 [1201]). Die Demonstrationen der letzten Monate richteten sich gegen die massenhaften Tötungen von inzwischen über 31.000 Menschen im Gazastreifen, darunter über 11.000 Kinder, durch die israelischen Streitkräfte sowie gegen massive Völkerrechtsverstöße, die auch unter Völkerrechtlern kaum noch angezweifelt werden. Am 26. Januar 2024 **befand zudem der Internationale Gerichtshof**, dass Verletzungen der UN-Genozidkonvention durch Israel plausibel scheinen. Bei dieser Sachlage lässt sich nicht einfach unterstellen, dass mit der Losung die Taten der Hamas gebilligt werden sollen. Andere sich eher aufdrängende Deutungen des Slogans werden Gerichte in der Regel nicht ausschließen können. Darauf kommt es für die strafrechtliche Bewertung aber an. Etwas anderes kann für in jeder Hinsicht scharf zu verurteilenden **„Jubel über Terror“** zeitlich unmittelbar nach den Angriffen am 7. Oktober 2023 gelten.

„From the river to the sea“ ist kein Kennzeichen der Hamas

Die Strafverfolgungsbehörden werfen jenen, die den Slogan „from the river to the sea“ verwenden, weiterhin immer wieder vor, sie würden in strafbarer Weise ein Kennzeichen der Hamas verwenden. Dieser Vorwurf trifft nicht zu.

Strafbar macht sich gemäß § 86a StGB, wer Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen verbreitet oder öffentlich verwendet. Die Hamas ist eine solche Organisation. Das Bundesministerium des Innern und für Heimat hat sie am 2. November 2023 verboten. In der Verfügung heißt es auch, dass es verboten ist, Kennzeichen der Hamas öffentlich zu verwenden. Sie

enthält 19 Abbildungen, welche Kennzeichen der Hamas darstellen sollen. Abschließend heißt es auf Seite 6 der Verbotsverfügung: „Sowie die Parole ‚Vom Fluss bis zum Meer‘ (auf Deutsch und anderen Sprachen)“. Weshalb es sich um ein Kennzeichen der Hamas handeln soll, wird im Gegensatz zu den anderen Symbolen und Wortfolgen nicht begründet.

Derzeit schließen einige Staatsanwaltschaften aus der Verbotsverfügung, dass es sich bei dem Slogan um ein Kennzeichen der Hamas im Sinne des § 86a StGB handeln müsse – ein Fehlschluss.

Zunächst ist klarzustellen, dass das Ministerium nicht festlegen kann, welche Kennzeichen die Strafvorschrift umfasst. Die Verbotsverfügung zieht zwar das allgemeine Kennzeichenverbot nach sich (Rechtsfolge), sie regelt aber nicht selbst, welche spezifischen Kennzeichen verboten sind – so das Bundesverwaltungsgericht zu einer anderen Verbotsverfügung (s. [hier](#) Rn. 17). Welche Kennzeichen inkriminiert sind, darüber müssen Gerichte befinden (vgl. bereits *Jahn*, [hier](#)).

Kennzeichen von verbotenen Organisationen können nach der Rechtsprechung z.B. Fahnen und Abzeichen sein, aber auch Grußformeln wie der Hitlergruß oder die Worte „Heil Hitler“. Ebenso Parolen, z.B. „Sieg Heil“, „Alles für Deutschland“ (Losung der SA), „Deutschland erwecke“ (Parole der SA), „Blut und Ehre“ (Parole der Hitlerjugend), „Meine Ehre heißt Treue“ (Wahlspruch der SS). Und – folgte man dem Willen des Bundesministeriums des Innern und für Heimat – nun auch die Worte „Vom Fluss bis zum Meer“.

Ein Gericht muss sich zunächst fragen, was ein Kennzeichen ist. Ein Kennzeichen ist nach dem Duden ein „charakteristisches Merkmal; Zeichen, an dem jemand, etwas zu erkennen ist“. Zudem muss es sich fragen, wie eine Parole zum Kennzeichen einer Organisation wird. Der Bundesgerichtshof meint, dies könne durch formale Widmung oder durch schlichte Übung der jeweiligen Organisation geschehen (BGH NStZ 2009, 88 [89]). Eine Zuschreibung durch Dritte, etwa durch das Innenministerium, ist nicht ausreichend.

Gemessen an diesen Maßstäben ist „from the river to the sea“ kein Kennzeichen der Hamas. Zwar findet sich die Formulierung an einer Stelle der [Charta der Hamas](#) aus dem Jahr 2017 in deren 20. Absatz. Aus dem Text geht aber nicht ansatzweise hervor, dass die Worte als Parole oder Wahlspruch zu verstehen sein könnten. Zu einem Kennzeichen der Hamas werden sie zudem aus ei-

nem anderen Grund nicht: Der Ursprung des Slogans ist älter als die Hamas, die im Jahr 1987 gegründet wurde. Er reicht in die britische Mandatszeit zurück und Palästinenser:innen verwenden ihn vermehrt seit den 1960er-Jahren. Unterschiedliche Organisationen, etwa die Fatah nutzt ihn, aber auch jüdische Israelis und sogar Parteien, unter anderem von Likud, machen von ihm Gebrauch (s. [hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Das israelische Kleinanzeigen-Unternehmen Yad2 – eine Tochterfirma des Axel Springer Verlags – bewarb in der Dezemberausgabe von The Marker sein Geschäft mit Immobilieninseraten mit einer Gaza und das Westjordanland umfassenden [Karte](#) unter dem Slogan „from the river to the sea“. Auch Benjamin Netanjahu hat ihn vor Kurzem [verwendet](#).

Gegen eine Strafbarkeit nach § 86a StGB spricht schließlich einmal mehr die Meinungsfreiheit: Komplementär zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Volksverhetzung, nach der bei mehrdeutigen Äußerungen, plausible nicht-verhetzende Deutungen durch die Strafgerichte auszuschließen sind, gebietet die Meinungsfreiheit bei § 86a StGB, dass man die jeweilige Parole in plausibler Weise nur der verbotenen Organisation zurechnen kann. Daran fehlt es hier (s.o.).

Kürzlich hat auch das Verwaltungsgericht Frankfurt entschieden, dass es den Slogan wegen der Meinungsfreiheit nicht für strafbar hält (Beschluss vom 21.03.2024, Az.: 5 L 940/24.F, s. [hier](#)). Es geht davon aus, dass die Verfügung des Innenministeriums hinsichtlich „from the river to the sea“ wegen Art. 5 GG teilnichtig sei. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Stadt Frankfurt hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen (Beschluss vom 22.03.2024, Az.: 8 B 560/24, s. [hier](#)).

Verdacht der Repression und chilling effects

Wer „from the river to the sea“ äußert oder postet, macht sich in aller Regel nicht strafbar. Dennoch gehen die Strafverfolgungsbehörden vehement, gelegentlich auch mit Gewalt gegen Personen vor, die den Slogan verwenden. Dabei ignorieren sie elementare grundrechtliche Wertungen, namentlich das Einmaleins der Meinungsfreiheit. Nicht näher begründete ministeriale Wertungen werden unreflektiert übernommen. Man gewinnt bei alledem den Eindruck, dass der Staat palästinasolidarischen Stimmen besonders repressiv begegnet. Zur Legitimation unterstellen die Behörden „from the river to the sea“ eine ausschließlich extremistische Deutung, die eine Vielzahl

plausibler, grund- und menschenrechtskonformer und vor allem auch näherliegender Interpretationen ignoriert. Dies zieht Einschüchterungseffekte nach sich, die es gerade in einer liberalen Demokratie, die vom freien Meinungs Austausch lebt, zu vermeiden gilt – auch das

ist eine Konstante in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Wir danken einer Rechtswissenschaftlerin, die namentlich nicht genannt werden möchte, für ihre wertvollen Anmerkungen.

Justine Diebel

Die Ampel auf Grün

Was lange währt, wird endlich gut? Das Cannabisgesetz ab dem 1. April 2024

doi: 10.59704/ece09e0baa921f4e



...und dann ging irgendwie doch alles Schlag auf Schlag: Am 23. Februar 2024 hat der Bundestag das Cannabisgesetz (CanG¹) beschlossen, einen Monat später hat es den Bundesrat passiert.² Bis zuletzt herrschte noch flächendeckende Ungewissheit, insbesondere die Anrufung des Vermittlungsausschusses wurde befürchtet. Mit Unterzeichnung durch Bundesratspräsidentin Schwesig am vergangenen Mittwoch wurde nun die letzte Hürde überwunden und das Gesetz tritt mit einigen Vorbehalten planmäßig zum 1. April 2024 in Kraft.³ Freude und Skepsis scheinen groß – je nachdem, wo man ist und wen man fragt. Zum Stichtag sind dennoch zahlreiche Veranstaltungen, etwa der „[Legalization Day](#)“ in Hamburg oder das „[High und Frei](#)“ in Regensburg angekündigt. Wahrscheinlich ist auch, dass in vielen Teilen der Republik um 16:20 Uhr Feuerzeug und Joint gezückt werden.

Die (teilweise) Entkriminalisierung von Cannabis durch das CanG stellt einen wichtigen Schritt zu einer nachhaltigeren und vorurteilsfreieren Drogenpolitik dar. Trotz handwerklicher Fehler und gespaltenem Konzept: Die Gründung von Cannabis-Clubs wird erst im Sommer möglich sein, Vorschriften zur Tilgung der Eintragungen im Bundeszentralregister werden erst zu Januar 2025 in Kraft treten und wann mit konkreten Ideen zur Umsetzung regionaler Modellvorhaben zu rechnen ist, bleibt ungewiss.⁴ Diese stufenförmige Einführung wird in den nächsten Monaten großes Diskriminierungspotential mit sich bringen. Die Verschärfung der Strafvorschriften im vergangenen November lässt zudem eine Überkriminalisierung konsumbezogener Handlungen befürchten.

Verspätung der „Cannabis-Clubs“

Was sich im Jahr 2021 wie die bundesweite Etablierung von Cannabisshops, für manche buchstäblich als „[amerikanischer Traum](#)“ las, modifizierte sich mit Verweis auf Wissensdefizite für Cannabisvertriebswege in Kombination mit völkerrechtlichen Friktionen zum sog. [2-Säulen-Modell](#).⁵

Zum 1. April 2024 ist der Eigenanbau von bis zu drei Pflanzen erlaubt. Bestimmungen zum gemeinschaftlichen Eigenanbau in sog. Anbauvereinigungen (Cannabis-Clubs) treten erst zum 1. Juli 2024 in Kraft (Art. 15 Abs. 2 CanG). Schon wegen der Formalitäten des Erlaubnisverfahrens können von der Gründung des Clubs bis hin zur Aufnahme des Betriebs noch einige Monate dazugerechnet werden. Mitglieder können Erträge realistisch erst nach dem Jahreswechsel erwarten. Abgesehen vom privaten Eigenanbau mit den Beschränkungen nach §§ 9 f. KCanG (Konsumcannabisgesetz), sind in der Zwischenzeit keine Zugangswege zu Genusscannabis vorgesehen. Auch die private Selbstversorgung wird noch Zeit in Anspruch nehmen, denn bis die Pflanzen Früchte tragen, werden mehrere Wochen bzw. gar Monate vergehen. Damit herrscht zeitweise ein gewisses Versorgungsvakuum. Strafrechtliche Konsequenzen bedeutet dies nicht unbedingt; ab dem Stichtag ist auch ein zuvor illegal begonnener Anbau „legalisiert“. Losgelöst davon ist auch der Besitz von bis zu 25 bzw. 50 Gramm zum Eigenkonsum herkunftsunabhängig erlaubt – also auch vom Schwarzmarkt. Entsprechend der Struktur des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) werden jedoch auch künftig dem erlaubten Besitz vorausgehende Handlungen auf Seiten des Abgebenden und Nehmenden,

¹ BT-Drs. 20/8704.

² BR-Drs. 92/24.

³ BGBl. I, Nr. 109, Art. 15 Abs. 1 CanG.

⁴ Art. 15 Abs. 3 CanG.

⁵ BT-Drs. 20/8704, S. 70.

⁶ § 34 KCanG übertrifft vom Umfang sogar § 29 BtMG.

für letzteren jedenfalls über der Grenze der Freimenge, wechselseitig kriminalisiert. Die weitgehende Übernahme strafbarer Handlungen aus dem BtMG⁶ hat damit zur Folge, dass bei der Frage der Beschaffung vorsorglich geschwiegen werden sollte.⁷

Punktgenaue Ernte

Auch das Kernstück des Gesetzes, der erlaubte Besitz nach § 3 KCanG, sieht nun mit Blick auf den Eigenanbau differenzierte Mengen in und außerhalb des Wohnsitzes vor. Diese beziehen sich auf *getrocknetes* Cannabis. Eine Grenzziehung des Erlaubten richtet sich damit nach der „Konsumfähigkeit“ von Cannabis; ist diese noch zu verneinen, darf die 50-Gramm-Grenze überstiegen werden.

Der damit bezweckte Erntevorgang, bei dem allenfalls die Höchstgrenze des erlaubten Ertrags herauskommt, ist in der Umsetzung prekär. Punktlandungen werden sich für den Anbauenden kaum erreichen lassen, zumal es für die Konsumfähigkeit keine festen Werte gibt. In den letzten Änderungen ist zudem für geringfügige Verstöße eine Ordnungswidrigkeit aufgenommen worden. Wird die Obergrenze nur leicht überschritten (um 5 bei einem zulässigen Besitz von 25 Gramm bzw. um 10 bei einem zulässigen Besitz von 50 Gramm), handelt es sich nur um eine Ordnungswidrigkeit statt einer Straftat.

Erhöhtes Strafmaß

Die Fülle an Strafvorschriften bringt auch künftig einen Schwarzmarkt mit sich. Als Korrektiv zu zahlreichen strafbaren Vergehenstatbeständen sieht der im parlamentarischen Verfahren eingefügte § 35a KCanG eigenständige Voraussetzungen für das Absehen der Verfolgung von geringfügigen Konsumvergehen vor. Da das KCanG bereits straffreie Eigenverbrauchsmengen beim Besitz, Erwerb und Anbau vorsieht, erfüllt der neu eingefügte § 35a KCanG seine Funktion, wenn eine sogenannte „geringe Menge“ im strafbaren Bereich liegt, etwa mehr als 30 bzw. 60 Gramm. Hinsichtlich der anderen Tatbestandsvarianten, für die das KCanG keine straffreien Mengen vorsieht, sollen dagegen die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung zur geringen Menge angewandt werden. Die Strafnorm nach § 34 KCanG ist im Übrigen gegen Ende hin hinsichtlich der Strafraumen bei

qualifizierten Verstößen auf mindestens zwei Jahre Freiheitsstrafe angehoben worden (z.B. bei bandenmäßiger Tatbegehung mit „nicht geringer Menge“).

Ungewisse Anwendungspraxis

Neuralgische Punkte des Gesetzes ergeben sich aus handwerklichen Fehlern durch „Blindverweise“ auf das BtMG, die zum Teil im Widerspruch zu den grundsätzlichen Wertungen stehen. Genannt sei etwa das verbotene Herstellen (z.B. Ernten) unter dem Gesichtspunkt, dass der Anbau wiederum erlaubt sein soll (34 Abs. 1 Nr. 3 KCanG), frei nach dem Motto „Nur gucken, nicht anfassen“. Diese und weitere Inkonsistenzen verlangen Nachbesserung. Auch ist absehbar, dass die Klärung zentraler Rechtsbegriffe wie der jeweiligen Mengen („geringe“, „normale“ und „nicht geringe“ Menge) einige Monate in Anspruch nehmen wird. Die Suche nach einer normativen Bezugsgröße und universelle Angleichung der Maßstäbe bei den Opportunitätsvorschriften wird sich schwer gestalten.⁸ Es muss nach überzeugenden, innersystematischen Lösungen gesucht werden, die dazu beitragen, dass das CanG nicht als „BtMG light“ verstanden wird. Dem wird nicht gerecht, dass auch der Umgang mit anderen, potenziell wesentlich gefährlichen Stoffen, wie z.B. Neuen Psychoaktiven Stoffen (NpS), nicht annähernd so detailverliebt und folgenreich reglementiert ist.⁹

Erleichterte Verschreibung von Medizinalcannabis

Von dem Streit um das KCanG überschattet wurden die Änderungen im Zusammenhang mit Medizinalcannabis. Sie sind bislang kaum wahrgenommen worden, vielleicht auch weil sich an der Grundsituation bei flüchtiger Betrachtung nicht allzu viel getan hat. Anders als nach dem BtMG ist die ärztliche Verschreibung nunmehr nach § 3 MedCanG nicht länger an das *Ultima Ratio-Prinzip* geknüpft. Vor der Verschreibung muss nicht mehr in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der beabsichtigte Zweck nicht auf andere Weise als mit Cannabis erreicht werden kann. Cannabis wird künftig lediglich verschreibungspflichtiges Arzneimittel bleiben. Mit der Gleichsetzung der Verschreibung von Medizinalcannabis zu anderen verschreibungspflichtigen Arzneimitteln wie „Ibuprofen 600 mg“ wird Cannabis deutlich leichter erhältlich

⁷ Der Erwerb ist eben nur bis 25g bzw. 50 im Monat straflos.

⁸ Dazu Sobota NJW 2024 (im Erscheinen).

⁹ Zu den Wertungswidersprüchen Sobota, Freispruch Sonderheft (im Erscheinen).

als bisher. Dies verspricht eine grundsätzliche Verbesserung der wissenschaftlichen Erkenntnislage. Der Zugang für Patient:innen wird sich damit nicht nur faktisch verbessern und Cannabis im medizinischen Kontext entstigmatisiert. Auch der bürokratische Aufwand für Ärzt:innen verringert sich. Der Eigenanbau zur medizinischen Versorgung, in der Vergangenheit oft als unerlaubte Behelfslösung genutzt, kann und soll künftig zur Versorgung aus der Apotheke keine Alternative mehr darstellen.¹⁰

Ausblick

Zuverlässig einschätzen lässt sich nicht, wie Behörden- und Gerichtspraxis künftig mit den Bestimmungen des KCanG umgehen werden. Die Verbotslogik des Gesetzes (§ 2 KCanG), aber auch regionale Gewohnheiten und die teilweise zu vernehmenden Ankündigungen einer strengen Verfolgungspraxis sind Vorboten für ein restriktives Rechtsverständnis. Angesichts dessen fällt es schwer, die Reform als „Teillegalisierung“ zu titulieren. Zahlreich zu erwartende Verstöße gegen Überlassungsverbote, gerade auch unter Konsumierenden, werden vor allem wegen der Versorgungsproblematik nach dem 1. April ein großes Diskriminierungspotenzial entfalten. Gegen welche Personen auch künftig wegen Konsumdelinquenz konsequent strafrechtlich vorgegangen wird, hängt nicht

zuletzt von regionalen Gepflogenheiten ab. Vor allem bei grenznahen Bundesländern sowie „im Süden“ bleibt spannend, wie polizeiliche Ressourcen eingesetzt werden. Das Gesetz befördert soziale Diskriminierung künftig aber auch deshalb, weil die Cannabis-Clubs als zuverlässige Alternative zum privaten Eigenanbau schon durch die limitierte Anzahl ihrer Mitglieder und die voraussichtlich nicht unerheblichen Kosten eher exklusiv bleiben dürften.¹¹ Zwangsläufig wird es Personen geben, die sich weder das eine leisten, noch das andere faktisch umsetzen können. Es ist zu erwarten, dass hiervon eher sozial benachteiligte Menschen betroffen sein werden, die weiterhin auf illegale Vertriebswege angewiesen sind.

Das CanG entpuppt sich trotz der zahlreichen Beschränkungen nicht als bloßes Lippenbekenntnis der Ampelkoalition. Klar geworden ist jedoch auch, dass eine geänderte und nachhaltige Drogenpolitik auf einer zweiten Säulen stehen muss. Ohne diese ist mit einer faktischen Legalisierung durch das MedCanG zu rechnen und das, obwohl der Gesetzgeber mit dem KCanG und MedCanG eine Trennung vorgesehen hatte. Zweckentfremdung lässt wiederum zurückhaltende bis fehlende Akzeptanz von Cannabismedizin befürchten, was nicht zuletzt auch Auswirkung auf die Bereitschaft zu Studien und Forschungsvorhaben bedeuten kann. Dann wären wir wieder bei alten Problemen in neuem Gewand...

¹⁰BT-Drs. 20/8704, S.2.

¹¹Dazu Sobota, in Freispruch Sonderheft (im Erscheinen).

Marc Bovermann, Johanna Fink, Jakob Mutter

PimEyes User auf den Spuren der RAF

Verbotene Früchte und der Gesetzesvorbehalt in polizeilichen Ermittlungsverfahren

doi: 10.59704/ee5e12eaf02c1341



„Die Staatsanwaltschaft Verden und das Landeskriminalamt Niedersachsen bitten um Ihre Mithilfe!“ So betitelt das Bundeskriminalamt seine Fahndungsaufrufe nach den Ex-RAF-Terroristen [Garweg](#) und [Staub](#). Hinweise, die zu ihrer Ergreifung führen, sollen mit mindestens 150.000 Euro [entlohnt werden](#). Die Ex-Komplizin Klette der beiden war bereits Ende Februar gefasst worden. Soweit bekannt hatten Private den Behörden die entscheidenden Hinweise gegeben. Hinweise, an die zuvor ein Journalist mittels der Gesichtserkennungssoftware „PimEyes“ [gelangt](#) war – allerdings unter Verstoß gegen [das Datenschutzrecht](#). Verfassungsrechtlich erscheint es außerdem problematisch, wenn die Polizei derart erhobene Informationen für ihre Ermittlungen verwendet, denn sie selbst dürfte PimEyes nicht einsetzen. Dazu bräuchte es wegen des Gesetzesvorbehalts eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage. Eine solche fehlt derzeit. Und trotzdem ziehen diese problematischen Aspekte letztlich keinerlei Konsequenzen für die polizeilichen Ermittlungen nach sich. Die US-amerikanische Doktrin der „fruit of the poisonous tree“, die es Gerichten verbietet, rechtswidrig erhobene Beweise zu verwerten, wird hierzulande überwiegend abgelehnt, insbesondere von der Rechtsprechung. Entsprechendes gilt wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gefahrenabwehrrecht.

PimEyes' problematisches Geschäftsmodell

PimEyes ist eine Gesichtserkennungssoftware, die mittels umgekehrter Bildsuche das Internet durchforscht, um den Namen der abgebildeten Person und andere Bilder von ihr zu finden. Zwar beschreibt das Unternehmen auf seiner Website lediglich, Nutzer:innen könnten [eigene Bilder](#) hochladen, um zu überprüfen, was für Bilder noch von ihnen im Internet kursieren. Allerdings ist es problemlos möglich, auch Bilder anderer hochzuladen. Und das wird vermutlich auch nicht selten getan. Denn bei Erstellung eines [kostenpflichtigen Kontos](#) „Advanced“ können [unbegrenzt viele Suchaufträge durchgeführt werden](#). Und wer braucht das nur für die Suche nach

eigenen Fotos?

PimEyes greift für die Bildsuche auf praktisch alle Bilder, die im Netz kursieren, zu. Hierdurch stellt die Gesichtserkennungstechnologie ein integriertes Informationssystem her, das biometrische Daten der Betroffenen aus unterschiedlichen Quellen umfassend zusammenfügt und sie ohne ihre Einwilligung in einer für sie nicht kontrollierbaren Weise online eindeutig erfassbar macht. Damit verstößt die Software gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a-f, Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Nr. 11 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Da die Betroffenen wohl eher nicht damit rechnen, dass eine Software Bilder, die im Internet von ihnen kursieren, auswertet, liefern sie die biometrietauglichen Rohdaten meist unwissend. Deshalb liegt auch keine Erlaubnis nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO durch willentliche, offensichtliche Veröffentlichung der Bilder für die biometrische Auswertung vor. Bereits die Datenerhebung, die private Nutzer:innen durch die Bildsuche in Gang setzen, ist somit rechtswidrig.

Nutzt nun die Polizei selbst die Technologie, ist zwar die DSGVO nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO). Jedoch steht der Nutzung von privat kontrollierten Datenbanken durch die Polizeibehörden die speziellere JI-Richtlinie entgegen, namentlich ihre Art. 4 Abs. 1 lit. 1, d, e, f, Art. 10 lit. c. Dass die Richtlinie anwendbar wäre, ergibt sich aus ihrem Art. 3 Nr. 8: Denn wenn die Polizei Bildmaterial der Zielperson auf die Server von PimEyes hochlädt, verarbeitet sie als „Verantwortlicher“ personenbezogene Daten.

Darüber hinaus bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken. Wer Bilder anderer auf PimEyes hochlädt, verletzt deren informationelles Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) und ihr Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta). Daneben birgt die Technologie aufgrund zuweilen auftretender Fehlerprognosen eine starke Diskriminierungsgefahr, weshalb auch Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG denkbar sind.

Gesichtserkennungssoftware dennoch bereits im Einsatz

Eine Nutzung privater Gesichtserkennungsinternetsuchprogramme wie PimEyes durch deutsche Polizeibehörden wäre somit rechtswidrig und **erfolgt aktuell (jedenfalls offiziell) noch nicht**. Allerdings kooperiert PimEyes seit einigen Jahren mit dem schwedischen Unternehmen Safer Society. Dieses hat PimEyes in seine eigene Software Paliscope integriert, die **Überwachungstechnik für Gefahrenabwehrbehörden bereitstellt. Zu den Kund:innen von Safer Society zählt auch die europäische Polizeibehörde Europol.**

Zudem werden bereits nicht-internetbasierte, KI-gestützte Gesichtserkennungstechnologien erprobt. Die bekannteste ist wohl das Gesichtserkennungssystem des **BKA, mit dem es seit 2007** unbekannte Täter identifiziert. Die Software vergleicht das Bildmaterial des Gesuchten mit den im zentralen Informationssystem der Polizei schon aufgenommenen Porträtbildern von Straftätern. Danach werden die erzielten Ergebnisse allerdings noch **von Menschen verifiziert**. Im Gegensatz zu PimEyes läuft die Suche also nicht vollständig automatisiert ab. Zudem wird nur auf bereits vorhandene Bilder von Straftätern und nicht auf Bilder aus Internetquellen zugegriffen.

Private Hinweise und Ermittlungen zur Gefahrenabwehr

Neben digitalen Hilfsmitteln nutzt die Polizei seit jeher Hinweise aus der Bevölkerung bei der erkennungsdienstlichen Suche. Tatsächlich scheint sie hierauf oft **angewiesen zu sein**, wie die Festnahme Klettles zeigt. Vor diesem Hintergrund erscheint es zunächst einmal sachgerecht, dass die Polizei private Hinweise zur Ermittlung nutzen kann. Gleichwohl verwendet die Polizei illegal erlangte Daten, die sie selbst so nicht erheben dürfte. Letztlich kann dies im Ergebnis aber regelmäßig keine Konsequenzen für die Verwendung dieser Hinweise in der gefahrenabwehrrechtlichen Ermittlung haben.

Die Polizei darf private Indizien regelmäßig verwenden, wenn deren Kenntnis zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Allerdings kann das verfassungsrechtlich normierte Verhältnismäßigkeitsgebot, an das staatliche Behörden stets gebunden sind (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG), hier Grenzen setzen. Die Nutzung datenschutzrechtlich erlangter Indizien, die Private erhoben haben, könnte polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen daher von vorn-

herein als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Dabei ist auch zu bedenken, dass das Polizeirecht die Gefahrenabwehrbehörden auf präzise, eng gefasste Ermittlungsgrundlagen verweist. Wenn die Polizei mittels **prämierter Fahndungsaufrufe** die Bevölkerung zur Mithilfe anreizt, besteht die Gefahr, dass Private die Ermittlungsarbeit der Polizei „vom Sofa aus“ unterstützen. Die parlamentarisch legitimierten, eng gefassten Voraussetzungen für staatliche Grundrechtseingriffe würden umgangen und sonst rechtlich unzulässige staatliche Ermittlungsmethoden könnten sich in ein „Recht der Privaten“ flüchten – trotz der dortigen Verbote (s. o.).

Für die Verhältnismäßigkeit spricht indes, dass der polizeiliche Schutzauftrag (Art. 2 Abs. 2 GG) bei Vorliegen einer akuten Gefahr stets überwiegt. Wurde ein Indiz rechtswidrig erlangt, führt dies zudem *ipso iure* zur zivil- oder sogar strafrechtlichen Verantwortlichkeit des an der Ermittlung mitwirkenden Diensteanbieters oder Nutzers. Diejenigen, in deren Rechte durch die Bildsuche eingegriffen wurde, stehen somit nicht schutzlos da. Eine Abwägung des privaten Datenschutzverstoßes gegen die Abwehr von Gefahren für hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben, z.B. bei einem möglichen Raubüberfall durch Ex-RAFler, führt daher regelmäßig zum Ergebnis, dass die Gefahrenabwehr angemessen ist.

Private Hinweise in der strafprozessualen Ermittlung

Auch strafprozessual zeigt die Verwendung der von Privaten bei PimEyes abgerufenen Daten im Ermittlungsverfahren wohl keine Konsequenzen – sogar unter der Prämisse, dass die erlangten Daten in einem Hauptverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Privat ermitteltes Material kann (und muss) die Staatsanwaltschaft nach § 160 Abs. 1, 2 StPO grundsätzlich verwenden. Ihre Ermittlungspflicht beginnt nach § 152 Abs. 2 StPO, wenn ein Anfangsverdacht vorliegt. Es müssen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die dafür sprechen, dass eine Straftat begangen wurde. Dieser Standard ist mit dem Polizeirecht vergleichbar (s. o.).

Wird ein Beweismittel rechtswidrig erlangt, wirkt sich dies nach herrschender Meinung prinzipiell nicht auf das Ermittlungsverfahren aus (s. etwa Bundesverfassungsgericht, **Beschl. v. 30.06.2005, 2 BvR 1502/04**). Deutsche Gerichte lehnen einen Ansatz, der mit der US-amerikanischen „fruit of the poisonous tree doctrine“ vergleichbar wäre, ab. Faktisch führt dies dazu, dass auch

ein Beweismittel, das jemand in verbotener Weise erhoben hat, einen Anfangsverdacht begründen und Grundlage von Ermittlungsmaßnahmen sein kann.

Allerdings ist bei der Begründung eines Anfangsverdachts eine Abwägung zwischen der Schwere des Rechtsverstoßes und der Schwere der verfolgten Tat vorzunehmen (vgl. Bundesgerichtshof, [Urt. v. 22.02.1978, 2 StR 334/77](#) oder [Peters in MüKo-StPO, § 152 Rn. 48](#)). Danach ist ein Anfangsverdacht zu verneinen, wenn die Schwere des Rechtsverstoßes die Schwere der verfolgten Tat überwiegt.

Dies hat Konsequenzen für die Zulässigkeit jener Ermittlungsmaßnahmen, die auf Beweise gestützt werden, die Private rechtswidrig erhoben haben. Die Ermittlungsmaßnahmen setzen nämlich mindestens einen Anfangsverdacht voraus. Wiegt der Rechtsverstoß, den die Privatperson bei der Beweiserhebung begangen hat, schwerer als die verfolgte Tat, dürfen sich an den Verdachtsmoment keine Ermittlungsmaßnahmen anschließen. Gleiches gilt allerdings auch für den Fall, in dem ein Anfangsverdacht zwar bereits aus anderen Gründen besteht, jedoch nur das rechtswidrig erhobene Beweismittel eine sich hieran anschließende Ermittlungsmaßnahme zu begründen vermag. Spürt eine Privatperson Garweg und Staub mithilfe von PimEyes auf, gelten dieselben Maßstäbe wie für den Fall, dass ein Privater CDs mit illegal erlangten Nachweisen über die Steuerhinterziehung an die Polizei verkauft.

Freilich ist die Frage, inwieweit die Strafverfolgungsbehörden rechtswidrig erhobene Beweise im Ermittlungsverfahren verwenden dürfen letztlich von der Auflösung der obigen Prämisse, dass ein Beweisverwertungsverbot besteht, abhängig. Hier ist jedenfalls die Rechtsprechung sehr lax, da Rechtsverstöße Privater nur in Extremfällen (etwa bei Folter) zu Beweisverwertungs-

verboten führen (siehe instruktiv [Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.02.2014, VGH B 26/13](#) zur Verwertbarkeit von Steuerdaten-CDs). Die Verwendung von Informationen, die PimEyes auswirft, stellt vor diesem Hintergrund eher keinen Fall eines Beweisverwertungsverbotes dar. Ein anderes Ergebnis lässt sich allerdings mit verfassungs- und unionsrechtlichen Gründen gut vertreten (s. [hier](#)).

Fazit

Letztlich spricht vieles dafür, dass im gefahrenabwehrrechtlichen wie im strafprozessualen Ermittlungsverfahren mit Beweisen, die Private erhoben haben, ähnlich umzugehen ist: Ein Datenschutzverstoß seitens privater Hinweisgeber „infiziert“ die Informationsverwertung der staatlichen Behörden in aller Regel nicht. Ob dies in Extremfällen genauso gilt, kann man aber gerade bei der (repressiven) Strafverfolgung durchaus in Frage stellen. Dass die Polizei einen Hinweis zu einer gegenwärtigen Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut einfach ignorieren muss, scheint allerdings schwer hinnehmbar.

In jedem Fall wirft der Fall Klette wichtige Fragen zur Mitwirkung Privater in sicherheitsrechtlichen Abläufen auf. Dieser in der Polizeipraxis sehr wichtige Bereich muss rechtlich besser eingeeht werden. Die Digitalisierung bewirkt, dass es auch Privatpersonen möglich ist, die Rolle eines polizeilichen Ermittlers einzunehmen. Kommen noch Anreize wie die ausgeschriebenen Belohnungen hinzu, droht ein Szenario, das an die funktionale Privatisierung erinnert: Privatpersonen übernehmen staatliche Übermittlungen, während der Staat in eine koordinierende Rolle gedrängt wird. Die Digitalisierung darf nicht zur Makulatur des Gesetzesvorbehalts im Ermittlungsverfahren werden.

Christian Thönnies

Daniela Klette und die Frucht der vergifteten Maschine

doi: 10.59704/38f07745e9336f86



Am 26. Februar 2024 hat die Polizei die [mutmaßliche Terroristin Daniela Klette festgenommen](#). Nachdem sie Anfang der 1990er-Jahre an verschiedenen schweren Straftaten beteiligt gewesen sein soll, war es ihr gelungen unterzutauchen und sich dreißig Jahre lang vor der Polizei verborgen zu halten. Möglicherweise ist ihr dann [ihre Vorliebe für Capoeira](#) zum Verhängnis geworden. [PimEyes](#), eine KI-basierte, biometrische Gesichtserkennungssoftware, fand Klette im Netz. Schon im Dezember 2023 nutzte der Journalist Michael Colborne die Software und identifizierte Klette, seinen eigenen Angaben zufolge, [innerhalb von dreißig Minuten](#). Ob seine Erkenntnis für Klettes Verhaftung ausschlaggebend war, ist momentan nicht klar. [Colborne selbst bestreitet, die Polizei informiert zu haben](#). Unabhängig davon, wie das Geschehen ablief, zeigt der Fall Klette allerdings das disruptive Potential moderner KI-Instrumente. Wohlinformierter KI-Einsatz kann mitunter in dreißig Minuten schaffen, was herkömmliche Polizeiarbeit in dreißig Jahren nicht zu leisten vermag.

Wie kann das Strafprozessrecht angesichts dieser Entwicklungen tradierte Grundrechtsstandards garantieren? Diesen Beitrag widme ich einem Teilaspekt dieses Problemfeldes: Den Beweisverwertungsverböten und ihren Fernwirkungen. Deutsche Gerichte betonen immer wieder, dass in der Bundesrepublik, anders in den Vereinigten Staaten, nicht die Doktrin der [fruit of the poisonous tree](#) herrscht, sodass auch bei einer rechtswidrigen Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot nur ausnahmsweise greift – und nur im absoluten Ausnahmefall eine Fernwirkung entfaltet. Ich plädiere aus verfassungs- und unionsrechtlicher Perspektive dafür, dass der Einsatz von offensichtlich rechtswidriger Software wie [PimEyes](#) eine solche Ausnahme bildet.

Datenschutzrechtswidrige Software im Einsatz

Biometrische KI-Systeme wie [PimEyes](#) oder [Clearview AI](#) machen sich per [Web Scraping](#) zunutze, dass das Alltagsleben eines signifikanten Teils der Menschheit in Aber-

milliarden, über das Internet allgemein zugänglichen Bildern dokumentiert ist (zur Funktionsweise s. [Bovermann/Fink/Mutter](#)). Keine (menschliche) Polizeieinheit dieser Welt könnte dieses Bildermeer vollständig durchleuchten. Biometrische KI-Bilderkennungssoftware ermöglicht es aber sowohl staatlichen Institutionen, als auch Privatpersonen – [PimEyes](#) ist, anders als [Clearview AI](#) auch für Privatpersonen nutzbar – viele Menschen immer und jederzeit zu identifizieren und über sie Persönlichkeitsprofile herzustellen. Weil eine jederzeitige Identifizierbarkeit und Analysierbarkeit eines jeden Menschen in eklatantem Widerspruch nicht nur zum Datenschutz-, sondern auch dem deutschen Verfassungsrecht sowie Unionsrecht steht, drängen sich eine Vielzahl an Rechtsfragen auf. Der Einsatz von [PimEyes](#) zu Strafverfolgungszwecken ist innerhalb verschiedener Konstellationen denkbar, die unter Umständen jeweils rechtlich unterschiedlich zu bewerten sind.

Im Fall Klette (Konstellation 1) haben Polizeibehörden, [soweit aktuell ersichtlich](#), [PimEyes](#) nicht selbst verwendet. Stattdessen erreichten die Polizei wohl Hinweise von Privatpersonen, die die Software vermutlich genutzt und Klette identifiziert hatten.

Denkbar ist aber auch, dass staatliche Institutionen Software wie [PimEyes](#) künftig selbst einsetzen. [Medienberichten zufolge](#) hat beispielsweise Europol ein Softwarepaket akquiriert, das auch [PimEyes](#) enthält. Möglich ist weiterhin, dass einzelne Polizeibeamt*innen die frei zugängliche Software auf eigene Faust verwenden. In diesen Szenarien kann man wiederum zwischen zwei Konstellationen unterscheiden: Angelehnt an den Fall Klette können die Beamt*innen [PimEyes](#) nutzen, um Personen zu identifizieren, gegen die schon vorab ein (dringender) Tatverdacht, möglicherweise sogar ein Haftbefehl, bestand (Konstellation 2). Der Softwareeinsatz dient dann lediglich dazu, eine gesuchte Person aufzuspüren und dingfest zu machen.

Ebenso ist aber auch ein explorativer Einsatz der Software möglich. Die Polizei könnte [PimEyes](#) verwenden,

um Persönlichkeitsprofile über Menschen zu bilden, und Bewegungs- bzw. Beziehungszusammenhänge zu analysieren. In diesen Fällen diene der Softwareeinsatz überhaupt erst dazu, einen vorher nicht bestehenden strafrechtlichen Verdacht bezüglich einer individuellen Person zu begründen oder eine Ermittlungsspur zu konsolidieren (Konstellation 3). Beispielsweise hat die Hamburger Polizei im Zuge des G20-Gipfels im Jahr 2017 die Software *Videmo360* eingesetzt, um die Bewegungsmuster von Menschen nachzuvollziehen und so im Zusammenhang mit den Gegenprotesten stehende Straftaten zu verfolgen.

Bei der ersten Konstellation ist zu beachten, dass Vorschriften der *JI-Richtlinie* und der *StPO*, die den KI-Einsatz für staatliche Behörden einschränken, Privatpersonen nicht binden. Aus diesem Grund besteht in der Rechtsprechung (siehe beispielsweise [hier](#)) weitestgehender Konsens, dass aus einer illegalen (sogar einer strafbaren) Beweisbeschaffung durch Private für die Polizei grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot folgt. In Fällen der ersten Konstellation sind deshalb Beweisverwertungsverbote besonders begründungsbedürftig. Sie kommen in Frage, wenn die verwerteten Bilder die Intimsphäre oder in anderer Weise in die Menschenwürde Betroffener eingreifen, etwa wenn zum Abgleich Bilder aus höchstprivaten Lebenssituationen verwendet werden, die Dritte gegen den Willen der Betroffenen in sozialen Medien hochgeladen haben. Des Weiteren sind privat illegal gesammelte Beweise unverwertbar, wenn dem Staat diese Beweisbeschaffung zurechenbar ist (siehe zu den Ausnahmen etwa [BGHSt 42, 139](#)). Hier könnte Potential liegen, die strafprozessuale Dogmatik weiterzuentwickeln: Der technologische Fortschritt hat dazu geführt, dass heute jede*r mit dem Smartphone ein hocheffizientes Ermittlungsinstrument in seiner*ihrer Tasche mitführt. Die hiervon ausgehenden Grundrechtsgefahren sind ungleich größer als sie es zu der Zeit waren, zu der die Rechtsprechung ihre Verwertungsdogmatik zu Tonbändern entwickelt hat. Um zu vermeiden, dass die Polizei die für sie geltenden, grundrechtlichen Standards durch geschicktes Sich-Ahnungslos-Stellen systematisch umgehen kann, könnte man ihr bei der Entgegennahme von Hinweisen aus der Bevölkerung strengere Obliegenheiten aufzuerlegen: So ließe sich ein Beweisverwertungsverbot nicht nur annehmen, wenn die Polizei den Einsatz offensichtlich rechtswidriger Software gezielt veranlasst hat, sondern auch, wenn sich ihr der private Einsatz

angesichts des Hinweiskontextes aufdrängen musste und die Polizeibeamt*innen es versäumt haben, nachzufragen wie die Identifikation zustande kam.

Unions- und Verfassungsrecht verbieten polizeilichen PimEyes-Einsatz

In der zweiten und dritten Konstellation stellen sich gravierendere verfassungs- und unionsrechtliche Probleme. Ein polizeilicher Einsatz von *PimEyes* oder *Cleaverview AI* zur Strafverfolgung wäre rechtswidrig. Andere Autor*innen haben bereits überzeugend dargelegt, dass das Geschäftsmodell dieser Firmen gegen die DSGVO verstößt – und dass die *JI-Richtlinie* einem Einsatz der Software durch die Polizei entgegensteht (siehe [hier](#) und [hier](#)). Selbst wenn diese datenschutzrechtlichen Probleme zu bewältigen wären, bedürfte der polizeiliche *PimEyes*-Einsatz einer hinreichend bestimmten, formellen Rechtsgrundlage, um die hieraus resultierenden, schweren Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. [Martini](#) und [Schindler](#) haben gezeigt, dass solche Rechtsgrundlagen nicht existieren.

Aus strafprozessualer Perspektive betrifft diese Erkenntnis erst einmal nur die Ebene der *Beweiserhebung*. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (exemplarisch [BGHSt 19, 325 = NJW 1964, 1139](#)) folgt aus einem Beweiserhebungs- keineswegs automatisch ein Beweisverwertungsverbot. Stattdessen gilt die sogenannte *Abwägungslehre*: Ein Beweisverwertungsverbot greift nur, wenn die Schwere des in der Beweiserhebung liegenden Rechtsverstoßes schwerer wiegt als das verfassungsrechtliche Interesse an effizienter Strafverfolgung. Das Bundesverfassungsgericht hat grundsätzlich bestätigt, dass die Abwägungslösung des Bundesgerichtshofs mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar ist (siehe [BVerfGE 130, 1, Rn. 123 ff.](#)). Hierzu merkt das Bundesverfassungsgericht jedoch an, dass ein Beweisverwertungsverbot „insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstoßen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein“ kann ([BVerfGE 130, 1, Rn. 117](#)). Einen solchen schwerwiegenden Verstoß nimmt der BGH beispielsweise in Fällen an, in denen die Polizei planvoll den für Wohnungsdurchsuchungen geltenden Richtervorbehalt umgeht (siehe [BGH 4 StR 15/20](#)).

Ich denke, dass ein derartiger Verstoß auch beim Ein-

satz von *PimEyes* vorliegt. Zunächst wiegt die entstandene Grundrechtsverletzung schwer: *Martini* hat berechtigterweise darauf hingewiesen, dass biometrisch durchsuchbare Bilddatenbanken, die das ganze Internet abbilden, eine verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung darstellen, die eine Identifikation und Profilbildung bezüglich nahezu der gesamten Bevölkerung ermöglicht – ein mögliches Ende der Anonymität. Ähnlich wie bei der automatisierten Kennzeichenkontrolle (siehe BVerfGE 150, 244) ist also nicht nur auf den Einzelnen abzustellen, dessen Daten selten nachhaltig betroffen sind, sondern insbesondere auf die Allgemeinheit, die in ihrer Totalität erfasst wird. Weil darüber hinaus Gesichter als Datenquellen sensibler sind als Nummernschilder liegen die Rechtfertigungsanforderungen bei der biometrischen Gesichtserkennung höher als bei der Kennzeichenerfassung, sodass der Gesetzgeber für einen Einsatz klare anlass- und rechtsgutsbezogene, verfahrensrechtliche, Transparenz-, Rechtsschutz- und Datenquellenbezogene Begrenzungen zu regeln hätte.

Die Polizei umginge beim unregelmäßigen *PimEyes*-Einsatz all diese Grundrechtsgarantien planmäßig und willkürlich. Denn sie würde nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage falsch anwenden; es gibt schon keinerlei Rechtsgrundlage für eine gigantische, anlasslose Vorratsdatenspeicherung in Kombination mit einem KI-getriebenen, biometrischen Bildabgleich. Darüber hinaus muss sich jeder Polizeistelle angesichts einer inzwischen Jahrzehnte währenden Rechtsprechung zur informationellen Selbstbestimmung aufdrängen, dass ein solcher Vorgang *einfach so*, fernab jedweder Ermächtigungsgrundlage, nicht rechtens sein kann – und dass *PimEyes* in seiner jetzigen Form pauschal und ohne materielle Schutzstandards einzusetzen auch niemals verfassungsmäßig sein könnte. Die Software trotzdem zu verwenden kann kaum anders als eine planmäßige Umgehung der sonst rigiden rechtlichen Beschränkungen für KI-getriebene *Big-Data*-Techniken gewertet werden.

Im Übrigen kommt bezüglich der Konstellation 3 im Vergleich zur Konstellation 2 hinzu, dass beim explorativen Einsatz von *PimEyes* zur Verdachtsbegründung oder -konsolidierung die spezifischen Belastungseffekte einer automatisierten Datenanalyse entstehen können. Hier kann der biometrische Bildabgleich Teil einer profilbildenden, komplexen Datenanalyse sein, aus der die Polizei „neue Zusammenhänge erschließen“ und aus „mehrstufigen Analysen neue Verdachtsmomente er-

zeugen“ und so „operative Maßnahmen anschließen“ kann (BVerfG, 1 BvR 1547/19, Rn. 90). In diesen Fällen können die zusätzlichen Rechtfertigungsanforderungen aus der *hessenDATA*-Entscheidung greifen. Angesichts der enormen Streubreite und möglichen Sensibilität der von *PimEyes* verwerteten Daten bedürfte es dann zumindest einer hinreichend konkretisierten Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter. Wenn Polizeibeamt*innen planvoll diese Grundrechtsstandards umgehen, dann werden hieraus resultierende Beweisverwendungsverbote auch oft Fernwirkungen entfalten. Die Unverwertbarkeit von *PimEyes*-Ergebnissen kann aufgrund der Schwere des Rechtsverstoßes in Einzelfällen auch andere Beweismittel „infizieren“, die sich als direkte Folge des *PimEyes*-Einsatzes ergeben haben.

Insofern etwa *Martini und Kemper* diese Fernwirkungen ablehnen, weil ein Gesicht für jeden sichtbar ist und Bilder von Gesichtern zu verwerten daher nicht private Kernbereiche, sondern lediglich die Sozialsphäre berühren, ist dem Folgendes zu entgegnen: Es zählt nicht nur das Gesicht selbst, sondern auch die Situation in der es abgebildet wird. Anders als etwa limitierte Bilddatenbanken, die Menschen lediglich in einer öffentlichen Situation wie in etwa einer Bahnhofshalle erfassen, gibt es bei *PimEyes*, das das ganze Internet abbildet, keine solche Begrenzung. Niemand kann letztlich wissen, geschweige denn vollständig kontrollieren, wer in welchen Situationen welche Aufnahmen von ihm*ihm erstellt – und dann ins Netz lädt. Bei einer journalistischen Recherche haben Journalist*innen der *New York Times* durch *PimEyes* zahlreiche Fotos von sich gefunden, von deren Existenz sie nicht wussten. Solche Bilder können Menschen in jeder Lebenssituation abbilden; sei es im Capoeira-Verein, auf einer Demonstration, im Gottesdienst, als (nicht einwilligungsfähiges) Kind, beim Drogenkonsum auf Festivals, in der eigenen Wohnung, oder schlimmstenfalls in Rache pornos.

Für Beweisverbote streiten ferner das primäre und das sekundäre Unionsrecht. Weil die JI-Richtlinie der Bundesrepublik bezüglich der polizeilichen Datenverarbeitung beträchtliche Umsetzungsspielräume lässt, sind gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in *Recht auf Vergessen I* primär die Grundrechte des Grundgesetzes ausschlaggebend. Gleichzeitig sind aber auch besondere Schutzausprägungen der EU-Charta-Grundrechte zu berücksichtigen. Weil sich die Polizei mit *PimEyes* eine besonders breite Form der Vorratsdaten-

speicherung zunutze macht, wäre auch die seit *Digital Rights Ireland* bestehende EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen. Diese lässt eine vollständig anlasslose Vorratsdatenspeicherung wie *PimEyes* nicht zu.

Darüber hinaus verstieße die Polizei mit einem unregulierten *PimEyes*-Einsatz gegen europäisches Sekundärrecht, nämlich erstens die *JI-Richtlinie* und zweitens zukünftig gegen die *KI-Verordnung der EU*. Diese ordnet in ihrem Annex III nachträgliche, biometrische Fernidentifikationssysteme als Hochrisikosysteme ein, sodass die rigiden Pflichten der Art. 8 ff. gelten – die *PimEyes* alle nicht erfüllt. Diese Rechtsinstrumente enthalten zwar keine spezifischen Regelungen zu Beweisverwertungsverboten. Aus punktuellen Verstößen wird man sicher nicht immer solche Verbote ableiten können. Wenn aber nationale Behörden bewusst auf private Software zurückgreifen, die offensichtlich gegen die Fundamente dieser Sekundärrechtsakte verstößt, um deren Schutzwirkungen planvoll zu umgehen, dann scheint der *effet utile* dieser Rechtsakte beeinträchtigt. Nationale Gerichte wären also unter Umständen angehalten, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten.

Der Genuss der verbotenen Frucht ist vermeidbar

Ein ungeregelter, polizeilicher Einsatz von *PimEyes* und co kann also zu Beweisverwertungsverboten führen. Die Frucht der vergifteten Maschine genießen zu wollen ist daher ermittlungstaktisch risikoreich – die verlockende Schnelligkeit, mit der Menschen per Mausklick identifiziert und analysiert werden können, könnten Behörden mitunter mit juristischen Niederlagen bezahlen müssen. **Das bedeutet aber nicht, dass die Polizei biometrische Gesichtserkennung niemals zu Strafverfolgungszwecken einsetzen dürfte.** Für diesen Fall sollte müsste der Gesetzgeber aber eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage schaffen, die sich an den oben genannten, verfassungs- und unionsrechtlichen Standards orientiert. Eine völlig fernab jedweder Aufsicht, Transparenz, Zugangskontrolle und Datenbegrenzung operierende Software wie *PimEyes* wäre aber auch so nicht legalisierbar. Stattdessen braucht es technische Lösungen, die auf die Bedürfnisse der Polizei und die Maßstäbe des Rechtsstaats zugeschnitten sind.

Kilian Herzberg

Das Bundesgesetzblatt im digitalen Zeitalter



Wurde der Bundeshaushalt 2024 ordnungsgemäß verkündet?

doi: 10.59704/b02db1b11b2f308e

Nach langen Verhandlungen wurde am 12. Februar 2024 endlich ein Bundeshaushalt für 2024 im Bundesgesetzblatt (BGBl. 2024 I Nr. 38) verkündet. Aber was genau wurde da verkündet? 12 Seiten Haushaltsgesetz und als Anlage 12 Seiten Gesamtplan, eine Zusammenfassung des Haushaltsplans. Von den – eigentlich interessanten – ausführlichen Festsetzungen auf ca. 3100 Seiten Einzelplänen keine Spur. Das entspricht ständiger Staatspraxis „zur Vermeidung einer übermäßigen Belastung des Bundesgesetzblattes“¹. Aber seitdem das letzte Mal ein Bundeshaushalt verkündet wurde,² hat sich ein entscheidender Faktor geändert: Das Bundesgesetzblatt erscheint elektronisch und braucht damit keine Entlastung mehr. Die nur teilweise Verkündung des Bundeshaushalts 2024 ist daher nicht gerechtfertigt.

Ausnahme vom Vollständigkeitsgebot in der Staatspraxis

Anerkanntermaßen gebietet das Rechtsstaatsgebot, Rechtsnormen vollständig zu verkünden,³ sodass ihr Wortlaut eindeutig amtlich feststeht und sich jeder darüber informieren kann. Zu dieser Verkündung formuliert Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG streng: „Die [...] Gesetze werden [...] im Bundesgesetzblatt verkündet.“ Das Haushaltsgesetz ist ein formelles Gesetz, Art. 110 Abs. 2 S. 2 GG, sodass es in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt. Trotz-

dem geht man nach „seit langem herrschende[r] Übung“⁴ anders vor: Es wird nur das Haushaltsgesetz verkündet, das auf eine Anlage verweist. Diese Anlage wiederum besteht nur aus dem Gesamtplan, der den Haushaltsplan gewissermaßen zusammenfasst; die Einzelpläne fehlen (zu dieser Aufteilung § 13 BHO).

Wer das ganze Zahlenwerk haben will, hat mehrere Möglichkeiten: Er kann es sich beim Bundesanzeiger Verlag als Buch (mehrere Bände) bestellen.⁵ Außerdem sind Entwurf und weitere Beratungen des Haushaltsplans über die öffentlichen Bundestagsdrucksachen einsehbar, allerdings keine konsolidierte Version. Heutzutage veröffentlicht das Bundesministerium der Finanzen die vollständigen Haushaltspläne für die Jahre seit 2005 auch auf einer eigenen Webseite. Die Einzelpläne sind also trotz der fehlenden Verkündung im Bundesanzeiger öffentlich verfügbar – auch wenn das Bundesgesetzblatt keineswegs auf diese Informationswege verweist. Allerdings hat das Bundesministerium der Finanzen mehr als eine Woche nach Verkündung gebraucht, um den beschlossenen Bundeshaushalt 2024 im Internet zu veröffentlichen.

Obwohl diese Praxis in Spannung zum Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG steht, billigte sie das Bundesverfassungsgericht 1966 mit Verweis auf die vorkonstitutionelle Tradition und der Erwägung, „daß die Verkündung aller Kapitel einschließlich ihrer Titel zu einer übermäßigen Belastung des Verkündungsblattes führen würde.“

¹ Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 82 Rn. 19.

² BGBl. I 2022, S. 2485; für den Nachtragshaushalt vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 407) gilt das im folgenden erläuterte Problem.

³ BVerfGE 65, 283, 291; Butzer, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand 102. EL August 2023, Art. 82 Rn. 237; ausführlich zu den besonderen Zwecken der Öffentlichkeit gerade des Haushaltsplans Neumark, Der Reichshaushaltsplan, 1929, S. 351 ff.

⁴ BVerfGE 20, 56, 93; Heckel, in: HdbDStR Bd. 2, 1932, S. 392, 403 kennt das schon als ständige Praxis; Neumark, Der Reichshaushaltsplan, 1929, S. 358 ff. beschreibt ausführlich die damalige Praxis der Öffentlichkeit des Haushaltsplans: zentral war der als Buch erhältliche Entwurf der Regierung, ein vollständiges konsolidiertes Exemplar des beschlossenen Haushaltsplans gab es nicht einmal verwaltungsintern, geschweige denn in der Öffentlichkeit.

⁵ Jedenfalls war das noch zwei Wochen vor Erscheinen dieses Beitrags bei seiner Konzernschwester Reguvis möglich. Dieses Angebot ist inzwischen im Online-Shop des Verlags verschwunden.

(BVerfGE 20, 56, 93) Das Haushaltsgesetz und der Gesamtplan nähmen Bezug auf die anderweitig öffentlich verfügbaren Einzelpläne, darin liege „eine dem Art. 82 Abs. 1 GG genügende Verkündung auch der Einzelpläne.“ (ebd.) Diese Argumentation ist in der Literatur weitgehend anerkannt.⁶

Der Gesetzgeber hat diese Praxis bei der Neuordnung des Haushaltswesens 1969 kodifiziert. Seither bestimmt § 1 S. 2 BHO: „Mit dem Haushaltsgesetz wird nur der Gesamtplan (§ 13 Abs. 4) verkündet.“ Zur Begründung stellte der Regierungsentwurf nur lapidar fest: „eine Änderung gegenüber der bisherigen Praxis ist damit nicht verbunden.“ (BT-Drs. 5/3040, S. 59)

Änderung der Umstände durch die elektronische Verkündung

Über viele Jahrzehnte hinweg gab es einen sachlichen Grund für diese einschränkende Auslegung des Verkündungsgebots: Nicht die Unwichtigkeit der Veröffentlichung der Einzelpläne kam darin zum Ausdruck⁷, sondern das Gebot ökonomischer Sparsamkeit, das verbietet, den Umfang des gedruckten Bundesgesetzblatts durch das Haushaltsgesetz zu verdoppeln.

Seit dem 1. Januar 2023 erscheint das Bundesgesetzblatt aber in elektronischer Form (Art. 82 S. 2, 4 GG n. F., § 2 Abs. 1 VkBmG Bund). Damit spielt der Umfang des Bundesgesetzblatts auf einmal fast keine Rolle mehr. Ob ein PDF-Dokument 30 oder 3000 Seiten hat, macht für die technischen Abläufe keinen wesentlichen Unterschied: niemand muss ihn nicht interessierende Seiten ausdrucken; der Mehrbedarf an belegtem Speicherplatz ist angesichts heutiger Festplattengrößen vernachlässigbar. Das erkannte auch der Gesetzgeber, der in diesem Zusammenhang die Verkündung aller Rechtsverordnungen

aus Bundesanzeiger und Verkehrsblatt in das Bundesgesetzblatt zurückholte. Gerade bei den umfangreichen und in ihrem Anwendungsbereich speziellen Verordnungen, die im Verkehrsblatt verkündet wurden, hatte die bisherige Praxis ebenfalls dazu gedient, das Bundesgesetzblatt zu verschlanken. Jetzt aber heißt es: „Wird das Bundesgesetzblatt elektronisch ausgegeben und auf die Einzelverkündung umgestellt, trägt die Entlastung des Bundesgesetzblatts nicht mehr als Sachgrund.“ (Regierungsentwurf BT-Drs. 20/3068, S. 23)

Dass diese Erwägung auch den Haushaltsplan betrifft, hat der Gesetzgeber aber offenbar nicht bedacht, und so ordnet § 1 S. 2 BHO weiterhin die nur teilweise Verkündung des Haushaltsgesetzes im Bundesgesetzblatt an. Entsprechend wurde beim Bundeshaushalt 2024 verfahren.

Kann aber die dahinterstehende einschränkende Auslegung des Art. 82 Abs. 1 GG aufrechterhalten werden? Nach dem oben dargelegten Wegfall des Sachgrunds der Entlastung des Bundesgesetzblatts bleibt nur noch die entsprechende Tradition vor und nach Inkrafttreten des Grundgesetzes. Deren Wert – selbst als eventuelles Verfassungsgewohnheitsrecht⁸ – kann aber von einer einschneidenden Veränderung der Umstände kaum unberührt bleiben. Damit sind verfassungsrechtliche Zweifel an der ordnungsgemäßen Verkündung des Bundeshaushalts 2024 angebracht.

1 S. 2 BHO ließe sich allenfalls als Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts lesen, den der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 82 Abs. 1 S. 4 GG eingefügt hat, um die elektronische Verkündung zu ermöglichen: „Das Nähere zur Verkündung und zur Form von Gegenzeichnung und Ausfertigung von Gesetzen und Rechtsverordnungen regelt ein Bundesgesetz.“ Allerdings kann das „Nähere zur Verkündung“ kaum ein Verzicht auf die rechtsstaatlich

⁶Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 82 Rn. 19; Butzer, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand 102. EL August 2023, Art. 82 Rn. 237; Lewinski, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 222. Aktualisierung Dezember 2023, Art. 82 Rn. 207 f.; Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 59 f.; nur auf die anderweitige Veröffentlichung und die Tradition abstellend: Hillgruber/Drüen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 110; aA: „Entlastung von nicht interessierten Bezieher des BGBl“ reiche als Rechtfertigung nicht aus, Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 110 Rn. 86; die Praxis sei mit dem Wortlaut nicht vereinbar, man könne und müsse die Einzelpläne in –ggf. gesondert anzufordernden– Sonderbänden des Bundesgesetzblatts abdrucken, Oldenburg, Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen, 2009, S. 186.

⁷So einen Begründungsansatz hatte noch Heckel, in: HdbDStR Bd. 2, 1932, 392, 403, der die Haushaltsfeststellung als staatsinternen Akt wahrnahm, bei dem die Publikation nur ein „öffentliches Zeugnis“ darstellt, dass die Haushaltsfeststellung verfassungsgemäß geschehen ist, ohne dass es auf den konkreten Inhalt ankäme. Diese Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht und die ihm folgende Literatur aber nicht wieder aufgegriffen.

⁸Solches nimmt Lewinski, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 222. Aktualisierung Dezember 2023, Art. 82 Rn. 207 an.

gebotene Verkündung ohne sachlichen Grund bedeuten; dem verfassungsändernden Gesetzgeber ging es um die Einzelheiten der elektronischen Form. In § 1 S. 2 BHO ist auch nicht niedergelegt, in welcher anderen Weise (etwa durch Vertrieb über den Buchhandel) die Verkündung der Einzelpläne geschehen solle. Schließlich bestimmt Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich die Verkündung im Bundesgesetzblatt und nicht über andere – und seien es gesetzlich angeordnete – Kanäle.

Fazit und Blick auf die Länder

Es fehlt damit heute an einer rechtlich tragfähigen Begründung für die Ausnahme vom Vollständigkeitsgebot bei der Verkündung des Haushaltsgesetzes, denn der Sachgrund für die bisherige Staatspraxis der teilweisen Verkündung ist mit der Einführung der elektronischen Verkündung entfallen. Das Bundeshaushaltsgesetz 2024 wurde folglich nicht ordnungsgemäß verkündet; auf

Rechtsfolgenebene ergeben sich schwierige Fragen der Teilnichtigkeit. Es ist dringend zu raten, den § 1 S. 2 BHO zu streichen, die Verkündungspraxis umzustellen und das Haushaltsgesetz zukünftig mit allen Einzelplänen vollständig zu verkünden.

Ähnliche Anfragen müssen sich auch mehrere Bundesländer stellen lassen, die ebenfalls elektronisch verkünden, beim Haushaltsgesetz aber nur den Gesamtplan.⁹ Allein das Saarland verkündet den gesamten Haushaltsplan (z. B. [Amtsbl. I 2023, Nr. 56, S. 1195](#)) – obwohl § 1 S. 2 LHO Saarland unverändert etwas anderes vorsieht.

Die Länder, die weiterhin gedruckte Gesetzblätter nutzen, sind von diesem Problem nicht direkt betroffen. Auch sie sollten allerdings darüber nachdenken, wie man im Zeitalter der Digitalisierung die Öffentlichkeit des Haushaltsplans am besten herstellt. Ein einfacher Link im Gesetzblatt könnte dabei erheblich zur Transparenz beitragen.

⁹Bremen, z. B. [GBl. 2021 Nr. 143, S. 860](#); Brandenburg, z. B. [GVBl. I 2022, Nr. 35](#); Niedersachsen verkündet erst seit 1.1.2024 elektronisch, bei dem seitdem verkündeten Nachtragshaushalt wurde der geänderte Einzelplan nicht verkündet, [GVBl. 2024 Nr. 7](#); Baden-Württemberg und Hessen verkünden erst seit 1.1.2024 elektronisch und haben seitdem keinen Haushalt verkündet.

Kathrin Groh

Wehrpflicht - demnächst auch für Frauen?

Das schwedische Modell und das Grundgesetz

doi: 10.59704/1b0f49c0e8b3bbd7



Wer glaubte, dass in Deutschland die Wehrpflicht in Friedenszeiten endgültig ausgedient hätte, wird derzeit eines Besseren belehrt. Der Bundesverteidigungsminister Boris Pistorius [drängt mit Hochdruck darauf](#), sie in modifizierter Form zu reaktivieren. Nicht erst seit die Wehrpflicht [ruht](#), befindet sich die Bundeswehr personell [im freien Fall](#): Seit den 1990er Jahren sind die Streitkräfte um fast zwei Drittel geschrumpft. Anfang 2024 dienten nur noch ca. 181.500 Soldat*innen. [Bis 2027](#) sollen die Streitkräfte nun um mehr als 20.000 Soldat*innen aufwachsen. Trotz zahlreicher Attraktivitätskampagnen hat die Bundeswehr allerdings Schwierigkeiten, Nachwuchs zu rekrutieren. Die Aussetzung der Wehrpflicht aufzuheben soll helfen, das Loch zu stopfen und Deutschland resilient und [kriegstüchtig zu machen](#). Die Debatte um die Wehrpflicht ist nicht neu. Sie wird aber immer drängender geführt, je länger der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine andauert. Es sind zunächst die praktischen Probleme, die ihrer zeitnahen Umsetzung im Wege stehen werden: fehlende oder verrottende Kasernen, zu wenige Ausbilder*innen, kein Gerät, die Wehersatzstruktur wurde aufgelöst. [Die alte Wehrpflicht will allerdings sowieso kaum einer zurück](#). Das Bundesverteidigungsministerium (BMVg) prüft deswegen alternative Modelle. Im Fokus steht das schwedische Modell (*värnplikt* gleich Wehrpflicht). Dessen Übernahme würde allerdings ein Bündel an Verfassungsänderungen erfordern, da es die Wehrpflicht nicht nur auf Frauen erstreckt, sondern auch mit dem Verfassungsgrundsatz der Wehrgerechtigkeit in Konflikt gerät.

Form follows function

Das Aufgabenspektrum der Bundeswehr entscheidet maßgeblich über Größe und Ausstattung der Streitkräfte. Wegen der Entmilitarisierung Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg sah das Grundgesetz zunächst keine Wehrpflicht vor. Mit der Wiederbewaffnung der Bundes-

republik Deutschland Mitte der 1950er Jahre kam auch die Wehrpflicht wieder. Sie ist seit 1968 in Art. 12a GG verfassungsrechtlich verankert und trifft ausschließlich Männer.

Im Austausch gegen ihre Westintegration versprach die Bundesrepublik Deutschland den Alliierten einen bundesdeutschen Wehrbeitrag zur Verteidigung des demokratischen Westens gegen die Bedrohung aus dem Warschauer Pakt. Mit ihrem Beitritt zur NATO 1955 sagte sie dem Bündnis eine Armee von 500.000 Mann Stärke zu. In ihrer Hochzeit in den 1980er Jahren konnte die Bundeswehr tatsächlich etwa [495.000 Mann](#) aufbieten – neben Berufs- und Zeitsoldaten hauptsächlich Wehrpflichtige. Kernauftrag der Streitkräfte war damals nach Art. 87a Abs. 1 GG die Landes- und Bündnisverteidigung. Die konventionelle Vorverteidigung am Eisernen Vorhang erforderte eine hohe Mannstärke, die nur mit Wehrpflichtigen zu erreichen war. Der Bedarf der Bundeswehr an Wehrpflichtigen sank seit den 1990er Jahren dann kontinuierlich, weil nach dem Ende des Ost-West-Konflikts die Landes- und Bündnisverteidigung in der Prioritätenliste des BMVg nach unten gerutscht war. Im [Fokus](#) stand die Armee im Auslandseinsatz, die weniger und besser geschultes Personal brauchte. Die Dauer des Grundwehrdienstes [verringerte sich etappenweise](#) von zwölf Monaten auf nur noch sechs Monate im Jahr 2011, in dem die Wehrpflicht schließlich ausgesetzt wurde. Die Ausschöpfungsquote der tatsächlich aus einem Jahrgang zum Grundwehrdienst einberufenen jungen Männer sank ebenfalls drastisch [bis auf ungefähr 13%](#) im Planungsjahr 2008.

Die Einberufung immer weniger junger Männer aus der Gesamtheit aller Wehrpflichtigen wurde in der Praxis also immer erratischer. Warum es den einen, nicht aber den anderen traf, war nicht mehr nachvollziehbar. Die allgemeine Wehrpflicht stellt aber eine spezifische Ausprägung der allgemeinen Lastengleichheit aus dem Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG dar. Es lag auf der

Hand, dass die Einberufungspraxis gegen das Willkürverbot verstieß. Der sogenannte Grundsatz der Wehrgechtigkeit war seinerzeit deshalb ein Dauerthema in der Rechtsprechung. Die obersten Gerichte hielten die Wehrpflicht. Sie **empfohlen dem Gesetzgeber** zwischen den Zeilen immer mehr Nichtverfügbarkeitskriterien für eigentlich wehrpflichtige Männer gesetzlich zu regeln. Damit sollte die Grundgesamtheit aller Wehrpflichtigen gedrückt werden, damit die Zahl derjenigen, die tatsächlich Wehrdienst leisten mussten, der Zahl der Männer, die nach Abzug der vielen Ausnahmen aus den §§ 9, 11 WPflG rechtlich zur Verfügung standen, zumindest nahekam. Das **Weißbuch 2016** rückte die Landes- und Bundesverteidigung wieder an die erste Stelle der Aufgabenliste der Bundeswehr und erhöhte so deren Personalbedarf. Berufs- und Zeitsoldat*innen, freiwillig Wehrdienstleistende und **die schrumpfende Reserve** werden diesen Bedarf langfristig wohl nicht decken können.

Wehrform follows Gesetzgeber

Das BVerfG zieht aus der Wehrverfassung des Grundgesetzes eine **verfassungsrechtliche Grundentscheidung** für die militärische Landesverteidigung. Die Wehrpflicht aus Art. 12a GG als sogenannte verfassungsrechtliche Grundpflicht gehört zu deren Bausteinen: Der demokratische Staat braucht seine Bürger, die seine Werte im Notfall mit Waffengewalt verteidigen. Deshalb **lebt die sonst ruhende Wehrpflicht** nach § 2 WPflG im Spannungs- und Verteidigungsfall auch wieder auf. Art. 12a GG ist trotzdem nur eine Ermächtigungsnorm. Der Gesetzgeber kann die Wehrpflicht einführen und ausgestalten – muss dies aber nicht tun. Er kann ebenso gut auf eine Berufsarmee setzen. Obwohl die Wehrpflicht einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte, vor allem in die Berufsfreiheit der Pflichtigen aus Art. 12 GG bedeutet, ist sie **grundsätzlich verfassungskonform**. Ihre Zulässigkeit hängt weder an einer bestimmten sicherheitspolitischen Lage, noch unterliegt die Einberufung von Wehrpflichtigen einem sicherheitspolitischen Übermaßverbot.

Die Wehrverfassung verdichtet sich aber auch zu einer institutionellen Garantie für die Bundeswehr: Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr haben Verfassungsrang. Die Streitkräfte müssen mit Personal und Material so bestückt werden, dass sie ihren verfassungsrechtlichen Auftrag der Verteidigung aus Art. 87a Abs. 1 GG erfüllen können. Was normativ hieraus für die Ausstattung der Streitkräfte im Detail folgt, ist allerdings un-

klar. Zumindest über die Wehrform entscheidet der einfache Gesetzgeber aber allein. Er hat dabei einen weiten Gestaltungsspielraum. Ob er die Wehrpflicht favorisiert oder seine militärische Risikovorsorge auf einer Freiwilligenarmee aufbaut, ist eine komplexe politische Entscheidung, in die nicht nur verteidigungspolitische, sondern auch allgemeinpoltische, wirtschafts- und gesellschaftspolitische Aspekte einfließen; reichen etwa die Finanzen, ist es wirtschaftlich sinnvoll, junge Menschen über eine längere Zeit dem Arbeitsmarkt vorzuenthalten. Das **BVerfG prüft im Konfliktfall nur**, ob die Wahl der Wehrform die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr und damit eine funktionierende Landes- und Bundesverteidigung evident beeinträchtigt. Könnte der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in eine Pflicht zur Einführung der allgemeinen Wehrpflicht umschlagen, wenn die Bundeswehr als Freiwilligenarmee nur bedingt abwehrbereit ist? Ein solcher Kipppunkt mag sich theoretisch für den äußersten Fall vielleicht quantifizieren lassen, ist verfassungsrechtlich derzeit aber nicht abbildbar.

Frauen im Zwangsdienst mit der Waffe

Die sogenannte allgemeine Wehrpflicht des Art. 12a GG ist nicht allgemein. Sie trifft nur Männer. Das derzeit diskutierte schwedische Modell der *värnplik* erstreckt die Wehrpflicht dagegen auch auf Frauen. Auch Schweden hatte 2010 seine Wehrpflicht ausgesetzt und 2017 wieder eingeführt, da sich nicht genügend Freiwillige für den Wehrdienst finden ließen. Das schwedische Modell setzt auf eine Kombination aus Anreizsteuerung, Freiwilligkeit und Zwangsverpflichtung. Alle jungen Menschen eines Jahrgangs erhalten einen webbasierten Fragebogen, in dem sie Angaben zu ihren Fähigkeiten, ihren Interessen und wohl auch ihrer Einstellung zur militärischen Landesverteidigung machen. Aus dieser Grundgesamtheit wird ein Bruchteil gemustert. Von diesem Bruchteil wird wiederum nur ein Bruchteil einberufen – nämlich vor allem diejenigen, die ihre Wehrwilligkeit bekundet haben und physisch wie psychisch für tauglich befunden werden. Das waren 2018 **weniger als 4%** einer Alterskohorte, Tendenz steigend. Falls die Zahl der Freiwilligen nicht ausreichen sollte, sind Zwangsverpflichtungen – auch von Frauen – wohl möglich.

Frauen in der Bundeswehr ist kein ruhmreiches Kapitel in der deutschen Verfassungsgeschichte. Fast 50 Jahre lang waren Frauen vom Dienst mit der Waffe ausgeschlossen. Sie durften nur in den Sanitätsdienst und in

das Musikkorps. Dieses Verbot widersprach dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Es war aber erst im Jahre 2000 der EuGH, der es wegen seines Verstoßes gegen die europäische Gleichbehandlungsrichtlinie [kippte](#). Nach einer entsprechenden Änderung des Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG dürfen Frauen nun freiwillig mit der Waffe dienen, ihre Zwangsverpflichtung hierzu ist jedoch – anders als die der Männer – nach wie vor verboten. Dagegen zog ein Wehrpflichtiger vor Gericht. Er griff die Ungleichheit der Lastenverteilung zwischen Frauen und Männern bei der Pflicht, Vaterland und Verbündete mit Waffen zu verteidigen, als eine nach Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG grundgesetzwidrige Ungleichbehandlung an, und brandmarkte Art. 12a Abs. 1 GG als verfassungswidriges Verfassungsrecht. Weder die unionale noch die deutsche Gerichtsbarkeit haben das mitgemacht. Der [EuGH](#) erklärte sich in Sachen nationaler Organisationsformen von Streitkräften für unzuständig. Das [BVerwG](#) fand zumindest tragfähige, weil gewichtige Gründe für die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung: Da Frauen typischerweise im familiären Bereich stärkeren Belastungen ausgesetzt werden als Männer, ist auch ihre völlige Herausnahme aus jeglichen Dienstverpflichtungen in Friedenszeiten gerechtfertigt. Dieser binäre Blick des Grundgesetzes auf die Wehrpflicht verstößt nicht gegen die Menschenwürde und produziert auch bereits deswegen kein verfassungswidriges Verfassungsrecht, weil es verfassungswidriges Verfassungsrecht jenseits des Art. 79 Abs. 3 GG nicht gibt. Art. 12a Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG stehen auf derselben Normenstufe. Die Wehrpflicht allein für Männer ist eine verfassungsrechtliche Bereichsausnahme zu den besonderen Gleichheitssätzen. Sie verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

Frauen zum Dienst mit der Waffe verpflichten zu wollen, [setzt folglich eine Verfassungsänderung voraus](#). Teile der Literatur halten den Gesetzgeber bereits heute aus Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG für verpflichtet, auch Frauen verfassungsrechtlich zum Wehrdienst heranzuziehen. Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist eine unmittelbare Differenzierung zwischen Frauen und Männern nämlich nur zulässig, wenn damit Probleme gelöst werden sollen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder nur bei Frauen auftauchen. Hier werden biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern adressiert, die im Hinblick auf den Dienst mit der Waffe natürlich nicht vorliegen. Eine Wehrpflicht, die ausschließlich Männer trifft, verstieße also gegen den besonderen Gleichheits-

satz aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wenn sie nicht durch Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG auf derselben Rechtsebene verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre. Zugleich würde sich eine solche Wehrpflicht auch für Frauen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mit dem Gleichbehandlungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG beißen, der verlangt, dass faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden sollen. Solche Nachteile liegen mit dem [gender care gap](#), dem [gender pay gap](#) und auch dem [gender pension gap](#) vor, die – je nach Dauer und Ausgestaltung einer Wehrpflicht – sogar noch vertieft statt beseitigt würden. Eine genderneutrale Wehrpflicht auf Verfassungsebene würde allerdings als Ausnahme zum Gleichbehandlungsauftrag zulässig sein. Ob das gesellschaftspolitisch klug und durchsetzbar wäre, steht auf einem anderen Blatt, obwohl sich nach einer ersten [Umfrage in Deutschland](#) – anders als in [Österreich](#) – Zweidrittel der befragten Frauen für eine Wehrpflicht aussprechen, die auch sie trifft.

Wehrgerechtigkeit?

Bleibt die Wehrgerechtigkeit. Anders als in [Schweden](#) bestimmt in Deutschland nicht allein der Bedarf der Streitkräfte über deren Personalstärke. Die Wehrgerechtigkeit ist gleichermaßen ausschlaggebend. Sie wird dann zu einem Problem, wenn sich trotz der Anreizstruktur des schwedischen Modells nicht genügend Freiwillige entschließen sollten, Wehrdienst zu leisten. Recht ist dazu da, Worst-Case-Szenarien vorwegzudenken: Es braucht dann ein Gesetz, nach dem – willkürfrei und gerecht – zwangsweise verpflichtet werden kann. Alle Staatsbürger*innen wird man nicht einziehen können. In Deutschland werden jährlich noch zwischen 700.000 und 800.000 Kinder geboren. Selbst wenn man Ausländer*innen, Wehruntaugliche und Kriegsdienstverweiger*innen herausrechnet – so viel Bedarf (und Kapazitäten) wird die Bundeswehr nicht haben. Nach bisheriger Verfassungsrechtslage muss trotzdem ein gesetzliches Auswahlverfahren eingerichtet werden, das der Wehrgerechtigkeit entspricht. Bislang lief das über eine steti- ge Vermehrung gesetzlicher Ausnahmen von der Wehrpflicht z.B. für Verheiratete, Berufstätige, Auszubildende, nicht aber Studierende, oder T3-Gemusterte, damit die Zahl der tatsächlich Verpflichteten der Zahl der rechtlich verfügbaren Wehrpflichtigen nahekam. Die zunehmende Einschränkung von Verfügbarkeitskriterien stößt allerdings irgendwann an die [Grenze gesetzgeberischer Will-](#)

kür. Die berechtigte Kritik hieran, für die auch das BVerfG immer empfänglicher wurde, verstummte mit der Aussetzung der Wehrpflicht, das Problem allerdings blieb. Für die allgemeine Wehrpflicht von Frauen und Männern müsste der Gesetzgeber die Verfassung also ändern und den Bedarf der Streitkräfte als einzig ausschlaggebenden Faktor für eine Quote an Einzuberufenden festschreiben. Auch hier handelte es sich also wieder um eine verfassungsrechtliche Bereichsausnahme – diesmal zu Art. 3 Abs. 1 GG.

Wie ein willkürfreies Einberufungsverfahren für die übrig gebliebenen Wehrpflichtigen dann aber aussehen könnte (vielleicht ein Losverfahren?) ist schwer vorstellbar. Wenn aber irgendjemand über die üblichen Hand- und Spanndienste des Art. 12 Abs. 2 GG hinaus Dienst leisten muss, dann sollen auch alle anderen Dienst leisten müssen. Die Wehrpflicht müsste also von vornherein eingebunden werden in ein allgemeines Dienstpflichtssystem – das alle Männer und alle Frauen gleichermaßen trifft. Hierfür wäre eine weitere Verfassungsänderung im Bereich von Art. 12 GG erforderlich.

Mathias Honer

Zutritt verboten

Zu einem hausrechtlichen Zutrittsverbot für Verfassungsfeinde im Deutschen Bundestag

doi: 10.59704/a66edc550e0f9c81



Nach Recherchen des [Bayerischen Rundfunks](#) beschäftigen die AfD-Bundestagsfraktion und ihre Abgeordneten über 100 Mitarbeitende, die sich in Organisationen engagieren, deren Zielsetzungen und Betätigungen die Ämter für Verfassungsschutz als verfassungsfeindlich einstufen. Die Bundestagspräsidentin [Bärbel Bas](#) plädierte bereits für strengere Regelungen zum Schutz des Deutschen Bundestages. „Extremisten gleich welcher Couleur, die aktiv und gezielt auf die Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung hinarbeiteten, dürften nicht im Bundestag ein- und ausgehen.“ Gleichzeitig warnte sie vor „schlecht vorbereiteten Schnellschüssen.“

Das Hausrecht im Bundestag dient zwar nicht dem Verfassungsschutz, sondern der Funktionsfähigkeit des Parlaments. Bereits jetzt kann aber eine verfassungsfeindliche Gesinnung im Rahmen einer individuellen Gesamtwürdigung zu einer Versagung des Zutrittsrechts führen. Gehen Verfassungsfeindlichkeit, Gewaltaffinität und Verschwörungstheorien zunehmend Hand in Hand, ist die Verfassungsfeindlichkeit ein immer gewichtigeres Indiz, um auf parlamentsbeeinträchtigende Verhaltensweisen zu schließen.

Ordnungs-, Haus- und Polizeigewalt der Bundestagspräsidentin

Über den Zutritt zu den Räumlichkeiten des Deutschen Bundestages entscheidet die Bundestagspräsidentin. Dies ist Ausfluss des Hausrechts, das Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG in ihre Hände legt. Gemeinsam mit der Polizeigewalt in Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG schirmt das Hausrecht den parlamentarischen Ablauf vor Eingriffen der Exekutive, der Judikative und Dritter ab.¹ Es sichert die Parlamentsautonomie gewissermaßen „nach außen“. Die aus der Geschäftsordnungsautonomie des Deutschen Bundestages (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) abgeleitete Ordnungsgewalt schützt dagegen speziell den ordnungsgemäßen

Sitzungsablauf vor Gefährdungen „von innen“.²

Auf der Grundlage ihres Hausrechts hat die Bundestagspräsidentin die Hausordnung des Deutschen Bundestages erlassen. Die Hausordnung reguliert den Zutritt zu den Gebäuden des Deutschen Bundestages und normiert den zulässigen Umfang ihrer Nutzung. Die Mitarbeitenden von Abgeordneten und Fraktionen benötigen für den Zutritt zu den nicht für die Öffentlichkeit zugänglichen Gebäuden des Deutschen Bundestages einen Bundestagsausweis (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 2 Abs. 2 Nr. 3 b, c). Die Ausstellung dieses Ausweises setzt mittlerweile eine Zuverlässigkeitsprüfung voraus (§ 2 Abs. 6a). Wenn „begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit der antragstellenden Person bestehen“, kann der Antrag auf Ausstellung des Bundestagsausweises abgelehnt (§ 2 Abs. 6a S. 5) oder ein bereits erteilter Bundestagsausweis eingezogen werden (§ 2 Abs. 6b S. 2).

Parlamentsspezifische Zuverlässigkeit

Das für die Verweigerung oder den Verlust der Zutrittsberechtigung maßgebliche Zuverlässigkeitskriterium muss freilich im Lichte des parlamentarischen Hausrechts ausgelegt werden. Eine allgemeine rechtsgebietsübergreifende Zuverlässigkeit existiert nicht. Immerhin betrifft das Kriterium der Zuverlässigkeit die zu prognostizierende individuelle Bereitschaft und Fähigkeit, die mit einer konkreten Rechtsstellung verbundenen Pflichten zu befolgen. Rechtlich relevant ist daher stets nur eine – auf die konkrete Rechtsstellung bezogene – Zuverlässigkeit. Wer für einen konkreten Betrieb gewerberechtlich zuverlässig ist, muss also selbstverständlich nicht waffenrechtlich zuverlässig sein.

Das für den Zutritt zum Deutschen Bundestag relevante Zuverlässigkeitskriterium dient dazu, „Gefahren für die Sicherheit der Mitglieder des Deutschen Bundestages sowie aller im Deutschen Bundestag Anwesenden abzuwehren und die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des

¹ Blum, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 21, Rn. 24.

² Brocker, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 57. Edition (Stand: 15.01.2024), Art. 40, Rn. 40, 44.

Deutschen Bundestages und seiner Gremien aufrechtzuhalten“ (§ 2 Abs. 6a). Das Zutrittsrecht schützt also Personen und den parlamentarischen Dienstbetrieb. Auf die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages zielt auch das Hausrecht der Bundestagspräsidentin (Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG), auf dessen Basis sie die Hausordnung erlassen hat. An diesem Ziel hat sich auch die Auslegung und Anwendung der Hausordnung zu orientieren.³

Was gefährdet den parlamentarischen Arbeitsalltag?

Entsprechend der präventiven Funktion der Versagung des Zutrittsrechts genügen vergangene Ordnungsverstöße einer Person oder strafbares Unrecht für sich genommen noch nicht, um eine mangelnde Zuverlässigkeit zu begründen.⁴ Entscheidend ist vielmehr, dass diese oder andere Tatsachen nach einer Gesamtwürdigung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass der Mitarbeitende parlamentarische Arbeitsabläufe künftig stört. Etwa, indem er Parlamentarier oder ihre Mitarbeitenden bedrängt, sensible Informationen über parlamentarische Prozesse preisgibt oder unzuverlässigen Personen Zutritt zu den Liegenschaften des Deutschen Bundestages verschafft. Der Einzug der AfD in den Bundestag hat erschreckenderweise vor Augen geführt, dass diese Szenarien keineswegs aus der Luft gegriffen sind (siehe nur [hier](#), [hier](#) und [hier](#)).

Bewegt sich die jeweilige Person im Umfeld gewalttätiger oder reichsbürgerlicher Milieus oder lässt für entsprechende Zielsetzungen Sympathien erkennen, liegen geeignete Anhaltspunkte vor, die die individuelle Prognose künftiger parlamentsstörender Verhaltensweisen stützen. Wer das staatliche Gewaltmonopol ablehnt, die Existenz der Rechtsordnung leugnet oder Umsturzfantasien hegt, erzeugt berechtigte Zweifel daran, auf die „Arbeit im Haus Rücksicht zu nehmen“, wie es § 4 Abs. 1 S. 2 der Hausordnung des Bundestages vorschreibt. Im Lichte der zu schützenden Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages sind hier nicht zu hohe Anforderungen anzulegen. Sind aber ausreichende Tatsachen vorhanden, die begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit hervorrufen (§ 2 Abs. 6a), bewahrt im Übrigen auch das freie Mandat (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) der Abgeordneten nicht davor, dass ihren Mitarbeitenden der Zutritt zum Deutschen Bundestag verwehrt wird. Das freie Mandat

vermittelt kein Recht, den parlamentarischen Betrieb zu gefährden.

Schutz der Funktionsfähigkeit des Bundestages, nicht der Verfassung

Das Hausrecht zielt auf die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages und nicht auf den Schutz der Verfassung. Daher begründet die verfassungsfeindliche Gesinnung eines Mitarbeitenden die Versagung des Zugangs zu den Räumlichkeiten des Bundestages – für sich genommen – noch nicht. Wer in Schnellroda einen ethnischen Volksbegriff propagiert, verletzt zwar etwaige beamtenrechtliche Verfassungstreuepflichten und darf aus gutem Grund (selbst wenn dies unter dem Deckmantel einer parteipolitischen Betätigung erfolgt) nicht mit der Wahrnehmung von hoheitlichen Eingriffsbefugnissen (insbesondere im sicherheitsrelevanten Bereich) betraut werden. Seine Präsenz in den Gebäuden des Deutschen Bundestages im Rahmen eines privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses mit Fraktionen und Abgeordneten *stört* den parlamentarischen Dienstbetrieb hingegen nicht. Das schließt es freilich nicht aus, dass die Verfassungsfeindlichkeit eines Mitarbeitenden parlamentsbeeinträchtigende Verhaltensweisen erwarten lässt, der parlamentarische Betrieb also dennoch *gefährdet* ist.

Für die mit der Zuverlässigkeitsentscheidung betraute Bundestagspräsidentin und Bundestagsverwaltung ist das keine leichte Aufgabe: Sie werden individuell zu prüfen haben, ob die betreffende Person den parlamentarischen Dienstbetrieb zu stören droht. Die Verfassungsfeindlichkeit ist hierfür kein Automatismus, aber ein gewichtiger Anhaltspunkt.

Verdichten sich jedoch entsprechende Erkenntnisse, dass eine Verfassungsfeindlichkeit *typischerweise* parlamentsstörendes Verhalten nach sich zieht, gewinnt die Verfassungsfeindlichkeit für die Zuverlässigkeitsbeurteilung zunehmend an Bedeutung. In dem Fall dürfte wohl auch eine geänderte Hausordnung den Zutritt zu den Räumlichkeiten des Deutschen Bundestages allein aufgrund der Verfassungsfeindlichkeit versagen. Selbst dann, wenn im konkreten Einzelfall keine weitergehenden Anhaltspunkte für parlamentsgefährdende Verhaltensweisen vorliegen.

³Siehe auch VG Berlin, Urteil vom 18. 6. 2001 – 27 A 344/00 = NJW 2002, 1063 (1065).

⁴VG Berlin, Urteil vom 18. 6. 2001 – 27 A 344/00 = NJW 2002, 1063 (1065).

Werner Reutter

Wie der Verfassungsgerichtshof sich selbst schützen kann

Risiken und Nebenwirkungen einer Schutzstrategie

doi: 10.59704/db15a15e65e49992



Ein Gespenst geht um in Thüringen, und es heißt: Beschlussunfähigkeit des Verfassungsgerichtshofes. Die Voraussetzungen für dieses Szenario sind bekannt. Die AfD braucht gerade etwas mehr als ein Drittel der Sitze im Landtag, um Wahlen von Mitgliedern zum „obersten Hüter der Landesverfassung“ zu torpedieren und damit den Verfassungsgerichtshof beschlussunfähig zu machen. »Wo aber Gefahr ist, wächst / Das Rettende auch«, wusste schon Friedrich Hölderlin, und das Rettende heißt in diesem Fall: „Selbstergänzung“. Denn mit einer solchen „Auffangregelung“, so eine Hoffnung, könnte der Verfassungsgerichtshof unabhängig von Parteien und Parlament vakante Richterposten besetzen und damit das Gespenst der Beschlussunfähigkeit bannen. Der Verfassungsgerichtshof könnte sich selbst schützen. Zumindest in der Theorie. Taugt die Selbstergänzung aber auch in der Praxis als Schutzstrategie?

Beschlussunfähigkeit des Thüringer Verfassungsgerichtshofes: aktuelle Lage und mögliche Lösungen

Das Gespenst der Beschlussunfähigkeit durch Nichtbesetzung vakanter Richterpositionen¹ geht keineswegs nur in Thüringen um, verbreitet dort aber besonderen Schrecken. Denn die AfD könnte bei der nächsten Landtagswahl mehr als ein Drittel der Mandate gewinnen, und wie unter solchen Mehrheitsverhältnissen der Landtag ausscheidende Mitglieder am Verfassungsgerichtshof ersetzen kann, ist vollkommen unklar. Mehr noch: Dem Landtag Thüringens ist es auch früher keineswegs immer gelungen, Vakanzen im Verfassungsgerichtshof zu verhindern. Dreimal schon blieb die Position des Prä-

sidenten „vorübergehend“ unbesetzt: Unbedeutend war die Verzögerung bei der Wahl von Manfred Aschke, der am 22. Mai 2014 zum Präsidenten gewählt wurde und die Nachfolge von Joachim Lindner antrat, dessen Amtszeit wegen Erreichens der Altersgrenze am 30. April 2014 geendet hatte. Die Position des Präsidenten blieb folglich rund drei Wochen unbesetzt. Deutlich länger verwaist war das Amt nach dem Ausscheiden von Manfred Aschke am 21. März 2018, der ebenfalls die Altersgrenze erreicht hatte. Der neue Präsident, Stefan Kaufmann, konnte erst drei Monate später, am 21. Juni 2018, gewählt, vereidigt und ernannt werden. Unbeschadet dieser Erfahrungen blieb die Lernkurve des Thüringer Landtages erstaunlich flach. Die nächste Staffelübergabe an Klaus von der Weiden erfolgte wieder verspätet am 21. Juni 2022, obschon der alte Präsident, Stefan Kaufmann, bereits am 29. Dezember 2021 ausgeschieden war, weil er – Überraschung! – die Altersgrenze erreichte. Keiner der Präsidenten ist zurückgetreten, verstorben oder aus sonstigen Gründen unerwartet aus dem Amt geschieden. Vielmehr verloren die Präsidenten – vollkommen voraussehbar – mit ihrem 68. Geburtstag eine Wählbarkeitsvorsatzsetzung (§ 4 Abs. 1 ThürVerfGHG). Da das Gesetz zum Thüringer Verfassungsgerichtshof ursprünglich keine Regelung enthielt, wie bei einer Vakanz oder Verhinderung des Präsidenten zu verfahren sei, wurden die Vorsitzendenfunktionen „vom dienstältesten berufsrichterlichen Mitglied des Verfassungsgerichtshofs wahrgenommen.“² Schließlich wurde 2022 einfachgesetzlich die Position eines Vizepräsidenten geschaffen.

Der Thüringer Landtag ist nicht das einzige Par-

¹Der Thüringer Verfassungsgerichtshof besteht aus dem „Präsidenten und acht weiteren Mitgliedern“ (§ 1 Abs. 1 ThürVerfGHG). Im Weiteren werden die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes auch als Richter*innen bezeichnet, wobei in diesen Fällen der Präsident mitgemeint ist.

²Klaus von der Weiden, Funktionsunfähigkeit des Thüringer Verfassungsgerichtshofs bei verzögerter Nachwahl. ThürVBl, Heft 9/2019, S. 209-219, hier S. 211.

³Vgl. auch: Werner Reutter, Richterinnen und Richter am Thüringer Verfassungsgerichtshof, in: LKV – Landes- und Kommunalverwaltung, Heft 11/2019, S. 496-501; Oliver W. Lembcke, Thüringer Verfassungsgerichtshof, in: Werner Reutter (Hrsg.), Lan-

lament, das Richter zu Verfassungsgerichten verspätet wählt.³ Die Richter des Berliner Verfassungsgerichtshofes sprechen durchschnittlich über fünf Monate „geschäftsführend“ Recht, weil das Berliner Abgeordnetenhaus immer wieder daran scheiterte, freiwerdende Positionen fristgerecht zu besetzen. Viele Richter mussten ihr Amt daher so lange geschäftsführend ausüben, bis Nachfolger gewählt waren.⁴ Laut Klaus von der Weiden gab es beim Bundesverfassungsgericht sechs Vakanzen zwischen 2 und 20 Monaten.⁵ Doch blieben dies temporär begrenzte Vakanzen, die die Beschlussfähigkeit des jeweiligen Gerichtes nicht grundsätzlich in Frage stellten. Immerhin weisen diese Fälle die Frage auf, wie die Funktionsfähigkeit eines Verfassungsgerichtes garantiert werden kann, wenn das Parlament seine Wahlfunktion nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt.

Für Klaus von der Weiden, den amtierenden Präsidenten des Thüringer Verfassungsgerichtshofes, kann es aufgrund entsprechender rechtlicher Vorkehrungen grundsätzlich kein funktionsunfähiges Verfassungsgericht geben.⁶ Schon der Justizgewährleistungsanspruch und der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz schließe die „Regelungsoption Funktionsunfähigkeit“ aus, so Klaus von der Weiden.⁷ Er unterscheidet dabei drei Varianten, mit denen diesem Anspruch in der Verfassungswirklichkeit Geltung verschafft wird: das Amtsfortführungsprinzip, das Vertreterprinzip und das Richterbankreduzierungsprinzip.⁸ In den Ländern finden sich alle Varianten in unterschiedlicher Kombination. Berlin verbindet das Richterbankreduzierungsprinzip mit dem Amtsfortführungsprinzip. Beschlussfähig ist der Berliner Verfassungsgerichtshof, bei dem es keine Stellvertreter gibt, „wenn mindestens sechs Verfassungsrichter anwesend sind“, wobei sich die Zahl weiter ermäßigt um ausgeschlossene

und abgelehnte Verfassungsrichter „sowie um die ausgeschiedenen Verfassungsrichter, für die noch keine Nachfolger ernannt sind“ (§ 11 Abs. 1 BerlVerfGHG). Amtsfortführung und Stellvertreterprinzip finden sich in Thüringen. Mitglieder/Stellvertreter führen nach Ende ihrer gesetzlichen Amtszeit „bis zur Wahl des Nachfolgers die Amtsgeschäfte“ fort (§ 3 Abs. 2 Satz 2 ThürVerfGHG), während § 8 Abs. 1 ThürVerfGHG detaillierte Regelungen zur Vertretung enthält, sollte nicht nur ein Mitglied, sondern auch ein Stellvertreter verhindert oder befangen sein. Diese Regelungen greifen ebenso im Falle einer Vakanz, also wenn die Wahl eines Nachfolgers nicht fristgerecht erfolgt und eine Position am Verfassungsgerichtshof unbesetzt ist. Auch dann, so Klaus von der Weiden, sei der Thüringer Verfassungsgerichtshof aufgrund der Möglichkeit der Stellvertretung „ordnungsgemäß besetzt“. Zwar bezieht sich von der Weiden hier auf die Nachwahl für ein altersbedingt ausscheidendes Mitglied, doch lassen sich seine Schlussfolgerungen ohne Weiteres verallgemeinern. Denn in jedem Fall gelte es zu verhindern, dass „das Parlament die Funktionsunfähigkeit des Verfassungsgerichts – etwa bei einer bestimmten politischen Lage und mit einer Sperrminorität von einem Drittel radikaler Kräfte, aber durchaus auch durch eine Parlamentsmehrheit, die sich der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entziehen will – gezielt“ herbeiführt.⁹ Ein beschluss- und funktionsunfähiger Verfassungsgerichtshof ist für Klaus von der Weiden damit schlicht unmöglich. Was nicht sein darf, kann nicht sein.

Allerdings könnte sich die Lage in Thüringen nach der nächsten Landtagswahl so kompliziert gestalten, dass von der Weiden „Lösung“ mehr Probleme schafft, als sie zu lösen verspricht. Nach aktuellen [Umfragen](#) (IN-SA; Stand: 17. Januar 2024) käme die AfD auf 31 Pro-

desverfassungsgerichte. Entwicklung – Aufbau – Funktionen. Wiesbaden 2017, S. 389–420.

⁴Werner Reutter, Richterinnen und Richter am Berliner Verfassungsgerichtshof. LKV – Landes- und Kommunalverwaltung, Heft 11/2018, S. 489–495.

⁵Klaus von der Weiden (Fn 2), S. 213.

⁶Klaus von der Weiden (Fn 2). Einen Überblick über unterschiedliche Auffangregelungen gibt: Gertrude Lübke-Wolff Beratungskulturen. Wie Verfassungsgerichte arbeiten, und wovon es abhängt, ob sie integrieren oder polarisieren. 2. Auflage. Berlin. 2023. <https://www.kas.de/de/einzeltitel/-/content/beratungskulturen>, Berlin S. 234ff. Lübke-Wolff (2023, S. 242) empfiehlt ergebnisoffene Verfahren, bei denen „unklar bleibt, ob die jeweils Verantwortlichen mit einem Blockadeverhalten den eigenen Interessen nutzen oder schaden.“ Das Vorschlagsrecht soll dafür auf für die „Richterauswahl sonst nicht beteiligte Akteure“ übergehen (wie z.B. Berufsvereinigungen, andere Höchstgerichte), die Entscheidung bleibt dem Los vorbehalten. Eine solche Regelung würde die „Funktionsfähigkeit des Primärverfahrens sichern“ und gleichzeitig deren „Anwendung maximal unwahrscheinlich machen“.

⁷Klaus von der Weiden (Fn 2), S. 212.

⁸Klaus von der Weiden (Fn 2), S. 213.

⁹Klaus von der Weiden (Fn 2), S. 213.

zent der Stimmen und erhielt 29 Mandate. Dem Bündnis Sarah Wagenknecht (BSW) würden 17 Prozent der Wähler*innen ihre Stimme geben und ihm damit 16 Mandate im Landtag verschaffen. Die anderen im Landtag vertretenen Parteien hätten nach dieser Umfrage mit insgesamt 43 Mandaten nicht einmal mehr eine eigene Regierungsmehrheit und wären weit von einer Zweidrittelmehrheit entfernt, die für die Wahl von Verfassungsrichtern erforderlich ist. Damit stellt sich die von [Lukas C. Gundling](#) [aufgeworfene Frage](#) mit aller Dringlichkeit: „Was passiert, wenn die politischen Verhältnisse in Thüringen dazu führen, dass die vakanten Richter*innenposten am Thüringer Verfassungsgerichtshof über längere Zeit unbesetzt bleiben und deshalb das Gericht funktionsunfähig wird.“ Eine solche Situation würde, so Gundling weiter, den „Verfassungsstaat zumindest in eine Krise stürzen können“, zumal die Amtsfortführung nicht „unbegrenzt“ möglich sei, wie Gundling betont. Tod, Rücktritt, Altersgrenze, Eintritt in die Landesregierung oder Wahl in den Landtag würden unmittelbar die Amtszeit eines Mitglieds des Verfassungsgerichtshofes beenden und ggfs. eine Beschlussunfähigkeit des Verfassungsgerichtshofes provozieren. Eine Amtsfortführung scheide in diesen Fällen aus, und die Vertretung eines Mitglieds, das dem Verfassungsgerichtshof nicht mehr angehöre, sei schlicht unmöglich.

Lukas C. Gundling hat daher eine weitere Variante entwickelt: die Selbstergänzung, die [ich in einem früheren Beitrag](#) ebenfalls als Möglichkeit vorgeschlagen habe. Gundling will mit einer Verfassungsänderung dem Verfassungsgerichtshof das Recht einräumen, bei einer längerfristigen Vakanz Mitglieder selbst zu kooptieren. In einem solchen Fall mutiert der Verfassungsgerichtshof zu einem „Auffangwahlorgan“. Sollte der Landtag „innerhalb eines gewissen Zeitraums“ – Gundling denkt hier an mindestens sechs und höchstens zwölf Monate – keinen Nachfolger für ein ausscheidendes Mitglied wählen, könnte der Verfassungsgerichtshof als Auffangwahlorgan diese Aufgabe übernehmen und selbst darüber entscheiden, wer als „weiteres Mitglied“ – oder als Stellvertreter – dem Verfassungsgerichtshof angehören soll. Wie im Landtag wäre für die Wahl eines Mitglieds/Stellvertreters bzw. eines Präsidenten/Vizepräsidenten eine Zweidrittelmehrheit erforderlich, wobei sowohl Mitglieder als auch Stellvertreter stimmberechtigt sein sollen, um eine

ausreichend große Anzahl an Abstimmungsberechtigten zu garantieren.¹⁰ Dasselbe gelte für Mitglieder, die „noch in der Amtsfortführung sind“; auch sie würden dem Auffangwahlorgan angehören und über ihre eigenen Nachfolger befinden. Die in einem solchen Verfahren gewählten Mitglieder/Stellvertreter müssten vor dem Landtag ihren Amtseid leisten. Dem Landtag sollte überdies „das Recht eingeräumt werden, das vom Verfassungsgerichtshof gewählte Mitglied jederzeit durch ein anderes, mit einer Zweidrittelmehrheit im Landtag ordentlich gewähltes Mitglied zu ersetzen.“

Das ist zweifellos ein interessanter und diskussionswürdiger Vorschlag, der für Gundling jedoch „nur eine denkbare Möglichkeit“ darstellt. Eine andere wäre, dem Bundesverfassungsgericht mittels Organleihe (Art. 99 GG) die Kompetenz zu übertragen, landesverfassungsrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden. Mit dem Ansatz Klaus von der Weidens teilt Gundling das Ziel, auch bei polarisierten politischen Konstellationen den Verfassungsgerichtshof beschluss- und funktionsfähig zu halten. Ebenso teilen beide die Prämisse, dieses Ziel durch eine Autonomisierung des Verfassungsgerichtshofes zu gewährleisten. Die Funktionsfähigkeit des Verfassungsgerichtshofes soll dadurch garantiert werden, dass der Einfluss von Parteien und Parlament bei politischen Blockaden zurückgedrängt, im Grunde – zumindest vorübergehend – eliminiert wird. Gleichwohl weist die Selbstergänzung einige mögliche Fallstricke auf.

Die Selbstergänzung im Test: ein Gedankenexperiment

Ab hier ist alles Spekulation. Wir wissen nicht, was passieren wird und können lediglich begründet vermuten und plausibel raten. Mit dem Instrument der Selbstergänzung gibt es in der Bundesrepublik Deutschland auch keine historischen Erfahrungen, aus denen Lehren gezogen werden könnten. Doch immerhin lässt sich der Vorschlag Gundlings durch ein Gedankenexperiment auf seine Praxistauglichkeit hin prüfen. Unterstellt ist dafür, dass sich der 8. Landtag, der am 1. September 2024 gewählt wird, am 30. Tag nach der Wahl, das ist der 1. Oktober 2024, konstituiert und dass die Wahl zum 9. Landtag rund 60 Monate später stattfindet, sagen wir: am 28. Oktober 2029. Insoweit ginge alles seinen verfassungsrechtlich vorgesehenen Gang – eine zugegeben durchaus

¹⁰Gundling bezieht sich in seinem Vorschlag nur auf die Wahl von Mitgliedern. Im Weiteren wird angenommen, dass der Verfassungsgerichtshof auch Stellvertreter, Präsidenten bzw. Vizepräsidenten ggfs. eigenständig kooptieren kann.

heroische Annahme. Zugleich wird vermutet, dass kein Mitglied des Thüringer Verfassungsgerichtshofes vorzeitig aus dem Amt scheidet und dass der Landtag die Nachfolger der 2017 ernannten Stellvertreter noch in der 7. Legislaturperiode wählt, d.h. noch 2024. Unter diesen Voraussetzungen wären in der 8. Wahlperiode folgende Positionen am Verfassungsgerichtshof neu zu besetzen: 2025 wären zwei Stellvertreter und 2026 wäre ein Mitglied zu wählen. Da der Landtag am 4. Februar 2022 ein Mitglied, am 5. Mai 2022 den Präsidenten und am 23. September 2022 sechs weitere Mitglieder bzw. drei Stellvertreter gewählt hat, müsste der 8. Landtag am Ende der Legislaturperiode nahezu den gesamten Verfassungsgerichtshof neu besetzen. Erschwerend käme hinzu, dass die Wahlen der Nachfolger bei einer siebenjährigen Amtszeit im Februar, Mai und September 2029 durchzuführen wären, sprich in die die Phase des (Vor-)Wahlkampfes für den 9. Landtag fielen. Dass ein ohnehin polarisierter Landtag unter solchen Voraussetzungen den Verfassungsgerichtshof fast vollständig neu besetzen kann, scheint wenig wahrscheinlich. Was umso dramatischer wäre, da in einer solchen Situation der Verfassungsgerichtshof politische Konflikte befrieden und Organstreitigkeiten entscheiden könnte. Wie aber könnte eine Selbstergänzung in einer solchen Situation helfen?

Um diese Frage zu beantworten und die Praxistauglichkeit der vorgeschlagenen Selbstergänzung zu diskutieren, sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden, die sich beide in der 8. Wahlperiode einstellen könnten. Zur ersten Fallkonstellation: Sollte es dem am 1. September 2024 gewählten 8. Landtag nicht gelingen, 2025 die beiden ausscheidenden Stellvertreter sowie 2026 ein neues Mitglied zu wählen, wäre eine Selbstergänzung – in Kombination mit der Amtsfortführung – eine durchaus praktikable Option. Der Verfassungsgerichtshof hätte als Auffangwahlorgan ausreichend Zeit und eine ausreichend große Anzahl von Mitgliedern/Stellvertretern, die noch durch den Landtag gewählt wurden, um neue Mitglieder/Stellvertreter zu kooptieren. Der Verfassungsgerichtshof könnte unter diesen Voraussetzungen seine Beschluss- und Funktionsfähigkeit ohne Weiteres aufrechterhalten. Die Selbstergänzung hätte eine mögliche Beschlussunfähigkeit verhindert, zumindest weniger wahrscheinlich gemacht.

Zur zweiten Fallkonstellation: Anders sähe dies 2029 aus, und zwar aus mehreren Gründen. Nimmt man die von Gundling vorgeschlagen Minimalfrist von sechs Mo-

naten, nach denen der Verfassungsgerichtshof nach einer gescheiterten Wahl im Landtag oder nach Ablauf der gesetzlichen Amtszeit eines Richters eine Selbstergänzung vornehmen könnte, müsste das Auffangwahlorgan im Herbst 2029 bzw. im Frühjahr 2030 den Verfassungsgerichtshof um insgesamt 11 Mitglieder/Stellvertreter ergänzen (einschließlich des Präsidenten). Ein halbes Jahr müsste der Verfassungsgerichtshof seine Entscheidungen folglich ausschließlich mit Mitgliedern treffen, die entweder geschäftsführend im Amt wären oder die der Verfassungsgerichtshof selbst kooptiert hätte. (Bei den Stellvertretern sähe dies anders aus.) In diesem halben Jahr, in dem sich der dann neu gewählte Landtag konstituieren müsste und ggfs. ein neuer Ministerpräsident zu wählen wäre, könnte der Verfassungsgerichtshof nur auf Grundlage des Amtsfortführungsprinzips seine Funktionsfähigkeit aufrechterhalten. In rechtlicher Hinsicht mag dies kein Problem darstellen – solange kein Mitglied/Stellvertreter von seinem Amt zurücktritt, Mitglied der Landesregierung wird, in den Landtag gewählt wird oder das 69. Lebensjahr erreicht. Dasselbe gilt selbstredend auch für das Auffangwahlorgan. Es bestünde im März 2030 aus 16 Personen, von denen gerade einmal vier „ordentlich“ gewählt wären und über die gesetzlich vorgesehene demokratische Legitimation verfügen würden, und das auch nur, wenn es dem Landtag 2024 noch gelingt, Nachfolger für die in diesem Jahre ausscheidenden Stellvertreter zu wählen. Schwer vorherzusagen, wie sich eine solche Zusammensetzung auf die Stellung und die Entscheidungsfähigkeit des Verfassungsgerichtshofes auswirken würde.

Gefahr der Beschlussunfähigkeit erkannt! Gefahr durch Selbstergänzung gebannt?

Die beiden Fallkonstellationen verdeutlichen Chancen und Risiken der Selbstergänzung, die in Thüringen ohnehin immer nur in Kombination mit dem Amtsfortführungsprinzip und Stellvertreterprinzip praktikabel wäre. Unter den Voraussetzungen, dass nur ein Mitglied/Stellvertreter zu kooptieren ist, das Auffangwahlorgan mehrheitlich aus Mitgliedern/Stellvertretern besteht, die über eine vom Landtag vermittelte Primärlegitimation verfügen, und keine Konflikte zwischen Staatsorganen drohen, scheint diese Variante folglich praktikabel und effektiv. Die Auffangregelung der Selbstergänzung könnte unter solch „günstigen“ Bedingungen das

Gespenst der Beschlussunfähigkeit zumindest vorübergehend bannen. Das ist nicht wenig.

Unter ungünstigen Bedingungen, wenn also mehrere Mitglieder/Stellvertreter zu wählen sind, der Landtag langfristig blockiert ist, das Auffangwahlorgan überwiegend aus Mitgliedern/Stellvertretern besteht, die nicht über die gesetzlich vorgesehene „ordentliche“ Legitimation verfügen, könnte die Selbstergänzung allerdings neue Probleme schaffen. Und genau eine solche Konstellation könnte am Ende der 8. Legislaturperiode eintreten. Sollte es dem Landtag nicht gelingen, Mitglieder/Stellvertreter zu wählen, würde der Verfassungsgerichtshof ganz überwiegend aus kooptierten oder geschäftsführenden Mitgliedern bestehen; lediglich vier Stellvertreter könnten sich noch auf ein Mandat berufen, das sie vom Landtag erhalten haben. Das mag man im Anschluss von Klaus von der Weiden rechtlich immer noch für unbedenklich halten, politisch könnte eine solche Konstellation aber leicht den Boden dafür bereiten, dem Verfassungsgerichtshof die Gefolgschaft zu verweigern und ihn als Verfassungsorgan zu diskreditieren.

Ein weiterer Punkt ist zu bedenken. Eine Selbster-

gänzung ist nicht ohne demokratische und rechtsstaatliche Kosten zu haben. Die Wahl von Verfassungsrichtern durch den Landtag sichert nicht nur demokratische Legitimation, sondern unterfüttert auch das Prinzip der Gewaltenteilung. Einmal im Amt, unterliegen Verfassungsrichter keiner demokratischen Kontrolle (sieht man einmal von der Möglichkeit der Amtsenthebung ab). Sie sind zu Recht unabhängig und müssen dies sein. Eine Selbstrekrutierung würde allerdings genau dieses demokratische Kontrollpotential ausschalten, das in der Auswahl und in der Wahl durch den Landtag begründet wird. Zugleich stellt sich die Frage nach der Abwahl von Mitgliedern, die per Selbstrekrutierung ins Amt gekommen sind und die grundsätzlich über dieselbe Unabhängigkeit verfügen sollten wie die durch den Landtag gewählten Mitglieder/Stellvertreter. Nach Gundling soll eine solche Abwahl jederzeit möglich sein, um die „Rechte des Landtags in möglichst geringer Weise zu beschneiden“. Ein solcher Vorbehalt schafft jedoch Richter auf Abruf. Ob und inwieweit eine Selbstergänzung das Gespenst der Beschlussunfähigkeit bannen kann, hängt also von den Umständen ab. Es kommt gleichsam darauf an.

Thomas Britz, Bijan Moini

Straflos im Landtag

Wie zeitgemäß ist die Abgeordnetenimmunität?

doi: 10.59704/0bcc940bf98ef1ac



Einmal angenommen, die AfD bekäme eine absolute Mehrheit im Thüringer Landtag. Und einer ihrer Abgeordneten verharmloste auf einer Parteiveranstaltung den Holocaust. Oder schlug eine Demonstrantin krankenhaushausreif. Sofern er nicht bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages deshalb festgenommen würde, könnte seine Fraktion es zumindest für die Dauer der Legislaturperiode verhindern, dass er dafür zur Verantwortung gezogen würde. Denn nach Art. 55 Absatz 2 Satz 1 der Thüringer Verfassung wäre dafür die Zustimmung des Landtags erforderlich. Dieser Immunitätsschutz offenbart im Lichte einer möglicherweise extremistischen Parlamentsmehrheit einen blinden Fleck. Dieser ließe sich durch ein justiziables Willkürverbot reduzieren, ohne den – auch generell diskutablen – Schutzzweck über Gebühr zu beeinträchtigen.

Dysfunktionaler Anachronismus

Der Schutz der Abgeordnetenimmunität kennt keine sachliche Beschränkung. Er reicht von Beleidigung und Volksverhetzung bis Raub und Mord. Auch laufende Strafverfahren kann der Landtag aussetzen lassen (Art. 55 Abs. 3 Thüringer Verfassung). Das beträfe etwa alle gegen Björn Höcke wegen des Vorwurfs der Volksverhetzung laufenden Verfahren. Solche oder ähnliche Regelungen kennen alle Landesverfassungen sowie das Grundgesetz. Zudem sichern § 152a StPO und § 6 Abs. 2 Nr. 1 EGStPO, dass die Immunität von Landtagsabgeordneten auch für die anderen Bundesländer und den Bund wirksam ist.

Schon lange wird diskutiert, ob die Vorschriften zur Abgeordnetenimmunität anachronistisch sind und reformiert werden sollten (vgl. BVerfGE 104, 310 ff. – Pofalla II, Urt. v. 17.12.2001 – 2 BvE 2/00, Rn. 70 m.w.N.). Das Immunitätsverfahren stammt aus dem Zeitalter der Monarchie und diente dem Zweck, das Parlament zu schützen vor willkürlichen Strafverfahren gegen seine Mitglieder durch eine Exekutive, die ihm gegenüber nicht verantwortlich war. Das ist in einer parlamentarischen Demokratie anders: Die Regierung hängt von der Mehrheit im

Parlament ab. Der Schutzzweck von einst besteht nicht mehr im selben Maße.

Willkürliche Strafverfahren sind trotzdem denkbar. Insbesondere sind in Deutschland die Landesjustizministerien gegenüber den Staatsanwaltschaften der Länder und das Bundesjustizministerium gegenüber der Bundesanwaltschaft weisungsbefugt (§ 146 GVG). Die angewiesenen Staatsanwält*innen sind zwar nicht dazu verpflichtet, Weisungen durchzuführen, durch die sie Strafgesetze verletzen würden (§ 36 Abs. 2 Satz 4 der BeamtStG sowie § 63 Abs. 2 Satz 4 BBG); eine willkürliche Strafverfolgung ist als Verfolgung Unschuldiger strafbar (§ 344 StGB). Faktisch ausgeschlossen sind willkürliche Strafverfahren dadurch aber nicht.

Gegen solche Strafverfahren bietet die parlamentarische Immunität nur einen begrenzten Schutz, weil die zur Aufhebung dieses Schutzes notwendige Parlamentsmehrheit grundsätzlich hinter der Regierung steht. Andere Konstellationen sind zwar denkbar (zum Beispiel Koalitionsregierungen mit in diesem Punkt ausscherendem Koalitionspartner oder eine Minderheitsregierung sowie Ermittlungen auf Länderebene, die sich gegen Bundestagsabgeordnete oder gegen Landtagsabgeordnete eines anderen Bundeslandes richten); die Regel sind sie aber nicht. Eine hohe Disziplin der Regierungsfraktion auch für willkürliche Strafverfolgung wäre jedenfalls dann nicht überraschend, wenn eine extremistische Partei die Parlamentsmehrheit und die Regierung stellt oder kontrolliert. Immerhin können Abgeordnete Entscheidungen über die Aufhebung der Immunität anfechten, wenn sich das Parlament von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten ließ (Leitentscheidung BVerfGE 104, 310 ff. – Pofalla II, Urt. v. 17.12.2001 – 2 BvE 2/00 – Rn. 67 ff.; diese Frage offenlassend dagegen NWVerfG, Beschl. v. 29. Juli 2005 – 8/05 –, Rn. 11, juris). Doch dieser Rechtsschutz greift eben nur sekundär.

Die Regelungen zur Abgeordnetenimmunität erreichen folglich ihren eigentlichen Schutzzweck nicht (mehr) verlässlich und bergen zugleich das Risiko in sich,

dass eine extremistische Parlamentsmehrheit ihre Abgeordneten vor der Verfolgung selbst schwerster Straftaten schützt. Eine Reform liegt entsprechend in doppelter Hinsicht nahe. Der Fokus hier liegt darauf, die Regelungen so anzupassen, dass ein willkürlicher Schutz der Abgeordneten vor Strafverfolgung nicht mehr möglich ist.

Einwände gegen die Reformbedürftigkeit

Gegen die Notwendigkeit einer solchen Reform könnte man einwenden, dass eine extremistische Regierung auch durch entsprechende Weisungen an die Staatsanwaltschaft eine Verfolgung ihrer Abgeordneten (und darüber hinaus von ihren Anhänger*innen) unterbinden könnte. Doch erstens beträfe das nur Verfahren, in denen das Hauptverfahren noch nicht eröffnet bzw. kein Strafbefehl erlassen wurde, denn danach schützt die richterliche Unabhängigkeit den Fortgang des Verfahrens. Zweitens können Staatsanwält*innen rechtswidrige Weisungen zur Einstellung eines Ermittlungsverfahrens verweigern, wenn sie nämlich dadurch z.B. Rechtsbeugung (§ 339 StGB) begingen. Drittens ist es in vielen Fällen möglich, eine Klage und darüber auch einen Antrag zur Aufhebung der Immunität zu erzwingen (§ 172 StPO). Und viertens können weder das Bundesjustizministerium noch die Landesjustizministerien der Staatsanwaltschaft eines (anderen) Bundeslandes Weisungen erteilen.

Ein weiterer Einwand gegen die Lockerung der Abgeordnetenimmunität wäre, dass deren Regelungen verfassungsimmanente Grenzen haben könnten, also von vornherein nicht den hier unterstellten absoluten Geltungsanspruch haben. In der Konstellation etwa, in der die Staatsanwaltschaft einen Mord aus rein politischen Gründen nicht verfolgt, könnte der grundrechtliche Anspruch auf effektive Verfolgung von erheblichen Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter (BVerfG, Beschl. v. 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12 –, Rn. 11) die Gründe für die Abgeordnetenimmunität überwiegen. Rechtssystematisch vergleichbare Erwägungen stellte das Bundesverfassungsgericht etwa zum Indemnitätsschutz an: Art. 46 Abs. 1 Satz 1 GG müsse mit dem gleichrangigen Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gemäß Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz in Einklang gebracht werden (BVerfGE 144, 20 ff. – Verbotungsverfahren gegen die NPD, Urt. v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 569). Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht den oben erwähnten Anspruch darauf, dass sich das Parlament bei der Entschei-

dung über die Aufhebung der Immunität nicht von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt, (bislang) nur zugunsten der Abgeordneten anerkannt, nicht für den umgekehrten Fall. Zudem hat es dabei betont, dass das Parlament auch bei rechtlich einwandfreien Strafverfolgungsmaßnahmen die Genehmigung mit Rücksicht auf seine Belange verweigern kann und es sich dabei um eine in eigener Verantwortung zu treffende Maßnahme im Rahmen der Parlamentsautonomie handelt (Rn. 72 und 81 der oben zitierten Leitentscheidung). Eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer verweigerten Genehmigung herbeizuführen, wäre im Übrigen schwierig, weil das dafür in Betracht kommende Organstreitverfahren regelmäßig am Unwillen der Regierung scheitern wird und eine Klage der Parlamentsminderheit gegen die Mehrheit an der fehlenden Verletzung in eigenen Rechten scheitern könnte.

Willkürverbot als Brücke zwischen Missbrauchsgefahr und Parlamentsschutz

In den Regelungen zur Abgeordnetenimmunität ruht also ein spezifisches Risiko, das nicht vollständig durch einen entsprechend hohen Gegenwert aufgewogen wird. Daraus könnte Unterschiedliches folgen: Die Regelungen zur Abgeordnetenimmunität (nicht zur Indemnität) könnten ersatzlos gestrichen, Abgeordnete also behandelt werden wie alle anderen Menschen auch. Oder die Regelungen könnten modifiziert werden.

Für eine Abschaffung der Abgeordnetenimmunität streitet ein weiterer Gesichtspunkt, auf den Paul Glauben hingewiesen hat (DÖV 2012, 378 ff.): In der Praxis belastet die Immunität die Abgeordneten häufig mehr als sie schützt, weil auf diese Weise der politische Gegner und die Öffentlichkeit auch von Bagatellvorwürfen Kenntnis erlangen sowie von solchen, die die Staatsanwaltschaften in anderen Fällen mit ersten Ermittlungen rasch als haltlos einstufen könnten. Ähnlich [äußerte sich der ehemalige Bundestagspräsident Norbert Lammert](#): Aufgrund der Publizitätswirkung sei das Immunitätsverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung mehr Belastung als Privileg und, wie das Beispiel der Niederlande zeige, in einem demokratischen Rechtsstaat nicht zwingend erforderlich.

Gegen eine vollständige Abschaffung spricht indes, dass die Immunitätsregelungen laut dem Bundesverfassungsgericht vornehmlich das Parlament als Ganzes schützen, indem sie sichern, dass das Parlament jeder-

zeit möglichst vollzählig, also dem Willen des Wahlvolks entsprechend, zusammentreten kann. Der Schutz der Repräsentation gibt den Immunitätsregelungen ein eigenes, vom Interesse der Abgeordneten unabhängiges Gewicht, das gegen das Strafverfolgungsbedürfnis abzuwägen ist. Auch weist das Bundesverfassungsgericht zu Recht darauf hin, dass in einem funktionierenden Rechtsstaat mit integrierter Regierung willkürliche Strafverfahren nicht ausgeschlossen sind. Aus der jüngeren Vergangenheit kommt als Beispiel die [rechtswidrige Durchsuchung von Olaf Scholz' Bundesfinanzministerium in den Sinn](#), die von einem Osnabrücker Staatsanwalt mit CDU-Parteibuch im Vorfeld der Bundestagswahl 2021 ausging.

In diesen Fällen haben die Regelungen zur Abgeordnetenimmunität nach wie vor eine berechtigte Schutzfunktion. Oben wurden auch bereits weitere Konstellationen genannt, in denen eine Regierung ein willkürliches Strafverfahren gegen oppositionelle Abgeordnete betreibt und sich zur Aufhebung von deren Immunität nicht auf die Parlamentsmehrheit stützen kann.

Deswegen sollte der (Landes-/Bundes-) Gesetzgeber die Regelungen zur Abgeordnetenimmunität zwar nicht abschaffen, aber anpassen und das Risiko eines willkürlichen Schutzes der Abgeordneten vor der Verfolgung selbst schwerster Verbrechen reduzieren.

Den sachlichen Anwendungsbereich der Abgeordnetenimmunität zu begrenzen, ist dazu ungeeignet. Nicht sinnvoll wäre es insbesondere, von der Abgeordnetenimmunität bestimmte schwere Straftaten auszuschließen. Denn gerade der (unbegründete) Vorwurf einer solchen schweren Straftat ist besonders dazu geeignet, die Arbeitsfähigkeit des Parlaments zu beeinträchtigen. Für sich genommen nicht weiterhelfen würde es auch, dem Parlament eine „willkürliche“ Entscheidung über den Antrag zur Aufhebung der Immunität sowohl zu seinen Gunsten als auch zu seinen Lasten zu untersagen. Denn wie bereits dargelegt, gäbe es im ersteren Fall zumindest faktisch kein klares Verfahren, in dem diese Voraussetzung überprüft werden könnte.

Notwendig wäre es deshalb, ein klares Willkürverbot zu etablieren und einer Überprüfung zugänglich zu machen. Antragsberechtigt könnte eine Minderheit des Parlaments sein, zum Beispiel ein Drittel der Abgeordneten;

denkbar wäre es auch, den Opfern einer Straftat eine Antragsberechtigung zuzugestehen. Zur Überprüfung allein befugt sein sollten die Verfassungsgerichte der Länder bzw. das Bundesverfassungsgericht. Das wäre auch nicht völlig ungewöhnlich oder gar ein Bruch mit dem Prinzip der Gewaltenteilung und der Autonomie des Parlaments, weil zumindest das Bundesverfassungsgericht bereits die oben erwähnte Willkürkontrolle durchführt.

Darüber hinaus wäre zu überlegen, wie man im Falle einer willkürlichen Verweigerung der Immunitätaufhebung in einem einzelnen Landesparlament auch dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung in den übrigen Bundesländern Rechnung tragen kann. Hierzu könnte – ähnlich wie auch bei der Grundrechtsverwirkung (§ 36 BVerfGG) – den Landesregierungen ein entsprechendes Antragsrecht eingeräumt werden; wenngleich zuzugestehen ist, dass entsprechende Regelungen in den Landesverfassungen ungewöhnlich wären. In Betracht käme auch eine Änderung des § 152a StPO zu dem Zweck, es den Staatsanwaltschaften eines Bundeslands im Falle der willkürlichen Nichtverfolgung von straffälligen Abgeordneten in anderen Bundesländern zu ermöglichen, die Entscheidung über die Nichtaufhebung der Immunität überprüfen zu lassen. Möglich wäre es zudem, die Überprüfung des Willkürverbots bei der Entscheidung über die Aufhebung der Immunität auf bestimmte schwere Straftaten zu begrenzen. Das würde das Repräsentationsprinzip gegenüber dem Legalitätsprinzip stärker gewichten und auch dazu führen, dass es seltener zu Gerichtsverfahren über Fragen der Immunitätaufhebung käme.

Vor dem Hintergrund, dass Mitglieder der AfD möglicherweise bald in mehreren Landtagen die stärkste Fraktion stellen, dass sie [auffällig oft straffällig werden](#) und – in Person von Björn Höcke – Ermittlungen wegen Volksverhetzung als „Justizkeule gegen Dissidenten“ [zu re-framen versuchen](#), erlangt die Debatte um die parlamentarische Immunität eine neue Brisanz. Die hier vorgeschlagenen Anpassungen der Immunitätsregelungen könnten das Risiko eines Missbrauchs durch eine extremistische Mehrheit reduzieren. Sie wären indes in vielen Fällen nichts wert, wenn nicht auch dem Begnadigungsrecht des Ministerpräsidenten Grenzen gezogen würden.

Benjamin Höhne

Weichenstellungen gegen drohenden Demokratieabbau

Die CDU im ostdeutschen Parteiensystem vor einem Umbruch

doi: 10.59704/8973f2babb062582



Das Parteiensystem Deutschlands steht womöglich kurz vor einem Umbruch. Lange Zeit galt es im internationalen Vergleich als außerordentlich stabil. Nun droht bei den im Herbst dieses Jahres in Brandenburg, Sachsen oder Thüringen bevorstehenden Landtagswahlen das parlamentarische Ende von gleich drei systemtragenden Parteien. Mehr noch: In vielen Parlamenten europäischer Staaten [kooperieren konservative oder christdemokratische Parteien mit rechten Parteien](#). Die Spannbreite reicht von verbalen Annäherungen oder einer punktuellen Zusammenarbeit bei Personal- und Sachentscheidungen über die Ausgestaltung von Minderheitsregierungen bis hin zu festen Koalitionen während einer vollen Wahlperiode. [Rechtspopulistische Regierungsbeteiligungen bedeuten zumeist einen Demokratieabbau](#). Doch Deutschland muss sich diesem Trend nicht anschließen. Es können aufeinander abgestimmte parteiensystemische und parteienorganisatorische Weichen gestellt werden. Garant dafür, die extreme Rechte auf Abstand zur Exekutive zu halten, kann die CDU sein.

Die rechtspopulistische Versuchung der CDU

Landesparlamentswahlen sind in besonderer Weise anfällig für angebots- oder nachfrageinduzierte Verschiebungen der Kräfteverhältnisse des Parteienwettbewerbs. Ähnlich wie Europawahlen, die schon im kommenden Juni zusammen mit Kommunalwahlen abgehalten werden, sind sie „[second order elections](#)“, d.h. die Wahlbeteiligung fällt geringer aus als bei Bundestagswahlen und es besteht größere Experimentierfreude bei der Stimmabgabe. Mobilisierungsstarke Parteien, seien es Protestparteien, nicht-etablierte Parteien und/oder extreme Parteien, können von der nachrangigen Bedeutungsbeimessung einer Nebenwahl profitieren.

Davon wird wahrscheinlich auch wieder die AfD profitieren. Wichtig ist deshalb eine klare und belastbare Positionierung der CDU in den ostdeutschen Parteiensyste-

men, die dort aufgrund ihrer Mitgliederstärke, ihres elektoralen Zuspruchs und programmatischen Mitteposition ein „[Gravitätszentrum](#)“ bildet. Zwar lässt sich [mit Blick auf die Mitglieder der CDU bei zentralen politischen Einstellungen](#) eine größere Nähe zu den AfD-Mitgliedern als zu den Mitgliedern von SPD, Bündnisgrünen und erst recht der Linkspartei ausmachen. Zum Teil können auch habituelle Gemeinsamkeiten und thematische Schnittmengen beschrieben werden, die bereits zu [gemeinsamen Abstimmungen in Landtagen und kommunalen Vertretungskörperschaften beigetragen](#) haben. Letzten Endes liegt jedoch eine unüberwindbare Differenz von hoher Tragweite vor, nämlich, dass dem Rechtspopulismus ein antipluralistischer Alleinvertretungsanspruch inneohnt und er im Grunde allen anderen Parteien, gerade auch der CDU, die politische Daseinsberechtigung abschreibt. Bei den Einstellungen der Mitglieder beider Parteien wurde dementsprechend eine [große Systemunterstützung innerhalb der Unionsmitgliedschaft und eine starke Ablehnung innerhalb der AfD-Mitgliedschaft](#) gemessen.

Noch deutlicher wird die Unmöglichkeit einer Zusammenarbeit aufgrund konfligierender Wertvorstellungen zwischen der Union und der AfD, wenn deren innerparteilich erstarkender Rechtsextremismus mit seiner inhärenten Menschen- und Demokratieverachtung in Rechnung gestellt wird. So wurden die AfD-Verbände in Sachsen, Sachsen-Anhalt (beide im vergangenen Jahr) und Thüringen (bereits 2021) von den jeweiligen Verfassungsschutzämtern als „gesichert rechte extremistisch“ eingestuft. Der gesamte Bundesverband der AfD wird beim Bundesamt für Verfassungsschutz intern als „rechtsextremistischer Verdachtsfall“ geführt und könnte schon bald analog zu den drei mitteldeutschen Ländern hochgestuft werden.

Um einem nicht gänzlich ausschließbaren Hineinstolpern eines CDU-Landesverbands in eine Kooperation mit der AfD von vornherein einen Riegel vorzuschieben,

sind drei aufeinander abgestimmte Weichen zu stellen. Die erste betrifft das Parteiensystem. Dabei sind die anderen nicht-populistischen Parteien gefordert, der CDU im Rahmen einer gemeinsamen strategischen Übereinkunft mehr als bisher entgegenzukommen, ggf. auch indem sie eine CDU-geführte Minderheitsregierung tolerieren. Die CDU müsste dafür im Gegenzug versprechen, sich in keinerlei Hinsicht auf den Rechtspopulismus zuzubewegen. Zweitens ist eine koalitionspolitische Flexibilisierung der CDU erforderlich, die eine Zusammenarbeit mit der Linkspartei in Ostdeutschland zulassen würde. Drittens ist in der CDU ein breiter innerparteilicher Klärungsprozess anzustoßen, sodass die ersten beiden Weichenstellungen am Ende von der gesamten Mitgliedschaft mitgetragen würden.

Strategische Parteienübereinkunft und Option einer CDU-geführten Minderheitsregierung

Im öffentlichen Diskurs über den Umgang mit der AfD dominiert der Begriff der „[Brandmauer](#)“. Dieser suggeriert, es brauche nur eine Mauer vor die AfD gestellt werden und alle Probleme würden gelöst. Dies ist mitnichten so. Eine wirksame parteiensystemische Abgrenzung vom Rechtspopulismus und Rechtsextremismus ist viel voraussetzungsvoller. Erforderlich ist eine strategische Übereinkunft der Parteien, die sich zum Prinzip des Pluralismus bekennen. Nach dem Vorbild des belgischen Cordon sanitaire sollten dabei auch Medien Mitverantwortung tragen, etwa indem sie keine Live-Interviews mit rechtspopulistischen Politiker:innen ausstrahlen, um keine Plattform für demokratieunterminierende Agitation zu bieten.

Bisher richtet sich die Aufmerksamkeit beim Umgang mit der AfD vor allem auf die CDU. Sie wird zurecht als [hauptverantwortlich für die Abgrenzung zur AfD angesehen](#). Dabei mangelt es jedoch mitunter an Anerkennung ihrer koalitionspolitischen Flexibilität. Diese stellt die CDU in Zweier- und Dreierkoalitionen unterschiedlicher Konstellation mit der SPD, FDP und den Bündnisgrünen unter Beweis. Faktisch duldet sie in Thüringen mehr oder minder verlässlich sogar eine linke Landesregierung unter Führung der postkommunistischen Linkspartei.

Warum sollte in Thüringen im Rahmen einer strategischen Übereinkunft nicht auch die Linkspartei eine CDU-geführte Minderheitsregierung unterstützen können? Selbst wenn die CDU nach der Partei DIE LINKE

bei der Thüringer Landtagswahl am 1. September 2024 aus dem Rennen ginge, was nicht gerade wahrscheinlich ist, könnte dies eine Option sein. Dann würde von beiden Parteien gleichermaßen viel politisches Entgegenkommen abverlangt werden. Dass nur diejenige Partei die Regierung bilden kann, die bei der Wahl die meisten Stimmen erzielt hat, trifft im parlamentarischen Regierungssystem ohnehin nicht zu. Vielmehr kommt es darauf an, eine Koalition zu bilden, die ausreichend vom Parlament unterstützt wird. Denkbar wäre bei dieser ersten Weichenstellung auch eine Rotation des Ministerpräsidentenpostens zwischen beiden Parteien während der Legislaturperiode, wie sie aus Israel bekannt ist.

Zusammenarbeit der CDU mit der Linkspartei in Ostdeutschland ermöglichen

Die CDU sollte ihren [Unvereinbarkeitsbeschluss](#) gegenüber einer Zusammenarbeit mit der LINKEN aufgeben, zumindest im Osten Deutschlands, wenigstens aber in Thüringen, um ein Maximum an Koalitionsoptionen innerhalb des demokratischen Parteienspektrums zu gewährleisten. Gerade bei den im kommenden Herbst bevorstehenden Landtagswahlen in Thüringen und Sachsen wird es darauf ankommen, dass die dort vermutlich erneut stark abschneidende AfD keine Chance erhält, die jeweilige Landesregierung direkt oder indirekt zu beeinflussen. Hinzukommt wahrscheinlich das Bündnis Sahra Wagenknecht, das die [Mehrheitssuche als populistische Partei noch weiter erschweren](#) würde. Die koalitionspolitische Flexibilisierung der CDU wird im Ansatz schon heute in Thüringen praktiziert. Offiziell hält die Bundes-CDU jedoch (noch) an ihrem Antikommunismus fest, der für die West-CDU unter Konrad Adenauer einst identitätsstiftend war. Trotz des Wegfalls des Feindbildes der Sowjetunion hallt er bis heute nach. Allerdings werden damit Sichtweisen und Stimmen aus dem Osten reflexhaft übertönt oder abgeschnürt, die eigentlich die parteiensystemischen Gegebenheiten der CDU in den ostdeutschen Ländern und die hier dargelegten notwendigen Schlussfolgerungen daraus deutlich machen müssten.

Generell versteht sich die CDU als eine Regierungspartei, die pragmatisch zwischen vorhandenen Optionen abwägen und sich dann für das aus ihrer Sicht „kleinere Übel“ entscheiden kann. Oberstes Parteiziel ist das *office-seeking*. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass von den

Regierungsbeteiligungen der LINKEN in den vergangenen drei Jahrzehnten nirgendwo eine Revolution und damit auch keine Gefahr für die Demokratie ausgegangen ist. Dass man auf der persönlichen Ebene gut mit Vertreter:innen der postkommunistischen Partei zusammenarbeiten kann, werden gerade Unionsmitglieder kaum bestreiten, die [ihrer Partei bereits zu DDR-Zeiten angehört haben](#). Freilich besteht bei einer Zusammenarbeit mit der Linkspartei für die CDU das Risiko, dass sich Teile der Unionsklientel bei zukünftigen Wahlen abwenden könnten. Umso wichtiger sind die kommunikative Geschlossenheit und Überzeugungskraft der Unionsspitze bei dieser Frage.

Schaffung von Akzeptanz innerhalb der CDU

Eine Schlüsselfigur für die beiden skizzierten Weichenstellungen und deren innerparteiliche Akzeptanz ist der Bundesvorsitzende der CDU. Ein als konservativ geltender Parteichef ist derzeit im Grunde die richtige Person dafür, der Union die Richtung zu weisen und sie dabei zusammenzuhalten. Ihm wird man bei der Abgrenzung nach Rechtsaußen wahrscheinlich eher Folge leisten als einer/m Vorsitzenden aus dem Mitte-Flügel. Wurden diesbezüglich Stimmen aus dem ehemaligen Merkel-Lager laut, etwa seitens des CDU-Ministerpräsidenten Daniel Günther aus Schleswig-Holstein, verpufften sie schnell. Im rechten Flügel der CDU leuchtet so manchem Mitglied kaum ein, was gegen eine Kooperation mit der AfD spricht. Zur Illustration kann die „WerteUnion e.V.“ dienen, allerdings längst nicht nur diese.

Der Parteichef und Fraktionsvorsitzende Friedrich Merz weiß um solche Stimmungen innerhalb seiner Partei und hat in den vergangenen Monaten versucht, sie durch rhetorische Annäherungen an rechtspopulistisches Vokabular einzufangen. Dabei verhielt er sich oft nicht geschickt und eindeutig, sondern nahm eigene Aussagen manchmal noch in der Nacht wieder zurück, z.B. [bei der Frage, ob eine Zusammenarbeit mit der AfD in den Kommunen möglich sein sollte oder nicht](#). Seine Unberechenbarkeiten und sein Zickzackkurs haben die CDU verunsichert und seine eigene Position als Parteichef innerparteilich gefährdet.

Dennoch ist ein programmatischer Rechtsschwenk seiner Partei ausgeblieben. Er würde auch das Ende des Anspruchs der CDU, Volkspartei zu sein, bedeuten. Parteientypologisch ähnelt die CDU bis heute dem Mo-

dell einer „Catch-All-Partei“, die auf der Nachfrageseite das Ziel der Stimmenmaximierung verfolgt und auf der Angebotsseite ein breites Themenangebot bereithält. Merz darf nicht der Versuchung unterliegen, aus persönlichen Abgrenzungsbestrebungen zu Angela Merkel oder anderen Motiven, das Programmprofil seiner Partei thematisch zu verengen. Diese Gefahr wird mit Blick auf die jüngste CDU-Wirtschaftsprogrammatik unter der Wortschöpfung „[Freidemokratisierung](#)“ diskutiert. Vielmehr braucht die CDU, thematisch und personell, liberale, christlich-soziale und konservative Aushängeschilder. Für deren Umgang mit der AfD wird entscheidend sein, ob der notwendige innerparteiliche Klärungsprozess unter einer konsequenten Bundesparteführung gelingt, sodass die CDU am Ende eine verlässliche Partnerin im deutschen Cordon sanitaire gegen Rechtsaußen sein kann.

Die Zukunft der Demokratie steht und fällt mit der CDU

Die drei ostdeutschen Landtagswahlen im Herbst 2024 dürfen nicht zu Kipppunkten der Demokratie werden. Eine wie auch immer geartete Zusammenarbeit mit der AfD auf der Regierungsebene kann schlimmstenfalls ein Einfallstor für eine längerfristige demokratische Regression darstellen. Auf eine Entzauberung der AfD durch exekutive Verantwortungsübernahme kann angesichts anhaltender rechtspopulistischer Regierungsbeteiligungen in vielen europäischen Staaten nicht gesetzt werden. Entscheidend für das Fernhalten der AfD von Regierungsämtern ist die CDU. Den Preis dafür braucht die Union aber nicht allein zu zahlen. Wichtig wäre, dass die anderen pluralistischen Parteien Verständnis für eine koalitionspolitische Flexibilisierung der CDU zeigen. Die AfD würde durch den Cordon sanitaire vermutlich noch mehr Wind auf ihre rechtspopulistischen Mühlen erhalten. Deshalb ist immer wieder aufzuzeigen, dass die AfD eben keine „normale“ Partei ist, sondern die Demokratie abbauen möchte. Zum Schutze der demokratischen Errungenschaften in Deutschland, insbesondere des pluralistischen Parteiensystems, der Rechtstaatlichkeit und des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, dürfen und müssen besondere Maßnahmen getroffen werden. Nicht zuletzt ist die entschlossene Abgrenzung gegen Rechtsaußen im ureigensten Daseinsinteresse der CDU, um nicht zu riskieren, vom Rechtspopulismus aufgefressen zu werden.

Zora Machura, Jakob Weickert

Ausfalloption Karlsruhe

Wie das Bundesverfassungsgericht eine funktionsunfähige Landesverfassungsgerichtsbarkeit auffangen könnte

doi: 10.59704/b143d17b24af7f44



Antidemokratische Kräfte erstarken – und mit ihnen die [parlamentarische Obstruktion](#) in Bund und Ländern. Wenn solche Kräfte in den anstehenden Landtagswahlen mehr als ein Drittel oder gar die Mehrheit der Stimmen gewinnen, stellt sich mit Dringlichkeit die Frage, wie die Landesverfassungsgerichte funktionsfähig bleiben können. Eine derzeit diskutierte Möglichkeit besteht darin, die [für das Bundesverfassungsgericht diskutierten](#) Mechanismen auch auf die Landesverfassungsgerichtsbarkeit zu übertragen (dazu auch [Gundling](#) und [Reutter](#)). Eine andere Option wäre es, den Weg zu beschreiten, den das Grundgesetz in Art. 99 GG vorgezeichnet hat: die Organleihe.

Wie die Organleihe funktioniert

In Thüringen wird für die Wahl der Verfassungsrichter:innen eine Zweidrittelmehrheit benötigt (vgl. [Art. 79 III S. 3 ThürVerf.](#) Bis zum Jahr 2029 scheiden [alle neun amtierenden Thüringer Landesverfassungsrichter:innen](#) und sieben ihrer Stellvertreter:innen aus dem Amt aus. Da ein geschäftsführender Verbleib perspektivisch durch die harte Altersobergrenze und weitere Voraussetzungen ([§ 4 ThürVGHG](#)) beschränkt ist, könnte sich dieses Problem in nicht allzu ferner Zukunft zuspitzen (siehe [hier](#)). Schon wenn mehr als ein Drittel der Abgeordneten die Verfassungsrichter:innenwahl konsequent blockieren, könnte das Landesverfassungsgericht personell ausbluten. Dann könnten landesverfassungsrechtliche Streitigkeiten – vom Wahl- und Wahlprüfungsrecht über die Einsetzung parlamentarischer Untersuchungsausschüsse bis hin zur Wahl der Ministerpräsident:innen – kaum mehr entschieden werden. Selbst wenn zunächst genügend Richter:innen geschäftsführend im Amt verbleiben, stellt sich irgendwann die Frage, ob das Recht auf den gesetzlichen Richter ([Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG](#)) ver-

letzt ist.

Nach [Artikel 99 Alt. 1 GG](#) hat das Bundesverfassungsgericht das Recht, über Landesverfassungsstreitigkeiten zu entscheiden, wenn ihm von den Ländern eine solche Befugnis übertragen wurde. Das Land darf dem Bundesverfassungsgericht dabei nur solche Kompetenzen übertragen, die er auch einem Landesverfassungsgericht übertragen kann (siehe [BVerfGE 1, 208](#)). Das Verfahren würde nach den landesrechtlichen Vorschriften vor dem Bundesverfassungsgericht geführt.¹

Zurück zum Beispiel Thüringen: Nach [Art. 80 ThürVerf](#) kann das Landesverfassungsgericht sowohl über landesrechtliche Verfassungsbeschwerden von Bürger:innen und Gemeinden, abstrakte und konkrete Normenkontrollen, Zulässigkeit von Volksbegehren, Verfassungswidrigkeiten von Untersuchungsaufträgen ([Art 64 I ThürVerf](#)) und Anfechtungen der Prüfung der Wirksamkeit der Landeswahl entscheiden. All diese Kompetenzen könnte der Thüringer Landesgesetzgeber an das Bundesverfassungsgericht übertragen. Der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts ist dabei das Landesverfassungsrecht. Es umfasst alle Grundrechte, Grundentscheidungen und Grundsätze, die aus dem Text und Gesamthalt der Landesverfassung ableitbar sind.² Das Grundgesetz kann zwar [durch seine Prinzipien hineinwirken](#), aber das [Landesverfassungsrecht bleibt Landesverfassungsrecht](#). Das bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht als beliehenes Landesverfassungsgericht agiert und der Streitgegenstand stets ein Landesstaatsakt und dessen Vereinbarkeit mit der jeweiligen Landesverfassung sein muss.³

Neben der Verfassungsgerichtsbarkeit hat auch die einfache Landesgerichtsbarkeit eine essenzielle Bedeutung für den Rechtsstaat und den Individualrechtsschutz. Deshalb wäre es wichtig, dass der Landesgesetzgeber nach Art. 99 Alt. 2 GG den Bundesgerichten als Revisi-

¹Detterbeck, GG-Kommentar Sachs, 2021, Art. 99 Rn. 6.

²Meyer, GG-Kommentar Von Münch/Kunig, 2021, Art. 99 Rn. 9.

³Hopfauf, Schmidt-Bleibtreu GG-Kommentar Hofmann, Hennecke, 2022, Art. 99 Rn. 7.

onsinstanz zudem die letztinstanzliche Entscheidungskompetenz bei der Anwendung von einfachem Recht zuweist.⁴ Im Gegensatz zu der Organleihe des Bundesverfassungsgerichts ist das aber nicht die alleinige Entscheidung der Länder. Der Bund darf nicht von seiner vorrangigen Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 1 GG oder Art. 108 VI GG Gebrauch gemacht haben.⁵ So könnten auch Landesrechtssachen, die keine Verfassungsstreitigkeiten sind, an die rechtsstaatlichen, funktionierenden Bundesgerichte gegeben werden.

Schon ein einfaches Landesgesetz könnte die Resilienz erhöhen

Bisher wurde Art. 99 GG in der Geschichte der Bundesrepublik nur in Schleswig-Holstein angewendet, bis das Bundesland 2008 ein eigenes Landesverfassungsgericht einrichtete (früher Art. 44 I LVerf SH, jetzt Art. 51 I LVerf SH). Eine Kompetenzverlagerung für den Fall einer Funktionsunfähigkeit der Landesverfassungsgerichtsbarkeit gab es in der Geschichte des Grundgesetzes noch nie. Dennoch widerspricht der Regelungsvorschlag nicht dem Zweck der Norm: Einerseits gab es den Wunsch einzelner neu gebildeter Länder, in denen ehemaliges einheitliches (z.B. preußisches) Landesrecht noch anwendbar ist, für Fragen aus diesem Rechtsgebiet eine einheitliche letzte Instanz zu schaffen.⁶ Andererseits sollte den Bundesländern der Verzicht auf ein eigenes Verfassungsgericht ermöglicht werden.⁷ Jedoch wurde die Norm explizit nicht auf eine der unterschiedlichen Intentionen beschränkt.⁸

Die Möglichkeit der Organleihe verletzt auch nicht das Prinzip der Bundesstaatlichkeit – das Grundgesetz schafft bei der rechtssprechenden Gewalt explizit „Verbindungswege“ für die sonst grundsätzlich **getrennten und eigenständigen Verfassungsräume** des Bundes und der Länder. So gibt es im Gegensatz zu den USA nicht

nebeneinanderstehende Instanzenzüge von Landes- und Bundesgerichten, sondern Bundesgerichte bilden regelmäßig die letzte Instanz. Entscheidungen eines Landesverfassungsgerichts können Gegenstand einer Bundesverfassungsbeschwerde sein und das Bundesverfassungsgericht kann gem. Art. 98 V S. 3 GG über landesinterne Streitigkeiten in Form der Richteranklage entscheiden, sofern dieses Instrument gem. Art. 98 V S. 1 GG iVm II im jeweiligen Landesrecht besteht.⁹ Darüber hinaus geht die Kompetenzverlagerung gem. Art. 99 GG von den Ländern aus. Dadurch untergräbt sie eine Landesverfassungsgerichtsbarkeit nicht, sondern soll sie gewährleisten, indem sie ihren Ausfall auffängt.

Die Grundlage dafür kann der Landesgesetzgeber nicht nur durch Landesverfassungsrecht, sondern auch durch ein formelles Landesgesetz schaffen.¹⁰ Gerade deshalb sollte der Thüringer Landtag die jetzt noch vorhandenen demokratischen Mehrheitsverhältnisse dazu nutzen, eine solche Verfassungsänderung – oder aber zumindest ein einfaches Gesetz – zur Organleihe auf den Weg zu bringen und damit einen wichtigen rechtsstaatlichen Resilienzmechanismus zu schaffen.

Um den Sorgen einer unnötigen Kompetenzverlagerung weiter entgegenzuwirken, könnte der Gesetzesentwurf auch Sicherheitsklauseln festlegen; etwa die Organleihe erst aktivieren, wenn das Gericht nicht mehr beschlussfähig ist oder es selbst präventiv mit einer qualifizierten Mehrheit die Kompetenzabgabe beschließt.

Organleihe über den Weg des Bundeszwangs?

Doch was ist, wenn die Akteure vor den Landtagswahlen im September nicht mehr rechtzeitig eine Regelung schaffen: Gehen dann die landesverfassungsgerichtlichen Lichter aus?

Sollte ein Bundesland seine Verpflichtungen gegenüber dem Bundesstaat verletzen, sieht das Grundgesetz

⁴Haratsch, GG Sodan, 2018, Art. 99 Rn. 4.

⁵Schulze-Fielitz, GG-Kommentar Dreier, 2018, Art. 99 Rn. 17.

⁶Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-23. Aug. 1948, in: Das GG- Dokumentation seiner Entstehung (Hrsg, Hans Peter Schneider), S.372 Rn. 5.

⁷Walter, GG-Kommentar Düring/Herzog/Scholz, Lfg 96 Nov. 2021, Art. 99 Rn. 2.

⁸Vgl. Meyer, GG-Kommentar Von Münch/Kunig, 2021, Art. 99 Rn. 2.

⁹Burkiczak, Bonner Kommentar GG, Lfg 220 Juli 2023, Art. 99 Rn. 26ff., 38.

¹⁰Schulze-Fielitz, GG-Kommentar Dreier, 2018, Art. 99 Rn. 8; Kment, GG-Kommentar Jarass/Pieroth, 2022, Art. 99 Rn. 1; Fraglich ist dabei, ob dies auch gilt, sollten die einzelnen Landesverfassungen höhere Anforderungen als das GG an die Kompetenzübertragung stellen. In Art 80 V der Thüringer Landesverfassung steht „Das Nähere regelt das Gesetz“ – ob dies die Regelung einer Kompetenzabgabe umfasst, ist unklar.

Schutzmechanismen vor, als schärfstes Schwert den Bundeszwang in Art. 37 GG. Dessen Anwendung, um die Organleihe des Bundesverfassungsgerichtes anzuordnen, wäre ein verfassungsrechtliches Novum und ein bislang nicht einmal diskutierter Ansatz. Die Bundesrepublik stand jedoch auch noch nie vor derartig gravierenden Herausforderungen in Fragen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Es könnte daher geboten sein, den „Knüppel aus dem Sack“¹¹ zu lassen – wenn auch als *ultima ratio*.

Der Bundeszwang sieht vor, dass die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates die „notwendigen Maßnahmen treffen“ kann, um sicherzustellen, dass das Land seine Bundespflichten gem. Art 28 I GG erfüllt. Dazu gehört eine funktionsfähige Landesverfassungsgerichtsbarkeit.

Auch in Landesverfassungen werden elementar wichtige Regelungen getroffen: unter anderem das Wahlrecht, die Einsetzung parlamentarischer Untersuchungsausschüsse und die Wahl der Ministerpräsident*innen.¹² Eine Landesverfassungsordnung – mit für die Demokratie unverzichtbarem Regelungsgehalt – bedarf daher einer funktionsfähigen Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Bundesverfassungsgericht zieht eine Pflicht zur Einrichtung einer Landesverfassungsgerichtsbarkeit auch aus der Vorlagepflicht bei vermuteten Verstößen gegen Landesverfassungsrecht (vgl. Art. 100 I GG; BVerfGE 96, 345 Rn. 79). Dass eine solche Gerichtsbarkeit – nicht nur vorübergehend – nicht handlungsfähig ist, dürfte wohl Teil dieser Pflicht sein.

Möglich wäre, dass die Bundesregierung einen Rechtsakt erlässt, der – zumindest temporär – die Organleihe (Art. 99 GG) anordnet. Gegen den Erlass oder die Änderung eines Landesverfassungsgesetzes wird das Argument der Verfassungsautonomie der Länder in Stellung gebracht (Art. 28 I GG).¹³ Die Länder sollen ihre eigene verfassungsmäßige Ordnung gestalten dürfen. Doch gerade diese Ordnung würde *de facto* außer Kraft gesetzt, wenn es keine funktionierende Gerichtsbarkeit mehr gäbe, um sie durchzusetzen. Würde keine funktionale Verfassungsgerichtsbarkeit bestehen, könnte es

dazu kommen, dass der Bund zahlreiche Aufgaben des Bundeslandes im Wege der Ersatzvornahme wahrnehmen müsste – bis hin zur Besetzung einer Landesregierung. Indem der Bund hier eingreift und eine Gerichtsbarkeit einsetzt, die weiterhin an die Landesverfassung gebunden ist, bewahrt er die verfassungsmäßige Ordnung des Landes mit einem viel weniger intensiven Eingriff in die Verfassungsautonomie. Ein Bundeszwang, der gerade die Einhaltung von Homogenitätsanforderungen der Länder durchsetzen soll, würde leerlaufen, wenn er an der föderalen Zuständigkeit scheitert. Der Bund muss daher auch Landesgesetze und für diesen Fall auch der Landesverfassung gleichstehende Gesetze erlassen können.

Allgemein wird angenommen, die Judikative sei aufgrund ihrer Unabhängigkeit (vgl. Art. 97 GG) von Maßnahmen des Bundeszwang ausgenommen. Jedoch greift auch dieses Argument hier nicht durch, denn die Anordnung einer anderen Gerichtsbarkeit ließe die richterliche Unabhängigkeit in der Entscheidungsfindung unangetastet.¹⁴ Das ist schlüssig, da die Zuweisung einer Entscheidungskompetenz genuin die Aufgabe der Legislative ist.

Es verbleibt der Einwand, dass der Art. 99 GG nach Wortlaut und auch historischem Zweck gerade den Ländern die Möglichkeit zur Kompetenzabtretung geben sollte und nicht den Bund zum Kompetenzannex befugt. Allerdings wäre hier die Kompetenzgrundlage gerade nicht Art. 99 GG, sondern die Bundespflichtverletzung und damit Art. 37 GG ist., der „alle erforderlichen Maßnahmen“ ermöglicht. Die Organleihe ist hierbei unabhängig von Art. 99 GG, als weniger eingreifend in die Verfassungsautonomie des Landes, vorzugswürdig; insbesondere, da das Grundgesetz diese Möglichkeit sogar vorsieht.

Wenn sich eine der Bundespflichtverletzungen (nach Art. 28 I und gegebenenfalls 100 I GG) materialisiert, hat die Bundesregierung die Kompetenz nach Art. 37 GG einzugreifen. Dabei steht ihr jedoch kein Entscheidungsermessen zu.¹⁵ Art. 28 III GG verpflichtet den Bund, die verfassungsmäßige Ordnung der Länder zu gewährlei-

¹¹ Schubert, GG-Kommentar Sachs, 2021, Art. 37 Rn. 3

¹² Beinahe berichtigt mittlerweile Art. 70 III ThLV, Art. 60 SächsVerf, Art 83 BbgVerf.

¹³ Vgl. Klein, GG-Kommentar Düring/Herzog/Scholz, Lfg. 57 Jan. 2010, Art. 37 Rn. 86

¹⁴ Vgl. Bauer, GG-Kommentar Dreier, 2018, Art. 37 GG Rn. 13; klarstellend: Klein, GG-Kommentar Düring/Herzog/Scholz, Lfg. 57 Jan. 2010, Art. 37 Rn. 94.

¹⁵ Vgl. Bauer, GG-Kommentar Dreier, 2018, Art. 37 GG Rn. 13; klarstellend hierzu: Klein, GG-Kommentar Düring/Herzog/Scholz, Lfg. 57 Jan. 2010, Art. 37 Rn. 94.

sten. In der Wahl seiner Maßnahmen ist der Bund frei. Eine Organleihe über den Bundeszwang anzuordnen, dürfte dabei milder sein, als im Bundeszwang direkt die Richterbesetzung am Landesverfassungsgericht zu übernehmen. Der Bund – mithin die Bundesregierung – dürfte nicht nur handeln, er müsste!

Fundamente der Demokratie schützen

Sowohl Landes- als auch Bundesverfassungsgerichtsbarkeit sind Fundamente des Rechtsstaats und einer funktionierenden Demokratie. Mit Blick auf den internationalen Vergleich wird am [Beispiel Polen](#) klar, wie schwer

es ist, die Funktionsfähigkeit und Unabhängigkeit eines Verfassungsgerichts wiederherzustellen, wenn diese einmal verloren ist. Deshalb ist es jetzt vor dem Hintergrund der kommenden Wahlen besonders wichtig, die notwendigen Resilienzmechanismen zu schaffen. Von den eingriffsärmeren Möglichkeiten wie der landesgesetzlichen Organleihe muss Gebrauch gemacht werden – solange diese noch bestehen.

Die Autor:innen bedanken sich für die großzügige Unterstützung von Dr. Ulrich Karpenstein.

Frank Decker

Keine Spielchen mehr mit den verdeckten Stimmzetteln

Warum die Wahl der Ministerpräsidenten in offener Abstimmung erfolgen sollte

doi: 10.59704/82d66ef374f05d30



Viele der Maßnahmen, die jetzt erwogen werden, um sich gegen das Szenario einer schrittweisen Machtübernahme der rechtsextremen AfD zu wappnen, betreffen das Parlamentsrecht. So wichtig und richtig es ist, [den automatischen Zugriff der AfD auf diese Ämter zu beschränken oder Blockademöglichkeiten zu minimieren](#), so merkwürdig bleibt, dass in der Debatte ein Aspekt regelmäßig ausgeklammert bleibt, der die Durchführung der Wahlen betrifft. Gemeint ist die Bestimmung, dass die Abstimmung „mit verdeckten Stimmzetteln“, also geheim, zu erfolgen hat. So ist es für die Wahl der Ministerpräsidenten und Präsidiumsmitglieder in den Geschäftsordnungen der Landtage und des Bundestages geregelt. Acht Bundesländer schreiben die geheime Wahl der Ministerpräsidenten sogar in ihren Verfassungen fest. Neben Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen fallen darunter alle neuen Länder, also auch Brandenburg, Sachsen und Thüringen.

Das freie Mandat braucht zu seinem Schutz nicht die Geheimwahl

Die geheime Wahl des Regierungschefs ist aus demokratischer Sicht nur schwer zu rechtfertigen.¹ Natürlich haben die Abgeordneten stets das Recht, so abzustimmen wie sie wollen – es gilt das freie Mandat (Art. 38 GG). Anders als die meisten Menschen glauben und wie es leider auch in der Literatur teilweise insinuiert wird², bedarf es allerdings nicht der Schutzvorkehrung der geheimen Abstimmung, damit dieses zur Geltung kommt. Wenn das so wäre, müsste ja auch über die Gesetze geheim abge-

stimmt werden. Gerade hier gebietet der – dem demokratischen Prinzip inhärente – Grundsatz der Parlamentsöffentlichkeit (Art. 42 Abs. 1 GG) aber zu Recht eine offene Abstimmung, die auf Antrag sogar namentlich zu erfolgen hat. Auch über die Vertrauensfrage gemäß Art. 68 GG (mit analogen Regelungen in den Ländern) stimmen die Abgeordneten offen ab.

Gegen diese Ansicht wird manchmal das Argument angeführt, dass Personenentscheidungen als „Wahlen“ anders zu betrachten seien als Abstimmungen beziehungsweise Entscheidungen über Sachfragen, weil es bei ihnen um eine persönliche Vertrauensbeziehung zwischen Wählern und Gewählten gehe. Dies mag bei Ämtern wie dem Parlamentspräsidenten, die von ihrem Charakter her überparteilich angelegt sind, vielleicht sogar zutreffen.³

Es verfängt aber aus zwei Gründen nicht bei der Wahl des Regierungschefs. Erstens handelt es sich hier nicht um eine „bloße“ Personalentscheidung, sondern um eine Entscheidung über die Bildung und den Bestand einer Regierung. Als solche stellt sie eine grundsätzliche politische Richtungsentscheidung dar, die die Grundlage aller nachfolgenden Sachentscheidungen schafft. Und zweitens – noch wichtiger – ist die Regierungswahl im parlamentarischen System mit der ihr vorausgehenden Parlamentswahl eng verkoppelt.

Wenn Befürworter der Geheimwahl diese mit dem Schutz des freien Mandates begründen, übersehen sie, dass die Demokratie nicht nur auf der freien Zustimmung der Abgeordneten beruht, sondern auch darauf, dass die-

¹Vgl. Winfried Steffani, Demokratische Offenheit bei der Wahl des Regierungschefs?, in: Jahrbuch für Politik 1, Halbband 1 (1991), S. 25-40.

²Vgl. z.B. Hans H. Klein, Mehr geheime Abstimmungen in den Parlamenten! Ein Vorschlag zur Sicherung des freien Mandats, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 9 (1976) H. 4, S. 81-84.

³Auch Personenwahlen in Parteien sind unter diesem Gesichtspunkten anders zu betrachten. Für die allgemeinen Wahlen gilt das ohnehin. Vgl. Frank Decker, Öffentlichkeit ohne Offenheit? Warum die geheime Wahl der Regierungschefs in den Parlamenten gegen das Demokratieprinzip verstößt, in: Lutz Haarmann / Robert Meyer / Julia Reuschenbach (Hg.), Von der Bonner zur Berliner Republik, Baden-Baden 2018, S. 380 ff.

se als Vertreter einer Partei gewählt werden. Fühlen sich die Parlamentarier dem Wählervotum verpflichtet, können sie sich von den Positionen der Partei deshalb – trotz ihres freien Mandates – nicht nach Belieben entfernen. Nach Belieben heißt, dass sie es dürfen (und vielleicht sogar tun sollten), sofern dafür gute Gründe vorliegen. Ob das der Fall ist, kann man aber nur erkennen, wenn diese Gründe offengelegt werden. „Ein Geheimnis des Vertreters gegenüber seinem Mandanten über die Mandatsausübung ist prinzipiell unverträglich mit dem Begriff des Mandates“ – so hatte es Walter Seuffert, ein SPD-Politiker und Bundesverfassungsrichter, schon in den 1970er-Jahren treffend ausgedrückt.⁴ Werden die Gründe nicht genannt, liegt der Verdacht nahe, dass weniger ehrenhafte Motive, Rachsucht etwa oder gekränkter Ehrgeiz, im Spiel sind und das abweichende Verhalten leiten.

Von Barzel/Brandt bis Ramelow/Kemmerich: Wie die geheime Wahl missbraucht wird

Die Geschichte der Regierungswahlen in der Bundesrepublik hält dafür unzählige Beispiele bereit. Im wohl prominentesten Fall – dem Misstrauensvotum gegen Bundeskanzler Willy Brandt 1972 – stellte sich später heraus, dass die zwei Überläufer, die den CDU-Kandidaten Rainer Barzel den Sieg kosteten, vom DDR-Geheimdienst gekauft worden waren. Ins Gedächtnis eingeprägt hat sich auch die gescheiterte Wahl von Heide Simonis zur Ministerpräsidentin in Schleswig-Holstein 2005, der in vier aufeinanderfolgenden Wahlgängen die jeweils entscheidende Stimme fehlte – jemand aus ihrem eigenen Lager musste sie ihr versagt haben. Etwas anders gelagert war der Fall Andrea Ypsilantis in Hessen 2008. Vier „Abweichler“ hatten sich hier schon im Vorfeld zu erkennen gegeben und deutlich gemacht, warum sie der eigenen Kandidaten bei der Wahl die Zustimmung verweigern würden. Unabhängig davon, ob man ihre Motive teilt, hatten sie also nachvollziehbare Gründe für ihr Verhalten, die sie deshalb nicht unter dem schützenden Mantel der Geheimwahl verbergen wollten.

Auch unterhalb oder jenseits des Scheiterns lädt die geheime Abstimmung regelmäßig zum Missbrauch ein. So gehört es inzwischen schon fast zur Folklore der Regierungswahlen, dass Abgeordnete, die mit einer von ihrer Partei eingegangenen Koalition „hadern“, dem Kan-

didaten für das Amt des Regierungschefs im ersten oder zweiten Wahlgang die Stimme versagen. Um ihren Missmut über die Koalitionsentscheidung ausdrücken, verpassen sie ihm oder ihr den sprichwörtlichen „Denkzettel“. So erhielt zum Beispiel Angela Merkel bei ihrer ersten Wahl zur Bundeskanzlerin 2005 51 Stimmen weniger, als Union und SPD zusammen „kontrollierten“. Ähnlich erging es Kai Wegner vor einem Jahr bei seiner Wahl zum Regierenden Bürgermeister in Berlin. Weil ihm 14 Stimmen aus der eigenen Koalition fehlten, glückte seine Wahl erst im zweiten Wahlgang. Wegners Kollegen Rainer Haseloff, dem Ministerpräsidenten Sachsen-Anhalts, widerfuhr dasselbe Schicksal vorher bereits zweimal – 2021 und 2016. Bei ihm liegt die Vermutung nahe, dass die fehlenden Stimmen vor allem auf das Konto seiner eigenen Parteifreunde gegangen sein dürften, von denen manche ein Zusammengehen mit der AfD lieber gesehen hätten als die tatsächlich geschlossenen Koalitionen mit SPD und Grünen (2016) beziehungsweise SPD und FDP (2021).

In Thüringen hat sich die AfD die Vorteile der geheimen Wahl unter der Regie Björn Höckes selbst zunutze gemacht. Mit dem Kommunalpolitiker Christoph Kindervater schickte sie am 5. Februar 2020 zum ersten Mal bei einer Ministerpräsidentenwahl einen eigenen Kandidaten ins Rennen – in der Hoffnung, dass dieser im Duell mit Amtsinhaber Bodo Ramelow von der Linken nicht nur die eigenen, sondern auch Stimmen aus den Reihen der anderen Parteien bekommen würde, besonders der CDU. Dasselbe Kalkül hatte die rechtsextreme NPD 2004 bereits in Sachsen verfolgt, als sie gegen den zur Wiederwahl antretenden CDU-Ministerpräsidenten Georg Milbradt ebenfalls einen eigenen Kandidaten aufbot. Dieser erhielt tatsächlich zwei zusätzliche Stimmen, bei Kindervater in Thüringen waren es drei, die ihm aber im anschließenden zweiten Wahlgang wieder entzogen wurden. Im dritten Wahlgang hielt die AfD an Kindervater fest. Allerdings kam jetzt mit dem FDP-Mann Thomas Kemmerich ein dritter Kandidat ins Spiel, der eine „bürgerliche Alternative“ zu den Bewerbern der beiden Randparteien bereiten sollte. Dies ermöglichte es der AfD, Union und FDP in eine Falle zu locken. Indem sie ihre Abgeordneten anhielt, statt für den eigenen Kandidaten Kindervater „heimlich“ für Kemmerich zu stimmen, lag dieser in der Abstimmung mit einer Stimme vor Ramelow und war damit zum Ministerpräsidenten gewählt.

⁴Walter Seuffert, Wahlgeheimnis für Dunkelmänner?, in: Die Zeit vom 24. September 1976.

Das anschließende politische Erdbeben muss hier nicht noch einmal rekapituliert werden. Es kostete nicht nur Kemmerich das Amt, der schon nach wenigen Tagen seinen Rücktritt einreichte, sondern auch die CDU-Bundesvorsitzende Annegret Kramp-Karrenbauer. Sie hatte es nicht geschafft, der Thüringer CDU Einhalt zu gebieten, als sich die Risse in der Brandmauer abzeichneten. Nach langem Winden rang sich der CDU-Landesverband schließlich durch, die Wiederwahl von Ramelow durch eine Stimmenthaltung mitzutragen. Die Regierungskrise war damit jedoch noch lange nicht beendet. Indem sich die CDU das Recht vorbehielt, eigene Anträge notfalls auch mithilfe der AfD durchzusetzen, wurde die Zusammenarbeit mit der rot-rot-grünen Minderheitsregierung schwer belastet. Die ursprünglich vereinbarten vorgezogenen Neuwahlen fielen ebenfalls ins Wasser, weil sie die für eine Auflösungsentscheidung notwendigen Stimmen im Landtag nicht garantieren wollte oder konnte.

Auch das Spiel mit der geheimen Wahl ging vor und nach Ramelows Wahl am 4. März 2020 munter weiter. So gab zum Beispiel Alexander Gauland, der Co-Fraktionsvorsitzende der AfD im Bundestag, seinen Kollegen in Thüringen den perfiden Ratschlag, Ramelow einfach mitzuwählen, um diesen selbst zu zwingen, die Annahme der Wahl zu verweigern. Das ging der Fraktion dann doch zu weit. Stattdessen stellte sie den eigenen Vorsitzenden Höcke als Gegenkandidaten auf, der aber im ersten und im zweiten Wahlgang nicht mehr Stimmen erhielt, als es der Fraktionsstärke der AfD entsprach. Die Brandmauer der CDU hatte also trotz ihrer Risse fürs erste gehalten.

Eine offene Wahl verspricht Demokratieerweiterung statt -verkürzung

Ein weiterer Versuch, sie zu erschüttern, lief 15 Monate später ebenfalls ins Leere, als die AfD einen Misstrauensantrag gegen Ramelow einbrachte und gemäß Art. 73 der Landesverfassung vorschlug, Höcke an seiner Stelle zum Ministerpräsidenten zu wählen. Dieser Vorgang ist besonders interessant, weil bei einem genaueren Studium der Geschichte der erfolgreichen und nicht erfolgreichen Misstrauensvoten in der Bundesrepublik (auf Bundes- wie Landesebene) die AfD eigentlich hätte voraussehen müssen, warum ihr Plan nicht aufgeht. Indem nämlich die CDU-Fraktionsführung ihre Abgeordneten vorsorg-

lich darauf verpflichtete, die Abstimmung zu boykottieren, also gar nicht an ihr teilzunehmen, war die Gefahr möglicher Überläufer aus den eigenen Reihen von vornherein gebannt – die AfD stand so am Ende mit ihren 22 Stimmen erneut alleine da.

Dieselbe Strategie hatte der legendäre SPD-Fraktionsvorsitzende Herbert Wehner im Bundestag bereits 1972 verfolgt, um das von der CDU/CSU angestrebte Misstrauensvotum gegen Kanzler Willy Brandt zum Scheitern zu bringen – wie man weiß erfolgreich. Wehner orientierte sich dabei seinerseits an einem noch länger zurückliegenden Fall in der Hamburger Bürgerschaft, wo 1956 ein von der SPD initiiertes Misstrauensvotum durch den Abstimmungsboykott der CDU-Fraktion abgewehrt worden war. Mithilfe des Koalitionspartners FDP wurde die Strategie 1972 sogar noch „verfeinert“: Indem diese eine kleinere Zahl von „sicheren“ Abgeordneten ins Rennen schickte, sollten potenzielle Abweichler auf der Gegenseite vor „Entdeckungsgefahr“ geschützt und zur Stimmabgabe für Brandt ermuntert werden.⁵

Die Thüringer Regierungsparteien haben das Verhalten der CDU zu Recht kritisiert. Abstimmungsboykotte unterminieren das grundgesetzlich verbrieft freie Mandat des Abgeordneten. Dennoch ist die Kritik etwas scheinheilig. Die CDU rechtfertigte ihr Vorgehen damit, dass die Regierungsparteien bei einer vollständigen Teilnahme an der Abstimmung hätten versucht sein können, ihr zusätzliche Höcke-Stimmen „unterzujubeln“, was diese selbstverständlich empört zurückwiesen. Dennoch wäre ihre Kritik glaubwürdiger gewesen, wenn sie die institutionelle Ursache der gegenseitigen, Misstrauen erweckenden Verdächtigungen zumindest mitbedacht hätte, nämlich das Festhalten an der geheimen Stimmabgabe.

Jetzt droht eine Wiederholung der Abstimmungsposen nach den Wahlen im Spätsommer. Die Umfragen signalisieren der AfD beste Chancen, aus diesen als stärkste Kraft hervorzugehen. Damit käme sie gar nicht umhin, bei der Wahl des Ministerpräsidenten im Landtag einen eigenen Kandidaten aufzustellen. Naheliegender- und aus demokratischer Sicht konsequenterweise wären das die jeweiligen Spitzenkandidaten – Höcke in Thüringen, Jörg Urban in Sachsen und Christoph Berndt in Brandenburg – was aber, wie das Beispiel Kindervater zeigt, nicht zwingend ist. Stehen zwei (oder mehr) Kandidaten zur Wahl,

⁵Vgl. Arnulf Baring, *Machtwechsel. Die Ära Brandt-Scheel*, München 1984, S. 411.

sind Boykottstrategien wie bei einem konstruktiven Misstrauensvotum schwerlich möglich. Die AfD kann sich damit einmal mehr Chancen auf Überläufer ausrechnen. Geht dieses Kalkül auf, stünden die um sie herum gebildeten Koalitionen von Beginn an unter einem schlechten Stern. [Das gilt vor allem für Thüringen, wo die Aussicht auf ein durch die Mehrheitsverhältnisse erzwungenes Zusammengehen mit der Linken der CDU schon heute Schweißperlen auf die Stirn treibt.](#)

Welche Auswirkungen es auf die Regierungstabilität hätte, wenn die Regierungswahl statt in geheimer in offener Abstimmung erfolgt, lässt sich schwer voraussagen. Aus demokratischer Sicht bleibt die Abschaffung der Geheimwahl in jedem Falle geboten. Sie ergibt sich aus der Pflicht der Abgeordneten, für ihr Abstimmungsverhalten Rechenschaft abzulegen, die wiederum untrennbar mit ihrer Verantwortlichkeit als Amtsträger verknüpft ist und ein Grundprinzip der repräsentativen Demokratie darstellt.⁶ Rechenschaftslegung setzt jedoch Transparenz voraus, die nur bei offenen Abstimmungen gegeben ist. Das gilt – wie oben gezeigt – auch und gerade für die Wahl des Regierungschefs. Natürlich erfordert es Mut, sich bei einer solchen Wahl gegen die eigene Fraktion zu stellen. Wer von der Fraktionslinie abweicht, geht ein politisches Risiko ein, setzt vielleicht sogar die Karriere aufs Spiel. Bequemer kann und darf es die repräsentative Demokratie, wenn sie sich selbst ernst nimmt, den Abgeordneten aber nicht machen.

Die Reform muss im Einvernehmen der systemtragenden Parteien erfolgen

[Von den repressiven Instrumenten, über deren Einsatz gegen die AfD aktuell diskutiert wird,](#) unterscheidet sich die offene Wahl darin, dass sie die demokratischen Prinzipien nicht verkürzt, sondern erweitert. Darüber hinaus handelt es sich nicht um eine gezielt gegen die AfD gerichtete Maßnahme, wie es bei anderen Anpassungen des

Parlamentsrechts der Fall ist oder wäre – etwa der Umstellung der Alterspräsidentenregelung vom ältesten Geburtsjahr hin zur längsten Parlamentszugehörigkeit.

Geheime Abstimmungen erschweren es der Partei- und Fraktionsführung, auf das Verhalten „ihrer“ Abgeordneten disziplinierend einzuwirken. Da sich der Parlamentarismus in der Bundesrepublik durch eine vergleichsweise stark ausgeprägte Fraktionsdisziplin und -kohäsion auszeichnet, läge ihre Abschaffung von daher eigentlich in ihrem Interesse. Warum ist sie dann nicht schon längst erfolgt? [Die Antwort würde hier zu weit führen.](#) Sie verweist auf Pfadabhängigkeiten der Verfassungsentwicklung in Deutschland, die historisch weit zurückreichen. Vielleicht könnte aber auch der Zufall eine Rolle gespielt haben. Dem einmal nachzugehen, wäre eine größere Untersuchung wert.

Im Bund und in den sieben Ländern, die die geheime Abstimmung lediglich in der Geschäftsordnung regeln, wäre ihre Abschaffung mit einfacher Mehrheit schon heute problemlos möglich. Wichtig ist, dass sie im Einvernehmen der systemtragenden Parteien geschieht, also nicht gegen den Willen der demokratischen Opposition, und dass sie während der Wahlperiode vorgenommen wird, also nicht erst, wenn das „Spiel“ der Koalitions- und Regierungsbildung bereits läuft. Ein einziger Vorreiter würde hier womöglich genügen, um einen Dominoeffekt auszulösen. In den übrigen acht Ländern setzt die Einführung der offenen Wahl eine Verfassungsänderung voraus. In Thüringen, Sachsen und Brandenburg dürfte die dafür notwendige Zweidrittelmehrheit außer Reichweite sein, wenn die AfD bei den Wahlen im September – wie erwartet – eine Sperrminorität erreicht. Umso wichtiger wäre es, die Abschaffung der überkommenen Geheimwahl endlich zum Gegenstand einer ernstgemeinten Reformdebatte zu machen – genauso wie die übrigen parlaments- und wahlrechtlichen Bestimmungen, über die im Kontext der AfD aktuell diskutiert wird.

⁶Zum Amtsprinzip vgl. Peter Graf Kielmansegg, *Das Experiment der Freiheit. Zur gegenwärtigen Lage des demokratischen Verfassungsstaates*, Stuttgart 1988, S. 59.

Julian Seidl

Bar oder mit Karte?

Zur bevorstehenden Einführung der Bezahlkarte im Asylbewerberleistungsrecht

doi: 10.59704/e6f7bb870f8933f7



Seit nunmehr dreißig Jahren zielt der Gesetzgeber mit dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) darauf ab, (vermeintlichen) Pull-Faktoren entgegenzuwirken und existenzsichernde Sozialleistungen für Asylsuchende einzuschränken. Das neueste Kapitel in dieser Entwicklung: die Einführung der sogenannten Bezahlkarte. Letzte Woche hat die Bundesregierung ihre [Meinungsverschiedenheiten beigelegt](#) und sich darauf verständigt, [das AsylbLG anzupassen](#), um einen rechtssicheren Einsatz der Bezahlkarte zu ermöglichen. Bereits Ende Januar hatten [14 der 16 Bundesländer](#) ein gemeinsames Vergabeverfahren für die Bezahlkarte angestoßen. Einige der diskutierten Bezahlkartenmodelle werden den verfassungsrechtlichen Vorgaben allerdings nicht gerecht: Es droht eine Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.

Uneinheitliche Praxis in Pilotprojekten

In verschiedenen Landkreisen und kreisfreien Städten sind bereits entsprechende Pilotprojekte im Gange, die sich in ihrer Ausgestaltung mitunter erheblich unterscheiden. So setzt der thüringische [Landkreis Greiz](#) die Bezahlkarte allein zur Deckung des notwendigen Bedarfs ein und hat im Zuge dessen die Möglichkeit für eine Abhebung des Kartenguthabens sowie für Zahlungen außerhalb des Landkreises ausgeschlossen. Die [Stadt Hamburg](#) erbringt den notwendigen Bedarf in Aufnahmeeinrichtungen weiterhin durch Sachleistungen und setzt die Bezahlkarte lediglich beim notwendigen persönlichen Bedarf ein, wobei Leistungsberechtigten ein abhebbarer Barbetrag von monatlich 50 Euro verbleibt. Die [Stadt Hannover](#) erbringt wiederum die komplette Leistung über eine Bezahlkarte, ohne die Möglichkeit von Bargeldabhebungen einzuschränken.

Grundsätzlich soll die Bezahlkarte überall dort einsetzbar sein, wo entsprechende Debitkarten von VISA bzw. Mastercard akzeptiert werden. Allerdings bestehen vielfältige technische Möglichkeiten für weitere Einschränkungen: Ein [Anbieter von Bezahlkartensyste-](#)

[men](#) wirbt damit, dass die Kommunen flexibel darüber entscheiden können, eine Nutzung der Karte in bestimmten Bereichen auszuschließen oder Bargeldabhebungen über die Karte einzuschränken bzw. gänzlich auszuschließen. Wie so oft gilt: Was technisch möglich ist, muss noch lange nicht rechtlich zulässig sein. Dies nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, den rechtlichen Möglichkeiten für den Einsatz von Bezahlkarten im Existenzsicherungsrecht nachzugehen und auf die aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erwachsenden, verfassungsrechtlichen Grenzen hinzuweisen.

Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Einführung von Bezahlkarten

Das Grundgesetz gibt weder einen Anspruch auf Leistungen in einer exakt bezifferten Höhe noch auf eine bestimmte Form der Leistungserbringung vor. Stattdessen eröffnet es dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Existenzsicherungsrechts einen Gestaltungsspielraum. Er kann deshalb entscheiden, das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zu sichern (Rn. 67).

Doch ist der anzuerkennende Gestaltungsspielraum nicht als Freibrief für den Gesetzgeber zu verstehen. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, den existenznotwendigen Bedarf realitätsgerecht zu erfassen und die Leistung folgerichtig, in einem transparenten und sachgerechten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs zu bemessen (Rn. 69 ff.). Migrationspolitische Erwägungen, die Höhe der Leistungen bewusst niedrig zu halten, um vermeintlichen Zuwanderungsanreizen entgegenzuwirken, können eine Unterdeckung des existenznotwendigen Bedarfs nicht rechtfertigen (Rn. 95).

Ob die geplante Bezahlkarte diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird, hängt maßgeblich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab. Diesbezüglich

zeichnen sich vier Probleme ab.

Bezahlkarten könnten soziokulturelles Existenzminimum unterschreiten

Das grundrechtlich geschützte Existenzminimum umfasst nicht nur die bloße physische Existenz des Menschen, sondern auch die für die Teilhabe am politischen, kulturellen und sozialen Leben unerlässlichen Bedarfe. Dabei sind die physische und die soziokulturelle Seite des Existenzminimums einheitlich zu gewährleisten (Rn. 135; Rn. 64, 94). Diese soziokulturelle Seite des Existenzminimums beziffert das AsylbLG – unter Herausnahme bestimmter Positionen gegenüber dem regulären Sozialhilfeniveau – derzeit auf 204 Euro. Soweit der mit der Bezahlkarte eingeräumte Barbetrag diese Summe unterschreitet, bedarf es tragfähiger Belege dafür, dass Leistungsberechtigte tatsächlich dazu imstande sind, ihre soziokulturellen Bedarfe zu befriedigen: Ein Handyvertrag zur Kommunikation mit Familienangehörigen im Ausland, die Kosten eines Rechtsbeistands, der Mitgliedsbeitrag eines Sportvereins – die soziokulturellen Bedarfslagen sind vielfältig und nicht ohne Weiteres mit einer Bezahlkarte zu decken. Vielmehr ist ein gewisser Barbetrag unabdingbar, um Teilhabe am politischen, kulturellen und sozialen Leben zu ermöglichen. Dem wird das in Hamburg praktizierte Modell mit einem Barbetrag von 50 Euro nicht gerecht.

Sparsam wirtschaften mit Bezahlkarte schwieriger

Weiterhin schränkt die Bezahlkarte Möglichkeiten zum sparsamen Wirtschaften ein, wenn der Großteil des Budgets nur in größeren Geschäften einsetzbar ist, welche Debitkarten als Zahlungsmittel akzeptieren. Die Anschaffung von kostengünstigen Gebrauchtartikeln auf Flohmärkten, in Kleiderläden karitativer Organisationen oder aus Privatverkäufen können Betroffene praktisch nur aus dem knapp bemessenen Barbetrag finanzieren.

Dies erweist sich deshalb als besonders heikel, weil die Bezahlkarte zugleich den Spielraum zum internen Ausgleich verschiedener Bedarfslagen einschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, dass eine pauschal bemessene Regelleistung zur Sicherung des Existenzminimums es ermöglichen muss, individuelle Mehrbedarfe in einer Bedarfskategorie durch Einsparungen bei anderen Bedarfslagen auszugleichen (Rn. 172 und Rn. 117 ff.). Wer etwa einen erhöhten Bedarf an

Telekommunikation hat oder häufiger neue Kleidung benötigt als der statistische Durchschnitt, kann dies bei einer Geldleistung problemlos ausgleichen, indem sie oder er an anderer Stelle weniger Geld ausgibt. Ein solcher Spielraum zum internen Ausgleich war ausschlaggebend dafür, dass [der Senat im Jahr 2014](#) die Regelleistung im SGB II als derzeit noch verfassungsgemäß erachtet hat.

Im Asylbewerberleistungsrecht ist die Regelleistung zur Sicherung des existenznotwendigen Bedarfs nochmals enger bemessen. Eine alleinstehende Person erhält nach dem AsylbLG monatlich knapp hundert Euro weniger als nach dem SGB II. Zur Höhe der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG ist derzeit auch ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig ([hier](#)). Gerade weil die Bedarfssätze im Asylbewerberleistungsrecht so knapp bemessen sind, bleibt ein hinreichender Spielraum zum Ausgleich verschiedener Bedarfslagen unabdingbar, damit Betroffene ihr Existenzminimum auch tatsächlich sichern können. Nicht zuletzt fallen im Bereich des Existenzminimums auch verhältnismäßig kleine Geldbeträge überaus stark ins Gewicht – etwa wenn mit jeder Abhebung des auf der Karte befindlichen Barbetrags Bankgebühren von [zwei Euro](#) oder [ggf. höher](#) einbehalten werden. Eine solche Praxis, die Verwaltungskosten der Karte vom Existenzminimum der Leistungsberechtigten faktisch in Abzug zu bringen, ist nicht haltbar.

Verlust von Autonomie und Gefahr der Diskriminierung

Die Bezahlkarte schränkt zugleich die Autonomie der Leistungsberechtigten ein, da sie nicht in gleicher Weise wie bei einer Geldleistung über die zur Existenzsicherung benötigten Mittel verfügen können. Besonders deutlich wird dies bei dem [gegenwärtig diskutierten Vorschlag](#), den Einsatz der Bezahlkarte zum Kauf von Tabakwaren oder Alkohol mittels technischer Vorkehrungen auszuschließen. Die normative Wertung, Genussmittel nicht zum Existenzminimum zu zählen, ist an und für sich vertretbar. Derartige Ausgabepositionen werden bereits jetzt bei der Berechnung der Regelsätze ausgeklammert mit der Konsequenz, dass Leistungsberechtigte den Konsum von Genussmitteln nur durch Einsparungen in anderen Bedarfskategorien finanzieren können. Problematisch ist aber, dass die Betroffenen nicht frei über ihr Ausgabeverhalten bestimmen und nicht in gleicher Weise am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können wie Personen, die nicht im Leistungsbezug stehen. Das paternalistische Ansinnen, Leistungsempfängern bestimmte Aus-

gabepositionen zu verbieten und sie dadurch zu „besseren“, gesünder lebenden Menschen zu erziehen, ist dem Sozialleistungsrecht fremd. Hingegen ist die Stigmatisierung von Hilfebedürftigen im Existenzsicherungsrecht zu vermeiden. Hierzu hatte das Bundesverwaltungsgericht einst die Maßgabe aufgestellt, dass die Sozialhilfe es Hilfebedürftigen ermöglichen müsse, „in der Umgebung von Nicht-Hilfeempfängern ähnlich wie diese“ zu leben (BVerwGE 36, 256).

Mit der Bezahlkarte einhergehende Diskriminierungseffekte lassen sich zudem als gleichheitsrechtliches Problem begreifen (so auch die [rechtspolitische Kritik](#)). Der Einsatz der Bezahlkarte im Asylbewerberleistungsrecht stellt eine Ungleichbehandlung gegenüber Leistungsberechtigten anderer Grundsicherungssysteme dar, die selbstbestimmt über Geldleistungen verfügen können. Offen ist, ob eine solche Ungleichbehandlung innerhalb des Existenzsicherungsrechts am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat es zumeist abgelehnt, im Bereich des Existenzminimums auf weitere Grundrechte zurückzugreifen, und den allgemeinen Gleichheitssatz bislang nur vereinzelt neben dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums geprüft (Rn. 68 ff.). Eine mit Stigmatisierungsrisiken behaftete Bezahlkartenpraxis böte Anlass, auch hier über eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes nachzudenken.

Räumliche Beschränkungen sind dem Existenzsicherungsrecht fremd

Weiterhin begegnet es verfassungsrechtlichen Bedenken, den Einsatzbereich der Bezahlkarte auf einen bestimmten Landkreis zu beschränken, wie es derzeit bei einem Modellversuch im thüringischen Landkreis Greiz der Fall ist. Zwar mag es aus Sicht der Kommunalpolitik verlockend erscheinen, Kaufkraft innerhalb des jeweiligen Landkreises zu behalten und zugleich etwaigen aufenthaltsrechtlichen Beschränkungen zur Geltung zu verhelpfen. Dem Recht der Existenzsicherung sind diese Ansinnen jedoch fremd.

Das Asylverfahrensrecht sieht eine räumliche Beschränkung des Aufenthalts auf Landkreisebene nur in

den ersten drei Monaten des Aufenthalts bzw. solange vor, wie die betreffende Person der Verpflichtung unterliegt, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§§ 56 Abs. 1, 59a Abs. 1 S. 2 AsylG). Für andere vom Asylbewerberleistungsgesetz erfasste Personengruppen besteht keine vergleichbare räumliche Beschränkung auf Landkreisebene. So ist der Aufenthalt von Geduldeten grundsätzlich nur für die Dauer von drei Monaten auf das Gebiet eines Bundeslandes beschränkt (§ 61 Abs. 1, 1b AufenthG). In diesen Fällen lässt sich bei der Gewährung existenzsichernder Sozialleistungen keine engmaschigere Beschränkung des Aufenthalts etablieren als durch die einschlägigen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen vorgegeben wird. Dies wäre nicht nur paradox, sondern gemessen an der Zielsetzung des Existenzsicherungsrechts auch schlichtweg systemfremd.

Plädoyer für eine verfassungskonforme Umsetzung der Bezahlkarte

Abschließend plädiert dieser Beitrag [einmal mehr](#) dafür, den gegenwärtigen Diskurs um das Asylbewerberleistungsrecht faktenbasiert und im Lichte der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu führen. Für die Annahme, dass Geflüchtete Geldleistungen in großem Stil in ihre Herkunftsländer weiterleiten würden, existieren keine belastbaren Belege (mehr dazu [hier](#)). Die mit der Bezahlkarte einhergehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit und der Verlust von Autonomie sind für die Leistungsberechtigten hingegen real.

Beim Einsatz der Bezahlkarte ist sicherzustellen, dass der gesamte existenznotwendige Bedarf durchgängig gedeckt ist. Dies setzt zum einen voraus, dass hinreichende Möglichkeiten zum Einsatz der Bezahlkarte – auch zur Erfüllung der soziokulturellen Bedarfe – gegeben sind. Zum anderen muss der auf der Karte eingeräumte Barbetrag so bemessen sein, dass den Betroffenen ein interner Ausgleich zwischen verschiedenen Bedarfspositionen auch tatsächlich möglich ist. Weitergehende Restriktionen wie die Sperrung der Bezahlkarte für bestimmte Ausgabepositionen oder die räumliche Beschränkung ihrer Nutzung auf das Gebiet eines Landkreises sind verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Jonathan Schramm

Gefahr einer Versammlung

Schwachstellen im Entwurf des sächsischen Versammlungs(freiheits?)gesetzes

doi: 10.59704/7bdfb1421e341c27



Im Sächsischen Landtag wird aktuell über den [Entwurf eines neuen Versammlungsgesetzes](#)¹ beraten. Das Gesetzgebungsverfahren findet vor dem Hintergrund der Ende diesen Jahres anstehenden Landtagswahl statt. Noch frisch ist die Erinnerung daran, dass das Versammlungsrecht in Sachsen in der Vergangenheit regelmäßig Ort politischer Lagerkämpfe war. Statt für Deeskalation, sorgte der staatliche Umgang mit Demonstrationen, [z.B. nach der Verurteilung von Lina E.](#), eher für eine [Zuspitzung der Lage](#). Damit sollte es vorbei sein. 2019 vereinbarte die sächsische Landesregierung im [Koalitionsvertrag](#), dass Ziel einer Neuregelung neben der Praxisgerechtigkeit und Verständlichkeit der Schutz der Versammlungsfreiheit als „elementare staatliche Aufgabe“ sein sollte (S. 112): Nicht der Blickwinkel der Gefahrenabwehr, sondern der Grundrechte sollte die Erarbeitung leiten.

Entgegen diesem Ziel und dem neuen Namen „zum Schutz der Versammlungsfreiheit“, liegt dem jetzigen Entwurf das Bild der Versammlung als Gefahr und nicht als Mittel des demokratischen Diskurses zugrunde. Stellvertretend dafür stehen die Entgrenzung von Eingriffsbefugnissen, die Erfassung personenbezogener Daten von Ordner:innen, der Bruch mit der Polizeifestigkeit und der erschwerte Rechtsschutz.

Warten bis der Wahlkampf kommt

Der Debatte nicht zuträglich ist, dass der im Kabinett zuständige Innenminister die im [Koalitionsvertrag](#) bis 2021 vorgesehene Novellierung (S. 112) nicht schon früher vorangetrieben hat. Erst Ende Dezember 2023 brachte die Staatsregierung den Entwurf ein ([LT-Drs. 7/15266](#)). Mit Überweisung an die Ausschüsse hat das parlamentarische Verfahren nun begonnen ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)).² Inkraft-

treten soll das Gesetz am 1. September 2024 (§ 33), dem Tag der Landtagswahl. Als Zeitpunkt ist das kein Beruhigungsmittel. Es bleibt zu hoffen, dass die CDU trotz Wahlkampf ebenso wenig einseitig Partei für die Sicherheitsbehörden ergreift, wie SPD und B90/Grüne für die Demonstrierenden.

Nichts Gutes erahnen lässt daher die Aussage des CDU-geführten Staatsministeriums des Inneren, dass „bei der Erarbeitung des Gesetzentwurfs [...] durch eine umfangreiche Beteiligung der zukünftigen Anwender des Gesetzes, d.h. der Versammlungsbehörden und der Polizeidirektionen, versucht werde, den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen“ ([LT-Drs. 7/15266](#), S. 137). Dass die Versammlungsfreiheit und ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung eigentlich (auch) den Bürger:innen dient, fehlt. Nur konsequent ist daher, dass unter den Stellungnahmen zum Entwurf nur zwei von Grundrechtsträger:innen sind, gegenüber sieben von der Grundrechtsausübung betroffenen Interessensvertretungen.

Delegitimation durch sprachliche Ungenauigkeit

Die Voraussetzungen für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind im Entwurf sprachlich ungenau gehalten. Das widerspricht nicht nur dem Bestimmtheitsgebot (vgl. [BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2023 – 3 CN 1.22](#), Rn. 17), sondern macht misstrauisch, welche Fälle mit den Normen (noch) erfasst werden sollen. Dieses *Offenhalten* kommt an unterschiedlichen Stellen zur Anwendung:

Nach dem Wortlaut des *Aufrufens* in § 4 Abs. 1 kann bereits die Person, die in Zukunft eine Versammlung online teilt oder Flyer auslegt, automatisch zur Veranstalterin im Sinne der Norm werden. Wegen der damit verbundenen Folgen, beispielsweise ein Ordnungsgeld bei un-

¹ Soweit nicht anders bezeichnet, sind alle §§ solches des Entwurfs des Gesetzes über den Schutz der Versammlungsfreiheit im Freistaat Sachsen.

² Aufgrund der unterschiedlichen Blickwinkel von Versammlungsrecht (Grundrechtsermöglichung) und Polizeirecht (Gefahrenabwehr) wäre systematisch passender gewesen, dem Ausschuss für Verfassung und Recht, Demokratie, Europa und Gleichstellung und nicht den für Polizeirecht zuständigen Ausschuss für Inneres und Sport mit der Federführung der Beratung zu betrauen – so wie z.B. im [Landtag des Freistaates Bayern](#).

terbliebener Anmeldung nach § 25 Abs. 1 Nr. 11, besteht ein Abschreckungspotential bei eigentlich erwünschtem Verhalten. Das kann und sollte nicht gewollt sein.

Gegendemonstrationen können nicht pauschal verboten werden. Im Widerspruch dazu werden sie vom Verbot in § 8 erfasst, zielen sie doch darauf ab, mit kommunikativen – nicht physischen – Mitteln andere Versammlungen zu *stören*. Es fehlt an einer normativen Begrenzung auf die objektive Verhinderung der Versammlung wie z.B. in § 8 I BayVersG. So viele Ressourcen beim Staat durch Widerspruch mittels Gegendemonstrationen auch gebunden werden, sind sie Teil des vom GG geschützten öffentlichen Meinungskampfes und müssen von Sicherheitsbehörden und Steuerzahler:innen hingenommen werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.06.1991 – 1 BvR 772/90, Rn. 24). Das ist der Preis demokratischen Diskurses.

Auch darüber, was die *wesentlich andere Durchführung einer Veranstaltung* nach § 24 Abs. 3 ist, lässt sich streiten. Spätestens wenn, wie darin vorgesehen, eine Freiheitsstrafe droht, sollte die Norm so bestimmt sein, dass sie nicht schon bei kleinen – von der Veranstalter:in nicht zu kontrollierenden – Abweichungen den Abbruch provoziert.

Für diese beispielhaft genannten unbestimmten Rechtsbegriffe ließen sich Grenzen zwischen zu- und unzulässigen staatlichen Befugnissen durch verfassungskonforme Auslegung vor Gericht wohl finden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, Rn. 78). Rechtsstaatlicher und transparenter für eine juristisch nicht vorgebildete Zivilgesellschaft wären aber Vorschriften, welche Grenz- und Abwägungsfälle schon im Gesetz aufgreifen und verfassungskonform entscheiden. Ferner müssen Grundrechte sonst erst mühsam von ihren Träger:innen unter Einsatz eigener Ressourcen erstritten werden.

Unpraktikable Regelung für Ordner:innen

Der Umgang mit Ordner:innen ist im Entwurf nicht praxisnah ausgestaltet. Veranstalter:innen können Freiwillige bei Versammlungen oft erst vor Ort akquirieren und haben keine Gelegenheit, ihre Identität zu überprüfen. Die Veranstalter:in ist aber nach § 16 Abs. 1 schon bei einem, im Zusammenhang mit der Gefahrenabwehr bislang unbekannten, Besorgen einer Gefahr verpflichtet, Namen und Geburtsdaten an die Polizei zu übermitteln. Der Veranstalter:in droht ein Ordnungsgeld, wenn sie die Perso-

nendaten der Ordner:innen nicht übermitteln kann (§ 25 Abs. 1 Nr. 7). Diese Datenerfassung ist daher gefahrungsabhängig, da sie in der Praxis nur im Vorhinein der Veranstaltung durchführbar ist. Die entstehende präventive Dokumentationspflicht der Veranstalter:in wird die Gewinnung von Ordner:innen in Zukunft erschweren.

Auch die Voraussetzungen für den Zweck hinter der Datensammlung, die Ablehnung von Ordner:innen durch die Polizei, in § 16 sind unkonkret. Vor Ort können Entscheidungen auf dieser Grundlage nicht überprüft werden. Es leuchtet nicht ein, warum die bisherige Regelung, bei einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit als Polizei mittels einer Auflage Personen auszuschließen, nicht ausreicht. Zu begrüßen ist, dass gegenüber dem Referentenentwurf das Einleiten eines Ermittlungsverfahrens – z.B. vom politischen Gegner durch Strafanzeige ausgelöst – für die Ablehnung einer Ordner:in nicht mehr ausreicht. Eine Ablehnung in diesen Fällen darf nun auch nicht auf dem Umweg über die Generalklausel erfolgen.

Schließlich ist nach dem Wortlaut offen, ob die Erfassung der personenbezogenen Daten durch die Polizei nach § 16 Abs. 6 ebenfalls unter dem Vorbehalt des Besorgens einer Gefahr steht oder schon früher möglich ist, als den Veranstalter die Pflicht zur Dokumentation trifft (s.o.). Eine voraussetzungslose Erfassung persönlicher Daten von Ordner:innen durch die Polizei wäre nicht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar.

Bruch mit dem Grundsatz der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts

Besonders zu kritisieren ist der Verweis auf die polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse in § 13 Abs. 1. Der darin liegende Bruch mit dem System aus Polizei- und Versammlungsrecht ist grundsätzlicher Natur. Das Versammlungsrecht ist im Gegensatz zum Polizeirecht nach seiner Konzeption *kein* Gefahrenabwehrrecht, sondern dient der Ermöglichung politischer Partizipation. Dieser Unterscheidung wird durch die unterschiedlichen Eingriffsbefugnisse und Ermächtigungsgrundlagen Rechnung getragen, welche sich gegenseitig ausschließen.

§ 13 Abs. 1 lässt hingegen beide Regelungssysteme nebeneinander zu. Damit negiert man die in Art. 8 GG niedergeschriebene und aus der Funktion als *politisches Druckventil* (Dreier GG/Kaiser GG Art. 8 Rn. 22) folgende

Wesensverschiedenheit der „Gefahr“ Versammlung gegenüber anderen Gefahren des Polizeirechts. In Fortführung dieser grundgesetzlich geforderten Unterscheidung sollte nur § 13 Abs. 2 bleiben, der die polizeirechtliche Anwendbarkeit auf nicht-versammlungsspezifische Gefahren begrenzt.

Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses beim gerichtlichen Rechtsschutz

Durch § 28 haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verbote keine aufschiebende Wirkung mehr. Eine Versammlung bleibt verboten, solange Gericht oder Behörde über die Rechtsschutzanträge nicht entschieden haben. Der Entwurf enthält keine Begründung, warum das Regel-Ausnahme-Verhältnis nach § 80 Abs. 1 VwGO umgedreht wird, ohne dass andere Gesetze wie das kürzlich neugefasste [Versammlungsgesetz NRW](#) oder das teilweise noch fortgeltende [Versammlungsgesetz des Bundes](#) dies für notwendig erachten.

Aus ihrer Begründungspflicht nach § 80 Abs. 3 VwGO, warum eine sofortige Vollziehbarkeit nötig ist, wird die Behörde pauschal entlassen. Die Begründungslast, warum das nicht so ist, wird systemwidrig vom Staat auf die Grundrechtsträger:in verschoben.

[Parallel zu den versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügungen](#) lässt sich hier eine Entwicklung beobachten, welche dem Staat auf Kosten der Grundrechte Arbeit erspart. In einem Rechtsstaat ist es immer problematisch, ressourcenorientiert zu argumentieren. Grundrechtsausübung ist aus staatlicher Perspektive immer anstrengend. Das Leerlaufen des Rechtsschutzmechanismus wird dadurch verstärkt, dass bis zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 VwGO) die Teilnahme an einer Versammlung nach § 25 Abs. 2 Nr. 1 ordnungswidrig ist. Das Aufrufen ist nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 sogar strafbewehrt.

Der Entwurf enthält weitere Vorschriften, welche die Ausübung des Versammlungsrechts erschweren. Beispielfähig dafür steht, dass in Zukunft das Wochenende und Feiertage bei der Frist der Anzeige einer Versammlung nach § 14 Abs. 1 nicht mitgerechnet werden. Auch

telefonische Anzeigen entfallen. Da Versammlungen oft von Personen in ihrer Freizeit, also an Wochenenden und Feiertagen, geplant werden, wird die Organisation strukturell erschwert.

Versammlungsfreiheit als Vorsorge

Dieser Beitrag wirft nur ein Schlaglicht auf einzelne Vorschriften des Entwurfs. Bereits dabei fällt auf, dass die Betonung des Gefährdungsaspekts gegenüber dem Partizipationsaspekt von Versammlungen zunimmt. Wie [an anderer Stelle](#) dargelegt, erfüllen Versammlungen in aufgeheizten Debatten aber auch eine wichtige *Abflussfunktion*. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts können sie dem „Bewußtsein politischer Ohnmacht und gefährlichen Tendenzen zur Staatsverdrossenheit entgegen[wirken]“ ([BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81](#), Rn. 66). Die auf die Enthüllungen des Correctiv-Netzwerks folgenden Versammlungen der letzten Wochen zeigen, wie sehr eine demokratische Öffentlichkeit, ihre demokratieschützende Selbstvergewisserung und nicht zuletzt die unmittelbare Einwirkung auf die Politik vom Mittel der Versammlung leben.

Die unbestritten damit einhergehenden Herausforderungen für Staat und Veranstalter:innen sowie Gefahren für Grundrechte Dritter sollten diese Vorteile unabhängig vom Inhalt nicht verdrängen. Um dem Ziel aus dem [Koalitionsvertrag](#), die „größtmögliche Wirksamkeit des Rechts auf politische Teilhabe“ (S. 112), ebenso wie Art. 8 GG gerecht zu werden, sollte das deeskalierende Potential im sächsischen [Versammlungsfreiheitsgesetz](#) ebenso Niederschlag finden wie versammlungsspezifische Gefahren.

Alle Parteien des demokratischen Spektrums sind aufgerufen, den Freiraum Versammlung im Sinne einer wehrhaften Demokratie offen zu halten – auch mit Blick auf zukünftige Entwicklungen. In einem abstrus anmutenden Antrag fordert die [in Umfragen bei bis zu 35 % stehende](#) sogenannte „Alternative“ in Sachsen unter Verweis auf einen Aufsatz von 1926, die Versammlungsfreiheit für Nichtdeutsche gleich ganz abzuschaffen ([LT-Drs. 7/15229](#)). Das deutet an, wohin die Reise aus ihrer Sicht gehen soll. Dem sollte nicht heute schon der Weg geebnet werden.

Simon Pschorr

Memo an die Montagehalle

Zum Referentenentwurf einer Reform des WissZeitVG und verfassungskonformen Alternativen

doi: 10.59704/735333c33ad091f5



Fast ein Jahr ist es her, dass das [Eckpunktepapier](#) zur Reform des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG) veröffentlicht und zu Recht [scharf kritisiert](#) wurde. Nun [bestätigte](#) ein Sprecher des BMBF, man beabsichtige, den [Referentenentwurf einer Reform des WissZeitVG vom 6.6.2023](#) zeitnah im Kabinett zu beschließen und das parlamentarische Verfahren zu initiieren. Als [wahrscheinlicher Termin](#) wird der 27.3.2024 gehandelt. Laut Bundeswissenschaftsministerin Stark-Watzinger habe man sich [innerhalb der Bundesregierung erfolgreich verständigt](#), doch scheint diese Tatsache selbst im eigenen Ministerium nicht [unbestritten](#). Streit herrscht nicht nur im Ministerium: Politiker*innen der Ampel sind zu Recht unzufrieden. Der Referentenentwurf ist nicht geeignet, das Wissenschaftsbefristungsrecht auf verfassungs- und europarechtlich tragfähige Beine zu stellen und lässt dabei die Gelegenheit aus, die Tarifparteien für eine zukunftsfähige Wissenschaftslandschaft in die Pflicht zu nehmen.

Der politische Ruf nach Überarbeitung

Jedenfalls von einer Einigung innerhalb der Ampel-Koalition kann nicht gesprochen werden: Carolin Wagner (SPD) und Laura Kraft (Grüne) markierten umgehend [dringenden Bedarf, die Reformvorschläge zur Postdoc-Phase](#) zu überarbeiten. Denn Hauptkritikpunkt am Eckpunktepapier war damals, dass eine sachgrundlose Befristungsmöglichkeit von drei Jahren in der PostDoc-Phase keinen Anreiz bieten werde, unbefristete Stellen neben der Professur zu schaffen, also nur der Druck auf die Beschäftigten erhöht werde. Nach Auffassung der Parlamentarier*innen drohe diese Gefahr erst recht für die im Referentenentwurf vorgesehenen vier Jahre Höchstbefristungsdauer.

Mit dieser Einschätzung sind sie nicht allein. Sowohl die [Gewerkschaften](#) als auch [Vertreter*innen des akademischen Mittelbaus](#) wie der [Professor*innen für Hanna](#) forderten signifikante Veränderungen. Andernfalls droh-

ten sich die [Arbeitsbedingungen](#) weiter zu verschlechtern und [die hochqualifizierte Zukunft des Wissenschaftsstandorts Deutschland](#) abzuwandern.

Dass der Referentenentwurf auf dieser Grundlage ohne Änderungen in das parlamentarische Verfahren eingebracht werden soll, überrascht in zweierlei Hinsicht: Nach dem Scheitern des Eckpunktepapiers war aus dem BMBF zu vernehmen, man strebe eine [neue geteilte Vision](#) an. Ein Entwurf, der von nahezu allen [angehörten Fachverbänden](#) vehement abgelehnt wird, erfüllt diesen Anspruch evident nicht. Zugleich verletzt der Vorgang eine interne Vorgabe der Ampel-Koalition, die sie sich als Lehre aus dem Gebäudeenergiegesetz-Debakel gegeben hat: [keine ungeeinten Gesetzesvorhaben ins Parlament zu geben](#).

Der verfassungsrechtliche Ruf nach Überarbeitung

Warum die Bundesregierung gerade für diesen Reformentwurf bereit ist, mit eigenen Vorsätzen zu brechen, bleibt angesichts der gravierenden Abweichungen der Neukonzeption des Wissenschaftsbefristungsrechts von den Zielsetzungen im Koalitionsvertrag ([Neue Richter 2023, S. 2 ff.](#)) fraglich. Diese Diskrepanz lässt durchblicken, dass die Reform die [verfassungs- und europarechtlich gebotene Senkung der Befristungsquote in der Wissenschaft](#) nicht anstrebt. Zwar ist Sonderbefristungsrecht zur Qualifizierung von Akademiker*innen nach dem Studienabschluss dem Grunde nach zulässig, doch muss ein eindeutiger Zusammenhang zwischen dem Befristungsgrund Qualifizierung und der Vertragslaufzeit sichergestellt werden, wozu das WissZeitVG bisher nicht imstande ist. Eine im Sinne des *effet utile*-Grundsatzes effektive Umsetzung der Befristungsrahmenrichtlinie ist nur gewährleistet, wenn das unbefristete Arbeitsverhältnis auch in der Wissenschaft wieder das Normalarbeitsverhältnis wird. Dazu müssen strukturierte Karrierewege hin zur unbefristeten Beschäftigung auch im akademischen Mittelbau etabliert werden. Der Referentenent-

wurf kehrt auch für die Phase nach der Promotion nicht vom [Prinzip sachgrundloser Befristung](#) ab. Die vorgesehene Höchstbefristungsdauer von bis zu vier Jahren ohne weitere sachliche Begrenzung, insbesondere ohne den ausgeferten Qualifizierungsbegriff des Bundesarbeitsgerichts einzuhegen, wird weiteren Befristungsmisbrauch an deutschen Hochschulen und Forschungseinrichtungen nicht verhindern. Der Zeitraum ist zu lang, um Druck auf die Arbeitgeber auszuüben, unbefristete Stellen zu schaffen (so schon [hier](#) und [hier](#)). Zugleich wird die Verkürzung der Höchstbefristungsdauer von bisher sechs auf vier Jahre [den Leistungsdruck erhöhen](#), dem PostDocs schon heute ausgesetzt sind – ohne dass sie dabei ein [klar erkennbares Leistungsziel verfolgen können](#), das ihnen einen unbefristeten Arbeitsvertrag als [Krönung eines strukturierten Karrierewegs](#) sichert. Es ist zu erwarten, dass die in § 2 Abs. 1a WissZeitVG-E normierte Anschlusszusage ins Leere laufen wird, weil die Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen keine unbefristeten Stellen schaffen, sondern das Arbeitsaufkommen weiter mit vier Jahre lang sachgrundlos befristeten PostDocs abdecken werden. Nachdem in zwei Jahren keine wesentlichen akademischen (Publikations-)Leistungen erwartet werden können, ist § 2 Abs. 1a WissZeitVG-E als Instrument zur Selektion langfristig für die Wissenschaft geeigneter Beschäftigter ersichtlich ungeeignet ([Neue Richter 2023, S. 7 ff.](#)). Unterm Strich: Der Referentenentwurf lässt keine Neuerungen erwarten, die geeignet wären, verfassungskonforme Beschäftigungsbedingungen in der deutschen Wissenschaft zu schaffen.

Der Ruf nach den Tarifparteien

Wo politischer Raum für Änderungen im parlamentarischen Verfahren besteht, deutet das [Zuleitungsschreiben](#) des BMBF an das Kabinett an: Denkbar wäre, die Tarifsperrung des § 1 Abs. 1 S. 2, 3 WissZeitVG teilweise aufzuweichen. Der Referentenentwurf sieht bisher nur geringfügige Regelungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien vor ([Neue Richter 2023, S. 13](#)). Im aktuellen Klima scheint eine tarifautonome Bestimmung der zulässigen Höchstbefristungsdauer in der PostDoc-Phase jedoch politisch möglich. Sofern den Tarifparteien allerdings auch insoweit nur eine marginale Regelungsmacht (etwa die Verlängerung oder Absenkung der Höchstbefristungsdauer um ein Jahr, wie bei der Mindestdauer von Erstverträgen) eingeräumt wird, ist keine wesentliche Besserung zu erwarten. Die Gewerkschaften werden kaum willens und in

der Lage sein, Beschäftigte für den Arbeitskampf zu gewinnen, wenn sich dadurch ihre Arbeitsbedingungen erwartbar weiter verschlechtern ([drei Jahre](#)) oder der Arbeitgeberseite weitergehende Befugnisse zur Befristung eingeräumt werden sollen ([fünf Jahre](#)). Will der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien die Regelungsmacht zurückgeben, die ihnen § 1 Abs. 1 S. 2, 3 WissZeitVG in Abweichung vom Regelfall des Arbeitsrechts als Mindestarbeitnehmerschutz nimmt, dann sollte er sie umfassend rücküberantworten. Nur dann sind die Tarifvertragsparteien in der Lage, einen umfassenden Kompromiss hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen zu schmieden.

Die Tarifvertragsparteien könnten dazu nicht nur an der Schraube der Höchstbefristungsdauer drehen. Vielmehr könnten sie auch Zeitdauer und Modalitäten der Anschlusszusage bestimmen. Die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft hat mit dem [Dresdner Entwurf eines Wissenschaftsentfristungsgesetzes](#) bereits einen Vorschlag vorgelegt. Weiterhin wäre denkbar, dass die Tarifvertragsparteien eine Befristungshöchstquote festsetzen ([Neue Richter 2023, S. 19](#)). Dieses auch nach Auffassung des [Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages verfassungskonforme](#) Instrument verhinderte den Missbrauch von sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten, die zur [Orientierung vorgesehen sind und den Übergang auf den allgemeinen Arbeitsmarkt](#) erleichtern sollen. Die Quote ließe sich schrittweise anpassen und könnte damit einen bruchlosen Übergang vom aktuellen unsicheren Terrain zu einer beschäftigtenfreundlichen Wissenschaftslandschaft sicherstellen.

Der Vorzug einer tarifvertraglichen Regelung ist: Die sachnahen Tarifpartner könnten einfacher als der Gesetzgeber differenzierte Regelungen für verschiedene Fachgebiete treffen und damit unterschiedlichen Fächerkulturen Rechnung tragen. Denkbar wäre etwa, die Laufzeit der Entwicklungsphase der Anschlusszusage mit konkreten Leistungszielen nur in denjenigen Fachgebieten zu verlängern, die noch heute die Habilitation zur Berufung auf eine Professur voraussetzen ([Neue Richter 2023, S. 8](#)). Darüber hinaus wäre es so möglich, Befristungshöchstquoten nicht nur für den Arbeitgeber (regelmäßig die Länder), sondern zielgenau für einzelne Hochschulen und Forschungseinrichtungen festzusetzen. So können schließlich auch strukturelle Unterschiede zwischen außeruniversitären und universitären Forschungseinrichtungen adressiert werden.

Damit die Tarifvertragsparteien für eine faktische Absenkung der europarechtswidrig hohen Befristungsquote von **mindestens 85 %** der PostDocs bis 42 Jahren in der deutschen Wissenschaft sorgen können, muss ihnen jedoch nicht nur die notwendige Regelungskompetenz zurückgegeben werden. Die Gewerkschaften müssen auch ihre Kampffähigkeit beweisen. Hier beißt sich die Katze in den Schwanz: Ist ein Arbeitsmarkt von atypischer, besonders befristeter Beschäftigung geprägt, **sinkt der Organisationsgrad signifikant**. Hochgebildete sind tendenziell **seltener Gewerkschaftsmitglieder**. Im Bereich der Wissenschaft schränkt das Wissenschaftszeitrecht schließlich die tarifvertraglichen Regelungsmöglichkeiten (bisher) derart signifikant ein, dass ein Streik um wesentliche Kampfziele der Arbeitnehmer*innen ausgeschlossen

ist. Welche Arbeitnehmer*innen riskieren ihre berufliche und wissenschaftliche Zukunft schon für Nebensächlichkeiten?

In Großbritannien beweist die Gewerkschaft **UCU seit 2018**, dass bessere Beschäftigungsbedingungen durch Arbeitskampf möglich sind. Die **Absolutzahl unbefristeter Beschäftigter** steigt dort an den **meisten Hochschulen** kontinuierlich, während die Befristungsquote sinkt. Die Öffnung der Tarifsperre des § 1 Abs. 1 S. 2, 3 WissZeitVG könnte auch den deutschen Gewerkschaften den nötigen Rückenwind verleihen, um als ernstzunehmende Verhandlungspartner mit der Tarifgemeinschaft deutscher Länder um eine zukunftsfähige deutsche Wissenschaftslandschaft zu ringen.

Karin de Vries

The ECtHR Advances the Battle against Racial Profiling in *Wa Baile c. Suisse*

doi: 10.59704/e2e03cbab0129a6e



On 20 February 2024, the European Court of Human Rights (hereafter ECtHR or the Court) decided in the case of *Wa Baile c. Suisse* (in French only) on racial profiling. This blog argues that the judgment represents a cautious step forward in the fight against racial profiling and repairs some shortcomings of earlier case law. The ECtHR critically scrutinises procedures at the national level but does not stop there. It holds that Switzerland violated both the procedural and substantive aspects of Article 14 in combination with Article 8 ECHR. Regarding the substantive violation, the ECtHR reverses the burden of proof and accepts that both the lack of an adequate preventive framework and reports by international human rights bodies and NGOs contribute to establishing a presumption of discrimination. In doing so, it shows itself aware of the nature of racial profiling as a form of structural discrimination. This blog post briefly discusses the notion of racial profiling and its prevalence in Europe before analysing the emerging line of ECtHR case law on the topic and its elaboration in *Wa Baile c. Suisse*.

Racial profiling in Europe

Racial profiling (also referred to as ethnic profiling) involves the use of racialised characteristics –including skin colour but also nationality, surname or place of birth – to categorise and select people for the purpose of law enforcement. The EU Fundamental Rights Agency (FRA) [distinguishes](#) between *reactive profiling*, with the purpose of identifying a specific individual upon suspicion of a crime that has already been committed, and *predictive profiling*, whereby personal characteristics are used to make assumptions about who will display unlawful behaviour. The harm of reactive racial profiling is poignantly illustrated by the Netflix series “When they see us”, which shows how the lives of five young men in the United States are wrecked after they are falsely identified as suspects of rape and assault based on the colour of their skin (a [film](#) and [opera](#) were also made about the case). Me-

anwhile, predictive racial profiling relies on general correlations that relate racialised features to certain forms of unlawful behaviour. Even when such correlations are statistically correct and not inferred from already biased data, it remains the case that they provide information about groups rather than specific individuals within those groups. Consequently, predictive racial profiling involves selecting people for controls who, because of their skin colour, surname or nationality, are considered more likely to engage in unlawful conduct. Such profiling stigmatises those affected and is likely to reinforce stereotypes and subsequent discrimination against racialised groups.

Racial profiling is a persistent problem in the Council of Europe as [noted](#) by the CoE Commissioner for Human Rights in 2019. The most recent [FRA report](#) on the topic shows that more than half the people of African descent who were stopped by police in 2022 believed this to be because of discriminatory racial profiling. Besides policing, racial profiling by public authorities is known to occur in other contexts, including border controls and the detection of welfare fraud (for an example of the harm this can lead to, see the [Dutch childcare benefits scandal](#)). Technological developments of the past ten to fifteen years have resulted in increased use of profiling in general as well as algorithmic profiling, whereby correlations are inferred from large datasets in automated processes ([FRA 2018](#)).

Racial profiling in Strasbourg: the ECtHR steps in

Given the prevalence of racial profiling in the Council of Europe and its discriminatory effects on racialised groups, it is not surprising that the issue has come before the ECtHR. After briefly touching upon the matter in *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* (para 85), the Court used the term “ethnic profiling” for the first time in *Lingurar v. Romania*, concerning a violent police raid on a Roma community. In that case, the raid, as well as the use of force against the applicants, were motivated by

the stereotypical perception of Roma as a group prone to criminal and anti-social behaviour. This led the ECtHR to find that: “The authorities automatically connected ethnicity to criminal behaviour, thus their ethnic profiling of the applicants was discriminatory” (para 76).

While the responsible actors in *Lingurar* openly used racial criteria to justify the deployment of police powers, this was not so in the twin cases *Basu v. Germany* and *Muhammad v. Spain*, decided a few years later. Like Mr Wa Baile, the applicants alleged having been controlled by police because of their foreign origin, which was denied by the respondent States. In *Basu* and *Muhammad*, the ECtHR established that racial profiling can fall within the scope of Articles 14 and 8 ECHR, notwithstanding that it did not result in a subsequent interference with the mental or physical integrity of the applicant. Even an identity check, without any further consequences, can come within the ambit of the right to private life if “the person concerned has an arguable claim that he or she may have been targeted on account of specific physical or ethnic characteristics” (*Basu*, para 25).

However, the majority of judges in *Basu* and *Muhammad* did not follow up on their initial openness towards addressing racial profiling when it came to assessing the available evidence. As a result, the Court did not find a substantive violation of the prohibition of discrimination in either case, although in *Basu* it held that the German authorities had failed to effectively investigate the applicant’s claim. When assessing cases under Article 14 ECHR, the ECtHR commonly applies a reversal of the burden of proof. Under this doctrine, it suffices for the applicant to adduce evidence of a difference in treatment. This then creates a presumption of discrimination, causing the burden of proof to shift to the respondent government to show that the difference was justified (for example, *Fábián v. Hungary*, para 116). Yet, in *Basu* and *Muhammad*, the Court failed to establish a presumption of discrimination capable of shifting the burden of proof to the respondent States.

This reticence was criticised both within the Court (see the (partly) dissenting opinions of Judge Pavli in *Basu* and Judges Zünd and Krenč in *Muhammad*) and in academic commentaries (for example, [here](#) and [here](#)). According to Judge Pavli, the fact that the national authorities had done too little to ascertain the facts surrounding the check performed on Mr Basu should have led to a presumption of racial profiling. In *Muhammad*, the ECtHR

disregarded the evidence provided by the applicant, consisting of statistical expert reports, news articles and reports by human rights bodies and NGOs, to show that racial profiling by police was widespread in Spain. The explanation provided by the Court was that “its sole concern in the case at hand is to ascertain whether the fact that the applicant was required to identify himself [...] was motivated by racism” (para 100). The applicant was thus effectively required to prove racist intent on the part of the police officers who stopped him. Such a burden of proof is not only very difficult to meet but also denies the structural nature of the discrimination involved in racial profiling, which results from widespread stereotypes embedded in laws, procedures and patterns of behaviour, that produce conscious as well as unconscious bias ([Glaser 2015](#)).

Wa Baile: towards more robust protection against racial profiling

Turning now to the judgment in *Wa Baile c. Suisse*, there is no doubt that the Court has paid heed to the above criticism. The facts of the case resemble those in *Basu* and *Muhammad*. The applicant was stopped for an identity check at Zürich station one morning on his way to work. He refused to identify himself and was taken apart and searched until the police eventually found his ID card and let him go. He was, however, served a fine for failing to comply with police orders, which he contested, stating that the decision to stop him had been based on racial profiling. This was denied by the police, who claimed that the applicant had behaved suspiciously by turning away his eyes when he encountered the police at the station and that he had been stopped on the suspicion that he was unlawfully resident in Switzerland.

The applicant appealed the fine before the criminal court and instituted administrative procedures to have the identity check declared unlawful. The criminal courts, acknowledging that the basis for the control was “fragile”, nevertheless held that the facts as established did not reveal a discriminatory motive on the part of the police. In the courts’ view, it had to be taken into account that police officers conducting identity checks had very little time to decide whether or not to stop someone and that Zürich station was a place where controls to detect unlawful residence could be expected. Given that unlawful residence does not manifest itself through clearly visible

signs, the court found that the standard for the justification of controls should not be set too high. By contrast, the administrative court upheld the applicant's claim, stating that the identity check had not been based on sufficient reasons and was therefore unlawful. However, it did not establish that the applicant had been subject to racial profiling. The applicant's request to explicitly declare a violation of his rights under Articles 14 and 8 ECHR was found to lack sufficient interest, as it would not change the already existing finding of unlawfulness.

The obligation to investigate racist motive

The ECtHR confirms that the national authorities violated their procedural obligation under Article 14 ECHR, read together with Article 8, to effectively investigate the applicant's claim of racial profiling. At first sight, this finding does not add anything to the judgment in *Basu*. It is noteworthy, however, that the violation in *Basu* occurred because the investigation had not been conducted by an independent body. In *Wa Baile*, the ground for the violation is more substantial: although the applicant's claim had been treated by a variety of instances, administrative and judicial, all of them failed to address the question of whether the identity check and the subsequent search had been based on racial criteria. What stands out is the Court's denunciation of Swiss doctrine on the nullity of police orders on the ground that the focus on procedural defects allowed the courts to decide on the lawfulness of the order without having to address the question of racist motive. Along the same line, the ECtHR holds that the Swiss federal court acted too formalistic in deciding that the applicant's claim of racial discrimination could not be based on the facts as they were established in first instance. This shows that the Court is prepared to actively scrutinise national legal systems to uncover racial discrimination residing in formal arguments.

The burden of proof and evidence of structural discrimination

Unlike the earlier judgments, the ECtHR in *Wa Baile* establishes a presumption of discrimination and shifts the burden of proof to the Swiss government to show

that the applicant had not been subject to racial profiling. While this move echoes the critical responses to the majority opinions in *Basu* and *Muhammad*, a closer look at the judgment begs the question of what exactly tipped the balance in favour of the applicant. Three different elements can be distinguished in the Court's argumentation to support the finding of *prima facie* discrimination: 1) the fact that Switzerland, as corroborated by international and regional human rights bodies (the CERD Committee and ECRI), had failed to put in place a legal and policy framework providing effective safeguards against racial profiling, notably by ensuring adequate police training; 2) the fact that the national administrative court found that the decision to stop the applicant was without objective reasons. Here, the Court distinguishes the case from *Basu*, where the unlawfulness of the identity check had not been established. According to the ECtHR, the absence of a valid motive gives rise to a strong presumption of discrimination; 3) the prevalence of racial profiling by police in Switzerland, as confirmed by reports of international human rights bodies and some of the Third Party Interveners, notably Amnesty International.

The first and third elements, in particular, indicate a recognition of racial profiling as a form of structural discrimination, and their inclusion stands out positively compared to the judgment in *Muhammad*, where such evidence was found irrelevant to the case. Nevertheless, the presumption of discrimination in *Wa Baile* seems to hinge on the second element: the absence of a valid motive for the identity check as established by the Swiss administrative court. Although the ECtHR reproached the national courts for not looking further into the allegation of racial profiling, it remains unsure whether it would have itself established that the applicant's behaviour at Zürich station – the turning away of his head in view of the police – did not constitute an objective reason for the identity check. In this sense, it is too soon to conclude that Judge Pavli's reproach of "procedural minimalism" in the case of *Basu* has been entirely vindicated. Still, the judgment in *Wa Baile* presents a much needed, if careful, step forward in the battle against racial profiling in Europe.

Jasper Krommendijk

CILFIT in Strasbourg

doi: 10.59704/6bef0271e6de70c8



On 19 February 2024, the European Court of Human Rights [decided](#) not to answer the Estonian Supreme Court's request for an advisory opinion on the basis of [Protocol 16](#) (P16). For the first time, it dismissed a request because it did not concern a question of principle concerning the interpretation and application of ECHR rights. In doing so, the Grand Chamber made clear that it sees no role for itself in relation to easy questions that merely require a reiteration of its "well-established case law". The decision is significant because the ECtHR provides clear contours as to what types of questions courts should (not) ask. The *clair* and balanced approach is to be welcomed. This post will explain why and reflect more generally on the functioning of P16, which entered into force 5.5 years ago and has led to nine requests to date.

What (not) to request?

The admissibility criteria are reminiscent of the conditions used by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in relation to the preliminary ruling procedure in [Article 267 TFEU](#). Article 1 of P16 stipulates that the request should be made 1) by a mandated highest court or tribunal; 2) in relation to a question of principle about the interpretation of the application of the ECHR; 3) in a case pending before the requesting national court and; 4) with reasons for the request and providing the relevant legal and factual background of the pending case. A panel of the Grand Chamber consisting of five judges decides whether the request should be accepted, after which the Grand Chamber decides on the merits. In contrast with Article 267 TFEU, a request under P16 is always optional and limited to the highest courts and tribunals only.

The Estonian request is the first time that the ECtHR *explicitly* dismissed an entire request on the basis of the second criterion. The Court reiterated its previous pronouncement that "questions of principle" warrant guidance from the Court given "their nature, degree of novelty and/or complexity". It subsequently provided quite an extensive overview of its case-law in relation to the

specific question of the respective case concerning *ne bis in idem* and concluded that the question is the subject of "well-established case-law of the Court". This reasoning reflects the *acte clair* doctrine accepted in [CILFIT](#), albeit the CJEU constructs this doctrine as an exception to the obligation of the highest courts to refer a preliminary question, not as an admissibility criterion.

The CJEU disposes of straightforward references on the basis of a reasoned order, following Article 99 of the [Rules of Procedure](#). This provision essentially codifies the *acte clair* and (*acte éclairé*) doctrine. Hence, the CJEU does not declare straightforward references inadmissible, but renders a decision that at first sight does not differ considerably from its "normal" judgments. Yet, it does so much faster, without an Opinion of an Advocate General (AG) and in a three-judge formation (see, for example, [here](#)). By contrast, the ECtHR uses the "well-established case-law" as an inadmissibility ground. In practice, however, the approach is not very different from the reasoned orders used by the CJEU because the ECtHR's decision contains nine substantive paragraphs with quite extensive considerations. Accordingly, the ECtHR still provided the Estonian court with a useful overview while it also set clear limits as to the invocation of P16. Therefore, it sidestepped the need to reprimand the Estonian court for asking a question it should have been capable of answering independently.

In September 2023, the ECtHR updated its [Guidelines](#) and provided additional useful guidance for the highest national courts when to issue a request for an advisory opinion. It noted that a request is primarily warranted when it involves "a novel point of Convention law", when "the facts of the case do not seem to lend themselves to a straightforward application of the Court's case-law" or in a case where it "appears to be an inconsistency in the case-law". Interestingly, the guidelines provide the request of the Finnish Supreme Court as an example of a best practice because the Finnish court clearly set out the ambiguities and missing standpoints of the respective

case-law.

The ECtHR did not turn down a request for the first time. It has previously [rejected](#) a request from the Slovakian Supreme Court in relation to effective criminal investigations based on the third condition, namely, the absence of a link with the pending case, as required under Article 1(2) P16. In the said case, the Slovakian Supreme Court referred mainly to Articles 2 and 3 ECHR, while the pending case dealt with Article 6 ECHR. In two other requests, the ECtHR only partly answered the questions posed. The Grand Chamber [decided](#) not to answer two of the four questions posed in an Armenian case about non-retroactivity for the same reason as in the Slovakian case, i.e. no link with the pending case. The Grand Chamber also [refrained](#) from engaging with the first question in the Lithuanian case about the impeachment of an MP because this question related to the execution of (prior) Strasbourg judgments. Henceforth, the ECtHR implicitly suggested that the question lacked the principled character required under Article 1(1) P16.

Between application and interpretation

One must welcome the clarity regarding the third admissibility requirement for two following reasons. First, P16-requests appropriate the limited resources of the Court facing significant [workload](#) challenges. Requests receive priority and keep seventeen judges of the Grand Chamber busy, inevitably at the expense of other cases. The Court should be commended for the efficient handling of the requests. The two “inadmissible” requests were rejected within less than three months, while four requests were decided between five and ten months. Three other requests were decided between fifteen and seventeen months. This is still below the average time of 17.3 months ([2022](#)) in Luxembourg. In this light, it is a blessing in disguise that the ECtHR has only received nine requests from courts in seven states, especially because it is far from certain that P16 would help in reducing the ECtHR’s workload, as a 2012 [position paper](#) predicted in a wishful-thinking manner. Courts in the other fifteen states that have ratified P16 have not made a request so far. One might doubt whether the number of requests will increase all too rapidly in the near future because of the preference (and legal obligation!) of national courts for a reference to the CJEU (see [Opinion 2/13](#), paras. 198-199 and Article 5 of the [Draft accession agreement](#)). The focus on Luxembourg might be reinforced by the (recent) expansion of the EU legislation

affecting or involving fundamental rights (e.g. the [GDPR](#), the [AI Act](#) and harmonization in the [criminal](#) area).

The second reason concerns the relatively easy, arguably *clair*, questions in the majority of the P16-requests. The requesting courts seemed primarily interested in obtaining external and authoritative support in politically sensitive matters (a so-called “sword”, as I argued with Lize Glas [before](#)). One example is the (first) Armenian [request](#) in relation to the prosecution of the former President. Another is the Lithuanian [request](#) in relation to the impeachment of an MP in which the Court had [previously](#) determined a violation. In another Armenian [case](#), the Court subtly noted that it is primarily for national courts “to resolve problems of interpretation of domestic legislation”.

These three cases illustrate that some courts have primarily used P16 requests to obtain case-specific guidance (or support) instead of an (abstract) interpretation of a legally complex subject matter. This is as such not surprising. Empirical research on the preliminary reference procedure under [Article 267 TFEU](#) and [P16](#) shows that national courts appreciate concrete guidance and – in the words of [Tridimas](#) – outcome-oriented cases. The setup of P16 allows (or perhaps even encourages) case-specific questions. While P16 requires a question of principle, it also makes clear that the question should not be abstract, broad, or general but attached to a concrete pending case. Hence, this is an inherent tension in the setup of P16. The ECtHR needs to resist the temptation of dancing to the pipes of national courts. So far, it has done so in quite an elegant way by continuously emphasising the division of tasks and making clear that it does not have jurisdiction to assess the facts of the case or the merits of the positions of the parties given the division of tasks in P16 (e.g. para. 18 in [P16-2020-001](#)). The success of the ECtHR, by and large, rests on its criticism of being too abstract. [Moonen and Lavrysen](#), for instance, held that the answers in relation to the first Armenian request were “not particularly useful” because national courts “should figure out the Convention issues for themselves”.

The aforementioned tension reflects a discussion in EU law about the interpretation versus application of EU law in the context of the preliminary ruling. Even though the CJEU employs a division of tasks similar to the ECtHR, it has at times stepped into the domain of the national judges by not limiting itself to only interpreting EU law but also applying the interpretation to the national le-

gal or factual context in [case-specific](#) judgments. Several AGs criticized the CJEU for its willingness to go along with such wishes for “factual jurisprudence” ([Bobek](#)), while also calling for “self-restraint” from national courts (Jacobs in [Wiener](#)). The CJEU has partly responded to this criticism by limiting the obligation to submit a request for a preliminary reference in [Conorzio Italian Management](#) (often referred to as [CILFIT 2.0](#)) to questions about the correct interpretation of EU law. In that way, the CJEU affirms its final authority to define the correct *interpretation* of EU law but not necessarily the correct domestic *application*.

Walking the fine line between being strict and rude

While Strasbourg has set clear limits in its latest decision in relation to the Estonian request, some might argue that

its approach is still too welcoming. It remains to be seen whether the Grand Chamber will introduce further admissibility restrictions should it receive more requests in the future, as predicted more than a decade ago. The [practice](#) of its Luxembourg counterpart indicates that it might become more restrictive over time as it receives more requests. The ECtHR needs to walk the fine line between being strict and rude. Especially considering the subsidiary nature of the ECHR system, it should not upset its cooperative relations with (most) of the national courts by dismissing their requests all too easily. The inadmissibility decision in the Estonian case, with an elaborate and useful discussion of the “well-established case-law” maintains this careful balance.

Joseph Marko

The Kovačević Case Revisited

The ECtHR Grand Chamber May De-Block the Constitutional Impasse in Bosnia and Herzegovina

doi: 10.59704/12b2341f2a402e69



On 20 March 2023 the Council of the European Union gave Bosnia and Herzegovina (BiH) green light to start accession negotiations. However, despite this political endorsement, BiH must fulfill the conditionality criteria, including a series of six judgments by the ECtHR relating to the predetermined ethnic keys for the Presidency and the House of Peoples, the second chamber of the Parliamentary Assembly, following from the Dayton constitution in combination with the respective rules of the Election Law of BiH.¹ The last case, *Kovačević v. BiH*, 29 August 2023, was referred to the Grand Chamber on request of the Government of BiH only in December 2023. If the Court follows its well established case law against the dissenting opinion of one of the judges of the Chamber judgment, this should force the mono-ethnic political parties and their leaders as well as the EU institutions to insist on de-blocking the constitutional impasse as soon as possible for any realistic steps towards European integration.

Kovačević v. BiH and differentiation between the active and passive electoral rights

Two former recent blogs by [Jens Woelk](#) and [Benjamin Nurkić together with Admir Isanović](#) already reviewed the case of *Kovačević v. BiH* in which a chamber of the ECtHR reiterated that Articles IV and V of the Constitution of BiH violate the anti-discrimination provisions of Article 1 of Protocol No. 12. In contrast to the previous case law,² Mr. Kovačević had not argued a violation to stand as a candidate in the legislative and presidential elections at state level in 2022. He rather claimed that due to his legal status as “citizen” living in Sarajevo and following from

the combination of territorial and ethnic requirements of the BiH constitution, “he had been unable to vote for the candidates of his choice in those elections” and “that the candidates best representing his political views were not from the ‘right’ Entity and/or of the ‘right’ ethnic origin” (para. 8). Following its previous case-law, the majority of judges of the ECtHR Chamber found BiH in violation of Article 1 of Protocol No. 12 again due to discriminatory treatment on grounds of ethnicity and place of residence.³

However, the majority opinion encountered strong objections in the dissenting opinion of one of the judges of the Chamber. Embedded in the overall question of the nature of representative democracy, the dissenting judge criticizes the majority by arguing that they did not adequately take into account the “deep structural differences” between the right to vote and the right to stand for elections which would follow from the jurisprudence of the ECtHR. Thus, the case raises the “constitutionally and politically sensitive question as to whether and, if so, to what extent discriminatory provisions about the right to stand for election also discriminate against individual voters” (para 10). In conclusion, the dissenting judge rejects the normative concepts of a “right to vote for a candidate of one’s choice” (para 17) and the concept of “vote dilution” on which the claim of the applicant was based (para 20). According to the dissenting judge, the contested constitutionally embedded ethnic keys regulating the right to stand for election *do not* automatically restrict the (active) right to vote. Nor is there a *positive obligation* of the Contracting States of the ECHR to take positive measures to ensure the representation of all social, religious, eco-

¹ 1 Bosniac, 1 Croat, 1 Serb for the three-member Presidency and 5 Bosniacs, 5 Croats, 5 Serbs for the fifteen-member House of Peoples, the second chamber of the Parliamentary Assembly.

² See the cases *Sejdić and Finci v. BiH*, 22 December 2009; *Zornić v. BiH*, 15 July 2014; *Šlaku v. BiH*, 26 May 2016; *Pilav v. BiH*, 9 June 2016; *Pudarić v. BiH*, 8 December 2020 and *Kovačević v. B-H*, appl.no. 43651/22, 29 August 2023.

³ The majority opinion did not decide on his claim of violation of Article 3 Protocol No. 1 in conjunction with Article 14 ECHR because “in view of this conclusion, it is not necessary to examine separately either the admissibility or the merits of this same complaint...” (para 61).

nomic, or other groups. This would change the concept of parliamentary, representative democracy as such (paras 19-20).

The trajectory of protection of the active right to vote

A detailed analysis of the development of the case-law of the ECtHR since the first landmark judgment *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 1987, demonstrates that one cannot differentiate between the active and passive electoral rights. In the said case the ECtHR established the elementary doctrinal rules for the interpretation of Article 3 Protocol No. 1 in conjunction with Article 14 ECHR. In the wording of the Court, the phrase “conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature ... implies essentially ... the principle of equality of treatment of all citizens in the exercise of their right to vote and the right to stand for election” (para 54). Hence, *without any differentiation* between these two electoral rights, the Court argues from the very beginning that the wording of Article 3 expresses a *conceptually coherent concept* to be guaranteed equally.

Nonetheless, these rights are not absolute. The Contracting States have “a wide margin of appreciation” so that any electoral system must be assessed in light of the political evolution of the country concerned. But in order to guarantee the “very essence” and “effectiveness” of these rights, the Court reviews the electoral system with the proportionality test, namely that the interferences “are imposed in pursuit of a legitimate aim, and that the means employed are not disproportionate” (para 52). Finally, by taking into account the conceptually essential *mutual interrelationship* of the *active right to vote* and the *linguistic composition* of the *parliamentary bodies* in the Belgian constitution, the Court came to the conclusion that the requirement to use an official language other than the mother tongue in public office was not a “dispro-

portionate limitation” (para. 57) for minority language speakers of what could be called a “right to vote for a candidate of one’s choice” from a comparative constitutional perspective.⁴

However, public international law in the European context has dramatically changed at the beginning of the 1990s, not the least with the adoption of legal instruments for the protection of national minorities within the framework of the Council of Europe and institutions on minorities within the OSCE.⁵ Accordingly, the case-law of the ECtHR has taken ethnic discrimination more seriously and has developed normative standards concerning more detailed *positive obligations* of Contracting States to ensure the *effectiveness* of protection.⁶

In this different political and international legal context, in the case of *Aziz v. Cyprus* as of 22 June 2004, the ECtHR for the first time ruled on the *complete exclusion* from the (active) right to vote. The Cypriot Supreme Court had upheld the political situation after the military invasion and occupation of the northern part of the country by Turkey in and after 1974 by allowing that the parliamentary elections were carried out on the basis of electoral lists only for citizens declaring to be members of the Greek-Cypriot community. The applicant, a Turkish-Cypriot, was therefore “completely deprived of any opportunity to express his opinion in the choice of the members of the House of Representatives of the country of which he is a national and where he has always lived” so that “the very essence of the applicant’s right to vote, as guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1, was impaired” (para 30). Moreover, the Court ruled that there was a double violation in relation to Article 14 ECHR since the difference in treatment had resulted “from the very fact that the applicant was a Turkish Cypriot” preventing him from “voting at any parliamentary election” (paras 36-7).

These two criteria, the exclusion from the substantive

⁴According to Sect 2, US Voting Rights Act 1965, “vote dilution” amounts to a violation of the equal effect of votes cast, if members of racial or ethnic minorities have less chances than other members of the electorate to participate in the electoral process and to elect “candidates of their choice.”

⁵These are the Council of Europe’s Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) and the European Charter of Regional and Minority Languages with their supervisory mechanisms as well as the OSCE High Commissioner on National Minorities as conflict prevention mechanism.

⁶First, a “duty to protect minorities’ identities” was established in *Chapman v. the United Kingdom*, 18 January 2001; “institutional segregation” in educational systems was prohibited by the Grand Chamber in *D.H. and Others v. Czech Republic*, 13 November 2007; a “duty to take measures of affirmative action” in *Oršuš and Others v. Croatia*, 16 March 2010. For a systematic analysis see Joseph Marko, *Against discrimination: the right to equality and the dilemma of difference*, in: *Joseph Marko and Sergiu Constantin (eds.), Human and Minority Rights Protection by Multiple Diversity Governance*, London-New York (Routledge), 2019, 307-339.

right and ethnic discrimination and their intimate link, were *expressis verbis* confirmed and specified in two more recent cases. In the case *Riza v. Bulgaria*, in 2016, the Court explicitly ruled that “the active electoral right ... is not confined exclusively to the acts of choosing one’s favourite candidates ... It also involves each voter being able to see his or her vote influencing the make-up of the legislature, subject to compliance with the rules laid down in electoral legislation. To allow the contrary would be tantamount to rendering the right to vote, the election and ultimately the democratic system itself meaningless” (para 148).

With reference to minority rights, this was most recently confirmed in the case of *Bakirdzi and E.C. v. Hungary*, in 2023. Concerning the prohibition of ethnic discrimination, the Court held that “no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for differing cultures” (para 50). Moreover, the Court also affirmed its case-law concerning positive obligations on behalf of minorities and its members by declaring the following: “[T]o express and promote its identity it may be instrumental in helping a minority to preserve and uphold its rights” (para 54). Thus, the Court finally ruled: “[T]he national legislator needs to assess whether the statutory scheme creates a disparity in the voting power of members of national minorities, as the applicants, in order to avoid that the *potential value* of votes that might be cast for national minority lists *becomes diluted*” (para 59, *emph. JM*) and concluded: “[R]ather than perpetuating the exclusion of minority representatives from political decision-making at a national level ... the system that was put in place limited the opportunity of national minority voters to enhance

their political effectiveness as a group and threatened to reduce, rather than enhance, diversity and participation of minorities in political decision-making” (para 73).

From mono- to multi-ethnic parties

It follows from this analysis that the majority opinion in the case *Kovačević v. BiH* regarding the (active) right to vote is firmly based on the case-law of the ECtHR continuously developed since the case *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* even before and outside the context of the power-sharing system of Bosnia and Herzegovina. The specification of the *identical criteria* for *judicial review* of *both participatory rights* is based on the recognition of the right of “every citizen” to influence the composition of the legislature without discrimination. Additionally, as it follows from the minority context of the country concerned, members of *de jure* or *de facto* minorities and the citizens who reject any ethnic self-identification (in the meaning of Article 3 in conjunction with Article 15 FCNM) have the specific “right to vote for a candidate of their choice”. Furthermore, the Contracting State has the positive obligation to prevent political marginalisation of minorities and to guarantee that their right to vote is not completely denied and the vote is not “diluted”. As scientific empirical studies on the BiH electoral system prove,⁷ only if the pre-determined ethnic keys for constituent peoples in the electoral system are changed by constitutional reform will “Others” as “citizens” have an “effective” right to vote for their candidates on party lists of multi-ethnic parties which have remained splinter-parties so far due to the cartel of power of the mono-ethnic parties.⁸ Accordingly, I hope that the Grand Chamber will in the end render a landmark judgment which would facilitate the necessary constitutional reforms required for European integration.

⁷ For detailed empirical evidence see Arianna Piacentini, “Trying to Fit In”: Multiethnic Parties, Ethno-Clientelism, and Power-Sharing in Bosnia and Herzegovina and Macedonia, *Nationalism and Ethnic Politics*, 2019, Vol. 25, 273-291 and John Hulse/Soeren Keil, *Change amidst continuity? Assessing the 2018 regional elections in Bosnia and Herzegovina*, *Regional and Federal Studies*, 2020, Vol. 30, 343-36.

⁸ The most recent amendments of the *BiH Election Law* by the High Representative on 26 March 2024 do not effect this assessment. They are supposed to better secure the electoral process against election fraud.

Robby Houben

FIFA Transfer System Rules in front of the Court

Diarra Case will Determine the Compliance of Transfers with the EU Competition Rules

doi: 10.59704/219a95b7e501fe8f



The governance of professional football is facing turbulent times. After three verdicts on 21 December 2023 ([ESL](#), [RAFC](#) and [ISU](#)), the next case potentially sanctioning football governance is already well underway. In the pending *Diarra* case ([C-650/22](#)), the validity of the FIFA transfer system is at stake. Transfers are among the bread and butter of daily football practice. Any flaw in the transfer system will affect the whole industry. This blog post explores *Diarra* from a competition law perspective. This is interesting because *Diarra* will be the first case wherein the Court of Justice of the EU (the Court) will have to apply its novel framework relating to [Article 101 TFEU](#) (prohibiting anticompetitive conduct), developed in the above-mentioned verdicts.

What is a transfer and what are the rules?

Players engage with clubs via contracts of limited duration. Owing to *Bosman*, upon expiry of their contract, players are free to explore new horizons. The seminal *Bosman* case of 1995 was among the first to shake professional football to its core. As a result, no transfer fees could be charged to players at the end of their contracts. Therefore, the transfer system at the time needed rethinking. This led to the transfer system, as we know it, being attacked in *Diarra*.

During the contract players cannot leave their club, save for a so-called transfer. Basically, a transfer constitutes an early termination of the player contract whereby all parties involved (engaging club, releasing club, player) agree upon an early termination fee: the transfer sum. Transfers and transfer sums are vested practices. Unilateral terminations of player contracts, however, are seldom. FIFA's transfer rules, the [Regulations on the Status and Transfer of Players](#) (RSTP), discourage such termination. Only in the limited event of a so-called just cause, such as outstanding salaries, a player is entitled to unilaterally terminate his or her contract prior to the end date,

without any sanctions being applicable. If a player terminates his or her contract *without* just cause, he or she is liable to compensate his or her club, and he or she may face sporting sanctions too (Art. 17 RSTP). The same goes for the club who would hire such a player: that engaging club would be jointly and severally liable for any compensation due by the player (co-debtor principle), in addition to facing sporting sanctions of its own (Art. 17, 2 and 4 RSTP).

The exact compensation due by a player (jointly with the engaging club) is determined on a case by case basis, as a function of various elements. These include fees for transfers and agents and expenses paid by the former club, instead of only the residual value of the player's contract. Amounts can be high to excessive, deterring players to unilaterally terminate their contracts early. According to some, such as [Frans de Weger](#) and [Dannick Luckson](#) this is a correct approach, in view of the principle *pacta sunt servanda* and to avoid moral hazard issues. Others, such as [Czarnota](#), heavily critique the approach for its unpredictable and untransparent nature, completely ignorant of players' mobility rights.

Procedurally, for an international transfer, the football association of the releasing club has to issue a so-called International Transfer Certificate (ITC) to the football association of the engaging club, for the latter to be able to register the player (Art. 9 RSTP). Without registration, the player is not entitled to play for the engaging club (Art. 11 RSTP). The former association will refuse to deliver the ITC if the employment contract between the former club and the professional player is considered still in force; or when there has been no mutual agreement regarding its early termination (Art. 11, section 3, Annexe 3 to the RSTP). This means that for a player who – even allegedly – unilaterally terminates his or her contract without just cause, no ITC will be delivered, preventing that player from performing his or her profession at any enga-

ging club in a different association.

Are these rules lawful?

This is the question referred to the Court in *Diarra*. Diarra played for Lokomotiv Moskau. He was accused of early termination of his contract without just cause and sanctioned accordingly. Although Diarra [litigated](#) the matter with some success, the fact remained that he was not able to play for any club for almost a year. The transfer rules prevented him from performing his profession. Seeking for indemnification, Diarra took the matter to a Belgian Court. At the level of appeal, the Court of Appeal of Mons [requested](#) the CJEU to rule on the validity of the transfer rules in view of EU (competition) law, especially the co-debtor principle and the rule that no ITC is delivered in the event a player and his former club are in dispute about the termination. The latter rule was explicit in the [previous](#) edition of the RSTP, but implicitly still applies in the context of the [current 2023](#) edition.

The transfer rules will have to be assessed under Article 101 TFEU, prohibiting conduct that by its object or by its effect prevents, restricts or distorts competition. “By object” conduct reveals such degree of harm to competition that it is no longer necessary to assess its effects; “by its very nature” the conduct limits competition. Conduct that doesn’t by its very nature limit competition, can nevertheless still have anti-competitive effects, and as such fall foul of EU competition law. In this context, the so-called [Wouters](#) and [Meca-Medina](#) exemption is relevant. It means that if anticompetitive conduct can be justified as inherent in the pursuit of legitimate objectives of public interest and proportionate to these objectives, it is legal after all.

In its 21 December 2023 verdicts, the Court clarified the scope of this exemption, thereby developing a novel framework to assess (among others) sports related cases. Particularly, the Court clarified that only conduct that merely has the “effect” of limiting competition can benefit from the *Wouters* and *Meca-Medina* exemption. For conduct that by its very nature (“by object”) infringes Articles 101 (or 102 TFEU) only the more stringent efficiency gains exemption is available. The conditions for that exemption are tougher than the conditions for the more lenient legitimate objectives defense. This is among others because its requirements are of an economic nature mostly and considerations on the specificity of sport [will not carry much weight](#).

Transfer rules in light of contractual stability, integrity and uniformity

In *Diarra*, the qualification of FIFA’s transfer rules as a restriction of competition “by object” or merely “by effect” will be the heart of the matter too.

Do the transfer rules constitute a “by object” restriction? [Engelen](#) suggests that they do. He analyzes FIFA’s transfer rules as no poach agreements that hinder players from performing their economic activities in the free market. He argues that in the past various courts across Europe have found no poaching agreements invalid as a restriction of competition “by object”, [seemingly](#) in situations less restrictive of competition than in the case of *Diarra*. In so far as the FIFA RSTP actually intend to close the labor market, they may indeed infringe on competition by their very nature.

FIFA justifies its transfer rules in view of maintaining contractual stability between professionals and clubs, and in addition may rely on other objectives too, such as the integrity of the game, or uniformity of rules throughout a global sport. Let’s dissect these objectives a bit further.

Contractual stability seems a legitimate objective worthy of protection. Stability can benefit both clubs and players. Clubs can rely on the players for the whole duration of their contract; players are assured of a place to work for that same duration. From the club’s perspective, stability allows to pursue a sportive and business strategy in the longer term. Transfers can be part of that strategy. For instance, it can be clear from the outset that a club and a player who engage into a multiple year contract will work towards a transfer in year 2 or 3. The club then hopes to get a profit out of the transfer; the player to better himself in another competition at better wages.

This example reflects a case where the club and the player’s interests are aligned. This is not always the case. For example, a club may insist on a transfer to lower its overall wage spend, whereas the player may be unwilling to convert to such business logic. On the other hand, and more importantly in view of *Diarra*, a player may want to play for another club offering better sportive and/or financial conditions, whereas his current club refuses to collaborate. Such a refusal could have very good sportive reasons: a club’s attempt to win a title may for instance be jeopardized by a transfer that doesn’t fit the sportive plans of the club. A refusal may also have business rea-

sons: from the club's perspective the offered transfer sum may be considered too low, endangering the club's long term business plan. For the club, it then makes sense not to let the player go.

The player, then, is "stuck" to his or her contract without a real option to terminate early. This is apparent from the hearing in *Diarra*, uncovering that very few players ever did. Speculating the reasons, it might be that only a few players dared to take the risk of facing financial and sportive sanctions in an already short career. Furthermore, no club in its right mind would consider hiring such a player, as it would then face pecuniary and sporting sanctions too. Furthermore, what worth does it have to hire a player who is not eligible to play, absent an ITC?

Contractual stability is a valid aim. The question conferred upon the Court is whether FIFA's RSTP achieve it proportionately, or whether less restrictive measures could strike a better balance between the interests of releasing clubs, engaging clubs and players. Stability is important, but is it so important as to eliminate any unilateral mobility? Another matter is whether it is up to FIFA to determine the rules, top down. It might be that clubs and players themselves are better placed to find the right balance, bottom up. This ties in with a more general remark on private regulation of labor relations, such as the FIFA RSTP. It seems that such regulation may exist only as a default rule, i.e. insofar lawmakers have not regulated the matter themselves and insofar the workers (players) and their employers (clubs) have not entered into a collective bargaining agreement.

The integrity of the game is a legitimate objective for football governing bodies to pursue too. Integrity for instance benefits from a certain stability of squads within one and the same season, so as to assure that clubs can compete on equal footing over the span of the season. This is achieved through the mercato rule: transfers can only occur during two specific transfer windows; the co-debtor rule, nor the necessity of an ITC, seem to have any bearing.

Regarding the ITC, integrity can also relate to the necessity of having some kind of objective oversight on whether a transfer occurs in accordance with applicable norms. Whether integrity requires that an ITC cannot be released in the event of a dispute between a club and a player is another matter. Again, the Court will have to assess whether less restrictive options are available; and the burden of proof that its rules are proportionate lies with

FIFA.

Uniformity of rules in sport is certainly also a legitimate objective, especially in a global sport such as football. But in and of itself, uniformity is no excuse for any kind of rule. Uniformity never outperforms legality, so if a less restrictive measure is available to achieve a legitimate objective, that measure should be preferred above another. Furthermore, as aforementioned, with regard to labor relations, it seems that football governing bodies' regulations can apply as default rules only.

The novel competition law framework: restriction of competition "by object" and "by effect"

The aforementioned considerations reveal a difficulty in the Court's novel competition law framework: when and where does a "by object" analysis end and a "by effect" analysis start? Indeed, the above considerations relate to the effect of the FIFA RSTP equally, and perhaps even more, than to their object.

The 21 December 2023 verdicts themselves do not shed much light on this issue. This is because in *ESL* and *ISU* the prior approval scheme for novel competitions was so obviously designed to fend off the market, that a "by object" analysis was inevitable and that no further clarification was needed. In *RAFC*, the Court didn't clarify either. In this case, the Court seems to hint towards a "by object" infringement, because the labor market is partitioned along national borders, but ultimately the Court declines to categorize the so called "home grown player rule" – a rule requiring clubs to include a minimum number of locally trained players in the list of 25 players that make the A team – in either bucket and passes the hot potato to the national court.

Hence, the qualification question is not easy. Also, in *Diarra* it is not clear from the outset in which direction the Court will go: a "by object" or a "by effect" qualification. According to *Weatherill*, a "by effect" analysis, allowing the Meca-Medina test, seems most likely, absent the level of blunt anticompetitive conduct that featured in *ESL* and *ISU*.

However the case may be, the survival of the transfer rules as we know them will depend heavily on FIFA's ability to put flesh to the bone. FIFA will have to prove that its transfer system pursues efficiency gains (in the event of a "by object" qualification) or legitimate aims in a proportionate manner (in the event of "by effect" qualification).

It will have to do so convincingly. In *ESL* and *RAFC* the Court made abundantly clear that domestic courts should not be lenient in discharging the burden of proof. Not without importance in this respect is perhaps that domestic transfers seem to function without noteworthy contractual stability issues. FIFA's RSTP is not applicable to those transfers. It would go too far as to require FIFA to prove its RSTP strikes a better balance than the domestic regimes of all its members, but the thought is worth consideration, nonetheless.

The ball is at AG Szpunar

The ball is now in the court of Advocate General Szpunar. He is due to deliver his opinion in *Diarra* at the end of April. His opinion in *RAFC* proved instrumental in sett-

ling the three sports related cases of 21 December 2023. It carried significantly more weight than that of his colleague Rantos in *ESL*, which was set aside by the Court almost entirely. Conscient of Szpunar's weight and proven track record in sports cases, his opinion in *Diarra* will probably prove a good prediction of the case's final outcome.

After *Bosman* in 1995, *Diarra* offers the Court once again the opportunity to rebalance the contractual stability and mobility of players in football and the interests of clubs and players alike. Thus, *Diarra* might lay the foundations for a new paradigm. Will April showers for FIFA's RSTP bring May flowers for a novel transfer scheme, not created top down, but bottom up by the protagonists (clubs and players) themselves?

Alexandru Soroïu

The Fall of The Great Paywall for EU Harmonised Standards

The CJEU Dismantles EU Standardisation in C-588/21 P (Public.Resource.Org)

doi: 10.59704/5a60ea5d42c2b059



In case [C-588/21 P](#), the CJEU dismantled a foundational axiom of the European Standardisation System (ESS): the paywall of harmonised standards. The Court confirmed that harmonised standards are an integral part of EU law, mandating their free accessibility. Yet, the reach of this ruling remains somewhat ambiguous. In this commentary, I critically examine the judgement and its implications. Ultimately, I posit that the Court's decision imposes a proactive publication obligation and challenges the existing copyright protection afforded to harmonised standards.

A short review of the ESS

The ESS, anchored now in [Regulation 1025/2012](#), has been a key regulatory framework of the internal market for goods ever since the 1980s' [New Approach](#). At its core lies one premise: a public-private cooperation. On the one side, the EU legislator articulates essential risk regulation requirements in secondary legislation. On the other, the European Standardisation Organisations (ESOs) – CEN, CENELEC, and ETSI – develop technical standards giving effect to these essential requirements at the Commission's request. Subsequently, the Commission reviews whether the standards' content complies with its request and publishes a reference to the standards – not their content – in the Official Journal (OJ) through Implementing Decisions. Once published, manufacturers using these referenced standards enjoy a presumption of conformity with the essential requirements set in secondary legislation. However, their use, at least in theory, is voluntary (see Art. 2 of Regulation 1025/2012). In addition to this system, some references to (European or other) standards may also be found directly in EU legislative acts, and their use is mandatory. In either case, their access has been subject to copyright restrictions – mainly a fee – determined by standard-setting bodies.

Accessing the content of these standards may be fun-

damental for producers to place their products on the market due to the conformity presumption they confer. Sometimes, compliance with the standards is even directly mandatory. Moreover, it might even be imperative for consumers to assess the safety and legality of products. However, in all cases, a noteworthy limitation has persisted until now in this co-regulatory framework. Namely, the public at large has not always enjoyed free access to these referenced or harmonised standards.

In the following, I will refer, for simplicity, to both types of standards – those directly referenced in legislative acts and those referenced in Commission Implementing Decisions – as *harmonised* or *referenced* standards.

Background of the Judgement

In 2018, two NGOs (Public.Resource.Org and Right to Know) requested the Commission for access to four harmonised standards that support the [Toy Safety Directive](#) and the [REACH Regulation](#), based on [Regulation 1049/2001](#). The Commission rejected their request under Article 4(2) of the Regulation, asserting the ESO's copyrights over the standards and the lack of an overriding public interest that could justify the disclosure. The General Court (GC) later confirmed this decision in its judgement in [T-185/19](#) (see [this analysis](#) for further details). The applicants appealed the decision and ultimately disputed [the existence of CEN's copyrights and alleged a lack of an overriding public interest in accessing the standards](#).

Reasoning of the Court

On 5 March 2024, in case *C-588/21 P*, the CJEU issued its response and acknowledged (paras. 65-69) that the Treaties provide citizens with the right to access documents of EU institutions and bodies, which is further developed in Regulation 1049/2001. However, it noted that access may be refused where it undermines a third-party commercial interest, particularly copyrights, unless superse-

ded by public interest.

Addressing this public interest, the Court, similarly to *James Elliott*, reaffirmed the status of harmonised standards as “part of EU law” due to their mandatory legal effects. It brought two core arguments. First, the Commission plays a central role in the standardisation process. Although standards are drafted by the ESOs, the Commission starts, finances, and supervises the process, determines content requirements and deadlines, and ultimately decides on the publication of their references (para. 72-73). Accordingly, with its decision to publish the references, the Commission has already brought standards into EU law. Second, adding to this, referenced standards create *de jure* or *de facto* mandatory effects. Some legislative measures directly contain references to standards and prescribe their use – e.g. the REACH Regulation standard or ISO standards referenced in the *Tobacco Products Directive*. In addition, other referenced standards (e.g., toy safety standards) often become mandatory in practice due to the conformity presumption they confer and a lack of/high cost of alternatives (paras. 74-80). This makes it “difficult, or even impossible, for economic operators” to opt for different means of compliance (para. 75). Consequently, the Court identified that both types of referenced standards specify individual rights and obligations and are necessary to verify whether a product or service complies with essential requirements (para. 82).

Building on the status of standards in EU law, the Court raised two further points. First, it affirmed that the EU is based on the rule of law, requiring free access to EU law (paras. 71 and 81-82). In this vein, it referred to paras. 41 and 48 of the *Stichting Rookpreventie* where it emphasised the need for publishing referenced standards in their entirety to ensure legal certainty, namely for individuals to understand their rights and obligations and verify legal compliance. Thus, referenced standards can only become binding on the public at large if they themselves are published in the OJ (para. 71). Second, the Court noted that the right to access documents is an expression of openness and transparency. It functions as a democratic and legitimising mechanism that links citizens with decision-making processes through accountability (paras. 83-84).

Considering these elements, the Court concluded that the GC and the Commission should have found an overriding public interest. Namely, they should have found there was a demand for legal certainty in light of the legal

status of harmonised standards, as well as the principles of the rule of law and openness (para. 86 and 89). Therefore, the Court overturned the GC’s judgement and annulled the Commission’s decision.

Analysis

Now that we have examined the Court’s rationale, we can delve into the judgement’s implications. As mentioned in the beginning, the judgement comes to dismantle the paywall of standards, at least for CEN and CENELEC. Yet, its scope remains somewhat ambiguous, begging two questions. First, does free access refer to the full publication of standards in the OJ, or is it merely related to the right to access documents? Second, are harmonised standards still subject to copyright protection?

These two questions arise because the Court, in its concluding paragraphs, determined only that the GC and the Commission should have granted the request to access documents with no explicit mention of publication. Moreover, the Court did not directly address the applicants’ argument that harmonised standards, as part of EU law, cannot enjoy copyright protection. Amidst this ambiguity, I argue that the Court’s reasoning implicitly demands the standards’ publication in the OJ, rather than solely a disclosure upon request. Moreover, I advance that it challenges the ESO’s copyrights.

Standards must be published in full

As regards the first question, we must note that the dispute and *petitum* of the case regarded the right to access documents. Not surprisingly, the Court determined this aspect rather than deciding whether referenced standards must be published in the OJ. Yet, while the Court’s conclusion is reserved for the applicants’ right to access documents, it still explicitly addresses the question of publication. In para. 71, it recalls, following *Stichting*, that standards are binding on the general public only if published in the OJ. Nevertheless, this does not automatically or necessarily mean that standards must be published.

One might argue, as *Gérardy* did, that the Court’s prior ruling in *Stichting* regarding publication applies solely to *de jure* mandatory standards. However, the Court’s current decision makes no distinction between *de facto* and *de jure* mandatory standards (see paras. 74-80). It takes their legal effects as the sole relevant factor. Yet, even in this case, while referenced standards become mandatory

for individuals only when published (*Stichting*, para. 48), their publication is unnecessary for economic operators who have access to their official and authentic versions (*Stichting*, para. 52). Thus, one could argue that in the end the publication of the standards is not necessary since the ultimate addressee is a producer wishing to place its product on the market. In response, the Court's current ruling emphasised that standards produce legal effects for both manufacturers and individuals as they specify rights and obligations, as well as help verify compliance with essential requirements (paras. 81, 83). In this sense, see also the [Dutch court's decision](#) in *Stichting*, as well as [AG Medina's Opinion](#) (para. 39-41 and 44). Henceforth, publication remains necessary if standards produce inescapable legal effects for all stakeholders.

Furthermore, the Court separately – but still complementarily – addressed free access to EU law as a rule of law requirement (paras. 81-82) and disclosure of documents as a transparency requirement (paras. 83-84), applying both principles to referenced standards. When discussing the former, the CJEU specifically referred to *Stichting* (para. 41), where it discussed the demand for publication in the OJ to ensure legal certainty. Ultimately, if compliance with the law is demanded, then legal certainty must be provided. Citizens must be able to ascertain what the law is, particularly their individual rights and obligations, without any additional burdens and resources. Yet, a request to access documents implies such burdens. In this context, publicity acquires a more preponderant role. Bluntly put, harmonised standards, once part of EU law, must be published in the OJ.

The Decision challenges the ESO's copyrights

As regards the second question, CEN and CENELEC maintain that the Court's decision does not impact their copyrights because the Court did not address the applicants' first plea on the issue of copyright protection (see their [reaction statement](#)). On the contrary, I argue that the Court addressed this issue implicitly in several instances, which is the reason why it concluded that it was not "necessary to examine the first ground of appeal" (para. 87).

If, as CEN and CENELEC contend, they would still retain control over reproduction, use, and distribution, the decision's effectiveness demanding publicity and free access could be jeopardised. The Court reaffirmed that referenced standards are part of EU law and it explicitly concluded that commercial interests, in particular the ESO's

copyrights, must be superseded by legal certainty as a public interest. Such a conclusion is already a waiver on copyright protection as the decision clearly establishes that copyrights can in no way protect against or limit the publicity and access to standards as part of EU law.

In addition, one could argue that waiver discussed above affects only the protection of the ESO's copyrights, rather than the existence of copyrights as such. However, the Court may have reasonably implied that referenced standards are attributable to EU institutions, thereby further challenging the notion of ESO's copyrights – in line with the Opinions of [AGs Campos Sánchez-Bordona](#) (paras. 40-63) and [Medina](#) (paras. 16-32). It is true that the Court previously held in *James Elliott* that standards are adopted by bodies falling outside the category of EU institutions, bodies, or agencies (para. 34). Yet, as AG Medina (para. 19) rightly pointed out, in *James Elliott*, the Court did not address whether standards can eventually be attributed to the Commission. In covering this gap, the Court acknowledged in the current case the Commission's central role and control in the standardisation process, especially regarding the decision to publish the references (para. 72-73). It acknowledged, thus, that it is the Commission that ultimately brings standards into EU law and that the standardisation bodies are merely preparatory bodies under its control a conclusion equally applicable to standards directly referenced in secondary legislation since it is a decision of the EU legislator.

Nonetheless, a full copyright waiver and free access pose practical problems too. Harmonised standards are often integral or partial copies of ISO and IEC standards. Moreover, [Kanevskaia](#) highlights that they themselves frequently reference other standards and can be patent-dependent. Navigating this convergence of intellectual property rights held by different actors will prove challenging, both legally and financially. In the end, as [Kanevskaia](#) argues, standard-setting bodies might be disincentivised knowing that their work will become part of the public domain without adequate compensation. Yet, as explained by [Gérardy](#), compensating all intellectual property rights behind each referenced standard may prove financially prohibitive for the EU. Thus, balancing these considerations with the requirement to publish and offer free access to these standards is now a pending exercise.

Conclusion

By demanding proactive publication and effectively dismantling the copyright paywall, the Court took a decisive step towards legal certainty and transparency, as well as towards a further acknowledgement of the public dimension of standardisation. The significance of this progress is twofold.

First, it requires EU institutions to finally give in and accept that harmonised standards are mandatory. This forces the institutions to face a reality they have long avoided, namely, that the New Approach co-regulatory model has served its purpose, but it has not been sustainable as a matter of democratic legitimacy. Similarly, it forces the ESO's to recognise that their work is not purely private. They too are acting in the public interest and on behalf of public institutions. Thus, both the policymakers and standard-setting bodies will need to explore their collaboration and work together to find a more sustainable go-

vernance model, where both public values and private interests are better balanced. This comes at a perfect time, considering that the Commission is currently evaluating [Regulation 1025/2012](#).

Second, the *C-588/21 P* decision of the CJEU will prove essential in the context of standardisation, acquiring a broader role in risk regulation. The rapidly evolving and global digital market has made risk more accentuated and intricate. With AI taking the central stage, there are increasing risks not only to health and safety but also to public values such as fundamental rights and democratic processes. To mitigate these risks, the EU is adopting the AI Act, where the framework standards will play a significant role. In this context, free and public access to technical standards ensures transparency, which in turn allows for more robust legal scrutiny and public oversight over the market's impact on public values. Thus, the CJEU's decision may well contribute to and sustain the trust in the market for the future.

Katia Hamann

Mehr Transparenz, aber vorläufig keine weitreichende Entlastung

Die Reform der EuGH-Satzung

doi: 10.59704/a2080efccc81e015



Mit einer sich erweiternden EU und steigender Bedeutung des Unionsrechts für die Rechtsanwendung wächst auch die Zahl der Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) stetig. Reformen des europäischen Rechtsschutzsystems, auch mit dem Ziel einer Entlastung des EuGH, werden daher bereits seit Abschluss des Vertrags von Nizza kontrovers diskutiert. Gleichzeitig sieht sich der EuGH der Kritik der Intransparenz ausgesetzt.

Am 27. Februar hat das Europäische Parlament nun einer Reform der Zuständigkeiten des Gerichtshofs zugestimmt. Die vorgeschlagenen [Änderungen der Satzung des EuGH](#) (EuGH-Satzung nF) sollen einerseits die Arbeitsbelastung des EuGH vermindern und andererseits der Transparenz der Verfahren dienen. Letzteres stellt einen entscheidenden Beitrag zur Offenheit des Gerichtshofs dar. Ob die Reform allerdings zu einer echten, langfristigen Entlastung des EuGH führen wird, lässt sich angesichts der geringen Anzahl erfasster Verfahren sowie der vorgelagerten „Triage“-Entscheidung beim Gerichtshof bezweifeln.

Verlauf der Reform

Obwohl die Satzung des EuGH als Protokoll Nr. 3 zum [Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union](#) (AEUV) Teil des Primärrechts ist, kann sie gemäß Artikel 281 AEUV im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens geändert werden. Die Zustimmung des Rats über die Änderung steht noch aus, jedoch wurde bereits eine Einigung im Trilogverfahren [erzielt](#). In diesem Fall handelt es sich bei der Zustimmung des Rats üblicherweise nur noch um eine Formsache.

Die Reform wurde im Einklang mit Artikel 281 Absatz 2 AEUV auf [Antrag des Gerichtshofs](#) vom 30. November 2022 initiiert. Der Gerichtshof begründete die Reformvorschläge mit der zunehmenden Anzahl und Komplexität der Fälle, über die der EuGH zu entscheiden hat. In den vergangenen Jahren bewegte sich die Zahl der Vor-

abentscheidungsersuchen zwischen 500 und 600 Fällen jährlich und stellt damit mit beinahe zwei Dritteln die bei weitem größte Gruppe der Verfahren insgesamt dar. Um zu gewährleisten, dass die Verfahren zügig bearbeitet werden, soll der EuGH sich daher in Zukunft nur noch mit den komplexesten und sensibelsten Vorabentscheidungsersuchen befassen. Zudem soll die Zahl der Rechtsmittlersuchen verringert werden.

Entlastung „die Erste“: Vorabentscheidungsverfahren

Die wesentlichste Änderung betrifft die Übertragung der Zuständigkeit für Vorabentscheidungsverfahren (Artikel 267 AEUV) in bestimmten Bereichen an das Gericht der Europäischen Union (EuG). Diese Möglichkeit ist bereits in Artikel 256 Absatz 3 AEUV vorgesehen, wonach das Gericht „in besonderen in der Satzung festgelegten Sachgebieten für Vorabentscheidungen nach Artikel 267 zuständig“ ist. Von dieser Möglichkeit wurde jedoch trotz [wiederholter Bemühungen](#) (zuletzt 2015) bisher kein Gebrauch gemacht, sodass der EuGH bisher für alle Vorabentscheidungsverfahren zuständig blieb.

Zuständigkeit in einzelnen Sachbereichen für das Gericht

Nun soll die Zuständigkeit für Vorabentscheidungsersuchen, die ausschließlich in eines oder mehrere der Sachgebiete (a) des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems, (b) der Verbrauchssteuern, (c) des Zollkodex und (d) der zolltariflichen Einreihung von Waren in die Kombinierte Nomenklatur sowie (e) der Fahr- und Fluggastrechte und (f) des Emissionshandelssystems fallen, dem EuG übertragen werden (Artikel 50b EuGH-Satzung nF).

Wie der Gerichtshof in seinem Antrag ausführt (S. 4 f), erfolgte die Auswahl ausgerechnet dieser Bereiche anhand von vier Parametern: Erstens seien diese Sachgebiete auf den ersten Blick hinreichend klar identifizierbar und abgrenzbar. Zweitens stellten sich hier nur wenige

grundlegende Probleme und es gäbe, drittens, bereits genügend Rechtsprechung des Gerichtshofs. Zuletzt sei die Zahl der Vorabentscheidungsersuchen in den genannten Bereichen ausreichend, um eine echte Arbeitserleichterung des EuGH zu erreichen. Diese lag nach den [Angaben des Gerichtshofs](#) in den vergangenen Jahren zwischen 60 und 138 Verfahren im Jahr.

Betrifft ein Vorabentscheidungsersuchen allerdings „eigenständige Fragen der Auslegung des Primärrechts, des Völkerrechts, der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts oder der Charta der Grundrechte der Europäischen Union“, so bleibt der EuGH ungeachtet der neuen Zuständigkeitsverteilung zuständig (Artikel 50b EuGH-Satzung nF). Diese Ausnahme findet sich nicht im ursprünglichen Verordnungsentwurf des EuGH (vgl. S. 13 f.), sondern wurde erst [im Laufe der Verhandlungen](#) eingefügt. Der EuGH-Vorschlag sah noch eine automatische Weiterleitung eines Falls an das EuG (mit der Möglichkeit einer nachträglichen Rückverweisung an den EuGH) vor, sobald das Vorabentscheidungsersuchen ausschließlich in einen oder mehrere der aufgelisteten Sachbereiche fällt. Die aktuelle Version des Entwurfs verhindert nun, dass Fälle mit grundlegender Bedeutung vorschnell an das EuG verwiesen werden (so noch die [Bedenken](#) zum Entwurf des EuGH).

„Triage“ durch den Gerichtshof

Es wird allerdings abzuwarten sein, wie gründlich (und wie schnell) der EuGH angesichts des strengeren Maßstabs prüfen wird, ob die Kriterien des neuen Artikel 50b erfüllt sind. Diese „Triage“-Entscheidung nimmt der Präsident des EuGH nach einer Vorprüfung durch den Vizepräsidenten und den Ersten Generalanwalt vor. Die Entscheidung soll aus Gründen der Rechtssicherheit und der Beschleunigung „so schnell wie möglich“ erfolgen (Artikel 50b EuGH-Satzung nF) sowie kurz begründet werden (ErwG 15 EuGH-Satzung nF). Dies spricht dafür, dass es eher bei einer *prima facie* Betrachtung bleiben wird.

Zudem kann ein Fall auch nach der Zuweisung an das EuG seinen Weg zurück zum EuGH finden. Das Gericht *muss* einen Fall an den Gerichtshof zurückverweisen, wenn er die Kriterien des Artikel 50b nicht erfüllt, und *kann* dies tun, sofern in dem Fall eine Grundsatzentscheidung erforderlich ist, die die Einheit oder Kohärenz des Unionsrechts berühren könnte (ErwG 17 f. EuGH-Satzung nF). Auch hier bleibt allerdings die konkrete Ausgestaltung durch die Verfahrensordnung des EuG und die

Handhabung in der Praxis abzuwarten.

Neu ist zuletzt auch, dass das EuG in Vorabscheidungsverfahren von einem oder mehreren Generalanwälten unterstützt werden wird. Diese werden für die Dauer von drei Jahren aus der Mitte der Richter:innen des EuG gewählt (Artikel 49a EuGH-Satzung nF).

Entlastung „die Zweite“: Zulassung von Rechtsmitteln

Eine zweite Änderung betrifft den Mechanismus der vorherigen Zulassung von Rechtsmitteln. Dieser wurde bereits 2019 eingeführt, ebenfalls mit dem Ziel der Arbeitsentlastung des Gerichtshofs. Danach werden Rechtsmittel, deren Gegenstand eine Entscheidung des EuG ist, die wiederum eine Entscheidung einer unabhängigen Beschwerdekammer einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der Union betrifft, nur noch dann zugelassen, wenn eine für die Einheit, Kohärenz oder die Entwicklung des Unionsrechts bedeutsame Frage aufgeworfen wird. Die Einlegung von Rechtsmitteln in Rechtssachen, die bereits zweimal geprüft wurden, wird damit unter den Vorbehalt einer vorherigen Zulassung durch den EuGH gestellt. Der EuGH könne sich so auf Rechtsmittel konzentrieren, die „bedeutsame Rechtsfragen“ aufwerfen, ohne dass das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz unterlaufen werde (ErwG 22 EuGH-Satzung nF).

Der Kreis der erfassten Beschwerdekammern soll durch die Reform erweitert werden. Bisher wurden vom bestehenden Artikel 58a EuGH-Satzung ausdrücklich vier Beschwerdekammern sowie alle Beschwerdekammern, die nach der Einführung der Regelung am 1. Mai 2019 eingerichtet wurden, erfasst. Mit der Reform würden Beschwerdekammern von sechs weiteren Stellen oder Agenturen hinzugefügt (Artikel 58a Absatz 1 EuGH-Satzung nF), die bereits vor dem 1. Mai 2019 existierten. Zudem sollen nun auch Rechtsstreitigkeiten, welche die Erfüllung von Verträgen betreffen, die eine Schiedsklausel im Sinne des Artikel 272 AEUV enthalten, unter den Mechanismus zur Zulassung von Rechtsmitteln fallen. Rechtsmittelverfahren machen derzeit etwa 20-30% der Verfahren vor dem EuGH insgesamt aus.

Mehr Transparenz: Veröffentlichung von Schriftsätzen

Eine dritte wesentliche, obgleich weniger augenfällige Änderung, bezweckt die Stärkung der Transparenz und Offenheit von Verfahren, insbesondere in Anbetracht der großen Anzahl von Verfahren mit verfassungs- oder men-

schenrechtlichen Implikationen. In Zukunft sollen daher die Schriftsätze und schriftlichen Erklärungen der Beteiligten „innerhalb einer angemessenen Frist nach Abschluss des Verfahrens“ auf der Website des EuGH veröffentlicht werden (Artikel 23 EuGH-Satzung nF). Bisher ist unklar, ob hiermit der Abschluss des Verfahrens vor dem EuG bzw. EuGH oder der Verfahren vor den mitgliedstaatlichen Gerichten, die die Sache vorgelegt haben, gemeint ist. Letzteres würde eine Veröffentlichung erheblich in die Länge ziehen.

Die Veröffentlichung des Vorbringens der Parteien birgt einerseits das Potenzial der besseren Nachvollziehbarkeit der Argumentation des Gerichtshofs sowie andererseits einer erhöhten Rechenschaftspflicht der Parteien, insbesondere der Mitgliedstaaten, für die vorgebrachten Argumente. Letzteres kann insbesondere in grundrechtssensiblen Bereichen relevant werden. Zwar haben die Parteien die Möglichkeit, der Veröffentlichung hinsichtlich ihrer eigenen Schriftsätze und Erklärungen zu widersprechen, dies wird jedoch im Falle einer mitgliedstaatlichen Partei zu Recht Argwohn hervorrufen.

Fortschritt, aber in die falsche Richtung?

Zu begrüßen ist zunächst der Schritt der Veröffentlichung der Schriftsätze der Parteien als wertvolle Erkenntnisquelle für Presse, Zivilgesellschaft und Wissenschaft. Ob jedoch die neue Zuständigkeitsverteilung zwischen EuG und EuGH in näherer Zukunft eine deutliche Arbeitserleichterung des Gerichtshofs zur Folge haben wird,

ist fraglich. Der Anteil der Verfahren, die überhaupt die erfassten Sachbereiche betreffen, beträgt nur etwa ein Fünftel aller Vorabentscheidungsersuchen. Hinzu kommt der zusätzliche Aufwand der Zuweisungsentscheidung, in welcher der EuGH *ex ante* prüfen muss, ob das Verfahren Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft.

Der ehemalige Generalanwalt [Michal Bobek](#) hält die Übertragung von Zuständigkeiten im Vorabentscheidungsverfahren an das EuG insgesamt für einen „Schritt in die falsche Richtung“ (S. 1540). Statt immer mehr Fälle (nunmehr unter Zuhilfenahme des Gerichts) zu entscheiden, solle sich der Gerichtshof wieder auf den eigentlichen Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, die einheitliche Auslegung des Unionsrechts, und dadurch auf weniger, aber dafür wesentliche Auslegungsfragen konzentrieren. Die dafür erforderliche, grundlegendere Reform des europäischen Rechtsschutzsystems erscheint allerdings angesichts der seit mehr als 20 Jahren andauernden Diskussion hierum kaum realisierbar.

Die Reform stellt somit zwar keine grundlegende Neuordnung des EU-Rechtsschutzsystems dar. Eine solche wäre im Falle einer weiteren Erweiterung der EU, in deren Folge sich naturgemäß auch die Zahl der Vorabentscheidungsersuchen erhöhen würde, sicherlich langfristig erforderlich. Die Reform kann aber kurzfristig einen ersten Schritt hin zur Entlastung des Gerichtshofs darstellen und, sofern sie sich in der Praxis als erfolgreich erweist, möglicherweise die Übertragung weiterer Zuständigkeiten an das EuG nach sich ziehen.

Andrew Duff

How to Avoid Another Botched EU Enlargement by Sticking to the Rules

doi: 10.59704/d115d589d677e820



Is the European Union once again about to duck the challenge of constitutional reform? Even the imperative of Ukraine's accession does not impel the EU to strengthen its governance. The leaders talk about the need for widening and deepening "in parallel", but in practice do nothing that could upset their habit of muddling through.

The European Parliament has made [formal proposals](#) to change the treaty, the most important of which is to switch the decision-making procedure of the dysfunctional passerelle clause [Article 48(7) TEU] from unanimity to QMV. The European Commission equivocates. The European Council simply sits on the dossier, looking for excuse after excuse to avoid treaty change [Article 48(2)].

Worse, one hears of a new idea gaining traction in Brussels that mixes bad law with bad politics. The ruse is to use Article 49 TEU, the accession clause, to prepare the EU for enlargement instead of Article 48. I explain here why this approach will neither help Ukraine nor salvage the Union's self-respect.

What the treaty says

One may assume that the authors of the treaties drafted two adjacent clauses because the articles mean two different things and should be used for two different purposes. Article 48(2-5) tells us how to initiate and make amendments to the treaty according to an ordinary revision procedure. Article 48(6-7) provides two exceptions to the ordinary procedure — the simplified procedure and the general passerelle clause — which are very specific and very limited. The parameters around the simplified procedure were confirmed by the Court of Justice in [Pringle](#).

Article 49 tells us how a new country shall join the Union. It says that the accession treaty with the new member state may make "adjustments to the Treaties on which the Union is founded, which such admission entails". Note that the "adjustments" of Article 49 are different from the "amendments" of Article 48. This is not a mistake. Amending the treaties to change the powers of the institutions or the competences conferred on the

Union is a big constitutional thing, whereas adjusting the treaties merely to cope with a new member state has an air of automaticity about it. Technical measures will be needed to adapt the *acquis communautaire* to an incoming state.

Giulia Rossolillo has [analysed](#) helpfully what the Court of Justice has had to say about the meaning of "adjustments" in acts of accession. The Court [holds](#) that "the adaptation measures provided for by such acts, as a general rule, authorise only adaptations intended to render earlier Community measures applicable in the new Member States, to the exclusion of all other amendments" (para 46).

Hence, Article 49 is circumscribed just as much as Article 48. This is normal. In the same way, Article 50 TEU is also very specific about how to secede from the Union: as the British found out the hard way, it is not possible to change the treaties to merely to loosen the ties that bind a member state.

When Britain, Ireland and Denmark joined the EEC in 1973, a [new chapter](#) on common fisheries policy was added to the Treaty of Rome (Chapter 3, Title I). That was because all the candidates, including Norway, had large and important fishing industries. But at that stage the constitutional character of the Union was much less formed than it is today. And the procedures for the intergovernmental conference (IGC) that agreed accession, followed by ratification in every member state, was similar to the process of general treaty revision (Articles 236 and 237 TEC). Nowadays, this is no longer the case.

The Treaty of Lisbon dramatically altered the EU's constitutive process to the extent that the member states are no longer the exclusive "masters of the treaties". The European Parliament was accorded the right not only to initiate amendments of the treaty but also to insist that a Convention is called to deliberate on the matter before the IGC takes place. Lisbon went a significant way to democratise the way the treaties are amended, whereas as far as enlargement is concerned, Parliament's role is

limited to a vote of consent. To try to avoid the use of Article 48 to change the treaties, therefore, by using Article 49 would be a backwards step for the polity's emerging democracy.

Taking a short cut

A recent paper on Ukrainian accession by the [Bruegel think tank](#) proposes to do just that. The authors want to hitch Ukraine's accession to new procedures that would suspend the voting rights of member states in breach of the rule of law and introduce compliance tools not only for Ukraine but also retrospectively for existing member states. They ignore the fact that the introduction of a novel procedure would clash with the existing rule of law provision of Article 7 TEU. They assert:

An alternative route to achieve institutional reforms for protection of the rule of law and prevention of misuse of EU funds would be to include them in the accession treaty that the EU signs with Ukraine. Accession treaties are intergovernmental agreements that have the force of primary law in the EU, so they can be used to institutionalise important changes. This would be a faster and less politically complicated method than re-opening the EU treaty if the EU wants to create powerful sanctions, particularly the suspension of a member state's voting rights, or its funds from the EU budget and other financing mechanisms. Moreover, the power to suspend the rights of the new members could also be applied to existing members through the accession treaty.

This seems naïve. Putting the Ukraine accession treaty into one package with problematical institutional changes will be bound to heighten the risk that its ratification will be blocked by one or other member state.

The Bruegel report also proposes to apportion Ukraine's seats in the European Parliament, possibly by increasing the overall size of the House, through the Article 49 accession treaty. However, [seat apportionment](#) between member states of various sizes is a very delicate matter currently under negotiation as the Parliament tries to fulfil its treaty-based duty to come up with a mathematical method for seat distribution that is objective, fair, durable and transparent. The cap of 751 MEPs, moreover, was prescribed by the Lisbon IGC under Article 14(2) TEU: expanding the size of the House beyond that is bound to

impact adversely on the efficiency of its internal organisation.

It is a mistake to treat Ukraine on its own outside the context of the more widespread enlargement of the Union. Institutional changes invented in a hurry to cope with Ukraine's exceptional situation and particular need to enter the EU quickly will have a knock-on effect on the enlargement prospects of every other candidate state — Albania, Bosnia Herzegovina, Georgia, Moldova, Montenegro, North Macedonia, Serbia and Turkey — as well as of any prospective future candidates such as Iceland, Norway, Switzerland or the UK.

On 20 March, the Commission published a [communication](#) on its pre-enlargement strategy. President von der Leyen refuses to back the Parliament in wanting to open the treaties under Article 48 to amend the passerelle clause. Instead, her Commission states:

So far, no consensus has been found on how best to approach this issue. While some call for a reform of the current EU Treaties, in particular the European Parliament, others suggest specific adaptations through the activation of the untapped possibilities enshrined in the Treaties. Finally, some argue that the Treaties were designed to be 'enlargement proof'. While the Commission has indicated its support to Treaty change, 'if and where it is needed', it believes that the EU's governance can be swiftly improved by using to the full the potential of the current Treaties.

Heaven only knows what that means. As we have already said, the passerelle without QMV is unworkable. Is the Commission falling into the trap of Article 49? The General Affairs Council, for its part, which is populated by too many mediocre politicians masquerading as "pro-Europeans", is clearly tempted down that route.

Those who care for the well-being and good governance of an enlarged European Union must continue to argue for legitimate constitutional reform. Neither the balance of power between member states nor the interinstitutional balance at the heart of the system of EU governance must be tampered with by an abuse of Article 49. In the end, continuing refusal to undertake federal reform in the proper way will render the Union ungovernable. Why it could be in Ukraine's interests to join a Union that does not work well is beyond comprehension.

Tobias Schramm

Silence is Golden, but not Mandatory

doi: 10.59704/881ef0a7fd8cb44d



Last week, European Commissioner Breton received a slap on the wrist from the commission's officials. After he (politically unwise) criticized the process of electing Ursula von der Leyen as the EPP's leading candidate on X (formally Twitter), the Commission's Secretary General did not mince his words in reminding him of his obligations under EU law and the potential sanctions for violating them. In this post, I argue that one cannot construe the duties of the Members of the Commission as a prohibition of political expressions of any kind.

What happened?

On March 7, a [post on X by Thierry Breton](#), European Commissioner for the Internal Market, made headlines. In response to the current Commission's President [Ursula von der Leyen's nomination as the European People's Party's \(EPP\) lead candidate \(Spitzenkandidatin\)](#) in the upcoming elections to the European Parliament, he tweeted via his personal account:

Despite her qualities, Ursula von der Leyen is outvoted by her own party. The real question now is: "Is it possible to (re)entrust the running of Europe to the EPP for another 5 years, or 25 years in a row?" The EPP itself does not seem to believe in its candidate.

Last week, [POLITICO obtained an email circulated by the Commission's Secretary General](#) among the Commissioners reminding them that "members of the Commission must behave with integrity and discretion ... and that they shall not act or express themselves, through whatever medium, in a manner which adversely affects the public perception of their independence." The email went on to recall the sanctions of a potential failure to comply with these obligations as set out in Art. 245 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), i.e. for a commissioner to be removed from office or deprived of their pension or other benefits.

Duties of Members of the Commission

These duties are set out, in broad terms, in the Treaties. Art. 17(3)(3) of the Treaty on the European Union (TEU) and Art. 245(1) TFEU require Members both to act in complete independence and – rather tautologically – to refrain from "any action incompatible with their duties".

In order to specify the content of these vague provisions, the Commission adopted a [Code of Conduct for its Members](#) by way of a decision in 2018. The Code of Conduct is chiefly concerned with the Commission's internal organization and is therefore, in principle, not legally binding. It does, however, constitute a [voluntary commitment](#) of the Members of the Commission to abide by the rules set out therein. The Court of Justice of the EU (CJEU) [has previously accepted](#) that such undertakings, even if they primarily serve as a measure of internal organization, can confer obligations onto the Commission. Arguably, the CJEU would therefore rely on the specifications set out in the Code of Conduct if it was called upon to interpret Arts. 17(3)(3) TEU and 245(1) TFEU.

Among the obligations arising from primary law, as specified in the Code of Conduct, two are of importance in assessing Breton's comment: the *duty of independence* and the *duty of restraint*.

The duty of independence

Arts. 17(3)(3) TEU and 245(1) TFEU only specify the independence requirement through an explicit prohibition of Member States to influence Commissioners. This would suggest that "independence" within the meaning of these provisions is confined to freedom from outside constraints. However, a comprehensive systematic interpretation must also consider the Arts. 9 and 10(4) TEU, from which the CJEU has inferred a [right of political parties at the European level to equal treatment](#). The Commission and its Members must therefore ensure, both in their actions and in their remarks, that all political parties have equal opportunities to succeed in elections to the European Parliament.

This reading is confirmed by the judgment of the Court of First Instance in *Kvaerner Warnow Werft*. In this case, the applicant challenged a Commission's decision on the ground that outgoing President Santer and Commissioner Bonino took part in the vote although they had been elected to the European Parliament and had already expressed their intent to take up the mandate. The Court held that this was in itself insufficient to prove the loss of independence, thus implicitly recognizing that political involvement on a larger scale could violate the duty of independence. More generally, the Court held in *Commission v Cresson* that Members of the Commission must "ensure that the general interest of the [Union] takes precedence at all times ... over personal interests." From these judgments, one can reasonably conclude that the CJEU will only consider a loss of independence in the event of a conflict of interests, i.e. when a member's personal opinions could have a real impact on the way in which they act in their institutional capacity.

In Breton's post, the criticism of the EPP's manner of nominating a *Spitzenkandidatin* and an underlying personal tendency against the party's current electoral campaign is evident. However, in the elections to the European Parliament, the Commission is confined to a passive role: the organization is primarily entrusted to the Member States (see Art. 8 of the [EU's Electoral Act](#)) while the results are certified by the European Parliament itself (see Art. 12 of that Act). The Electoral Act itself can only be amended through a special legislative procedure set out in Art. 223(1) TFEU without the involvement of the Commission. The EU law's institutional framework therefore does not grant the Commission any powers which would enable it to influence the outcome of the elections. It is therefore unlikely that Breton will have a conflict of interest in his capacity as a member of the Commission.

His comment is thus insufficient to question his independence.

The duty of restraint

The duty of restraint can be inferred from the catch-all prohibition of "any action incompatible with their duties" under Arts. 17(3)(3) TEU and 245(1) TFEU. The CJEU has interpreted these provisions vaguely as an obligation of Commissioners "[to conduct themselves in a manner which is beyond reproach](#)".

More concretely, the Code of Conduct sets out in Art. 2(5) that Commissioners "shall not act or express them-

selves, through whatever medium, in a manner which adversely affects the public perception of their independence, their integrity or the dignity of their office", which they are also required to protect under Art. 2(2). Art. 5(1) accordingly imposes an obligation to "act and express themselves with the restraint that their office requires".

For the specific context of upcoming elections to the European Parliament, Art. 10(2) explicitly allows for Members of the Commission to stand as candidates, subject to prior information to the President (Art. 10(3)) and the prohibition to use the Commission's human or material resources for activities linked to the electoral campaign (Art. 10(5)).

Under Art. 10(6), Members who are not standing for election shall abstain from statements on behalf of any political parties of which they are members. Recital 14 recalls, however, that individual rights (which include the freedom of expression as guaranteed in Art. 11(1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU) must be considered in the application of the Code of Conduct. Accordingly, Art. 10(6) clarifies that it "is without prejudice to the right of Members to express their personal opinions."

Therefore, several factors must be considered to determine whether Breton's post is in violation of his duty of restraint.

The first is the account from which the post was sent. Breton used an account in his name ("@Thierry-Breton"). While the account's headline features the description "Commissaire européen", it is not attached to Breton's institutional capacity (see in contrast, the European Council President Charles Michel's institutional profile "@eucopresident"). The [Commission President's Guidelines on Ethical Standards for Members standing in European elections](#) (p. 4) urge Members not to use their title or the Commission's visual identity in activities linked to their electoral campaign. However, since Breton is not standing as a candidate in the upcoming elections, this standard is not applicable to him. In contrast, it would seem unreasonable to require him to remove his title from the headline of his personal profile for one occasional statement linked to the elections.

The second factor is the compatibility of Breton's statement with the duty of collegiality. Art. 5(1) of the Code of Conduct requires Members to be loyal towards the Commission and to refrain from communicating divisions within the body of commissioners regarding the Commission's policies (see also Art. 5(2) and (4)). Howe-

ver, Breton's post was not a comment on the *current* Commission but on the EPP's electoral campaign and, moreover, deliberately respectful to Ursula von der Leyen ("despite her qualities").

Lastly, the content and phrasing of the post must not adversely affect the dignity of the office of the Commissioner. Given the Commission's inherently political role within the EU's institutional framework, the contention that its Members should abstain from commenting on topical aspects of European politics altogether is difficult to justify. Instead, the more suitable approach is to allow for political discourse while insisting on moderation in the way Members express their personal opinions. It is true that Breton's post criticizes the EPP's nomination process and its electoral campaign more broadly. However, the sober language, the rhetorical question and the hedging of its final statement ("does not *seem* to believe", emphasis added) sufficiently moderate the post so as not to harm the dignity of the office of Commissioner.

While Breton's post clearly illustrates his political

tendencies, the measured expression of his opinion in a personal capacity, in my opinion, does not violate his duty of restraint.

Conclusion

Breton has faced major political backlash (for the French President Emmanuel Macron's reaction, see [here](#)). From a legal point of view, however, the expression of political opinions in itself is not incompatible with the duties of Members of the Commission (even if they refer to fellow Members). Commission President Ursula von der Leyen is, subject to compliance with her own duties as a Member of the Commission, free to respond through political statements of her own (or by requesting Breton's resignation under Art. 17(6) TEU). Yet, I argue that Breton's tweet did not violate the obligations of a Member of the Commission and thus cannot be subject to the sanctions under Arts. 245(2) and 247 TFEU, as indicated by the Commission's Secretary General.

Aphrodite Papachristodoulou

Shipwreck after Shipwreck

Frontex Emergency Signals and the Integration of AI Systems

doi: 10.59704/d23b3b20e150eefe



On 26 February 2024, the European Ombudsman issued a decision [OI/3/2023/MHZ](#) on the fundamental rights obligations of the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) with regard to search and rescue (SAR) in the context of its maritime surveillance activities. In particular, the decision concerns the Adriana shipwreck of 14 June 2023, also known as the Pylos shipwreck. The investigation was initiated shortly after the human tragedy off the Greek coast of Pylos, where over 600 migrants lost their lives, amid concerns pertaining to Frontex's role in maritime incidents and, more broadly, the continuing loss of life in the Mediterranean Sea.

While affirming Frontex's compliance with the applicable rules and protocols, the inquiry exposed significant shortcomings in how the Agency handles maritime incidents, including the issuance of emergency signals, both in the context of joint maritime operations and its separate multipurpose aerial surveillance activities. Given the persistent scale of recurrent shipwrecks, I argue that integrating AI systems into Frontex's activities, which are informed by a normative framework for the classification of maritime emergencies, has the capacity to significantly improve the decision-making process in responding to boats in potential distress and the overall SAR system. Such development in this area will be aimed at enhancing the protection of life at sea, provided that the flaws inherent in human assessments of cognitive biases and response time delays are adequately addressed.

The Legal Framework on Search and Rescue and Emergency Situations at Sea

The 1979 International Convention on Maritime Search and Rescue ([SAR Convention](#)) sets the framework for the international SAR system, including the responsibilities of coastal States, and provides the definition of a "distress phase" as a "situation wherein there is a reasonable certainty that a person, vessel, or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance" [Annex, para 1.3.13, see also, the analy-

sis [here](#)]. The law also delineates the criteria for classifying the phase of emergency of boats detected at sea and outlines the circumstances under which MAYDAY alerts and other emergency signals should be issued. Despite this, the scrutiny of these additional emergency signals, which could prove tantamount to safeguarding life, often escapes investigative attention and practice, leading to gaps in Frontex's response strategies.

Emergency Alerts: Distress Signal, Urgency Signal, and Safety Signal

Particularly, Frontex has the capability to [issue a MAYDAY alert](#) to all vessels nearby – a distress signal signifying imminent threat to life requiring the most urgent response – in the course of its (joint or individual) search activities when it observes an emergency. Conversely, two alternative signals may be issued: a) a PAN-PAN, which indicates an urgency signal pointing that a vessel is in jeopardy but does not imply an immediate threat and has priority over all but distress traffic, and b) a Sécurité, which indicates a safety signal for messages concerning the safety of navigation or giving meteorological warnings to the Rescue Coordination Centres (RCC).

Interestingly, neither of these alternative emergency signals has undergone an examination in the present inquiry, as Frontex was found not in breach of the relevant rules and provisions. This implies that emergencies are perceived as either involving a grave and imminent danger to life or vessel, or not at all – no room for in-betweens. In this regard, the European Ombudsman recommended that Frontex ensure a higher degree of independence and that "the provisions on aerial surveillance in operational plans and in-service requests under EUROSUR, while compliant with law, enable it to act, to the greatest extent possible, on the recommendations to maintain surveillance at ongoing maritime emergencies" [at 55]. The fact that Frontex, in the present case, offered on various occasions to assist the Greek RCC by providing surveillance but received no response, was deemed suffi-

cient for the purposes of showing “effort” to follow-up. Practically, its units remained absent from the scene leading up to the shipwreck, even though they should have continued to monitor the situation unless “otherwise dictated by force majeure” (Frontex report [here](#), albeit it was taken down on 28.02.2024).

When should life or vessel be considered in the distress phase? Adopting the United Nations High Commissioner for Human Rights’s broad understanding of distress, I posit that the notion of distress should encompass all “unseaworthy vessels even if they are not in imminent danger of sinking” (see for similar views [here](#) and [General Comment No.36 of the UN Human Rights Committee on the right to life](#)). The historical context of unreliable vessels used to transport migrants in the Mediterranean region lends support to the wider inclusion of overcrowded vessels under the distress phase as it indicates unseaworthiness and, hence, a serious threat to human life. In this vein, the EU Sea Borders Regulation requires Frontex operations to take into account “the seaworthiness of the vessel and the likelihood that the vessel will not reach its final destination” when determining if there is a distress situation. This is instructive in developing the normative content of emergency phases, as opting for a narrow construction of the term “distress” might lead to an irreversible violation of the right to life. Manifestly, Frontex’s interpretation of the *Adriana* was strictly insular, as it failed to classify it as “distress” and relay a MAYDAY alert despite its aircraft showing that it was “heavily overcrowded and was navigating at slow speed”.

Furthermore, Frontex’s assertion that it bears no responsibility and lacks the competence to designate the phase of emergency (uncertainty, alert, and distress) is also troubling as it contradicts current practice. On various occasions in the past, the Agency had relayed MAYDAY alerts on the basis of a boat being in a “severe state of non-sea worthiness and about to sink” or “where there are already people in the water” or where it believes that the relevant RCC is not aware of the incident or not already coordinating a response [at 33, 58]. At this point, we might recall the early judgment of *The Eleanor* dating back to the 19th century, where the English High Court of Admiralty attached to the term “distress” an implicit need for urgency but that “there need not be immediate physical necessity” (para. 135). Consequently, it remains unclear how “active” the role of Frontex’s Team Leader is in relaying MAYDAY alerts or the alternative emergency

alerts. As such, it appears that the designation of emergency state is only done incidentally. Still, the European Ombudsman maintained that the exclusive SAR responsibility to launch, organize and coordinate a SAR response remains with the relevant RCC [at 48, 62]. In order to strengthen communication between the RCCs and Frontex, it is primarily fundamental to understand the context of each sighting. This could arguably best be achieved through the incorporation of AI to assist human-agents in the decision-making process when identifying a potential emergency.

Objective vs Subjective Judgment: Machines and Human Decisions

The failures to designate emergency situations, as emphasized by the European Ombudsman, may in fact be attributed to the absence of internal guidelines that will be essential in situations that are “extremely stressful” to detect such emergencies, as “the staff concerned witnessing potentially life-threatening situations” know “that they cannot have a definitive say on the ultimate response to the emergency” [emphasis added, at 65]. Emotional decisions in stressful circumstances might as well lead to irrational outcomes or result in less objective designation of an emergency, influenced more by human bias. However, emotion can also be perceived as a positive factor in showing empathy in such situations. Drawing parallels with criminal court trials, where humans are often subconsciously influenced by emotion and preferences and the judge asks the jury to set aside their biases (emotion) in coming to a decision, the argument lends support towards the view that machines are more adept at making or assisting in decisions than humans. Machines have therefore the “advantage” of not being vulnerable *inter alia* to stress, frustration, and emotion and may thus be perceived as more impartial in making a decision to issue MAYDAY alerts based on normative criteria and risk factors. Notwithstanding, the issuance of an emergency signal does not guarantee that the responsible RCC will launch a SAR operation [at 61] but provides an objective way of overcoming human subjectivity and tantamount support that appropriate measures should be taken for the overall coordination of SAR services according to existing plans of operation (SAR Convention, Annex, para 4.5.3 and para 4.1.3).

No Tolerance for Avoidable Shipwrecks

The need for Frontex to reflect on how to approach “the issue of emergency signals for similar incidents in the future” was also highlighted as a shortcoming of its practice by Frontex’s Fundamental Rights Office. Undoubtedly, AI systems have the potential to significantly enhance the decision-making process in this context, as they can process and be trained to vast amounts of real-time relevant data, including weather conditions, vessel type, thermal images and historical incident data. Advanced analytics in this area can assist in identifying patterns and anomalies, helping to distinguish between the different phases of emergencies based on existing judicial guidance and the factors included in Article 9(2)(f) of [EU Regulation 656/2014](#). In a futuristic vein, the development of this surveillance system will make an assessment and predict when human life or vessel is, or will be, in imminent danger – before a shipwreck takes place – and recommend proactive action, including the timely and effective broadcast of the MAYDAY alert, which would then allow the RCCs to respond more efficiently according to the emergency phase of each factual scenario. A counter argument that requires further consideration is the possibility of false positives, which could create confusion, especially in the case of multiple distress incidents and the need for concurrent SAR operations.

An analogy can be drawn here from the events in the Crotona shipwreck, which are also discussed in the Ombudsman’s decision. The Frontex aircraft that detected the boat during its surveillance activities did not classify it as a potential emergency situation, while its own aircraft had to return to base due to deteriorating weather conditions. This indicates that the detection of a wooden, overloaded boat in prevailing or forecasted extreme weather and sea conditions, along with significant thermal imagery from below deck, does not warrant an emergency classification. Paradoxically, the boat was treated to be seaworthy, contradicting established criteria and Frontex’s SAR duties under [Regulation \(EU\) 2019/1896](#), which the Frontex’s Team Leader should take into account when designating emergency situations. Moreover, below the threshold of distress, legal duties of Frontex and RCCs also arise from the uncertainty or alert phase (see [here](#)).

The history of casualties in the Mediterranean, shipwreck after shipwreck, underscore the urgent need for

more rapid, impartial and objective responses to situations when life is in danger of being lost. For Frontex to adhere to its professed capabilities, that is, contributing *inter alia* to a comprehensive situational picture in the Mediterranean and “[at the same time saving lives thanks to \[its\] real-time monitoring and quick reaction capabilities](#)”, it needs to take proactive measures to address the systemic issues in its operational “[search](#)” practice. Considering the expanding usage of AI mechanisms in migration, asylum and border control management, coupled with the EU’s substantial spending on research and development for security technology ([annually over a billion](#)), I argue that it is critical to harness existing technological tools in line with international obligations to better respond to emergency situations and minimize the loss of life at sea. In parallel, it needs to be underscored that the [EU AI Act](#) considers border technologies of this type as high-risk, which implies that necessary safeguards such as transparency obligations, human rights impact assessments and scrutiny, are crucial. These measures are tantamount if any such development is to enhance protection of the rights of refugees and migrants and not exacerbate the problematic status quo, namely, violence and practices of remote control that facilitate interceptions and returns (see also, [here](#)).

Conclusion

The recommendations of the European Ombudsman, stressing the need for Frontex to explicitly lay down guidance for its staff as to when MAYDAY relays should be issued under both the context of its joint operations and within the framework of EUROSUR aerial surveillance [at 64], are particularly helpful and much needed. Shifting focus from a dehumanizing border regime to investing in beneficial technology has the ability to reinforce the Union’s rhetoric around saving lives at sea in a practical and real manner. Ethical considerations are tantamount in exploring this option, as human oversight in decision-making is crucial in maintaining accountability and ethical standards. More broadly, for AI to fulfil this promise, any algorithm developed should be primarily tested with pilots and be subject to continuous assessments, especially when applied in the context of life and death decisions. Admittedly, the intricate role of human judgment remains one of the most complex philosophical questions.

Federica Paolucci

Shortcomings of the AI Act

Evaluating the New Standards to Ensure the Effective Protection of Fundamental Rights

doi: 10.59704/363991b7c0205f64



After the much-awaited vote of the 13th March 2024 by the European Parliament, it is time to begin evaluating the state of fundamental rights in light of the AI Act (hereafter, also, the Regulation). In this blog post, three areas of potential inconsistencies and risks are examined: differentiation of provider and deployer, biometrics used in real-time and post-factum, and the standards of biometric recognition in the areas of immigration. I analyze these issues through the lens of the right to an effective remedy, as established by Article 47 of the EU Charter.

Subjects and responsibilities: the boundary between provider and deployer

One key area requiring clarification in the AI Act pertains to the actors subject to compliance. Concretely, the Regulation differentiates between *deployers* and *providers*. The distribution of compliance obligations follows a “distributed responsibility” model: providers and deployers bear distinct responsibilities to prevent undue burden on a single party, at least in principle.

A *provider* is broadly defined as any entity developing an AI system and introducing it to the market or using it in service. The Regulation imposes stringent obligations on providers, particularly for high-risk AI systems, emphasizing compliance with European legal requirements and accountability principles. Conversely, a *deployer* refers to an actor utilizing an AI system under its authority, excluding non-professional personal activities. Deployers generally need to ensure CE conformity. Also, deployers assume greater responsibility when they are altering the foundational model of a generative AI system.

Accordingly, determining who qualifies as a provider or deployer poses a legal challenge since the differentiation depends on the interpretation of the legal standard, defined as “substantial modification” of the system, as determined in Article 3, paragraph 1, no. 23. The aim of the AI Act is to bear deployers’ responsibility on generative AI only if they alter the foundation models, but the Regulation does not provide clearly which modifications

suffice the threshold. Hence, it is not sufficiently evident when the provider would not be held liable for an intervention on the AI model committed only by the deployer.

The roles of providers and deployers under the AI Act need a particular observation with regard to the measures already established under existing European and national laws, as per Rec. 10. I specifically refer to the data protection laws. Under Article 35 of the GDPR, the Data Protection Impact Assessment (DPIA) is the measure of accountability to entrust the risks presented by the processing. Among the compliance measure, the AI Act creates a “fundamental rights impact assessment” whose aim is “to identify the specific risks to the rights of individuals or groups of individuals likely to be affected [and] identify measures to be taken in case of the materialization of [these] risks” (Rec. 96). The obligation to perform this ex ante evaluation refers to the deployers of high risky systems in the situations listed under Art. 27 of the AI Act. This Article (par. 4) establishes that, in case the deployer needs to perform a DPIA, the fundamental rights impact assessment referred to shall complement it. Hence, the two compliance measures will be mixed up.

Thus, if a deployer is classified as a “data controller”, meaning the subject that determines the purpose and the meaning of the processing under data protection law, it is also responsible for conducting the DPIA under Article 26 par. 9 of the AI Act. Instead, the provider is regarded as a “data processor”, being the subject who processes data on behalf of the controller.

Differently, if a provider is portrayed as having real control over an AI system, as with foundation models, data protection authorities would consider the provider as a data controller or potentially a joint controller with the entity deploying the AI system. However, if the provider is perceived as having significant control over the AI system, its classification under GDPR may be altered. Being labelled as a data controller or joint controller comes with additional responsibilities and obligations under data protection laws.

There is no cutting-edge answer as to what degree of control of the AI system the provider must have to be considered a data processor. This issue reflects future challenges of the compatibility of the AI Act with the existing laws and remedies under EU and national laws. This clarification is crucial to establish legal certainty and to understand the distribution of responsibilities among different entities involved in data processing. This clarity is seen as necessary not only to uphold the principle of legal certainty but also to specify the duties of the involved parties and to ensure the protection of individual rights (i.e., Articles 15-22 of the GDPR).

Biometrics: real-time and ex-post

Regulating biometric recognition systems under Articles 5, 6, and 26 of the Regulation presents significant technical and interpretative challenges. The AI Act distinguishes between *real-time* and *ex-post* application of biometric data, referring to systems where face comparisons occur instantly and where recognition occurs later. Real-time applications of biometric recognition are generally prohibited, while post-uses are considered high-risk. Specifically, real-time biometric identification systems by law enforcement in publicly accessible spaces are prohibited, with exceptions listed in Article 5, paragraph 1, letter h).

Ex-post biometric identification systems are categorized as high-risk AI systems under Article 6, paragraph 2. This classification also includes biometric categorization and emotional recognition systems. Interpreting this rule alongside Article 26 of the AI Act and Annex III is crucial. Importantly, such usage is contingent upon authorization from a judicial or administrative authority but is limited to “targeted” cases. This implies that there is no authorization for widespread and indiscriminate use unless it is directly linked to a criminal threat, ongoing criminal proceedings, or the search for a missing person.

This legal framework presents a few issues that need to be unpacked. In particular, as already pointed out by the [Joint Opinion of the EDPB and EDPS](#) (5/2021), the distinction between the real-time and ex-post application of biometric recognition is futile from a fundamental rights perspective. The intrusiveness of the processing does not always depend on *when* the identification or the recognition is performed. The difference is [purely technical](#) and consists of two different moments of the identification process, but it entails the same consequences

for the surveillance of citizens. Particularly, the biometric system is mostly the same, trained with a biometric data set, that it is used in two modalities: e.g., live while the crime is happening, or after, ex-post.

The second and main concern on biometric recognition relates to the broad freedom granted to Member States to define the modalities of using biometric systems, especially concerning the authorization procedure, as stipulated in Article 5, paragraph 2. While the Regulation identifies the margins within which the use of these systems must occur, it also contains several grey areas. For example, Member States are left to determine which entity should authorize the use of biometric recognition: judicial or independent administrative authority.

There are several reasons why the Member States should move the needle towards a judicial authority. The main reason is to be found in granting judicial independence and transparency of a decision that has high impacts on the individual’s rights, as it has been clarified by the European Court of Justice in *Corbiau*, C-24/92 (i.e. par. 15). In this decision, the Court placed significant importance on the idea of independence in defining whether a body constitutes a court or tribunal. This emphasis is not surprising given that the core principle of the rule of law hinges on the reviewability of decisions made by public authorities through independent courts. Thus, the criterion of independence is widely regarded as the most crucial factor distinguishing national courts from administrative authorities.

Moreover, the European Court of Human Rights, in the case of *Glukhin v. Russia* (Application no. 11519/20), pointed out that the procedure for authorizing the use of face recognition in public spaces was deficient. Among other things, it lacked adequate safeguards since “a high level of justification is therefore required in order for them to be considered necessary in a democratic society, [...]” (par. 86). In essence, the assurance of judicial independence can be considered to suffice the highest level of justification criterion. Hence, without prejudice to the principle of procedural independence, it is essential for the Member States to determine that judicial authority is going to be the only one in charge of such an authorization in order not to undermine rights and grant [procedural fairness](#).

Emotion recognition and immigration are subject to high-risk standards

Making sure that judges oversee the authorization process also impacts the utilization of emotion recognition systems. These are **extremely controversial uses** of AI that, unlike previous versions of the Regulation, have been categorized as high-risk (Annex III, par. 1 lett. c). The use of emotion recognition is not allowed in workplaces and educational settings. However, it is permitted in other cases as long as it adheres to obligations for high-risk systems. Article 52, which deals with transparency obligations, is somewhat unclear. It excludes the requirement to inform individuals undergoing emotional or biometric analysis when the AI systems identify, prevent, and investigate crimes.

Similar issues are raised by the use of AI in the context of migration, where individuals subjected to the collection of their (biometric) data find themselves in a particularly vulnerable situation. In this regard, the Regulation classifies polygraphs and systems used to assess security risks, irregular migration, or health risks as high-risk systems (Annex III, paragraph 7). This applies to an individual entering or having entered the territory of a Member State, for evaluating asylum or visa applications or in the context of border management and control.

The scope of use, as evident, is significantly broad, encompassing numerous and varied scenarios that seem similar in terms of risk level to those designated as prohibited. This aspect has consequences in terms of authorizing the use of biometric and emotion systems in policing, border control, immigration, and asylum. Notably, Recital 59 states:

“In addition, this Regulation should preserve the ability for law enforcement, border control, immigration, or asylum authorities to carry out identity checks in the presence of the person that is concerned [...]. In particu-

lar, law enforcement, border control, immigration, or asylum authorities should be able to use information systems in accordance with Union or national law to identify a person who, during an identity check, either refuses to be identified or is unable to state or prove his or her identity, without being required by this Regulation to obtain prior authorization.”

In other words, in specific cases, facial recognition can be used without approval by a judicial or any other authority. This raises serious concerns about the regulation's compatibility with legal certainty and ensuring effective remedies. There is a risk of distorted applications, particularly in sensitive areas like migration, where invasive practices are already prevalent. In cases of irregular migration, where verifying identity upon entry is **often difficult** due to a lack of documentation, biometric recognition could be extensively used, even beyond the criminal offences listed in Annex II of the Regulation.

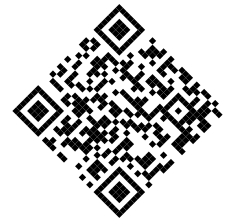
The challenges ahead

This commentary is not meant to cast a negative glance at the AI Act. On the contrary, the AI Act introduces remarkable achievements with respect to the inclusion of the Fundamental Rights Impact Assessment framework for high-risk systems and the exercise of procedural rights in front of the Market Surveillance Authority (Articles 27 and 70). However, **concerns remain**, including inconsistencies in biometric surveillance and potential inefficiencies of mechanisms of fundamental rights protection. Finally, the imbalance of power between the public authority and the individual, along with the inherent risk of collecting data on vulnerable individuals, are all reasons why judicial authority oversight must be required. In the realm of AI, it is essential for the judiciary to maintain the authority as a protector of rights, particularly in authorizing and monitoring AI's practical implementation.

Peter Čuroš

Hundred Days of Fico IV Administration

doi: 10.59704/1209541054add8f7



In Slovakia, we are witnessing something truly extraordinary. Within the first hundred days of the new administration, Slovakia has experienced a paradigmatic change in the penal codes, an attack on civil society organizations, an abolishment of the Special Prosecutor's Office, a bill for a limitation of the whistleblower protection, and politicization of independent institutions. Accordingly, I argue that Slovakia faces a much faster democratic backsliding than what was happening in Hungary and Poland. Based on the pace of the initial steps, we can expect a radical shift in Slovakia's democratic character and its position in international relations. Although this dramatic development is facing a strong reaction from civil society organizations and the public, the Fico IV administration does not allow any space for public discussion concerning these legislative changes.

In the following article, I critically assess the significant political changes after the parliamentary election in September 2023 and the formation of the new government consisting of two social-democratic parties, SMER-SSD, HLAS-SD, and the nationalist party SNS. [Robert Fico](#) arose from the ashes and became the prime minister for the fourth time, although many perceived him as a disqualified politician after [the murder](#) of the journalist Jan Kuciak and Martina Kušnírová.

In the first hundred days, the parliamentary majority and government members took several steps against the rule of law, public control, and civil society. We have seen plenty of examples of how to initiate [an attack on the independent institutions in Hungary and Poland](#) in the last decade. Similarly, as many anticipated before the elections, these [pessimistic concerns](#) are also becoming true in Slovakia.

Taming the police and judiciary: legal yet illegitimate steps of silencing

One of the first steps of the Minister of Interior Šutaj Eštok was a dismissal of the president and vice-president of the Slovak Police Force. He [dismissed the former Po-](#)

[lice President Štefan](#) Hamran two days before Hamran's retirement and reassigned him for those two days to a department 300 km away from his residence. This action is a clear signal from the Minister to everybody in the police force that the Ministry will sanction disobedience. While the dismissal of the police president can be read as a manifestation of power, the dismissal of the vice-president was unlawful, as the Minister did not apply for prior approval from the Office for the Protection of Whistleblowers of Anti-Social Activity, which awarded Vice-president Kišš a [whistleblower status](#). The court of the first instance granted an interim decision to allow Kišš to continue to perform his duties. In reaction, Minister Šutaj Eštok [threatened the judge](#), who rendered the decision, with disciplinary and criminal sanctions.

The Minister of the Interior took a similar step [against six investigators](#) of the National Criminal Agency of the Slovak Police Force (NAKA), who have also been awarded a protected status from the Office for the Protection of Whistleblowers of Anti-Social Activities. All of them, including Vice-president Kišš, were protected because of the [threat of retaliation](#) for investigating the corruption of former public officials from before 2020, many of whom were party members of the ruling SMER-SSD. The Minister argued that the reason for the dismissal was the manipulation of the investigation.

While the Office for the Protection of Whistleblowers has not taken away the status of the protected person, the Fico IV administration came out with a [proposal for an amendment of the Act no. 54/2019 Coll. on the Protection of Whistleblowers of Anti-Social Activity](#), which proposes to exempt members of the [police force](#) from the respective protection. One can consider this amendment a retroactive application of the law since the protected [whistleblower status](#) will be withdrawn from already granted cases.

Another step that did not fall within unlawfulness but constituted disturbance in democratic institutions is [the replacement of three members of the Judicial Council of the Slovak Republic \(JCSR\)](#), which happened even befo-

re the government got support in the parliament. Based on the current legislation, this is not a breach of the law. However, [the Constitutional Court](#) of the Slovak Republic (CCSR) and [international and European organizations](#) focusing on the independence of the judiciary have repeatedly objected to such an action. The replacement happened without the original members of the JCSR being informed of the reasons for the dismissal. The legality of the dismissal is currently pending at the CCSR. The concern about the JCSR is legitimate because of its broad power of control and influence over the selection of judges and disciplinary matters and a negative experience of exploitation during the chairmanship of Štefan Harabin, who used the JCSR to subordinate the judiciary and punish recalcitrant judges.

Abolishing the Special Prosecutor's Office and politicizing appointments of public institutions

The amendment of the Law on the Prosecutor's Office abolished the Special Prosecutor's Office (SPO), which has existed since 2004. The SPO handles cases connected to corruption and serious crimes, including those related to misusing EU funds. Investigations by the SPO have led to numerous convictions in high-profile corruption cases, [many of which were linked to Fico's ruling SMER-SSD](#). After the amendment, the prosecutors from this department will be separated from the pending cases. The prosecutors will be transferred to the General Prosecutor's Office, and the files will be sent to the regional prosecutor's offices. Such a step may lead to delays and failures in the investigation since the regional prosecutors do not possess the same expertise and funding as the Special Prosecutor's Office. [The Special Prosecutor's Office](#) will be abolished on 20th March 2024. The amendment was adopted in a fast-track legislative procedure without any previous discussion.

The apparent aim of the change is to detach cases previously handled by the SPO from the prosecutors who supervised and represented them in the preparatory and court proceedings and to allocate them to other prosecutors.

In the same category of disconcerting steps of the new majority was a limitation of the independence of key state authorities. In January 2024, the parliament adopted the law changing the way of nominating the heads of several public institutions, namely the Health Care Surveillance

Authority, the Statistical Office of the Slovak Republic, and the Antimonopoly Office of the Slovak Republic. The former process anticipated the said appointments to be distributed by the President of the Slovak Republic, who appointed the heads after a proposal from the government, which the parliament must have approved. After adopting the amendment, the government will appoint the heads of these institutions on the minister's proposal. Such a change will lead to direct accountability of the appointees to the executive power, reduction of the independence of these institutions, and increased politicization. The party members of the ruling majority have already filled these positions.

Limiting civil society organizations

In November 2023, the Minister of Labour of the Slovak Republic, Erik Tomáš, introduced a proposal to change the funding of civil society organizations (CSOs). The funds awarded to the organizations by the tax assignment were proposed to be replaced with the state fund, which would distribute the finances to the CSOs and decide which organizations are worth supporting. [The proposal](#) mentioned a distinction between "worthy" and "unworthy" organizations based on their activity, and the state would financially favour the worthy ones. Based on [the data](#) from the third sector leading representatives, this change in the tax deduction system means a difference of almost 100 million EUR per year, assigned directly to the CSOs by the taxpayers. This change would inevitably impact, for instance, citizens' assistance, public watchdog activities, or independent culture. In February 2024, Prime Minister Fico announced further steps against civil society, which will be "specific forms of monitoring" and a ["foreign agent regulation" that will limit the "political" CSOs](#).

Disconcerting and paradigmatic change of the penal system

[The amendment to the Penal Code](#) adopted in February 2024 in a fast-track procedure without consultations with experts and the public was extensive. It affected all the criminal offences in the code. While Justice Minister Boris Susko claimed the amendment primarily focused on crimes against property and economic criminal offences, it also reduced penalties for corruption and criminal offences against public safety and the environment, shor-

tened statutes of limitations for all the crimes (including offences against life, limb, or dignity), changed the position of cooperating defendants, and strengthened the protection of judges against the criminal investigation.

Moreover, it raised thresholds of damage that affect consideration between a criminal offence and a misdemeanour. The most questionable are changes of the threshold of the larger and substantial damage, raised by more than seven times (in the case of a larger damage, initially starting at 2,660 EUR, the first draft of the amendment changed to 35,000 EUR and was after a considerable criticism set to 20,000 EUR). The amendment also raised the threshold of the rate at which a judge may impose a suspended sentence of imprisonment, and the proposed change obliges a judge to give preference to a sentence other than imprisonment. Many former representatives of the ruling coalition parties are investigated or prosecuted for this criminality and will receive leniency accordingly.

This amendment to the Penal Code adopted in February 2024, if not stopped by the CCSR, will mean a general pardon on many criminal offences already committed, investigated, and prosecuted. The reason is that under existing legal practice, someone charged with a criminal offence is subject to the most lenient conditions that apply when their case has been investigated and prosecuted.

All crucial bills have been adopted in the [fast-track legislative procedure](#), limited only to extraordinary cases, such as a threat of an imminent breach of fundamental rights and substantial economic damage to the state. In the first hundred days of Fico IV administration, the par-

liamentary majority used fast-track procedure in 16 out of 22 proposed bills, which is 72,73% of the legislative process. However, the conditions for a fast-track procedure were not fulfilled. Fast-track legislative procedure prevents public participation, hampers the authorities' work, which has to adapt to sudden change at short notice, and effectively jeopardizes the fulfilment of their statutory tasks.

As a cherry on top, the Speaker of the National Council announced a plan to increase the number of judges at the CCSR. The President of the CCSR, Ivan Fiačan, immediately disapproved of the announced court-packing. According to him, the problem of the court is not the lack of judges, and the increased number of judges will not improve the situation. The [court-packing strategies](#) are used primarily in authoritarian regimes. For instance, we can observe cases of court-packing in the constitutional judiciary, such as in Turkey and Hungary.

At this moment, [the European Commission announced the possibility](#) of cutting the money from the Recovery and Resilience Plan as the result of the penal legislation adopted in Slovakia. Brussels threatened to stop EU funds for Slovakia if the initial changes were adopted. Nevertheless, the essence of the amendment to reduce punishments for economic crime and corruption remained. [The response from the public has been fierce](#), including almost 60,000 people protesting the proposed bills in the streets for several weeks. Despite the public pressure, the parliament adopted the changes in the Penal Code on February 8th.

Viktor Z. Kazai

A Constitutional Dignitary Conceived in the Orbán-Regime

The Portrait of Tamás Sulyok

doi: 10.59704/378506c7eb3914ab



On 26 February, Tamás Sulyok, the former President of the Hungarian Constitutional Court, was [elected](#) Head of State by the Parliament. The election of Tamás Sulyok as a member of the Constitutional Court and then as its president was part of the process during which Fidesz took over the Constitutional Court. Sulyok's presidency (2016–2024) was a testimony to the fact that the Constitutional Court has become subservient to the Fidesz-dominated political branches, and there is no sign that he has actively tried to do anything against it. Based on what we have seen so far, therefore, Tamás Sulyok is part of the Orbán-regime, and nothing suggests that he will exercise greater autonomy and independence in his role as Head of State.

The road to the Constitutional Court

The very first court curbing tactic used by Fidesz as soon as 2010 was to manipulate the composition of the Constitutional Court. To this end, the previous consensus-seeking model of nominating constitutional judges by the governing and the opposition parties was replaced by a new process that ensured that the will of the ruling party would prevail in the nomination. In parallel, the number of mandates at the Constitutional Court was increased from 11 to 15. As a [result](#) of these changes, the constitutional judges elected by the governing parties were in the majority by spring 2013.

The election of Tamás Sulyok as member of the Constitutional Court thus already took place in a highly politicised selection process, subordinated to the will of the governing parties. During the 2014/18 parliamentary term, the ad hoc committee nominating the members of the Constitutional Court was not composed based on parity but consisted of seven Fidesz and four opposition members. In September 2014, the committee nominated three lawyers from the classical legal professions to fill the three vacant seats on the Constitutional Court: An-

drás Zs. Varga, the former deputy of the Attorney General Péter Polt, Tamás Sulyok, attorney, and Ágnes Czine, judge.

In an [interview](#) published in 2019, Tamás Sulyok said, “I was supported by the opposition when I was elected constitutional judge” (translated by author). Yet, there is almost no evidence of this. In fact, the opposite can be read from the fact that the only members of the Justice Committee who were present at the [hearing](#) of the candidates held on 22 September 2014 came from the governing parties. And the only opposition member of parliament who tried to address the independence of the candidates was silenced by the chairman of the committee before he could finish his question.

During his hearing, Sulyok explicitly touched on the issues that were known to be the favourite topics of the governing parties: the dangers of the unconditional enforcement of EU law, the importance of national constitutional identity, and the significance of the constitutional complaint. He did not receive any substantive questions from the majority MPs, who simply thanked him for accepting the nomination and assured him of their support.

Not surprisingly, the two-thirds majority of Fidesz MPs elected the candidates without any problems. The [vote](#) was secret, but the results and the proportion of seats held by each party make it easy to see how widely supported each candidate was. Ágnes Czine enjoyed a demonstrable degree of acceptance among the opposition at the time, Tamás Sulyok got the vote of a few stray opposition MPs, while András Zs. Varga was elected only by the votes coming from the governing parties. In fact, if we consider both the negative and the invalid votes as protest votes, the degree of rejection of Sulyok and Varga Zs. by the opposition was almost equal.

The road to the presidency of the Constitutional Court

On 1 April 2015, the then President of the Constitutional Court, Barnabás Lenkovics, appointed Sulyok as Deputy President of the Constitutional Court. And soon after that, on 22 November 2016, the Parliament elected him as President of the Court.

This promotion was also due to an invention of Fidesz: before 2010, the president was chosen by the judges themselves from among the members of the Court. Under the new rules, however, the President is elected by a two-thirds majority in Parliament. This change has further increased the risk of indirect government influence over the Court because the President, now elected by the governing parties, influences the Court's decision-making in several ways, e.g. by deciding which case should be prepared by which judge and, in the event of a tie, by casting the deciding vote.

Tamás Sulyok's elevation to the presidency came at a time when Fidesz's two-thirds majority had melted due to by-elections, but four vacancies and the seat of the President had to be filled at the Constitutional Court. Fidesz easily played the opposition parties off against each other and eventually reached an agreement with LMP (Politics Can Be Different). This agreement led to the nomination of Tamás Sulyok for the presidency of the Court.

At the time of the vote, the governing parties Fidesz and KDNP, and the opposition party LMP together had a total of 136 seats in parliament, just three more than the necessary two-thirds. In the end, the [election](#) of Tamás Sulyok as President of the Court was supported by 137 MPs. So, there was no broad opposition support in this case either. In fact, this procedure probably rather aroused resentment among the opposition parties towards the elected judges, including Sulyok, as they felt that LMP had made a deal with Fidesz.

The Presidency of Tamás Sulyok

Tamás Sulyok was the President of the Constitutional Court for nearly seven and a half years. He has held this position for the longest time since the beginning of the Orbán-regime. He accepted both the nomination for constitutional judge and the presidency with a clear understanding that the governing parties would not tolerate any meaningful constitutional control over themselves. By then, the ruling parties had already limited the competence of the Constitutional Court and "overruled" some of

its decisions by way of constitutional amendments. Even conservative [scholarly analyses](#) of the time noted that the changes to the Constitutional Court's powers, organisation and procedure were "aimed at creating a new constitutional judiciary distanced from legislative issues politically sensitive for the governing majority" (translated by author).

In the past seven years of the Constitutional Court's operation the most significant constitutional issues have seldom reached the Court, and even the proceedings successfully initiated have been largely unsuccessful. It is [telling](#), for example, that of the 26 cases initiated by the opposition and decided between 2014 and 2020, the Constitutional Court found partial violations of the constitution in only 2 cases, while all other motions were completely unsuccessful.

And it is a clear sign of the lack of independence and autonomy of the Court that it has almost invariably ruled in favour of the governing parties in politically sensitive cases. In an earlier article, András Jakab [wrote](#) that "it is clear that in certain cases the Court is simply afraid or unwilling to render a decision that would necessarily follow from the Fundamental Law".

Sulyok wrote for the majority in a large number of pro-government decisions. Examples include the Decision nos. 22/2016 (XII. 5.) and 2/2019 (III. 5.) [establishing the possibility of disregarding EU law](#), Decision no. 23/2018 (XII. 28.) [establishing the admissibility of petitions based on the violation of the fundamental rights of public authorities](#) (later codified and then abolished upon the request of the EU), Decision no. 19/2019. (VI. 18.) [approving the criminalization of homelessness](#), the decisions that [delayed and then terminated the Lex CEU case](#), Decision no. 33/2021 (XII. 22.) that allowed [the referendum question on gender reassignment surgery](#) of children to be passed for government propaganda purposes, and the list could go on.

The fact that he has given his name to many highly controversial decisions without a problem can perhaps be partly explained by his understanding of his role as President, which he summed up in an earlier [interview](#) as follows:

"I can say, without modesty, that my personal strength is my contribution to finding compromise. [...] As President, it is my duty to be humble towards the majori-

ty in the Constitutional Court. My strategy is that if the majority decision is acceptable to me and does not fundamentally conflict with my principles, then I will back it.” (translated by author)

Another explanation may be that Tamás Sulyok does not really have a strong and demonstrable conviction in constitutional law. His previous articles, written in the course of his rather scant jurisprudential work, and his [PhD thesis](#) written under the supervision of László Trócsányi (former Minister of Justice of the Orbán-government and the nominee of Fidesz for the vacant seat at Constitutional Court), do not reveal any identifiable professional worldview. The most we can learn from them is that he attaches great importance to the role of attorneys in maintaining the rule of law.

Despite a significant decrease of the independence and autonomy of the Constitutional Court, it has managed to maintain the appearance of an active, professionally competent body under the presidency of Sulyok. This has been greatly facilitated by the introduction of the so-called German-type constitutional complaint in 2012, which has shifted the main focus of the Constitutional Court from the control of political powers (i.e. the review of legislation) to the supervision of the judiciary (i.e. the review of judicial decisions). Since lawyers were particularly interested in submitting petitions, the Court has soon become flooded with petitions on constitutionally less significant civil law, criminal law, administrative law, and other legal issues. The Constitutional Court's [statistics](#) show the image of a very active body.

As President of the Constitutional Court, Tamás Sulyok leaves behind a rather controversial legacy. He has previously [stated](#) that “I appreciate nothing more than professional and well-intentioned criticism [...] What I cannot deal with is criticism of a political nature, which is untruthful and unjustified.” (Translated by author.) The problem is that what the professional community and the

public could not deal with was the fact that President Sulyok did not even respond to the entirely legitimate professional concerns about the independence and autonomy of the Constitutional Court and his person, and avoided all politically sensitive questions on the rare occasions when he was interviewed. So, based on what we can see, the Constitutional Court has served the interests of the Orbán-government under Sulyok's presidency.

From presidency to presidency

Tamás Sulyok did not want to be Head of State previously. This is evidenced by the fact that János Áder, then President of the Republic, appointed him as an ordinary judge for an indefinite term in 2020, meaning that he could have left the Constitutional Court at any time at his own discretion and continued his career in an ordinary court due to another Fidesz invention aimed at [capturing the judiciary](#). This possibility ended in 2023, when he reached the general retirement age of 65 for ordinary judges. However, as no such rule applies to members of the Constitutional Court, Sulyok could easily keep his mandate, which would have expired in 2026.

But then came the [presidential clemency scandal](#) and the resignation of Katalin Novák, and Fidesz needed a new Head of State. The choice of Tamás Sulyok was perhaps surprising, but logical. He accepted the rules of the Orbán-regime when Fidesz made him a constitutional dignitary: he led the Constitutional Court in a way that did not hinder, and sometimes even helped, the government's policies. In the meantime, however, he has maintained his image as a professional, independent of politics and has not made a fool of himself in public, which is an achievement in itself in the Orbán-regime.

Tamás Sulyok, as President of the Constitutional Court, did not feel the responsibility that falls on the actors of the system of checks and balances. As President of the Republic, he will have even less opportunity to act as a check on the Orbán-regime. But his personality suggests that Hungary will have a very jovial head of state.

Henry Barrett

The Sovereign Protection Office as the Tip of the Iceberg

Instrumentalizing Constitutionalism for Regime Preservation in Hungary

doi: 10.59704/1eb748ca92bbb91c



In December 2023, the Hungarian Parliament [passed](#) a law establishing a Sovereign Protection Office – a state administration which now [possesses](#) unfettered access to personal data to find and sanction supposed foreign agents among the Hungarian populace. This office [operates](#) at will and without oversight, [offers](#) no avenue for legal redress, and [wields](#) prison time upwards of three years. It was [founded](#) “in the interest of protecting constitutional identity,” “for the purpose of implementing the Fundamental Law,” and “on the basis of... the Fundamental Law.” EU institutions have taken various steps to address this law which directly violates Article 2 TEU values. In recent weeks, the European Commission [launched](#) an infringement proceeding over the law, and the European Parliament [called](#) on the European Council to consider Article 7(2) procedures.

Executing a constitutional coup

While these developments in Brussels are welcome, the Sovereign Protection Office is merely the tip of the iceberg of Article 2 TEU breaches in Hungary. In actuality, this office represents the downstream effect and long-term culmination of politically-instrumentalized constitutionalism for ruling party preservation. To understand the full nature of Article 2 TEU infractions by Fidesz, one must turn to the development of Hungary’s current constitutional regime in 2011. EU responses to Hungary’s rule of law derogations with the Sovereign Protection Office are entirely moot without due consideration of Hungary’s Fundamental Law. That is to say that even if Fidesz adjusts course over the Sovereign Protection Office, the constitutional regime of 2011 leaves the Hungarian government in continued violation of basic rule of law principles. As such, the Sovereign Protection Office raises the ever-present specter of the (il)legitimacy of the Fundamental Law in Hungary.

The current Fundamental Law of Hungary is a young,

manufactured institution – established by the ruling Fidesz Party in 2011. In the 2010 parliamentary elections, Fidesz won a free and fair two-thirds majority which granted them constitution-amending powers – powers [untouched](#) by previous two-thirds majorities but soon-to-be unhesitatingly taken advantage of by Fidesz. The ruling party [produced](#) the Fundamental Law of Hungary on Easter Sunday 2011. This [new constitution](#) was drafted in secret, singularly passed by the ruling party, incorporated no input from opposition parties or civil society, and received no popular ratification. In the 2010 parliamentary campaign, Fidesz [never ran](#) on a platform of transforming the Hungarian constitutional order nor indicated any intention to do so. The development of the Fundamental Law was, in effect, a “[constitutional coup](#).” In short, this constitutional order was conceived in undeniably political circumstances for politically instrumental ends. Constitutional scholars have and will continue to parse through various elements of the Fundamental Law. For the sake of brevity, this piece will elucidate the transformation of the Constitutional Court and the judicial system writ large.

Transforming the Constitutional Court

In the development of Hungary’s Fundamental Law, Fidesz transformed the Constitutional Court in both competencies and composition. After 1989, the Constitutional Court served as the key check on Hungary’s unicameral legislative body – a robustly independent [judicial organ](#) and [counterbalance](#) to a majoritarian governance structure. The Court was highly accessible to and popular with the public; any citizen could petition the Court to constitutionally review laws via *actio popularis* [petitions](#). These constitutional petitions served as a key avenue for post-communist civil engagement. For example, the death penalty was [abolished](#) via *actio popularis* appeals to the Court. However, with the changes in 2010,

Hungary **underwent** a clear transition from legal constitutionalism to political constitutionalism. Imre Vörös – a former judge on the Hungarian Constitutional Court from 1990 to 1999 – **described** this constitutional revisionism in 2010 as “an overthrow of the state using the instruments of constitutional law, under the cover of the constitution, through constitutional legislation, and a series of constitutional amendments: an unconstitutional coup d’état.” The repurposing of the Constitutional Court as a political tool symbolizes this break most clearly.

Regarding the Court’s competencies, Amendment 4 Article 19 § 2 of the Fundamental Law **blanket swept away** all standing Constitutional Court precedent, shirking the constitutional heritage that Fidesz so adamantly **upholds** today. Alongside this deletion of judicial precedent by legislative fiat, the Court **lost oversight capacities** on questions of financial laws – such as judicial review of tax laws or the budget. Furthermore, individuals were **no longer able** to directly petition the Constitutional Court with *actio popularis* requests. With Fidesz reducing the purview of the Constitutional Court to questions strictly pertaining to the Fundamental Law, the Court’s hallmark autonomy and widespread access to civil society atrophied. The effects compounded with changes to the make-up of the Court.

On the composition of the Court, the ruling party utilized the Fundamental Law to introduce a highly partisan process to judge selection and to craft a judicial system favorable to Fidesz. **Before 2010**, nominees to the Court were selected by a committee comprised of a representative from each party in Parliament; eleven justices sat on the Court. **Article 24 § 8** of the Fundamental Law expanded the number to fifteen justices, extended their tenure from nine to twelve years, and removed the requirement for opposition consensus in the selection process. A two-thirds majority vote – which Fidesz has consistently held since 2010 largely thanks to **gerrymandering** – would suffice for appointment to the Court. Furthermore, the President of the Constitutional Court would no longer be selected by his or her peer justices but by a two-thirds, partisan vote in the Parliament. By 2013, the **majority of justices** on the Constitutional Court were hand-picked by Fidesz. Most controversially, **Article 26 § 2** of the Fundamental Law – eventually repealed after significant push-back – would have **lowered** the retirement age for ordinary judges from 70 to 62 – forcing 274 judges or one-tenth of all Hungarian judges into early retirement at once. This

is the judicial system and Constitutional Court that Fidesz **touts** as the paragon of the rule of law and national constitutional tradition.

Manufacturing constitutional identity

With this context, one perhaps might reduce this political saga to a pithy question: How does Fidesz legitimize a partisan, manufactured, and novel constitutional milieu? The answer lies in the *ex post facto* apotheosis of the Fundamental Law as the nonpartisan embodiment of national sovereignty and a thousand-year history. The drafters of the Fundamental Law implemented this strategy by interspersing the **document** with frequent references to Hungary’s ancient traditions and ethno-religious heritage. However, nothing about the Fundamental Law is ancient nor neutral; such a political move does not hold against scrutiny.

With the renewed focus on the ruling party’s leadership in Hungary – a leadership that now promises to double down on instrumentalizing constitutional sovereignty claims for regime preservation – European Union leadership and anyone else interested in preserving liberal democratic mores would be wise to pay attention. Utter **political forbearance** over derogations under the Juncker Commission and the *pávatánc* of frozen then unfrozen **EU funds** under the Von der Leyen Commission have failed to address the entrenchment of the Fundamental Law and this retroactively manufactured constitutional heritage for which Fidesz leadership **waxes** so nostalgic. The consequences of the 2010 pivot from legal constitutionalism to political constitutionalism are manifest – exponentially rippling throughout civil society. There exist countless other instances where **journalists**, **NGOs**, **LGBT individuals**, and **universities** have faced material sanctions under the auspices of constitutional sovereignty claims. Fidesz justifies these laws through the guise of national constitutional sovereignty – even if there is no possible connection to constitutional competencies. This instrumentalization of constitutional identity is a particularly savvy political approach because Article 4 TEU squarely **delegates** constitutional questions to Member States. When critics raise concerns about the development of the Fundamental Law, they are **caricatured** as biased political actors encroaching on Hungarian sovereignty. The Hungarian government has adeptly and retroactively created a sort of constitutional *kulturkampf* to cover for, distract from, and cry “woe is me” over blatant Article 2 breaches. The

reality is that claims of long-standing and neutral national constitutional praxis only carry precedential sway if that constitutional framework has endured through time and different ruling parties. For Hungary's Fundamental Law today, that is not the case. And in the intervening period of necrotic political will in Brussels, we have arrived at the ultimate culmination of more than a decade of political constitutionalism – the Sovereign Protection Office.

Ensuring the return of liberal democracy

For the sanctity of the treaties, the EU Commission must take action over these clear and persistent breaches of Ar-

ticle 2 values in a Member State. The Rule of Law Conditionality mechanism is not a panacea, but it remains the most potent tool in the EU's Rule of Law Toolbox for ensuring the return of liberal democracy to Hungary. Hungary historically has been the largest net [recipient](#) of EU funds per capita. Continuing to withhold some 20 billion euros and expanding – rather than [diminishing](#) – that sum sends a strong signal that the European Union is a *sui generis* political community that will no longer entertain demonstrable contraventions from the EU's *acquis*. Perhaps such a commitment will then bring an end to the political instrumentalization of constitutionalism in Hungary.

Doruk Erhan

What is Living and What is Dead in the Turkish Parliament?

doi: 10.59704/2682d129c4c7db41



On January 30th, 2024, the Turkish Parliament officially revoked the mandate of Can Atalay, an opposition MP representing the earthquake-affected city of Hatay. Atalay, incarcerated for his alleged role in the nationwide [Gezi Park protests](#), lost his MP status as soon as Deputy Speaker Bekir Bozdağ read the court judgment confirming his 18-year prison sentence – a ruling that the nation’s highest court deemed unconstitutional twice. Predictably, the session was [emotionally charged](#), with opposition MPs protesting, some displaying signs reading “Freedom to Can Atalay,” and one even throwing a copy of the Turkish Constitution at Bozdağ. “We are witnessing the execution of a coup trembling on the Constitution,” remarked Erkan Baş, the leader of Atalay’s Workers Party of Turkey (TİP).

Atalay’s imprisonment, even prior to the Parliament’s intervention, had been at the center of a high-level judicial crisis, covered extensively on this blog ([here](#), [here](#) and in a previous [post](#) by me). The Constitutional Court (TCC) ruled in [October](#) and [December](#) that Atalay’s imprisonment, despite his parliamentary immunity, violated his constitutional right to be elected and engage in political activities. Twice, the 3rd Chamber of the Court of Cassation, the apex court in criminal and civil matters, refused compliance, accused the TCC of “judicial activism,” and called for a criminal probe into TCC justices writing for the majority.

The termination of Atalay’s mandate, marred by procedural irregularities and substantive defects, is now a fact. In a way, here lies the power of President Recep Tayyip Erdoğan’s authoritarian regime – in its ability to transform fatally flawed decisions into incontestable facts, absolute victories. Then, after each defeat, we optimistically describe the incident as a [crisis](#), a [coup against the constitutional order](#), as if there were a constitutional normality that exists but is only momentarily disabled. As argued in my previous post, this language makes it all the more challenging to grasp how this polity, with all its injustice and suffering, has been made and sustained.

Atalay’s incident, from its inception to the recent parliamentary drama, not only exposes the diminished authority of the TCC but also exemplifies the tacit cooperation among the regime’s loyal officers – judges, MPs, or civil servants. In this subtle network, the Parliament occupies a peculiar place with its distinct symbolism, serving as a fig leaf for authoritarian politics. This is what happened in the latest fait accompli: with the Parliament’s forced participation, an egregious court ruling, lacking any reasonable constitutional basis, has been laundered, and a blatant violation of law turned into a fact that we will have to live with.

Parliament’s Intervention: An Act with a Thousand Defects

Let me begin from where my previous post ended – the Third Chamber’s audacious ruling on November 8th, resisting Atalay’s release, deeming the TCC ruling ultra vires, and calling for a criminal investigation against the majority justices. In response, Atalay’s legal team submitted another individual application to the TCC, citing the ongoing violation of rights identified in the prior, non-implemented judgment.

On December 21st, the Court issued its second opinion, reiterating its earlier reasoning but with unanimity and more emphatic language. It characterized the 3rd Chamber’s ruling as “having no place in the Turkish legal system” and added a consequentialist section on why non-compliance with the Court’s rulings would be fatal for the rule of law in Turkey (para. 55-67). The Court sent the file to the criminal court of first instance for Atalay’s release, explaining at length the receiving court’s obligation to remedy the violation as instructed, with no room for transfer or dismissal. Moreover, a copy of the judgment was forwarded to the Parliament and the Council of Judges and Prosecutors, likely aiming to trigger disciplinary action and political pressures against the rogue judges of the Third Chamber.

With utter disregard, the same actors committed identical transgressions. The trial court in Istanbul, despite the TCC's explicit instructions, [transmitted](#) the case file back to the Court of Cassation. Once again, the 3rd Chamber erroneously assumed jurisdiction and [refused](#) to give effect to the TCC's order to release Atalay. The presiding judge, Muhsin Şentürk, forwarded a copy of the ruling to Parliament, initiating the termination procedure under Article 84/2 of the Constitution. Following weeks of silence and backroom dealings in Ankara, the plan to enforce Atalay's twice-vacated conviction was first [revealed](#) by Leyla Şahin Usta, deputy chair of the Justice and Development Party group, during a live broadcast. The same afternoon, the advisory council swiftly convened, reorganized the agenda, and Deputy Speaker Bozdağ read Atalay's prison sentence amidst outrage and shock.

This entire process was legally flawed on various levels. Under Article 84/2 of the Constitution, an MP can only lose their status if the criminal conviction, notified to the Assembly, has finality. However, the ruling from the 3rd Chamber lacked not only finality but also validity – it was void in two distinct respects. Substantively, it was unconstitutional for infringing several of Atalay's fundamental rights, authoritatively determined in a binding judgment. It was also void procedurally, as the 3rd Chamber was improperly seized, going against the TCC's decision to exclusively empower the trial court for remedying the violation.

Once again, Atalay's lawyers and the main opposition party, the Republican People's Party (CHP), resorted to the TCC for a legal remedy. They [sought](#) an expedited declaratory judgment that would establish the purported removal as "null and void" under the Court's established doctrine, which invalidates parliamentary acts for serious procedural errors equivalent to amending Parliament's Rules of Procedure. Despite voicing a legitimate outrage, the application was inherently futile since, technically, there was no parliamentary act to be reviewed and invalidated – the reading of Atalay's conviction was merely declaratory under Article 84/2.

Possibly driven by similar reasoning, the TCC [held](#) that there was no [ground](#) to entertain the case with a majority of votes – 10 to 4. As of this writing, its reasoned decision remains unpublished. However, even this act of relative self-restraint failed to appease the members of the regime; the Minister of Justice [criticized](#) the Court for not summarily dismissing the application for lack of ju-

risdiction.

In any case, given the Government's steadfast commitment to obstructing Atalay's release, we should have more reasonable expectations about what is judicially feasible. The TCC is at a highly fragile juncture, and it is not evident why a ruling that unequivocally deems Atalay's termination "null and void" would be more effective than all the previous rulings, which were shamelessly disregarded and resisted. Consequently, the opposition should cease regarding the Court as an omnipotent entity with the power to rectify all that is outrageous and shocking in Turkish politics. What is at issue is an irreducibly political confrontation where legalistic moves and eloquently articulated doctrines are impotent.

Seeing Erdoğan's Long Game

The real mystery, then, is what lies behind the government's persistent and obsessive pursuit. Why does Atalay's case hold so much significance for Erdoğan's regime that a blatant judicial crisis is tolerated, and its political costs are readily absorbed? Some analysts explain it by the regime's special resentment against all those involved in the Gezi Events – a historical challenge to Erdoğan's rule that endures in public memory after more than a decade. Alternatively, and perhaps less romantically, others interpret the controversy as a pretext for restructuring the TCC through another referendum following the upcoming local elections. Substantiating this latter interpretation, President Erdoğan recently [emphasized](#) constitutional amendments as the sole means of resolving the judicial crisis. Concurrent news reports [affirm](#) the regime's discontent and unease regarding the court's influence through the use of "individual applications."

Regardless of the precise motive, such adversarial confrontations are not unprecedented in the Turkish context. This is not the first occasion where the TCC is being criticized for its mildly [liberal jurisprudence](#) or accused of [lacking patriotism](#). Moreover, institutional adversaries, whether real or perceived, have always been active ingredients of Erdoğan's political style, characterized by a blend of cold-blooded realism and carefully engineered collective hysteria. Through this adversarial lens, he not only solidifies his party's voter base but also shifts dissatisfaction away from the government's policy missteps towards external adversaries: the [interest rate lobby](#), [foreign powers](#), the [European Court of Human Rights](#) (ECHR), [bureaucratic oligarchy](#), and now the TCC.

Furthermore, such headline-grabbing inter-branch conflicts test the loyalties of the ruling elite, reshuffling the regime's inner hierarchy with new losers and winners. Take for instance Numan Kurtulmuş, the Speaker of Parliament, whose [reluctance](#) for enforcing the rogue judgement ended up in his recent sidelining. As a result, the whole removal procedure took place in his conspicuous absence, while Deputy Speaker Bozdağ was the one leading the initiative and taking all the credit. Reports also indicate [ongoing internal divisions](#) within the regime regarding the future trajectory and status of the TCC. In essence, the prolonged controversy gives Erdoğan, having already positioned himself as a [neutral referee](#), the opportunity to distinguish the unquestioning loyalists from the hesitant, foot-dragging ones.

The Parliament: A Lifeless Monument for Cynical Homage

Within this multilayered struggle, Parliament assumes a purely rhetorical yet still central function. Therefore, it is crucial to pause and foreground what this informal function actually entails. Under Turkey's current presidential system, the legislative branch first appears wholly obsolete, devoid of any genuine agency or political significance, especially when the same party or bloc controls the presidency and the legislature.¹ Despite its constitutionally-imposed irrelevance, however, the Turkish Parliament continues to hold symbolic value, which is opportunistically invoked by the regime and utilized for momentary gains. For instance, on the day following Atalay's removal, Devlet Bahçeli, the leader of the far-right Nationalist Movement Party (MHP) and the minor partner of the alliance, [applauded](#) the Parliament's courage, making the following remarks:

"The Turkish Grand National Assembly (TBMM), as the manifestation of national will, rejected the domineering, ill-intentioned, prejudiced, politically biased, flawed, and painful stance advanced by the Constitutional Court, backed by media power."

Bahçeli's characterization is revealing, particularly for his rhetorical weaponization of the Parliament as national will incarnate – as though Atalay was not an elected MP and as though his removal was the outcome of genuine democratic deliberation. However, in the regime's thinking, all this is incidental because Parliament only exists as a memorial site, a dead monument for a cynical show of respect. Nothing more.

This abusive language, laden with hypocrisy and doublespeak, will likely persist in the coming months as the government brings forth its constitutional amendment package before various parliamentary bodies. "Turkey is drafting a new civilian constitution, ending juristocracy, and the Grand National Assembly is its engine," it will be asserted. We should see it for what it is: a deception, mere lip service, an act of anti-democratic myth-making. Then, as we look clear-headedly to the future, our focus should be to craft a winning majority rather than engaging in new legalistic maneuvers, designed to persuade or sanction the 3rd Chamber judges or the regime's loyal operators outside the judiciary. Because neither the slowly turning wheels of justice nor our well-crafted arguments will reach them. As Upton Sinclair observed a century ago, "it is difficult to get a man to understand something when his salary depends on his not understanding it".

¹The deficiencies of the current presidential system have been extensively addressed on this blog; see [here](#) and [here](#). To illustrate the evident and concerning imbalance between the legislative and executive branches, a few salient features of the new system suffice: First, the Constitution ties Presidential and Parliamentary elections together, which reinforces presidential authority over political parties and MPs within a system characterized by leader-oriented parties with weak intra-party competition. Moreover, the president's authority to dissolve Parliament is unconditional, while Parliament's capacity to call for presidential elections necessitates a qualified three-fifths majority. Regarding legislative matters, overturning a presidential veto requires a majority of the entire parliamentary membership (301 votes). Finally, MPs are limited to submitting written questions to ministers and vice presidents, with the President positioned beyond their inquiry.

Neus Torbisco Casals, Nico Krisch

The Spanish Amnesty, the Conflict with Catalonia, and the Rule of Law

doi: 10.59704/a95a973aeeb1b6f2



The Spanish amnesty for the Catalan independence movement is a victory for the rule of law, rather than a defeat, as many critics want us to believe. It is not an exemption from punishment otherwise due, but instead a reflection of the fact that the acts now amnestied should never have been subject to criminal prosecution in the first place. It is thus also a way for Spain to return to compliance with its obligations under European and international human rights law.

The amnesty [bill](#) – the “Amnesty Law for the Institutional, Political and Social Normalization in Catalonia” – was approved last week by the lower house of the Spanish Parliament, the *Congreso de los Diputados*. It currently awaits deliberation in the Senate; if, as is expected, the Senate rejects the bill, it will require another vote in the Congress to be adopted. Given the political dynamics in the two chambers, most observers expect the bill to pass and the law to enter into force by the end of May.

A Political Agreement

Amnesties are political and legal instruments for exceptional circumstances, and they are typically used for purposes of reconciliation in ongoing political and social conflicts. Many countries have provisions on amnesties in their constitutions; others have used amnesties as a legislative tool to ease political transitions and overcome deep divides in society. In Spain, too, the amnesty law is embedded in an attempt at overcoming the constitutional conflict over Catalan self-determination claims and Spanish attempts to repress them. It is part of a political [agreement](#), negotiated with the party of the former president of the Catalan *Generalitat*, Carles Puigdemont, and concluded in November 2023 as the basis for the re-election of Pedro Sanchez as president of the Spanish government. This agreement represents a broader, more ambitious political accord to tackle the historical conflict between Catalonia and Spain – a conflict of more than three centuries which led to the 2017 independence

referendum and the heavy-handed response of the Spanish government. As a result of this response, Mr Puigdemont and several members of his government are still in exile. Other members – jointly with civil society leaders – served years in prison before a partial pardon converted their long sentences; some are still disqualified from public office until 2031. Many other officials and activists have been punished or are still subject to criminal prosecution.

The agreement seeks to pave the way for a political resolution of this conflict. It recognizes that the conflict has not been resolved and highlights key discrepancies in political narratives – discrepancies in part about the persistent attempts, since the end of the war of the Spanish Succession in 1714, to suppress Catalonia’s existence as a nation, with a distinctive civil, political culture. Discrepancies also about the current Spanish constitution, adopted in 1978, which fostered a transition from Franco’s dictatorship to democracy but, in the eyes of many Catalans, relegated key questions of cultural and linguistic diversity as well as political sovereignty and legitimacy to the background.

The agreement sets up a mechanism to address those discrepancies and negotiate potential solutions for the future. While it has foreseeably provoked significant criticism, the most intense attacks – [also](#) on this blog – have targeted the part of the agreement that provides for an amnesty. The law now adopted by the Congress covers acts linked to the Catalan independence movement between 2011 and 2023, with a particular focus on the 2014 public consultation and the 2017 referendum on independence. It soon provoked furious reactions from right-wing parties in Spain, a [request](#) for clarification from the European Commission and – in an unprecedented move – a protest by the highest body of judicial self-government. This body – the *Consejo General del Poder Judicial* – [expressed](#) (even before the agreement was concluded or its precise content known) its “intense concern and desola-

tion” about the fact that the envisaged amnesty represents “a degradation, if not the abolition, of the rule of law in Spain”. In its view, with the amnesty the parliament would “invade the competences of the judiciary” and “violate judicial independence”, thus threatening the separation of powers and the fundamental rights of citizens. Whatever one thinks about the appropriateness of judges intervening in legislative processes publicly and on their own initiative, this statement reflects broader questions about the compatibility of the amnesty with the rule of law, given that it – like any amnesty – exempts certain acts from criminal punishment. Can such an amnesty go together with the rule of law in a democracy?

The Amnesty, the Rule of Law and Judicial Overreach

Amnesties can indeed raise doubts about the equality of citizens before the law and their compatibility with human rights. Over the past decades, international human rights bodies have increasingly found that amnesty laws violated human rights standards because they prevented the punishment of heinous crimes which states have an obligation to prosecute and punish. This applies especially to amnesties for crimes committed by dictatorships, often accepted by other political actors to smoothe a transition to democracy. Most famously, the Inter-American Court of Human Rights has struck down amnesties in several cases, beginning with the *Barrios Altos* case concerning a self-amnesty declared by the government of Alberto Fujimori in Peru, which had sought to avoid the punishment of officials involved in torture and extrajudicial killings during his reign.

The new Spanish amnesty law is of a different character. Rather than undermining international human rights, it seeks to bring Spain into compliance with international standards. It responds to the fact that over the past decade, faced with an increasingly powerful independence movement in Catalonia, the Spanish government and judiciary have had ample recourse to the criminal law to deal with an essentially political challenge. They have done so regardless of the fact that, in 2005, the Spanish parliament had [abolished](#) the crime of organizing a referendum in the criminal code, with the clear understanding that unauthorized referenda should be dealt with “in ways other than the criminal law”. Despite this legislative choice, prosecutors and judges have used a host of other provisions – especially rebellion, sedition and the misappropriation of funds – to recriminalize the in-

dependence referendum through the back door.

Spanish courts have thus punished – often severely – the organizers of a public consultation on independence in 2014, the actors behind the 2017 independence referendum, organizers of and participants in public protests, and a whole host of other actors connected to the independence cause. This includes well-known cases – such as those of Carles Puigdemont and other members of his government who went into exile and continue to be threatened by arrest warrants, and of the members of his government as well as leading civil society actors who were tried in the Spanish Supreme Court with harsh prison sentences of up to thirteen years for “sedition” (the latter were partially pardoned after they had served more than three years in prison). But it goes much further: prosecutors have gone after many mid-level officials in the Catalan government at the time of the referendum, and they have targeted civil society activists and individual demonstrators not only for their role in events in 2017 but also later, for example in the protests against the sentences in the Supreme Court in 2019. In November 2023 – in a surprising coincidence with the negotiations over the amnesty law – the Spanish *Audiencia Nacional* (later also the Supreme Court) has opened formal investigations for supposed terrorism crimes against actors involved in the “Democratic Tsunami”, the backbone of the 2019 protests and behind non-violent actions such as the blockade of the road leading to the airport of Barcelona. [All in all](#), according to Catalan civil society organization Omnium Cultural, almost 1500 people have been subject to criminal procedures, 1200 to administrative and accounting procedures with often heavy sanctions. More than 100 have been spied upon by police and intelligence services, often through the use of the Pegasus software on victims’ mobile phones in what became known as the [Catalangate](#) scandal.

Lawfare and International Condemnation

This kind of lawfare – the use of the law to damage or delegitimize an opponent – has been widely decried by human rights organizations, such as [Amnesty International](#) and the [International Commission of Jurists](#), as well as UN experts, for example the UN [Special Rapporteur](#) on freedom of expression and opinion. Important quasi-judicial bodies of the United Nations have followed suit. In 2019, the UN Working Group on Arbitrary Detentions [found](#) the imprisonment of politicians and civil society acti-

vists to violate the international bill of rights. In 2022 and 2023, the UN Human Rights Committee – the most prominent quasi-judicial body supervising the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights – [found](#) that the suspension from their parliamentary seats of members of the independence movement violated their political rights. Likewise, in 2021, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe criticised the criminalization of non-violent pro-independence activism and [called](#) on Spain to find political ways of dealing with the conflict.

The amnesty law now agreed upon is one way for Spain to comply with the demands of international human rights law. It is not an exemption from punishment otherwise due, but instead a reflection of the fact that the acts now amnestied should never have been subject to criminal prosecution in the first place. This amnesty is necessary only because Spanish judges and prosecutors have interpreted criminal provisions, such as those on rebellion, sedition or terrorism, so excessively wide that, in order to protect the state, they have disregarded international guarantees. They have ignored [provisional measures](#) indicated by the Human Rights Committee to protect the political rights of candidates for the presidency of the Catalan government, and they have disregarded the immunities of members of the European Parliament, as the European Court of Justice has [clarified](#). This anti-liberal stance is in line with the fact, noted by many [observers](#), that the Spanish judiciary is very conservative, due in part to the lack of an institutional rupture with the judiciary under the dictatorship. It is significant that courts in other European countries – Germany, Belgium, the United Kingdom and Italy – have consistently rejected Spanish judges' requests for surrender of Catalan independence leaders on the basis of European Arrest Warrants. Remarkably, the German court that refused Mr. Puigdemont's surrender in 2018 – the *Oberlandesgericht Schleswig* – [noted](#) that the political mobilization Spanish courts saw as "rebellion" were, for reasons of constitutional rights and democratic freedoms, not punishable in a similar way under German law. In 2020 and 2021, Belgian courts refused to execute a European Arrest Warrant against a former minister in the Catalan government in part because they saw significant risks for the right to a fair trial, also taking into account the earlier findings of the UN Working Group on Arbitrary Detention.

Amnesty, or Rather: Rectification

In this light, "amnesty" might be a misnomer for something that really is a rectification. Rather than challenging the rule of law, the amnesty reinstates it – it secures compliance not only with the decision of the Spanish legislature to decriminalize the holding of referenda, but also with (international and national) human rights standards by decriminalizing peaceful acts of political activism and protest. The amnesty explicitly excludes violent acts, especially terrorist crimes – but it defines terrorism in line with the relevant EU Directive, not with the loose interpretation given to it in Spanish practice. This seeks to avoid a scenario in which judges use terrorism accusations to sideline the amnesty – as the recent charges around the 2019 Democratic Tsunami appear to intend. And it can help to bring Spanish interpretations into conformity with the freedom of expression and protest, which international human rights groups have long [demanded](#).

Last week, the Venice Commission of the Council of Europe in its [opinion](#) on the proposed law has then also found it to be largely compatible with rule-of-law principles and only recommended adjustments to the scope of covered acts to generate greater legal certainty. The Commission has also clarified that the concerns about judicial independence and the separation of powers – so central to the criticism from the Spanish judiciary – are misplaced as the effects on judicial proceedings are merely "logical consequences of the retrospective erasure of criminal liability" characteristic of any amnesty.

The Spanish amnesty thus rectifies past wrongs and thereby provides a starting point for a process of negotiations, under international supervision, that takes seriously the discrepancies in views about history and politics that have shaped the relations between Spain and Catalonia for long. This process can help to generate a "politics of recognition", to use the words of Canadian philosopher, Charles Taylor – a recognition that seeks to acknowledge, rather than deny, key differences in identity, culture and visions of sovereignty and self-determination. It will only be through such recognition – not repression, as through the criminal law – that it might become possible to find a *political* solution to what has always been a primarily political problem.

Both authors advised members of the Catalan

*independence movement on questions of international
human rights law.*

Andrzej Schultz, Jakub Sawicki

Polish(ing) Broken Tribunal

The New Polish Coalition Government's Package to Restore the Constitutional Tribunal – a Wobbly Constitutional Reset?

doi: 10.59704/a227f2abddb83691



No one in Poland has ever doubted that cleaning up after the Law and Justice Party's (PiS) eight years (2015–2023) in power will be an easy task. After almost three months in power, the new governing coalition led by Donald Tusk's Civic Platform (PO) has decided to take on the Polish equivalent of the Aугean stables, the Constitutional Tribunal (CT). Adam Bodnar, the Minister of Justice, took on the Herculean task. Like the mythological hero, though, he has mighty odds against him: constitutional constraints and political opposition. Changing the Constitution requires a parliamentary majority that the new coalition does not enjoy. Whereas changing statutory laws requires the approval of Polish President Andrzej Duda, a politician coming from the PiS party. It seems that Minister Bodnar might be facing a Sisyphean task instead of a Herculean one, after all.

Our blog post reviews changes proposed by the Minister of Justice. In particular, we examine proposals to reset ('zeroing out') the CT and introduce new rules for the election of judges. We also reflect on why the proposals for change have been put forward so late and who benefits from the CT's current situation. Overall, we conclude that the political reality in Poland will impede the effective implementation of the proposed package. However, it does not mean the drafters should be considered politically naïve. The introduction of the package serves its own political purpose. It demonstrates the coalition government's good intentions and highlights that the present CT is not legitimate. This gives the coalition government the freedom to disregard the CT and ignore its actions.

What is wrong with the Constitutional Tribunal?

The breakdown of the CT is one of the hallmarks of the Polish rule of law crisis. During the PiS government rule, the CT – from an institution upholding the Polish Constitution and the rule of law – has become a puppet institution dependent on the ruling party politicians and actively

involved in political disputes. In its infamous rulings, the CT undermined the very fundamentals of the European Convention on Human Rights (e.g. K 6/21; K 7/21) and Poland's membership in the European Union (e.g. K 3/21, K 8/21). Academics describe the institution as *the fallen and degenerated body that used to be the Polish CT*. Irregularities in its functioning were identified by the ECtHR, and the European Commission decided to refer Poland to the CJEU for violations of EU law by the CT.

The CT, which is composed of 15 judges, who all have been appointed by PiS, faces two major internal issues. First, three judges who were appointed in violation of the Constitution remain in the CT, the so-called double judges. Second, there are legal doubts about the legality of the *election and the prolongation of the term of the CT's President, Julia Przyłębska*, who is a *friend of the PiS Party's leader – Jarosław Kaczyński*.

Bodnar's restoration package

On 4th March 2024, Justice Minister *Adam Bodnar*, together with representatives of coalition parties and a panel of legal experts, presented *the package aimed at restoring the CT*. The package consists of four elements:

- the draft resolution of the Sejm (lower chamber of Parliament) on remedying consequences of the constitutional crisis of 2015 – 2023 in the context of the CT's activity;
- the draft of the law on the CT (internal restructuring of the institution to rebuild the system of constitutional review);
- the draft of the law introducing the law on the CT (transitional provisions);
- and the draft amendments to the Constitution (foreseeing a constitutional reset and the establishment of a new CT).

A. The Sejm's resolution

The resolution of the Sejm was already adopted by the votes of the ruling coalition (simple majority requirement) on 6th March 2024. Resolutions of the Sejm do not have a binding force: their role is to call on state institutions to take a specific one-off action as indicated in the resolution (art. 69 of the Sejm Regulations). Similarly to Sejm's "Resolution calling for the restoration of public media impartiality" from 19th December 2023, the coalition government seeks to use the resolution as a legal justification for further action. In essence, the resolution is a political declaration of the ruling coalition.

The Sejm makes three main statements in the resolution.

First, the appointment of the three double judges was made in flagrant violation of the Constitution. There are individuals appointed to judicial posts already occupied and regarding whom the ECtHR has ruled that their presence in the CT violates the right to a fair trial. Therefore, the Sejm considers that Mariusz Muszyński, Justyn Piskorski, and Jarosław Wyrembak are not judges of the CT and that numerous decisions of the CT issued with their participation are legally defective.

Second, the resolution declares that the CT President's office is held by an unauthorised person, as Julia Przyłębska was elected without the legally required resolution of the General Assembly of Judges.

Third, the Sejm concludes that there have been significant violations of both the Constitution and ordinary laws by the CT. These violations have become so widespread that the CT can no longer perform its constitutional duties of reviewing the constitutionality of laws and protecting human and civil rights. Therefore, the Sejm believes that CT should be re-established following constitutional principles. The resolution urges the judges of the CT to voluntarily step down and participate in the democratic transition process. Thus, the current judges would allow the establishment of a new CT which would enjoy public confidence and be a true guardian of the Constitution.

B. Law on the CT and law introducing the law on the CT

The draft of the law on the CT and the draft of the law introducing the law on the CT, which are complementary and inextricably intertwined, were primarily based on a project prepared by civil society. Members of the Stefan

Batory Foundation's Team of Legal Experts and 17 prominent scholars worked on the drafts. Additionally, the project received support from 48 NGOs, including the Polish Judges Association "Iustitia" and the Association of Prosecutors "Lex super omnia".

The drafts stipulate the annulment of rulings made with double judges. These judgments shall have no legal effect, and the project introduces an obligation to repeat all procedural actions in which unauthorised adjudicators took part. However, the project foresees the protection of the legal effects of judgments rendered in individual cases as a result of a constitutional complaint or legal questions. The invalidity of a CT judgment does not entail consequences for the validity of judgements and administrative decisions issued in individual cases.

The draft law on the CT proposed by civil society introduces several new solutions regarding the selection of CT judges and its functioning. CT judges will be elected by the Sejm with a qualified majority of three-fifths of the vote. The circle of entities that can nominate a candidate was extended to include, among others, other apex courts in Poland and professional legal associations.

The draft law states that a judge of the Court shall remain in office upon the expiry of their term until a successor is elected. A person between 40 and 70 who has outstanding legal knowledge and possesses the qualifications required to be a judge of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court may be elected as a judge. Current and former (with a 4-year gap required) MPs, senators, MEPs, and members of the Council of Ministers cannot be candidates.

Finally, the project foresees a change from the principle of one-person leadership of the CT to the principle of collegiality. Therefore, many competencies of the CT president will be transferred to the General Assembly of Judges.

C. Constitutional amendment

The proposed draft of constitutional amendments seeks to establish a new CT. This would involve a constitutional reset, meaning that the current members of the existing constitutional court would be removed. On the date the amendments come into effect, the incumbent CT judges' term of office would expire, but they would remain in office until their successors are elected.

Within two weeks of the amendments taking effect, the Sejm will elect new judges by a three-fifths majori-

ty. However, if the election cannot be concluded within two months, then the Sejm will elect 15 members of the CT by an absolute majority. If the new judges are elected, the current members of the CT will be able to benefit from the right to retire. They will be eligible to use the title of a 'retired judge of the CT'. This privilege does not apply to double judges as they have never been properly appointed to judicial positions.

The draft introduces a staggered election: five judges will be elected for a term of 3 years, five for a term of 6 years, and five for a term of 9 years. In short, this idea is intended to prevent the Sejm of one term (4 years in office) from electing the majority of the CT judges. Additionally, the proposed amendments aim to introduce mechanisms to strengthen the independence and impartiality of the CT. Similarly to the draft law on the CT, the proposed change to the Constitution also introduces the requirement that candidates for the judges of the CT should not have been MPs, senators, MEPs, or members of the Council of Ministers for at least four years. Moreover, the draft strengthens the decentralised constitutional review by incorporating *expressis verbis* the competence of national courts to apply the Constitution directly.

To leave the politics out

The guiding principle of the package is to depoliticise the institution compromised by internal and external politicking. This is evident through the changes to the procedure of electing the judges, the ban on candidates with recent political activity, and the decentralisation of the CT's internal management. However, we remain sceptical that the package goes far enough to fulfil the goal while not giving way to new potential dangers.

The longstanding peculiarity of the Polish constitutional system is the Sejm's monopoly on electing all the judges of the CT by the absolute majority. In effect, a parliamentary majority may choose their candidates without referring to the preferences of other state institutions or political actors. The deficiencies of this method have been known before and have only been accentuated with the beginning of the Polish constitutional crisis. The proposal to introduce the 3/5 threshold, both in the law on the CT and in the proposed amendment to the Constitution, may appear as a way to force political parties to find agreeable candidates. At the same time, it underappreciates the [threat of blockages of judicial appointments](#). Although the draft law provides for the incumbent judges

to stay up until their replacement is elected, the political actors may still be incentivised to block an appointment. Other European jurisdictions experienced such tribulations, such as [Hungary before the 2011 Constitution](#) and [Spain](#). Even in Poland, the public witnessed a similar deadlock when electing a new Ombudsman (in that case, the Sejm's candidate required consent from the upper chamber of the Parliament). The drafters also cannot expect judges to remain in their post in perpetuity.

If the drafters wish to guarantee the plurality of voices within the CT fully, they may instead consider implementing a mixed selection of constitutional judges. This method involves two or more political actors/branches in appointing or nominating candidates for judges. For instance, the Lithuanian Constitution stipulates that the Seimas (Parliament) shall appoint judges from the candidates submitted by the President of the Republic, the Speaker of the Seimas, and the President of the Supreme Court. In Bulgaria, judges are appointed in equal parts by the National Assembly (Parliament), the President and jointly by the Supreme Court of Cassation and the Supreme Administrative Court.

This method also works better with another idea introduced by the drafters, that of the staggered elections. If the Sejm's monopoly is kept, the chance that the Sejm will elect the majority of judges during a single term is relatively high. In fact, should the constitutional amendment be introduced this year, the Sejm may even elect the majority of judges during the term 2027-2031 (one group in 2027, one group in 2030). Distributing the competence to elect judges to various institutions could decrease the probability that all judges will be introduced by one political camp. The other benefit is that the 3/5 threshold becomes redundant, and with it, the threat of electoral deadlock.

CT judges' terms of office in relation to the Sejm's terms if the constitutional amendment is approved this year

	Sejm 2023-2027	Sejm 2027-2031	Sejm 2031-2035	Sejm 2035-2039	Sejm 2039-2043
1 st group of 5 judges (1 st term 3 years long)	2024				
	2027 (depending on the time of the judges' first elections)			2036	
2nd group of 5 judges (1st term 6 years long)	2024	2030		2039 (depending on the time of the judges' first elections)	
3rd group of 5 judges (1 st term 9 years long)	2024		2033		2042

But the politics stay anyway

The political reality makes the package's possible implementation doubtful at present. It seems that from the onset, the package was devised as a form of a two-pronged attack: the changes in statutory law were the plan minimum, and the constitutional changes the plan maximum. Despite these efforts, the package will most certainly be blocked.

The simple parliamentary arithmetic precludes any attempt at changing the Constitution without cooperation with the PiS Party: the constitutional threshold is high and requires a 2/3 majority. [Such cooperation has already been refuted by PiS leader Jarosław Kaczyński.](#)

Although the ruling coalition could successfully put the statutory changes through the Parliament, it must face the President next. Currently, the ruling coalition does not have a 3/5 majority to override a potential President's veto. Moreover, the changes may be challenged by the CT itself, which is dominated by the judges elected by PiS.

Why the hassle, then?

Finally, considering that civil society prepared much of the package beforehand and the chances of its implementation are low, it all begs the question – why now?

The coalition government led by Donald Tusk is facing a legal conundrum. On the one hand, it promised the voters to restore the rule of law damaged during the PiS Party's years in power. On the other hand, any legal changes can be blocked by the CT by President Duda. While the coalition government can wait until President Duda's term ends in 2025, it cannot afford to do the same with the CT.

In this situation of 'legal impossibilism' (ironically, the term was coined by Kaczyński himself), the coalition government sees no other option but to delegitimise the CT. A delegitimised CT is an institution that can and should be disregarded.

In the last three months, we have observed this struggle when the coalition government attempted to [take over the public media and the National Public Prosecutor's Office](#). Since the normal legislative pathway is politically implausible, the course of action chosen by the coalition government trod on the edge of legality. This left many – even voices usually sympathetic to the ruling coalition, such as [the Helsinki Foundation for Human Rights](#) – concerned. However, more importantly, the CT announced multiple interim measures to halt the takeovers; they were all ignored by the coalition government.

The effectiveness of the coalition government's strategy is dependent on delegitimising the CT. The package is paradoxically the tool to accomplish that goal. First, through the Sejm's resolution, it declares the CT to be a defective institution and calls public institutions to treat it as such. Second, the coalition government proposes a plan for its restoration that would involve all the political parties (hence, the principle of a 3/5 majority for choosing judges) and, by doing so, shows good faith. If the constitutional reset fails, it is the PiS Party's and President Duda's fault. The blockage of the reform may serve as yet another proof that the current CT lacks legitimacy and that the coalition government is right to ignore its decisions.

No justice for the people

With the continued fight over the CT, the Polish constitutional system appears to be in danger of splitting in two. Depending on which political force controls what institution, state bodies now declare each other not legitimate and cease to respect each other's legal acts. The potential ramifications of such are easy to predict: legal chaos that will affect every sphere of life. While Adam Bodnar's proposals for a constitutional reset are not ideal, we desperately need a new constitutional opening that would lead to a new set of principles agreeable to all sides of the political spectrum. Sadly, in the meantime, the true victims will be the citizens, who now lack recourse to constitutional justice.

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz, Stéphanie Hennette-Vauchez

Enshrining Abortion Rights in the French Constitution

A Global Statement with Little Domestic Substance?

doi: 10.59704/cb4c6f83ad0b5367



On International Women's Day 2024, President Emmanuel Macron [signed](#) an amendment, that [enshrines abortion rights in the French Constitution](#). Marking a historic moment, it is the first time during the 5th Republic that the sealing ceremony was conducted publicly, accompanied by a speech from the President. This echoed a similar public [address](#) he gave on the same day last year, wherein he pledged that the French Government would actively pursue this reform – a commitment he renewed [when he honored Gisèle Halimi, a lawyer and abortion activist](#).

Abortion is now a constitutionally “guaranteed freedom” for women [in France](#): but constitutionally guaranteeing this freedom is also — if not even more — a call-out to the rest of the world. By constitutionalizing the right to abortion, French parliamentarians and government officials aimed to signal this commitment to the global community, with a particular emphasis on the United States. The joint session of the Congress at the Château of Versailles concluded the amendment process initiated following the US Supreme Court's removal of the constitutional right to abortion in June 2022.

It is quite rare, in French history and the history of modern democracies, that an amendment explicitly [cites](#) rulings of a foreign court as justification for revising the national Constitution. The decision stemmed from the reversal of [Roe v. Wade](#) by [Dobbs](#), prompting the French Government to convey a “universal message of solidarity to all women.”

The amendment was initially [proposed](#) by National Assembly members of the opposition in 2022 and had passed in both houses (in significantly different versions) before the President decided to take over the constitutional process to avoid a referendum on the topic. The first version included references to the US Supreme Court's decisions in the very first sentence of the explanatory statement, following the well-known quote by Simone De Beauvoir: “Never forget that it will be enough for a

political, economic, or religious crisis for the rights of women to be called into question. These rights are never acquired. You will have to remain vigilant throughout your life.”

Critics and compromises

The lengthy duration of the amendment process did not stem from a fundamental [disagreement](#) on abortion rights in France. Since its legalization in 1975 through a [law](#) sponsored by then Minister for Health Simone Veil, abortion has consistently garnered support from politicians, civil society, and public opinion. It has evolved from a public health measure, which motivated its decriminalization, to being recognized as a fundamental right. The delay to get an abortion has been extended from 10 to 14 weeks of pregnancy, it is [reimbursed](#) by the national health system, and hindrance to this right is now considered a [criminal offense](#). Before [Dobbs](#), discussions about constitutionalizing abortion rights were not prominent in French society. Since [Dobbs](#), France has become the first country globally to enshrine the right to abortion in its Constitution, emphasizing protection of access rather than prohibition, which motivates the only other three constitutions that mention abortion ([Eswatini](#), [Somalia](#) and [Kenya](#)). This significant move has put France on the comparative constitutionalism map.

However, to secure the resounding majority in Congress that voted in favor of the amendment (780 in favor, 72 against, with 50 abstentions), French politicians had to reach compromises to surmount certain [concerns](#), resulting in a watered-down result and weakening the initial ambition of the amendment.

An Issue Unfit for Constitutional Amendments?

One critique which was voiced insistently during the parliamentary works was that the Constitution was not the appropriate venue for addressing the issue of abortion –

with the president of the Senate insisting that the constitution should not become a catalog of social or “societal” rights. The argument thinly veils a misogynistic perspective that deems the Constitution too dignified to engage with matters related to uterus. This viewpoint relies on an essentialist definition of the constitutional document, implying that it **should** encompass certain substantial topics while excluding others. Overcoming this perspective is possible by adopting a more democratic stance, asserting that the constitution should mirror the will of the people and their representatives, provided the proper amendment procedures are followed, or indeed, a feminist one, that celebrates the perspective of finally breaking with the tradition of silence over reproductive matters that has featured the modern constitutionalist paradigm. There is no clear indication of what constitutes “constitutional material” as long as unamendable provisions, such as the republican form of government in France, remain untouched. This is especially true when it comes to the French Constitution, which has been frequently amended (25 times in 65 years). The fact that the Constitution is also a reflection of what a society values can be illustrated by the adoption of the Charter for the Environment in 2004 and in **incorporation** in the Constitution in 2005, as well as the **prohibition** of the death penalty in 2007.

A Call for Caution: The Weakness of the Amendment

Another critique goes in the opposite direction. It contends that the wording and position of the new paragraph in the Constitution hinder the amendment’s actual effectiveness.

The very first vote on the amendment had much bolder language indeed: “No one may interfere with the right to access abortion and contraception. The law *guarantees* free and effective access to these rights to anyone who so requests.” This provision was initially included in the Constitution’s judiciary section, following the guarantee of individual liberty by judicial authority and the prohibition of the death penalty (Articles 66 and 66-1, respectively). Importantly, the amendment as it was finally voted is located very differently in the constitutional text: it consists of a new segment of Article 34, which is the legislative powers section. It states: “The law *determines* the conditions under which a woman’s guaranteed freedom to have recourse to a voluntary interruption of pregnancy is exercised.” The inclusion of the word

“guaranteed” resulted from a compromise between the National Assembly (which emphasized the law *guarantees*) and the Senate (which emphasized the law *determines*, without guarantee or protection). President Emmanuel Macron intervened, bridging the gap and embodying national unity during the last year. The year was challenging indeed considering that his party does not command an absolute majority of the lower house (but only a relative one), which made it complicated to pass controversial legislation such as the contested retirement and immigration reforms. What is a factor of irreconcilable difference and division in the **United States** has emerged in France has a moment of national unity.

Will the final wording of the amendment prevent all potential challenges to reproductive rights in France? No. Will it make it more difficult to reverse such rights? Yes. The Constitutional Council, responsible for judicial review of legislation in France, is likely to find a solid foundation in this amendment for justifying the rejection of laws that dispute or negate the right to abortion, but not for laws that severely restrict it.

The Constitution Should Not Look Abroad: Constitutional Nationalism

Another obstacle revolved around a form of constitutional nationalism, **suggesting** that the supreme law of the land should not respond to foreign legal and political developments but rather focus solely on the domestic situation. With this argument, the Senate initially rejected the amendment arguing that, contrary to the United States, abortion rights were not under any threat in France. While such arguments should hold little sway in a European Union member state, where national constitutions have coexisted with shared supra-national principles for decades, it was the inclusion of transatlantic politics that particularly irked French senators last year. Understanding what led to a change in their stance is intriguing. Was it the unifying leadership of the President, who took charge of the amendment project, that persuaded hesitant politicians? Or was it the realization, evident in **speeches** before the vote, that France would not merely follow the United States but instead emerge as a pioneer in the liberal world? In any case, the required majority of 3/5 of Congress (512 members) was not only achieved but significantly surpassed, with leaders from all parliamentary groups reaffirming their global support for abortion

rights.

A Fear of too Much Reproductive Justice

One of the reasons why the final wording is so weak is the fear that recognizing a full-blown “right” to reproductive autonomy would restrict too much the freedom of doctors. The gender-neutral wording and recognition of the right to access contraception, which featured the initial wording of the proposed amendment, went lost along the way.

One of the reasons was to protect physicians’ right to conscientious objection. The political parties that had proposed the constitutional amendment in the first place are now suggesting that the protection for “conscientious objectors” be [repealed](#), but this legislation has few chances to pass.

A Political Scheme?

It could also be argued that the amendment is merely a political scheme. It undoubtedly offers president Macron an easy and free win. The initial work of putting the topic on the table was not his as the amendment came from the left of the aisle in Parliament. The parties had to discuss the issue and reach compromises, including in the conservative Senate. The executive only stepped in quite late in the process (the executive’s proposal was only introduced in December 2023, while the votes in both houses date back to November 2022 and February 2023), and seemingly under the pressure of the parliamentary left who threatened to pursue the parliamentary track to constitutional amendments – which would have implied a referendum on the issue, an option that Macron might have felt was too dangerous for him.

The amendment is very popular with an [approval](#) rate that politicians can only dream of, especially among the youth. Because it does not change current law, it will also not incur any additional costs to social security. Both in

terms of domestic and international politics, it is a political statement and not a substantial legal change, and as we know, words are cheap.

In the End it’s All About Symbols

Some argue that the amendment has a mere symbolic nature and for that reason, it should not have been pursued. This perspective fails to persuade those who scrutinize the French Constitution and constitutions in general. What do constitutions contain if not symbols? Alongside the well-known Republican motto *Liberté, égalité, fraternité*, the national flag’s colors, and the national anthem, symbols are integral components of the supreme law of the land. There is nothing wrong with constitutional symbolism as long as fundamental rights are subsequently implemented with legislative and executive measures and do not remain mere symbols. There is especially nothing wrong with symbols like acknowledging the profoundly political nature of reproductive rights and thereby righting a historical wrong.

The constitutional amendment seeks to make a promise to the world and to future generations. We will have to wait to see if French politicians, judges, and lawyers will fulfill that promise. For now, despite the perception of a constitution that appears more adaptable than that of the United States, France experiences its own form of constitutional immutability in the bill of rights. This is similar to the process happening in many States of the United States. Both the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen and the 1946 Preamble containing socioeconomic rights are integral parts of the constitutional texts and are deemed unamendable, as they are fixed in the moment of their initial adoption. Nevertheless, it has been demonstrated that the Constitution can evolve to incorporate new fundamental rights, even if their positioning and formulation may not align with our initial expectations.

Maebh Harding

Rejecting Lip Service or Validating 1930s Family Values?

What The Irish No Vote to the Family and Care Referendums Tells Us About Directive Constitutional Values

doi: 10.59704/92a61a641f42b941



On 8th March 2024, the Irish people rejected two separate constitutional referendums on family and care in [an overwhelming no vote](#). These amendments aimed to update a conservative and gendered ideal of family found in Article 41. The rejection of both amendments reverses a voting trend towards a more socially [inclusive Ireland](#) seen by overwhelming yes votes for constitutional changes to allow abortion rights in 2018 and equal marriage rights in 2015. But in these previous referendums the constitution presented a clear barrier to immediate legal reforms. The family and care referendums involved more abstract statements of directive constitutional values. The result of the referendums is a win for voter confusion, anger towards the government and the NoNo campaign. It is also a loss for political constitutionalism.

A remnant of 1930s Catholic values

Article 41 of [Bunreacht na hÉireann](#), recognises the family as the fundamental basis of Irish society and requires the state to protect the family in its constitution and authority. The Article reflects 1930s Catholic values, limiting the definition of the family to that based on marriage. This understanding of the marital family is one with clear gendered roles; Article 41.2 recognises the value of the life of women within the home and requires the state to “endeavour to ensure that mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of the duties in the home”. Article 41.3 further requires the state to protect the institution of marriage “from attack”. In its original form, Article 41.3 prohibited the legalisation of divorce.

Article 41 had already been the subject of four referendums including two highly divisive divorce referendums. In 1986, [the Irish people voted to retain the constitutional ban on divorce by 63%](#), rejecting a proposal to introduce no-fault divorce. Following extensive family law re-

form, in 1995 [a second referendum to introduce divorce](#) was passed by a tiny margin of 50.28% of Irish voters. A [third divorce referendum](#) in 2019 to liberalise divorce by removing the constitutional requirement to live apart for a mandatory separation period was passed by 82% of Irish Voters. These referendums were necessary to allow modern divorce legislation to be introduced, reflecting a major change in Irish culture where marital breakdown was an accepted reality and provision for remarriage was desirable. In 2015, Article 41 was amended to allow for same sex marriage. These progressive changes to reflect the modern realities of marriage sit uncomfortably with the anachronistic value statements about women’s “duties in the home”.

Who is deserving of constitutional “family” status?

The [Family Amendment](#) proposed recognition of the family “whether founded on marriage or on other durable relationships”. It retained the State obligation to protect marriage against attack creating a new social value hierarchy in which a broader range of relationships were recognised and valued as families, but marriage was still special. It was rejected by 67% of voters.

The Irish Supreme Court has repeatedly held that non-marital families are not recognised under the constitution (most recently in the [O’Meara decision](#) in late January) and moreover that giving constitutional protection to non-marital families is not compatible with the constitutional requirement to protect marriage ([Nicolaou v Ireland \(1966\)](#) and [McD v L \(2009\)](#)). Article 41 fails to recognise the growing numbers of cohabiting families and single parents in Ireland and dates from an era when such relationships were socially vilified. Ireland has [only started coming to terms with a past](#) where single mothers were forcibly separated from their children by the state because such relationships were not viewed as family. This

constitutional pedestaling of marriage caused delays in the modernisation of Irish family law, perceived as a legal obstacle to statutory protection for cohabitants and to the equal treatment of children regardless of the marital status of their parents.

The idea of extending the constitutional understanding of the family beyond marriage had been suggested by multiple constitutional review groups since the 1990s but rejected as too socially divisive. Less controversial workarounds were introduced. The [Children's Rights Referendum in 2012](#) ensured that children were treated equally in adoption and child protection proceedings. The [Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010](#) provides some financial protection for cohabitants on relationship breakdown. The Supreme Court recently held in [O'Meara](#) that non-marital families cannot be subject to arbitrary and capricious discrimination. These reforms work around a constitutional myopia of the reality of family life that does not give such families moral constitutional value as a fundamental basis of Irish society.

The term “durable relationships” within the Family Amendment caused huge voter confusion. It was chosen by government to ensure [that transient relationships](#) were not given constitutional protection and had been considered by [the Irish Supreme Court](#) in relation to the Citizenship Directive to mean a relationship which has continued for some time and to which the parties are committed. It had never been considered in relation to parent/child relationships.

How should care be valued in the constitution?

The care referendum was [intended to address criticisms by United Nations treaty monitoring bodies that Article 41.2 perpetuated gender stereotypes](#). The [Care Amendment](#) sought to remove Article 41.2 entirely and replace it with Article 42B: “The State recognises that the provision of care, by members of a family to one another by reason of the bonds that exist among them, gives to Society a support without which the common good cannot be achieved, and shall strive to support such provision.” The amendment reframed women’s duties in the home as care work. It was rejected by 73% of voters.

Article 41.2 is justiciable [but functions more like a directive principle of social policy](#) rather than a socio-economic right. It had [never provided useful economic support](#) for women. The Irish courts rejected legislation

to give property rights in the family home to married women as an [unwarranted intrusion into the authority of the marital family](#) and had called the wording of Article 41.2 “weak”. However, Irish courts have always been [very reluctant to make the state take positive action to vindicate constitutional rights](#) because of how the separation of powers doctrine has been constructed.

The Citizen’s Assembly had voted in favour of gender-neutral wording but also stronger obligations on the state to support “care” within families and more broadly within Irish society. This was an attempt to create stronger justiciable socio-economic rights for carers. The final government decision to limit the Care Amendment to care within the family caused great disappointment. The new requirement to “strive to support” such care, while arguably placing a greater duty on the state as a directive principle was not a meaningful entrenchment of socio-economic rights.

Voter confusion: YesYes, NoNo, or YesNo?

The three referendum campaigns represented divisions in Irish society as to whether the new wording was merely a directive principle or had the potential for meaningful legal change and whether the new constitutional values were already reflected in Irish culture.

The YesYes campaign, supported by all major political parties and Civil Society groups, focused on the need for the constitution to reflect [the current values of modern Ireland](#) by broadening the definition of family to include single parents and cohabitants and the need for gender neutral language to value the care done in families by men and women. They promoted the value of political constitutionalism.

The NoNo campaign, spearheaded by [Senator Micheal McDowell](#) and supported by the social conservative political party [Aontu](#), the [Irish Catholic Bishops](#) and trans exclusionary conservative feminist groups such as [the Countess](#) argued that the new wording did not reflect the current values of modern Ireland and would bring about unpredictable legal changes in family law, inheritance and immigration. Such groups argued that removal of Article 41.2 would erase mothers from the constitution and leave their societal contribution unacknowledged.

The YesNo campaign argued that the care referendum did not go far enough to provide justiciable rights and that the ableist framing was a step backward for Irish social values. [Free Legal Advice Centres](#) issued a statement

that the new wording gave effect to a stereotype of disabled people as the subject of family care rather than autonomous rights holders. YesNo campaigners further argued that the wording risked infringing the rights of disabled people by placing the [burden of care on the family](#) rather than the state. Many YesNo supporters [lamented the conflict between women's rights](#) and the rights of disabled people created by the wording and wanted the option of simply removing Article 41.2. In response to public challenge over the government's poor track record on providing support for disabled people [Taoiseach \(head of government\) Leo Varadkar committed to ratifying the optional protocol](#) for the UN Convention on the Rights of People with Disabilities during the term of government.

[Early polling](#) suggested a YesYes [victory](#) but by the [week of the referendum](#) many voters remained confused about the issues and unsure how to vote. A [last minute leak](#) of the Attorney General's fuelled public confusion and outrage. This advice warned that it was unclear how the courts would interpret the obligation "to strive" and that this could result in litigation by carers and disabled people and significant financial implications for the State. The turnout for the family and care referendums was 44.36%, considerably lower than for the [abortion referendum in 2018](#) (66.4%) and the [marriage equality referendum in 2015](#) (61%) or any of the divorce referendums (61% in 1986, 62% in 1995 and 51% in 2019).

Beyond constitutional symbolism

The government failed to run a decent public legal education campaign about the need for the constitutional changes and their likely effect. Were the changes offered as mere updates to directive social policy or were they supposed to effect meaningful legal change? Were they attempts to shift Irish social values or to reflect shifts

that had already happened? Many rejected the changes as "woke lip service" that did nothing tangible to support families, carers or disabled people. Political constitutionalism was not enough. Deeply conservative and [religious views](#) re-emerged suggesting that Irish society is not as socially progressive as we like to think when it comes to traditional families and gender roles. Although the referendums followed lengthy consultative processes, a [Citizens' Assembly](#) and a [Joint Oireachtas Committee on Gender Equality](#) and a [final public consultation](#), they felt rushed. Article 41 is very unlikely to be revisited any time soon with political parties already distancing themselves from [future referendums](#) on these issues. In the aftermath, Taoiseach Leo Varadkar has resigned from office.

Irish family law already regulates intimate relationships between adults that are not based on marriage, and parent-child relationships. Valuing such families within the constitution is important legal symbolism reflecting the modernisation work that had already been done and acknowledging a shift in Irish social culture away from shame and stigma for non-martial families but was seen by many as redundant.

The changes to Article 41.2 were rejected because there was no consensus about how care work should be valued in Irish society. Should our constitutional values reflect the reality that this work is mostly done by women or set a gender-neutral aspiration that this work should be shared? Is "care" even the best way of understanding reproductive labour?

Disability rights to autonomy outside the family need to be clearly separated from acknowledging labour such as child rearing which most appropriately happens in families. It is hoped that the public pressure on the Government to properly support the rights of disabled people will continue. But it is not clear that constitutional values are the best way to do so.

Daniel Bertram

Ecocide à la Bruxelloise

doi: 10.59704/6637da4a696d9542



It had been a long time coming. After eight years of fervent political debates and painstaking legal drafting, the Belgian House of Representatives finally adopted a reform of its ancient Penal Code (dating back all the way to 1867) during the late hours of 22 February 2024. There is much to be said about the progressive spirit underlying this once-in-a-lifetime rehaul of the country's criminal justice system (for instance, its treatment of imprisonment as a penalty of last resort). My focus in this analysis, however, lies with one of the Code's substantive innovations: the introduction of a new crime of 'ecocide' to punish severe environmental transgressions.

The ecocide provision has been hailed as a resounding victory for environmental activists, particularly so for the burgeoning [Stop Ecocide](#) campaign. But is the widespread excitement justified? Can the new law deliver on the lofty expectations? And how does it fit within the soon-to-be adopted revision of the Environmental Crime Directive at the EU level? Despite constituting a highly symbolic step, I argue that the Belgian law's constrained scope makes it a toothless tool to punish environmental outlaws in practice. Its true potential, then, may lie in having broken the ice for future ecocide laws, as the much more ambitious EU law intimates.

A Crime in Search of a Law

The idea of criminalising 'ecocide' – particularly severe forms of environmental destruction – has been around for more than five decades. The term was originally coined in the early 1970s by Yale botanist Arthur Galston to condemn the devastation wrought by the US military's recourse to herbicidal chemicals throughout the Vietnam War. Although herbicidal – and indeed, environmental – warfare gradually came to be outlawed in international treaties and customary law over the next two decades, the label ecocide quietly disappeared from policy debates, surviving mostly as an academic hobby horse and activist slogan.

In 2010, the late Scottish barrister Polly Higgins ex-

cavated ecocide's promise as a criminal norm and refurbished it as the missing '[fifth international crime against peace](#)', with reference to the four crimes currently under the jurisdiction of the Rome Statute (genocide, war crimes, crimes against humanity, crimes of aggression). Higgins' proposal was as catchy as it was bold. While it initially attracted little interest among states and lawmakers, it sparked a transnational civil society campaign to promote the codification of ecocide in national and international laws.

Over the past few years, these civil society efforts have increasingly worked their way into legislative realms. A crucial step occurred when the Stop Ecocide Foundation tasked an illustrious group of legal experts (the independent expert panel, or IEP) with drafting a uniform definition of ecocide. In June 2021, the IEP [determined](#) that ecocide constituted 'unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts.'

The IEP definition has attracted significant commentary in academic circles (both [supportive](#) and [critical](#)), but more significantly, it also inspired a wave of ecocide bills being introduced in parliaments across the globe (recent examples include Mexico, the Netherlands, Catalonia, and Brazil). To be sure, countries like Vietnam, Ukraine, Russia, Uzbekistan, and others have recognised some version of ecocide for decades – a vestige of the Cold War era – but these largely symbolic prohibitions seem to have suffered from a general lack of enforcement (although Ukraine has [recently](#) made use of its ecocide law to prosecute environmental crimes committed in the context of the ongoing Russian aggression).

In August 2021, France became the first European country in recent history to codify ecocide via its [Climate and Resilience Law](#) (No. 2021-1104). The French provision, however, did not take account of the IEP definition and ultimately turned into a mere re-qualification of existing environmental offenses where those are commit-

ted with intent. Belgium's new Penal Code thus marks the first comprehensive ecocide law to be adopted in a Western legal system, and the first one to be modelled after the IEP definition. How and why did this occur?

A Legislative Odyssey

The idea of reforming Belgium's century-old and heavily convoluted criminal code first arose under the previous government of Charles Michel. In 2015, then Minister of Justice Koen Geens entrusted the redrafting to two respected criminal law experts, Damien Vandermeersch and Joëlle Rozie. The main goals were to restructure the law for better readability, simplify its logic, and modernize its substance. Like its predecessor, the new Code was structured into two books, the first of which dealt with general provisions relating to the material and mental elements of crime, rules on participation, and criminal attempts, among others. Book II, by contrast, reconfigured the substance of Belgian criminal law, abolishing some offenses, adjusting penalties, and introducing some new crimes – although there was no mention of ecocide yet.

After the fall of Michel's government in late 2018, the revamped Penal Code failed to reach a parliamentary vote and was eventually put on ice until the new administration would take over. Unfortunately, though, the federal elections in May 2019 created an ever-splintered parliament, with both progressive and far-right parties gaining seats from the centre. When there was still no coalition agreement in sight one year later, MP Samuel Cogolati – a newly elected parliamentarian from the Francophone green party Ecolo with a PhD in international law – tabled a [resolution](#) calling on the caretaker government to push for the criminalisation of ecocide at the national and international level.

This is how a reference to ecocide came to be included in the [coalition agreement](#) between a total of seven green, liberal, centrist and social democrat parties (the so-called 'Vivaldi' coalition, for the four 'seasons', i.e., political ideologies represented) in October 2020, a mere 494 days after the elections. The agreement called upon the government to seek expert input on the possibility of codifying ecocide in national law and to undertake diplomatic efforts towards international criminalisation.

Both demands were swiftly implemented by the new government. At the 19th annual gathering of parties to the Rome Statute (Assembly of State Parties, or ASP) in

December 2020, Minister of Foreign Affairs Sophie Wilmès prominently [called on](#) the international community to consider the ecocide proposal. Only a few days later, Minister of Justice Vincent Van Quickenborne tasked the group of legal experts who had drawn up the initial reform project (with the addition of two new members, Jeroen de Herdt and Charles-Hubert Born) to study ecocide's domestic criminalisation.

To keep up the pressure from the parliamentary side, MP Cogolati submitted another parliamentary [resolution](#) in June 2021 drawing attention to the IEP definition published just days earlier. After receiving a [positive verdict](#) in the Committee on External Affairs, that resolution was eventually [adopted](#) in plenary on 2 December 2021. Just one day before this crucial vote, MP Cogolati had also introduced a fully-fledged [legislative proposal](#) to criminalise ecocide in the new Penal Code.

Almost simultaneously with the parliamentary endorsement of Cogolati's resolution and the introduction of his legislative initiative, the group of Belgian legal experts transmitted its own positive [assessment](#) to the Minister of Justice. Protracted discussions within the government ensued, during which Minister of the Environment Zakia Khattabi (of the same party as Cogolati, Ecolo) emerged as a vocal supporter of the ecocide proposal. In November 2022, Book II of the new Penal Code – including an ecocide provision – passed a first vote in plenary.

Before the law's adoption, however, the Belgian Council of State – the country's supreme administrative court with far-ranging, mandatory advisory powers in the legislative process – [took issue](#) with several aspects of the reform, including the proposed ecocide provision. This negative opinion, issued in June 2023, forced the government to make further adjustments. In July 2023, it [reintroduced](#) Book II to the House of Representatives, which finally gave its green light on 22 February 2024.

Ecocide Domesticated

In Art. 94 of the [final version](#) of Book II, ecocide is outlawed in the following terms:

§1 The crime of ecocide, as hereinafter defined, committed both in time of peace and in time of war, is punished in accordance with the provisions of this title.

The crime of ecocide consists of deliberately committing, by act or omission, an unlawful

action causing severe, widespread and long-term damage to the environment in the knowledge that this act causes such damage, provided that this act constitutes an infringement of federal legislation or an international instrument that is binding on the federal authority or if the act cannot be located in Belgium.¹

Art. 94 further defines several key concepts and classifies ecocide as a level 6 offense, that is, punishable by a prison sentence between 15 and 20 years for natural persons and a fine between EUR 1.2 million and EUR 1.6 million for legal persons.

At first glance, Art. 94 might seem like a monumental victory for Samuel Cogolati, Zakia Khattabi, and the many civil society organisations that had fought for the ecocide law – and in many ways, it is. Throughout the bumpy legislative process, however, the law also incurred various modifications, many of which severely reduced its reach.

At the outset, it is important to stress that the very adoption of an *autonomous* crime of ecocide is a significant achievement – recall that the French counterpart, for instance, is a mere requalification of existing crimes. Moreover, Art. 94 makes clear that ecocide applies both in times of war and peace, thus distinguishing it from environmental war crimes. Another curious detail is its placement in the overall structure of Book II. Indeed, Art. 94 is the only article under Title 2, ‘The Crime of Ecocide’, and directly follows the crimes enshrined in Title 1, ‘Grave Violations of International Humanitarian Law’, which is the domestic instrument implementing the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes, and forced displacement. This positioning cleverly symbolises ecocide’s claim to international criminality without directly equating it to crimes recognised in international treaties. It presents a compromise vis-à-vis the proposal made by the Belgian expert commission, which would have included ecocide within Title 1 and explicitly recognised it as an international crime. (Widespread reports of Belgium ‘recognising ecocide as an *international* crime’ are thus ill-founded).

The rosy picture acquires some more cracks when considering the *actus reus* and *mens rea* elements. The 2021 legislative initiative by MP Cogolati foresaw a direct translation of the IEP definition (which some com-

mentators already view as too restrictive). Similarly, the experts’ proposal still retained the ‘unlawful or wanton’ formulation (‘actes illicites ou arbitraires’) and the mental threshold of ‘knowledge of a substantial likelihood of damage’ (‘en sachant qu’il existe une réelle probabilité que ces actes causent de tels dommages’). However, it required the acts in question to be committed *deliberately*, and changed the material yardstick to the cumulative ‘severe, widespread and long-term damage’, rather than ‘severe and widespread or long-term damage’, as postulated in the IEP definition.

Over the course of negotiations within the governing coalition, the *mens rea* was changed from a form of *dolus eventualis* (knowledge of likelihood of damage) to *dolus indirectus* (knowledge of severe, widespread, and long-term damage). This significantly higher threshold will likely be near-impossible for prosecutors to prove. Moreover, the government’s legislative proposal of November 2022 also removed the ‘wanton’ element, thus strictly requiring ecocidal acts to be unlawful. To make matters worse, the final version further explains that ‘unlawfulness’ includes only violations of Belgian *federal* law and of international instruments to which Belgium is a party. As explained by Kevin Jon Heller, this is a severe restriction considering that the Belgian regions possess near-exclusive competence over environmental protection measures (with the exception of nuclear waste management and trade in illegal species, among others), and that few international instruments contain clear-cut prohibitions in relation to environmental conduct.

This brings me to the last, and perhaps most impactful defect the law suffers from – its territorial scope. The division of competences between the federated entities and the federal government in the Belgian legal system is not only mutually exclusive in terms of substance, but also in territorial terms. That is, the new crime only applies in areas under federal control, which includes most of Belgium’s sea territory, or acts that occur outside of Belgian territory altogether. The latter category, however, is severely restricted by national and international rules constraining the extraterritorial effect of domestic law. Under the active personality principle, though, the law would presumably still apply to Belgian nationals committing ecocide abroad.

This point had been a key source of conflict in terms

¹ I adopted this unofficial translation from Bruno Garcia da Silva and Guillaume Croisant

of constitutional interpretation, which boils down to a simple question: Is ecocide a criminal law or an environmental measure? While the federal government retains competence in matters of general criminal law, Belgium's three regions enjoy almost exclusive rein in environmental matters. The group of Belgian criminal law experts considered ecocide to be closer to an international crime such as the prohibition of environmental war crimes (hence also their unsuccessful proposal to include ecocide in Title 1), and thus within the competence of the federal government. The Council of State begged to differ. It argued that ecocide primarily concerned environmental protection and thus fell to the regions.

Of course, this flaw could be easily remedied if the regions chose to adopt ecocide individually – a step that seems more likely for left-leaning Wallonia and the capital region of Brussels than for the increasingly conservative Flanders. As it stands, however, Art. 94 is unlikely to lead to high-level prosecutions.

Amidst all these technical details, it is all too easy to forget that criminal law, more so than other branches of the law, also fulfils a strong expressive function. The proof of Art. 94's pudding may not only lie in the eating. The mere risk of association with a federal crime may be enough to shift corporate practices and public consciousness – particularly so when considering recent developments at the EU level.

Ecocide in the other Brussels

The Belgian Penal Code is not the only ecocide law being hammered out in Brussels these days. In November 2023, news broke that the EU Parliament and the Council had reached an agreement on the revised Environmental Crime Directive (ECD). The revised ECD was [approved](#) by the Parliament on 27 February 2024 and is now awaiting the final green light by the Council. Although it only mentions the word 'ecocide' in a preambular provision, its content comes much closer to environmentalists' ambitions than the Belgian law.

Instead of stipulating one overarching rule, the revised ECD criminalises a long list of prohibited conduct (Art. 3(2)) and requires member states to provide for higher penalties where such conduct causes 'widespread and substantial damage which is either irreversible or long-

lasting' to ecosystems or to the quality of air, soil, or water (Art. 3(3)). The revised ECD thus adopts a version of the cumulative 'severe, widespread, and long-term damage' threshold, similar to the Belgian law and in contrast to the IEP definition.

Yet, the European law differs in two crucial respects from the Belgian one. First, it defines unlawfulness much more leniently. 'Unlawful' conduct includes not only breaches of the EU's corpus of environmental law and national instruments giving effect to such law, but also formally authorised conduct where such authorisation was obtained fraudulently or is in 'manifest breach of relevant substantive legal requirements' (Art. 3(1)). This latter part potentially opens the door to prosecutions of environmental damage in connection with human rights abuses or constitutional infringements, for instance, even if formally sanctioned by a valid license.

Second, the revised ECD stipulates an intentionality requirement only for some types of conduct, whereas others are also punishable if committed with 'serious negligence' (Art. 3(4)). This significantly lowers the *mens rea* yardstick and should facilitate prosecutions.

What's Next for Ecocide?

If and once the revised ECD is formally adopted, Belgium and other EU member states will be forced to revisit their environmental criminal laws. This development will only give further impetus to mounting pressure to codify a new environmental crime at the international level. The Council of Europe has already picked up the thread by [proposing](#) a revision of its stillborn 1998 Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law. Within the Rome Statute system, more and more states have expressed support for an ecocide amendment, although no formal proposal has yet been lodged (an amendment would require approval by a two thirds majority of state parties). Whatever the prospects of these endeavours, the ecocide debate is here to stay.

Acknowledgments: I am grateful to Antoine De Spiegeleir for helpful advice on the intricacies of Belgian criminal and constitutional law. Naturally, remaining errors are mine alone.

Clarisse Ikeda Larcher

Presidential Dismissals of Judicial Officers in Tunisia

Dismantling the Tunisian Judiciary

doi: 10.59704/e6ea6c34b8223901



Whereas political interference in the judiciary constitutes a hallmark of democratic decline and rising authoritarianism, recent years have seen a sharp increase in assaults on judicial independence worldwide. The situation unfolding in Tunisia serves as a stark example of blatant executive overreach into the realm of the judiciary. On February 12, 2024, Youssef Bouzakher, one of the most senior judges in Tunisia, [submitted](#) an individual communication against Tunisia to the UN Human Rights Committee. Through a series of presidential decrees adopted during 2021–2022, he was removed from his position as High Judicial Council member and President and was later dismissed from his judicial position together with 56 other magistrates. In addition to the violations of human rights, the complaint alleges that these measures are part of a broader rule of law crisis in Tunisia. In this blog post, I will analyze the centrepiece of the assault on the Tunisian judiciary by President Kais Saied, namely [presidential decree 2022-35](#), in light of international standards on judicial independence, and particularly, the ones from the African system. By empowering the president to summarily dismiss judicial officers, this presidential decree seriously jeopardizes the independence of judges and prosecutors, which is crucial for guaranteeing the right to a fair trial, and hence, the full enjoyment of human rights and the rule of law.

On July 25, 2021, nearly two years after his election and following months-long protests against the government's handling of the COVID-19 pandemic and a deepening economic recession, President Saied invoked emergency powers under Article 80 of the Constitution. He dismissed the Prime Minister, suspended the Parliament and lifted the immunities of its members. Ever since, the Tunisian President has multiplied attacks against the judiciary, amidst wider targeting of political opponents, critics, and the press. In September 2021, [he arrogated himself](#) full executive and legislative powers, including to rule by decree on, inter alia, the organization of justice and the

judiciary, as well as on freedoms and human rights. The-reafter, in February 2022, he [dissolved](#) the High Judicial Council, replacing it with a temporary one, and enabled himself to interfere with the career and discipline of judges.

Presidential decree 2022-35, a “judicial massacre”

On June 1, 2022, President Kais Saied struck a deep blow to the judiciary by passing decree 2022-35, [declaring](#) that “[w]e cannot save the country without cleaning up the judicial system”. The decree, which was decried as a “[judicial massacre](#)” by the Association of Tunisian Judges, grants the President the power to unilaterally dismiss judges and prosecutors that pose threats to “the reputation, independence or proper functioning of the judiciary.” The decree also enables the automatic initiation of criminal proceedings against the concerned judicial officers and opens the possibility for contesting such dismissals only after courts have handed down a final judgment in their criminal cases. On the same day, President Saied dismissed 57 judges and prosecutors, including Judge Bouzakher, through a single [presidential order](#) that failed to provide any justification for the dismissals. In a [video address](#) released prior to the latter decree, he announced that dismissals were based on accusations ranging from obstructing terrorism-related investigations, financial corruption, to “moral corruption”.

Ever since the adoption of the decree, cases of harassment against judges have soared, with one of the latest targets being Judge Anas Hmedi, the President of the Association of Tunisian Judges. He is currently facing charges for “inciting to cease work” during a judicial strike in 2022, which was launched to protest decree 2022-35 and the dismissal of the 57 judicial officers.

Tunisia's duty to respect and guarantee judicial independence

Recognizing the intrinsic link between judicial independence and the rule of law, all human rights protection systems concur that states must both respect and guarantee the independence of the judiciary (see, for instance, the [UN Guiding Principles on the Independence of the Judiciary](#), or the Inter-American Court on Human Rights judgment *Reverón Trujillo v. Venezuela*).

The African system is no exception. Under Article 26 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (hereafter, "the African Charter"), Tunisia has the duty to guarantee the independence of the Courts. The African Court has interpreted this duty to include both the institutional and individual aspects of independence (see [here](#) or [here](#)). Institutional independence is understood as relating to the status and relationship of the judiciary with other branches of the government, whereas individual independence refers to the personal independence of judges and their ability to perform their functions without fear of reprisal. With regard to individual independence, the Court has explicitly [affirmed](#) that it mandates States to ensure that judges are not dismissed "at the whim or discretion" of the executive. By vesting the power to dismiss judges in the President, decree 2022-35 is designed to place the judiciary under the firm grip of the executive, in blatant disregard of judicial independence, as guaranteed by Article 26 of the African Charter, and beyond, by international human rights law and norms.

Furthermore, guaranteeing judicial independence also implies that national legislation must enshrine and be compatible with such a requirement (see [here](#)). Accordingly, the African Commission's [Resolution on the Respect and the Strengthening on the Independence of the Judiciary](#) calls upon States to repeal all their legislation that are inconsistent with the principles of respect for the independence of the judiciary. The Commission has also, in the past, examined a case (*Lawyers for Human Rights v. Swaziland*) where a law, reminiscent of decree 2022-35, vested the power of hiring and firing judges in the Head of State. It found that retaining such a law violated Article 26 of the African Charter, as it "directly threatens the independence and security of judges and the judiciary as a whole."

Besides, the existence of a state of emergency cannot serve as an excuse to justify the disregard of judicial inde-

pendence, as the requirement of an independent judiciary is not subject to any exception. As it stands, the powers provided for by decree 2022-35 can be triggered "in the event of an emergency, threats to public safety or to the supreme interests of the country." However, as [emphasized](#) by the Inter-American Court, considering its role as a key safeguard for the protection of fundamental rights, judicial independence needs to be guaranteed especially during states of emergencies.

Decree 2022-35: The grounds for dismissal are vague and overbroad

Under decree 2022-35, judges and prosecutors may be dismissed by the President for acts that are likely to compromise "the reputation, independence or proper functioning of the judiciary." These vague and overbroad grounds open the door to arbitrary dismissals.

International and regional bodies have clearly articulated that, in order to guarantee judicial independence, states have a duty to establish clear and explicit grounds in the law under which judges may be removed from office. In particular, judges must be able to know what conduct could result in their dismissal. For instance, the Inter-American Court of Human Rights found that grounds such as the "dignity of the administration of justice" or the "decorum of the office" (see [here](#)), as well as "the needs for the service" (see [here](#)) are open and vague. Thus, it held that in order to limit discretion in the application of sanctions, additional objective criteria must be established to guide the interpretation or content to be given to such concepts.

In addition, international and regional human rights protection systems have fleshed out a closed list of grounds under which judges may be dismissed. These can be categorized as: (i) serious or gross misconduct incompatible with judicial office, (ii) physical or mental incapacity, (iii) conviction of a (serious) crime and (iv) serious or gross incompetence. The African Commission's [Principles and Guidelines](#) on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa only recognize two valid grounds for dismissals of judicial officers, namely "gross misconduct incompatible with judicial office" and "physical or mental incapacity that prevents them from undertaking their judicial duties."

By empowering the President to dismiss judges on nebulous grounds that leave him too wide a margin of dis-

cretion, decree 2022-35 exposes judges to arbitrary dismissals, as exemplified by the 57 judges and prosecutors dismissed in the wake of the decree. Besides, it makes it impossible for judges to predict what conduct could result in their dismissal, resulting in a general climate of fear that can create a chilling effect on independent judicial decision-making.

Decree 2022-35 encroaches on due process

Decree 2022-35 fails to guarantee due process rights throughout the dismissal proceedings, in flagrant violation of international human rights law and norms that recognize that proceedings leading to the dismissal of a judicial officer must comply with due process.

International and regional human rights mechanisms firmly established that dismissal proceedings must be conducted by an independent authority composed primarily of judges, such as a judicial council or a court (see, for instance, ECtHR, *Baka v. Hungary*). Already in 2015, following an official visit to Tunisia to examine the situation of the justice system in the country since the revolution of 2011, the United Nations Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers [pointed out](#) that the law on the statute of judges should specify that the initiation and conduct of disciplinary investigation and proceedings, as well as the implementation of disciplinary sanctions, must be conducted by the Supreme Judicial Council. Far from it, decree 2022-35 enables the President to dismiss judicial officers by a simple presidential decree, on the basis of a substantiated report by unspecified “competent authorities.”

Furthermore, the presidential decree only provides a possibility of appeal long after the dismissal decision, once a final judgment has been issued with respect to the criminal charges brought against the affected judicial officer. International and regional bodies have unequivocally asserted that dismissed judges and prosecutors have the right to an effective remedy and must be afforded the opportunity to contest their dismissal decision before a

court or an independent authority within a reasonable time (see CCPR, [General Comment No. 32](#) or [the European Charter on the Statute for Judges](#)). Likewise, the African Commission has [underscored](#) that judicial officers shall be entitled to an independent review of removal decisions. Going a step further, the Inter-American Court of Human Rights [has found](#) that when the dismissal of a judge is unlawful, the appropriate remedy shall necessarily be their reinstatement (see also CCPR, *Adrien Mundy Busyo et al. v. Democratic Republic of the Congo*). To date, however, although 49 out of the 57 dismissed magistrates saw their dismissal suspended in August 2022 by order of the First President of the Tunis Administrative Court, none have been reinstated.

Conclusion

In its Resolution on the Respect and the Strengthening on the Independence of the Judiciary, the African Commission underscored “the need for African countries to have a strong and independent judiciary enjoying the confidence of the people for sustainable democracy and development.” Besides, the [recent appointment](#) by the African Commission as a focal point on judicial independence in Africa demonstrates the clear commitment of the African Union to safeguard judicial independence on the continent.

Yet, so long as decree 2022-35 stands, the hopes for an independent judiciary in Tunisia enjoying the confidence of the people will remain faint. The decree utterly disregards universal standards regarding judicial independence at the expense of Tunisians’ rights to a fair trial, access to justice, and effective remedies. In the absence of a political solution, legal action to challenge the legality of the presidential decree must be pursued. Besides the complaint brought to the Human Rights Committee, submitting the decree to the scrutiny of the African Court on Human and Peoples’ Rights could offer a way to put a hold on President Kais Saied’s scheme to dismantle the judiciary.

Joshua Malidzo Nyawa

How Populist Politicians Are Weakening the Kenyan Judiciary

doi: 10.59704/b02f7a818190147a



The Kenyan President and his parliamentary allies are guilty of constitutional vandalism. In what has become an increasingly popular political move, they conveniently blame the judiciary for their unfulfilled promises, making the courts an easy target in a democracy backsliding. Lacking public outreach – judges neither organise rallies nor post on social media –, the judiciary has become a scapegoat to rally political support. While courts aren't beyond criticism, some attacks are [self-serving](#), often from those with pending or impending court cases. For instance, the deputy president publicly accused a judge of corruption, only to retract his threat to petition the Judicial Service Commission. The judge ruled the deputy president's wealth partly unaccounted for and criminally obtained. If unchecked, as warned by [South Africa's Deputy Chief Justice](#), these attacks could render the judiciary's authority illusory and the constitution a chimera, as they aim to subordinate judges to the executive, compromising Kenyan constitutional rights.

The fallen 'angel': President Ruto's war against the Judiciary

Ruto came to power promising economic and institutional reforms and criticizing his predecessor's misuse of the justice system. He initially appeared blameless, [appointing six judges](#) his predecessor had refused to appoint, [working on operationalizing the judiciary fund](#), and supporting an increased judiciary budget.

However, things changed. Kenyans turned to the judiciary for rights protection in a country where the parliament is merely an executive extension. They adopted 'lawfare', using courts to enforce what were traditionally considered political disputes. This frustrated the President's development blueprint, with conservatory orders halting most of his [flagship projects](#). For instance, the judiciary has stopped actions such as the [swearing-in of Cabinet Assistant Secretaries](#), privatisation of 11 government parastatals, and the implementation of [the finance](#)

[Act, digital identification cards](#) (Maisha mamba), [affordable housing](#), recent [health care plans](#) (SHIF), and the [centralised school fees payment system](#) (eCitizen).

The judiciary's adverse orders rattled the President, leading to public attacks on the judiciary, such as calling it a [corrupt enterprise](#), and promises to [disobey court orders](#). In his roadside rallies, he blamed the judiciary for hindering his efforts to improve citizens' lives. For example, he has [publicly claimed](#) that the judiciary has hindered his efforts to create jobs for Kenyans and provide them with free hospital access. Ruto vowed to deal with judges without disclosing how. A supporter has since proposed a bill to pack the Judicial Service Commission with new members, an unconstitutional move unless a referendum amends the Constitution. If unchecked, the President's actions could severely erode the judiciary's legitimacy.

The Constitution of Kenya and the Rule of Law

Against the background of the past imperial presidency, the 2010 Constitution was designed to curtail excessive presidential power, establishing an independent judiciary with review powers. The High Court can question any act under the Constitution's authority, ensuring the President operates within legal boundaries. The judiciary's role is to uphold the rule of law and constitutional democracy. If the judiciary is at fault, it's for its commitment to enforcing the rule of law and preserving the Constitution and the Bill of Rights. Succumbing to presidential condemnation would spell the end of our constitutional democracy. The rule of law dictates that any presidential grievances with the High Court should be addressed through appeals to superior courts, not public displays of victimhood. The President's attacks on judges over their role in upholding the Constitution are a poor attempt to evade political accountability. It's crucial to remember that anarchy begins with the collapse of the rule of law.

Political attacks and Public confidence in the Judiciary

The 2007 elections, marred by violence, exposed whispered concerns about the electoral process. The opposition leader rejected the results, but refused to challenge them in court, citing perceived judicial bias. This led to a fresh vetting of judges with the 2010 Constitution, aiming to restore public confidence in the judiciary.

However, this constitutional vision is threatened by normalised political attacks on the judiciary, undermining its independence and public trust. While judicial decisions can be criticised, and appeals or reviews sought, there's a line between valid criticism and political attacks. Politicians using rhetoric to intimidate judges for specific outcomes cross this line into irresponsible criticism.

The office of the Chief Justice and Public confidence

In response to the President's ongoing attacks on the Judiciary, the Chief Justice sought a meeting, which the President accepted. The public was unaware of the meeting's details until photos surfaced of the Chief Justice at the State House. It was later communicated that the President promised to allocate additional funding for the judiciary. However, this commitment did not directly address the President's initial grievances, which were squarely aimed at unnamed "corrupt" judges. The issue of corruption in the judiciary was left to be addressed by the National Council on the Administration of Justice (NCAJ), a statutory body.

From a constitutional law perspective, the meeting raises several issues: Firstly, the Constitution and the Judicial Service Act provide mechanisms for addressing judicial corruption. The President should have lodged a complaint with the JSC, which can remove a judge from office, instead of the NCAJ. Secondly, budgeting is a parliamentary function, not a presidential one, and the Constitution outlines judiciary funding sources to ensure its independence from the Executive. In addition, the timing

of the meeting, following the President's threat to deal with the judiciary, raises questions about its purpose and outcome. In my view, this meeting should not have occurred as the Chief Justice should avoid situations that could compromise her independence. Public speculation is rife about what she may have offered in return for the additional funds.

For the public acceptance of the judiciary, such speculations can be dangerous. Unlike the parliament and executive, the judiciary lacks fiscal control or enforcement power. Its authority hinges on public acceptance of its decisions, necessitating the building of public trust. This sentiment was echoed by a [former South African Chief Justice](#):

The courts could be reduced to paper tigers with a ferocious capacity to roar and to snarl but no teeth to bite and no sinews to execute what may then become a piece of sterile scholarship. Its [the court's] ultimate power must therefore rest on the esteem in which the judiciary is held within the psyche and soul of a nation. That esteem must substantially depend on its independence and integrity.

Judges, particularly the Chief Justice, must ensure courts don't become instruments of injustice. They must uphold the court's constitutional authority and protect judges from external attacks. If the judiciary appears dependent or weak, public confidence will wane.

In conclusion, as the upholder of constitutional supremacy, the judiciary will inevitably challenge those in power. Their decisions may displease some, including the executive. However, this doesn't justify attacks on judges, especially by the President. Even minor erosion of the rule of law can lead to tyranny. Public resistance is necessary against populist rhetoric blaming the judiciary and Constitution for political failures.

Romy Klimke

Gender as a Trade Concern

On the African Protocol on Women and Youth in Trade

doi: 10.59704/4f4ced0b3f3c648f



The African continent is currently witnessing the creation of the largest regional free trade area in the world, in terms of geographical scope, number of states parties, and population. The African Continental Free Trade Area (AfCFTA) represents a significant milestone in Africa's socio-economic development and provides unique opportunities for exploring [new approaches to international economic law-making](#). The latest achievement is that in February, [at its 37th summit](#), the African Union's (AU) General Assembly adopted a special Protocol on Women and Youth in Trade which has the potential to blaze the trail for gender-transformative intra-African trade.¹ This post takes a closer look at the protocol, its background and salient features, and potential challenges along the road to its implementation.

Background: Gender inequality as a barrier to intra-African trade

In recent years, the notion that trade is not inherently gender-neutral has gained traction in international, regional, and national fora; there is a growing awareness that trade policies affect men and women differently, due to structural inequalities, discriminatory social and legal norms, and harmful cultural practices and beliefs. Not only does trade-related gender inequality raise concerns from a human rights perspective. It has measurable effects on overall economic stability and growth. For example, according to the 2016 Africa Human Development Report, between 2010 and 2014, economic losses due to widespread gender inequality amounted to approximately US \$95 billion per year in sub-Saharan Africa (see [here](#), p. 6). This is even more noteworthy considering that women participate very actively in trade in most African countries, be it as producers, cross-border traders, or entrepreneurs. However, lack of access to finance, education and training, information, and protection from harassment and maltreatment constrain and undermine

their economic potential. Removing barriers for women in trade requires coordinated efforts; states cannot tackle these problems on their own. The Protocol on Women and Youth in Trade (PWYT) is the AU's cooperative attempt to make trade more responsive to women's needs.

The African Continental Free Trade Agreement

The PWYT is part of the newly established African Continental Free Trade Area (AfCFTA), the largest free trade area in the world in terms of membership, geographic size, and population. The AfCFTA is a central [flagship programme](#) of the [African Union's Agenda 2063](#) which envisions "[transforming Africa into the global powerhouse of the future](#)". The [Agreement establishing the AfCFTA](#) has already been hailed as a "[trade deal that is changing global trade](#)" in that it sets new standards for international economic law. The AfCFTA-Agreement, which was adopted on March 21, 2018, in Kigali, Rwanda, and entered into force in May 2019, covers trade in goods, trade in services, investment, intellectual property rights, and competition policy (Art. 6 AfCFTA-Agreement). Immediate objectives are focused on reducing tariffs and removing non-tariff barriers to establish a single market for goods and services across the African Continent (see Art. 4 AfCFTA), but the AfCFTA is also aiming to create a customs union at a later stage.

Women in the AfCFTA-Agreement

While the AfCFTA-Agreement refers to a number of different groups (e.g. people with disabilities, indigenous peoples, and other disadvantaged groups), it puts a special focus on women and youth. This is in accordance with Aspiration 6 of the AU's 2063 Agenda, which depicts an "Africa, whose development is people-driven, relying on the potential of African people, especially its women and youth, and caring for children". A key objective of the AfCFTA-Agreement is to promote "sustainable and

¹ While the official version of the protocol is not yet available online, it has been confirmed that the version of the protocol that was adopted is identical to draft 3.0, which can be located [here](#).

inclusive socio-economic development, gender equality and structural transformation of the State Parties“ (Art. 3 (e)). According to Article 27 of the Protocol on Trade in Services, state parties pledge to improve the “export capacity of both formal and informal service suppliers, with particular attention to micro, small and medium size; women and youth service suppliers“ (Art. 27 (2) (d)). In a similar manner, the Protocol on Investment recognizes the “importance of encouraging investment activities that benefit [...] underrepresented groups, including women and youth” in its preamble, and stipulates a corresponding obligation of the states parties to promote investments that contribute to gender equality and the empowerment of women (Art. 6 (g) Protocol on Investment). However, beyond these somewhat scattered provisions, there have been no further attempts to effectively mainstream gender-specific aspects into the several legal instruments of the AfCFTA. Instead, the AfCFTA follows the approach of a [growing number of international FTAs](#) by adding a separate instrument (usually chapters) on trade and gender equality, making gender the only genuine non-trade concern to which a separate protocol has been dedicated so far.

The Protocol on Women and Youth in Trade

The PWYT focuses less on the general socio-economic situation of women in Africa and more on the specific situations of women participating in the import and export of goods and services (Art. 1 (o) PWYT). Its main objective is to enhance participation and inclusion of women in intra-African trade, as well as into regional and continental value chains. In working towards these goals, states parties will be guided by the principles of affirmative action, elimination of discrimination, equality, and inclusiveness (Art. 4 PWYT). To address the elimination of discrimination for women in trade, states parties will be obligated to progressively eliminate gender-specific non-tariff barriers (Art. 7 PWYT) as well as legislations, regulations and discriminatory practices against women in trade (Art. 8 PWYT). While the PWYT aims to “support measures that promote the formalisation of trade activities of Women and Youth” (Art. 2 (f)), the text of the protocol also takes due account of the informal sector, where women account for almost 90 percent of the labour force. Across the African continent, the informal sector is both the primary source of employment and a main source of the overall GDP (see [The Futures Report 2020](#), p. 94). People in the

informal sector are neither registered nor taxed, and generally lack social protection. Trade agreements cannot ignore the scale and significance of informal cross-border trade for intra-African trade. More than 70 percent of informal cross-border traders are women (see [The Futures Report, 2020](#), p. 88). For them to benefit from the AfCFTA, information, assistance and training, as well as access to social protection systems, are critical.

Advancing gender-sensitive trade governance across the continent

The PWYT builds on existing standards set by the AU and some Regional Economic Communities (RECs) that are already comparably well-developed. In 2023, the AU celebrated the [20th anniversary](#) of the [Maputo Protocol on the Rights of Women in Africa](#), one of the most progressive legal instruments for women’s rights in the world. The Maputo Protocol stipulates detailed and clear obligations for states parties in the areas of economic and social welfare rights (Art. XIII) and sustainable development (Art. XIX), demanding inter alia equal remuneration, equal access to employment and credit, protection from exploitation, and the establishment of social insurance systems for women working in the informal sector.

At the sub-regional level, some of the eight RECs recognized by the AU developed strategies on gender long before the issue was taken on by the WTO. Some of these instruments, such as the [2008 Protocol on Gender and Development](#) by the Southern African Development Community (SADC), contain particularly progressive provisions that can still serve as a blueprint for other international trade agreements today. However, the ways in which the RECs have addressed the nexus between trade and gender varies significantly. In this regard, a continental protocol on women in trade could simultaneously help harmonize existing frameworks and set new standards for those RECs that have made little or no progress in addressing this issue (see [here](#), p. 144). This is an important side effect as the RECs will continue to exist and serve as building blocks under the AfCFTA (Art. 5 (b) AfCFTA-Agreement).

Walking the talk

However, success or failure of the PWYT does not depend upon yet another array of legal norms and standards, but rather on the willingness of states parties to put them into

practice. The AfCFTA could make a real difference specifically regarding the institutionalization and formalization of processes promoting gender equality and women's empowerment in trade. To get a glimpse of the gender-transformative potential of the AfCFTA, it is instructive to draw on a framework developed by Amrita Bahri to measure the gender-responsiveness of free trade agreements (see [Bahri, Global Trade and Customs Journal 14 \(2019\)](#), p. 517). Bahri distinguishes five levels of maturity, which are: 'limited' (I), 'evolving' (II), 'acceptable' (III), 'advanced' (IV), and 'optimizing' (V). For gender-related measures to register at least as 'acceptable', it is necessary that states parties commit to some kind of cooperation and consultations. The PWYT takes important steps in this direction. For instance, the Protocol foresees the designation of National Women and Youth in Trade Focal Points by each State Party (Art. 22). It also obliges states to establish and strengthen mechanisms to redress grievances on issues of harassment and to implement mechanisms to prevent, discourage, and address all forms of harassment (Art. 17). In addition, and contrary to most other international free trade agreements with chapters or provisions on gender or women in trade, it is remarkable that the provisions of the PWYT are subject to the dispute settlement system of the AfCFTA. This means that states parties could be held accountable if they do not act in accordance with their obligations under the protocol.

However, to meet the needs of women in business, their voices must be heard. The PWYT remains rather vague on how to effectively institutionalize a gender perspective in matters of trade. Representation of women in processes relating to an agreement's negotiation and implementation is key if trade agreements want to aim for a higher level of gender-responsiveness. Legal instruments must be clear with regard to the modalities of women's representation. For instance, in order to mainstream a gender perspective in the working procedures of all AfCFTA committees (and not just the committee on women and trade) and the relevant national authorities, quota systems might present a helpful tool. Some African states, such as [Rwanda](#), have already successfully introduced quotas to increase the number of women in leadership positions.

A technical sticking point: single undertaking or cherry picking?

At this moment, it is difficult to predict how, or even for whom, the protocol will eventually enter into force. The legal texts of the AfCFTA Agreement and its protocols are ambiguous as to whether a protocol, once ratified by the necessary number of states parties, will enter into force for all states parties, or just for the states that accede to a certain protocol. In principle, the protocols and their annexes and appendices each constitute an integral part of the AfCFTA-Agreement (Art. 8 AfCFTA-Agreement). At least this is true for the protocols on trade in goods, trade in services, investment, intellectual property rights, competition policy, and rules and procedures on the settlement of disputes. They shall form part of a single undertaking – a principle tried and tested by the WTO to avoid normative fragmentation. If this applies to the PWYT, in practice, this would mean that all states parties are obligated to apply a gender-sensitive lens on trade issues. This development would have the potential to advance economic and social rights of women in an unprecedented manner. While the PWYT does not stipulate any subjective rights, it would be the first gender-specific legal instrument applicable to nearly the entire continent.

However, Art. 23 AfCFTA-Agreement places doubt as to whether such a reading is correct. While acceding to the Agreement automatically entails accession to the Protocols on Trade in Goods, Trade in Services, and the Protocol on Dispute Settlement (Art. 23 (3)), the situation appears to be different for the accession to any other protocol. Art. 23 (4) stipulates that:

“[f]or Member States acceding to the Protocols on Investment, Intellectual Property Rights, Competition Policy, and any other Instrument within the scope of this Agreement deemed necessary, shall enter into force on the date of the deposit of its instrument of accession“

This indicates that states do have a choice as to whether they want to submit to any of these protocols. This unresolved issue also poses risks for the uniform applicability of other Phase II and III-protocols, none of which have yet reached the threshold for entry into force. Some states, such as South Africa, have already announced that they only consider themselves bound by protocols they

specifically ratify. Accordingly, the AfCFTA dissolving into yet another “Balkanized” patchwork of loosely overlapping legal instruments is a disconcerting, but very real possibility.

Preliminary conclusion

It is currently too early to speculate as to how this dilemma will be resolved. For the time being, it can be stated that the PWYT presents an important confirmation of the general trend in international economic law to acknowledge and address the gendered nature of trade. Women’s

economic empowerment is pivotal for the social and economic well-being of any society, and the PWYT reaffirms this fact while also accounting for the specific challenges faced by women in intra-African trade. In practice, it will be up to the Committee on Women and Youth in Trade and any other relevant AfCFTA committee to put law into practice by developing bespoke plans of action in cooperation with their yet-to-be-established national counterparts. While effectively mainstreaming gender into trade policies requires continuous and coordinated efforts, the PWYT offers a promising basis for embarking on this joint endeavor

Mark A. Graber

Trump and the American Problem of the Commons

doi: 10.59704/b3b7a32fd8fbb4c1



Americans missed another opportunity on Monday to reduce the threat Donald Trump presents to constitutional democracy in the United States and in other countries. Section Three of the Fourteenth Amendment forbids present and former officeholders who engage in an insurrection from holding any state or federal office. Governing officials in Colorado, Maine, and Illinois determined that Trump was not constitutionally eligible for the presidency under this provision because the former president on January 6, 2021, had instigated and actively participated in an assemblage that used force and violence to prevent the peaceful transfer of presidential power. The Supreme Court in *Trump v. Anderson* unanimously overturned these decisions. Three justices acknowledged that Trump is an “oathbreaking insurrectionist.” None challenged that characterization or in any way questioned the substantive conclusions reached by Colorado, Maine, and Illinois officials that Trump committed treason on January 6. Nevertheless, in an unsigned per curium opinion that had some basis in policy, but little or no foundation in the constitutional text or history of the Fourteenth Amendment, the justices ruled that states had no power to determine whether persons were eligible for the presidency under Section 3.

The Supreme Court’s decision makes some sense as a practical matter. Giving all voters the same ballot in a national election seems reasonable. Voters in many presidential systems choose from among the same candidates no matter where they live. If the vote is to determine the president of the entire United States, then the menu should not be different in Georgia than in Colorado. Or so the Supreme Court argued with great vigor.

One problem with this argument is that, for better or worse, presidential elections in the United States are not national elections. Each state makes the rules for the presidential election in that state. The ballot voters receive in Georgia is different from the ballot voters receive in Colorado. The rules for casting ballots in Georgia are different than the rules for casting ballots in Colorado. The names

on Georgia ballots for the presidency may differ from the names on the Colorado ballot. Congress is authorized under the Constitution to mandate greater uniformity, but in the absence of federal legislation, states are given wide leeway in running presidential elections. This may be bad policy, but the constitutional rules in the United States permit substantial variation in how states conduct presidential elections.

The second problem with the argument in *Trump v. Anderson* is that the Supreme Court’s holding that states could remove state officials from the ballot under Section Three but not federal officials has no basis in the constitutional text or constitutional history that conservative justices maintain are authoritative when implementing other constitutional provisions, including other provisions of the Fourteenth Amendment. The text of the Fourteenth Amendment does not provide different procedures for removing federal officers than those used for removing state officers. No person during the ratification debates suggested that the procedures would be different. The per curium opinion noted that state officials only disqualified one potential federal officeholder before Congress granted a general amnesty but fails to note any other federal officeholder who was subject to disqualification. Good reason exists for thinking none were. During the period between the ratification of the Fourteenth Amendment and the passage of the Amnesty Act of 1872, some former confederate states were not immediately represented in Congress, blacks voted in all former confederate states, and many former confederate states disenfranchised former confederates. The result was that these states sent to Congress either Republicans who had opposed secession or blacks who had formerly been enslaved. None were subject to Section Three disqualification.

Most attention in the United States has focused on the difference between the per curium opinion, the separate opinion issued by Justice Amy Coney Barrett, and the separate opinion issued by Justices Sonia Sotomayor, Elena Kagan, and Ketanji Brown Jackson. The per curium

opinion maintained or at least appeared to maintain that courts could not disqualify federal officials and that constitutional limits existed on congressional efforts to disqualify federal officials. The separate concurrences would have limited the opinion to the rule that states may not disqualify federal officials in the absence of federal legislation. At least all opinions assume that a former president who had never held another office was subject to disqualification. The justices did not even bother discussing the nonsensical idea that presidents are not officers of the United States or officers under the United States.

Attempts to disqualify Trump highlight how, to paraphrase the late Abba Eban, opponents of the former president never miss an opportunity to miss an opportunity. Had Republicans coalesced around a single candidate in the 2016 party primaries, Trump would not have been on the ballot in that year's presidential election. Had a few more Republicans voted for impeachment after the events of January 6, Trump would have been constitutionally ineligible for the presidency in 2024. Had legal elites who detested Trump united around disqualification efforts, some of the court's conservatives who may also detest Trump might have preferred law to pretext and sustained the Colorado decision removing Trump from the ballot.

Professor Michael Dorf of Cornell Law School captured an important truth when he declared that *Trump v. Anderson* “[offered] unpersuasive grounds for leaving to other actors a task that they know those other actors almost certainly will not undertake.” Popular support, even among Republicans, does not explain how Trump survives to inflict catastrophic damage on constitutional democracy in the United States and abroad. Numerous Republicans privately acknowledge Trump is an oathbreaking insurrectionist. Some publicly support Trump because they fear backlash from Trump's base. Others insist Republicans rally around them rather than some other candidate as the alternative to Trump, thus preventing the united front necessary to stop the oathbreaking insurrectionist. Anecdotal evidence indicates many Republican officeholders privately hope the court will disqualify Trump. One suspects from the per curiam's refusal to engage with the claim in the Sotomayor/Kagan/Jackson concurrence that Trump is an “oathbreaking insurrectionist” that some Republicans on the Court hope that Congress does the deed.

Related divisions exist among never-Trumpers and

Democrats. Some excoriate the disqualification effort for relying on courts when the left should be mobilizing voters. Others question whether reviving an obscure provision was the right means for ridding the body politic of Trump. Still others, while acknowledging Trump to be a criminal who should never even be allowed to be a federal dogcatcher, think the case that Trump was an insurrectionist not definitely established, maintain the claim that Trump is not subject to Section Three disqualification is of some merit, who insist disqualification come from Congress. Broad agreement exists that Trump must be removed from American constitutional politics, but no agreement existed on any means other than the electoral process, even as agreement existed that Trump has a reasonable probability of winning the election legally and an even greater probability, given intimidation of election officials and attacks on non-partisan electoral institutions, of winning the election illegally.

The result is a distinctive American variation of the problem of the commons. The traditional problem of the commons occurs when united action will benefit everyone, but each individual has an incentive to defect. We will all benefit if our cows graze on common land for one hour a day, which will not deplete the grass, lose out if everyone grazes for two hours, which will deplete the grass, but each of us has an incentive to cheat and have our cows graze for two hours while our neighbors' cows graze for only one hour. The American problem of the commons is that all will benefit if Trump is disqualified from running for office, but many people have an interest in someone else taking responsibility for disqualification while others insist that only their way is proper for defeating Trump. The result is likely to be a Trump victory in November that no one desires because no agreement exists on the best means for preventing that outcome.

The good news is that other opportunities remain for preventing Trump's return to power. Trump is subject to four criminal prosecutions. Members of Congress are introducing legislation facilitating his disqualification. Former governor Nikki Haley is considering withholding her endorsement, a decision that could turn the 2024 national election in favor of President Biden. Other circumstances will arise for weakening Trump's hold on the American electorate.

The bad news is that the same or related excuses exist for not taking advantage of these opportunities. Presidential immunity from criminal prosecution is a com-

plex constitutional issue that may require the deliberate speed for consideration that will enable Trump to order the prosecutions dropped after winning the national election. Individual members of Congress, while agreeing that some federal legislation implementing Section Three is necessary, may disagree on the best legislation. Haley may find her political prospects for the presidency in 2028 better served by fealty to Donald Trump than by sacrificing her career to preserve constitutional democracy in the United States.

The result of this American problem of the commons

may well be the election of a President most citizens believe is a menace to constitutional democracy domestically, a champion of authoritarianism abroad, and a threat to humanity everywhere. Each of us will have one cause for solace as we watch constitutional collapse in the United States, Putin triumph in the East, and the disastrous carnage inflicted by global warming. This never would have happened, we will remind our neighbor, if everyone had agreed to our preferred means for stopping Trump.

Lucas H. M. Conceicao

Brazilian Judges Regulate Elections & and AI

doi: 10.59704/612f31a89ce38fc6



On 27th February, the Brazilian Superior Electoral Court (Tribunal Superior Eleitoral, TSE) issued a set of regulations to govern the 2024 electoral disputes in the country, tackling the use of artificial intelligence (AI) specifically in electoral disputes. Like in [many other countries](#), in 2024, elections will be held in more than five thousand municipalities in Brazil, encompassing more than 150 million citizens casting a vote for city mayors and municipal legislative assemblies. For their comprehensiveness and complexity, these municipal electoral disputes have become essential for the TSE's experiment with regulatory issues concerning electoral governance, usually testing innovative measures while applying broader electoral and constitutional norms.

Although innovative, these regulations are constrained in their effectiveness and indifference to broader regulatory debates concerning the regulation of AI, showcasing an uncomfortable relationship between judicial and legislative powers regarding digital policy in Brazil that is everything but collaborative ([Kavanagh, 2023](#)). Disregarding the complexity of AI, the regulations legitimise the expansion of the judicial branch's power to deal with digital threats to democracy while not fully engaging with how these threats materialise through the development and use of AI.

The Risks of AI in Electoral Periods

In its most recent Global Risks Report, the World Economic Forum [ranked](#) misinformation and disinformation as the global risk in 2024, particularly for their role in disrupting electoral processes and fomenting distrust and polarisation. The use of large-scale and generative AI models diminishes the cost and further amplifies the production of falsified information, allowing synthetic content (e.g., robocalls, deepfakes, AI-powered chatbots) to be easily deployed towards the manipulation of voters and the general public opinion.

Thus, beyond the current paradigm of big data psy-

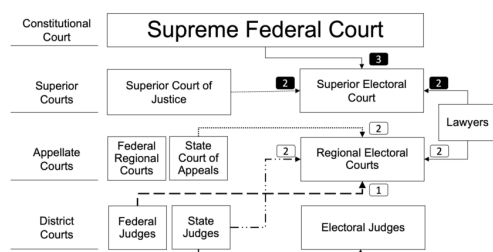
chographics and algorithmic behavioural manipulation ([Howard et al., 2023](#)), AI's generative capabilities, use of reinforcement learning, and dynamicity create what [Fung and Lessig describe](#) as a political campaigning black box in which AI political communication might be severed from its connection with reality by algorithms that prioritise voters changing of their vote instead providing them with accurate information, which might lead to a 'human collective disempowerment'.

Why is the Brazilian Electoral Courts Regulating the Use of AI?

Avoiding the risks of AI in electoral disputes is thus necessary and cannot be disentangled from the broader discussions regarding the regulation of the technology. In the EU, AI systems deployed to influence voters in political campaigns are classified as "high-risk" and subject to extensive "ex-ante" regulatory scrutiny and possible "ex-post" liability regimes ([Kretschmer et al., 2023](#)). As the EU AI Act becomes law before the European Parliament elections in June 2024, member-state electoral management bodies will define how this mandate applies specifically to the oversight of political campaigns before the EU parliament's [new rules governing transparency in electoral campaigns](#). Meanwhile, the European Commission published draft guidelines on the mitigation of systemic risks for very large online platforms (VLOPs) and very large online search engines (VLOSEs) in the context of articles 34(1)(c) and 35(3) of the DSA ([Peukert, 2024](#)).

In Brazil, electoral management is done through the judicial system, and a general regulation of AI is still being debated in Congress. The electoral justice framework comprises the Superior Electoral Court (TSE), Regional Electoral Courts (TRE), electoral judges, and electoral boards (Article 118 of the [Brazilian Constitution](#)). Although these institutions are prescribed in the Constitution and federal law, they do not have a consolidated composition. Its executive members (Supreme Court Ju-

stices, judges, and lawyers) have a mandate of two years and originate from different bodies of the judicial system to oversee electoral disputes (see figure below).



Partial organogram of the Brazilian Judicial System, indicating the origin of executive members of the Electoral Justice branch. (Muniz Da Conceição LH, 'Electoral Justice and the Supreme Federal Court in Brazilian Democracy' in Cristina Fasone, Edmondo Mostacci and Graziella Romeo (eds), Judicial Review and Electoral Law in a Global Perspective (1st edn, Bloomsbury Publishing 2024))

Competencies are shared among these courts, which act as administrators and adjudicators of elections for municipal, state and federal offices. The fixed mandate of two years, the heterogeneous institutional background of its members, and the form of selection are mechanisms established to avoid political affiliations and preferences in the administration and adjudication of electoral procedures. Nevertheless, the system is still heavily centralised in the union, and the confluence between the Supreme Federal Court and the TSE raises concerns for the overall functioning of Brazilian democracy (Salgado, 2016).

Because of its amphibious nature as belonging to the judicial branch but performing administrative and regulatory functions, the TSE maintains broad regulatory powers defined in Article 23, IX of the Electoral Code, which provides that the court shall “issue the regulations it deems necessary” for enforcing electoral legislation. This prerogative is exercised towards electoral processes in all of the federation through “judicial resolutions” that, in some circumstances, have an ultra vires effect (Salgado, 2022; Conceição, 2024). A prominent example of this is the TSE’s resolution (23.714/2022), issued expeditiously to combat the spread of disinformation concerning the general elections before the second round of voting in October 2022, expanding the liability of social media platforms and the judicial oversight over big tech companies.

How is the Superior Electoral Court Regulating AI in the 2024 Brazilian Elections?

The TSE [issued](#) twelve judicial resolutions regulating and operationalising electoral law norms embedded in the Electoral Code, federal legislation, and the Brazilian Constitution. The resolutions tackle the use of AI in tandem with the institution's effort to maintain the integrity of the electoral process and curb the effects of disinformation in electoral campaigns, focusing on candidates, campaigns and social media platforms.

AI considerations are most prominent in the regulation of campaigning practices and electoral illicit behaviours. It establishes that the use of AI to create and manipulate electoral campaign content must be explicitly and prominently indicated in its distribution, with clear and visible watermarks highlighting the use of the technology. Non-compliance by the candidate or its campaign management may lead to penalties and sanctions analogous to those prescribed for other electoral crimes, following Article 323, para. 1 of the Brazilian Electoral Code. Furthermore, it expressly prohibits the use and distribution of fabricated or manipulated content supporting false or misleading facts with the potential to cause damage to the fairness and integrity of the electoral process, and the use of generative AI deceptively emulating interactions between candidates and the electorate (AI-powered chatbots), indicating the TSE preoccupation with the potential for AI to amplify societal harms related to disinformation against democratic stability itself.

Most importantly, the TSE new resolution establishes that internet application providers allowing the broadcast of electoral content are liable for adopting measures to prevent or reduce the circulation of illicit content that affects the integrity of the electoral process and must immediately remove illegal content from their hosting services. This liability, therefore, includes but is not limited to (i) the development of effective notification mechanisms, (ii) the promotion of accessibility to channels of report, and (iii) the promotion of corrective and preventive measures. However, It is unclear if these liabilities would also be applicable towards the developers of these AI systems. The resolutions also expressively prohibit using technological tools to modify or fabricate audio, images, videos, or any other media intended to spread the belief of a false fact related to a candidate in the electoral process itself, thus prohibiting the use of deepfakes in

electoral campaigns.

More broadly tackling the commercial relationship between political candidates, parties, and social media platforms, the resolution also defines the limits of sponsored promotion (boosting) of electoral campaign content. It prohibits promoting derogatory and harmful content against other candidates and sponsoring the publication of false or misleading information. These provisions consider that using internet platforms and digital messaging applications to distribute disinformation and falsehoods to the detriment of an opponent may configure an abuse of economic power or the improper use of the means of social communication. Additionally, directly tackling the use of social media platforms to broadcast live videos and statements by the political candidates, the resolutions define these live events as official electoral campaigning subjected to restrictions regarding the distribution of electoral propaganda on the internet, such as the sharing and transmission in websites and accounts of legal entities.

Institutional Expansion, Dialogue, or Compromise?

The debate between the judicial and legislative powers concerning the regulation, or lack thereof, of digital platforms vis-à-vis the impact of disinformation in Brazilian democracy has been ongoing since the beginning of former president Jair Bolsonaro's term (Conceição, 2022a, 2022b). The Supreme Federal Court expanded its prerogative to interpret and apply the Constitution, positioning itself more prominently in the political arena to actively protect the country's constitutional democracy. This expansion contrasted with prerogatives constitutionally conferred to the Federal and State Prosecutor's Office and the regulatory deliberations of Congress concerning disinformation and AI (bills no. 2630/2020 and 2.338/2023, respectively), for which the Supreme Court Justice and current president of the TSE, Alexandre de Moraes, delivered a set of proposals based on the experience of the Electoral Court in the past five years.

The effectiveness and legitimacy of these attempts are contested since beyond emergency and institutional failure arguments, both the Supreme Federal Court and TSE's rationale extensively reinterprets the existing normative framework to define new liability mandates for digital platforms. However, such action has materialised without adequately engaging with these regulatory issues' broader repercussions and technicalities, particularly the on-

going reports from legal specialists convened in Congress to coherently address them. This institutional blindness impacts the development of solutions that address societal harms, specifically by defining poorly articulated liability rules towards only a few stakeholders, ignoring for example, the role of AI developers in propagating algorithmic biases. It also endangers the overall protection of electoral integrity and enlargement of citizen trust in democratic processes, since it fails to promote cooperation with relevant civil society organisations, fact-checkers, and other actors providing oversight to electoral procedures.

For example, imposing liabilities for platforms to immediately remove content containing disinformation and other forms of hate speech might also lead to the use of AI by those platforms to pre-emptively inhibit these types of speech from being shared. As yet still imperfect technological solutions (Dias Oliva et al., 2021), AI-powered content moderation might lead to false positives, unduly restricting speech in electoral contests, false negatives, allowing negative campaigning and misleading content in a biased manner towards candidates of only one side of the political spectrum (Gorwa et al., 2020), or most probably, both. This is just one instance in which, by jumping the gun on the regulatory debates concerning digital platforms and AI, these judicial resolutions become the normative framework that allows electoral judges and courts to act, expanding their power but not providing effective normative solutions, expanding legal certainty and promoting democratic legitimacy.

Justices in the Supreme Federal Court constantly engage with the media to defend this expansion of power, either indicating that these innovations are still within the remit of their constitutional mandate or reiterating the findings of judicial criminal investigations that uncovered an extensive organisation of digital militias with ties to right-wing politicians and former governmental officials. When the ends purportedly justify the means, one must question if the policy goal has been effectively achieved, which in this particular case requires investigating whether these innovative judicial regulations promote the legitimacy and integrity of the judicial system in tandem with the affordances of the Brazilian institutional design as a whole (Gargarella, 2022). Considering the authoritarian threat and political polarisation still looming in Brazilian and global politics, effectively tackling the impact of AI in these contexts should not be based solely

on considerations of immediacy but engage the broader regulatory debate beyond the judicial fora and rely on the

expertise and consideration of a more comprehensive set of stakeholders.

Dwight Newman

A Supremely Complex Decision

The Supreme Court of Canada's *Dickson v. Vuntut Gwitchin* Decision on Indigenous Governments and Canada's Charter of Rights

doi: 10.59704/3ce835f38446e457



On March 28, 2024, a majority decision of the Supreme Court of Canada in *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation* held that Canada's constitutional bill of rights, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the *Charter*"), applied against an Indigenous government's residency requirements for election to the government's Council. However, the majority also held that a section of the *Charter* that offers some protective effect for Indigenous governments would protect this residency requirement from a challenge under the *Charter*. It thus sought to establish a nuanced framework on some challenging questions.

The Court's 317-page decision will warrant much more analysis in the time ahead, but it is worth getting an initial sense of what it contains.

The case reaches significant determinations but with some messy splits amongst the seven justices who sat on the case. One justice splits off more significantly, and the six who agree on general points on application of the *Charter* to Indigenous governments end up splitting 4-to-2 on how to work with the section of the *Charter*, section 25, that offers a partial shielding effect from the *Charter* for Indigenous governments. The case is significant in offering more interpretation of that section than ever before (the Supreme Court of Canada has famously resisted interpreting that section in past judgments, notably in a major [decision in 2008](#) that gave a clear opportunity to do so but saw only one separate opinion engage with it). But there is, in effect, a disagreement on a more fundamental question of when collective and individual rights are in conflict or not, thus speaking to a broader set of challenging questions for ongoing discussion.

The latest decision is lengthy and complex, so it is necessary to unpack some background and then to turn to what the Court has said.

Background

The case involves two sections of the *Charter*. Section 32 is an application clause providing for application of the *Charter* to the federal, provincial, and territorial governments (and, implicitly, for vertical application only and not horizontal application between citizens). That clause has been read in larger ways over the years to apply to entities not explicitly listed but that are governmental in nature or performing inherently governmental functions, partly so that governments could not move various activities outside the application of the *Canadian Charter*. There had not yet been explicit consideration of how these principles applied in the context of Indigenous governments.

The context of Indigenous governments draws in another section as well, section 25 of the *Charter*, which provides that "[t]he guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada".

Recent decades have seen the explicit recognition by non-Indigenous governments of an increasing number of Indigenous governments in Canada, often through modern treaty agreements (with this being a technical term referring to treaties negotiated since the 1960/70s, as opposed to "historic" treaties negotiated prior to 1921). The Vuntut Gwitchin First Nation in Yukon in the northwesternmost part of Canada has such a modern treaty agreement, finalized in 1993, the [Vuntut Gwitchin First Nation Self-Government Agreement](#).

In accordance with this treaty, the Vuntut Gwitchin established a [Vuntut Gwitchin First Nation Constitution](#), which in Article IV includes a set of individual rights with significant overlaps with the *Charter* while nonetheless varying these rights in some ways. It guarantees the right to vote in Vuntut Gwitchin elections and to hold office in Vuntut Gwitchin Government, although with a specific

qualification that this right is “[s]ubject to residency and other requirements set out in Vuntut Gwitchin Law”.

Vuntut Gwitchin election laws have in fact required that someone elected to the Vuntut Gwitchin Council establish residency within 14 days on the area of Vuntut Gwitchin Settlement Land. This means that someone must be resident in the area near Old Crow in northern Yukon and precludes residency in Whitehorse, Yukon’s capital and largest city. Cindy Dickson used the *Charter* to challenge this requirement, claiming medical needs to live in Whitehorse, which could give rise to certain arguments based on the equality rights clause in the *Charter*, although the main novel parts of the case concern the application of the *Charter*.

What Has the Court Said?

The decision is highly complex. One justice, Justice Rowe, offers a separate dissenting opinion based on careful textualist reading that would actually offer the Vuntut Gwitchin the most scope for self-determination without being subject to the *Charter* (paras 417ff). That judgment warrants more attention in how it actually uses what some would think of as relatively conservative approaches to legal interpretation in arriving at a result the most protective of Indigenous nations as collective entities making their own decisions about the application of their values in self-government contexts. However, within time and space limits, and given that the other six justices to sit on the case disagreed, those interesting discussions will need to be for another day.

The four-justice majority decision authored by Kasirer and Jamal JJ reads *Charter* application seemingly widely, albeit with somewhat less clarity than one might have hoped, and then goes on to offer an approach to the partially protective effects of section 25 of the *Charter*, arriving at a reasonably clear legal test.

First, then, this decision is slightly less clear than it could be on what it has actually concluded about what type of government action is at stake that makes the residency requirement subject to the *Charter*. In parts of the reasoning, Kasirer and Jamal JJ seem to suggest that there is a need for consistency across different types of Indigenous governments with different sources of authority (paras 57ff). At other places, they emphasize the role of federal and provincial governments in giving statutory force to the treaty with the Vuntut Gwitchin and even suggest that their conclusion might be limited to those sta-

tutory contexts (paras 86, 91). They thus reach a conclusion on a somewhat ambiguous basis: “We conclude that the *Charter* applies to the residency requirement, either because the VGFN is government by nature, or because the enactment and enforcement of the residency requirement is a “governmental activity” operating under a statutory power of compulsion.” (para 101). The inability to decide which branch of the legal test applies is of some concern because it makes it more challenging for other courts bound by the Supreme Court of Canada to discuss the law cohesively if the Supreme Court of Canada itself is not sure how to apply aspects of it.

Nonetheless, they are then able to proceed to a careful, nuanced analysis of section 25 of the *Charter*, whose purpose they now determine to be “to protect Indigenous difference against inappropriate erosion by individual *Charter* rights” (para 118). They do so based on careful reading of the bilingual text and other pertinent materials. Their approach becomes oriented to seeing section 25 apply to offer protection from *Charter* rights only when there is an “irreconcilable” conflict between collective and individual rights (paras 161-62). They arrive ultimately at a reasonably clear, four-step framework for using section 25 (paras 178-83).

By contrast, the partly dissenting opinion of Martin and O’Bonsawin JJ would take up very different forms of reasoning and arrive at some different approaches. They agree that the *Charter* applies, but they do so after some wider-ranging reasoning. And their conclusion seems to embody points in some tension with each other. They cite scholarly work on the *Charter* as a “nation-building instrument” (para 281) but then apply that to Indigenous nations while missing that the history of the “nation-building” aspect of the *Charter* was to limit difference within Canada. They refer to Indigenous governments existing from time immemorial but then assert that they are subject to application tests under section 32 of the *Charter* (para 282).

The reasoning of the partial dissent of Martin and O’Bonsawin on section 25 is also wide-ranging, from a longer discussion of drafting history than in the majority (paras 294-308) to a surprising and relatively unexplained reference at para 317 to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) being “binding” on Canada in a manner that triggers a presumption of conformity of legislation with international instruments (that principle, I would note, is normally in

reference to international treaties that are fully binding at international law, whereas UNDRIP is a significant normative instrument but not such a treaty). Their reasoning throughout the section 25 discussion leaves some loose ends for future discussion.

However, they would arrive at a more constrained picture of section 25: “rights within the scope of s. 25 are limited to those that are truly unique to Indigenous peoples because they are Indigenous” (Para 337). They have a concern about a creation of “*Charter*-free zones” (para 331) and want to ensure that Indigenous individuals can challenge their own Indigenous governments using the (Canadian) *Charter*. So, like the majority, they want application of section 25 only in the case of a true conflict, but they then offer an approach oriented to whether there is more than a minor impact on a collective right and the necessity of the collective right to distinctiveness of an Indigenous culture (para 343). Parts of this approach do not seem self-defining, and there would be many more

questions ahead.

Conclusion

This case is highly complex, and I offer today’s post just as a quick initial take. Most of the Court does see the *Canadian Charter* as applying to Indigenous governments, effectively seeing it as a rights instrument that takes priority in all Canadian governmental contexts, though with some complications on that to be analyzed further in future. They also look for a constrained application of section 25’s potential protection of Indigenous governments from the *Charter*. But there is much work ahead in understanding interactions of collective and individual rights in ways that can operationalize these approaches. (I have expressed views on related points in some of [my theory work on collective rights](#), and I will seek in future work to develop some of how that helps operationalize approaches within Canadian law.)

Kartik Kalra

Privileges Constrained

On the Indian Supreme Court's Rejection of Bribery as Parliamentary Privilege

doi: 10.59704/240cf5e205bd12a9



Last week, the Indian Supreme Court delivered its judgment in *Sita Soren v. Union of India*, holding that parliamentary privilege – the constitutionally recognized legal immunity of legislators – does not extend to bribe-taking for exercising their legislative vote or speech a certain way. Legislators would, therefore, be subject to ordinary criminal law concerning allegations of bribery in exchange for their use of legislative powers, and Articles 105 and 194 of the Constitution – which confer legal immunity on legislators “in respect of anything said or any vote given...in Parliament/Legislature” – were to be construed narrowly, in accordance with an *essentiality test* that extends privilege only to members’ actions essential to discharging their legislative functions.

In this blog post, I discuss the Court’s formulation of the essentiality test, as well as its conclusions on the availability of privilege for bribe-taking. I argue that while the ruling can strengthen democratic institutions since it protects the integrity of legislative processes, certain risks in the essentiality test’s composition – which risk depriving important legislative functions of privilege – must be addressed.

The “Essentiality” Test and Constrained Parliamentary Privileges

The instant case undertook a reconsideration of the Supreme Court’s previous judgment in *Narasimha Rao v. State*, which extended privilege to allegations of bribery against members. In that case, the Court held that the words “in respect of” under Articles 105 and 194 – which qualify members’ actions eligible for privilege – had to be construed widely, enabling them to function fearlessly (§136). Further, it held that the legislator must *act legislatively* in pursuance of the bribe for it to have been “in respect of” a legislative act, and a bribe-taking legislator that did not vote, i.e., exercise the legislative act, would be ineligible to obtain privilege for bribe-taking (§143).

The instant case, similarly, arose from allegations of bribery, where a legislator exercised their vote contrary to

the bribe’s conditions, i.e., voted in a manner opposed to what the bribe-giver allegedly paid the legislator for. The High Court, based on *Narasimha Rao*, found the legislator ineligible for privilege, for their actions departed from the bribe’s conditions, meaning their actions were not “in respect of” a legislative act (§5). The Supreme Court, deciding on *Narasimha Rao*’s correctness, disagreed with both its propositions: *first*, the amplitude with which privilege – under Articles 105 and 194 – was to be assessed, and *second*, the availability of privilege for bribery, as well as the connection between bribery and the act of voting.

First, it noted that a wide construction of parliamentary privilege, which extended protection to actions unrelated to legislative duties, was undesirable. Legislators seeking immunity must demonstrate a connection between the impugned privilege-claiming act and their legislative tasks to avail privilege (§85). Given the status of privilege as creating a class of persons – legislators – exempt from judicial accountability, the set of actions for which this exemption could be availed must be constrained, which, it noted, must concern actions “essentially related to their functioning”, both of the House, as well as the legislator’s (§87). Thus far, the standard appears reasonable, for it requires an assessment of the *nature* of the privilege-claiming act, with the enquiry centered on assessing its legislative character.

Later, however, the Court tweaks the standard to do one more thing: apart from the legislative character of the privilege-claiming act, it must also bear a relationship with a legislator’s *essential* duties, further tightening the availability of privilege:

91. ...[T]he assertion of a privilege by an individual member of Parliament or Legislature would be governed by a twofold test. First, the privilege claimed has to be tethered to the collective functioning of the House, and second, its necessity must *bear a functional relationship to the discharge of the essential duties of a legislator*.

In this way, the Court becomes the arbiter both of the act's character, as well as its significance to the legislative task. While the former principle has been recognized in a substantial body of case-law – both *before* and *after* *Narasimha Rao* – courts have, till yet, refrained from qualitatively assessing whether the privilege arose from the fulfilment of a duty that was *essential*. This risks further narrowing the domain of legislative acts eligible for privilege. I discuss this in the next section.

Based on the essentiality standard, the Court finds privilege unavailable for bribe-taking for voting/speaking in a certain direction, for this possessed no nexus with performing a legislator's tasks. This was because the bribery offence was complete irrespective of the performance of any legislative tasks, for it did not depend on the bribe's conditions' subsequent fulfillment (§125). Given the commission of the bribery offence without the involvement of any act legislative in character, the Court concludes – at the first stage of its enquiry itself (assessing the act's *nature*) – that a member cannot claim privilege for bribery, and must face judicial proceedings.

Lastly, the Court also assesses the comparative landscape on privilege and bribery, noting a general trend of construing privilege narrowly, and carving out corruption-related offences therefrom: in *R v. Chaytor*, the UK Supreme Court found bribery to fall outside Parliament's "core or essential business", making legislators criminally liable (§47); the American Supreme Court, in *US v. Brewster* and *Gavel v. US*, confined privilege primarily to "deliberative and communicative processes" of legislators, finding bribe-taking and unauthorized publications to generally fall outside this standard; and the Canadian Supreme Court, in *House of Commons v. Vaid*, laid down a standard assessing the "close and direct connection" between the privilege-claiming act and legislative business. On this basis, the Court finds comparative law to align with its views, holding privilege unavailable for bribery.

Parliamentary Privilege Hollowed? On the Test's Implications for Unessential Legislative Acts

The instant case serves as a continuation of case law averse to construing privilege widely, aiming to constrain legislators' legal immunities. While the proposition of only legislative acts – or acts bearing a connection with the legislative activity – obtaining privilege has been affirm-

ed priorly, its framing as only "*essential duties of a legislator*" availing privileges is risky. This enables the Court to enquire into the impugned privilege-claiming act's *significance* to legislative business, in addition to its *nature*. While the legislative exercise, as noted by the American Supreme Court, has at its core "deliberative and communicative processes", such deliberative processes are accompanied by a certain degree of chaos, hostility, and raucousness. The significance of these additional elements may not be immense, and these processes, therefore, may not – in the instant case's formulation – be *essential* to the legislator's duties. They are, however, politically important, and enable legislators to express – occasionally through non-verbal means – their views.

In *State of Kerala v. K. Ajith*, a member who destroyed a Legislative Assembly's furniture and other possessions, allegedly as a mark of protest against the ruling government, sought to claim privilege against criminal offences arising therefrom. The Supreme Court, rejecting this privilege claim, applied a standard identical to that pronounced in the instant case – the *essentiality* of the privilege-claiming act to the legislative function – holding that legislative business could have been performed without the destruction of property, and that privilege, accordingly, would be unavailable (§66). This enquiry, therefore, risks removing from privilege protection acts that carry expressive and deliberative value but are likely to be deemed unimportant, falling outside the core of legislative business. It may also raise concerns about the separation of powers, for the Court would adjudicate the *legislative significance* of legislators' functions, a task that is – as apparent from the enquiry – best suited for legislators themselves. Given, however, the Court's role as ultimately adjudicating on privilege's availability, it would be suitable to make the enquiry more deferential, enquiring solely into the legislative character of the privilege-claiming act, not its overall significance.

Bribery Unessential to the Legislative Function

In applying the essentiality test to bribery, the Court held it wholly divorced from the legislative function, for a legislator's acts after bribe-taking – committed in Parliament by voting or speaking in accordance with the bribe's conditions – were immaterial to the offence's commission. A bribe-taking legislator would commit the offence the moment they obtained the bribe, and their legislative actions in pursuance thereof – through speaking or vo-

ting – would not immunize them from criminal law’s application (§118-19). This holding has been generally [welcomed](#), for it reins in recalcitrant legislators, preventing the privilege loophole’s exploitation. It creates an expectation of integrity from the legislative process, and prevents – as the Court notes – the creation of a “class of citizens...enjoy[ing] unchecked exemption from...the law” (§87). In this sense, it would further democratic values, and stand as a significant ruling that affirms the values of probity in the legislator’s relationship with their electorate. Despite the problems associated with the essentiality test’s composition, the Court applies it correctly – at its first stage, assessing the acts’ *nature* – in conceptualizing bribe-taking as divorced from a legislator’s tasks.

Conclusion

The instant case is progressive and democracy-furthering in its rejection of bribery as possessing parliamentary privilege, but its composition of the essentiality test to adjudicate the availability of privilege is slightly problematic. While it does not enquire into the qualitative significance of bribery to the legislator’s function due to its prior conclusion of the completion of the bribery offence without the subsequent performance of a legislative act, the standard it pronounces may warrant reconsideration. This must be directed towards restoring only its nature-assessing component, removing from the Court’s domain an enquiry into the privilege-claiming act’s qualitative significance. This would enable ancillary expressive acts of legislators – those that do not constitute its deliberative core – to also avail parliamentary privilege.

Anmol Jain

Reconceptualizing Legislative Privileges

doi: 10.59704/f198ef0e0d2ea4e9



Earlier this month, the Indian Supreme Court delivered a [judgment](#) in a reference pertaining to the law and scope of legislative privileges under the Indian Constitution. The primary question before the court was whether legislative privileges extend to the protection from prosecution of a legislator who receives a bribe to speak or vote in a certain manner in the legislature. Overruling an earlier [decision](#), a seven-judge bench of the Court held that the Indian Constitution does not confer absolute privileges upon the legislators. The jurisdiction of the courts remains intact, and legislators can be prosecuted by a court of law for crimes committed within or outside the legislative chambers. An analytical summary of the Court's decision can be found [here](#).

In reaching its decision, the Court had the opportunity to restate the law on legislative privileges in India and discuss its development both during the pre- and post-independence eras. The law, as it stands today, raises several questions about the contemporary appropriateness of the original understanding and scope of legislative privileges. These questions are not only relevant to the Indian constitutional system, but they are crucial for any system that is facing threats to the health of its legislative bodies.

In the following sections of this post, I'll first discuss the existing law on legislative privileges in India, which is unique in its origination and formulation. I'll then argue that there is a need to reconceptualize the understanding of legislative privileges in order to support the legislative systems in performing their roles and functions in their true essence.

Law on Legislative Privileges in India

Articles 105 and 194 of the [Indian Constitution](#) deal with legislative privileges of the Houses, committees, and legislators of Parliament and state assemblies, respectively. These provisions perform two roles: first, they explicitly guarantee near-absolute freedom of speech to the legislators while ousting the jurisdiction of the courts for any

speech made or vote given by the legislators; and second, they allow the legislatures to self-define their powers, privileges, and immunities in all other aspects. However, until the legislatures make a law in this regard, the privileges 'shall be those of the House of Commons of the Parliament of the United Kingdom'.

Despite a specific reference to the House of Commons, there is a clear and conscious divergence in the understanding and jurisprudence of legislative privileges in India. This break is guided by the unique purposes that privileges were thought to perform in India and the fundamental difference in the conception of the Indian constitutional system from that of the UK, i.e., the rejection of parliamentary supremacy in favor of constitutional supremacy.

In terms of the purposes, apart from the classic role of creating co-equal branches of government and securing the legislative branch from any form of interference from the monarch/executive branch, legislative privileges were envisaged as a tool to perform a few other functions. First, it was a way to proclaim the supreme authority of the Indian parliament and state assemblies on law-making and governance in India. During British rule, the privileges extended to the legislative assemblies were rather restricted. The Governor-General, the executive representative of the Crown, was allowed to intervene in the discharge of legislative business, thus compromising the independence of the House. Envisaging wide privileges in the post-independence Constitution indicated a symbolic and functional break from the past.

Second, under the Indian constitutional system, law-making authority has been completely delegated to the legislative bodies. The Constitution makes no space for the involvement of the people and civil society in this process. In this situation, legislative privileges were considered a way to enable independent debate, deliberation, consultation, and scrutiny of governmental business in order to (a) improve the quality of laws and (b) seek accountability from the executive. Privileges, therefore,

sustain ‘the core function of a democratic legislative institution.’ [¶65] As the Supreme Court observed,

“The recognition of that right is premised on the need to secure the institutional foundation of Parliament and the State legislatures as key components of the dialogue, debate and critique which sustains democracy.” [¶48]

Third, legislative privileges were also to support the project of transformative constitutionalism, as near-absolute freedom of speech enables the legislators to introduce the diversity of India, its people, and their ideas, will, expectations, and aspirations, without being concerned about the potential backlash in the form of executive suppression.

These purposes and the idea of constitutional supremacy, working together, inform the existence and scope of uncoded legislative privileges in India. Therefore, while legislatures may, by law (constitutional amendment, legislative enactment, or rules and standing orders regulating the procedure of the House), define or restrict privileges of the House, courts remain the final arbiter on such changes. [¶69]

To undertake this function and rule on the existence and scope of any privilege, the seven-judge bench of the Supreme Court has laid down a two-fold necessity test:

“the assertion of a privilege by an individual member of Parliament or Legislature would be governed by a twofold test. First, the privilege claimed has to be tethered to the collective functioning of the House, and second, its necessity must bear a functional relationship to the discharge of the essential duties of a legislator.” [¶91]

The Need for Reconceptualizing Legislative Privileges

In a [blog post](#) published on this decision, Kartik highlighted how the idea of ‘essentiality’ and the court’s power to determine whether an action is essential to the duties of a legislator could prove to be problematic in terms of

the relationship between the legislature and the judiciary. Beyond this, there is another issue with the existing law on legislative privileges in India, which the Court consciously ignores despite it being fundamental.¹ This may well be on account of the Court’s inclination to restrict its opinion to the matter in hand – bribery. However, as the Court was sitting as a seven-judge bench and laying down an important principle for the future benches to follow, it should have designed it having considered other aspects as well. In the paragraphs to follow, I elaborate on this to support my argument for a reconceptualization of legislative privileges.

The idea of legislative privileges is tied to the purposes underlying the creation of the legislative chamber and the functions that it is supposed to perform. Privileges are the supporting infrastructure that ensures that the legislature remains unconstrained from any untoward obstacle and successfully performs its functions. Therefore, they are conferred primarily upon the legislature as an institution. It is in recognition of the role that individual legislators have to perform to make the legislative system work that privileges are extended to them. For this reason, the first tranche of the twofold test, as extracted above, focuses on the ‘functioning of the House.’ It is also important to note the manner in which the Court started its inquiry while developing the two-fold test. Note the focus on individual legislator’s privileges as a derivative of the privileges conferred upon the House:

“Having established that the privileges and immunities exercisable by members of the House individually must be tethered to the functioning of the House, we must now explore which privileges may be deemed to accrue to the House collectively and by extension to individual members.” [¶85]

Legislative privileges are, therefore, considered as security from any form of external threat to the institution of the legislature. This approach fails to account for the internal threats that parliamentary systems are facing globally. It does not account for the overpowering role

¹As will be clear in later paragraphs, I am here hinting towards the pervasive influence of political parties in legislative functioning. See Separation of Parties, Not Powers. The reason I use the phrase ‘consciously ignores’ is because, in another judgment issued less than a month ago, the Supreme Court, speaking through the same judge, CJI Chandrachud, had expressly recognized the role that political parties play in a parliamentary system. Even otherwise, the Court has, in the recent past, dealt with multiple matters arising from partisan functioning by the House Speakers, and therefore, it remains cognizant of the issues ailing the Indian parliamentary system.

that majority parties can play in neutralizing the opposition, effectively turning constitutional positions into partisan, and controlling any speech that is critical of the government. (For instance, see [here](#) for how the parliamentary system has been compromised from within in India). While the legislature would seem to be functioning as usual under these circumstances – with laws being passed and committees being constituted – it actually functions only to fulfill the formal constitutional process requirements. And the situation could turn extremely grim at times. For instance, during the last winter session, the Indian Parliament [suspended](#) more than 140 members of the opposition parties when they raised the demand for a discussion on the issue of breach of security of the parliamentary premises. While such a historic number of members remain suspended, the ruling party continued the legislative business as usual and [passed](#) numerous laws.

When the opposition members do not find a suitable platform to raise their concerns within the legislature, they are forced to act outside the legislature. However, speeches made outside the legislature are not protected from judicial scrutiny, allowing the executive to [further curb](#) the opposition's voice, at times on flimsy grounds. Therefore, a deeper thought needs to be given to the idea of legislative privileges considering the challenges that democracies and parliamentary systems face.

A reformulation of the understanding of legislative privileges must particularly focus on three aspects: (a) the nature, (b) the location, and (c) the timeframe of the actions being protected. 'Nature' pertains to the kind of actions, beyond speech actions, that would fall under legislative privileges. 'Location' pertains to the place where the action takes place and whether the privilege is exten-

ded only to actions taken within the premises of the legislature. 'Timeframe' pertains to the time when an action takes place.

Concluding Remarks

The existing Indian jurisprudence on legislative privileges is unhelpful to the contemporary dangers as highlighted above. Neither the current constitutional provisions (Articles 105 and 194) nor this seven-bench decision of the Supreme Court could accommodate the reformulated understanding of legislative privileges. The constitutional provisions are minimal in their current form. They only deal with the freedom of speech of the legislators within the premises of the legislature, leaving other matters to future law and resorting to the privileges enjoyed by the House of Commons in the UK in the meantime. While the necessity test laid down by the court is wide in its formulation, the court has given mixed signals about certain aspects. For instance, consider the court's opinion on the aspect of the 'timeframe' of the protected actions. On the one hand, the Court, at multiple places in the judgment, supported the argument that legislative privileges extend only to consequences 'arising out of' a speech act of a legislator [a future-looking formulation]; on the other, the court extends the ambit of privileges to cover any action/consequence 'bearing a clear relation to' a speech act in the concluding paragraph. [¶186] Such expanded construction could accommodate both a future-looking and a past-looking formulation. This leaves the readers unclear about the true scope of legislative privileges. Reformulation of the legislative privileges, therefore, demands a novel legislative framework.

Galina Cornelisse

How Europe Dodges the International Arms Control Regime

doi: 10.59704/ec92535982e6a133



Introduction

In December 2023, Lt. Gen. Michael Schmidt, the director of the F-35 programme, told the press that Israel's F-35 fighter jets had performed "[absolutely outstanding](#)" in the war in Gaza. The [F-35 Lightning II](#), a fifth-generation fighter aircraft and the world's [most expensive](#) weapons programme, is a prime example of the globalisation of defence supply chains. The fighter jet is designed and manufactured by Lockheed Martin, with the United States as the main customer and investor. A number of other NATO states, such as the Netherlands, the UK and Denmark, are partners in the development, production and financing of the fighter jet. In addition, F-35's are sold to [foreign military sales participants](#), amongst them Japan, Israel and Singapore. Dutch industry is a [major contributor](#) to the program: "[every F-35 contains components manufactured by Dutch companies](#)".

This post argues that the legal basis for Dutch exports in the F-35 programme shows a worrying disregard for international law regulating arms exports. Dutch legislation does not require the government to carry out a detailed and prior assessment of the export of F-35 components. This is a clear breach of the [Arms Trade Treaty](#) (ATT). What's more, the Netherlands is not the only European state that blatantly ignores its procedural obligations under the ATT, but countries such as Denmark and the UK have adopted a similar approach. Hence, one wonders whether dodging the ATT regime by European states in the F-35 programme is part and parcel of the negotiation package on commercial contracts with the US – a country that has '[unsigned](#)' the ATT under the Trump administration and that has sought international cooperation in the F-35 programme "[as a way to 'prime the pump' for export sales of the aircraft](#)".

Conventional Arms Control and the ATT

The ATT, to which the Netherlands and all other [EU Member States](#) are state parties, covers conventional weapons

and their components (Articles 2 and 4). It contains a clear prohibition on the transfer of weapons and their components if it is known at the time of transfer that they will be used in the commission of genocide, crimes against humanity or war crimes or if they violate arms embargoes by the Security Council (Article 6). The ATT moreover requires that "prior to authorization of the export" of arms and their components, states must assess whether they may be used to undermine international peace and stability; in serious violations of international humanitarian law or human rights violations; or for committing terrorist or transnational criminal offences (Article 7 para 1). If States, after such an assessment, and after having considered mitigating measures, conclude that there exists an overriding risk that the arms will be used in this way, they shall deny the export license (Article 7 paras 2 and 3).

To meet these substantive obligations, states have to establish a "national system of export controls" that is "effective and transparent" (Article 5). States are also required to ensure that licenses for the export of arms and their components, are "detailed and issued prior to export" (Article 7 para 5). As I will explain below, the Netherlands discards the procedural obligations of ensuring an effective and transparent system of export controls when it comes to exports in the F-35 programme. For clarity's sake: I leave aside legal questions that relate to obligations of a more substantive character in the ATT, for example how much discretion states have in assessing the risk that arms exports violate international humanitarian law.

Dutch Export Practice in the F-35 Programme

In the Netherlands, the Minister for Foreign Trade has established different rules for the transfer of military equipment in the F-35 program than those that [usually apply](#) to the export of arms and their components. Indeed, the export control process for F-35 parts is distinc-

tive in that it has been “streamlined”, according to the Minister. Exports take place from a so-called European Regional Warehouse, located at [Woensdrecht Air Base](#). In 2016, a Ministerial Decree was adopted (hereafter [Regulation NL009](#)), which stipulated that companies, after a one-time registration, may indefinitely transit or export F-35 goods to the partners within the F-35 program. The Minister has no prior knowledge of such transfers. These only become visible after the export, in an ex-post report on effected transfers. As a matter of fact, as early as in 2017, answering questions about a possible F-35 deal with the United Arab Emirates, the Minister confirmed that “the Netherlands benefits from the unfettered export of F-35 components.”

In [response](#) to questions by the Dutch parliament about the exports to Israel in November 2023, the government confirmed this course of action under Regulation NL009 and indicated that it did not want to interfere with it. Changing it, for example by requiring detailed export licenses prior to the exports, would allegedly undermine the expectations of F-35 partners and harm the Netherlands as it would no longer be seen as a reliable ally. Furthermore, it would negatively affect the participation of Dutch companies in the F-35 program. These arguments reflect nearly word for word the way in which Lockheed Martin advertises its fighter jet on the webpage of the project: the jet allegedly “[strengthens national security, enhances global partnerships and powers economic growth](#)”. As such, this reasoning by the Dutch government reflects the intricate linkage between the interests of the private defence industry and national strategic and commercial interests. Such linkage is unavoidable in a world where arms trade for private profit is a reality. Nonetheless, it is well known that too close a relationship between arms dealers and sovereign states carries a risk of fostering [corruption](#). This is primarily worrisome in terms of the human suffering illicit arms exports cause, but such practices are also “[deeply damaging to the governance of exporting countries](#)”.

The ATT came into being precisely to curtail the negative consequences of a too intimate link between private defence industries and sovereign states. It does so by obliging the latter to conduct a risk assessment before allowing the export of arms or their components. Obviously, there is no exception to this obligation when it comes to exports to allies or to other states with which an (commercial or strategic) agreement has been concluded. In-

deed, that would undermine the very object and purpose of the Treaty. In sum, the ATT requires a national control system in which licenses are granted with [limited validity](#) for specific transfers, and the ATT obligations are incompatible with general licenses with unlimited validity directed at an open-ended group of importing countries.

Transnational Constructions and Global Partnerships

It has been [argued](#) by the Dutch government that the exports within the F-35 program concern equipment owned by the United States and that therefore, different rules would apply. But even when it comes to American equipment, the Netherlands must comply with the ATT. Obviously, the obligations of the ATT cannot be circumvented by a shrewd transnational construction involving production in and export from Country A, while ownership of the equipment lies with Country B. It goes without saying that (implicitly) qualifying actual exports as transit is contrary to the ATT. Moreover, the argument that the Netherlands does not have to carry out prior and detailed export assessments because the equipment is American, has the consequence that Dutch companies profit from the arms trade without the Dutch state having to comply with the corresponding international legal obligations. That sort of reasoning is more fitting for a multinational that resorts to transfer pricing to avoid taxes than for a country which has [committed itself in its Constitution](#) to promote the development of the international legal order.

The Netherlands is not the only European state that acts in contravention of its export control obligations in the particular context of the F-35 programme. Apparently, Denmark also [fails to carry out prior export controls](#) in the programme. In the UK, the export of F-35 components is covered by a so-called [Open General License](#) (OGEL). An OGEL is a pre-approved licence issued by the government, with an indefinite validity and may cover many destination countries. British companies have a 15% share in the programme and “[the fingerprints of British ingenuity can be found on dozens the F-35’s key components](#).” Against this background, it is surprising that the UK government has [stated](#) that “since 7 October 2023, the UK Government has provided no lethal or military equipment other than medical supplies to Israel.” That is unlikely, as “[all F-35’s contain British components](#)”. Moreover, such a statement is misleading because the British government has pre-approved exports to F-35 states, including Isra-

el and it has not retracted these licenses since. Amongst many other parts, British industry produces the release system that allows the F-35 to release its bombs, which could well have been distributed to Israel via the European Supply Warehouse in the Netherlands. This example illustrates the inherently problematic nature of general licenses with unlimited validity, even more so when they are issued in a global supply chain of military goods.

Conclusions

The way in which exports in the F-35 programme are regulated by a number of the European partner countries raises the question what exactly has been agreed upon with the US government, when contracts were being negotiated with European states and their companies. The US, the main partner in the F-35 programme, has not ratified the ATT. It played an important role in the negotiation of the Treaty and signed it under the Obama government, but in 2019 Trump announced that the US was “taking its signature back”. So far, the Biden administration has not recommitted to the ATT. In the meantime, it has continued in “a robust dialogue with the United Arab Emirates” on a possible F-35 deal. Moreover, it considers welcoming Türkiye back in the programme, after having suspended the country from participating because it acquired a Russian air defence system. Apparently, as a result of Turkey’s constructive attitude towards Sweden’s accession to NATO, re-entering the F-35 programme is currently being discussed again.

It goes without saying that in today’s world, a strong European defence industry is not an unnecessary luxury. The same applies to a good relationship with Europe’s transatlantic allies. The preamble of the ATT explicitly recognises the legitimate political, security, economic and commercial interests of States in the international trade in conventional arms. But such interests can and should be pursued in a transparent and responsible way, with due regard to legal rules regulating the international trade in conventional arms. European states’ obligations under the ATT should not be seen as weakening their commitment to international and regional peace and stability, neither by their own governments, nor by the US. On the contrary, these obligations, by ensuring a responsible, accountable and transparent arms trade, contribute to the reduction of human suffering and promote a more stable and peaceful international order. What’s more, strict adherence to the arms export regime ultimately also serves national security. The fact that weapons technology from Europe continues to find its way to Russia, reportedly through countries such as the United Arab Emirates and Türkiye, is a case in point. Such diversion serves as (yet again) an unfortunate reminder of the importance of transparent and effective arms controls systems, especially in a globalising world. Privileging the pursuing of global strategic partnerships and economic growth over a commitment to clear and unequivocal legal obligations under international law does not make the world a safer place – quite the contrary.

Moritz Rhades

Waffenlieferungen als Staatsräson?

doi: 10.59704/44bf542dbb796718



Rüstungsexporte nach Israel dürfen nicht genehmigt werden. Das ist der Tenor eines [Urteils](#) des niederländischen Berufungsgerichts in Den Haag vom 12. Februar diesen Jahres, das der niederländischen Regierung aufträgt, den Export von Bauteilen für F-35 Kampffjets nach Israel zu untersagen (dazu [hier](#) und [hier](#)).

Auch deutsche Kriegswaffenexporte nach Israel verstoßen gegen völkervertragsrechtliche Normen. Sie sind außenpolitisch bedenklich und sollten im Einklang mit nationalem Außenwirtschaftsrecht nicht aufrechterhalten werden.

Während Waffenausfuhren nach Saudi-Arabien und auch die Exporte in die Ukraine weitgehend medial beachtet und problematisiert werden (stellvertretend [hier](#) und [hier](#)), findet ein entsprechender Diskurs über Israel nur rudimentär statt. Das verwundert angesichts des Rekordhochs, das der Rüstungsexport nach Israel im vergangenen Jahr erlebte.

Der überwiegende Teil der Genehmigungen erging in Reaktion auf den menschenverachtenden Terrorangriff der Hamas am 7. Oktober 2023. Während jedoch der Waffenexport nach Israel aus Deutschland zunimmt, hat das Ausmaß der israelischen Reaktion in anderen europäischen Staaten für eine restriktive Haltung gesorgt. Die Entscheidung des Berufungsgerichts Den Haag steht hier nicht allein: Eine [belgische Regionalregierung](#) hat unter Hinweis auf den [Beschluss](#) des IGH vom 26.01.2023 Waffenexporte nach Israel suspendiert. Italien liefert aus „Sorge vor Kriegsverbrechen“ seit Kriegsbeginn keine Waffen mehr. Und selbst der Hohe Vertreter der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik Josep Borrell hatte jüngst (wenn auch kryptisch) [gefordert](#), dass in Anbetracht der unverhältnismäßigen Kriegsführung weniger Waffen nach Israel gelangen müssten.

Deutschland sollte sich hier einreihen, um seine völkerrechtliche und außenpolitische Glaubwürdigkeit zu bewahren. Das Außenwirtschaftsrecht erlaubt und gebietet eine zurückhaltende Genehmigungspraxis.

Wann werden Waffenexporte genehmigt...

Ob Waffenexporte aus Deutschland zulässig sind, hängt vorbehaltlich weiterer Abstufungen innerhalb der jeweils anzuwendenden Vorschriften zuvorderst von der Unterscheidung zwischen Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern ab. Für alle Rüstungsgüter, also auch für Kriegswaffen, sind bei der Ausfuhr zunächst die Bestimmungen des Außenwirtschaftsgesetzes ([AWG](#)) und der Außenwirtschaftsverordnung ([AWV](#)) zu beachten. Das hier errichtete präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wird für Kriegswaffen zu einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt verschärft. Mit anderen Worten: Der Kriegswaffenexport ist im Grundsatz nicht nur genehmigungsbedürftig, sondern verboten und nur im atypischen Ausnahmefall zu gestatten. Dem entspricht das Kriegswaffenkontrollgesetz ([KrWaffKontrG](#)) (s. auch [Rn. 41](#)), das den Verfassungsauftrag des [Art. 26 Abs. 2 GG](#) umsetzt und einen Genehmigungsvorbehalt der Bundesregierung – in der Praxis vornehmlich das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), [§ 11 Abs. 2 Nr. 4 KrWaffKontrG](#), oder aber der Bundessicherheitsrat – für die Ausfuhrgenehmigung zugunsten eines Exporteurs vorsieht. Die speziellen Regelungen zu Kriegswaffen stehen im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen.

...und wann müssen sie versagt werden?

[§ 6 KrWaffKontrG](#) regelt die Versagung der Exportgenehmigung von Kriegswaffen. Da ein Anspruch auf die Genehmigung (aus guten Gründen) nicht vorgesehen ist, kann der Antrag eines Exporteurs jederzeit abgelehnt werden. [§ 6 Abs. 2 KrWaffKontrG](#) stellt mit exemplarischen Fallbeispielen klar, wann eine Versagung dem Ermessen der Behörde überlassen wird. Im Gegensatz dazu formuliert [§ 6 Abs. 3 KrWaffKontrG](#) zwingende Versagungsgründe. Wenn die Gefahr besteht, dass die Kriegswaffen bei einer friedensstörenden Handlung, insbesondere bei einem Angriffskrieg, verwendet werden ([Nr. 1](#)), Grund zu der Annahme besteht, dass die Erteilung der Genehmigung völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepu-

blik verletzen oder deren Erfüllung gefährden würde (Nr. 2) oder Grund zu der Annahme besteht, dass eine der in Absatz 2 Nr. 2 genannten Personen die für die beabsichtigte Handlung erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt (Nr. 3), müssen die Genehmigungen versagt werden.

Was bedeutet das für den konkreten Anwendungsfall?

Von den Rüstungsgütern, die Deutschland 2023 nach Israel ausgeführt hat, waren Güter im Wert von **20 Millionen Euro** (Panzerabwehrwaffen und Munition) den Kriegswaffen i.S.d. KrWaffKontrG zuzuordnen. Angesichts der wachsenden Zweifel an der Völkerrechtskonformität der israelischen Militärkampagne in Gaza stellt sich nun die Frage: Hätten die entsprechenden Genehmigungen eigentlich versagt werden müssen? Oder müssten zumindest zukünftige Kriegswaffenexporte an Israel versagt werden?

6 Abs. 3 Nr. 2 KrWaffKontrG spricht von Verletzungen völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik oder der Erfüllungsgefährdung. Die Norm erfasst damit alle vertraglichen Pflichten ebenso wie universell geltendes Völkergewohnheitsrecht, Art. 25 GG, Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut. Eine solche Verpflichtung könnte sich, parallel zum Urteil des Berufungsgerichts Den Haag, insbesondere aus dem **Arms Trade Treaty** (ATT) ergeben. Deutschland ist, wie die Niederlande, Vertragspartei.

Gescheiterte Risikoabwägung

Art. 7 ATT, auf den das niederländische Urteil abhebt, statuiert eine Untersuchungspflicht: Der exportierende Staat muss unter Berücksichtigung „aller relevanter Faktoren“ prüfen, ob „Potential“ besteht, dass mit den Waffen bestimmte Völkerrechtsverletzungen wie schwerwiegende Verletzungen des humanitären Völkerrechts oder der Menschenrechte begangen oder erleichtert werden, Art. 7 Abs. 1 (b) ATT. Ergibt die Risikoanalyse das „eindeutige Risiko“ („overriding risk“) einer Verletzung, muss jegliche Genehmigung versagt werden, Art. 7 Abs. 3 ATT. Die Bewertung des Risikos bemisst sich dabei anhand einer objektiven, auf das „betreffende Risiko“ abstellenden Analyse. In die Bewertung werden nach deutscher und wohl auch europäischer Lesart folglich keine äußeren „Kompensationsfaktoren“, etwa die antizipierte Herstellung von Frieden und Sicherheit, einbezogen (Rn. 7.92 f.; S. 9 f.). Dass eine regelmäßige Neubewertung bei sich ständig ändernden Konfliktsituationen unausweich-

lich ist, hat das niederländische Gericht unter Hinweis auf Art. 7 Abs. 7 ATT sowie Art. 2 Abs. 2 lit. c) des **Gemeinsamen Standpunktes der EU zu Rüstungskontrollen**, der ebenfalls eine Risikoabwägung vorsieht, entschieden (sehr informativ dazu **León Castellanos-Jankiewicz**).

Ob die deutsche Regierung eine derartige Analyse anhand „aller relevanter Faktoren“ durchgeführt hat, kann bezweifelt werden: Zu den Faktoren zählen nicht nur Be-teuerungen der Israeli Defense Forces, sondern in gleichem Maße UN-Berichte, wie sie auch der IGH oder das niederländische Gericht herangezogen haben und die ein erschreckend konkretes Bild zeichnen. Die hohen Opferzahlen in Gaza, eine nahezu vollkommen **zerstörte** Infrastruktur, Berichte über **Angriffe** auf **zivile Einrichtungen** und **Zivilisten** sowie die **Behinderung** von und **Angriffe** auf Hilfskonvois legen nicht nur nahe, dass grundlegende Prinzipien des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte in Gaza kaum noch Beachtung finden; sie sind Symptome eines **eindeutigen Risikos** i.S.d. Art. 7 Abs. 3 ATT. Der pauschale Verweis auf die Hamas-Taktik „menschlicher Schutzschilde“ kann nicht über das Erfordernis verhältnismäßiger Zielauswahlen im humanitären Völkerrecht hinweghelfen. Auch wenn je nach Einzelfall entschieden werden muss, ist die Risikoabwägung davon unabhängig und setzt gerade keine abschließende Feststellung voraus. Die Bewertung eines „eindeutigen Risikos“ bezieht sich auf das „Potential“ gem. Art. 7 Abs. 1 ATT und damit auf die Wahrscheinlichkeit, dass mit den gelieferten Waffen die aufgeführten Völkerrechtsverstöße begangen oder erleichtert werden.

Deutsche Waffenlieferungen orientieren sich nicht an diesem Risiko und verstoßen gegen Art. 7 Abs. 1, 3 & 7 ATT und Art. 2 Abs. 2 c) des Gemeinsamen EU-Standpunktes. Solange das Risiko fortbesteht, müssen Genehmigung für künftige Exporte gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 KrWaffKontrG versagt und bereits erteilte Genehmigungen gem. § 7 Abs. 2 KrWaffKontrG zwingend widerrufen werden.

Nicht besser gewusst?

Während Art. 7 ATT die Pflicht zur objektiven Untersuchung festlegt, die in einem Exportverbot münden kann, bestimmt Art. 6 Abs. 1 ATT ein unbedingtes Ausfuhrverbot. Voraussetzung ist das „Wissen“ („knowledge“) über Völkerrechtsverletzungen, die mit den Waffen begangen werden. Inwieweit Wissen hier als reine Informations-erkenntnis und ihre (korrekte) Verarbeitung verstanden

werden muss ist nicht eindeutig. Jedenfalls dürfte sich empirischer Evidenz nicht wissentlich verschlossen werden, um den Tatbestand zu umgehen; dafür spricht etwa, dass sich entgegen früherer Vertragsentwürfe gegen ein explizit doloses Verhalten des exportierenden Staates entschieden wurde (Rn. 6.11 ff.). Vor einer abschließenden Feststellung überlässt das Wissenselement den Vertragsstaaten allerdings einen relativ großen Raum zur Vermeidung der Tatbestandserfüllung. Es lässt sich jedoch mit guten Gründen interpretieren, dass dieser Raum um so kleiner wird, je mehr sich die öffentlichen und glaubhaften Hinweise auf Völkerrechtsverstöße durch Israel verdichten. Sollte die Bundesrepublik z.B. gesicherte Kenntnis von individuellen Angriffen auf zivile Objekte haben, so bliebe kein Platz mehr für völkerrechtmäßige Waffenexporte – Der Tatbestand des § 6 Abs. 3 KrWaffKontrG wäre damit ebenfalls erfüllt.

Falls sich solche Feststellungen im Einzelfall treffen ließen, könnte auch eine Beihilfe Deutschlands zu den durch Israel begangenen Verstößen diskutiert werden. Art. 16 der [Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts](#) (ASR) setzt für den Beihilfe-Tatbestand ebenfalls Wissen hinsichtlich der durch einen anderen Staat begangenen Verstöße voraus. Die [herrschende Meinung](#) geht aber davon aus, dass das subjektive Element des Art. 16 ASR mehr als nur Erkenntnis meint und „Absicht“ („intent“) bezüglich der Beihilfehandlung fordert. Dass Deutschland Waffen an einen anderen Staat gerade mit dem Ziel des Völkerrechtsverstoßes liefert, ist fernliegend. Der Weg über den Beihilfetatbestand ist also noch weniger vielversprechend als der über Art. 6 ATT.

Das außenpolitische Dilemma

Ein zwingendes Exportverbot ließe sich also vorzugswürdig über § 6 Abs. 3 Nr. 2 KrWaffKontrG i.V.m. Art. 7 Abs. 1, 3 ATT begründen. Voraussetzung ist allerdings, dass vor der Ausfuhr das „eindeutige Risiko“ einer Völkerrechtsverletzung festgestellt wird. Im o.g. Urteil hat das niederländische Berufungsgericht eine entsprechende Bewertung an sich gezogen. Wer aber ist nach deutschem Recht befugt, eine solche Kontrolle durchzuführen? Der Gesetzgeber hat der Exekutive bzw. Gubernative ein erhebliches Vorabermessen eingeräumt, indem gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 KrWaffKontrG „Grund zu der Annahme“ bestehen muss, dass eine Pflichtverletzung oder -gefährdung vorliegt – insoweit wird die gebundene

Einzelfallentscheidung nur angedeutet und durch einen denkbar weiten Spielraum bei der Entscheidungsfindung zur Mimikry. Der Umfang einer gerichtlichen Kontrolle scheint dadurch erheblich eingeschränkt. Die Entscheidungsfreiheit über den „Grund zur Annahme“ muss indes an bestimmten Rahmenbedingungen gemessen werden, wenn eine Genehmigung auf dem Prüfstand des § 6 Abs. 3 Nr. 2 KrWaffKontrG steht. Das [BMWK](#) verweist auf den Gemeinsamen Standpunkt der EU ebenso wie auf die [Politischen Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern](#) und bezeichnet beide Instrumente als „wichtige Kriterienkataloge“. Wenn dort ein restriktives Exportverhalten gegenüber Drittstaaten (ergo, nicht NATO- oder NATO-gleichgestellte Staaten) unter der Berücksichtigung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht besonders hervorgehoben wird, ließe sich ein absoluter Entscheidungsfreiraum der Behörden damit nicht vereinbaren. Begrifflich deuten „politische“ Grundsätze und „wichtige Kriterienkataloge“ jedoch an, dass das BMWK von einer rechtlichen Bindungswirkung nicht ausgeht. Der Gemeinsame Standpunkt der EU ist allerdings nach Art. 29 EUV, 288 Abs. 4 AEUV verbindlich. Gem. Art. 2 Abs. 2 lit. c) des EU-Standpunktes muss eine Genehmigung zwingend versagt werden, wenn das Risiko schwerer Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht besteht. Begreift man die politischen Grundsätze als Konkretisierung dessen, lässt sich ihnen ebenfalls mehr als nur eine politische Bedeutung beimessen. Berücksichtigt man die Grundrechtsrelevanz der Genehmigungsentscheidung, ließe sich sogar erwägen, ob von ihnen eine Selbstbindung der Bundesregierung ausgehen kann. Auch wenn man dies wegen des komplexen politischen Entscheidungskontexts verneinen wollte, bliebe die Direktivkraft des Verfassungsrechts zu beachten: Art. 26 GG gliedert sich in eine Reihe von Vorschriften ein, in denen die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine völkerrechtsfreundliche Auslegung bei Konflikten zwischen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Normen gebietet.

Waffenlieferungen um jeden Preis?

Dass die verfassungsrechtlichen Regelungsaufträge in Art. 26 GG nur unvollkommen umgesetzt wurden, darf nicht dazu führen, dass die Bundesregierung sich bei der Genehmigung von Waffenexporten nicht mehr an Völkerrecht gebunden fühlt. Dies sollte erst recht gelten, wenn

man Versprechungen im Koalitionsvertrag ernst meinte (S. 146).

Die Krux ist offensichtlich und exemplarisch für die Ambivalenz zwischen außenpolitischen Interessen und wertegeleiteter Außenpolitik: Auf dem Papier ist die deutsche Rüstungsexportkontrolle von dem außen- und sicherheitspolitischen Wunsch beseelt, Frieden und Sicherheit ebenso wie Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht als oberste Handlungsmaximen zu verfolgen. Dass Waffenlieferungen in Konfliktgebiete eben diesen Grundsätzen entsprechen können, hat sich am [Beispiel der Ukraine](#) eindrücklich gezeigt. Die von der deutschen Staatsräson getragene Entscheidung, Waffenexporte nach Israel zu genehmigen, fügt sich in dieses Muster ein und ist nur logisch, wenn man den außenpolitischen Beziehungen und Bekundungen gegenüber Israel Nachdruck verleihen und es nicht bei bloßen Lippenbekenntnissen belassen möchte. Demgegenüber müssen sich Behörden, die den verfassungsrechtlichen Genehmi-

gungsauftrag ausführen auch die Frage gefallen lassen, ob Israel um jeden Preis unterstützt werden muss – dies um so mehr, je eindeutiger die Anzeichen für schwere Verstöße gegen das Völkerrecht werden.

Fazit

Deutschland verstößt mit momentanen Kriegswaffenexporten nach Israel nicht nur gegen Völkerrecht, sondern begibt sich in eine außenpolitisch missliche Lage. Nicht umsonst hat Nicaragua beim IGH jüngst [beantragt](#), Deutschland zur Beendigung der Waffenexporte zu bewegen. Ob es generell tunlich ist, Kriegswaffen an einen Staat zu liefern, dessen Spitzenpolitiker eine Rhetorik verwenden, die den IGH bewogen hat, den Vorwurf des Genozids für „plausibel“ zu halten, bleibt eine außenpolitische Entscheidung. Dass Deutschland seinem Selbstverständnis als Völkerrechtsapologet so gerecht werden kann, ist aber zumindest zweifelhaft. Eine streng wertegeleitete Außenpolitik sieht anders aus.

Alexander Wentker, Robert Stendel

Conspicuously Absent

The Indispensable Third Party Principle at the ICJ in *Nicaragua v Germany*

doi: 10.59704/d90c963b4a2607eb



On 1 March, Nicaragua instituted proceedings against Germany at the International Court of Justice (ICJ). With the war in Gaza still raging, [Nicaragua's application](#) added a new chapter to the legal battles that accompany the conflict. Nicaragua alleges that Germany violates the Genocide Convention and international humanitarian law (IHL) by assisting Israel and also by failing to prevent violations of these bodies of law. Nicaragua requests the Court to indicate provisional measures, which would oblige Germany *inter alia* to stop assisting Israel in so far as this assistance may be used in violating international law, to ensure that weapons already delivered are not used for such acts, and resume its support for UNRWA ([para. 101](#)). Yet, can the Court actually hear Nicaragua's claims even though Israel is not a party to the proceedings? We argue that the Court may be barred from exercising its jurisdiction over some of Nicaragua's claims – notably those relating to the Genocide Convention. The Court may, however, be able to hear certain other claims – notably (at least some of) those regarding Germany's duties under IHL.

Why Nicaragua and Germany?

To the casual observer, it may seem surprising that Nicaragua and Germany are now litigating the war in Gaza. The application aligns with a recent trend of 'public interest' cases brought by States that are not directly affected by the alleged violations of international law invoking *erga omnes* obligations, most notably [Gambia v Myanmar](#) and [South Africa v Israel](#). Nicaragua extends the ambit of this *erga omnes* litigation by holding Germany responsible for supporting Israel (see, eg, [here](#)), the alleged primary wrongdoer.

Besides their opposing positions towards Israel (for further context, see [Talmon and Hettihewa](#)), there are also reasons pertaining to the jurisdiction of the Court for bringing a case against Germany and not against other allies of Israel. In its application, Nicaragua bases the Court's jurisdiction on two grounds.

First, Nicaragua relies on the compromissory clause in Article IX Genocide Convention, which provides for the Court's jurisdiction over disputes regarding the interpretation, application or fulfilment of the Convention. Both Nicaragua and Germany are parties to the Convention, and neither of them has made a reservation to Article IX – unlike the US (see [here](#)).

Secondly, Nicaragua relies on Article 36(2) [ICJ Statute](#). Under this optional clause, both Nicaragua and Germany have declared that they recognise the Court's jurisdiction in disputes on international law as compulsory in relation to any other State accepting the same obligation. Leaving aside here whether Germany may rely on the [reservation](#) to its declaration for disputes 'connected with the deployment of armed forces abroad', these declarations enable Nicaragua to extend its case beyond genocide to IHL. Such a case could neither have been brought against Israel nor the US, since both states withdrew their optional clause declaration in 1985. However, Germany is not the only ally of Israel which has such a declaration, for so do the other States that Nicaragua notified of its intention to hold them responsible for violating international law by assisting Israel militarily (see [here](#)), ie Canada, the United Kingdom, and the Netherlands. Accordingly, while jurisdictional reasons are crucial to understand Nicaragua's choice of the respondent, they cannot fully explain that choice. Nevertheless, the fact that Nicaragua could also have sued other supporters of Israel in no way damages the case against Germany.

Indispensable third parties: the Monetary Gold rule

By contrast, the fact that Nicaragua has not sued Israel and that Israel is, therefore, not a party to this case may be more of an obstacle. This is because Israel could be an 'indispensable third party', which could bar the Court from exercising its jurisdiction over some or all of Nicaragua's claims.

In the [Monetary Gold case](#), the ICJ ruled that it cannot address claims involving as their 'very subject matter' the

rights of a State that is not party to the dispute before the Court. This principle flows from the nature of the Court's jurisdiction, that is, its power to hear a case. That power is based on the consent of States, which in turn, reflects the structure of international law itself. The principles of sovereign equality and independence command that States cannot, without their consent, be subjected to the authority of other States and, by implication, international courts created by States (see [Akande](#), 141). These principles also entail that the legal position of States that are not parties to a particular case – and have thus not consented to it – must not be adjudicated. While the *Monetary Gold* rule has been criticised in [scholarship](#), the ICJ has held on to it, though the Court has applied the principle with varying degrees of strictness.

For the case brought by Nicaragua against Germany, this would mean that the Court could not exercise its jurisdiction over Nicaragua's claims to the extent that Israel's legal position constitutes their very subject matter.

The indispensable third party principle and provisional measures

Before analysing whether Israel is, indeed, an indispensable third party, it is worth considering whether the Court will (have to) address the issue already at the provisional measures stage. While the Court applied the *Monetary Gold* rule in several judgments, it has not appeared in orders for provisional measures, as far as we are aware. Thus, the Court might reserve the issue for a potential judgment on Germany's probable preliminary objection on this point. As we will now see, however, the Court could deal with the issue at this stage.

For the Court to address *Monetary Gold* during provisional measures, it would have to fall into the requirements for indicating provisional measures: The Court has *prima facie* jurisdiction (1), the rights whose protection is sought are plausible and sufficiently linked to the provisional measures requested (2), and there is 'a real and imminent risk' of irreparable harm to these rights (3) (see, eg, [Ukraine v Russia](#) paras 24, 50, 65 et seq).

As procedural matters appear to be covered by the first condition exclusively, it all seems to boil down to the controversial question of whether *Monetary Gold* concerns the Court's jurisdiction or the admissibility of the case. Conspicuously, the Court held before that it 'cannot exercise ...[its] jurisdiction' if the rule applies (*Monetary Gold*

33, see [East Timor](#) para. 35), implying that the rule does not affect jurisdiction but only its exercise. In [Croatia v Serbia](#), the Court addressed Serbia's invocation of the rule among jurisdictional objections and before admissibility, suggesting that *Monetary Gold* concerns jurisdiction (para. 116).

There may, however, be room for the Court to address the *Monetary Gold* rule at the provisional measures stage without classifying it. The Court has repeatedly addressed the issue of (*prima facie*) standing in provisional measures orders under a separate heading, in addition to the usual requirements for provisional measures ([The Gambia v Myanmar](#) paras 39–42; [South Africa v Israel](#) paras. 33–34) although standing would seem to concern admissibility. The Court could simply treat *Monetary Gold* the same way. Addressing *Monetary Gold* at the provisional measures stage would also make sense as the principle protects a fundamental rule of international law, state consent. It would be odd if the Court were barred from enforcing such a rule in incidental proceedings.

Is Israel an indispensable third party in this case?

This brings us to the question of whether Israel is, indeed, an indispensable third party to Nicaragua's case under the *Monetary Gold* rule. In [East Timor](#), the Court has specified the rather opaque 'very subject matter' formula: a third State is an indispensable third party if the Court must necessarily determine the legal position of that State in deciding a claim (para. 22).

As d'Argent [noted](#), the *Monetary Gold* rule can only be assessed regarding specific *claims*. Accordingly, the Court may find that it can exercise its jurisdiction over some of Nicaragua's claims but not others. To assess whether Israel is an indispensable third party, Nicaragua's different claims can usefully be distinguished in two ways: on the one hand, we may distinguish claims relating to violations of the Genocide Convention of the obligation to ensure respect for IHL under Common Article 1 GC I–IV and customary international law. On the other hand, within each of these sets of claims, we may distinguish obligations not to assist violations of the Genocide Convention and IHL allegedly committed by Israel (*negative* obligations) from obligations to prevent genocide or to ensure respect for IHL (*positive* obligations).

Distinguishing Germany's obligations under the Genocide Convention from those under IHL may at first sight appear to be relevant because the legality of Israel's

conduct in light of the Genocide Convention is the subject of a dispute pending before the ICJ between South Africa and Israel, unlike Israel's conduct under IHL. Conspicuously, Nicaragua has [requested to intervene](#) in that case under Article 62 ICJ Statute on 23 January 2024 (see [here](#)). The intervention does not alter the fact that Israel is no party to the case against Germany. Therefore, the intervention can hardly overcome the indispensable third party issue in Nicaragua's own case. If the alleged violations of the Genocide Convention by Israel had already been adjudicated, the ICJ could treat these violations as 'givens' (as implied in *East Timor*, para. 32) in deciding on Nicaragua's claims against Germany. So far, however, the Court has not made such a finding in *South Africa v Israel*; the Court merely found 'some' allegations to be 'plausible' (see [here](#), para. 54). Without further specification, there is no finding that could be treated as 'given' for Nicaragua's case. In any case, the mere fact that parallel proceedings against Israel are pending would not overcome the lack of Israel's consent to Nicaragua's case.

While the relevance of the distinction between Germany's obligations under the Genocide Convention and IHL does not so much follow from the pending case between South Africa and Israel, the different ways both bodies of law construe their respective negative and positive duties is relevant for the purposes of applying the indispensable third party principle. A finding by the Court that Germany violated its negative duties not to assist Israel in committing genocide by supplying arms (ie that Germany is complicit in genocide under Article III(e) Genocide Convention) necessarily presupposes that Israel actually commits genocide (see also [Talmon's assessment](#)). The rule is derivative in nature – it cannot be found to be violated by the assisting State in the absence of a finding that the assisted State committed genocide. The duty to prevent genocide (Article I Genocide Convention) kicks in as soon as a State learns of, or should have learned of, a 'serious risk' of genocide, even before genocide actually commences ([Genocide Convention case](#), para. 431). However, the ICJ held that a State incurs responsibility only if genocide actually occurs (ibid). Thus, while determining that Germany must take positive action would not entail concluding that Israel violated international law, holding Germany responsible for failing to prevent a violation would.

The matter may be different regarding some of Germany's obligations under IHL. Germany's obligation to

take positive steps to ensure respect for IHL by Israel is triggered already by a 'foreseeable risk' of IHL violations (see [here](#), para. 164). Finding that positive steps must be taken to ensure IHL compliance (eg exercising political pressure to ensure that already delivered weapons are not used in military operations causing disproportionate harm) does not require finding that Israel actually violated IHL. Finding a 'foreseeable risk' of IHL violations could only determine Israel's legal position to the extent that Israel would then violate its own obligation under Common Article 1 to prevent IHL violations. However, the exact scope of the positive duty under Common Article 1 depends on a State's available means to prevent IHL violations in a given situation. What is expected of Germany will, therefore, vary from what is expected from Israel. The Court's finding on Germany's compliance with its positive duty does, therefore, not necessarily determine Israel's legal position, which would still require a separate assessment. Whether the same applies to Germany's negative obligation not to assist IHL violations under Common Article 1 (eg by supplying arms) depends on how one construes that duty. The duty could be understood as a specific complicity rule (like Article III(e) Genocide Convention), structured similarly to the general complicity rule reflected in Art. 16 ARSIWA. It would follow that it is derivative in nature and is violated only if the assisted State is found to have violated international law. By contrast, Longobardo argued that the negative duty only requires a finding of a serious risk of IHL violations by the assisted State, a finding that the Court could make without determining Israel's legal position ([here](#)) – in line with our analysis of the positive Common Article 1 duty.

Conclusion

In sum, it seems that the case is stronger for the Court to exercise its jurisdiction regarding Nicaragua's IHL claims. If it is true that Nicaragua's case regarding *Monetary Gold* is strongest insofar as it invokes positive obligations under Common Article 1, this would add to the relevance of these obligations in multilateral disputes. At the same time, it should be recalled that these positive obligations present a somewhat insecure footing for the case on the merits. This is not only due to the flexibility that positive due diligence obligations afford to those who bear them. It should be kept in mind that it is far more controversial whether States have a duty to take positive steps to ensure respect for IHL by another State than whether they

must refrain from assisting violations of IHL.

The authors would like to thank Fabian Eichberger, Felix Herbert, and Lawrence Hill-Cawthorne for helpful comments. Shortcomings remain our own.

Justina Uriburu

Judging Nicaragua's Public Interest Litigation in The Hague

doi: 10.59704/46533141086b2aa1



The judicialisation of Israel's war in Gaza has taken a significant turn, with Nicaragua boldly entering the scene and executing two distinct actions. On 23 January, Nicaragua [applied for permission to intervene](#) in *South Africa v. Israel* – a move that raised eyebrows both because of the legal avenue Nicaragua chose to frame its intervention and the politics underlying its request. On the evening of 1 March, [Nicaragua instituted proceedings against Germany](#) for 'facilitating the commission of genocide' and failing 'in its obligation to do everything possible to prevent the commission of genocide'. It thereby partially fulfilled its [previously announced intention](#) to initiate proceedings against Canada, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom for failing to fulfil their obligations under the Genocide Convention.

This post contributes to understanding Nicaragua's two moves before the International Court of Justice by analysing three dimensions. First, I situate Nicaragua's actions within the country's rich relationship with the Court. Second, I discuss some of the legal challenges Nicaragua's actions face and suggest these reflect Nicaragua's prioritisation of political impact and visibility over adjudicative success. Finally, I problematise normative assessments concerning Nicaragua's moral standing and intentions, arguing that these should also consider the potential positive consequences of Nicaragua's engagement with international law.

Continuity and Change in Nicaragua's Relationship to the ICJ

Nicaragua's actions are, in a way, unsurprising: they constitute traits of continuity in a foreign policy that has made use of the International Court of Justice as an appropriate forum for resolving disputes. Both the application to intervene and the application against Germany were signed by Carlos Argüello Gómez, Nicaragua's Ambassador in The Hague since 1983 and its designated agent for both cases. Forty years ago, Nicaragua's historic initiati-

on of proceedings against the United States also bore Argüello's signature. [As narrated by the renowned US lawyer Paul Reichler](#), it was in conversations between him and Argüello, back then Minister of Justice of the government of the Sandinista National Liberation Front in Nicaragua, that the 'idea of Nicaragua suing the United States in the World Court was born'. The decades in between saw Nicaragua become one of the Court's most frequent clients, building a track record where it appeared as a party in thirteen cases – in eight of them as applicant – and acted as an intervening state in the [Land, Island, and Maritime Frontier Dispute](#) case between El Salvador and Honduras.

However, the request for intervention and the application against Germany also present novel characteristics. In contrast to Nicaragua's past roles as an applicant, respondent, or intervenor in a case involving its legal interests in a delimitation case between two other countries, in this instance the country acts as guardian of the *erga omnes partes* character of the obligations under the Genocide Convention. In its case against Germany, Nicaragua also grounds its jurisdiction on both countries' optional clause declarations, which enables Nicaragua to include allegations of Germany's violation of the Geneva Conventions and its Additional Protocols, principles of international humanitarian law, and other peremptory norms of international law.

Political Impact and Visibility over Adjudicative Success

Nicaragua's moves do not rely on watertight legal framings, which may risk the success of both its permission to intervene in *South Africa v. Israel* and its request for provisional measures in its new application against Germany.

First, Nicaragua's request to intervene was submitted under Article 62 of the ICJ Statute, which allows states to request to intervene in disputes between other states when they consider to have 'an interest of a legal nature

which may be affected by the decision in the case'. There is disagreement about whether the common interest in the compliance with obligations *erga omnes partes* alone fulfils the requirement of 'an interest of a legal nature' of Article 62 (for a recent debate on this point, see [here](#) and [here](#)). Hence, whether the Court will accept Nicaragua's intervention under Article 62 is by no means certain. As a state party to the Genocide Convention, Nicaragua could have chosen the path offered by Article 63, a route used by states intervening in the cases brought against Myanmar and Russia before the International Court of Justice under the Genocide Convention. Article 63 recognises the right of state parties to a multilateral convention to intervene 'whenever the construction of [the] convention... is in question'.

Furthermore, it is unusual that Nicaragua also requested to intervene as a party. Indeed, the Court has [interpreted Article 62](#) to allow states to intervene as either parties or non-parties. However, it has never before admitted an intervention of the former character. Nicaragua's intervention as a party would enable it to put forward its own claims before the Court. Nicaragua would also be bound by the judgment under Article 59 of the Statute. Yet, what exactly a state should demonstrate to *justify* its intervention as a party remains to be determined. Must Nicaragua prove the existence of a dispute between itself and Israel? Does it have to show how its interest of a legal nature could be affected by a decision of the Court? Both questions were previously raised [here](#) and [here](#).

Second, the application lodged by Nicaragua against Germany also presents important challenges. The problem concerning the theory of essential or indispensable parties is particularly salient among them. Adjudicating the claims presented by Nicaragua against Germany would entail examining the legality of the conduct of Israel, which is not party to the case. The Court could eventually rule out this problem by considering that it is examining the legality of the conduct of Israel under the Genocide Convention in *South Africa v. Israel* (as pointed out [here](#)). However, the Court does not have jurisdiction to adjudicate Israel's violations of the Geneva Conventions. This may not pose an obstacle at the provisional measures' decision stage – insofar as, at that point, the Court must be satisfied that there is a *prima facie* basis for its jurisdiction, and the absence of an indispensable third party concerns the admissibility of the case (for a debate on this, see [here](#)). In any event, this question would

eventually raise issues at the jurisdiction and admissibility phase, assuming, plausibly, that Germany will raise preliminary objections.

It is unlikely that the Nicaraguan legal team decided to act unaware of these legal challenges. What is evident is Nicaragua's intention to present itself as fully engaged in this legal battle. All this reflects Nicaragua's prioritisation of political impact and visibility of its accusations against Israel and Germany over adjudicative success before the ICJ. Indeed, the immediate procedural consequences of both of Nicaragua's actions is that it will get to address the Court – and individuals in different corners of the world live-streaming developments in The Hague – on the killings, starvation, and mass displacement happening in Gaza. Assuming Israel will object to Nicaragua's request for intervention and following Articles 83 and 84 of the Rules of the Court, the ICJ will have to hear the state seeking to intervene and the parties before deciding on the request. Furthermore, as established by Article 74, paragraph 1, of the Rules of the Court, Nicaragua's request for provisional measures in its case against Germany will have priority over all other cases. The Court will thus soon have to fix a date for the oral hearing.

On Moral Standing and Intentions

Nicaragua's two moves before the International Court of Justice awakened different reactions from international law scholars. In the very active Twitter scene, some rightly pointed to the authoritarian character of the Nicaraguan government and its human rights violations, sometimes suggesting Nicaragua's lack of moral authority to point fingers at others (see, for example, [here](#), [here](#), [here](#), [here](#), and [here](#)). Some scholars also questioned Nicaragua's intentions (see, for example, [here](#), [here](#), and [here](#)).

Nicaragua's accusations against Israel and Germany are uncomfortable. The United Nations High Commissioner for Human Rights has found Daniel Ortega's government to have arbitrarily detained political opponents, cracked down on dissenting voices, disregarded the human rights of women and girls, and failed to address the killing and attacks against indigenous people (see [here](#)). On the very same day Nicaragua lodged its application against Germany, [the UN High Commissioner for Human Rights warned that 'the human rights situation \[in Nicaragua\] continues to plummet at an alarming pace.'](#) On the international stage, Ortega's foreign relations with Russia do not fare better, having recognised Crimea as part

of Russia in 2014 and voting against UN resolutions condemning Russia's war of aggression against Ukraine. In this context, it would not be implausible to think that Nicaragua has taken into consideration the need to enhance its international standing.

However, at least three counterpoints complicate, yet enrich, the discussion. The first and perhaps most obvious one is that any close scrutiny of the moral standing and intentions of a state can be tainted by problems of double standards. It is difficult to recall prominent criticisms of the moral standing of powerful Western states intervening in *The Gambia v. Myanmar* and *Ukraine v. Russia*. Likewise, references to Nicaragua's possible spurious intentions are not enough to assess its actions in a world where realpolitik partially permeates requests to intervene and initiation of proceedings in cases involving *erga omnes* obligations before the ICJ.

Second, opening the door to conversations on states' moral standing to act on the international plane requires some historical perspective. In particular, it demands taking into account the fragile state structures left behind by colonial and imperial practices in Global South countries. [The current disarray in Nicaragua cannot be divorced from the history of US interventions in the country throughout the twentieth century](#), including its support of the Somoza family dynasty, which maintained a brutal dictatorship in Nicaragua for decades. While the historical perspective does not absolve Nicaragua's current government from the documented and prevalent violence exercised against its own population, it does help situate normative debates by acknowledging that not all states operate within the same realm of possibilities.

Third, one should also consider the ramifications of questioning Nicaragua for its engagement with international law. Blanket criticism risks relegating Nicaragua to a limbo where it faces condemnation both for its opposition to international institutions – as happened upon its withdrawal from the OAS – and for its active participation in ICJ proceedings. Those rightly troubled by Nicaragua's internal record of human rights violations could, by contrast, find good reasons to welcome Nicaragua's public stance against genocide and its support for the credibility and efforts of the United Nations – the very same organisation that reports and calls out Nicaragua for its human rights violations. Such public commitments can put Nicaragua in a more difficult position to, for example, discredit the Office of the High Commissioner for Human Rights.

Conclusion

Nicaragua's actions understandably prompt questions about its moral standing and underlying intentions. International law scholars hold a privileged position to foster nuanced discussions on these issues, drawing from past, present, and future perspectives. This role is especially important as the Court becomes a key arena for states to address the world's most burning conflicts. Regardless of Nicaragua's success, one can hope that its actions serve to increase and maintain visibility of the brutal horrors Palestine people are being subjected to in Gaza. Additionally, one can also place hope that they prompt all states to fulfil their obligations under the Genocide Convention – and international law at large.

Hannah Birkenkötter

Why Today's UN Security Council Resolution Demanding an Immediate Ceasefire Is Legally Binding

doi: 10.59704/cf8ef55192810b74



Today, the [Security Council adopted a resolution](#) calling for an [immediate ceasefire](#) in Gaza during Ramadan as a first step to a “lasting sustainable ceasefire”. This comes after a months-long impasse and a total of [five vetoes](#) on the matter (three vetoes from the United States and two vetoes from China and Russia, with the latest vetoes cast [just last week](#)).

Resolution 2728 (2024) ([full text here](#), the official text should be up [here](#) within the next few days) was introduced by the ten non-permanent members (E10) under the leadership of Mozambique. It “[d]emands an immediate ceasefire for the month of Ramadan...leading to a lasting sustainable ceasefire”. It also “demands the immediate and unconditional release of all hostages, as well as ensuring humanitarian access to address their medical and other humanitarian needs”. Lastly, and more broadly, the same paragraph demands “that the parties comply with their obligations under international law in relation to all persons they detain”. This is the first time since October 2023 that the Security Council has called for a ceasefire in Gaza. The resolution was adopted with 14 votes in favor. The United States [abstained](#).

Is the resolution legally binding?

Immediately after the resolution had passed, [US Spokesperson Matthew Miller stated](#) that “the resolution today is a non-binding resolution”. A similar view was expressed by Linda Thomas-Greenfield, the US Permanent Representative to the United Nations, who stated that the United States fully “support[s] some of the critical objectives in this non-binding resolution” ([here](#), at minute 26:00). In a press meeting held by the E10 afterwards ([here](#), starting at minute 3:00), the South Korean representative questioned the legal validity of the resolution on the basis that it does not contain the word “decide” and was not adopted under Chapter VII. Is there any substance to this claim?

As is well established, the Security Council can adopt legally binding resolutions. Under [Article 25 of the UN Charter](#), the “Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council”. The crucial word of the provision is “decision”: if the Security Council uses hortatory language, such as recommending measures, no legal obligation arises. In addition, the Security Council routinely uses the phrase “acting under Chapter VII” when it e.g. establishes peacekeeping missions or authorizes the use of force. But is this phrase necessary for legal validity, as claimed by the South Korean representative? The answer is in the negative.

It is not necessary to adopt a resolution under Chapter VII for it to be legally binding

It has been established for several decades that resolutions not explicitly adopted under Chapter VII can just as well contain legally binding obligations. The International Court of Justice [famously stated in its Namibia Advisory Opinion](#):

“It has been contended that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to ‘the decisions of the Security Council’ adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council.” (para. 113)

There is thus both a textual and a systematic argument to be made that Article 25 UN Charter extends to *all* decisions of the Security Council.

It is not necessary to explicitly use the word “decide” for a resolution to be legally binding

Whether or not a resolution contains a decision is thus to be evaluated based on the text in question, not whether the resolution was adopted under Chapter VII or Chapter VI. The ICJ states: “The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect.” (*Namibia Advisory Opinion*, para. 114). Here, the South Korean representative suggests that because the Security Council did not use the word “decides”, there is no legal bindingness. However, the Security Council does not typically *decide* that a ceasefire exists – it cannot will a ceasefire into existence through a decision. Rather, it uses this language to, e.g., decide to establish a peacekeeping mission or decide to deploy observers. The text of the resolution adopted today is unequivocal and strong: it explicitly **demand**s an immediate ceasefire for the month of Ramadan as well as the immediate and unconditional release of all hostages. There is no uncertainty in the language: what weight should a demand carry, if not that of a legal obligation? To compare, in the abovementioned *Namibia Advisory Opinion*, the Court found (at para. 115) that *inter alia* the following requests were legally binding: “Calls upon the Government of South Africa to withdraw its administration from the Territory immediately” (S/Res/269 (1969), para 5) and “Calls upon all States...to refrain from any dealing with the Government of South Africa which are inconsistent with paragraph 2 of the present resolution [declaring the continued presence of South Africa in Namibia illegal]” (S/Res/276 (1970), para 5). It is not clear on which basis there should be a difference between the words “calls upon” and “demands” – if anything, the latter has a stronger connotation.

Resolution 2728 (2024) is legally binding - but for whom?

Security Council Resolution 2728 (2024) is thus legally binding and, in conjunction with Article 103 UN Charter, takes precedence over any other treaty obligation a UN member state might incur. There is no question that the resolution is binding upon all UN member states from the wording of Article 25 (“all members”), which includes the state of Israel. But what about Hamas? Again, the International Court of Justice has made relevant findings. In the *Kosovo Advisory Opinion*, the Court observed that the Security Council had made requests to specific actors and that it was in a position to do so. It then stated: “When interpreting Security Council resolutions, the Court must establish, on a case-by-case basis, considering all relevant circumstances, for whom the Security Council intended to create binding legal obligations.” (at para. 117). The demand for an immediate ceasefire, and specifically the demand of “the immediate and unconditional release of all hostages” can only be understood as to refer directly to Hamas as well, especially in light of the further calls on “all parties” in the same paragraph.

In conclusion, the resolution is – despite statements to the contrary – legally binding and creates a legally binding request for an immediate ceasefire during Ramadan and a legally binding request to immediately release all hostages. The obvious elephant in the room is enforcement: who is to enforce the Security Council resolution in the current situation? It ultimately falls to the parties of the conflict to heed the Security Council’s call, and to the Council itself to enforce its requests. Given the experience of the past months, this is no cause for enthusiasm. Yet, the fact that the Council could agree on the text, after five vetoes on the matter, is, perhaps, a shred of hope.

Itamar Mann

Beyond the Blocs

Implicit Cooperation in the Shadow of the Gaza War

doi: 10.59704/d36875cb68c31e0f



On Monday, 25 March, the UN Security Council adopted a resolution demanding a ceasefire in Gaza and the immediate release of hostages, as well as emphasizing the need to increase the provision and distribution of humanitarian aid. The Resolution was adopted 14-0, with the United States the only member to abstain. As the Security Council website announces, this Resolution ended a “months-long deadlock”.

The recent Resolution is not perceived by Israeli actors as binding. And yet, I argue that the fact that the US and Russia are now essentially voting together on the need to end this war could lead to significant further ramifications that may shape the region and beyond.

Unlike other organs of the international legal system, the UN Security Council has nearly unlimited power to tailor a wide array of measures ranging from military intervention through accountability mechanisms to the logistics of aid. Unlike international judicial processes in particular, the Security Council can act swiftly and be creative with the kinds of remedies it tailors.

With the years-long deadlock now undone, the Security Council provides a good opportunity to imagine an altogether different trajectory for a war-torn and increasingly famished Gaza Strip. Using its tools could not be more urgent.

The Security Council as Arena for a New Cold War

When historians will study where and when exactly the Second Cold War started, one immediate suspect will be the United Nations building in New York in March 2011. After the beginning of what was then called “the Arab Spring”, concerns grew that Qaddafi would systematically kill his own people. Against this backdrop, on 17 March, the UN Security Council approved military intervention by a Western-led coalition in Libya. Ten Security Council member states endorsed the decision, including the United States. Although the remaining five countries in the Security Council, including Russia, abstained, it was still a historical moment of relatively broad consensus.

For the first time ever, the Security Council authorized “humanitarian intervention,” ostensibly for the defense of Libya’s civilian population. However, in implementing the decision, the coalition seemed to act outside its agreed-upon mandate, which centered on imposing a no-fly zone, ultimately leading to the assassination of the Libyan ruler. The deviation from the mandate caused significant discontent, particularly in Russia. A rift among two major blocs in the UN Security Council was created, and has not been reconciled since.

Indeed, as far as the most difficult military and security issues are involved, there have been almost no moments of such consensus since then. On the contrary, the Security Council has become a central arena of conflict between the United States and Russia. For example, throughout the Syrian civil war starting in 2011, the Security Council was paralyzed due to clashes between the two blocs. When Putin invaded Crimea in 2014 – a blatant violation of international law – the ineffectiveness of the Security Council was particularly evident. Like the United States, Russia is a permanent member of the Council, and enjoys veto power. Because of this veto, conflicts in Syria and Ukraine have continued over the past decade, impacting civilians and displacing refugees. Arguably, because of the US’s veto, Israel’s control over millions of Palestinians without voting rights solidified and ultimately led to the current catastrophic outbreak of violence. The three conflicts have become symbols of the Security Council’s failure.

This does not mean that there haven’t been any decisions in the past decade where the US and Russia found themselves on the same side. As President Barack Obama’s term was ending in 2016, Israel had the honor of being the subject of Security Council Resolution 2334, adopted by a 14-0 consensus. However, the decision on the illegality of settlements merely echoed previous decisions and was not really new. As far as maintaining world peace and security – the UN’s mandate – the Security Council has gradually become irrelevant.

Deadlock Undone

The Security Council's decision on Monday, which commits Israel and Hamas to a ceasefire during Ramadan, and includes an obligation to release hostages, is important. However, against the backdrop of the struggle between the United States and Russia in the Security Council, the main innovation lies not so much in the content of the decision, but rather in the reversion to a tacit agreement regarding the ongoing war – a conflict that, according to the International Court of Justice, may plausibly lead to a genocide of the Palestinians in Gaza.

Just as Russia abstained in 2011, so did the US this week. In both cases, such voting conveys an implicit message of cooperation. Granted, the decision in 2011 regarding Libya was a decision to intervene militarily, with much more far-reaching immediate consequences. However, it seems worthwhile to focus not only on the substance of the decisions but also on the procedure: this focus highlights the fact that both decisions constituted a form of collaboration between blocs, a practice that has become increasingly rare. This collaboration raises interesting questions about what's next.

Certainly, the implicit agreement here is fragile and may be temporary. Nothing conclusive can be inferred regarding future Security Council decisions. The US and Russia are engaged in proxy wars in several places around the world (e.g. Syria and Ukraine). Just a couple of days earlier, Russia and China opposed and thus killed an American-proposed resolution that also called for a ceasefire. But from a different perspective, the change in Russia's and China's stance, leading to their support of a new Resolution, ultimately allowed the US to abstain, and the decision on the Ramadan ceasefire to be approved. This is significant. Could it be that the US and Russia are now signaling that they are willing to exclude Gaza from the list of proxy wars between them? From such a viewpoint, the tenuous agreement we saw between supporters and abstainers may lead to more decisions where the opposing blocs find themselves on the same side.

The discussion within Israeli media following the Security Council's Resolution largely revolved around whether it has a binding nature. Most commentators were quick to reply with a resounding, overconfident, no. The truth is different. Even if the decision is not immediately enforceable, it does constitute international law binding upon Israel. But more important, in my view, is not the decision itself, but rather what may come next. What

other measures could the UN Security Council adopt to put an end to this horrendous war? Remarkably, it now seems that both blocs are more interested in halting the violence than in maintaining their usual opposing voting patterns.

A Writ to Rebuild

Recall that in the past, Security Council Resolutions have triggered dramatic international processes. Military action by an international coalition was just one option, which doesn't seem particularly relevant to our region right now. But under Chapter 7 of the UN Charter, Security Council decisions have in the past led to the establishment of international criminal tribunals following the crises in Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR); they have created international administration over territory; they have pressured states to adopt domestic legislation; they have resulted in financial ramifications for individuals, such as asset freezes; and they certainly have the potential, in principle, to expand humanitarian aid on behalf of the Palestinians, as may be deemed appropriate by the Security Council members. Imagine a Security Council writ to immediately rebuild Gaza. As courts have affirmed, there is almost no limitation on the authority of the UN Security Council to adopt various measures, including, but not limited to, the use of force.

Lawyers working to end the war and ultimately to realize the Palestinian people's right to national self-determination have in recent years orchestrated an impressive campaign centered on domestic and international judiciaries. Starting from the 2004 ICJ Advisory Opinion on the Wall, their successes have been remarkable. These successes have come hand in glove with a political campaign that has successfully aligned solidarity with Palestinians with racial justice and anti-colonialism.

However, courts also have familiar drawbacks, starting from their sluggishness. With famine in Gaza "imminent", according to the World Health Organization, and attack on Rafah still impending, the situation could not be more urgent. If the Security Council deadlock is reversible, this organ may become more important and, indeed, transformative. Maximalist proposals are bound to fail. The key is to design subtle but firm constraints on open-ended military destruction. If sophisticated and diplomatically savvy proposals can be tailored such that they facilitate implicit inter-bloc cooperation in the shadow of war, they may become an important component in ending it.

Thomas Groß

Why Courts will not Stop Global Warming, but Climate Litigation is Still Useful

doi: 10.59704/e23abe15c86ddfe4



Despite the global trend of record temperatures and the increasing number of disasters caused by extreme weather events, the political impetus to combat global warming is weakening all over Europe. Not only far-right forces want to stop ambitious climate policy, but also other political parties tend to neglect this field. To counter those political forces, climate litigation tries to hold national governments accountable to their goals as enshrined in the Paris Agreement. While some fear a “gouvernement des juges” in the field of climate policy, an analysis of the case law shows this to be unfounded: most courts leave the decision of how to act to the discretion of the parliament. Despite much criticism, I argue that this exercise of judicial restraint is not the reason why states fail to meet their climate goals. My thesis is that the core of the problem is the very nature of constitutional law. This is not a plea against climate litigation but a call that effective climate protection policy requires courageous decisions beyond the reach of jurisprudence.

Big Hopes, Little Impact

The tendency of politicians not to implement the necessary measures to tackle global warming is not new. To force governments to engage in more ambitious climate policies, individuals and associations all over the world have resorted to legal action. The number of cases worldwide is enormous and escapes comprehensive analysis. Yet, the overall picture suggests that the impact of climate litigation has been very limited. In the following, I will concentrate on a brief sketch of recent cases in Western European countries where final rulings have been adopted on legislative measures by parliament or government. The nature of these claims varies, targeting either national goals for reducing greenhouse gas emissions or the measures to achieve these goals. The two claims can

also be combined.

All claims to force national policymakers to define more ambitious goals have been dismissed. In the British “Plan B” case, the High Court upheld the decision by the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy not to revise the 2050 carbon target under the Climate Change Act 2008, which demanded a reduction of 80 % compared to the emissions of 1990. The court rejected this claim asserting that the executive had a wide discretion to assess the advantages and disadvantages of any particular course of action, not only domestically but as part of an evolving international discussion.¹

In the landmark climate decision of the German Federal Constitutional Court (FCC), internationally known under the name “Neubauer”, the court rejected the claim that federal legislation’s reduction goals did not sufficiently protect human rights. The court did not acknowledge that the legislation significantly fell short of the protection goal, as it was not presently ascertainable that the legislator had exceeded this leeway by taking the Paris target as a basis.² It only conceded that national reduction goals for the decade starting in 2030 have to be defined by parliamentary legislation and not by the government. This is because transparent specifications for the further course of greenhouse gas reduction must be established at an early stage to distribute the opportunities associated with freedom proportionately across generations.

In 2023, the Belgian Court of Appeal of Brussels rendered an important decision in the climate case brought by “Klimaatzaak” against the federal and the three regional governments (see [here](#) and [here](#)). The court found that the federal authority and the Brussels and Flemish regions’ climate action violated Articles 2 and 8 of the ECHR and their duty of care. The court imposed a minimum

¹ <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2018/1892.html>, para 49.

² https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html;jsessionid=8273487E150ADE50A1A051DD3E2F3AC9.internet972, para 163.

GHG reduction target of 55 % compared to the levels in 1990 to be reached by Belgian authorities by 2030. However, as the defendants have announced an appeal to the Supreme Court, the decision is not yet final.

More court decisions have been taken on measures to mitigate global warming, with a mixed outcome. Some decisions rejected the claims on procedural grounds or based on the merits, while others have resulted in final decisions favoring the claimants.

In Switzerland, the Federal Court rejected a claim by the group “KlimaSeniorinnen”, which **demand**ed that the national government implement all necessary measures to protect the elderly from the adverse effects of global warming. The court ruled that the claimants had no standing. In France, a challenge against the national climate act was introduced by a group of parliament members based on the argument that the measures were insufficient to achieve reduction goals. The Constitutional Council (CC) **reject**ed this challenge, stating that it has no power to issue injunctions against the legislator.

The German FCC also dismissed a claim arguing that the legislative measures adopted so far were insufficient for the protection of human rights. While the court acknowledged that defining reduction goals was not enough and that climate action must be taken, it did not find a violation of human rights, referring to “the fact that the national climate action instruments can still be adjusted in ways that would enable the reduction target specified for 2030 to be achieved”.³

Meanwhile, we have three final decisions mandating climate action. In the Dutch “Urgenda” case, the District Court ordered “the State to limit the joint volume of Dutch annual greenhouse gas emissions, or have them limited, so that this volume will have reduced by at least 25 % at the end of 2020 compared to the level of the year 1990”.⁴ This ruling, upheld by the Court of Appeal and the Supreme Court, was based directly on the duty to protect the rights enshrined in Art. 2 and 8 ECHR. As it became final only in 2019, its temporal impact is yet limited.

In 2020, the Supreme Court of Ireland issued a ruling quashing the National Mitigation Plan.⁵ The Court determined that the Plan lacked the specificity of the measures required by the Climate Action and Low Carbon Develop-

ment Act, as a reasonable reader would not understand how Ireland will achieve its 2050 goals.

In 2021, the French Council of State in 2021, based on a claim by the “Commune de Grande-Synthe”, **order**ed that the Prime Minister must take all necessary measures to curb greenhouse gas emissions within the national territory in accordance with the goals defined by the French Energy Code and by the EU.

However, a sober look at the outcome of those cases reveals that even the decisions in favour of the claimants had limited impact on actual emissions. A new reduction goal was defined only by the Belgian court, but it is identical to the goal already agreed on within the European Union. The German FCC ordered that future goals be defined by parliament, but these have no relevance for current public debates or political decisions. Supreme courts in the Netherlands, Ireland, and France have even ordered that new measures must be defined by the governments, but they did not specify what these this could be. None of the decisions had an immediate effect on the quantity of emissions. Contrary to popular criticism, these rulings have not transgressed the limits of legitimate judicial power.

The Petrifying Logics of Constitutional Law

The real problem lies in the limited impact that litigation has had on national efforts to effectively and expeditiously curb greenhouse gas emissions. This is a consequence of the very nature of constitutional law.

Constitutions are a set of fundamental rules defined at a certain moment in history. They are assembled in a document intended to construct a useful and functional order of a polity, based on the experiences of a more or less distant past. The founding fathers of the US Constitution even looked back to the institutions of ancient Athens and Rome. Thomas Jefferson **famously warn**ed that no generation should bind the next one. However, this warning has not been heard – the US Constitution has now been in force for more than 230 years.

There are two primary techniques to adapt these old rules to contemporary problems: amendments and interpretation. The amendment process is intentionally designed to be difficult to ensure the fundamental character

³Footnote 2, para no. 170.

⁴<https://tinyurl.com/24rd4yb9>, no. 5.1.

⁵<https://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/>

of the rules. It is thus mainly up to the courts to apply constitutional provisions to present-day problems through the tools of interpretation. However, the judiciary must be cautious not to cross the boundary between constitutional interpretation and amendments. It tends to lean towards the past while defending basic principles of state organisation and human rights against encroachments by the present majority. Another expression of this fundamental idea is the prerogative of constitutional courts to overturn legislation not compatible with the primary law of the constitution, as it has the effect of restoring the earlier law.

It would be an overstatement to speak of a general assumption that old law trumps new law, as this underestimates the necessary flexibility of democratic law-making within the rule of law. Yet it is also evident that modern constitutions rarely demand changes in the legal or economic system of a country. Constitutional courts normally cannot compel the legislator to act using the instrument known as an injunction in Anglo-Saxon legal systems, as this would conflict with the democratic prerogative of elected parliaments. The French CC has expressly seen this as a general limit of its powers. The German FCC is not as reluctant, but in most cases gives some leeway to parliamentary decision-making when it is necessary to correct unconstitutional law.

If it is true that constitutions are oriented towards the past, it is unsurprising that they offer no solutions for handling global warming, a problem of an entirely new magnitude. Scientists predict that the rising average temperature will lead to extreme weather events and disasters of an unprecedented scale and range. The adverse effects have been described in numerous reports.⁶

It would be inappropriate to criticise the authors of the German constitution for their failure to acknowledge this danger in 1949 and to provide special constitutional protection, although the basic physical greenhouse effect was already known. Whereas in 1992, when the duty to protect the environment was incorporated as Art. 20a

of the Basic Law, the scientific expertise was much more precise. However, the provision was intentionally drafted to prevent courts from prioritizing environmental protection over economic interests.⁷ Therefore, it is no surprise that it had almost no relevance before the Neubauer decision, and even then, the conclusion was that it had not been violated.⁸

The challenge of decarbonising the world needs swift and rigorous action, especially in the European Union, one of the biggest CO₂ emitters. An unprecedented transformation of all sectors is necessary. Hundreds of legal provisions that affect the use of fossil fuels or renewable energy need revision. However, no court is able to develop a comprehensive program for this decarbonisation by interpreting the constitution or other human rights texts.

What Climate Litigation Can Do

The purpose of this analysis is not to plead against climate litigation. Rather, I want to emphasize that effective climate protection requires courageous decisions by parliaments and governments beyond the reach of jurisprudence. Courts can play a limited but important role in reminding politicians of their binding obligations arising from constitutions, international instruments, and (supra)national legislation. As such, courts can serve as a counterbalance to the powerful economic forces striving to maintain existing fossil structures.

The main role of courts should be to review new legislation and administrative decisions as to whether they are compatible with reduction goals. As such, subsidies introduced to further the use of fossil fuels should be scrutinized more closely. If courts are to take the unprecedented dangers of the climate crisis seriously, justifying new projects that will inevitably increase greenhouse gas emissions will be very challenging.

Courts represent one of the arenas in the struggle for climate protection. However, the battle is ultimately won or lost in the legislative arena.

⁶Cf., e.g., the Synthesis Report Climate Change 2023 of the IPCC https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf

⁷Schulze-Fielitz, in Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 7.

⁸Footnote 2, margin no. 230.

Caroline E. Foster

Tort Law and New Zealand's Corporate Greenhouse Gas Emissions

The New Zealand Supreme Court's 2024 Climate Change Decision in *Smith v Fonterra Cooperative Group Ltd and others*

doi: 10.59704/aa5d559e0991208b



In February 2024, the New Zealand Supreme Court overturned the previous strike outs in the case of Michael John Smith in tort against seven major New Zealand companies in the dairy, energy, steel, mining and infrastructure sectors. Michael Smith is of Ngāpuhi and Ngāti Kahurangi descent and serves as climate change spokesperson for the Māori Iwi Chairs Forum “Pou Take Āhuarangi”. Smith estimates that the respondent companies’ operations together are associated with approximately a third of New Zealand’s country’s greenhouse gas (GHG) emissions. He makes three claims: in negligence, nuisance and in a proposed new tort of harm to the climate system. In 2020, the High Court struck out the claims in negligence and public nuisance. In 2022, the Court of Appeal upheld this decision and also struck out the remaining novel tort claim.

All three tort claims have been revived by the New Zealand Supreme Court. Among the public responses to the Supreme Court decision are several suggesting that this is unusual. However, there are many respects in which this is in fact business as usual for the courts. Smith asserts that the respondents are engaging in conduct that affects him and others, and has put them into legal connection with one another in ways that enable appropriate remedy. This is heartland common law territory. Even though the climate change problems we are now grappling with may be new ones, the centuries-old practices and traditions of the common law are a part of New Zealand’s constitutional heritage and structure. Litigation is a legitimate vehicle for members of the population to engage the law in the face of harm or threats to individuals’ rights and well-being.

Further, the Courts can be expected to bring established modes of reasoning to bear in regard to Smith’s claims, albeit in new ways given that dealing with climate change requires forward-looking action, including business planning and design, and capital developments.

Smith seeks declaratory relief and also injunctive relief requiring the respondents either to reduce emissions by specified amounts over time or immediately to cease emissions. If Smith’s case is successful the courts can be expected to consider the matter of remedies with particular attention.

The claims and issues

Mr. Smith’s three claims are more specifically: in negligence under a novel duty of care; in public nuisance; and under “a proposed new tort involving a duty, cognisable at law, to cease materially contributing to: damage to the climate system; dangerous anthropogenic interference with the climate system; and the adverse effects of climate change”. In overturning the strike outs in all three of Smith’s claims the Supreme Court observed that these tort claims all raise issues of relationship, proximity, causation, disproportionality and indeterminacy.

In respect of the core issue of causality, there are of course multiple tortfeasors or emitters of global GHGS. Further, the absolute majority of emitters are not within New Zealand’s jurisdiction. Smith submitted that the requirement for causality in the law on nuisance could be satisfied where a responding party’s material contribution to a state of affairs amounts to an unreasonable interference, while the respondent submitted that a direct and serious contribution to the relevant harm was necessary. The Court began by remarking that it is “beyond question that the respondents are either very substantial emitters of greenhouse gases or are (or have been) very substantial suppliers of fossil fuels that release greenhouse gas emissions when burned by others”. The Court went on to find previous cases suggested it was certainly arguable that a defendant must take responsibility for its contribution to a common interference with public rights, which should not be contingent on the absence of others’

co-contribution, nor in effect discharged by others' equivalent acts.

Scientific evidence on climate change will clearly be important at trial, but the subject of causation and related matters will also demand sustained legal argument. Tort lawyers might be interested to consider by analogy the rules on responsibility in public international law where States committing wrongs are each individually responsible. Responsibility is not attenuated in cases of "concurrent causes". However, the International Law Commission's commentary to its Articles on State Responsibility indicates that reparation will not be due which is out of all proportion to the gravity of a breach of international legal obligations (reparation in international law being understood as including restitution, compensation and/or satisfaction, which *inter alia* can take the form of a judicial declaration).

New Zealand's climate change mitigation interests

Let us make no mistake. The population of New Zealand has a strong interest in the effective mitigation of climate change. Like people in other countries, New Zealanders can expect to experience physical effects of climate change including natural disasters. There is also a concern for regional vulnerabilities to severe weather events, and loss of physical territory, including in the Pacific Islands, with which a significant number of New Zealanders have important family, personal and cultural ties. In addition, New Zealanders' wellbeing depends on a global future of greater rather than lesser environmental, economic and strategic stability, and rule of law. Given the country's size and profile these factors will be important determinants in New Zealanders' future quality of life. Relationships between greenhouse gas emitting entities and individuals may be easier to grasp at the level of local, physical harm, as largely envisaged in the *Smith v Fonterra* proceedings to date. However a collective failure by all actors to play an appropriate part in climate change mitigation is likely to contribute to harming New Zealanders by damaging their prospects in these various far-reaching ways.

New Zealand's situation

Complicating the case politically, though, is the fact that the drive to net zero and beyond poses different economic and commercial challenges in New Zealand's par-

ticular national circumstances to those faced by almost all other countries, with the most notable exception perhaps of Ireland. This is particularly the case in respect to the dairy industry. Pastoral farming is a core economic driver, and yet the methane and nitrous oxide produced make up around half the country's greenhouse gas emissions. Compounding the situation, New Zealand already relies primarily on renewable energy, and has done so historically leaving less scope for carbon savings through energy conversion schemes. Despite these circumstances, cross-party commitment to climate change mitigation produced the Climate Change Response (Zero Carbon) Amendment Act 2019. The Act sets a domestic legal target of net zero emissions by 2050 of all greenhouse gases except biogenic methane, for which the target is 24–47 % below 2017 levels by 2050. Governments have set about the implementation of the Act drawing on the advice of the independent Climate Change Commission that it established. The New Zealand Emissions Trading Scheme (ETS) has been their primary tool. The extent of progress remains to be seen. New Zealand's Greenhouse Gas Inventory 1990–2019 revealed that since 1990 the country's gross emissions had increased by 26.4% since 1990. In New Zealand's more recent Greenhouse Gas Inventory, covering the full period from 1990–2021, gross emissions had increased by 19% over 1990 levels. Decreased emissions from road transport during COVID-19 lockdowns had contributed positively, as well as a 0.7 decrease in gross agricultural emissions in 2021 as compared with 2020.

Drop in the ocean

Public discussion of the *Smith v Fonterra* case has also raised the question of the small percentage the respondent New Zealand businesses are contributing to global atmospheric greenhouse gas concentrations. There are various estimates of New Zealand's contribution, according to probably the largest of which New Zealand is estimated to produce up to 0.2 percent of the world's greenhouse gas emissions. Such "drop in the ocean" style arguments deflate the dialogue and energy required among all actors to address and engage effectively in the social and political processes that are necessary for coordinated change. And addressing climate change requires action in a dynamic global matrix of interconnected political, economic and social developments where businesses and governments alike are all key players, centrally including

both commercial and financial actors. Businesses' independent responsibilities are highlighted in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and associated Information Note on Climate Change and the Guiding Principles on Business and Human Rights of June 2023 as well as in corporate sustainability due diligence laws increasingly contemplated and adopted in various jurisdictions. New Zealand does not have such corporate due diligence legislation, although the Financial Sector (Climate-related Disclosures and Other Matters) Amendment Act 2021 requires climate-related disclosures to the Financial Markets Authority (FMA) from about 200 large financial institutions.

Constitutional matters

Executive governments and the legislature obviously do have a core role to play in confronting the global need to mitigate climate change. In fact, Smith's case is one of two climate cases he presently has underway. The Court of Appeal's judgment remains pending in Smith's appeal against another strike out in the parallel public law proceedings against the government in the case of *Smith v Attorney General* heard in November 2023. In *Smith v Attorney General* Smith seeks declarations that the Crown's approach to climate change has breached or is breaching fundamental rights protected under the New Zealand Bill of Rights Act 1990, under the common law and in the Treaty of Waitangi. But at the same time it bears remembering that no State is comprised of its central executive alone, or even the central executive and legislative branches. State apparatus includes for instance the electorate, local government and the civil service at all levels, as well as the courts, who are responsible for the judicial administration of the law. Indeed, constitutional arrangements in many jurisdictions do not equip the legislative and executive branches of government well to institute the necessary steps for the prevention of harm on the scale associated with climate change. The IPCC in 2022 alluded to how existing societal structures and power dynamics may be insufficient for and may undermine such efforts. Short term domestic politics may hold back not only the formulation of domestic climate policy but also States' international policies for engagement in essential spheres. Taking just one example, if governments could work around the impediments toward harnessing international trade law in ways facilitating progress in mitigation this would have major potential to incentivise further shifts in busi-

ness conduct.

Tikanga Māori

Of interest to readers is also perhaps the part that may be played in the *Smith v Fonterra* case by tikanga Māori (the University of Otago offers the definition, "*societal lore within Māori culture... ..behavioural guidelines for living and interacting with others*"). In pleading his case, Mr. Smith invokes the interests of his whānau (family) and descendants in coastal land at Wainui Bay in the province of Northland. As the Court describes it, Smith claims, in accordance with tikanga, "a whakapapa (genealogical) and whanaungatanga (kinship) connection to the subject whenua (land), wai (fresh water) and moana (sea)". In the strike out decision, the Supreme Court considered Mr Smith had a tenable claim to standing under the law on public nuisance on the basis of both legal interests and tikanga interests in respect of this coastal land. At the same time, the Court considered that the special damage rule of standing in public nuisance requires reconsideration in the 21st-century context. The effects of tikanga in relation to the law of tort in other respects, including in the context of Smith's novel tort claim, remain to be considered as the case progresses. The Treaty of Waitangi, te Tiriti o Waitangi, and international law on indigenous peoples' rights will also be relevant.

Mr Smith has recently commented that "The bottom line is that it's about our tamariki (children) and our mokopuna (grandchildren) and, in te ao Māori especially, everything we do is for the security and the wellbeing of our whānau." Tikanga's resonance with international law's concern for intergenerational equity is strong. The International Court of Justice's *Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change* is likely to come down before *Smith v Fonterra* is ultimately determined. It is to be hoped that the Advisory Opinion might insist that all State actors, whether executive, legislative or judicial, are obliged to perform their roles consistently with due regard for both present and future generations.

Conclusion

The New Zealand courts can now be expected diligently to work through the issues in *Smith v Fonterra*. The merits of Smith's case will be heard initially in the High Court, with appeal likely to the Court of Appeal and eventually the Supreme Court. In assessing whether this can

be considered business as usual for the courts, it is important to view the common law and the role of the courts in proper perspective across time. Extraordinary changes have taken place in recent decades, and human activity has become a geological force affecting earth systems. The 1950s are estimated to have marked the beginning of a new geological era characterised by this phenomenon (Report of Anthropocene Working Group, operating

under the auspices of the International Commission on Stratigraphy, May 2019). This means that human conduct has potential to affect other human beings via new pathways and in new ways. The Supreme Court has made the correct decision. Complicating factors including the participation of multiple tortfeasors and the existence of multiple potential claimants were not a sufficient reason to disallow consideration of Smith's case *ab initio*.

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.



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, 42 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.



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.



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.



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://verfassungsblog.de/blatt).

We also have open access books available. Check them out at [Verfassungsblog.de/books](https://verfassungsblog.de/books).

