08/2024
August

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20250627-112552-0
URN urn:nbn:de:0301-20250627-112552-0-0

Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf Verfassungsblog.de
Published by Verfassungsbooks, contents first published on Verfassungsblog.de

Max Steinbeis Verfassungsblog gGmbh
Elbestraße 28/29
12045 Berlin
Germany
verfassungsblog.de
info@verfassungsblog.de

© 2025 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

Pressefreiheit & Vereinsverbote Freedom of Press

Paula Rhein-Fischer
Neue Beziehungen zwischen alten Bekannten: Der Einfluss von Meinungs- und Pressefreiheit auf das Vereinigungsverbot nach der BVerwG-Eilentscheidung zum Compact-Verbot 1456

Karl-Heinz Ladeur
Nichts weniger als ein Formenmissbrauch: Verfassungsschutz, Pressefreiheit und der „Compact"-Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts 1460

Wahlrecht Electoral Law

Alexander Brade, Max E. Müller
Wahlrechtsbonus für vergangene Verdienste? 1463

Jasper Nebel
Alles hat ein Ende: Das Bundesverfassungsgericht beendet die Folgerichtigkeitsdogmatik im Wahlrecht 1466

Thüringen-Projekt Thuringia Project

Anna-Mira Brandau, Juliana Talg
Sperrminorität kommt vor dem Fall: Wie der Rechtsstaat in Thüringen, Sachsen und Brandenburg blockiert werden könnte 1470

Johannes Maurer
Recht für rechts: Wie Rechte Abmahnungen und Klagen nutzen, um die öffentliche Debatte zu beeinflussen und was dagegen getan werden kann 1473

Alexander Leistner
Alltagsnorm und Kampfansage: Warum wir über Neutralität reden müssen 1476

Jonas Deyda
Ein etatistisches Missverständnis: Warum parteipolitische Neutralität den Staat nicht verpflichtet, der geförderten Zivilgesellschaft parteifeindliche Äußerungen zu verbieten 1480

Paul Friedl, Louis Rolfes
Datenschutz gegen digitalen Autoritarismus 1484

Straf- & Sicherheitsrecht Crime, Security & Law

Michael Kubiciel
Menschlich verständlich, aber trotzdem falsch?: Zur Rechtsnatur des so genannten Gefangenenaustauschs mit Russland 1487

Lena Gmelin
Muskelkraft als Mordmerkmal: Zur vorgeschlagenen Erweiterung des Mordparagrafen § 211 StGB 1489

Daria Bayer, Onur Özata
Die Grenzen der „Neutralität“: Zur Beihilfestrafbarkeit im KZ Stutthof und darüber hinaus 1492

Jürgen Bering, Svea Windwehr
Digitale Silver Bullets: Grundrechtswidrige Regulierungsvorhaben statt wirksamer Kinder- und Jugendschutz 1496

André Bartsch
Welche Daten?: Zur geplanten Einführung automatisierter Datenanalysen bei BKA, Bundespolizei und Staatsanwaltschaften 1500

Pauline Endres de Oliveira, Rhea Kummer
Erledigt und Pech gehabt?!: Die Causa „Capo“ und die Grenzen des Rechtsschutzes im Polizeirecht 1504

Verschiedenes Miscellaneous

Shari Gaffron, Friederike Löbbert, Lara Schmidt
(K)eine Frage der Gerechtigkeit: Eine feministische Kritik der erwerbszentrierten Sozial- und Einbürgerungspolitik 1507

Sarah Lincoln, Mareile Dedekind
(Grund-)Eigentum verpflichtet: Warum es eine verbindliche Sozialwohnungsquote für Wohnungsunternehmen braucht 1510

Norbert Lüdecke, Stephan Rixen
Verfassungsrecht und sexualisierte Gewalt in der römisch-katholischen Kirche: Zu aktuellen Amtshaftungsklagen und der Relevanz des kirchlichen Selbstverständnisses 1515

Lukas Märtin
Finanzverfassungsrechtliches Mikado: Zum jüngsten Haushaltsentwurf der Ampel-Koalition und der Konstitutionalisierung der Haushaltspolitik 1519

Maximilian Steinbeis
Schrankenlos 1522

Europa Europe

Digitales Digital

Hannah Ruschemeier
Schattenwirtschaft Datenhandel 1525

Hannah Ruschemeier
In the Shadows: Data Brokers and the Limits of the GDPR 1529

Christopher Kuner
Strengthening the EU Legal Edifice for Data Transfers 1533

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

Peter Hilpold
Zwei- bis Drei-Klassen-Justiz in Österreich?: Was der Kreutner-Bericht über österreichische und europäische Rechtsstaatlichkeit offenbart 1536

Esther Martínez, Alejandro Menéndez
Hungary's Sovereignty Protection Sham: Silencing Dissent and Dodging the EU Funding Conditionality Mechanism 1540

Georgien Georgia

Anna Phirtskhalashvili
Why Georgia's Law on Transparency Violates the Constitution 1542

Shorena Nikoleishvili
Family Values, Tradition, and Human Rights: Struggle over LGBTQ+ Rights in Georgia 1545

Verschiedenes Miscellaneous

Ayşegül Kars Kaynar
Shades of Unconstitutionality: Judicial Reforms Nullifying the Decisions of the Turkish Constitutional Court 1548

Andrii Nekoliak, Roman Nekoliak
Wartime Constitutionalism and the Politics of Constitutional Review in Ukraine 1551

Vicente Valentim
Making the Unacceptable Acceptable: How the Elite Rhetoric May Have Normalized Far-Right Violence in the UK 1554

Anna Kompatscher, Susanna Roßbach
Non-Binary Gender Markers in Italy?: On the Decision No. 143/2024 of the Italian Constitutional Court 1556

Arne P. Wegner
Konfrontation, Kohabitation, Koalition: Frankreich nach den Wahlen 1559

Jonas Bornemann
Could Hungary be suspended from Schengen?: "National Cards" for Russian and Belarussian Nationals as a Geopolitical Threat 1562

Anna M. Puigderrajols Triadó
Mainstreaming Gender in EU Arms Export Controls 1566

Camilla Haake
Pioniertat oder Bärendienst?: Das LG Erfurt über EU-Grundrechte für die Natur 1569

Tilman Hoppe, Valentin Stojiljkovic
Prove Your Integrity or Resign: Why the ECtHR Upheld a 15-Year Ban for a Judicial Advisor 1571

International International

IStGH ICC

Kai Ambos
Staatsräson vor Völker(straf)recht?: Komplementarität und die deutsche Stellungnahme im IStGH-Haftbefehlsverfahren Palästina/Israel 1574

Anna Lena Hörzer
Cooperation à la Carte?: Austria's Stance on Head of State Immunities and Cooperation 1583

Amerika Americas

Maryhen Jiménez Morales, Antulio Rosales
Unprecedented Fraud and New Momentum: What is Different This Time in Venezuela 1586

Sindy Castro Herrera, Maryluz Barragán
The Right to Defend Rights: How Recent Rulings are Protecting Human Rights Defenders in Colombia and Latin America 1589

César Rodríguez-Garavito, Melina De Bona
Are Rights of Nature Working?: The Impact of the Los Cedros Ruling in Ecuador 1592

Gaurav Mukherjee
A Setback for Homeless Rights in the United States: On Grants Pass v. Johnson 1595

Israel & Palästina Israel & Palestine

Omar Yousef Shehabi
On Recognition 1599

Celia Schmadl
The Sleeping Beauty Has Awoken: The International Humanitarian Fact-Finding Commission 1603

Bell Yosef
The Price of Equality: Funding Conditionality as a Judicial Remedy in Israel's Conscription Case 1606

Alina Funk, Ammar Bustami
Power to the People: Zur wirtschaftlichen Selbstbestimmung Palästinas nach dem Gutachten des IGH vom 19. Juli 2024 1609

Indien India

Rudraksh Lakra, Nidhi Jha
Kashmir's Legal Exceptionalism Reinforced: Critiquing the Sublime Software Case 1613

Anmol Jain
Jurisprudence of Convenience: On the Indian Supreme Court's Guidance-Laden Approach to Answer Hard Questions of Free Speech Law 1616

Sarthak Gupta
Lights, Camera, Inclusion?: The Indian Supreme Court's Non-Binding Stance on Disability Humor 1621

Weiteres aus Asien More from Asia

Ahmed Elbasyouny, Feisal Amin al Istrabadi
Taming the Shrew: Inter-Judicial Rivalry in Iraq 1624

Masahiko Kinoshita, Guy Baldwin, Ayako Hatano
Breaking with Conservatism?: A Bolder Japanese Judiciary on the Rights of Sexual and Gender Minorities 1627

Arifur Rahman
On the Basis of "Backwardness": Quotas, Gender and the Constitution of Bangladesh 1630

Paula Rhein-Fischer

Neue Beziehungen zwischen alten Bekannten

Der Einfluss von Meinungs- und Pressefreiheit auf das Vereinigungsverbot nach der BVerwG-Eilentscheidung zum Compact-Verbot

doi: 10.59704/9740a5035d50a939

Viel wurde über das im Juli bekannt gegebene Verbot diskutiert, mit dem das Bundesinnenministerium die Compact-Magazin GmbH mitsamt ihrer Filmproduktionsfirma als Teilorganisation verboten hatte (etwa hier, hier und hier). Jene GmbH hatte das jedenfalls in Teilen rechtsextreme Monatsmagazin „Compact" verlegt und weitere Print- sowie Online-Formate betrieben. Vor einer Woche bekannte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vorläufig Farbe: Es stellte die aufschiebende Wirkung der gegen das Verbot gerichteten Anfechtungsklage der Compact-Magazin GmbH teilweise wieder her, nämlich mit der Maßgabe, dass das Bundesinnenministerium vor Rückgabe der sichergestellten und beschlagnahmten Beweismittel Kopien davon anfertigen sowie Telefone und SIM-Karten auswerten durfte. Auch sind Waffen von der Rückgabepflicht ausgenommen (Beschluss v. 14.08.2024, 6 VR 1.24). Bereits die Pressemitteilung ließ erwarten, dass der Senat den Prüfungsmaßstab angesichts der Meinungs- und Pressefreiheit angezogen hatte (so etwa die Bewertung von LTO). Für die Compact-Magazin GmbH heißt das, dass das behördliche Verbot bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihre Anfechtungsklage – die Monate oder gar Jahre dauern kann – keine Wirkung entfaltet und sie ihre Tätigkeiten vorerst fortsetzen kann.

Seit gestern liegt nun die Begründung des Compact-Beschlusses vor. Sie zeigt: Das BVerwG bleibt seiner umstrittenen linksunten.indymedia-Rechtsprechung zwar treu und bejaht die Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes auf Vereinsverbote, die auf das faktische Verbot eines Medienerzeugnisses abzielen (zu dieser Wirkung siehe hier). Gleichwohl misst das Gericht der Meinungs- und Pressefreiheit an zwei Stellen entscheidende Bedeutung bei: So lassen diese Freiheiten wohl zum einen die Anforderungen an die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fließende Maßgabe steigen, dass die verbotene Vereinigung durch den Verbotsgrund *geprägt* sein muss, es also etwa nicht bloß vereinzelt zu verfassungswidrige Verhaltensweisen gekommen ist. Das erlaubt es dem Senat, Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verbots zu formulieren und zu „offenen" Erfolgsaussichten der Hauptsache zu gelangen. Zum anderen geben Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der sich anschließenden, von Erfolgsaussichten losgelösten Interessenabwägung den Ausschlag zugunsten des Aussetzungsinteresses. Damit zeichnet das Gericht immerhin einen akzeptablen Weg vor, wie das Verhältnis von Vereinsverbot zu Meinungs- und Pressefreiheit neu austariert werden kann.

„Keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes"

Die für manche enttäuschende Kernerkenntnis aus dem Beschluss lautet: Hoffnungen, der Senat möge dem Einsatz des Vereinsverbotes zum gezielten faktischen Verbot eines Medienerzeugnisses einen grundsätzlichen Riegel vorschieben, erteilt er mit wenigen Worten eine Absage. Gegen die Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes bestünden keine Bedenken. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei „geklärt, dass ein Vereinsverbot als Instrument des ‚präventiven Verfassungsschutzes' auch gegenüber zum Zweck der Verbreitung von Nachrichten und Meinungsbeiträgen gegründeten Medienorganisationen erlassen werden kann" (Rn. 13). Mit dieser (den einzigen amtlichen Leitsatz bildenden) Aussage wiederholt das Gericht seine aus der linksunten.indymedia-Rechtsprechung (NVwZ-RR 2020, 738 Rn. 34) bekannte formalistische Unterscheidung:

> „Denn Gegenstand eines solchen Verbots, das der präventiven Bekämpfung der mit dem zweckgerichteten Zusammenschluss mehrerer Personen einhergehenden Gefahren dient, ist die hinter dem Medium stehende Organisation, die sich der von ihr verlegten

> Druckerzeugnisse oder Telemedien zur Verfolgung ihrer Ziele bedient (vgl. BVerwG, Urteile vom 14. Mai 2014 – 6 A 3.13 – Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 62 Rn. 26 und vom 29. Januar 2020 – 6 A 1.19 – BVerwGE 167, 293 Rn. 34 ff.). Die Differenzierung zwischen Organisation und Presseerzeugnis bzw. Medium als Anknüpfungspunkt und Objekt staatlicher Maßnahmen entspricht der Abgrenzung zwischen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Vereinsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG) gegenüber der Landesgesetzgebungskompetenz für das Medien- und Presserecht (Art. 70 Abs. 1 GG)." (Compact-Beschluss Rn. 13)

Hiermit macht es das Gericht der Exekutive nicht nur zu leicht, die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zu umgehen. Es stellt auch die Wahl zwischen den anwendbaren rechtlichen Maßstäben (Vereinsrecht oder Presserecht) in ihr Belieben. Dabei steht jedenfalls das in Art. 18 EMRK zum Ausdruck kommende Zweckentfremdungsverbot einer Auslegung des Vereinsrechts entgegen, die gegenüber einem eigentlich verfolgten vereinsrechtsfremden Zweck gleichgültig ist. Diese Bedenken kann das Gericht auch nicht durch den hinzugefügten Hinweis zerstreuen, dass zwar ein Vereinigungsverbot verfassungswidrig wäre, wenn es nur Mittel wäre, Meinungsäußerungen oder Publikationen zu untersagen, die für sich genommen den Schutz des Art. 5 I GG genießen, dies aber nicht Sache der Anwendbarkeit, sondern der Prüfung der Verbotsgründe sei (Rn. 13, so bereits NVwZ-RR 2020, 738 Rn. 34 linksunten.indymedia). Denn im Falle eines als Vereinsverbot gekleideten Medienverbots geht es gerade nicht erst darum, ob ein (zweifellos vorliegender) Eingriff in die Medienfreiheiten Berücksichtigung finden muss, sondern ob das Vereinsrecht hier nicht schon vom vorrangigen Medienrecht verdrängt ist, weil es sich der Sache nach um eine medienrechtliche Aufsichtsmaßnahme handelt.

Trotzdem: Aufwertung der Meinungs- und Pressefreiheit

Gleichwohl stellt der Senat immerhin zwei Weichen, die bei verkappten Medienverboten wie dem vorliegenden zu einer stärkeren Berücksichtigung von Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I 1 und 2 GG) als bei sonstigen Vereinsverboten führen. Dabei hält er zwar nominell daran fest, dass Prüfungsmaßstab für das Vereinsverbot Art. 9 II GG sei und Wertungen des Art. 5 I GG lediglich zu berücksichtigen seien (Rn. 28). Die weitreichenden Maßstäbe, die der Senat aber jedenfalls im Ergebnis aus diesen Wertungen ableitet, und die Betonung, dass ein Vereinsverbot nicht an von der Meinungs- oder Pressefreiheit geschützte Tätigkeiten anknüpfen kann, bleiben bei Lichte betrachtet kaum hinter der Verwendung der Meinungs- und Pressefreiheit als eigenständiger Prüfungsmaßstab zurück.

Höhere Anforderungen an die Prägung durch den Verbotsgrund

Zum einen sind es maßgeblich die Meinungs- und Pressefreiheit, die den Senat zu der Feststellung führen, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache „offen" sind. Zwar legt der Senat zunächst ausführlich dar, dass einzelne Ausführungen der Compact-Publikationen in der Tat Anhaltspunkte insbesondere für eine Verletzung der Menschenwürde erkennen lassen (Rn. 32 ff). Auch eine kämpferisch-aggressive Haltung des Vereins gegen elementare Verfassungsgrundsätze will der Senat erkennen (Rn. 41). Sodann heißt es aber:

> „Zweifel bestehen jedoch, ob angesichts der mit Blick auf die Meinungs- und Pressefreiheit in weiten Teilen nicht zu beanstandenden Beiträge in den dem Senat derzeit vorliegenden Ausgaben des COMPACT-Magazins ab dem Jahr 2022 die Art. 1 Abs. 1 GG verletzenden Passagen für die Ausrichtung der Antragstellerin zu 1 insgesamt derart prägend sind, dass das Vereinsverbot unter Verhältnismäßigkeitspunkten gerechtfertigt ist." (Rn. 42)

Nimmt man den Senat beim Wort, folgt aus der Meinungs- und Pressefreiheit erst einmal nur, dass viele Publikationsbeiträge nicht als Anknüpfungspunkt für das Vereinsverbot dienen können, weil sie keine *eindeutige* sanktionsrechtlich relevante Bedeutung besitzen. Das überrascht nicht: Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass wegen der demokratiekonstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit in Zweifelsfällen die unverfängliche Deutung zu unterstellen und die Äußerung von der Meinungsfreiheit gedeckt ist. (Und dass der Senat eigens feststellen muss, dass „entgegen der Annahme der Antragsgegnerin" diese Interpretationsmaxime auch bei der

Überprüfung eines gegenüber einem Presse- und Medienunternehmen ausgesprochenen Vereinsverbotes zugrunde zu legen ist (Rn. 31), offenbart ein besorgniserregendes Verständnis des Bundesinnenministeriums von der Meinungsfreiheit.)

Eigentlich bemerkenswert ist erst, dass der Senat – wohl vor dem Hintergrund der Meinungs- und Pressefreiheit – die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Vereinsverbotes und die Maßgabe, dass das verbotsrelevante Verhalten den Verein ausreichend *prägen* muss und es sich nicht um „Ausrutscher" handeln darf, hochzuschrauben scheint. Normalerweise besagt nämlich „der Umstand, dass [verbotsrelevante] Äußerungen und Verhaltensweisen gegebenenfalls einer mehr oder weniger großen Zahl unverfänglicher Sachverhalte scheinbar untergeordnet sind, […] allein nichts über ihre Aussagekraft" (BVerwG NVwZ-RR 2000, 70 (71) Wiking-Jugend). Weil Vereinigungen verfassungsfeindliche Bestrebungen erfahrungsgemäß zu verheimlichen suchen, kann also ein Verbotsgrund selbst bei überwiegend unbedenklichen Verhaltensweisen zu bejahen sein. Deshalb soll es gerade „nicht auf eine quantitative, sondern auf eine wertende Betrachtung" ankommen. Der Senat wiederholt diese Vorgaben zwar, als er die abstrakten Maßstäbe darlegt (Rn. 27), scheint sich aber bei der Subsumtion davon zu lösen, wenn er sich gerade deshalb nicht imstande sieht, die Prägung der Compact-Magazin GmbH zu bewerten, weil er nicht ihre „gesamten Aktivitäten" kenne. Auch das Compact-Magazin selbst ergebe kein eindeutiges Bild, weil neben aggressiv-kämpferischen Beiträgen auch andere Schwerpunkte gesetzt würden und diese Beiträge „in weiten Teilen" nicht zu beanstanden seien (Rn. 43). Hiermit sowie mit dem Beharren auf der erforderlichen Kenntnis sämtlicher Betätigungen der GmbH, obwohl der Senat zuvor immerhin bejaht hat, dass „in den Publikationen" von Compact „ein völkisch-nationalistisches Gesellschaftskonzept auf[scheint]" (Rn. 33) und Ausländer und Migranten „regelmäßig in ihrer Gesamtheit herabsetzend als die ethnische ‚Volksgemeinschaft' bedrohend beschrieben" werden (Rn. 36), stellt der Senat vergleichsweise strenge Anforderungen. Auch schimmert darin eine stärker quantitativ ausgerichtete Gegenüberstellung von verfassungswidrigen und unverfänglichen Beiträgen und sonstigen Tätigkeiten durch. Das ist eine zu begrüßende Anpassung der Prüfungsmaßstäbe an den besonders intensiven Eingriff in die Pressefreiheit durch ein Verbot, das gerade darauf abzielt, die den Kern einer Organisation bildende Verlegung eines Medienerzeugnisses faktisch vollständig unmöglich zu machen.

Überwiegen des Aussetzungsinteresses

Zum anderen wirken sich Meinungs- und Pressefreiheit maßgeblich auf die somit losgelöst von Erfolgsaussichten zu beurteilende Abwägung von Aussetzungs- und Vollziehungsinteresse aus. Der Senat stellt dazu fest:

> „Das Interesse der Antragstellerin zu 1 an der Aussetzung der Vollziehung speist sich vor allem aus ihrer Betätigung als Presse- und Medienunternehmen. Erwiese sich die Verbotsverfügung im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig, wäre die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs außerordentlich erschwert, weil sich die Angestellten, Kunden und die Werbepartner unterdessen anderweitig gebunden haben könnten. Da die sofortige Vollziehung des Vereinsverbots zu der sofortigen Einstellung des gesamten Print- und Onlineangebots führt, das den Schwerpunkt der Tätigkeit der Antragstellerin zu 1 ausmacht, kommt ihr auch im Hinblick auf die Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG ein besonderes Gewicht zu. Dahinter tritt das von der Antragsgegnerin angeführte Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung des Verbots der Vereinigung, die einen Verbotsgrund verwirklicht, bei einer Abwägung zurück." (Rn. 47)

Dem Anliegen des Bundesinnenministeriums, Beweise zu sichern und Gefahren zu verhüten, könne u.a. durch die Möglichkeit, Kopien von Unterlagen und Speichermedien anzufertigen und Telefone auszuwerten, ausreichend Rechnung getragen werden (Rn. 48).

Auch mit diesen Ausführungen schlägt der Senat einen Pflock für die Meinungs- und Pressefreiheit ein. Gleichzeitig besteht kein Grund, die formulierten Vorgaben auf kommerzielle Medienvereinigungen zu beschränken. Denn auch bei nicht-kommerziellen Organisationen, die schwerpunktmäßig Medienformate herstellen oder anbieten, verursacht ein Sofortvollzug regelmäßig irreversible Folgen und ist die Presse- und Medienfreiheit ebenso betroffen. Nichts anderes kann bei anderen Grundrechten gelten, in die ein Vereinsverbot ver-

gleichbar intensiv eingreift: So ist etwa bei dem sofort vollziehbaren Verbot einer Religionsgemeinschaft die religiöse Vereinigungsfreiheit auf Seiten des Aussetzungsinteresses zu berücksichtigen. Insofern offenbart sich in dem grundrechtlich verstärkten Aussetzungsinteresse ein allgemeines Strukturprinzip, wie andere Grundrechte auf Art. 9 II GG Einfluss nehmen können.

Zutreffend ist schließlich der – wenn auch kryptisch bleibende – Verweis des Senats auf mildere Maßnahmen wie etwa „presse- und medienrechtliche Maßnahmen, Veranstaltungsverbote, orts- und veranstaltungsbezogene Äußerungsverbote sowie Einschränkungen und Verbote von Versammlungen, unabhängig davon, ob solche Maßnahmen im Vereinsrecht selbst, im sonstigen Sicherheits- und Ordnungsrecht oder auch im Strafrecht verankert sind“ (Rn. 49). Hiermit vollzieht das Gericht die BVerG-Entscheidung „Internationale Humanitäre Hilfsorganisation (IHH) u.a.“ nach (BVerfGE 149, 160 Rn. 102). Letztere wird häufig missverstanden, weil sie einerseits die Verbotsentscheidung als gebundene Entscheidung qualifiziert, andererseits eine tatbestandliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einschließlich der Prüfung milderer Mittel verlangt. Dass das BVerwG nun gegenüber der BVerfG-Liste milderer Mittel presse- und medienrechtliche Maßnahmen hinzufügt, darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine allgemeine presserechtliche Staatsaufsicht nicht existiert und sich presse-, straf- und strafprozessrechtliche Eingriffsbefugnisse auf strafbare Publikationsbeiträge beschränken.

Keine Ausweitung des eingeschränkten Prüfprogramms für Teilorganisationen und Mitglieder in Sicht

Während der Antrag der verbotenen Compact-Magazin GmbH damit überwiegend erfolgreich war, lehnte das Gericht die Anträge der mitverbotenen Teilorganisation sowie der Vereinsmitglieder unter Hinweis auf das nach ständiger Rechtsprechung beschränkte gerichtliche Prüfungsprogramm in der Hauptsache ab: So könnten Teilorganisationen nur geltend machen, keine solche zu sein, und Mitglieder lediglich einwenden, dass die verbotene Vereinigung keinen Verein iSd § 2 I VereinsG darstelle oder mangels Anwendbarkeit des § 3 I VereinsG nicht hätte verboten werden können; keiner dieser Einwände griff vorliegend durch. Dass der Senat an seiner restriktiven Haltung festhalten würde, war zwar zu erwarten, ist aber gleichwohl bedauerlich. Denn wie im Schrifttum zurecht kritisiert wird, überzeugt es insbesondere nicht, dass Mitglieder durch ein Vereinsverbot lediglich in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), und nicht auch in ihrer individuellen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG) betroffen sein und deshalb kein (umfassend überprüfbares) Recht auf Vereinsfortbestand genießen sollen.

Fazit

Das BVerwG war nicht gewillt, Medienverbote im Gewand von Vereinsverboten grundsätzlich aus dem Instrumentarium wehrhafter Demokratie zu verbannen. Doch indem es immerhin die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit solcher Verbote sowie an ihre sofortige Vollziehbarkeit anzieht, verschließt es auch nicht die Augen vor dem besonderen verfassungsrechtlichen Spannungsfeld dieser Maßnahmen und dem Umstand, dass das Vereinsverbot auf die Regulierung von Medienerzeugnissen eigentlich nicht zugeschnitten ist. Zwar bleibt der ja gerade noch „offene“ Ausgang der Hauptsache abzuwarten. Die Passagen des Senats zum „kein eindeutiges Bild“ zeichnenden Compact-Magazin (Rn. 43) und der Hinweis auf mildere Mittel lassen aber bereits Skepsis daran durchklingen, dass die vom Bundesinnenministerium angeführten Äußerungen ein vollständiges Verbot der Compact-Magazin GmbH rechtfertigen.

Dem Kampf gegen Rechtsextremismus hat das Bundesinnenministerium mit seinem forschen Vorgehen damit einen Bärendienst erwiesen. Dass sich der Compact-Zirkel rund um Chefredakteur Jürgen Elsässer nun als erfolgreicher Kämpfer für die Pressefreiheit gerieren kann, zeigt das hohe politische Risiko wehrhafter Demokratiemaßnahmen, die auf rechtlich wackeliger Grundlage stehen. Diese Erfahrung dürfte die politischen Verantwortlichen (hoffentlich) nicht unbeeindruckt lassen, womit auch ein diskutiertes AfD-Parteiverbotsverfahren sicher nicht wahrscheinlicher geworden ist.

Karl-Heinz Ladeur

Nichts weniger als ein Formenmissbrauch

Verfassungsschutz, Pressefreiheit und der „Compact"-Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts

doi: 10.59704/050919b196cc1f73

Das Bundesinnenministerium hat am 16. Juli 2024 die rechtsradikale Zeitschrift „Compact" verboten, da sie aggressiv-kämpferisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sei. Das „Vereinsverbot" erging auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 Abs. 1 des Vereinsgesetzes und wurde für sofort vollziehbar erklärt. Die Entscheidung wirft eine Reihe von praktischen wie grundsätzlichen Fragen der Stellung der Presse im Verfassungsstaat des Grundgesetzes auf. Die Herausgeberin des Magazins, die Compact GmbH, hat, wie zu erwarten war, gegen das Verbot nicht nur eine Anfechtungsklage bei dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) erhoben, sondern auch den Antrag gestellt, die Anordnung des sofortigen Vollzugs aufzuheben. Eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren wird sicher nicht so bald ergehen, doch hat das BVerwG mit Beschluss vom 14. August 2024 dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz im Wesentlichen stattgegeben (vgl. hierzu Paula Rhein-Fischer).

Ausschlaggebend dafür waren Zweifel an der Verhältnismäßigkeit des Verbots: „Zahlreichen Beiträgen", in denen eine „kämpferisch-aggressive Haltung gegenüber elementaren Verfassungssätzen" zu Tage träte, stünden Beiträge gegenüber, die „mit Blick auf die Meinungs- und Pressefreiheit in weiten Teilen" nicht zu beanstanden seien. Angesichts dessen sei an den Einsatz milderer, insbesondere medienrechtlicher Mittel zu denken. Den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit komme ein ausschlaggebendes „besonderes Gewicht" zu, das gegen die sofortige Vollziehbarkeit des Vereinsverbots spreche. Die Entscheidung in der Hauptsache wird damit noch nicht vorweggenommen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung plausibel. Bedenklich erscheint aber, dass das BVerwG ohne Not schon im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bejaht hat, dass ein Vereinsverbots nach Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 Abs. 1 Vereinsgesetz grundsätzlich zulässig ist. „Besonderes Gewicht" erhalte die Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG nur als materieller Abwägungsposten in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines *Vereins*verbots, nicht aber als eigene Form, die auch deren Schranken in den „allgemeinen Gesetzen" prägt, aber eben kein „Presseverbot" impliziert – anders als Art. 9 Abs. 2 für Vereinigungen.

Diesen Gesichtspunkt betont auch Christoph Gusy. Die von ihm zitierten Entscheidungen des BVerwG bestätigen die Notwendigkeit, zwischen Fällen einer relativ selbständigen Pressetätigkeit und einer Presse, die sich ganz der Zielsetzung einer politischen Organisation (hier: der PKK) unterordnet, zu differenzieren. Dies belegt das BVerwG differenziert und überzeugend in den von Gusy zitierten Entscheidungen (BVerwG, NVwZ 1995, 598; 1998, 174). In diesen Fällen hat die Pressefreiheit gegenüber der Vereinigungsfreiheit eine sekundäre Bedeutung: Vorrangig trifft das Verbot die politische Organisation. Ähnlich war auch die Konstellation in BVerfGE 25, 44, 69, wo das Gericht ebenfalls darauf abgestellt hat, ob Meinungsäußerungen den „organisatorischen Zusammenhalt der verbotenen politischen Partei", hier der KPD, unterstützen sollten. Es wäre widersprüchlich, wenn ein verbotener Verein weiter propagandistisch tätig sein könnte. Das ist aber im Fall Compact ganz anders. Der Fall ist ein Exempel für die Bedeutung der Form als Schutz der Grundrechte, hier insbesondere der Pressefreiheit.

Verfassungsschutz durch Presseverbot? Der Fall „Compact"

Das Verbot der rechtsradikalen Zeitschrift „Compact" erging in der Gestalt eines Vereinsverbots, bezogen auf die die Zeitschrift herausgebende Gesellschaft, eine GmbH. Dies ist nichts weniger als ein Formenmissbrauch: Die zuständige Bundesinnenministerin hat unvorsichtigerweise ausdrücklich erklärt, dass die *Zeitschrift* „Compact" verboten werde, und dies dann auf eine Kompetenz nach dem bundesrechtlichen *Vereins*gesetz gestützt.

Der Bund ist für das Presserecht nicht zuständig. Das Verbot des Innenministeriums wird ausschließlich im Rekurs auf den Inhalt der Zeitschrift „Compact" begründet, also einen presserechtlich relevanten Sachverhalt. Daneben ist für vereinsrechtliche Argumente kein Raum mehr: Dies ist unschwer daran zu erkennen, dass das Verbot der Zeitschrift – bei einer Argumentation, die sich ausschließlich auf den Inhalt stützt – jedenfalls dann nicht auf § 3 Abs. 1 VereinsG zu stützen gewesen wäre, wenn der Verlag eine Einzelfirma gewesen wäre. Die Form der Trägerschaft des Verlages ist für die Reichweite der Pressefreiheit unbedeutend. Ein „Vereinsverbot" könnte aber nicht gegen den Betrieb einer Zeitschrift durch eine Einzelfirma gerichtet werden.

Die Form der Freiheit als Grenze des Schutzes der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung"

Die staatliche Intervention in die öffentliche freie Meinungsbildung wird im Rekurs auf das Prinzip der „wehrhaften Demokratie" begründet. Dies darf aber nicht bedeuten, dass das Prinzip über alle formalen rechtsstaatlichen Grenzen hinaus eingesetzt werden darf. Verfassungssystematisch ist zu beachten, dass die Schranken der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz in den „allgemeinen Gesetzen" bestehen, Art. 5 Abs. 2 GG. Die gesetzliche Einführung eines Presseverbots wäre aber ein besonderes, ausdrücklich gegen die „rein geistige Freiheit" (Helmut Ridder) gerichtetes Gesetz, das vom Grundgesetz nicht zugelassen wird. Systematisch ist auch Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG zu beachten: „Eine Zensur findet nicht statt" – aber die ganze Zeitung soll von der Exekutive verboten werden können? Auch im Hinblick auf die Presse hat das Grundgesetz durchaus ein Instrument der „wehrhaften Demokratie" bereitgestellt: Die Erklärung der Verwirkung dieses Grundrechts im Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung (Art. 18 GG) – dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten – und selbstverständlich das Strafrecht wegen einzelner Meinungsdelikte.

Wenn die Länder die Einführung eines Zeitungsverbots für erforderlich gehalten hätten, so wäre dies sicher in den Landespressegesetzen ausdrücklich geregelt worden. Dies ist aber nicht der Fall. Genauer gesagt: Es ist *nicht mehr* der Fall. Ein solches Verbot war in § 4 des nordrhein-westfälischen Gesetzes über die Berufsausübung von Verlegern, Verlagsleitern und Redakteuren von 1949 in der Gestalt eines ad personam adressierten Berufsausübungsverbots enthalten. Das BVerfG hat diese Bestimmung in seinem Beschluss vom 6.10.1959 (BVerfGE 10, 118) für verfassungswidrig erklärt, weil sie unvereinbar mit der Verwirkungsregelung des Art. 18 GG sei. Das gesetzliche Verbot sei „verwirkungsähnlich" und deshalb nichtig.

Ob dies auch gegen die Möglichkeit spricht, ein Berufsverbot als Nebenstrafe nach § 70 StGB zu verhängen, kann dahingestellt bleiben. Dies ist in der Literatur umstritten gewesen (früher bejahend Čopić JZ 1963, 494, 497; offengelassen in BVerfGE 28, 88, 95ff.).

Systematische Überlegungen zu den formalen Grenzen eines Zeitungsverbots nach dem Vereinsgesetz und einer möglichen landesrechtlichen Regelung

Ein Zeitungs- oder Zeitschriftenverbot zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung lässt die Ambivalenz des Instrumentariums zum Schutz der Verfassung besonders gut erkennen: Damit wird immer ein Teil des *Prozesses* der öffentlichen Meinungsbildung zu einem „Gegenstand" verdichtet, der verboten wird. Was aber ist eine Zeitung oder eine Zeitschrift anderes als das Netzwerk von Redakteuren, Autoren, Personen, Archiven und Ideen, das die Pressearbeit ermöglicht? Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 14. August 2024 auf die auch in der Zeitschrift „Compact" zutage tretenden unterschiedlichen Inhalte abgestellt. Der „Gegenstand" eines Presseverbots ist noch schwieriger zu bestimmen als der eines Vereins. Deshalb wurde in der Vergangenheit das personenbezogene Berufsverbot für Verleger u. ä. als Mittel des Schutzes der Verfassung gewählt – wenn überhaupt Presseverbote ermöglicht worden sind. So war es in § 4 des genannten nordrhein-westfälischen Gesetzes. Das BVerfGG sieht in §§ 39 f. zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit Möglichkeiten einer zeitlichen Beschränkung des Berufsverbots in der Form der Verwirkung des Grundrechts der Pressefreiheit nach Art. 18 GG vor, die für ein Organisationsverbot allenfalls bei enger Befristung gelten können. In § 21 Abs. 1 S. 1 des Republikschutzgesetzes von 1922 war eine Befristung des Verbots von Zeitschriften auf höchstens sechs Monate vorgesehen.

Problematisch wäre auch, die Folgen eines bestandskräftig gewordenen Presseverbots (oder eine dessen Muster folgende presserechtliche Regelung) auf Grundlage des Vereinsgesetzes zu bestimmen: § 8 Abs. 1 des

Vereinsgesetzes verbietet es, den Verein „fortzuführen“ oder „Ersatzorganisationen“ zu bilden. Was sollte das für eine „Ersatzzeitschrift“ bedeuten? Das Republikschutzgesetz von 1922, das die Form des „Zeitungs-/Zeitschriftenverbots“ gewählt hat, hat zur Verhinderung der Umgehung des Verbots in § 21 Abs. 2 vorgesehen, dass sich das Verbot auf „jede angeblich neue Druckschrift“ erstreckt, „die sich sachlich als die alte darstellt“. Das wäre rechtsstaatlich bedenklich. Auch die Folgen des Verbots erfordern eine gesetzliche Regelung – soweit dies überhaupt zulässig wäre. Das ist ein Gebot der Orientierung der Dichte der gesetzlichen Regulierung am Kriterium der „Wesentlichkeit“ einer Beschränkung für die Ausübung der Grundrechte.

Dies ist aber nicht das einzige Problem, das eine pressespezifische Regelung erfordern würde: Die Beschlagnahme von Dokumenten einschließlich des Pressearchivs liefe bei einer Anwendung der Regelung des Vereinsverbots (oder einer daran angelehnten neuen landesrechtlichen Regelung) auf einen schweren Eingriff in das Redaktionsgeheimnis, ja, dessen Aufhebung hinaus: Die zur Durchsetzung des Vereinsverbots erfolgenden Maßnahmen der „Beschlagnahme“, z. B. von Dokumenten, und der „Einziehung“ des Vermögens nach §§ 10, 11 Vereinsgesetz würden ohne pressespezifische Begrenzung praktisch alle Daten des Presseunternehmens erfassen. Das BVerfG hat vor allem im CICERO-Urteil (BVerfGE 117, 244, im Anschluss an das SPIEGEL-Urteil, BVerfGE 20, 162, 199ff.) festgehalten, dass das Redaktionsgeheimnis bei Durchsuchungen über die ausdrückliche Regelung in der StPO hinaus durch ein enges Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzip zu schützen ist. Dementsprechend müsste eine presserechtliche Regelung eines Zeitungsverbots auch den Schutz des Redaktionsgeheimnisses spezifizieren.

Selbst wenn man den hier vorgetragenen Bedenken gegen jegliche „Zeitungsverbote“ nicht folgen wollte (obwohl dies schon in § 4 des Reichspreßgesetzes von 1874 so geregelt war), wäre dafür nach der „Wesentlichkeitstheorie“ eine pressespezifische Regelung eines solchen Verbots erforderlich, die das unspezifische Vereinsverbot nicht ersetzen kann.

Alexander Brade, Max E. Müller

Wahlrechtsbonus für vergangene Verdienste?

doi: 10.59704/c9919c5153af2db8

In der „unangefochtenen Einsicht“, dass ein perfektes Wahlsystem nicht existiert, billigte das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 30. Juli 2024 das Herzstück der Wahlrechtsreform: die Zweitstimmendeckung. Es ist dem Gesetzgeber damit gelungen, die strukturellen Probleme eines systematisch bislang auf dem Lagerdualismus zweier großer Volksparteien angelegten Bundeswahlgesetzes zu überwinden und das Wahlrecht insgesamt auf ein neues, verfassungsrechtlich tragfähiges, Fundament zu stellen. Wer die Entscheidung in Gänze liest, könnte gleichwohl den Eindruck gewinnen, das BVerfG schaffe mit der CSU als „seit Jahrzehnten staatstragend im Parlament befindlicher Partei“ (Wöckel) ganz nebenbei ein neues Gut von Verfassungsrang. Erneut erreicht eine Wahlrechtsdiskussion in Deutschland damit ihren Endpunkt bei der CSU (vgl. Kuhle). Das wäre vermeidbar gewesen.

Grundprinzip der Zweitstimmendeckung

Der in Art. 38 III GG begründete Gestaltungsauftrag verschafft dem Gesetzgeber eine weitgehend freie Hand und lässt Neuerungen im Wahlrecht auch dann zu, wenn diese den Wählerinnen und Wählern, Bewerbern und Parteien ein Umdenken abverlangen (Rn. 169). Dass ein Wahlkreismandat nur noch derjenige erhält, der in einem Wahlkreis auch die meisten durch Zweitstimmen gedeckten Erststimmen vorweisen kann, erachten die Richterinnen und Richter zurecht als zulässige Neukonzeption des Ausgleichs zwischen Erst- und Zweitstimmendeckung (Rn. 170). Einen Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze nach Art. 38 I 1 GG haben sie folgerichtig ebenso verneint wie die Verletzung der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG. Die „Verkappung“ oder „Verwaisung“ von Wahlkreisen ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Wahlkreismandat überhaupt *erst* und *nur dann* entsteht, wenn es vom Anteil der für die betroffene Partei abgegebenen Zweitstimmen gedeckt ist (Rn. 178). Weder das Grundgesetz noch das aktuelle Wahlrecht stützen die Annahme eines vermeintlichen Gebots der Regionalisierung bzw. Wahlkreisrepräsentation (Rn. 179). Wahlkreisabgeordnete sind nach Art. 38 I 2 GG Vertreter des ganzen Volkes, allein ihrem Gewissen verantwortlich und insofern von vornherein nicht als Delegierte eines einzigen – ihres – Wahlkreises anzusehen (Rn. 182). Für Einzelheiten sei auf den Beitrag von Michl/Mittrop verwiesen.

In Stein gemeißelte Fünf-Prozent-Hürde?

Das BVerfG hält auch an seiner Rechtsprechung fest, wonach Sperrklauseln den Grundsatz der Wahlgleichheit gemäß Art. 38 I 1 GG beeinträchtigen, dies aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann (Rn. 221 ff.). Nicht als tragfähig erweist sich zwar wegen der damit verbundenen „Ausgrenzungswirkung gerade gegenüber einer bestimmten Art von Parteien“ das Argument, dass Sperrklauseln solchen Parteien den Einzug in den Bundestag erschweren, die inhaltlich an Partikularinteressen ausgerichtet oder zur Kompromissfindung und Koalitionsbildung kaum bereit sind (offen gelassen Rn. 229 ff.). Zu Recht stellt das Gericht aber darauf ab, dass das Wahlrecht mit einer Sperrklausel verhindert, dass das Parlament in viele kleine Gruppen zersplittert, und damit die Arbeits- und Funktionsbedingungen des Bundestages sichert. Auch schaffen Sperrklauseln die Voraussetzungen dafür, dass Zusammenschlüsse von Abgeordneten mit gleichgerichteten politischen Zielen im Bundestag grundsätzlich eine bestimmte Mindestgröße haben (Rn. 236 ff.).

Kritisch zu würdigen ist, dass das BVerfG die von § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG vorgegebene Höhe der Sperrklausel von fünf Prozent der bundesweit gültigen Zweitstimmen weiterhin unbeanstandet lässt (Rn. 240 ff.; st. Rspr. seit BVerfGE 1, 208 [247 ff.]). Die Begründung fällt dabei ausgesprochen knapp aus: Da sich die Höhe „nicht eindeutig nach generalisierbaren sachlichen Kriterien bestimmen“ lasse, komme der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zum Tragen. Um eine verlässliche Handha-

bung des Wahlrechts zu gewährleisten, sei die „empirisch vorgefundene Höhe von 5 Prozent“ zugrunde zu legen – gemeint sein dürfte, dass eine solche Sperrklausel schon seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland bestand (§ 10 IV, V WahlG 1949). Damit wird faktisch zum Stand des Verfassungsrechts erhoben, was stets nur einfachgesetzlich geregelt war; (nur?) „im Falle einer Anhebung müsste der Gesetzgeber mit nachvollziehbaren Gesichtspunkten ihre Erforderlichkeit begründen“ (Rn. 243). Der Gesetzgeber war daher nicht gehalten, sich damit auseinander zu setzen, ob auch eine der Höhe nach abgesenkte oder regionalisierte Sperrklausel wie bei der ersten Bundestagswahl bzw. der ersten gesamtdeutschen Bundestagswahl hinreichend stabilisierend gewirkt hätte.

Zwar erkennt auch das BVerfG an, dass sich Sperrklauseln nicht ein für alle Mal abstrakt beurteilen lassen, sondern auch hier die jeweiligen konkreten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen seien (Rn. 166), zieht daraus aber nicht die nötigen Konsequenzen. Tatsächliche Veränderungen des Wahlverhaltens dürfen nach hier vertretener Auffassung bei der Bewertung von Sperrklauseln nicht unberücksichtigt bleiben. Je pluralistischer das Parteienspektrum ist, desto höher fällt absehbar der Anteil an Stimmen aus, der aufgrund der Sperrklausel keine Abbildung im Parlament findet. Prognoseentscheidungen sind zweifellos mit Unsicherheiten behaftet. Wer aber – wie das BVerfG – derartiges für den Zweitstimmenanteil der CSU bei der nächsten Bundestagswahl erwägt (Rn. 252 ff.), darf nicht davor zurückschrecken, den gesamten sperrklauselbedingten Ausfall an Stimmen zu prognostizieren (anders Rn. 248). Zu bedenken ist dabei auch, dass dieser Anteil schon bei der letzten Bundestagswahl bei knapp 4 Millionen Zweitstimmen lag und sich – wenn man nur die CSU betrachtet – über 30 % ihrer Zweitstimmenanteile nicht in Bundestagssitzen hätten niederschlagen können, wenn das reformierte Bundeswahlgesetz bei der Bundestagswahl 2021 Anwendung gefunden hätte (Wawzyniak).

Brüchige Kooperationsstruktur

Das liegt unter anderem daran, dass die Grundmandatsklausel, die noch im Entwurf der Regierungsfraktionen vorgesehen war (BT-Drucks 20/5370 S. 6, 14), relativ kurzfristig aus dem Bundeswahlgesetz geflogen war (es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass das ausgerechnet auf das Drängen der Partei hin geschehen war, die später gegen ihre Abschaffung gerichtlich vorging). Damit fiel ein Korrektiv für die Sperrklausel weg, das Parteien, die mindestens drei Wahlkreismandate errungen hatten, unabhängig vom Überschreiten der Sperrklausel die Teilnahme am Verhältnisausgleich erlaubte (Breuer/Klein). Daran knüpft das BVerfG an: Um die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages sicherzustellen, sei es nicht notwendig, eine Partei bei der Sitzverteilung unberücksichtigt zu lassen, deren Abgeordnete im Fall ihrer Berücksichtigung eine gemeinsame Fraktion mit den Abgeordneten einer anderen Partei bilden würden, wenn beide Parteien gemeinsam das Fünf-Prozent-Quorum erreichen würden.

Das zielt ersichtlich auf die Kooperation von CDU und CSU ab, da, so prognostiziert das BVerfG, die Möglichkeit bestünde, dass letztere bei der Wahl nach dem Bundeswahlgesetz 2023 bei der Sitzverteilung an der bundesweiten Fünf-Prozent-Sperrklausel – ohne Grundmandatsklausel – scheitert (Rn. 251). Dafür gälten aber qualifizierte Anforderungen, die allesamt auf CDU und CSU zutreffen: „erstens die Absicht, aufgrund gleichgerichteter politischer Ziele eine Fraktion zu bilden, zweitens den Umstand, dass schon bisher eben eine solche gemeinsame Fraktion im Bundestag bestand, und drittens den Verzicht auf Wettbewerb untereinander, indem Landeslisten nur in unterschiedlichen Ländern eingereicht werden.“ (Rn. 258). Solche Kooperationen, die über ein reines Wahlbündnis hinaus auf die Bildung einer Fraktionsgemeinschaft abzielen, veränderten – so das BVerfG – die Rahmenbedingungen der parlamentarischen Arbeit, deren Sicherung eine Sperrklausel überhaupt nur bezweckt (Rn. 260). Würden Parteien, die in dieser Form kooperieren, bei der Anwendung der Sperrklausel des § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG gemeinsam berücksichtigt, stelle dies zwar in mehrfacher Hinsicht eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Parteien – namentlich der Partei DIE LINKE – dar, die aber jedenfalls dann gerechtfertigt sei, wenn sie auf Parteien beschränkt ist, die alle drei genannten Elemente erfüllen. So sei es gerechtfertigt, dass kooperierende Parteien auch dann Bundestagsmandate erhalten, wenn jede für sich die Voraussetzungen des § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG nicht erfüllt und einer Wahlstimme, die für eine der beiden Parteien abgegeben wird, insofern ein Erfolgswert mit Blick auf beide Parteien zukommt (Rn. 262). Auch dass nur gemeinsam berücksichtigt wird, wer bereits eine gemeinsame Fraktion im Bundestag bildet, und nicht, wer dies lediglich in Zukunft beabsichtigt, sei eine

zulässige Ungleichbehandlung (Rn. 263).

Diese Argumentation, die sieben der acht Richter teilen, irritiert. Es fehlt schon an einem verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt, um eine „historisch gewachsene [Kooperations-]Struktur" (Offenloch) zu berücksichtigen. Es gibt, wie Florian Meinel in der mündlichen Verhandlung mit Recht anmerkte, im Wahlrecht keinen „Bonus für vergangene Verdienste". Das BVerfG unternimmt dann auch gar nicht den Versuch, seine Sichtweise verfassungsdogmatisch einzuordnen. Im Gegenteil tun sich Widersprüche auf, wenn das Gericht an anderer Stelle betont, dass das Grundgesetz ein Gebot der Regionalisierung oder der Wahlkreisrepräsentation nicht kenne (Rn. 179). Ausdrücklich hebt es hervor, dass die Verfassung nicht vorgebe, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber zwischen bedeutsamen und nicht bedeutsamen Parteien unterscheiden muss und er deshalb Parteien mit regionalen Schwerpunkten nicht gesondert berücksichtigen müsse (Rn. 222). Was die konkret vom BVerfG aufgestellten Kriterien betrifft, besteht schon das Risiko, dass sich eine im Wahlkampf geäußerte Absicht nicht realisiert, da die Bildung einer Fraktion nach wie vor den Abgeordneten im Bundestag vorbehalten bleibt (Rn. 269). Dass es zum Bruch der Kooperationsstruktur kommen kann, lässt sich daher auch unter den engen Anforderungen des BVerfG nicht mit Sicherheit ausschließen. Eines bleibt im Urteil schließlich unerwähnt: Das Verhältnis zwischen den „Schwesterparteien" CDU und CSU war nicht immer harmonisch, wie unter anderem die Auseinandersetzung zwischen Angela Merkel und Horst Seehofer über die Asylpolitik belegt. Auch die Frage nach dem geeigneten Kanzlerkandidaten birgt bekanntlich ein gewisses Konfliktpotenzial. So eng die Kooperationsstruktur auch sein mag, bietet sie doch keine hinreichende Gewähr für ihre Beständigkeit: Gewählt werden am Ende noch immer einzelne Parteien. Man mag die Entscheidung des BVerfG insofern für pragmatisch halten (Michl/Mittrop), Pragmatismus allein bildet indes keine verfassungsrechtliche Kategorie.

Kooperationsvorschlag des BVerfG ist nicht zu empfehlen

Nach dem Urteil des BVerfG gilt die Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG bis zu einer Neuregelung mit der Maßgabe fort, dass bei der Sitzverteilung Parteien mit weniger als fünf Prozent der Zweitstimmen nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn ihre Bewerber in weniger als drei Wahlkreisen die meisten Erststimmen auf sich vereinigt haben. Der Gesetzgeber ist bei der Neuregelung aber nicht darauf beschränkt, eine solche „Wahlkreisklausel" – vergleichbar zur bisherigen Grundmandatsklausel – aufzunehmen (Rn. 275, zur rechtlichen Zulässigkeit Rn. 278 ff.). Es steht dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, auf die Sperrklausel zu verzichten, deren Höhe herabzusetzen oder andere geeignete Möglichkeiten zu ergreifen. Dazu zählen nach hier vertretener Auffassung auch regionalisierte oder landesbezogene Sperrklauseln (skeptisch Rn. 274) bzw. eine sog. Abdeckungsregelung, die sicherstellen soll, dass mindestens 95 % der abgegebenen gültigen Zweitstimmen im Bundestag vertreten sind (Wawzyniak). Nicht zu empfehlen ist wegen der damit verbundenen Ungleichbehandlung der Parteien hingegen der Vorschlag des Zweiten Senats, die gemeinsame Berücksichtigung von kooperierenden Parteien in das Bundeswahlrecht zu überführen. Dasselbe gilt für die (Wieder)Aufnahme einer – gegebenenfalls der Zahl nach modifizierten – Wahlkreisklausel. Sie ist und bleibt in einem Verhältniswahlrecht systemwidrig.

Anm. d. Red.: Nachträglich wurde unter der Zwischenüberschrift „In Stein gemeißelte Fünf-Prozent-Hürde?" präzisiert, dass sich die über 30% Zweitstimmenanteile, die bei Anwendung des reformierten Wahlrechts bei der Bundestagswahl 2021 weggefallen wären, auf die CSU beziehen.

Jasper Nebel

Alles hat ein Ende

Das Bundesverfassungsgericht beendet die Folgerichtigkeitsdogmatik im Wahlrecht

doi: 10.59704/3fd214bd571f0761

Vor wenigen Jahren war die Grundmandatsklausel wohl nur Kenner*innen des deutschen Wahlrechts bekannt. Breitere Prominenz erlangte sie 2021 dadurch, dass die Linke nur mithilfe der Grundmandatsklausel in den Bundestag einziehen konnte. Damals war noch nicht absehbar, dass sich nur zwei Jahre später Verfassungsrechtler*innen im ganzen Land um die Grundmandatsklausel streiten würden. Argumentiert wurde etwa, dass die Grundmandatsklausel nicht mehr in das „neue System" der Wahlrechtsreform passe und daher verfassungswidrig sei.

Diese Argumente basieren auf der sogenannten Folgerichtigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die weder inhaltlich überzeugen konnte noch tatsächlich notwendig war. Seit Ende Juli ist nun nicht nur klar, dass die Wahlrechtsreform im Hinblick auf die Streichung der Grundmandatsklausel verfassungswidrig ist (umfassend bereits Michl/Mittrop). Mit Blick auf das Folgerichtigkeitsdogma schenkt das Gericht reinen Wein ein und scheint sich nun endgültig davon distanziert zu haben – zumindest im Wahlrecht.

Großer Knall kurz vor Schluss

Auch schon bevor die Ampelkoalition die Grundmandatsklausel strich, war die Diskussion um das Wahlrecht nicht gerade arm an Emotionen. Mit der Einführung der sogenannten Zweitstimmendeckung versuchten sich die Ampelfraktionen an einem respektablen Wurf, um das Problem des „adipösen" Bundestags unter Kontrolle zu bekommen. Und schon dagegen wehrte sich die Union mit Händen und Füßen. Eine vermeintlich kleine Änderung nach der ersten Lesung führte endgültig dazu, dass die Diskussion ohne Contenance geführt wurde. Die Ampelkoalition schaffte die Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 3 Satz 1 BWahlG aF) kurzfristig ab, mit Blick auf die Art und Weise ein „grobes politisches Foul". Dabei wurden die Finger kurioserweise schnell auf jene Sachverständige gezeigt, die im Innenausschuss von den Unionsparteien eingeladen wurden und den Reformvorschlag der Ampelparteien – noch vor Abschaffung der Grundmandatsklausel – als verfassungswidrig eingestuft hatten. Einer der Gründe für die Verfassungswidrigkeit: die Systemwidrigkeit der Grundmandatsklausel. Dadurch dass das Prinzip der Zweitstimmendeckung die legitimatorische Kraft der Direktmandate schwächen würde, wäre die Grundmandatsklausel in diesem „neuen System" ein Fremdkörper. Die Grundmandatsklausel sei daher „nicht mehr haltbar" und „systemfremd, da sie insoweit das Direktmandat vom ansonsten bestehenden Erfordernis der Hauptstimmendeckung löst".

Das Argument der fehlenden Folgerichtigkeit fußt auf vergangenen Entscheidungen des BVerfG, wonach der Gesetzgeber sich zwar frei für ein bestimmtes Wahlsystem entscheiden dürfe. In dem jeweiligen Wahlsystem müsse dann aber „Folgerichtigkeit herrschen" (bereits 1952 in BVerfGE 1, 208, 246). Später präzisierte das BVerfG, dass „der Gesetzgeber […] vielmehr verpflichtet ist, das ausgewählte Wahlsystem ungeachtet verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten in seinen Grundelementen folgerichtig zu gestalten" (BVerfGE 120, 82, 103f.). Es dürften „keine strukturwidrigen Elemente" eingeführt werden. Dies verdichtete sich – neben dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit – zur Grenze des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers (BVerfGE 130, 212, 229).

Tatsächlich verwendeten Autor*innen diesen Maßstab auf zweierlei Art, um die Wahlrechtsreform zu kritisieren: Einige folgern daraus, die Grundmandatsklausel sei unter dem reformierten Wahlrecht ein systemischer Fremdkörper – also eine strukturwidrige und damit verfassungswidrige Abweichung von der wahlrechtlichen Systementscheidung für eine konsequente Verhältniswahl. Für andere hingegen ist sie selbst Bestandteil und wird gerade zur Systembestimmung hinzugezogen: Weil die Grundmandatsklausel zunächst beibehalten wurde, würde die Wahl in den Wahlkreisen weiterhin eigenständig demokratische Legitimation vermitteln – und die Zweitstimmendeckung sei verfassungswidrig, da sie

die eigenständige Bedeutung der Erststimme missachte. Oder um die Kritik auf den Punkt zu bringen: Das, was sich die Ampelparteien ausgedacht haben, hat einfach kein System!

Mythos und Willkür der Folgerichtigkeit

Das Folgerichtigkeitspostulat hat in der Rechtsprechung des BVerfG einen festen Platz (siehe Übersicht bei Payandeh). Nicht nur im Wahlrecht ist dagegen früh grundsätzliche Kritik laut geworden. In dem umstrittenen BVerfG-Urteil zum Nichtraucherschutz wandte sich Richter Byrde in seinem Sondervotum gegen das im Urteil prominent platzierte Folgerichtigkeitsdenken: „[Der] Kompromiss ist geradezu Wesensmerkmal demokratischer Politik. Das Bundesverfassungsgericht darf keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann." Möglicherweise ist es der fromme Wunsch so mancher Rechtswissenschaftler*innen, dass der Gesetzgeber bei der Kreation von Gesetzen streng juristische Dogmatik und Systematik beachtet. In unserer parlamentarischen Mehrparteiendemokratie, die auf die Bildung von Koalitionsregierungen ausgelegt ist, ist die Kompromissfindung bei Gesetzesvorhaben jedoch täglich Brot (siehe Möllers). Man könnte noch weitergehen: Es würde zudem gegen das Demokratieprinzip verstoßen, wenn dem Gesetzgeber Folgerichtigkeitsanforderungen auferlegt werden, die sich nicht aus Freiheits- oder Gleichheitsrechten ergeben.

Dazu kommen – insbesondere im Wahlrecht – etliche praktische Probleme, und zwar bei der Definition des „Systems". Wann etwa ist ein Merkmal systemwidrig und wann ein definierendes Merkmal des Systems? Diese Unsicherheiten führen zu Abgrenzungsschwierigkeiten, die bis zu einem gewissen Grad willkürlich erscheinen können (siehe Payandeh). Dies lässt sich prototypisch in der aktuellen Debatte beobachten: Für Grzeszick ist die Grundmandatsklausel *entweder* ein definierendes Element des Wahlsystems *oder* sie ist eine systemwidrige Ausnahme. Es ist schwer nachzuvollziehen, wie solche (offensichtlichen) Ausnahmen überhaupt dazu beitragen können, ein System zu prägen; Grzeszick verweist im Übrigen auch auf die Ausnahme für unabhängige Kandidierende, die noch marginaler erscheint. Das macht deutlich, wie willkürlich die Einordnungen sind. Ausnahmen, wenn man sie als solche einordnet, leben ja gerade davon, dass sie eben *nicht* der üblichen Systematik entsprechen. Die Willkür der Folgerichtigkeitsdogmatik eröffnet im Übrigen auch der Kontrollinstanz – hier dem BVerfG – einen größeren Spielraum in der Beurteilung des Wahlrechts.

Jetzt mag man dagegenhalten: Folgerichtigkeit ist ja kein Selbstzweck! Ein systematisch konsequentes Gesetz führt schließlich dazu, dass das Gesetz kohärent angewandt wird und gut verständlich ist. Das stimmt; jedoch braucht es dafür den Folgerichtigkeitstopos nicht. Eine konsequente Anwendung der Gleichheitsrechte würde regelmäßig zu denselben Ergebnissen führen. Dies wird erneut verständlich mit Blick auf das Urteil des BVerfG zum Nichtraucherschutz (BVerfGE 121, 317). Die Normen, die das BVerfG mit dem Hinweis auf die fehlende Systematik verworfen hat, hätten ebenso gut aufgrund einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung für verfassungswidrig erklärt werden können (Payandeh). Als weitere Schranke kommen zudem die verfassungsrechtlichen Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit in Betracht. Diese fordern eben nicht Systemreinheit, sondern lediglich, dass die Normbetroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten müssen können (BVerfGE 108, 169, 181). Sollten Gesetze so unklar und inkohärent sein, bieten die Gebote der Normenklarheit und Bestimmtheit ausreichend Munition, um das Gesetz anzugreifen.

Daher muss auch sorgfältig unterschieden werden, aus welcher Perspektive die Grundmandatsklausel kritisiert wird. So wurden auch Stimmen laut, die bemängelten, dass ein Sieg in drei Wahlkreisen nur unzureichend Legitimation vermitteln kann. Jedenfalls zu wenig, als dass eine Ausnahme zur Fünf-Prozent Hürde gerechtfertigt wäre (siehe hier). Der Unterschied ist ein kleiner, aber feiner: Weder wird mit einer angeblichen Systemwidrigkeit argumentiert, noch wird eine Konsequenz für die Systematisierung des Wahlrechts gezogen. Ob die Grundmandatsklausel eine gerechtfertigte Ausnahme ist, kann isoliert in einer nach Gleichheitsrechten ausgerichtete Prüfung beurteilt werden.

Folgerichtigkeit und Wahlgleichheit

Im Wahlrecht hatte das Folgerichtigkeitspostulat aber noch eine weitere, wahlrechtsspezifische Ausprägung. Denn das BVerfG blieb nicht bei der Feststellung stehen, dass das Wahlrecht folgerichtig und frei von widersinnigen Effekten sein muss. Die Entscheidung, nach welchem System gewählt wird, hat einen gewichtigen Einfluss auf den Maßstab der Wahlgleichheit nach Art. 38 I

1 GG. Wenn sich der Gesetzgeber für ein Mehrheitswahlrecht entscheidet, muss sich das Wahlrecht an dem Maßstab der Zählwertgleichheit messen lassen. Beim Verhältniswahlrecht muss jedoch zusätzlich dazu der Erfolgswert jeder Stimme gleich sein (stRspr. zuletzt auch in BVerfG, Urt. v. 30.07.2024, Rn. 148), d.h. jede Stimme muss den gleichen Einfluss auf die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse haben. Dies begründet das BVerfG damit, dass beiden Wahlsystemen eine „demokratische Legitimation in je eigener, voneinander ganz verschiedener Weise" zukommt (BVerfGE 95, 335, 352). Aus der Tatsache, dass das Mehrheitswahlrecht zulässig ist, dürfe nicht abgeleitet werden, dass das Verhältniswahlrecht willkürlich eingeschränkt werden darf (bereits in BVerfGE 6, 84, 90).

Auch wenn diese differenzierte Maßstabsbildung auf den ersten Blick Sinn ergibt und auch als inhärente Funktionsbedingung des jeweiligen Wahlsystems verstanden werden kann, zeigt folgender Vergleich zwischen der Mehrheitswahl im Wahlkreis und der Fünf-Prozent-Hürde in der Verhältniswahl die tatsächlichen Konsequenzen dieses dogmatischen Konstrukts: Wenn man den Blick nur auf die Stimmen richtet, die im Sinne der Erfolgswertgleichheit keinen Einfluss auf die Sitzverteilung im Parlament haben, fallen bedeutend mehr Stimmen bei der Mehrheitswahl im Wahlkreis weg als bei der Fünf-Prozent-Hürde. Dies spiegelt sich aufgrund der differenzierten Maßstabsbildung jedoch nicht in der Prüfung des BVerfG wider, da die Mehrheitswahl eine zulässige Systemwahl des Gesetzgebers ist und daher nicht rechtfertigungsbedürftig ist. Etwas anderes gilt für die Fünf-Prozent-Hürde, an die das BVerfG hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt, die sie zwar regelmäßig erfüllt, aber eben nicht immer (so etwa in BVerfGE 129, 300). Dieser beispielhafte Vergleich zeigt die Wertungswidersprüche auf, zu der die differenzierte Anwendung des Wahlgleichheitsmaßstabs führt (siehe Lenz). Aber auch verfassungsdogmatisch lässt sich dies angreifen: Bereits der einflussreiche Wahlrechtler Meyer kritisierte, dass der einfache Gesetzgeber durch seine Wahlfreiheit über das Wahlsystem auch den Inhalt der verfassungsrechtlich garantierten Wahlrechtsgrundsätze bestimmen kann. Dies ist laut Meyer eine „zumindest eigenartige Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung" (H. Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung, 1973, S. 119f.). Dagegen lässt sich legitimerweise einwenden, dass es sich – wie bei Art. 14 I GG – auch bei der Wahlgleichheit um normgeprägtes Verfassungsrecht handelt. Jedoch stellt sich die Frage, ob dies normativ bei einem so elementaren Gleichheitsrecht wie der Wahlgleichheit sinnvoll ist.

Das BVerfG sagt Adieu

Blickt man nun auf das aktuelle Urteil, lässt sich zunächst feststellen: Die Grundmandatsklausel wäre vom BVerfG nicht verworfen worden. In den letzten Randnummern des Urteils prüft das BVerfG relativ knapp, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, die Grundmandatsklausel – die nach neuem Wahlrecht Wahlkreisklausel heißen würde – wiedereinzuführen. Man kann aus den Zeilen zwar keine Euphorie der acht Richter*innen für eine solche Wahlkreisklausel herauslesen, die relevante Information ist aber folgende: Auch im neuen Wahlrecht wäre die Grundmandatsklausel, so wie sie bis zur Reform bestand, verfassungsgemäß (Rn. 275ff.). Und wenn man den Rest des Urteils sowie die großen Wahlrechtsurteile des BVerfG im letzten Jahrzehnt zu Rate zieht, kann man durchaus konstatieren: Der Zweite Senat spricht auffällig wenig über Folgerichtigkeiten und Systemwidrigkeiten. Bereits als das BVerfG 2012 die zu große Anzahl an ausgleichslosen Überhangmandaten im damaligen Wahlrecht bemängelte, verschwand das Konzept der Folgerichtigkeit und wurde durch die Formel „frei von willkürlichen oder widersinnigen Effekten" ersetzt (BVerfGE 131, 316, 336). Insbesondere in der abstrakten Maßstabbildung erscheint das Konzept nun überhaupt nicht mehr – weder in dem Urteil zur Wahlrechtsreform der Großen Koalition aus dem Jahr 2020 (BVerfG, NJW 2024, 1251) noch in dem hier diskutierten Urteil. Die Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in Bezug auf das Wahlsystem findet seine Grenze jetzt „lediglich" in den Wahlrechtsrundsätzen (Rn. 144). Zwar beschäftigt sich der Zweite Senat weiterhin mit Folgerichtigkeitsargumenten, aber nur um die darauf gerichteten Argumente der Antragsteller*innen zu entkräften (Rn. 170ff.). Die Zeiten, in denen das BVerfG gar andeutete, dass „bereits die Systemgerechtigkeit des Wahlsystems für sich genommen ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Durchsetzung des Grundsatzes der gleichen Wahl ist" (BVerfG, NVwZ 2005, 568, 571) oder in denen die Überhangmandate alleine deswegen verfassungswidrig waren, weil sie nicht mit dem Grundcharakter des Wahlsystems kompatibel sind (BVerfGE 131, 316), scheinen somit vorbei zu sein.

Das aktuelle Urteil zur Wahlrechtsreform ist nicht nur eine kluge Entscheidung, als dass der Zweite Senat damit

eine verfassungspolitische Katastrophe bei der nächsten Wahl abwendet, die gedroht hätte, wenn die CSU trotz einer Vielzahl von gewonnenen Wahlkreisen ausgeschieden wäre. Gleichzeitig hat das BVerfG eine mit Blick auf den anwachsenden Bundestag fällige Reform des Wahlrechts bestätigt. Es lässt sich darüber hinaus auch nicht von systemfixierten Argumenten der Antragsteller*innen überzeugen und fokussiert sich stattdessen auf eine sorgfältige Prüfung der Wahlgleichheit. Es scheint, als ob das BVerfG sein lang gehegtes Folgerichtigkeitspostulat aufgegeben hat; nur im Hinblick darauf, dass sich der Maßstab der Wahlgleichheit nach dem vom Gesetzgeber ausgewählten System richtet, deutet sich kein Rechtsprechungswechsel an. Dies ist auch verfassungsdogmatisch um einiges herausfordernder, denn dafür müssten das BVerfG und die Wissenschaft einen neuen Wahlgleichheitsmaßstab entwickeln. Diesbezüglich existieren Ansätze, die jedoch in konträre Richtung gehen. Entweder wird die Zählwertgleichheit als Maßstab präferiert (Lenz, AöR 121 (1996), 337 (344 f., 346 ff.)) – auch im Hinblick auf den dann deutlich zurückgenommenen Prüfungsmaßstab des BVerfG – oder die Erfolgswertgleichheit (M. Morlok, in: H. Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 38 GG Rn. 106.).

Was bleibt

Die Diskussion um die Grundmandatsklausel hat vor allem gezeigt: Argumente, die auf eine systematische Einordnung des Wahlrechts fixiert sind, führen die Politik in die Irre und haben zur Folge, dass Konzepte grundlos überhöht werden. Eins bleibt klar: Warum gerade die Grundmandatsklausel eine verfassungspolitisch gerechte Ausnahme zur Fünf-Prozent-Hürde sein soll, war schon immer mehr als fraglich. Dafür genügt der Vergleich der Wahlen 2013 und 2021: Der Grund, weswegen die Linke 2021 in den Bundestag einziehen durfte, die FDP 2013 aber nicht, war alleine folgender: Die Linke hat in 3 von 299 (!) Wahlkreisen eine relative Mehrheit erzielt und diese Mehrheit war tatsächlich sehr relativ; in Leipzig hat Sören Pellmann für die Linke den Wahlkreis mit gerade mal 22,8% der Stimmen gewonnen.

Letztendlich haben die Kritiker*innen einen Punkt, wenn sie betonen, dass die Grundmandatsklausel besser in ein System passt, in dem die Mehrheitswahl eine bedeutende Rolle einnimmt, denn die Grundmandatsklausel setzt ja gerade auf das Prinzip der Mehrheitswahl. Sie sind daher aber auch aus denselben Erwägungen kritikwürdig: Eine relative Mehrheit von rund 22% sollte weder dazu führen, dass bei der Wahl im Wahlkreis knapp 80% der Stimmen wegfallen, noch sollte sie einen beachtlichen Anteil (eins von drei „Grundmandaten“) daran haben, dass eine gesamte Fraktion von der Sperrklausel ausgenommen wird. Genau das sollte von der Diskussion um die Grundmandatsklausel hängen bleiben: Eine Mehrheitswahl kann die politische Mehrheitsverhältnisse im Staatsvolk mehr schlecht als recht abbilden.

Anna-Mira Brandau, Juliana Talg

Sperrminorität kommt vor dem Fall

Wie der Rechtsstaat in Thüringen, Sachsen und Brandenburg blockiert werden könnte

doi: 10.59704/dfec7ed0b3eda087

Hat man im letzten Jahrzehnt die Rechtsstaatlichkeitsdebatte in Europa verfolgt, so blieb einem neben den erschütternden Entwicklungen in Ungarn und Polen auch eines in Erinnerung: deutsche Überheblichkeit. Das, was da im Osten Europas vor sich ging, das könne hier nicht passieren. Zu sicher seien unsere rechtsstaatlichen Institutionen, zu etabliert das System. Nun kommt Hochmut bekanntlich vor dem Fall. Und der Fall – oder zumindest ein schmerzhafter Sturz – könnte den deutschen Rechtsstaat schneller ereilen, als manch einer sich noch vor ein paar Jahren hätte vorstellen können.

Am Sonntag wird in Thüringen und Sachsen ein neuer Landtag gewählt. Brandenburg folgt drei Wochen später. Schenkt man den Umfragen Glauben, so wird sich in allen drei Ländern etwa ein Drittel aller Wahlberechtigten für die AfD entscheiden. Für eine autoritär-populistische Partei also, deren Landesverbände vom Verfassungsschutz als gesichert rechtsextremistisch eingestuft werden. Autoritär-populistische Parteien kennzeichnet, dass sie sich selbst als die wahren Repräsentanten des Volkes darstellen, die die Demokratie von den angeblich korrupten Eliten zum Volk zurückholen wollen. Neben dieser Erzählung nutzen sie auch das Recht für ihre Zwecke. Sie drehen und wenden es immer so, dass es der eigenen Machterlangung und dem späteren Machterhalt nutzt.[1] Wie erfolgreich diese Strategie sein kann, zeigt das Beispiel Ungarn. Dort hat Viktor Orbáns Fidesz-Partei eine liberale Demokratie Schritt für Schritt in ein quasi-autoritäres Regime verwandelt. Ein wichtiger Schritt auf diesem Weg ist die Blockade. Und genau die könnte nach den Wahlen in Thüringen, Sachsen und Brandenburg drohen.

Parlament in der Zange

Ein Drittel der Stimmen reichen der AfD nicht für eine Alleinregierung. Mit mehr als einem Drittel der Sitze im Landtag erhielte sie dennoch eine neue Machtposition: eine Sperrminorität. Der Begriff beschreibt genau das, was die AfD dann tun kann: Bei Entscheidungen, die nur mit Zweidrittelmehrheit getroffen werden können, kann sie sich sperren – ohne sie geht dann nichts. In allen drei Bundesländern ist eine Zweidrittelmehrheit u.a. für Verfassungsänderungen, die Wahl von Verfassungsrichterinnen und -richtern und für die Auflösung des Landtags während einer laufenden Wahlperiode vorgesehen. In Sachsen darf die Geschäftsordnung des Landtages nur von zwei Dritteln der jeweils anwesenden Abgeordneten geändert werden, in Brandenburg können die Mitglieder des Landtagspräsidiums nur von zwei Dritteln der Abgeordneten abgewählt werden und in Thüringen ist das Mehrheitserfordernis für die Wahl der Mitglieder wichtiger Gremien vorgesehen: für die Richter- und Staatsanwaltswahlausschüsse und für die parlamentarische Kontrollkommission, die für die parlamentarische Kontrolle des Verfassungsschutzes zuständig ist.

Die Sperrminorität kann die liberale Demokratie in ein Dilemma führen: Zweidrittelmehrheiten sind eigentlich ein Schutzmechanismus. Man möchte dadurch verhindern, dass die Regierungsparteien – insbesondere auch solche, die sich der autoritär-populistischen Strategie bedienen – einfach durchregieren können. Die Parteien sollen zum politischen Kompromiss befähigt und genötigt werden – gerade, wenn es um die großen Fragen geht, Änderungen der Verfassung etwa. Dieser Schutzmechanismus ist gut und richtig. Aber er hat mit der Sperrminorität eben auch eine Kehrseite, die autoritär-populistische Parteien für sich nutzen können. Wo Konsensfindung eigentlich die demokratische Kultur stärken soll, kann sie durch Dauerblockaden geschwächt werden. Oder aber die Sperrminorität wird als Druckmittel missbraucht, indem die autoritär-populistische Partei die notwendige Zustimmung von Bedingungen abhängig macht und die anderen Parteien faktisch erpresst. Viktor Orbán ist hier wiederum ein gutes Beispiel. Dessen Fidesz-Partei war nach seiner Abwahl 2002 bis zur Wiederwahl 2010 mit

[1] Ausführlich dazu Maximilian Steinbeis, Die verwundbare Demokratie, 2024, S. 11 ff.

einer Sperrminorität ausgestattet. Er nutzte sie, wo es nur ging, um die Arbeit der Regierung zu sabotieren.[2]

Thüringer Justiz in Bedrängnis

Auch die Thüringer AfD hat bereits von dieser Erpressungstaktik Gebrauch gemacht. 2020, zu Anfang dieser Legislaturperiode blockierte sie über Monate die Konstituierung des Richterwahlausschusses. Der Richterwahlausschuss ist eigentlich ein recht unscheinbares Gremium des Thüringer Landtags. Doch um Proberichter und -richterinnen auf Lebenszeit zu ernennen, benötigt die Justizministerin die Zustimmung dieses Ausschusses. Jede Landtagsfraktion muss mit mindestens einer Person vertreten sein, so will es die Thüringer Verfassung. Die AfD machte die Aufstellung ihrer Kandidaten und Kandidatinnen von der Bedingung abhängig, dass die anderen Parteien ihren Kandidaten zum Landtagsvizepräsidenten wählten. Erst als die anderen Parteien einwilligten, stellte die AfD auch jemanden für den Richterwahlausschuss auf, sodass dieser seine Arbeit aufnehmen konnte.

Eine Sperrminorität der AfD im nächsten Thüringer Landtag würde das Problem noch verschärfen. Eine dauerhafte Blockade des Richterwahlausschusses hätte für den Rechtsstaat in Thüringen weitreichende Folgen. Nicht zuletzt deshalb, weil in Thüringen in den nächsten zehn Jahren etwa 50% der Richterinnen und Richter in Pension gehen. Das Justizministerium kann dann zwar weiterhin Proberichterinnen und -richter einstellen. Das Gesetz verlangt aber, dass gewisse Gerichtskammern mit Lebenszeitrichtern oder -richterinnen besetzt sind. Hinzu kommt, dass geeignete Kandidatinnen und Kandidaten potenziell in andere Bundesländer abwandern werden, wenn sie nicht auf Lebenszeit ernannt werden können. Die Dauer von Verfahren wird sich in der Folge verlängern und viele Prozesse könnten platzen oder gar nicht erst eingeleitet werden. Die Thüringer Justiz stünde am Rande der Funktionsunfähigkeit.[3]

Verfassungsgerichte unter Druck

Die verfassungsrechtliche Frage, ob eine dauerhafte Nicht-Konstituierung des Ausschusses zulässig ist oder wie man ihr begegnen könnte, würde vermutlich früher oder später vor dem Thüringer Verfassungsgerichtshof landen – häufig ist es die AfD selbst, die die Streitigkeiten vor das Gericht bringt. Gerade erst haben sich die Verfassungsgerichte in Bayern und Thüringen mit der Konstituierung der jeweiligen Parlamentarischen Kontrollkommission beschäftigen müssen. Doch die Verfassungsgerichte in Brandenburg, Thüringen und Sachsen könnten durch eine autoritär-populistische Sperrminorität selbst in Bedrängnis geraten. Auch die Verfassungsrichter und -richterinnen werden in allen drei Ländern ebenso wie im Bund und in vielen anderen Bundesländern mit Zweidrittelmehrheit gewählt.

Die Sinnhaftigkeit dieses hohen Quorums zeigt sich hier in besonderer Weise. Das Gericht soll nicht durch entsprechende Auswahl der Mitglieder einseitig von einer bestimmten politischen Strömung gekapert und auf Jahre geprägt werden können. Gleichzeitig bedeutet eine Sperrminorität, dass die freiwerdenden Richterposten nicht nachbesetzt werden können. Darauf wurde auch in der Debatte über einen besseren Schutz des Bundesverfassungsgerichts immer wieder hingewiesen (z.B. hier, hier, hier, hier). Umso erstaunlicher, dass die Landesverfassungsgerichte in Thüringen, Sachsen und Brandenburg, in denen diese Situation anders als auf Bundesebene schon ab Herbst eintreten könnte, in dieser Debatte nie eine wirkliche Rolle gespielt haben.

In Thüringen laufen bis 2029, also noch vor dem regulären Ende der kommenden Legislaturperiode, die Amtszeiten aller neun Mitglieder ab. In Sachsen und Brandenburg gilt dies für jeweils sechs der neun Mitglieder. Damit sind die Gerichte noch nicht gleich funktionsunfähig. Alle Länder sehen Regeln zur Amtsfortführung vor, in Thüringen und Sachsen gibt es zusätzlich stellvertretende Mitglieder.[4] Aber auch ohne autoritär-populistische Sperrminoritäten kam es in der Vergangenheit immer

[2] Siehe dazu Bálint Magyar, Post-Communist Mafia State, 2016, S. 49.

[3] Einen Ausweg aus der Blockade könnte § 52 Abs. 2 S. 2 ThürRiStAG bieten, der vorsieht, dass der Richterwahlausschuss der letzten Legislaturperiode bis zur vollständigen Neuwahl im Amt bleibt. Gleichzeitig scheiden nach § 56 Abs. 1 Alt. 1 ThürRiStAG Mitglieder aus, die nicht mehr im Landtag sind. Die Regelung ist erkennbar eine Übergangs- und keine Dauerlösung. Wie lange dieser Zustand mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 89 Abs. 2 ThürVerf vereinbar wäre, ist jedenfalls fraglich.

[4] Zur Amtsfortführung siehe § 6 Abs. 2 S. 2 VerfGGBBg, § 6 Abs. 2 SächsVerfGHG, § 3 Abs. 2 S. 2 ThürVerfGHG; zur Stellvertreterregelung siehe § 2 Abs. 2 S. 2 u. 6 SächsVerfGHG, §§ 2 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 u. 4 ThürVerfGHG. In Brandenburg ist stattdessen eine Herabsetzung der Beschlussfähigkeit vorgesehen, § 8 S. 2 VerfGGBBg.

wieder zu Schwierigkeiten bei der Neubesetzung. In Berlin etwa konnten erst Anfang Juli dieses Jahres sechs neue Richterinnen und Richter gewählt werden. Die Amtszeit ihrer Vorgänger und Vorgängerinnen war bereits seit Juli 2021 abgelaufen. Zwei davon hatten zudem im Oktober 2023 bzw. im April 2024 ihr (nur noch geschäftsführendes Amt) niedergelegt, sodass das Berliner Verfassungsgericht am Ende nur noch sieben statt neun Mitglieder hatte, von denen nur drei noch in ihrer regulären Amtszeit waren. Übergangslösungen wie die Amtsfortführung sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive grundsätzlich vertretbar. Werden daraus aber Dauerlösungen, wird der demokratische Rechtsstaat irgendwann seinen eigenen Maßstäben nicht mehr gerecht. Mit Blick auf die Situation in Berlin stellte das Bundesverfassungsgericht im Januar 2023 fest, dass die Regelungen zur Amtsfortführung keinen grundsätzlichen Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters darstellten. Es stellte jedoch auch klar, dass „bei einer ganz erheblichen Überschreitung der Amtszeit“ (Rn. 155) irgendwann die Grenze der Verfassungsmäßigkeit erreicht ist. Der Berliner Senat hat diese Grenze mit der nun drei Jahre verspäteten Wahl wohl bis zum Maximum ausgetestet.

Unabhängig von der konkreten Grenze steht jedenfalls fest, dass Gerichte, die dauerhaft nicht mehr ordnungsgemäß besetzt sind, einem demokratischen Rechtsstaat wie der Bundesrepublik nicht angemessen sind.

Auswege aus dem Dilemma

Aber gibt es einen Ausweg aus dem Sperrminoritäts-Dilemma? Im Falle des Richterwahlausschusses in Thüringen ließe sich über eine Absenkung des Mehrheitserfordernisses nachdenken. Gleichzeitig könnte zum Beispiel die Anzahl der richterlichen Mitglieder erhöht werden. Das Erfordernis, dass jede Fraktion vertreten sein muss, könnte durch eine Regelung ersetzt werden, durch die eine bestimmte Anzahl der Mitglieder der Opposition zugeschrieben sein muss. Eine Parlamentsmehrheit könnte den Ausschuss dann nicht kapern, eine einzelne Fraktion oder eine Sperrminorität ihn nicht mehr blockieren. Bei den Verfassungsrichterwahlen wäre ein Ersatzwahlmechanismus sinnvoll, der im Falle einer dauerhaften Blockade greift. Für das Bundesverfassungsgericht soll nun möglich werden, auf das jeweils andere Wahlorgan auszuweichen. Auf Landesebene gibt es jeweils nur ein Wahlorgan. Hier ließe sich die Blockade aber lösen, indem das Gericht selbst mit einbezogen wird. Scheitert die Wahl im Landtag über einen längeren Zeitraum, könnte das jeweilige Landesverfassungsgericht ein Vorschlagsrecht erhalten. Um sich nicht dem Vorwurf der Selbstergänzung auszusetzen, müsste dieser Vorschlag dann allerdings wiederum vom Landtag gewählt werden, nun aber mit einem abgesenkten Mehrheitserfordernis. Die demokratische Legitimation bliebe so weitestgehend erhalten, eine einseitige Besetzung des Gerichts durch eine (einfache) Parlamentsmehrheit wäre weiterhin nicht möglich (siehe dazu bereits hier).

Das Problem ist nur: Für diese Vorschläge wäre eine Verfassungsänderung nötig, die eine AfD-Sperrminorität verhindern könnte. Leider hat man es bisher versäumt, die entsprechenden Szenarien ernst zu nehmen und darauf zu reagieren. Sollte es in der nächsten Legislaturperiode weiterhin eine demokratische Zweidrittelmehrheit geben, wären Reformen dringend geboten. Denn eine hohe institutionelle Resilienz kann den demokratischen Rechtsstaat zwar nicht alleine retten. Sie kann aber erschweren, dass er einen Sturz erlebt, von dem er sich nicht mehr so leicht erholt.

Johannes Maurer

Recht für rechts

Wie Rechte Abmahnungen und Klagen nutzen, um die öffentliche Debatte zu beeinflussen und was dagegen getan werden kann

doi: 10.59704/e1291d0afa380bd6

SLAPP – dieses Kürzel steht für strategic lawsuits against public participation und befasst sich mit einem Phänomen, das sich steigender Beliebtheit erfreut: Klagen, die in erster Linie erhoben werden, um unliebsame Kritik zu unterdrücken. Insbesondere bei rechten Akteuren sind SLAPPs zuletzt immer beliebter geworden. Anfang des Jahres hat die EU eine Richtlinie gegen SLAPPs erlassen (näheres zum Begriff und Inhalt der RL hier und hier), die allerdings gerade gegen SLAPPs von rechts nicht viel ausrichten können wird. Daher wird es auch künftig auf die Zivilgesellschaft ankommen – dennoch gibt es auch für den Gesetzgeber Nachholbedarf.

Klagen gegen die öffentliche Beteiligung

Kürzlich hatte das OLG in Hamburg darüber zu entscheiden, ob eine Reihe öffentlicher Äußerungen eines Kommunalpolitikers über den Mitarbeiter eines Sicherheitsdienstleisters das Persönlichkeitsrecht des Unternehmens verletzt habe (OLG Hamburg, Beschl. v. 8 März 2024, 7 W 22/24). Der Mitarbeiter hatte eine Kappe mit der Orchon-Rune getragen, die als Symbol der Ülkücüler-Bewegung, auch bekannt als „Graue Wölfe", gilt. Daraufhin war er von dem Kommunalpolitiker als „Türkischer Rechtsextremist" bezeichnet worden. Negative Presse also für den Sicherheitsdienstleister, der deshalb klagte, um diese Äußerung untersagen zu lassen. Das OLG Hamburg bestätigte nun die Entscheidung der Vorinstanz: Wer Symbole einer rechtsextremen Organisation trägt, muss damit leben, wenn andere ihn deshalb als Rechtsextremist bezeichnen.

Der Fall zeigt: Wenn Journalist*innen, Aktivist*innen oder andere zivilgesellschaftliche Akteur*innen über Missstände in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft berichten, müssen sie mit Gegenwind rechnen, auch in Form von Klagen. Dabei geht es oft nicht primär um Rechtsdurchsetzung, sondern eher darum, unliebsame Äußerungen zu unterdrücken. Konfrontiert mit einem hohen Prozessrisiko, so das Kalkül der in aller Regel finanziell überlegenen Kläger*innen, werden die Beklagten viele der Aussagen zurücknehmen oder zumindest nicht wiederholen. Besonders fatal ist das, wenn diese Strategie dazu dient, Berichte über Rechtsextremismus zu unterdrücken, da Aufklärung in diesem Bereich so bitter nötig ist. Umso wichtiger, dass die EU sich dem Phänomen nun mit einer Richtlinie gewidmet hat, könnte man meinen.

Schwächen der Anti-SLAPP Richtlinie und Alternativen

Allerdings wird diese Anti-SLAPP RL oft nicht greifen, gerade, wenn es um SLAPPs von rechts geht. Eine recht offensichtliche Schwäche liegt schon in der Zuständigkeit der EU. Ohne grenzüberschreitenden Bezug liegt keine Kompetenz vor. So greifen die Regeln nur, wenn im konkreten Fall Anknüpfungspunkte in mehr als einem EU-Staat bestehen. Bei nur 9,5% der erfassten SLAPPs lag dieser grenzüberschreitende Bezug 2023 vor. Die Mitgliedstaaten haben nun etwa zwei Jahre Zeit die Vorgaben der Anti-SLAPP RL umzusetzen, ob sie dabei der Aufforderung der EU nachkommen und analoge Regeln für inländische Verfahren erlassen werden, bleibt abzuwarten.

Ein noch größeres Problem ist aber, dass die Anti-SLAPP RL zu spät eingreift. Sie enthält nur Regeln für gerichtliche Verfahren, während SLAPPs in aller Regel mit einer – oft teuren – Abmahnung beginnen. Im rechten Spektrum ist dies ein beliebtes Instrument, Hans-Georg Maaßen bekennt sich bspw. offen zur Abmahntaktik. Für die*den Abmahnende*n hat dies mehrere Vorteile: Zunächst kann sie*er so auf einfach Wege und oftmals ohne rechtliche Prüfung auf der Gegenseite eine strafbewehrte Unterlassungserklärung erlangen. Zugleich schüchtert der dort aufgeführte Streitwert und die anwaltliche Gebühr der Abmahnung (die natürlich der*demjenigen auferlegt wird, deren*dessen Äußerung angeblich rechtswidrig war) ungeheuer ein. Würde es zu einem Verfahren kommen, so drohen die Abmahnungen regelmäßig an, werde es erst richtig teuer.

Warum funktionieren SLAPPs von rechts so gut?

An dieser Stelle knicken diejenigen, die von (rechten) SLAPPs betroffen sind, regelmäßig ein. Zahlen und schweigen. Wie kommt es, dass Betroffene oftmals hilflos sind? Natürlich wirken die drohenden Kosten umso bedrohlicher, da die dem geltend gemachten Anspruch zugrundeliegende Rechtslage für Laien schwer zu durchschauen ist. SLAPPs bauen in der Regel auf einem Unterlassungsanspruch auf, meist aus § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1, ggf. 2 BGB. Voraussetzung dieses Anspruchs ist, dass die infragestehende Äußerung oder Handlung das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) der*des Klägerin*Klägers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. Ergibt sich aus der Aussage bspw. der Vorwurf, dass der*die Kläger*in rechtsextrem sei, erzeugt dies eine „Prangerwirkung“ und berührt regelmäßig die Sozialsphäre des APR. Ist das APR betroffen, indiziert dies – im Gegensatz zu anderen absolut geschützten Rechtsgütern – nicht die Rechtswidrigkeit der Äußerung. Vielmehr muss positiv festgestellt werden, dass die Äußerung rechtswidrig ist. Hierfür kommt es auf eine Abwägung mit den Rechten der*desjenigen an, die*der sich geäußert hat. Dementsprechend müssen Meinungs-, bei Journalist*innen auch Presse- oder Rundfunkfreiheit mit dem APR der*des Betroffenen abgewogen werden.

Wann aber kann einer Äußerung sicher entnommen werden, dass eine Person zumindest in den Kontext rechtsextremer Netzwerke gerückt wird und so ihr APR wirklich betroffen ist? Und wann ergibt sich aus dieser Betroffenheit in der Gesamtabwägung eine so hohe Betroffenheit, dass das APR überwiegt und ein Unterlassungsanspruch besteht? Um das festzustellen, muss der Inhalt der Äußerung ermittelt werden, und zwar aus Sicht einer*eines Durchschnittsrezipient*in. Wer das ist, kann unter Umständen schwer zu ermitteln sein, zudem sind Äußerungen manchmal auch mehrdeutig. Wie schwer die Auslegung von Äußerungen fällt, zeigt sich unter anderem darin, dass es oft schon umstritten ist, ob sie als Meinung, Tatsachenbehauptung oder gar Formalbeleidigung aufzufassen ist. Je nachdem sind unterschiedliche Anforderungen an die rechtliche Würdigung zu stellen. Auch Gerichte tun sich dabei schwer. Das prominente Künast-Urteil des LG Berlin ist sicherlich ein Extremfall (näheres dazu hier), aber das BVerfG sah sich wegen diverser Unklarheiten veranlasst, in einer vier Beschlüsse umfassenden Mitteilung die eigene Rechtsprechung zu konkretisieren bzw. nachzujustieren.[1] Schon dieser oberflächliche Blick auf das Äußerungsrecht zeigt, wie schwer es sein kann, Ergebnisse der notwendigen Auslegungen vorherzusagen. Zahlen und schweigen scheint da der leichtere Ausweg zu sein.

Was getan werden kann

Welche Antworten die Zivilgesellschaft auf diesen unbefriedigenden Zustand finden kann, zeigt FragDenStaat beispielhaft mit dem Gegenrechtsschutz. Im Rahmen dieses Projekts können sich Personen, deren Äußerungen oder Tätigkeiten Ziel rechtsmotivierter juristischer Angriffe werden, beraten lassen. Damit kann Betroffenen frühzeitig, unter Umständen auch durch finanzielle Unterstützung, der Rücken gestärkt werden. Die Beratung hilft dabei, Risiken besser abzuschätzen, was Betroffene gerade dazu ermutigen kann, der (angedrohten) rechtlichen Auseinandersetzung nicht aus dem Weg zu gehen. In vielen Fällen lohnt es sich nämlich, diese zu suchen. Etwa 70 Verfahren hat der Gegenrechtsschutz mittlerweile betreut, fast alle begannen mit einer anwaltlichen Abmahnung. Wurden die Abmahnungen zurückgewiesen, meldeten sich diejenigen, die die Abmahnung ausgesprochen hatten, in der Hälfte der Fälle nicht wieder. Das zeigt, dass rechte Abmahner*innen oft wissen, dass die Ansprüche, die sie geltend machen, nicht bestehen.

Auch in den vor Gericht ausgetragenen Fällen hat sich das Engagement des Gegenrechtsschutzes gelohnt. Bislang gab es in sieben betreuten Verfahren eine gerichtliche Entscheidung, sechs davon gingen zu Gunsten der*des Betroffenen aus. Zwei dieser Entscheidungen wurden mittlerweile auch in der zweiten Instanz bestätigt, eine davon wurde eingangs bereits erwähnt. Neben der Unterstützung im Einzelfall hat der Gegenrechtsschutz noch einen weiteren wichtigen Effekt: Argumentationsstrukturen rechter Akteur*innen werden gerichtlich erschüttert. Dies macht es für die Zukunft leichter, adäquat auf ähnliche Argumente zu reagieren.

Ein gutes Beispiel dafür ist das Urteil des VG Meiningen. Das VG hatte die Auflage für eine Demonstration, Björn Höcke zum Schutz dessen APR nicht als „Faschist“

[1] Ob konkretisieren oder nachjustieren besser passt, hängt vom genauen Verständnis der Beschlüsse ab, siehe dazu Albrecht, ZUM 2023, 8, 11 ff.

zu bezeichnen, aufgehoben. Auch wenn das Urteil immer wieder dahingehend fehlinterpretiert wurde, ein Gericht habe festgestellt, Höcke sei Faschist (näheres dazu hier), ist die Wirkung kaum zu überschätzen. In Hessen wurden strafrechtliche Ermittlungen zu einem Plakat mit der Aufschrift „Björn Höcke ist ein Nazi" eingestellt, die Argumentation gleicht der des VG Meiningen. Zwar handelt es sich bei diesen Konstellationen nicht um Klagen von rechts, vielmehr griff der Staat ein, um Höckes APR zu schützen. Indem aber einmal öffentlichkeitswirksam festgestellt wurde, dass die Aussage „Björn Höcke ist ein Faschist" ein von Art. 5 Abs. 1 GG geschütztes Werturteil ist, fällt es deutlich leichter, diese berechtigte Einschätzung in der Öffentlichkeit kundzutun. Auf ähnliche Weise können auch Verfahren des Gegenrechtsschutzes wirken. In den betreuten Fällen wurde unter anderem dem beliebten rechten Argument, die politische Einstellung sei Privatsache widersprochen,[2] außerdem wurde das Laienprivileg im Hinblick auf die Wiederholung des Inhalts von Presseartikeln über rechtspopulistische Umtriebe gestärkt.[3] Insofern kann der Gegenrechtsschutz auf verschiedenen Ebenen wirken und so die so wichtige Aufklärungsarbeit im Themenbereich Rechtsextremismus stärken.

Wo Änderungsbedarf besteht

Ohne die Zivilgesellschaft ist ein wirksames Vorgehen gegen SLAPPs von rechts nicht denkbar. Dennoch kann und muss der Gesetzgeber – unabhängig von der anstehenden Umsetzung der Anti-SLAPP RL – tätig werden. SLAPPs funktionieren für deren Initiator*innen besser, je höher das finanzielle Risiko für Betroffene ist. Dieses Risiko hängt wiederum unmittelbar mit dem Streitwert zusammen. Bei den vom Gegenrechtsschutz betreuten Verfahren lag dieser bspw. zwischen 10.000 und 60.000€. Eine Deckelung könnte Abhilfe schaffen. Dabei müssten auch die Kosten von Abmahnungen beachtet werden, die, das legen die Zahlen des Gegenrechtsschutzes nahe, in vielen Fällen ins Blaue hinein ausgesprochen werden und im Erfolgsfall finanziell lohnend sind. Hier wäre es denkbar, eine an § 97a Abs. 3 S. 2 – 4 UrhG orientierte Regelung zu schaffen. Diese Norm beschränkt den Gegenstandswert, auf den sich die Abmahnung beziehen darf, in bestimmten Fällen auf 1.000 €. Abmahnungen könnten dadurch in der Regel nur noch mit etwas über 100 € in Rechnung gestellt werden.[4]

Insoweit bleibt es am Gesetzgeber, die Risiken für Betroffene von SLAPPs durch Deckelung der Streitwerte zu senken. Derweil wird sich zeigen, ob und inwieweit die Regelungen der Anti-SLAPP RL helfen werden. Zivilgesellschaftliches Engagement wird im Kampf gegen rechtsmotivierte SLAPPs aber weiterhin eine entscheidende Rolle spielen – so wie sie das beim Kampf gegen rechts überhaupt tut.

[2] LG Hamburg, Beschl. v. 12. März 2024, 7 W 22/24 324 O 585/23. Dieses Argumentationsmuster findet sich bspw. auch in. den Reaktionen auf die Correctiv-Recherche von Anfang Januar 2024, vgl. Durach, AfD strebt „Skandalumkehr"an –wie die Rechtspopulisten das Potsdamer Treffen kleinreden, 22. Januar 2024, Frankfurter Rundschau, https://www.fr.de/politik/social-media-hillje-afd-geheimtreffen-potsdam-correctiv-weidel-hoecke-kommunikation-strategie-zr-92782589.html.

[3] OLG Dresden, Beschl. v. 5. Februar 2024, 4 U 534/23. Zu dem Verfahren ist allerdings eine Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH anhängig.

[4] BeckOK Urheberrecht/Reber, 42. Edition 15. Februar 2024, UrhebG § 97a Rn. 27.

Alexander Leistner

Alltagsnorm und Kampfansage

Warum wir über Neutralität reden müssen

doi: 10.59704/d58cc10f7e846ae1

Das könnte ein wichtiges Thema sein, meldet sich die eigene Erinnerung an die 1990er-Jahre-Jugend in einer ostdeutschen Kleinstadt. Während die Verfahren und Institutionen der jungen Demokratie Wurzeln schlugen, gab es einen Alltag, in dem der politische Kompass auf Schulhöfen, in Jugendclubs oder an der Tankstelle mit Fäusten justiert wurde – entlang der Frage: „Bist du rechts, links, neutral?“ Die Konsequenzen der drei Optionen waren ungleich verteilt, die Entscheidung nicht immer besonders freiwillig. Wer als „anders“ oder „fremd“ abgestempelt wurde, hatte wenig Wahlfreiheit, über den wurde entschieden. Ich war nicht neutral, aber äußerlich unauffällig und im Geschichtsunterricht manchmal kleinlaut. Neben mir saß ein ortsbekannter Nazi-Schläger, der sich in der Pause damit brüstete, am Wochenende Bekannte verprügelt zu haben. Es herrschten vielerorts gewaltbewehrte Einschränkungen der Äußerungsautonomie. Viele Jugendliche und junge Erwachsene wählten damals deshalb die Option „neutral“ und das meinte: Indifferenz, Sich-Raushalten, Stress vermeiden, auch morgen noch miteinander klar kommen, Ruhe haben. Das wuchs als Tugend und wurzelte mit und neben den sich etablierenden politischen Verhältnissen.

Vom Staatsrechtler Ernst-Wolfgang Böckenförde stammt der Satz, dass es ein Wagnis sei, dass der freiheitliche Staat von Voraussetzungen lebe, die er selbst nicht garantieren könne. Das zielte auf die Rolle der Religion in einer sich säkularisierenden Gesellschaft, ist in der Rezeption aber zum „Diktum“ verallgemeinert worden. So sprach Jürgen Habermas abgewandelt von „vorpolitische[n] Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates, der von politischen Tugenden lebe, die sich nur in einer Zivilgesellschaft bilden können und die „eine Sache der Sozialisation und der Eingewöhnung in die Praktiken und Denkweisen einer freiheitlichen politischen Kultur“ seien (Habermas 2005: 23). Von hier aus könnte man mal rückblickend drei Jahrzehnte durchschreiten und die ostdeutschen Transformationsjahre nach diesen vorpolitischen Grundlagen befragen: Wo und wie wurden politische Praktiken und Denkweisen geformt und wie wirken sie nach? Von welchen Wertbindungen lebt die Demokratie oder lässt sie erodieren? Wie positioniert man sich in und zu einem demokratischen Gemeinwesen?

Daran muss ich viel denken, weil mir vor allem in Ostdeutschland Neutralität als eine Alltagsnorm begegnet, als fraglos gegebene Selbstverständlichkeit, als Element einer mehrdimensionalen Politikdistanz: neutral sein in einem spezifisch entpolitisierten Verständnis. Eine Norm, an der Lehrer*innen, lokale Amtsträger*innen, Medien oder Vereinsfunktionäre gemessen werden und die darüber entscheidet, welchen Ort man dem Politischen zuweist; darüber ob politische Kontroversen, Haltungen, Positionierungen überhaupt einen Platz haben in Vereinsheimen, Klassenzimmern, Amtsstuben, Zeitungsredaktionen, am Gartenzaun oder auf einer Theaterbühne. Die Gründe mögen auch heute vielseitig sein: Indifferenz, Stress vermeiden, Desinteresse, Unsicherheit und Unvertrautheit, Missverständnisse darüber, was Neutralität eigentlich meint. Aber sie prägen die mentale Hausordnung vieler Menschen, d.h. die ungeschriebenen Regeln des Miteinanderauskommens, die Erwartungen an gesellschaftliche Institutionen strukturieren. Das ist die eine Dimension, die unterschätzte des Alltags, in dem Neutralitätsnormen, deren Ausdeutung und Funktion noch zu wenig untersucht sind: zum Selbstschutz, zur Legitimation und Delegitimation von Handlungen und Haltungen oder als Rechtfertigung einer spezifischen politischen Ordnung.

Für einen exemplarischen Einblick in die vielschichtigen Facetten und Bedeutungsaufladungen und Bedeutungsverschiebungen von Neutralität folgen drei Beobachtungen aus einem Feldforschungsaufenthalt in Greiz. Es ist Ende Juli 2024 und bald sind Landtagswahlen. Die AfD hat zum Sommerfest mit Björn Höcke geladen. Für die anstehenden Wahlen hat er Greiz als seinen Wahlkreis auserkoren, um möglichst hindernisarm ein Direktmandat zu erringen.

1. Szene: „Du wirst gebraucht“

Einfahrt in Greiz. Uns empfängt die Idylle einer Residenzstadt. Auf der anderen Seite des Flusses finden wir einen Parkplatz ganz in der Nähe einer anderen Veranstaltung. Das Demokratiefest eines lokalen Aktionsbündnisses soll einen Kontrapunkt zum Auftritt Höckes setzen. Neben uns entlädt ein Paar sein Auto: eine Kiste mit Material fürs demokratische Gegenhalten. Sie sehen einen Bekannten in Rufweite, einen Handwerker in Firmenkluft am Firmentransporter: „Kommst Du auch? Du wirst gebraucht. Jeder wird gebraucht. Der Höcke ist doch heute da.“ Er: „Nee, ihr wisst doch, ich hab auch Mitarbeiter.“ So ganz klar ist nicht, warum das ein Grund ist, nicht Position zu beziehen. Dafür ist die Antwort zu mehrdeutig. Aber es ist an diesem Sonntag ein Teilnehmer weniger auf dem Demokratiefest und erinnert mich daran, wie ich in der Schule neben dem Schläger sitze und still bleibe.

Ich kenne das auch anders und denke an den Januar 2024, an einen Feldforschungsaufenthalt in Dresden. Die rechtsextreme Kleinstpartei „Freie Sachsen“ hatte zum „Tag des Widerstands“ mobilisiert. Anlass sind die landesweiten Bauernproteste. Gekommen sind sehr wenige Bauer*innen, aber über 10.000 Teilnehmende. Auffällig viele davon Handwerker, mittelständische Unternehmen, Spediteure, teilweise in Belegschaftsstärke und Firmenkleidung. Es ist Wochentag und offenbar ruht dort die Arbeit. Firmenfahrzeuge sind mit politischen Statements beschmückt, darunter auch großformatige, dauerhafte Aufkleber in Frakturschrift. In den Reden wird der Stolz auf die Arbeit beschworen, den „die da drüben“ – gemeint ist die Sächsische Staatskanzlei am anderen Elbufer – nicht hätten. Jubel. Es wird auch grundsätzlich auf der Bühne: „Wir dürfen auch nicht die Augen verschließen. Über dem Grundgesetz steht in Deutschland immer noch das Besatzungsrecht und jetzt kann sich jeder von euch hier auf dem Platz die Frage beantworten, nach welcher Pfeife die Regierung tanzen muss.“ Laute Pfiffe und Buhrufe. Neutral bleiben oder stattdessen bereit sein für eine politische Positionierung in die eine oder andere Richtung Kosten in Kauf zu nehmen ist außerordentlich ungleich verteilt: Der Handwerker in Greiz scheut die Teilnahme am Demokratiefest und steht exemplarisch für Rückzug und Zurückhaltung demokratisch Gesinnter aus Gründen, die zahlreich sind. Am „Tag des Widerstands“ ruht in einigen Firmen die Arbeit und ganze Firmenbelegschaften ziehen wutbesohlt durch Dresden.

2. Szene: „Blühende Landschaften“

Von Greiz aus will einer nach dem Amt des Ministerpräsidenten greifen. Vielleicht nicht gleich in diesem Herbst. Vielleicht fühlt er sich auch zu Höherem berufen – „Björn Höcke for Bundeskanzler“ steht auf dem T-Shirt eines Teilnehmers des AfD Sommerfestes. Schätzungsweise vier- bis fünfhundert Menschen sind gekommen. Das Festvolk – eher älter – spiegelt die Demographie. Die immerhin 60-70 Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen, die ich zähle, fallen aus dem Pi-mal-Daumen-Alters-Querschnitt heraus. Auf der Bühne heizt ein sächsischer AfD-Bundestagsabgeordneter die Stimmung auf und bringt sich in aller Bescheidenheit als sächsischer Remigrationsminister ins Gespräch. Während er in der Menge badet, kumpelt, redet, fällt Björn Höcke aus der Limousine direkt auf die Bühne. Den einen verspricht er blühende Landschaften, den anderen, was ihnen blüht: Abschieben, Abschaffen, Aufräumen. „Die ganzen Programme gegen rechts werden eingestellt. Weil diese Programme gegen rechts eine Zivilgesellschaft nähren, die keine Zivilgesellschaft ist. Das muss man verstehen. Eine Zivilgesellschaft wächst aus dem Volk heraus, aus seiner Tradition, aus seinen Werten. (…) Unter einer AfD-Regierung wird es keinen Kampf gegen rechts mehr geben, weil wir einen weltanschaulich neutralen Staat wollen, wir werden einen neutralen Rechtsstaat aufsetzen in Thüringen“. Neutralität klingt hier wie eine Drohung. Und die Rede über eine volksverbundene Zivilgesellschaft lässt an Böckenförde denken – wie und zu welchem Ende würden Staat und vorpolitischer Raum in dieser Vision zusammenwirken? Neutral meint hier das staatliche Zurückdrängen demokratischer Zivilgesellschaft – ein wertgebundenes Zurück- und Zurechtstutzen. Die Rede endet mit „Wir werden siegen“, ein Hochleben von Thüringen, Deutschland und – anspielungsreich – des „wahren Europas“, und schließlich mit der Nationalhymne. Zwei Jugendliche in Szenekleidung schmeißen beim Singen die Hand an die Brust.

3. Szene: „Die Demütigung“

Die andere, die – Höckes Definition – „volksfremde“ Zivilgesellschaft treffe ich einige Minuten später am Ende des Schlossparks. Auf den Randsteinen einer Rosenrabatte sitzen zwei Frauen mit Schildern, die die Aufschrift „Omas gegen rechts“ und „love is love“ auf Regenbogengrund tragen. Sie sind umringt von ca. 15 Perso-

nen, größtenteils sehr jung, mit gescheitelten Haare, eine Frau mit tätowiertem Hals. Fotos und Filme werden gemacht. Schaulust vermischt sich mit Konfrontationsbereitschaft. Die Frauen werden bedrängt und beschimpft. Eine Gruppe junger Mädchen mit AfD-Ballons steigt ins Blumenbeet und baut sich direkt hinter den Frauen auf. Die Männer vor ihnen kommen immer näher. Es wird gelacht in der Runde. Das geht einige Minuten so und heizt sich bedrohlich auf. In etwa fünf Meter Entfernung sitzen zwei Polizisten auf dem Mäuerchen der historischen Mühlgrabenbrücke und wirken desinteressiert. Stattdessen Gespräche mit Festgästen auf dem Nachhauseweg. Das Personenknäuel am Rosenbeet kommentiert ein Polizist: „Hier ist ja ein Raum für Meinungsaustausch". So sitzen sie und machen sonst nichts. Zu einem Beamten sage ich knapp: „Interessantes Amtsverständnis." Er antwortet nicht, lässt aber seinen Körper sprechen. Er erhebt sich langsam und geht gemächlich zu den zwei Frauen, baut sich vor ihnen auf, beugt sich zu ihnen herunter. Dann, wie zu einem Kind: „Haben. Sie. Angst? Sie können jederzeit gehen" Weiter passiert nichts. Der andere Beamte steht nun neben den Jugendlichen in der Runde, alle mit ähnlicher Körperhaltung, die Hände in die Hüfte gestemmt. So geht es munter und ermuntert weiter. Später erzählt mir eine der Frauen: „So ein unsicheres Gefühl durch die Polizei hatte ich noch nie". Interessantes Amtsverständnis.

Konstellationen der Destabilisierung

Wir müssen reden, streiten, forschen über Neutralität in all diesen Facetten: Als Alltagsnorm, als Kampfansage, als etwas, dessen Verständnis in Institutionen sich zu verändern scheint. Das erste Beispiel, das mit den Unternehmern, zeigt: Kosten und Folgen, sich politisch zu positionieren sind (damals und heute) ungleich verteilt und damit auch die Bereitschaft es zu tun. Ein alltagsweltliches Verständnis von Neutralität strukturiert zivilgesellschaftliches Handeln oder Nicht-Handeln. Es gibt sanktionsbewehrte Einschränkungen der Äußerungsautonomie, die eher im sozialen Nahfeld verortet sind und wie vorauseilender Gehorsam wirken. Die Wahlkampfrede offenbart ein programmatisches Verständnis, das ein einseitig entpolitisiertes Gemeinwesen beschwört – notdürftig bemäntelt mit dem Stichwort des „neutralen Staates". Die Polizisten wiederum wirken auf den ersten Blick unbeteiligt, indifferent und senden damit umso wirkmächtiger Signale – zumindest die Jugendlichen haben diese verstanden: uns passiert hier nichts. Es sind Resonanzräume für Bedeutungsverschiebungen dessen, was unter Neutralität verstanden wird.

Zur zweiten Dimension des Phänomens gehören Unsicherheiten in der Auslegung und Anwendung rechtlicher Neutralitätsforderungen innerhalb des demokratischen Institutionengefüges selbst. Das Grundgesetz formuliert ein Neutralitätsgebot, das fall- und kontextabhängig auszulegen ist und das zuallererst Staatsorgane bindet. Und auch hier macht es einen Unterschied, ob es darum geht, wie ein Landrat mit Beschlüssen des Kreistags umgeht oder ob er sich zu demokratiefeindlichen Positionen äußert. Generell entsteht in vielen Debatten der Eindruck, das staatliche Neutralitätsgebot gelte abstrakt, gleichermaßen und pauschal auch für alle möglichen anderen gesellschaftlichen Akteure, für Vereine etwa oder Bildungsinstitutionen. Dadurch verschwimmt die Unterscheidung zwischen Staat und Zivilgesellschaft und alle werden mit derselben Elle gemessen. Das führt zu Verunsicherung und Verwechslungen – etwa, wenn das Kontroversitätsgebot des Beutelsbacher Konsens in der politischen Bildung missverstanden wird als Neutralitätsgebot. Der Beutelsbacher Konsens betont aber gerade, dass politische Kontroversen in der Gesellschaft auch kontrovers in Bildungsprozessen diskutiert werden sollen und Bildung eben gerade kein politikfreier Ort sein soll (Besand 2018).

Gleichzeitig wurde die Forderung nach vermeintlicher Neutralität ab 2018 zu einem Kampagnenthema innerhalb politischer Auseinandersetzungen. In verschiedenen Bundesländern schaltete die AfD Onlineplattformen mit dem Titel „Neutrale Schulen", auf denen Eltern oder Schüler*innen Lehrkräfte melden konnten, die sich im Unterricht kritisch über die AfD äußern. Flankiert von parlamentarischen Anfragen zu Trägern der politischen Bildung führte das im Praxisfeld schulischer und außerschulischer politischer Bildung zu erheblichen Verunsicherungen (Hentges & Lösch 2021;Sämann 2021). In die gleiche Richtung zielen Kampagnen von rechtsextremen Organisationen wie „einprozent", die dazu aufrufen über die Finanzämter die Aberkennung der Gemeinnützigkeit von Vereinen der demokratischen Zivilgesellschaft anzustrengen. Wohl auch unter diesem Eindruck verändern sich offizielle Neutralitätsauslegungen von Behörden, wie das Beispiel des Sächsischen Landesrechnungshofs zeigt, der die Förderung der Zivilgesellschaft scharf rügte, weil diese etwa u.a. mit Angeboten zum „Umgang

mit rechtspopulistischen Akteuren“ gegen das Neutralitätsgebot verstoße. Ein juristisches Gutachten attestierte jüngst, der Rechnungshof habe sich „sehr weit aus dem Fenster gelehnt – seine Auslassungen zum Neutralitätsgebot sind geradezu übergriffig“.

Angesichts so viel vorauseilendem Gehorsams staatlicher Institutionen bleibt eine tief verunsicherte Zivilgesellschaft zurück. Fatal ist, wenn diese Entwicklung ineinandergreifen. Passive Behörden, eine Zivilgesellschaft aus vorwiegend unpolitischen, neutralen „Geselligkeitsvereinen“ und wenigen, aufgrund falsch verstandener Neutralität, existenziell bedrohten Demokratieinitiativen. Die rechtlichen und alltagsweltlichen Auslegungskonkurrenzen und -konflikte um Neutralität münden in Ostdeutschland in „Konstellationen der Destabilisierung“ – die Entpolitisierung des demokratischen Gemeinwesens in einer Zeit, in der es in dramatischer Weise bedroht ist.

Jonas Deyda

Ein etatistisches Missverständnis

Warum parteipolitische Neutralität den Staat nicht verpflichtet, der geförderten Zivilgesellschaft parteifeindliche Äußerungen zu verbieten

doi: 10.59704/c13c4d3c84610a9d

In den letzten Jahren hat sich unterhalb von Rechtsprechung und Rechtsetzung ein Diskurs ausgebreitet, demzufolge die staatlich geförderte Zivilgesellschaft den gleichen Äußerungsregeln wie der Staat unterliegt. Wenn es nach dem parlamentarischen Beratungsdienst Brandenburg, dem wissenschaftlichen Parlamentsdienst Berlin oder dem Sächsischen Rechnungshof geht, muss der Staat – um seiner eigenen Neutralitätspflicht nachzukommen – auch Zuwendungsempfänger:innen auf Neutralität verpflichten. Ein gegenläufiges Gutachten von Friedhelm Hufen hat die Thematik jüngst wieder in den Fokus gerückt (taz, ZEIT). Da Gerichte sich zu solchen Neutralitätsanforderungen an die Zivilgesellschaft kaum geäußert haben, ist die Verunsicherung entsprechend groß. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Regierungsäußerungen haben schon die „rote Karte" gegen die AfD oder ihre Titulierung als „staatszersetzend" gegen die amtliche Neutralitätspflicht verstoßen. Vereine sind deswegen verunsichert, ob sie ein Verbot der AfD fordern oder zu Demonstrationen gegen Parteien aufrufen können, ohne Gemeinnützigkeit und Förderung aufs Spiel zu setzen. Doch der Äußerungsspielraum ist größer als vielfach angenommen. Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Förderstaates, ihn zu beschränken, besteht in den meisten Fällen nicht.

Denn es ist ein etatistisches Missverständnis, dass jedes Objekt staatlicher Förderung zum verlängerten Arm des Staates wird, an den staatliche Maßstäbe anzulegen wären. Etatistisch ist dieses Missverständnis, weil es die Trennung von Staat und Gesellschaft auf Kosten der Gesellschaft und ihrer Freiheit vollzieht. Die staatliche Sphäre, in der Neutralität zu herrschen hat, dehnt sich darin mit der finanziellen Förderung auf beachtliche Teile der Zivilgesellschaft aus. Auf diesen Fallstrick hat schon Klaus Schlaich 1972 in seiner Habilitation „Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip" hingewiesen: „Identifiziert sich denn der Staat mit jeder Lehrmeinung, Philosophie oder Staatsauffassung seiner beamteten Professoren, deren Lehrfreiheit er im Rahmen der Verfassungstreue garantiert? […] Die staatlichen Museen, Theater und sonstigen kulturellen Veranstaltungen bringen Kunstauffassungen und politische Vorstellungen zum Ausdruck, ohne daß diese dadurch zur „Staatskunst" oder zum „Staatstheater" würden. […] Sofern der Sozial- und Kulturstaat fördert, muß dies in „freiheitsrespektierender und freiheitsgarantierender Neutralität" (M. Heckel) geschehen" (S. 241, 251). Wo ist also diese Freiheitsgarantie verloren gegangen?

Das Bundesverfassungsgericht zu staatlicher Neutralität

Das Gebot parteipolitischer Neutralität des Staates wurde vom Bundesverfassungsgericht ausgehend von der „Parteienfinanzierung II"-Entscheidung von 1966 entwickelt. Aus den Leitsätzen dieser Entscheidung stammt der demokratietheoretische Kern des Neutralitätsprinzips: „Der Grundgesetzgeber hat sich, indem er die freiheitliche demokratische Grundordnung geschaffen hat, für einen freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes entschieden. Dieser Prozeß muß sich vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen. Den Staatsorganen ist es grundsätzlich verwehrt, sich in bezug auf diesen Prozeß zu betätigen (Art 20 Abs 2, 21 GG)." Politische Willensbildung soll sich von unten, das heißt staatsfrei aus der Gesellschaft heraus entwickeln, nicht zuletzt aus Parteien, Verbänden und gesellschaftlichen Gruppen. Die Freiheit dieses Prozesses ist das Schutzgut staatlicher Neutralität. In der Entscheidung zur „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung" hat das Bundesverfassungsgericht 1977 daraus den naheliegenden Schluss gezogen, das staatliche Organe wie das Bundespresseamt keinen Wahlkampf für die Regierungsparteien führen dürfen.

In einer Rechtsprechungskette ab 2014 hat das Bundesverfassungsgericht dieses Gebot für die Äußerungen einzelner Regierungsmitglieder verschärft (BVerfG

„Schwesig“, „Wanka“, „Seehofer“, „Merkel“). Sobald eindeutig staatliche Ressourcen, Kommunikationskanäle oder die Autorität des Amtes in Anspruch genommen werden, dürfen Regierungsmitglieder sich nicht mehr negativ über demokratiefeindliche Oppositionsparteien äußern (Michl, Payandeh). Da das die Regierung entpolitisiert, ist diese Rechtsprechung auf überzeugende Kritik gestoßen (Möllers, Gärditz, Meinel). Hier sei nur aus dem Sondervotum von Astrid Wallrabenstein zitiert: „Eine neutrale, womöglich expertokratische, Regierung ist für eine Parteiendemokratie ein Krisenphänomen. Die Sorge, dass die Richtung des politischen Willensbildungsprozesses umgekehrt werden könnte, wird gerade durch den Anschein von Neutralität des Regierungshandelns begründet.“ Mitzunehmen für etwaige Neutralitätsanforderungen an die Zivilgesellschaft ist der Gedanke, dass eine falsch verstandene Neutralität selbst Gefahr läuft, die Richtung des Willensbildungsprozesses umzudrehen, das heißt womöglich selbst in staatliche Meinungslenkung umzuschlagen.

Neutralitätsanforderungen der Zivilgesellschaft

Eine originäre Neutralitätspflicht für zivilgesellschaftliche Akteure kann es nicht geben (Hufen, Gersdorf). Diese kann nur aus der Bindung von Hoheitsträgern an subjektive Rechte erwachsen. Es kann also immer nur darum gehen, dass der Staat seine eigenen Neutralitätspflichten über Tatbestandsvoraussetzungen von Steuerbegünstigungen oder Nebenbestimmungen von Zuwendungsbescheiden auf Grundrechtsträger:innen abwälzt. Eine wichtige Förderung der Zivilgesellschaft liegt in der Steuerverschonung für gemeinnützige Körperschaften. Der Bundesfinanzhof hat einerseits entschieden, dass allgemeinpolitische Betätigung die Gemeinnützigkeit nach §§ 51ff. AO ausschließt (Unger, Leisner-Egensperger). Andererseits hat er klargestellt, dass die Körperschaften sich im verbleibenden, auf die gemeinnützigen Zwecke bezogenen politischen Betätigungsspielraum parteipolitisch neutral verhalten müssen (BFH „BUND“, „attac“). Damit könnte nur eine klare Trennung von den Parteien und ihrem Zweck, politische Macht im Staat zu erringen, gemeint sein. Es könnte aber auch schon jede Negativäußerung gegenüber einer Partei unzulässig sein (Stichwort „rote Karte“). Das ist offen geblieben (kontrovers: Kube/Gohlke und Zimmermann).

Die eingangs zitierten Gutachten der parlamentarischen Beratungsdienste stellen solch eine strikte Anforderung an Organisationen, die staatliche Zuwendungen erhalten: „Die staatliche Förderung darf den damit vorgezeichneten Boden parteipolitischer Neutralität nicht verlassen, es ist ihr versagt, die hierdurch vorgegebenen Grenzen (zulässiger Öffentlichkeitsarbeit oder des Eintretens im Sinne des Prinzips der streitbaren Demokratie) zu dehnen, und sie darf daher im Ergebnis weder darauf gerichtet sein, das Gebot parteipolitischer Neutralität durch eine Förderung in ihrem Sinne parteipolitisch agierender Dritter auszuhebeln, noch darf sie es hinnehmen, dass Fördermittel zu diesem Zwecke eingesetzt werden.“ Das gilt auch, wenn eine Organisation sich „bewusst gegen eine bestimmte Partei wendet, ohne gezielt zugunsten einer anderen Partei zu handeln“ (PBD Brandenburg, S. 47). Der Sächsische Rechnungshof verbietet sich im Namen der Neutralität gleich Regierungskritik aus den Reihen der Zuwendungsempfänger:innen (Hufen, Deyda). Der Gedanke parteipolitischer Neutralität, der historisch dem Berufsbeamtentum (§ 60 BBG, § 33 BStG, Art. 130 WRV) entstammt, hat eine Reise mit einem irritierenden Ende hinter sich: Mit einem Umweg über die Äußerungsbefugnisse der Regierung ist eine beamtenrechtliche Pflicht mit der sozialstaatlichen Förderung in der Zivilgesellschaft angelangt.

Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Wenn sich ursprünglich staatliche Neutralitätspflichten an die Gesellschaft richten, muss das irritieren, weil es bei Neutralität im Kern um die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und ihrer jeweiligen Maßstäbe und Eigengesetzlichkeiten geht. In allen Spielarten – Nicht-Identifikation, Unparteilichkeit oder Nicht-Einmischung – dreht sich Neutralität immer darum, einen gesellschaftlichen Bereich vor dem Staat abzuschirmen. Da es eine echte Trennung von Staat und Gesellschaft in einer Demokratie nicht geben kann, steht das Neutralitätsgebot vor einer paradoxen Aufgabe. Es muss dort eine Trennlinie ziehen, wo eigentlich alles verschwimmt. Die Musik spielt deswegen in den Zurechnungsfragen. Interessant ist weniger die Frage, was der Staat darf, als was noch Staat oder schon Gesellschaft ist: Spricht dort die Bundeskanzlerin oder eine CDU-Politikerin? Ist das Kopftuch einer Lehrer:in eine staatliche oder eine private Glaubensbekundung? Und eben auch: Äußert sich in Gestalt der geförderten Zivilgesellschaft wirklich der Staat?

Der Zurechnungsmaßstab in der Äußerungsjudikatur ist die Verwendung staatlicher Mittel. Der Schluss ist

schnell gezogen, dass auch Private, die staatliche Mittel wie Fördergelder oder staatlich veredelte Spenden benutzen, sich neutral verhalten müssen. Dieser Maßstab wurde aber konzipiert, um einem staatlichen Amt Äußerungen zuzurechnen. Er ist deswegen nur bedingt auf die Förderkonstellation übertragbar. Passender ist ein Maßstab, der am Förderzweck ansetzt und damit die staatliche Seite der Förderkonstellation in den Blick nimmt. Dazu führt das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf parteinahe Stiftungen aus: „Erfolgt die Vergabe öffentlicher Finanzmittel an Dritte, kann allerdings – auch wenn der vorgesehene Verwendungszweck dieser Mittel politische Bezüge aufweist – nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass durch die Zuweisung dieser Mittel in das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit eingegriffen wird. Dies gilt insbesondere, wenn die Mittel Institutionen zugewendet werden, die von den Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängig sind, ihre Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen und auch in der Praxis Distanz zu den jeweiligen Parteien wahren."

Es gibt eine ganze Reihe von Förderzwecken, die hochpolitische Bezüge aufweisen, aber parteipolitisch neutral sind. Dazu zählen Wohlfahrt, Jugendhilfe, Sport- und Kulturförderung, aber auch die derzeit umkämpften Bereiche wie Inklusion und Integration, die Beratung von Betroffenen rassistischer Gewalt, die Gedenkstättenarbeit oder Antidiskriminierung. Staatliche Förderung ist hier verfassungsrechtlich legitimiert, bedient zum Teil grundrechtliche Schutzpflichten und ist vor allem – das kommt häufig zu kurz, wenn es um Neutralität geht – demokratisch legitimierte Gesellschaftsgestaltung. Solange die Geförderten von Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängig sind, werden die politischen Bezüge auch dann nicht parteipolitisch, wenn es Parteien gibt, die diese Förderzwecke ablehnen. Der Staat muss zwar die zweckgemäße Mittelverwendung kontrollieren. Ihm sind aber nicht alle auf Parteien bezogene Äußerungen zurechenbar.

Problematisch wird es erst, wenn die Aufklärung über, Warnung vor oder Beratung zur parteiförmigen extremen Rechten der Förderzweck ist (vergleichbar BVerwG „Osho"). Eine Abwägung mit dem Prinzip der wehrhaften Demokratie oder grundrechtlichen Schutzpflichten kann hier nur stattfinden, wenn es eine spezialgesetzliche Grundlage gibt. Eine ganz eigene Debatte müsste dabei der Frage nachgehen, welche Schlüsse aus dem späten Verdikt des Bundesverfassungsgerichts zu ziehen sind, dass das Prinzip der wehrhaften Demokratie keine „pauschale Eingriffsermächtigung" darstellt (BVerfG „Ramelow", anders noch „Abhörurteil"; zu den Abgründen der wehrhaften Demokratie: Schulz, Merkel, Wihl) und in welchem Verhältnis das zur Legitimität steht, verfassungsfeindliche Parteien „durch eine mit Argumenten geführte politische Auseinandersetzung in die Schranken verweisen zu lassen und dadurch ein Verbotsverfahren überflüssig zu machen" (BVerfG „Verfassungsschutzbericht"; zur Demokratieförderung: Müller-Elmau/Zillessen, Hölzen/Marandi, Müller/Kube). Das gleiche gilt für die Frage der Kompetenzverteilung (Battis/Grigoleit/Drohsel, Möllers, Wihl, Becker).

Zivilgesellschaftliche Äußerungsautonomie als objektive Gewährleistung der Meinungsfreiheit

Auch ein grundrechtlicher Blick auf die Förderkonstellation spricht für die zurückhaltende Interpretation zivilgesellschaftlicher Neutralitätsanforderungen. Eine an der Wirtschaftssubvention geschulte Lehre geht zwar grundsätzlich davon aus, dass im Bereich der Leistungsverwaltung höchstens Art. 3 I GG in Form einer Selbstbindung der Verwaltung an die eigene Förderpraxis einschlägig ist (Ossenbühl). Diese Auffassung stößt aber an ihre Grenzen, wo Grundrechte zu objektiven Gewährleistungspflichten ausgebaut wurden. Diese wirken auch, wenn der Staat begünstigt, statt einzugreifen. Zur „Pressesubvention" hat das Bundesverfassungsgericht deshalb ausgeführt: „Die Freiheit der Presse [...] kann durch staatliche Vergünstigungen nicht weniger gefährdet werden als durch hoheitliche Eingriffe und Beschränkungen." Den Geförderten steht sogar ein Abwehrrecht gegen jede „inhaltslenkende Wirkung" zu, die mit der Förderung einhergeht. Doch wie verhält es sich mit der „einfachen" Meinungsfreiheit im Leistungsbereich? Sie ist immerhin die Mutter der objektiven Grundrechtswirkung und „schlechthin konstituierend" für die Demokratie (BVerfG „Lüth"). Wenn es um die Frage geht, ob der Staat die zivilgesellschaftliche Äußerungsautonomie zum Schutz eines „freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung" beschränken muss, beißt sich die Katze in den Schwanz. Denn Parteien wirken gemäß Art. 21 I GG an diesem Prozess nur mit. Das Schutzgut staatlicher Neutralität sperrt sich dagegen, in seinem Namen über Gebühr auf die zivilgesellschaftliche Mei-

nungsbildung einzuwirken.

Das Gebot parteipolitischer Neutralität und die Gewährleistung zivilgesellschaftlicher Äußerungsautonomie sind in Einklang zu bringen, indem man das Neutralitätsgebot im Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht eng auf die Förderung von Parteien bezieht. Der Staat darf keine verdeckte Parteienfinanzierung betreiben. Die geförderte Zivilgesellschaft hat deswegen Unabhängigkeit von den Parteien zu wahren und Distanz zu ihrem Wahlkampf zu halten. Eine umfassende Neutralisierung der Zivilgesellschaft, die auch schon parteifeindliche Äußerungen erfasst, muss der Staat hingegen nicht betreiben. Seine Neutralität ist schließlich freiheitsgarantierend.

Paul Friedl, Louis Rolfes

Datenschutz gegen digitalen Autoritarismus

doi: 10.59704/e57030caf5e9fbe9

Die Datenmacht des Staates stellt für Bürger*innen und ihre Rechte im heutigen Zeitalter eine zentrale Gefahr dar. Unabhängige Datenschutzbehörden sollen Missbräuche dieser Datenmacht verhindern. Autoritäre Kräfte, die nach den anstehenden Landtagswahlen auch in deutschen Landesregierungen beteiligt sein könnten, könnten allerdings versuchen, diese Kontrolle zu neutralisieren. Welche Risiken drohen und wie diesen entgegnet werden kann, behandelt der folgende Beitrag.

Staatliche Datenmacht und digitaler Autoritarismus

Um zu veranschaulichen, welche Gefahren von der Datenmacht des Staates ausgehen, bedarf es keines Blickes in literarische Dystopien; Beispiele staatlichen Datenmissbrauchs traten in den letzten Jahren und Jahrzehnten auch in real-existierenden (europäischen) Gesellschaften im Überfluss auf. In Deutschland ist hier insbesondere an die nicht enden wollende Serie an Missbräuchen von Datenbanken durch Polizei- und Sicherheitsbehörden zu denken. In Mecklenburg-Vorpommern etwa haben Polizeibeamte nachweislich mehrmals Polizeidatenbanken missbraucht, um rechtswidrig Minderjährige zu kontaktieren; teils kam es dabei auch zu sexuellen Belästigungen. Ebenfalls in Mecklenburg-Vorpommern soll die neonazistische Gruppierung „Nordkreuz“ mithilfe polizeilicher Dienstcomputer Listen mit rund 25.000 Namen und Daten politischer Gegner*innen erstellt haben. Seit 2018 wurden außerdem dutzende, mehrheitlich migrantisierte Personen durch Mails des sogenannten „NSU 2.0“ bedroht; oftmals wurden ihre Personendaten kurz zuvor von (teils nachweislich rechtsextremen) Polizeibeamten abgefragt. Die schiere Masse derartiger Fälle weist darauf hin, dass rechtswidrige polizeiliche Datenabfragen ein Alltagsphänomen darstellen, das nur ob der bestehenden strukturellen Intransparenz größtenteils unentdeckt bleibt.

Nicht nur polizeiliche Informationssysteme bergen Missbrauchspotenzial. Spätestens seit den Enthüllungen zur Spyware „Pegasus“ ist bekannt, dass auch in Europa Überwachungssoftware gezielt zur Ausspähung, Repression und Verleumdung regierungskritischer Stimmen eingesetzt wurde und wird. In Ungarn wurde *Pegasus* beispielsweise zur Überwachung hunderter Journalist*innen, Menschenrechtsaktivist*innen und oppositioneller Politiker*innen eingesetzt. Auch in Polen wurden im Rahmen der autoritären Wende hunderte Oppositionelle – vorgeblich ausnahmslos nach richterlicher Autorisierung – mit *Pegasus* überwacht. Ausspionierte private Nachrichten wurden anschließend im Staatsfernsehen veröffentlicht. Spanien und Griechenland haben *Pegasus* ebenfalls eingesetzt und auch das BKA und der BND haben die mächtige Überwachungssoftware erworben. Zu der Frage, ob weitere deutsche Nachrichtendienste oder Sicherheitsbehörden *Pegasus* verwenden, schweigt sich die Bundesregierung weiter aus. Der Fall *Pegasus*veranschaulicht auch die Rolle privatwirtschaftlicher Unternehmen bei der Einrichtung staatlicher Überwachungssysteme.

Neben den Gefahren, die durch schwer kontrollierbare Überwachungs-Tools drohen, können Staaten ihre Datenmacht aber auch in anderen Bereichen ausspielen. Insbesondere autoritäre Regierungen nutzen ihren staatlichen Informationsvorteil teilweise auch gezielt zur Festigung der eigenen Herrschaft. Nachweislich hat etwa Viktor Orbáns *Fidesz*-Partei Daten, die ungarische Bürger*innen dem Staat für Covid-Impfungen und Steuervergünstigungen bereitgestellt hatten, genutzt, um gezielte Wahlwerbung zu schalten. Ganz grundsätzlich lässt sich konstatieren, dass es zum Standardrepertoire autoritärer Regierungen gehört, über Eingriffe in die Privatsphäre ihrer Bürger*innen Räume privater Freiheit auszutrocknen. Bereits marginalisierte und vulnerabilisierte Gruppen, etwa Flüchtlinge (durch GPS-Tracking), sexuelle Minderheiten(durch erzwungene Outings) oder armutsbetroffene Menschen (durch Überwachung im Sozialwesen), geraten hier oft zuerst ins Visier. Unter dem

Begriff des digitalen Autoritarismus (*digital authoritarianism*) werden diese Strategien seit einiger Zeit verstärkt auch akademisch aufgearbeitet.

Unabhängiger Datenschutz gegen den digitalen Autoritarismus

Es ist Grund- und Gründungseinsicht des Datenschutzrechts, dass die Datenmacht des Staates rechtlich eingehegt werden muss. Insofern fungiert das Datenschutzrecht als Garantie digital mediatisierter Freiheitsrechte und der Beschränkung informationeller staatlicher Herrschaft. Zentral für diese Garantie ist jedenfalls nach der Vorstellung des europäischen Datenschutzrechts, dass *unabhängige* Aufsichtsbehörden (sog. Data Protection Authorities; DPAs) die Einhaltung des Datenschutzrechts überwachen. Diese sogar unionsverfassungsrechtlich verbürgte Unabhängigkeit der DPAs soll sicherstellen, dass die Kontrollstellen bei der Überwachung und Durchsetzung des Datenschutzrechts keiner politisch-opportunistischen Einflussnahme ausgesetzt werden und dadurch ihre Kontrollfunktion insbesondere auch der Exekutive gegenüber effektiv ausüben können. Die Notwendigkeit einer politisch unabhängigen Datenschutzaufsicht veranschaulicht etwa der Fall des baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten, der es der Stadt Tübingen nach einer öffentlichen Auseinandersetzung mit dem Oberbürgermeister Palmer verbot, aus Polizeidaten eine Liste angeblich "auffälliger Asylbewerber" zu kompilieren und diese anderen Behörden zur Verfügung zu stellen.

Das Vorgehen der ungarischen Aufsichtsbehörde, die im Anschluss an die *Pegasus*-Veröffentlichungen nicht nur zu dem zweifelhaften Ergebnis kam, dass sicherheitspolitische Gesichtspunkte die Überwachungsmaßnahmen ausnahmslos rechtfertigen konnten, sondern zudem auch ein Verfahren gegen das die Missstände aufdeckende Medienportal einleitete, veranschaulicht hingegen, welche Folgen es haben kann, wenn DPAs ihre Unabhängigkeit verlieren und als Kontrollinstanz ausfallen.

(Soll-?)Bruchstellen der Unabhängigkeit: threat modelling für die Datenschutzaufsicht

Das wirft die Frage auf, ob und wie autoritäre Kräfte, etwa eine rechtsautoritäre Regierung in Thüringen, die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht unterminieren könnten. Insoweit sind verschiedene Manöver denkbar, derer sich eine repressive Regierung bedienen könnte, um die unabhängige Datenschutzaufsicht zu neutralisieren.

Eine erste offene Flanke stellen die Möglichkeiten zur Absetzung des*der Datenschutzbeauftragten dar. Eine autoritäre Thüringer Landesregierung könnte den Versuch unternehmen, eine*n unliebsame*n Beauftragte*n vorzeitig abzusetzen. Die Entscheidung hierüber liegt jedenfalls in Thüringen in der Verantwortung des*der Landtagspräsident*in – ein Amt, das etwa in Thüringen sogar ohne Regierungsbeteiligung in autoritäre Hände fallen könnte. Nach Art. 53 Abs. 4 DSGVO, § 3 Abs. 8 S. 2 ThürDS setzt dies voraus, dass der*die Beauftragte eine schwere Verfehlung begangen hat oder aber die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner*ihrer Aufgaben nicht mehr erfüllt. Objektiv handelt es sich hierbei um strenge Anforderungen. Es ist aber denkbar, dass ein solcher Grund vorgeschoben wird, um eine vorzeitige Neubesetzung zu erzwingen. Problematisch ist hier insbesondere, dass die DSGVO nicht vorsieht, dass über eine solche Enthebung gerichtlich entschieden werden kann oder muss; eine entsprechende Regelung im DSGVO-Kommissionsentwurf wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen.

Auch das Verfahren zur Besetzung des*der Datenschutzbeauftragten bietet Potenzial für Missbrauch. Um die persönliche Unabhängigkeit des*der Beauftragten abzusichern, sieht Art. 53 Abs. 1 DSGVO vor, dass die Datenschutzbeauftragten in einem „transparenten" Auswahlverfahren ernannt werden. In der politischen Praxis sind diese Auswahlverfahren – jedenfalls in Deutschland – jedoch für gewöhnlich alles andere als transparent: Vielmehr einigt sich in der Regel die Regierung oder eine an ihr beteiligte Fraktion im Hinterzimmer auf eine*n Kandidat*in und schlägt diese*n dem Landtag vor, der sie*ihn mit der absoluten Mehrheit seiner gesetzlichen Mitglieder wählt. Ein offenes Bewerbungsverfahren findet nicht statt. Ist die parteiische Auswahl der eigenen Kandidat*in aber schon heute der Normalfall, müsste auch eine autoritäre Thüringer Landesregierung keinen argumentativen Mehraufwand betreiben, um eine*n linientreue*n eigene*n Kandidat*in ins Amt zu heben, der*dem mehr an politischem Einfluss denn an der Durchsetzung des geltenden Rechts liegt.

Schließlich sind auch Angriffe auf die budgetäre Unabhängigkeit des*der Thüringer Landesbeauftragten für Datenschutz denkbar. Artikel 52 Abs. 4 DSGVO, § 4 Abs. 6 ThürDSG garantieren zwar, dass der Datenschutzauf-

sicht ausreichende personelle, technische und finanzielle Ressourcen bereitgestellt werden müssen. Mit einer Mehrheit im Landtag hätte eine autoritäre Landesregierung allerdings die Möglichkeit, dem*der Landesbeauftragten finanzielle und personelle Ressourcen vorzuenthalten und dadurch dessen Arbeit zu erschweren oder sogar praktisch zum Erliegen zu bringen – ganz ohne (ohnehin schwer vorstellbarer) formeller Auflösung des Amtes. Da die Arbeit der Datenschutzaufsicht im Ganzen recht ressourcenintensiv ist, könnten substanzielle Kürzungen das Arbeitsvermögen der Aufsicht in allen Bereichen kritisch mindern.

Resilienz des Datenschutzes stärken

Die eben diskutierten Szenarien verdeutlichen, dass reflektiert werden muss, ob und wie der Gesetzgeber den Bestand und die Arbeits- und Durchsetzungsfähigkeit der Datenschutzaufsicht institutionell besser absichern könnte.

Zunächst scheint hier dringend geboten, transparente Verfahren zur Ernennung der DPAs zu schaffen, um die Datenschutzaufsicht stärker vor politischer Einflussnahme zu schützen. Neben einer öffentlichen Stellenausschreibung wäre zumindest auch eine öffentliche Anhörung der Bewerber*innen im Vorfeld der Auswahlentscheidung erforderlich.

Gesetzt, dass auch unter einer autoritären Regierung eine unabhängige Datenschutzaufsicht fortbesteht, sollte weiter gerade im Bereich der Polizei- und Sicherheitsbehörden über eine Stärkung der Durchsetzungsbefugnisse der Datenschutzaufsicht nachgedacht werden. Derzeit steht vielen Datenschutzaufsichten gegenüber Polizei- und Verfassungsschutzbehörden als „schärfstes Schwert“ nur ein Beanstandungsrecht zu (bspw. § 7 Abs. 6 ThürDSG). Rechtsverbindliche Anordnungen können sie diesen Behörden gegenüber oftmals nicht treffen. Dies ist nicht zuletzt europarechtlich problematisch, da Art. 47 Abs. 2 JI-RL eine Ausstattung der behördlichen Datenschutzbeauftragten mit „wirksamen Rechtsbehelfen“ fordert, und sollte deswegen überdacht werden. Ähnlich steht es mit den vielen Ausnahmeregelungen, nach denen Datenschutzbeauftragte staatliche Behörden nicht mit Bußgeldern sanktionieren dürfen und auch keine sofortige Vollziehbarkeit von Maßnahmen anordnen dürfen. Der Umstand, dass sich der Datenschutzbeauftragte des Bundes kürzlich sogar gezwungen sah, Klage gegen den Bundesnachrichtendienst zu erheben, da dieser der Kontrollstelle trotz Beanstandung wiederholt die ihr zustehende Akteneinsicht verwehrt hatte, zeigt, dass es sich bei diesen Problemen nicht um Fantasiegebilde handelt.

Neben einer stärkeren institutionellen Absicherung der Datenschutzaufsicht gibt es freilich eine Vielzahl möglicher materiell-rechtlicher Anpassungen, die gefährliche Datennutzungbefugnisse des Staates einhegen könnten bzw. müssten. Besonders Datenbestände, die bereits vulnerabilisierte Gruppen betreffen, etwa das Ausländerzentralregister, sollten hier in den Blick genommen werden. In Bezug auf das Ausländerzentralregister kommt etwa in Betracht, die Zugriffsmöglichkeiten von Polizei und Geheimdiensten einzuschränken oder das Register weitgehend abzuschaffen. Auch der Tendenz, den Polizeibehörden immer weitgehendere Überwachungsbefugnisse einzuräumen, muss entgegengewirkt werden. Das Verfassungsrecht wird hier weiterhin ein wichtiges Korrektiv bleiben. Schließlich sollten rechtliche Instrumente ausgeschöpft bzw. geschaffen werden, um die Produktion und den Handel von übermäßig eingriffsintensiver Überwachungssoftware stärker einzuschränken.

Insgesamt wird der Bedeutung der DPAs als unabhängige Kontrollinstanzen gegen die Datenmacht autoritärer Regime sowohl in der wissenschaftlichen als auch in der öffentlichen Debatte zu wenig Beachtung geschenkt. DPAs müssen besser gegen potenzielle Angriffe durch autoritäre Regime geschützt werden und das Datenschutzrecht schon jetzt fortentwickelt werden, um einen späteren Missbrauch der staatlichen Überwachungsinstrumente durch autoritäre Regime zu verhindern. Insbesondere bedarf es geeigneter rechtlicher Vorkehrungen zum Schutz vulnerabilisierte Gruppen, die nicht nur unter autoritären Regimen besonders stark von den Missbrauchspotenzialen staatlicher Datenmacht gefährdet sind.

Michael Kubiciel

Menschlich verständlich, aber trotzdem falsch?

Zur Rechtsnatur des so genannten Gefangenenaustauschs mit Russland

doi: 10.59704/9b43b243b0b943e5

Als West und Ost während des Kalten Krieges inhaftierte Spione und politische Gefangene austauschten, erfand die bundesrepublikanische Bürokratie für diesen Vorgang den Begriff „besondere Bemühungen".[1] Trotz seines sedierend-nüchternen Klanges lässt er das Außergewöhnliche des Geschehens, das er bezeichnet, erahnen: Es fällt nicht nur aus dem Rahmen der politischen Alltagsbewältigung; als „Bemühung" verweist es auf eine dienstliche Tätigkeit, die sich exakten rechtlichen Kategorien entzieht, also kein Verwaltungsakt oder eine andere Form des Gesetzesvollzugs darstellt. Anders gewendet: Hinter dem Besonderen steht kein Allgemeines, der Gefangenenaustausch entzieht sich verwaltungs- und strafrechtlichen Kategorien.

Auch der Austausch eines in Deutschland rechtskräftig wegen Mordes verurteilten Angehörigen des russischen Geheimdienstes sowie seiner in den USA und anderen westlichen Staaten in Haft sitzenden „Kollegen" (Putin) gegen von Russland und Belarus als Geiseln gehaltene deutsche und amerikanische Bürger hat nicht nur Beifall gefunden. Franz Mayer hat ihn mit politisch-prinzipiellen Erwägungen kritisiert und zudem eine Präzisierung des geltenden Rechts angemahnt. Letzteres zielt auf § 456a StPO, auf den die Freilassung des verurteilten „Tiergartenmörders" gestützt wurde. Diese Vorschrift ermöglicht es, von der (weiteren) Vollstreckung einer Freiheitsstrafe abzusehen, wenn der Verurteilte aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes abgeschoben wird. Der Generalbundesanwalt, die Angehörigen des Ermordeten und deutsche Kommentator:innen bezweifeln jedoch, dass es im Ermessen der Behörden stand, von der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe schon nach wenigen Jahren abzusehen, zumal das Landgericht Berlin die besondere Schwere der Schuld festgestellt hatte (was im Regelfall sogar die Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung nach 15 Jahren ausschließt).

War die „Aktion", mit der Band *Kettcar*[2] gesprochen, „also menschlich verständlich, aber trotzdem falsch?" Ich meine: nein. Als eine – rechtlich nur grob vorstrukturierte – exekutive Maßnahme an der Schnittstelle von Innen- und Außenpolitik geht sie nicht in einer Subsumtion unter strafprozessuale Normen auf. Sie bedarf vor allem einer tragfähigen politischen Begründung und einer eindeutigen Markierung der politischen Verantwortlichkeiten. Beides war hier gewährleistet. Rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht nicht. Eine Präzisierung des § 456a StPO löst nicht die in jedem Einzelfall entstehenden Probleme. Im Gegenteil: Sie könnte das Erpressungspotenzial noch vergrößern.

Strafprozessrecht

Die Kritik an der auf § 456a StPO gestützten Freilassung des vom FSB gedungenen Mörders ist insoweit zu erwarten gewesen, als die Vorschrift nicht für solche Fälle gedacht ist; ihre Anwendung auf einen solch außergewöhnlichen Fall muss den Ermessensspielraum daher bis an die Grenzen ausreizen. Insoweit ist es nachvollziehbar, dass der Generalbundesanwalt (GBA), der zuvorderst der (gleichen) Rechtsdurchsetzung verpflichtet ist, seine diesbezüglichen Bedenken dokumentiert hat. Dabei lässt sich die Anwendung der Norm auf diesen Fall durchaus mit ihrem Zweck in Einklang bringen. Sie soll nämlich den Strafvollzug entlasten, wenn weder Resozialisierungsbemühungen noch Sicherheitsinteressen die weitere Vollstreckung der Strafe gebieten. Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn der Gefangene für die Allgemeinheit keine ernste Gefahr darstellt, weil er demnächst aus-

[1] Hollmann/Kuhrt (Hrsg.): „Besondere Bemühungen"der Bundesregierung, Bd. 1: 1962 bis 1969, Häftlingsfreikauf, Familienzusammenführung, Agentenaustausch, Dokumente zur Deutschlandpolitik, 2012.

[2] Kettcar, „Sommer '89 (Er schnitt Löcher in den Zaun)", Album: „Ich vs. Wir", 2017, Label: Grand Hotel van Cleef.

[3] BVerfG Beschl. v. 9.10.2003 –2 BvR 1497/03; BayObLG StV 2022, 314; MüKoStPO/Nestler, 1. Aufl. 2019, StPO § 456a Rn. 2.

geliefert oder ausgewiesen wird.[3] Dieses Ziel wird mit der Überstellung des FSB-„Kollegen“ in sein Heimatland zweifelsohne erfüllt, da es äußerst unwahrscheinlich ist, dass gerade er für weitere Operationen in und gegen Deutschland eingesetzt werden wird (was auch Teil der Vereinbarung zwischen den beteiligten Staaten sein dürfte).

Eine Aussetzung der Vollstreckung nach § 456a StPO erfordert jedoch eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall, bei der weitere Kriterien als die genannten Sicherheitsüberlegungen berücksichtigt werden müssen. Zu diesen Abwägungsfaktoren gehören namentlich die Umstände der Tat, die Schwere der Schuld und die bisherige Vollstreckungsdauer.[4] Diese Kriterien führen dazu, dass nach den einschlägigen Richtlinien der Bundesländer grundsätzlich die Hälfte der Strafe zu vollstrecken ist.[5] § 456a StPO kann also auf Personen angewandt werden, die eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßen; eine Entlassung deutlich vor Ende der Mindestverbüßungsdauer bedarf aber zumindest einer besonders sorgfältigen Begründung.

Außenpolitik

Zur Begründung lassen sich in diesem Fall nicht nur die Schutzpflichten gegenüber dem von Belarus inhaftierten deutschen Staatsangehörigen aufführen, sondern auch zwischenstaatliche Solidaritätserwägungen: Von dem „Deal“ profitieren auch und vor allem Staatsbürger der Vereinigten Staaten von Amerika, die nicht nur unser engster Verbündeter, sondern vor allem Sicherheitsgarant Deutschlands sind. Bezieht man die außenpolitische Dimension mit ein, zeigt sich, wie fernliegend der historische Vergleich des Vorgehens der USA und Deutschlands mit der Weigerung des damaligen Bundeskanzlers Helmut Schmidt ist, RAF-Gefangene im Austausch gegen die Geisel Hanns Martin Schleyer freizulassen. Schmidts Entscheidung war nicht Gegenstand globaler Interessenkonflikte und der (nicht öffentlich ausgehandelten) Versuche, diese zu mitigieren, sondern betraf allein die Bonner Republik, für die allein Schmidt Verantwortung trug. Die Befürchtung, dass Deutschland weiteren russischen Erpressungsversuchen ausgesetzt werde, ist zwar berechtigt. Bei Lichte betrachtet, begann die strategische Nötigung Deutschlands durch Russland nicht mit der Geiselnahme deutscher und amerikanischer Staatsbürger, sondern spätestens mit der nur scheinbar freundlichen Übernahme des deutschen Gasmarktes durch Gazprom. Ob Deutschland und der Westen von Russland erpressbar sind, erweist sich daher nicht an einem Austausch von Gefangenen und Geiseln, sondern an dem langfristigen Vermögen der deutschen und westlichen Politik, der Aggression Russlands standzuhalten. Das erfordert verteidigungs- und fiskalpolitische Tatkraft, keinen (billig zu habenden) Heroismus zu Lasten Dritter.

So betrachtet, besteht kein Zweifel daran, dass Bundesjustizminister Buschmann über gewichtige Gründe verfügte, mit deren Hilfe die Bedenken des GBA entkräftet werden konnten. Dass Minister und GBA zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangten, ist auch kein Skandal, sondern spiegelt die Komplexität der Entscheidung, in die Erwägungen unterschiedlicher Art einfließen. Vor allem aber zeigt der Vorgang einen Vorzug des demokratischen Rechtsstaats, der solche Unterschiede ermöglicht und in verfahrensmäßig strukturierter Form offenlegt und nicht – wie in Diktaturen – unterdrückt.

Kein rechtspolitischer Handlungsdarf

Anders als Franz Mayer sehe ich daher auch keinen rechtspolitischen Handlungsbedarf. Eine weitere Spezifizierung der Anwendungsvoraussetzungen des § 456a StPO – etwa ein Ausschluss bei lebenslanger Freiheitsstrafe – würde das politische Ermessen erheblich verengen. Gerade bei der Anwendung auf einen Gefangenenaustausch könnte eine solche rechtliche Feinlenkung der Ermessensentscheidung fatal sein, da sie das Erpressungspotenzial noch vergrößert. Für Staaten wie Russland wäre es ein Fest, wenn sich Minister über harte rechtliche Grenzen hinwegsetzen müssten, um ihren Schutzpflichten gegenüber eigenen Staatsangehörigen und außenpolitischen Solidaritätsverpflichtungen nachkommen zu können. Dem ist ein Recht, das der Exekutive den notwendigen Spielraum für die Entfaltung „besonderer Bemühungen“ belässt, eindeutig vorzuziehen.

Ein besonderer Dank für wertvolle Unterstützung bei Abfassung dieses Beitrags gebührt Frau Ass. iur. Alina Preiß, B.A.

[4] BeckOK StPO/Coen, 52. Ed. 1.7.2024, StPO § 456a Rn. 4 mwN.

[5] KK-StPO/Appl, 9. Aufl. 2023, StPO § 456a Rn. 3.

Lena Gmelin

Muskelkraft als Mordmerkmal

Zur vorgeschlagenen Erweiterung des Mordparagrafen § 211 StGB

doi: 10.59704/fc17a6f7e7372592

Die Unionsfraktion hat zur „Verbesserung des Opferschutzes, insbesondere für Frauen und verletzliche Personen“ einen Gesetzentwurf vorgelegt. In diesem wird unter anderem die Ergänzung des Mordmerkmals „unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ vorgeschlagen (BT-Drs. 20/12085). Die in dem Entwurf genannten Probleme, insbesondere in Bezug auf Trennungstötungen und die sogenannten Haustyrannenfälle, werden mit der Erweiterung des Mordparagrafen jedoch nicht zielführend gelöst. Denn: dass die Rechtsprechung bestimmte Fallkonstellationen nicht schon *de lege lata* als Mord bestraft, ist nicht (nur) auf die materielle Rechtslage zurückzuführen. Auch das neu vorgeschlagene Mordmerkmal lässt Raum für Wertungswidersprüche. Die Argumentation des Entwurfs basiert ihrerseits auf einem fehlgehenden Verständnis der Verwerflichkeit von Trennungstötungen.

Die aktuelle Rechtslage

Hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung eines anderen Menschen differenziert das Strafrecht zwischen Totschlag (§ 212 StGB) und Mord (§ 211 StGB). Eine vorsätzliche Tötung gilt als Mord, wenn mindestens eines der in § 211 Abs. 2 StGB genannten Mordmerkmale erfüllt ist. Diese erfassen etwa die besondere Verwerflichkeit der Beweggründe des*der Täter*in oder der Art und Weise der Tatbegehung, bspw. die heimtückische Tötung. Eine solche liegt vor, wenn die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausgenutzt wird. Das Opfer ist arglos, wenn es beim ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriff nicht mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit rechnet, und wehrlos, wenn es infolge der Arglosigkeit in seinen Abwehrmöglichkeiten erheblich eingeschränkt ist (st. Rspr., vgl. bspw. BGH 21.1.2021 – 4 StR 337/20, Rn. 12 mwN). Im starken Kontrast zu diesem objektiv orientierten Merkmal steht die moralisch geprägte sog. Motivgeneralklausel. Ein Beweggrund gilt als niedrig, wenn er „nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe“ steht und deshalb besonders verwerflich ist (st. Rspr., vgl. bspw. BGH 21.12.2000 – 4 StR 499/00, S. 3).

Physische Stärke als neuer Anknüpfungspunkt

Der Entwurf identifiziert tatsächliche und rechtliche Probleme im Bereich der Gewaltkriminalität und schlägt unter anderem Änderungen an den Sexual- und Körperverletzungsdelikten, im Strafprozessrecht und im Gewaltschutzgesetz vor. Auch der Mordparagraf soll geändert, namentlich unter anderem um das Mordmerkmal „unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ ergänzt werden. Die körperliche Überlegenheit müsse dabei anhand einer Gesamtschau der physischen Stärke und sonstiger Fähigkeiten beurteilt werden. Das Element der Ausnutzung soll vorliegen, „wenn der Täter sich gerade die körperliche Überlegenheit zunutze macht, wenn sie sein Vorhaben ermöglicht oder jedenfalls begünstigt und er dies bewusst als einen Faktor einkalkuliert hat“ (S. 17).

Damit werde die Kritik an der rechtlichen Beurteilung sog. Haustyrannenfälle bzw. Trennungstötungen aufgegriffen: eine von ihrem Partner jahrelang misshandelte Frau, die aufgrund ihrer körperlichen Unterlegenheit auf die heimtückische Tatbegehung angewiesen ist, könne für die Tötung des „Haustyrannen“ wegen Mordes verurteilt werden. Der gewalttätige männliche Partner hingegen, der seine Partnerin schließlich tötet, werde häufig lediglich wegen Totschlags verurteilt, weil kein Mordmerkmal vorliege: eine heimtückische Tötung sei für Männer nicht erforderlich; sie könnten es sich aufgrund überlegener Körperkräfte „leisten“, ihr Tötungsvorhaben offen umzusetzen (S. 15 f.).

Auch die sonst niedrigen Beweggründe würden, gerade bei trennungsbedingten Tötungen der (Ex)-Partnerin, häufig abgelehnt. Der Gesetzentwurf formuliert insoweit den Vorwurf, die höchstrichterliche Rechtsprechung tendiere zu „täterfreundlicher individualpsychologisierender Nachsicht“ (S. 17). Zum anderen könne mit dem vorgeschlagenen Mordmerkmal die Tötung von Säuglingen und Kleinkindern angemessen bestraft werden; diese sei-

en aufgrund ihres Alters noch nicht zu Argwohn oder Gegenwehr fähig, weshalb auch hier das Mordmerkmal der Heimtücke nicht vorliege (S. 16).

Eine valide Kritik

Der Entwurf will Lücken schließen, die insbesondere beim Mordmerkmal der Heimtücke verortet werden: die geltende Fassung bevorzuge den körperlich Überlegenen (S. 17); (dauerhafte) "Schwächesituationen" des Opfers begründeten „per se keinen mordmerkmalserfüllenden Sachverhalt" (S. 2). Hinsichtlich der bisherigen Auslegung und Anwendung des Heimtückemerkmals lässt sich berechtigte Kritik üben. Man kann etwa fragen, was einem Säugling die Fähigkeit zum Argwohn nützte, wenn er sich gegen eine*n erwachsene*n Täter*in ohnehin nicht zur Wehr setzen kann. Es erscheint widersprüchlich, diejenigen Täter*innen, die ein von vornherein zur Gegenwehr unfähiges Opfer töten, besser zu stellen als die, die ein grundsätzlich abwehrfähiges Opfer überlisten. Der Argwohn des Tatopfers garantiert schließlich keineswegs dessen Abwehrmöglichkeiten. Zugleich lässt sich fragen, welche Zeitpunkte im Tatgeschehen maßgeblich sein müssen: wer sich etwa schon unter falschem Vorwand Zutritt zur Wohnung der Ex-Partnerin verschafft, beraubt sie womöglich schon mit dem Betreten der besten und womöglich einzig wirksamen Abwehrmöglichkeit, die ihr zur Verfügung stand (vgl. Anm. Puppe zu BGH 19.6.2008 – 1 StR 217/08, NStZ 2009, 208-209).

Auch der Vorwurf, der BGH tendiere zu einer „sachlich nicht gerechtfertigte[n] Privilegierung trennungstypischer Tötungsbeweggründe männlicher Täter" (S. 16), ist keineswegs neu (siehe djb-Stellungnahme). In diesem Zusammenhang wird häufig kontrastierend aufgeführt, dass der BGH in einigen Fällen den Besitzanspruch des (idR männlichen) Täters an das Opfer als verwerflich zu beurteilen vermag. In anderen Fällen wiederum taucht er tief in die Gefühlswelt von Angeklagten ein und bejaht die Nachvollziehbarkeit der Beweggründe.

Der Unterschied zwischen Mord und Totschlag liegt in diesen Fallkonstellationen nicht selten im Zauberwort der „Ehre" (hierzu deutlich mwN Lembke, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/23999, S. 10 f.). In diesem Wertungskonflikt liegen die offenen Fragen beim Mordmerkmal der sonst niedrigen Beweggründe, bei dem die Rechtsprechung einen größeren, sozialisierungsgeprägten Wertungsspielraum hat als bei der Heimtücke. Das in einer Trennungstötung zum Ausdruck kommende Besitzdenken wird durch die höchstrichterliche Rechtsprechung reproduziert: die Bewertung der Beweggründe als „niedrig" sei dann fraglich, wenn „die Trennung von dem Tatopfer ausgeht und der Angeklagte durch die Tat sich dessen beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will".[1]

Liegen die Probleme (nur) im materiellen Recht?

Der Vorschlag ist im Ergebnis nicht geeignet, die als unbefriedigend empfundene rechtliche Beurteilung von Trennungs- und Kindstötungen zu lösen. Auch das vorgeschlagene, neu hinzuzufügende Mordmerkmal lässt Raum für „individualpsychologisierende Nachsicht" (S. 17). Schon die Feststellung der körperlichen Überlegenheit – die, will man damit die genannten Probleme lösen, jedenfalls auf einem stereotypen Verständnis von männlicher und weiblicher Körperkraft basieren muss – ist denkbar komplex. Zudem wird nur ein neuer Spielraum geschaffen, der, genutzt oder nicht, zu den eben gleichen und bemängelten Wertungswidersprüchen führt. Wer beispielsweise als Erwachsene*r ein Kleinkind tötet, wird durch die eigene körperliche Überlegenheit nahezu immer „jedenfalls begünstigt" worden sein. Entscheidend wird vielmehr sein, ob der*die Täter*in dies subjektiv „bewusst als einen Faktor einkalkuliert hat".

Möglich ist, dass die Rechtsprechung diese Voraussetzung angesichts der hohen Strafdrohung konsequent nur restriktiv zur Anwendung bringt und das Mordmerkmal dementsprechend häufig leerläuft. Man stelle sich vor: Ein Ehemann kann die Trennungsabsicht seiner Partnerin psychisch „nicht adäquat verarbeiten" (S. 16). In einem Streitgespräch gerät er so in Rage und Verzweiflung, dass er sie körperlich überwältigt und erwürgt. Die Rechtsprechung verneint das bewusste Kalkül aufgrund des psychischen Ausnahmezustands und verurteilt wegen Totschlags.

Möglich ist andererseits, dass ein weiteres Merkmal mit einem kleinen Wertungsspielraum (ähnlich dem der Heimtücke) in der Praxis dazu führt, dass Tötungshandlungen als Morde beurteilt werden müssen, obgleich Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz entstehen. Man denke an folgende Fallkonstellation: Eine pflegende Angehörige erträgt kaum, welche starken Schmerzen der tödlich erkrankte Patient erlei-

[1] BGH 29.10.2008 –2 StR 349/08, Rn. 9; vgl. auch BGH 21.2.2018 –1 StR 351/17, Rn. 10 sowie BGH 7.5.2019 –1 StR 150/19, Rn. 8.

det. Sie weiß aus früheren Gesprächen, dass er so nicht dahinsiechen wollte, und tötet ihn aus Mitleid, indem sie das körperlich geschwächte Opfer erstickt. Die Rechtsprechung legt ein weites Verständnis des „bewussten Einkalkulierens“ zugrunde und verurteilt wegen Mordes.

Wahrscheinlich jedenfalls auf Basis der bisherigen Rechtsprechung bleibt letztlich eine Kombination aus diesen Szenarien: die Rechtsprechung wird sich in einigen Fällen differenziert mit den Hintergründen des Falles auseinandersetzen und präzise abwägen, ob und inwieweit dem*der Täter*in ein bewusstes Einkalkulieren der eigenen körperlichen Überlegenheit vorzuwerfen ist. Rechtsprechung und Wissenschaft werden Maßstäbe und Leitgrundsätze für die Rechtspraxis entwickeln, es werden sich Fallgruppen herauskristallisieren. Wo aber solche Wertungsspielräume gelassen werden, bleibt Raum für *Bias*. Damit könnte der Entwurf die Tür zu genau jenem Problem offenlassen, das aktuell zu der bemängelten rechtlichen Beurteilung von Trennungstötungen führt.

Zudem vermag die Einfügung eines Mordmerkmals „unter Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ das „Dilemma“ um die sog. Haustyrannenmorde nicht zu lösen. Solange das Mordmerkmal der Heimtücke in seiner jetzigen Fassung und Auslegung bestehen bleibt, wird sich an der rechtlichen Bewertung dieser Fälle nichts ändern. Mit anderen Worten: das Opfer der Misshandlungen, das in einem Moment handelt, in dem der*die Haustyrann*in sich des Angriffs nicht versieht, handelt weiterhin als Mörder*in. Die Rechtsprechung wäre weiterhin auf die Konstellation der Rechtsfolgenlösung angewiesen, um eine in diesen Fällen als mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar erachtete lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden.

Repression statt Prävention - einseitig erweiterter Beurteilungsspielraum

Es ist zudem fragwürdig, aus der erhöhten Schutzbedürftigkeit von als potenziell vulnerabel erkannten Opfergruppen unmittelbar das Erfordernis höherer Strafen abzuleiten. Schutzwürdigkeit ist nicht unmittelbar gleichzusetzen mit Strafrechtswürdigkeit (vgl. ausführlich Wörner in Kuhli/Asholt). Dies gilt umso mehr angesichts der Tatsache, dass Strafschärfungen eher symbolisch wirken. Davon ausgehend, dass der durchschnittliche Täter einer Trennungstötung die rechtlichen Details dieser vorgeschlagenen Änderung des Mordparagrafen tatsächlich versteht und in seine Entscheidungsfindung einbezieht: was hielte ihn davon ab, seine (Ex-)Partnerin zu erschießen, statt sie mit überlegener Körperkraft zu töten, um so der Verurteilung wegen Mordes zu entgehen?

Abgesehen davon, dass das Szenario eines so rechtskundigen Täters eher die Ausnahme sein dürfte, verkennt der Entwurf das eigentlich verwerfliche Element, das Trennungstötungen kennzeichnet. Dieses liegt nicht etwa in der Art und Weise der Tatbegehung, sondern vielmehr in den Beweggründen. Wenn die Niedrigkeit dieses Motivs von der Rechtsprechung jedenfalls bei Tätern, denen keine kulturelle Fremdheit zugeschrieben wird, oft nicht anerkannt wird, so liegt dies nicht an der materiellen Rechtslage, sondern an deren Auslegung und Anwendung. Auch der Entwurf erkennt scheinbar nicht, dass es der patriarchale Besitzanspruch ist, den die Täter von Trennungstötungen an ihre (Ex-)Partnerinnen stellen, der – gerade auch vor dem Hintergrund der Änderung in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB – strafschärfend wirken müsste, statt auf eine fragwürdige Vorstellung von männlicher und weiblicher Körperkraft abzustellen.

Darüber hinaus ist körperliche Überlegenheit nicht die einzige relevante Machtdynamik in sozialen Näheverhältnissen. Im Haustyrannenfall etwa ist es eben nicht nur die körperliche Kraft oder Gewalt, die den Tyrannen (und damit die “offene”, d.h. nicht heimtückische) Tatbegehung so gefährlich macht. Gerade Abhängigkeiten im Hinblick auf die finanzielle, Wohnungs-, Lohnarbeits- oder soziale Situation intensivieren die Vulnerabilität von Gewaltbetroffenen. Verlässt man sich mit dem vorgeschlagenen Mordmerkmal darauf, dass gewaltbetroffene Personen bspw. nur in heterosexuellen Beziehungen vorkommen und generell körperlich schwächer sind, so werden diese maßgeblichen Faktoren ausgeklammert. Psychische Gewalt kann nicht berücksichtigt werden. Auch, was Kindstötungen angeht, erscheint es damit sinnvoller, auf ein Verständnis der bestehenden Mordmerkmale hinzuwirken, das zu den Macht- und Kräfteverhältnissen in solchen Sachverhalten passt.

Daria Bayer, Onur Özata

Die Grenzen der „Neutralität“

Zur Beihilfestrafbarkeit im KZ Stutthof und darüber hinaus

doi: 10.59704/0020ccd2c3044936

Irmgard F. war zwischen 1943 und 1945 die Stenotypistin des Lagerkommandanten im Konzentrationslager Stutthof. Das LG Itzehoe verurteilte sie am 20. Dezember 2022 wegen Beihilfe zum Mord in 10.505 Fällen und zum versuchten Mord in fünf Fällen. Letzte Woche hat der 5. Strafsenat des BGH die von F. gegen das Urteil eingelegte Revision verworfen.[1] Die Verurteilung zu einer Jugendfreiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung ist somit rechtskräftig.

Das Urteil des BGH ist zeitgeschichtlich bedeutsam und stellt einen wichtigen Beitrag zur Anerkennung des Unrechts dar, das den Opfern des Nationalsozialismus widerfahren ist. Doch es geht darüber hinaus: Der Senat konkretisiert die in der internationalen Strafrechtswissenschaft aktuell diskutierte Frage der Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit bei sogenannten berufstypisch „äußerlich neutralen“ Handlungen (s. etwa Ambos und bereits Ambos, Baun sowie Petersen) hinsichtlich der engen Einbindung in organisierte Verbrechensstrukturen. Er leistet damit einen begrüßenswerten Beitrag zu den Grenzen individueller Verantwortlichkeit in bürokratisch organisierten Machtapparaten. Man kann sich – so ließe sich eine Lehre aus dem Urteil formulieren – nicht pauschal darauf zurückziehen, „bloß“ seinen Job zu machen, und dabei den Kontext der Tätigkeit geflissentlich ausblenden.

Zweifel an der Legitimität der NS-Spätverfolgung

Im Zusammenhang mit dem Verfahren gegen F. hatte es – wie bereits bei früheren Verfahren gegen KZ-Angestellte – in der Öffentlichkeit Zweifel an der Legitimität der NS-Spätverfolgung gegeben: Bringen die Prozesse gegen NS-Gehilfinnen und Gehilfen heute überhaupt noch etwas? Sind sie nicht unbillig, weil die meisten Täter und Täterinnen nicht oder viel zu milde bestraft worden sind?

Kein schutzwürdiges Vertrauen auf strafrechtliche Nicht-Verfolgung

Diese Zweifel hat der BGH gleich zu Beginn seiner Urteilsverkündung entkräftet: Mord, ebenso wie die Beihilfe zum Mord,[2] verjähren nicht (§ 78 Abs. 2 StGB). Auch dass F. in früheren NS-Verfahren nur als Zeugin vernommen worden war, schaffe keinen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand. Denn allein ein rechtskräftig abgeschlossen Verfahren schütze das Vertrauen darauf – abgesehen von den in § 362 StPO normierten Ausnahmen – nicht *noch einmal* strafrechtlich verfolgt zu werden (vgl. Art. 103 Abs. 3 GG). Aufgrund der „fehlgeleiteten Nachkriegsjustiz“ (so der Senat wörtlich, s. hierzu auch etwa Safferling in: Lüttig/Lehmann), insbesondere der mittlerweile revidierten Rechtsprechung zum sogenannten „Einzeltatnachweis“ (hierzu etwa Burghardt, S. 37 ff und Kurz), waren viele NS-Gehilfinnen und Gehilfen wie F. aber *überhaupt nicht* verfolgt worden.

Strafprozess ermöglicht differenzierte Schuldfeststellung

Dem ist hinzuzufügen, dass es in dem Verfahren neben der Unrechtsanerkennung für die Opfer und ihre Angehörigen auch um die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen ging. Darüber hinaus ermöglicht ein Strafprozess eine genaue und differenzierte, für die Zukunft verbindliche Feststellung der individuellen Verantwortung der Angeklagten unter Wahrung ihrer subjektiven Rechte (vgl. Drumbl, S. 3).

[1] Az. 5 StR 326/23; die nach § 169 Abs. 3 S. 1 GVG aufgezeichnete Urteilsverkündung ist hier einsehbar. Die folgende Analyse bezieht sich, da die schriftlichen Urteilsgründe noch nicht vorliegen, auf die in der mündlichen Revisionshauptverhandlung vom 31. Juli 2024 sowie der Urteilsverkündung vom 20. August 2024 gewonnen Eindrücke der Verfasser.

[2] So die ghM unter Berufung auf Wortlaut, Systematik und Historie, s. etwa Greger/Weingarten, in: LK-StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2020, § 78 Rn. 5 f. m.w.N. Dagegen etwa Mitsch, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 78 Rn. 15 (Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG).

Begründung der Beihilfestrafbarkeit von F.

Im Zentrum der Revisionshauptverhandlung vom 31. Juli 2024 stand die Begründung der Beihilfestrafbarkeit von F. Sie hatte als Zivilangestellte in Stutthof im Geschäftszimmer der Abteilung I dem Lagerkommandanten direkt zugearbeitet. Hierdurch unterschied sich der Sachverhalt von früheren Verfahren gegen SS-Wachmänner.

Nach den – laut BGH rechtsfehlerfreien – Feststellungen des LG Itzehoe war ein Großteil des Schriftverkehrs innerhalb und außerhalb von Stutthof über F.'s Schreibtisch gegangen. Auch wenn F. kein konkretes Schriftstück zweifelsfrei zugeordnet werden konnte (LG Itzehoe, Rn. 226), ging das LG daher von physischer Beihilfe von F. aus.[3] Der Schriftverkehr sei in der „organisierten, behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems […] zwingend erforderlich" für die „Organisation und Durchführung der zahlreichen Tötungen" (LG Itzehoe, Rn. 224) gewesen. Ferner nahm das LG auch psychische Beihilfe an. F habe den Tatentschluss der Haupttäter gestärkt, indem sie den Haupttätern als „zuverlässige und gehorsame Untergebene" in „fortlaufender Dienstbereitschaft" zur Verfügung stand (LG Itzehoe, Rn. 227). Ihre Tätigkeit als *die* Sekretärin des Lagerkommandanten war von „essenzieller Bedeutung" für die Umsetzung der im KZ Stutthof verfolgten Ziele (LG Itzehoe, Rn. 227).

Uniformierung nicht entscheidend

Der BGH wies darüber hinaus darauf hin, dass es nicht darauf ankomme, ob eine Angestellte „Uniform trägt" oder nicht, d.h. ob sie im hiesigen Fall Teil der SS oder Zivilangestellte war. Entscheidend sei allein die *konkrete Funktion* der Angeklagten und ob diese *im Rahmen des Gesamtbetriebes* einen fördernden Beitrag zu *konkreten Haupttaten* geleistete habe. Insofern bestätigte der BGH im Einklang mit seiner Rechtsprechung im Gröning-Beschluss die Anwendung des aus dem Völkerstrafrecht bekannten systemischen Zurechnungsmodells (ähnlich der JCE-II Doktrin, s. Ambos und Bock). Dieses erweitert das traditionelle Zurechnungsmodell bei Völkerrechtsverbrechen um ein „systemisches Moment", um dem Kollektivbezug des individuellen Handelns gerecht zu werden (Bock, S. 427).

Begrenzung durch berufstypische „neutrale" Handlungen?

Aufgrund der Erweiterung der individuellen Zurechnung bei Verbrechen mit Kollektivbezug ist es in besonderem Maße geboten, über Begrenzungen im Einzelfall nachzudenken. Im Fall von F., die zuvor die – offensichtlich sozialadäquate – Tätigkeit einer Stenotypistin in einer Bank ausgeübt hatte, ließe sich überlegen, ob ihre anschließende Tätigkeit als Stenotypistin im KZ Stutthof nicht im Kern dieselbe, sozialadäquate Tätigkeit geblieben war. Mit anderen Worten hatte sich, so ließe sich vorbringen, nicht ihre Tätigkeit, sondern allein der Kontext geändert, in den sie diese Tätigkeit (wohlgemerkt: freiwillig, s. LG Itzehoe, Rn. 96, 367) stellte. Das LG Itzehoe erwog daher kurz eine Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit nach den im Wirtschaftsstrafrecht entwickelten Grundsätzen der berufstypischen „neutralen" Handlungen.

Hiernach können Verhaltensweisen, die zwar die Voraussetzungen von § 27 StGB erfüllen, die die Gehilfin nicht nur spezifisch gegenüber dem Täter, sondern gegenüber jeder anderen Person ebenfalls vorgenommen hätte, weil sie damit einen von der Verbrechensbegehung unabhängigen, sozialadäquaten Zweck verfolgt (etwa: Brötchen verkaufen), von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Die Einschränkung wird damit begründet, dass sich niemand durch „bloße Mutmaßungen über die Möglichkeit einer strafbaren Verwendung von alltäglichen, sozial nicht unerwünschten Handlungen abhalten lassen" soll (BGH, Urteil v. 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, Rn. 29). Es geht also maßgeblich um den Schutz sozialen Vertrauens in ein funktionierendes Wirtschaftssystem (Frisch, S. 269 ff.).

„Neutrale Beihilfe" im KZ?

Das LG Itzehoe sah vor dem Hintergrund dieser Erwägungen für eine Anwendung der Grundsätze der „neutralen Beihilfe" in einem *faktischen Vernichtungslager* (LG Itzehoe, Rn. 65) wie dem KZ Stutthof keinen Raum (ähnlich bereits Werle/Burghardt, in: Fahl u.a., S. 348):

> „Für eine Übertragung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall mit einer Betrachtungsweise, die das Vertrauen auf die offensichtlich nicht gegebene Legalität des Handelns der Leitung eines Konzentrationslagers

[3] In diesem Punkt lassen sich die recht dünnen Urteilsfeststellungen des LG Itzehoe kritisch betrachten.

> schützen wollte, spricht nichts.“ (LG Itzehoe, Rn. 431)

Auch der BGH verneinte eine Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit wegen „berufstypischen Verhaltens“ von F.; allerdings nicht schon wegen grundsätzlicher Unanwendbarkeit der Grundsätze, sondern, weil es an deren Voraussetzungen im konkreten Fall fehle. Der Senat bezog sich – bereits in der Revisionshauptverhandlung vom 31. Juli 2024 – auf seine letzte in dieser Sache ergangene Entscheidung aus 2014 zur Beihilfe zum Gewinnspielbetrug:

> „Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter‘; es ist als ‚Solidarisierung‘ mit dem Täter zu deuten […]. Aus objektiven Gründen kann eine strafbare Beihilfe zu verneinen sein, wenn dem Handeln des – um die bevorstehende Deliktsverwirklichung wissenden – Täters der „deliktische Sinnbezug” […] fehlt, weil das vom Gehilfen geförderte Tun des Haupttäters nicht allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt […]“ (BGH, Urteil v. 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12 (Rn. 26 ff.)

Positives Wissen um Tötungen

Der Senat geht davon aus, dass eine Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit wegen berufstypischen Verhaltens aus *subjektiven Gründen* jedenfalls ausscheide, da das LG Itzehoe hinreichende Feststellungen zum positiven Wissen von F. zu den in Stutthof geplanten und ausgeführten Tötungen getroffen habe. Dies insbesondere deshalb, da F. über zwei Jahre in intensiven Arbeitszeiten (bis zu 10 Stunden täglich, 7 Tage die Woche, s. LG Itzehoe, Rn. 106 ff.) mit direkter Sicht auf den Sammelplatz der Gefangenen und weite Teile des Lagers in Stutthof gearbeitet hatte und der Geruch von Leichen allgegenwärtig war (LG Itzehoe, Rn. 234).

Deliktischer Sinnbezug der Tätigkeit

In Bezug auf eine Beschränkung der Beihilfe nach *objektiven Grundsätzen* wegen möglichen Fehlens eines deliktischen Sinnbezugs verdienen die in der Revisionshauptverhandlung vom Senat gestellten Fragen Aufmerksamkeit. Die Richterinnen und Richter hatten die Verteidigung mehrmals danach gefragt, worin sie denn den „abtrennbaren“, nicht auf die Massentötungen bezogenen Teil von F.’s Tätigkeit sehen würden. Hierauf konnte (und wollte) die Verteidigung keine konkrete Antwort geben. Angesichts der intensiven Arbeitszeiten von F. konnte auch die im Urteil des LG enthaltene Äußerung von F., ihr Vorgesetzter sei „ein großer Gartenfreund gewesen und jedenfalls *einmal* habe sie Gartenbedarf für ihn bestellt“ (LG Itzehoe, Rn. 333), selbstverständlich keinen substanziellen, eigenständigen Beitrag begründen. Selbst wenn F. ab und an auch private Tätigkeiten für den Lagerkommandanten verrichtet haben sollte, änderte dies nichts daran, dass der *Schwerpunkt* ihrer Tätigkeit der Aufrechterhaltung des verbrecherischen Lagerbetriebs diente (LG Itzehoe, Rn. 335).

Dogmatische Auswirkungen der Entscheidung

Der 5. Strafsenat hat mit seiner Entscheidung klargestellt, dass auch bei organisierten Massenverbrechen die allgemeinen Grundsätze zur „neutralen Beihilfe“ grundsätzlich Anwendung finden können. Daher kommt es auch *nicht* auf die in der Revisionsverhandlung ebenfalls diskutierte formale Einordnung von Stutthof als „reines Vernichtungslager“ oder „Arbeitslager“ an. Entscheidend ist immer die Betrachtung der konkreten Tätigkeit und des konkreten Wissens der Gehilfin im Einzelfall.

Weil der BGH also kein „Sonderrecht“ für die Verfolgung von NS-Unrecht aufstellt, sondern die allgemeinen (aus dem Wirtschaftsstrafrecht bekannten) Grundsätze der neutralen Beihilfe bemüht, stellt sich die Frage, ob das Urteil auch Auswirkungen auf Wirtschaftsstrafverfahren wie beispielsweise im Zusammenhang mit Wirecard oder Cum Ex haben kann. Ein Nebenklagevertreter merkte in seinem Plädoyer deshalb auch mahnend an, die Sekretäre und Sekretärinnen von Wirecard müssten jetzt „zittern“. Stimmt das?

Änderung der Verfolgungspraxis?

Wahrscheinlich nicht. Denn an den Kriterien der neutralen Beihilfe hat sich durch das jetzige Urteil des 5.

Strafsenats im Vergleich zum zitierten Urteil aus 2014 – soweit ersichtlich – nichts geändert (hier werden die schriftlichen Urteilsgründe nähere Auskunft geben). Allerdings könnte sich durch die gesteigerte Aufmerksamkeit, die das Verfahren gegen F. und ihre Rolle als Stenotypistin des Lagerkommandanten im Rahmen der Verbrechensstrukturen erlangt hat, gegebenenfalls die zukünftige Verfolgungspraxis ändern. Insbesondere die vorgebliche „Neutralität" von Handlungen und das Fehlen eines „deliktischen Sinnbezugs" beziehungsweise eines konkret benennbaren und abtrennbaren Teils der Tätigkeit, die sich nicht auf die Verbrechensbegehung bezieht, werden im Einzelfall genau zu prüfen sein.

Ein Blick in die Zukunft

Das Urteil zeigt, dass auch die Prozesse gegen in der Befehlskette am unteren Ende Stehende, sogenannte „low-level functionaries" (s. Drumbl, S. 29), von bürokratisch organisierten Machtapparaten zu einem besseren Verständnis des Funktionierens der Strukturen beitragen (vgl. auch Drumbl, S. 177). So haben das gesamte Verfahren und die ihm zugrunde liegenden Ermittlungen noch einmal die spezifische Rolle des KZ-Sekretariats verdeutlicht.

Dies entlastet nicht davon, die Haupttäter und Haupttäterinnen zu verfolgen. Auch geht es nicht darum, die unteren Funktionäre stellvertretend für diese mit symbolisch harten Strafen zu belegen, um eine frühere „fehlgeleitete Nachkriegsjustiz" zu kompensieren. Im Gegenteil: Die untergeordnete Rolle der Gehilfen und Gehilfinnen ist zwingend auf Strafzumessungsebene zu berücksichtigen (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB). Ebenso sind andere strafmildernde Faktoren wie das Alter – zur Tatzeit wie heute (s. dazu Beck) – oder der Einfluss des sozialen Umfelds in den Strafausspruch einzubeziehen (s. LG Itzehoe, Rn 534 ff.).

Die Prozesse gegen NS-Gehilfinnen und Gehilfen stehen damit in einem besonderen Spannungsfeld „zwischen dem [durch die kollektive und organisierte Dimension der Verbrechen gesteigerten] Strafbedürfnis der Allgemeinheit und dem zum Schutze des Angeklagten bestehenden Schuldprinzip" (Klesczewski, S. 6). Mit dem Urteil gegen F., die – sofern sie nicht gegen Bewährungsauflagen verstößt – keine Freiheitsstrafe wird antreten müssen, scheint diese Spannung angemessen aufgelöst. Der Präsident des Zentralrats der Juden begrüßte das Urteil in diesem Sinne.

Stein im Mosaik von „Never Again"

Der späte Prozess gegen F. ist also kein Ausdruck „der Rache und Vergeltung", wie der BGH zum Schluss der Urteilsverkündung in den Worten Fritz Bauers noch einmal klargestellt hat. Vielmehr hat er für die Zukunft verbindlich festgehalten: Man kann sich nicht pauschal darauf zurückziehen, „bloß" seinen Job zu machen, und dabei den Kontext der Tätigkeit ausblenden. Denn „nahezu" jede (Arbeits-)Tätigkeit kann „in einen strafbaren Kontext gestellt werden" (BGH, Urt. v. 19. Dezember 2017 – 1 StR 56/17, Rn. 16). Das Urteil lässt sich damit als ein Stein im Mosaik dessen verstehen, was der allgemeine Grundsatz „Never Again" konkret bedeutet.

Onur Özata war Vertreter dreier Nebenklägerinnen im gesamten Verfahren. Daria Bayer hat ihn im Revisionsverfahren unterstützt.

Die Autoren danken Vanessa Rohn, Anja Schmidt, Erik Warschkow, Dominik Kühn, Marcel Wachtel, Kilian Wegner, Joachim Renzikowski und Paul Dieke.

Jürgen Bering, Svea Windwehr

Digitale Silver Bullets

Grundrechtswidrige Regulierungsvorhaben statt wirksamer Kinder- und Jugendschutz

doi: 10.59704/56dd28505f6a47b2

Chatkontrolle, KI-gestützte Altersverifizierung und Zwangsfilter auf Betriebssystemen bilden die letzten Beispiele einer langen Reihe von Regulierungsvorhaben, die im Namen des Kinder- und Jugendmedienschutzes Grundrechtseingriffe als alternativlos darstellen. Dabei verkauft die Politik die noch nicht-existenten Techniken als *silver bullets*, also als simple Lösung zu einem komplexen Problem. Das ist fatal, weil die Vorhaben die Grundrechte aller Nutzer*innen unterminieren, nicht nur jene der vereinzelten Täter. Außerdem lassen die Vorhaben Kinder und Jugendliche die sich im Netz bewegen, mit ihren komplexen und vielschichtigen Bedürfnissen und Risikoprofilen im Stich. Anstatt evidenzbasierte Alternativkonzepte zu entwickeln und in wirksame, holistische Ansätze für Kinder- und Jugendmedienschutz zu investieren, werden auch ihre Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung, Privatsphäre und Autonomie eingeschränkt.

Chatkontrolle noch nicht vom Tisch

Die Chatkontrolle ist zwar vorerst gescheitert, allerdings ist sie damit nur aufgeschoben, nicht aufgehoben: Auch nach intensivem Ringen hat es die belgische Präsidentschaft des Rats der Europäischen Union nicht geschafft, eine qualifizierte Mehrheit der Mitgliedsstaaten hinter ihrem Verordnungsentwurf zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern (CSA-Verordnung) zu versammeln. So konnten massive Eingriffe in die Grundrechte aller europäischer Nutzer*innen zwar vorerst abgewandt werden. Trotz des erneuten Scheiterns des Rats, sich auf eine gemeinsame Position zu einigen, ist aber klar, dass Vorschläge wie das Client-Side-Scanning noch nicht vom Tisch sind, und auch in Zukunft die Europäische Kommission und Mitgliedstaaten wie Spanien und Irland das Projekt Chatkontrolle weiterhin mit Eifer verfolgen werden.

Außerdem ist in der Debatte um Altersverifizierungen im Netz mit neuen Vorstößen zu rechnen. Es häufen sich etwa Aussagen von Spitzenpolitiker*innen, nach denen die Nutzung von sozialen Netzwerken eingeschränkt und auf über 15-Jährige limitiert werden oder gar die Funktionsweisen von Endgeräten massiv beschnitten werden sollen. Zeitgleich wird im Rahmen der Novellierung des Jugendmedienschutzstaatsvertrags für Zwangsfilter auf Betriebssystemebene als ultimative technische Lösung für den Jugendschutz geworben. Dabei sollte spätestens nach dem Scheitern der Chatkontrolle klar sein, dass es ein „weiter so“ nicht geben darf, und es höchste Zeit ist, effektiven Kinder- und Jugendmedienschutz und Grundrechte zusammen zu denken.

Keine Privatsphäre ist auch keine Lösung

Das grundlegende Ziel, das die CSA-Verordnung verfolgt, ist ein sehr wichtiges und berechtigtes: den Missbrauch von Kindern über das Internet und die Verbreitung von Missbrauchsdarstellungen zu verhindern. Dafür setzt der Verordnungsentwurf der Kommission auf eine Reihe von Maßnahmen wie Netzsperren und Altersverifikationen. Im Kern ist das Ziel aber, Dienste dazu zu verpflichten, Inhalte nach unbekannten und bekannten Missbrauchsdarstellungen zu durchsuchen. Diese Verpflichtungen sind insbesondere an Dienste gerichtet, die ein erhebliches Risiko aufweisen, für den Austausch kindesmissbräuchlicher Inhalte verwendet zu werden (unabhängig vom tatsächlichen Ausmaß dessen). Qua Definition sind damit alle Dienste betroffen, die den Austausch von Nachrichten, Bildern oder Videos ermöglichen, auch solche, die Ende-zu-Ende Verschlüsselung einsetzen und momentan nicht in der Lage sind, auf die Inhalte ihrer Nutzer*innen zuzugreifen. Gleichzeitig wird die direkte Aussage, dass Verschlüsselung aufgebrochen werden soll, weitgehend vermieden. Die vermeintliche Lösung soll das sogenannte Client-Side-Scanning bieten, also ein Scannen von Inhalten, bevor diese verschlüsselt werden. Dabei handelt es sich aber im Kern um einen Taschenspielertrick: Entweder Inhalte können verschlüsselt und privat versendet werden – einschließlich auf dem eigenen Endgerät – oder eben nicht.

Deshalb wurden bereits erhebliche Zweifel geäußert (s. etwa hier, hier und hier), ob die Vorschläge zu einer Chatkontrolle überhaupt grundrechtskonform sein könnten. Insbesondere wird nach überwiegender Auffassung davon ausgegangen, dass es sich um einen unverhältnismäßigen Eingriff in Grundrechte darstellt. Konkret betroffen sind unter anderem das Recht auf Privatsphäre (Art. 7 Charta der Grundrechte der EU, i.F. GRCh) und das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GrCh). Dabei kann man zunächst bezweifeln, inwiefern das Scannen von privaten Nachrichten ein geeignetes Ziel für mehr Kinder- und Jugendschutz ist und kritisch darauf hinweisen, dass die vorgeschlagenen Technologien hohe Fehlerquoten aufweisen. Selbst wenn man annehmen würde, dass die Chatkontrolle ein geeignetes Mittel wäre, um die Ziele der Verordnung durchzusetzen, liegt es nahe, dass dies eine anlasslose und umfassende Überwachung privater Kommunikation – einschließlich der Durchbrechung von Ende-zu-Ende-Verschlüsselung – nicht rechtfertigen würde.

Den rechtlichen Ausgangspunkt für diesbezügliche Zweifel bildet die Rechtsprechung des EuGH in den Sachen *La Quadrature du Net* und *Digital Rights*, nach denen Überwachungsmöglichkeiten unter anderem dadurch Grenzen aufgezeigt sind, dass diese verhältnismäßig sein müssen und es auch Kontrollmöglichkeiten bedarf. Darüber hinaus muss der Wesensgehalt der entsprechenden Grundrechte erhalten bleiben. In Bezug auf die Vorratsdatenspeicherung sah das Gericht keine Verletzung des Wesensgehalts, da es sich lediglich um Metadaten handelte, also kein Zugriff auf die tatsächliche Kommunikation vorlag. Das ist bei der Chatkontrolle anders. Auch wenn mit der Entscheidung *La Quadrature du Net II* Anzeichen dafür vorliegen, dass der EuGH seine Anforderungen abgesenkt haben könnte, ist im Kern weiter davon auszugehen, dass eine allgemeine, anlasslose und unkontrollierte Überwachung der Kommunikation zumindest einen unverhältnismäßig intensiven Eingriff darstellt.

Hinzu kommt die faktische Verpflichtung gegenüber Unternehmen, Verschlüsselungstechnik durch Client-Side-Scanning abzuschwächen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte erst vor Kurzem entschieden, dass Ende-zu-Ende-Verschlüsselung eine grundrechtliche Bedeutung zukommt und es rechtswidrig ist, diesen Schutz präventiv aufzubrechen.

Auch wenn derzeit unklar ist, wie es mit dem Vorhaben weitergeht, erfolgen die oben beschriebenen Grundrechtseingriffe übrigens schon heute. Denn die EU hat bereits im Jahr 2021 eine Verordnung verabschiedet – und diese nun bis 2026 verlängert –, die es Anbieter*innen von Messengern und E-Mail-Diensten ermöglichen soll, auf freiwilliger Basis Nachrichten nach Missbrauchsdarstellungen zu durchsuchen, wovon viele Dienste wie Gmail oder Messenger von sozialen Netzwerken wie X und Facebook Gebrauch machen. Denn, auch wenn derzeit noch keine Verpflichtung zum Scannen besteht, gibt es doch hinreichend politischen Druck, die Maßnahme schon jetzt durchzuführen.

Ende-zu-Ende verschlüsselte Kommunikation ist zwar von der sogenannten Interims-Verordnung ausgenommen, allerdings gelangt ein Gutachten der Grünen/Europäischen Freien Allianz und der Europäischen Piratenpartei zu dem Ergebnis, dass die freiwilligen Maßnahmen unter der Interims-Verordnung nichtsdestotrotz EU-Grundrechte verletzen. Neben der bereits angesprochenen Unverhältnismäßigkeit der Eingriffe, die sich bei jeder Form anlassloser massenhafter Überwachung auftun, bringen die freiwilligen Maßnahmen der Anbieter*innen eigene Probleme mit sich. So werden an staatliche Überwachungsmaßnahmen strenge Anforderungen gestellt, was die Kontrolle und die Durchführung der Maßnahmen angeht, die für Unternehmen nicht gelten. Auch können sich Nutzer*innen gegen staatliche Maßnahmen einfacher gerichtlich zur Wehr setzen. Sobald Private aber einen Freischein erhalten, zu überwachen, greifen viele dieser Absicherungen nicht mehr oder nur eingeschränkt. So entscheidet kein Gericht darüber, wie es bei staatlichen Überwachungsmaßnahmen in der Regel der Fall ist, wann Inhalte gescannt werden. Auch hat ein deutsches Gericht bereits entschieden, dass für eine Klage eines deutschen Nutzers gegen die Scanpraxis irische Gerichte zuständig sind, auch wenn die Daten schlussendlich beim deutschen Bundeskriminalamt landen. Dies wurde mit den europäischen Zuständigkeitsregeln in grenzüberschreitenden Fällen begründet. Das ist aber problematisch, weil Nutzer*innen davon absehen werden ihre Rechte in einem Gerichtsverfahren im Ausland durchzusetzen. Das liegt nicht zuletzt am sehr hohen finanziellen Risiko eines solchen Verfahrens.

Das falsche Versprechen der Altersverifizierung

Während die (freiwillige) anlasslose Massenüberwachung von privater Kommunikation durch private Anbieter*innen andauert, weil die EU die Interims-Verordnung verlängert hat, und verschiedene Akteure die verpflichtende Chatkontrolle rechtspolitische weiter verfolgen, wird in den Mitgliedsländern um eine weitere Maßnahme zum Kinderschutz gerungen: die Altersverifizierung. Der Begriff der Altersverifizierung beschreibt verschiedene Ansätze zur Ermittlung des Alters von Nutzer*innen im Netz. Dabei lässt sich grob zwischen zwei verschiedenen Herangehensweisen unterscheiden: die Verifizierung des Alters durch einen Datenabgleich, und das Schätzen des Alters aufgrund biometrischer Daten oder Einblicke in das Nutzer*innenverhalten.

Die Altersverifizierung ist im Rahmen der CSA-Verordnung für Dienste vorgesehen, die das Risiko tragen, für die Erstellung und Verbreitung von kindesmissbräuchlichen Materialien genutzt zu werden. Sie ist aber auch im Rahmen der Kinder- und Jugendmedienschutz-Regeln des Digital Services Act im Gespräch, wo sie als eine mögliche Maßnahme aufgeführt wird, um spezifische Risiken für Minderjährige zu mindern. Auch in den Mitgliedsstaaten ist die Altersverifizierung im Gespräch: Frankreichs und Dänemarks Staatsoberhäupter haben sich unlängst dafür ausgesprochen, den Zugang zu Online-Plattformen wie TikTok mittels Altersverifizierung auf Über-15-Jährige zu beschränken. Die spanische Regierung hat derweil angekündigt, einen Prototyp zur Altersverifizierung ab Ende Sommer 2024 zur Verfügung zu stellen. Und auch das deutsche Bundesfamilienministerium hat die Entwicklung eines Prototyps beauftragt, um ihre Vision einer angeblich datensparsamen und anonymen Methode zur Altersverifizierung vorzustellen.

Doch eine grundrechtskonforme Methode der Altersverifizierung umzusetzen, scheint der Quadratur des Kreises gleichzukommen. Alle bekannten Ansätze zeigen schwerwiegende Unzulänglichkeiten auf und bergen ernsthafte Risiken für die Kommunikationsfreiheit. Die Feststellung bzw. Verifizierung des Alters über Ausweispapiere oder elektronischen ID-Lösungen kann einem de facto Verbot der anonymen Nutzung von Internet-Diensten gleichkommen. Einige Personengruppen wie Geflüchtete oder auch Kinder besitzen nicht einmal gültige Ausweispapiere, die sie zur nutzen könnten, um ihr Alter zu verifizieren. Auch für Trans-Personen kann eine Verpflichtung, das eigene Alter mithilfe eines Ausweisdokuments, das mit dem geführten Namen nicht übereinstimmt, eine massive Zugangsbeschränkung zu Inhalten und Diensten bedeuten. Hinzu kommen Risiken für die Sicherheit und des Missbrauchs der so abgefragten und gesammelten Daten, zumal solche Identitätsprüfungen regelmäßig auf externe Dienstleister ausgelagert werden.

Auch das Schätzen des Alters von Nutzenden über die Auswertung biometrischer Daten oder anderer Signale, wie beispielsweise die Browserhistorie, geht mit erheblichen Nachteilen einher. Bei besonders sensiblen biometrischen Daten wird Nutzer*innen viel Vertrauen abverlangt, diese in die Hände von privaten Unternehmen zu geben. Zudem ist bei der Auswertung von biometrischen Daten und anderer Ansätze, die mittels KI Daten auswerten und nach Mustern und Regelmäßigkeiten suchen, oft unklar, wie genau das Modell zu seiner Einschätzung gelangt ist. Das ist besonders problematisch, wenn auf Grundlage solcher Technologien Fehleinschätzungen vorgenommen werden und besonders jung aussehende Erwachsene oder Personen mit ungewöhnlichem Nutzungsverhalten vom Zugang zu bestimmten Apps oder Webseiten ausgeschlossen werden.

Damit stellen gängige Altersverifizierungsansätze nicht nur eine Reihe von Risiken für Nutzer*innen und ihre Kommunikationsfreiheit dar, sie vermitteln außerdem ein falsches Gefühl der Sicherheit. Denn es liegt auf der Hand, dass technische Systeme nie perfekt sind und umgangen werden können. Insbesondere Erwachsene mit böswilligen Absichten, die sich Zugang zu nur für Kinder bestimmte Räume verschaffen wollen, werden Mittel und Wege finden, ihre Ziele zu erreichen.

Massenüberwachung aufgeben, Kinderschutz priorisieren

Zugleich ist klar, dass technische Schutzsysteme nicht ausreichen, solange unsere Gesellschaft nicht bereit ist, massiv in die notwendigen Fähigkeiten zu investieren, die Kinder, Jugendliche und Erwachsene benötigen, um sich selbstbestimmt und sicher durch die digitale Welt bewegen zu können. Dazu gehören signifikante Investitionen in die Ausbildung von Medienkompetenz in Betreuungseinrichtungen und Schulen, gleichzeitig aber auch die Aus- und Weiterbildung von Polizist*innen und Mitarbeiter*innen von Jugendämtern im Umgang mit sexualisierter Gewalt gegen Kinder. Beratungsstellen und zivil-

gesellschaftliche Angebote für die Begleitung und Unterstützung von Kindern und Jugendlichen müssen ausgebaut und nachhaltig finanziert werden.

Auf Seite der Strafverfolgungsbehörden müssen die Kapazitäten erhöht werden, um sicherzustellen, dass Missbrauchsdarstellungen konsequent verfolgt, aber auch gelöscht werden. Das bedeutet mehr und besser ausgebildetes Personal, und Investitionen in eine technische Infrastruktur, die Polizeibehörden dabei unterstützt, kollaborativ auch über Landesgrenzen hinaus zusammenzuarbeiten. Innerhalb von Diensten und Apps, die Kinder nutzen, muss es möglich sein, rechtswidrige Inhalte direkt gegenüber den zuständigen Behörden anzuzeigen und Unterstützung von Eltern oder anderen Vertrauenspersonen hinzuzuziehen. Kinder, Jugendliche und ihre Bezugspersonen müssen in der Lage sein, leicht bedienbare, aber granulare Konfigurationen vorzunehmen, um Inhalte und Interaktionsmöglichkeiten altersgerecht zu beschränken. Denn Kinder und Jugendliche haben das Recht, sich sicher durch die digitale Welt bewegen zu können. Politik, Gesellschaft und Diensteanbieter müssen dafür sorgen, dass sie dies tun können, ohne ihre Rechte auf Privatsphäre, Datenschutz und den freien Zugang zu Wissen an der Schwelle abgeben zu müssen.

André Bartsch

Welche Daten?

Zur geplanten Einführung automatisierter Datenanalysen bei BKA, Bundespolizei und Staatsanwaltschaften

doi: 10.59704/2f52f0cf003eaa01

Die jüngsten Pläne des Bundesministeriums des Innern und für Heimat zur Änderung des BKA-Gesetzes (BKAG) sorgen für Schlagzeilen. Im Fokus der Diskussion stehen dabei vor allem die geplante Einführung von Befugnissen zur heimlichen Wohnungsdurchsuchung und zur Online-Gesichtserkennung. Bundesjustiz- und selbsternannter „Verfassungsminister" Buschmann lehnt die Pläne ab und meint, es werde „keine Befugnisse zum heimlichen Schnüffeln in Wohnungen geben". Kaum diskutiert wurde hingegen (am Rande aber von Rath; vgl. auch die Einschätzung von Ruf und Werdermann), dass der Referentenentwurf auch Befugnisse in BKAG, BPolG und StPO zur automatisierten Datenanalyse mittels „Big Data" schaffen würde. Dabei werfen gerade diese Befugnisse neue verfassungsrechtliche Fragen auf, die das Bundesverfassungsgericht bisher offengelassen hat. Hier wird argumentiert, dass der Gesetzgeber Unbeteiligte wegen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung stärker vor einer Verarbeitung ihrer Daten schützen muss. Es ist daher wünschenswert, die Vorschriften im weiteren Verfahren insbesondere hinsichtlich der für die Datenanalyse zu verwendenden Daten zu präzisieren und zu begrenzen.

Der Referentenentwurf

Der Referentenentwurf reiht sich in eine längere Entwicklung ein, die den Einsatz von Datenanalysetools bei Sicherheitsbehörden stärken will, um den Behörden einen effizienteren Umgang mit dem vorhandenen Informationsbestand zu ermöglichen. Entsprechende gesetzliche Regelungen in Hessen und Hamburg erklärte das Bundesverfassungsgericht bereits für verfassungswidrig. Gegen die Neuregelung dieser Vorschriften ist wiederum bereits eine Verfassungsbeschwerde der Gesellschaft für Freiheitsrechte anhängig.

Der hier nur hinsichtlich der automatisierten Datenanalyse zu besprechende Referentenentwurf sieht als neue Vorschriften § 16a BKAG, § 57a BPolG und § 98d StPO vor, die jeweils die automatisierte Datenanalyse regeln sollen. Dabei erlaubt § 16a BKAG-E „im Informationssystem oder im polizeilichen Informationsverbund gespeicherte personenbezogene Daten mittels einer automatisierten Anwendung zur Datenverarbeitung zusammen[zu]führen und darüber hinaus zum Zwecke der Analyse weiter[zu]verarbeiten". § 57a BPolG-E und § 98d StPO-E haben einen vergleichbaren Wortlaut, zugeschnitten auf deren jeweilige Anwendungsbereiche und unter Nennung der Informationssysteme, die jeweils als Datenquellen zu verwenden sind.

Die präventiven Befugnisse setzen dabei, je nach Vorschrift, eine im Einzelfall bestehende oder eine hinreichend konkretisierte Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut voraus. Die strafprozessuale Ermächtigung knüpft an den tatsachengestützten Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung an, die sich gegen ein besonders gewichtiges Rechtsgut richten muss. Die einmal erstellte Analysedatei soll dabei dauerhaft gepflegt, aber nur im Einzelfall genutzt werden (Begründung zu § 16a Abs. 1).

Grundrechtliche Anforderungen an automatische Datenanalysen

Aufgrund der vorausgegangenen Verfahren hinsichtlich vergleichbarer landesrechtlicher Regelungen (s.o.) drängt sich die Frage auf, ob die Vorschriften verfassungswidrig sind. Die Normen sind dabei in erster Linie am grundrechtlichen Maßstab des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird, zu messen. In das Recht wird durch jede Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten eingegriffen. Somit stellt auch das automatisierte Verknüpfen und Auswerten von Daten einen eigenständigen Eingriff dar. Im Rahmen der Rechtfertigung dieses Eingriffs werden zwei Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relevant: Einerseits – dazu sogleich – der Grundsatz hypotheti-

scher Daten*neu*erhebung und andererseits – dazu anschließend – besondere Rechtfertigungsanforderungen, die sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts speziell für automatisierte Datenanalysen ergeben. In dem letztgenannten Bereich wirft der Entwurf neue Rechtsfragen auf.

Allgemeiner Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung

Bei allen Zweckänderungen gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung. Nach diesem Grundsatz muss bei jeder Zweckänderung geprüft werden, ob die Daten für den geänderten Zweck mit einer vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme erhoben werden dürften.

Die fraglichen Vorschriften des Entwurfs erlauben die Datenanalyse dabei unter den oben geschilderten Voraussetzungen zur Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung, und zwar unabhängig davon, in welchem Zusammenhang die Daten erhoben wurden. Die Befugnisse ermöglichen somit zumindest auch zweckändernde Nutzungen.

Die Anwendbarkeit des Grundsatzes hypothetischer Datenneuerhebung wird zwar im Normtext selbst nicht ausdrücklich geregelt, der Referentenentwurf verweist in der Begründung aber auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften, die diesen Grundsatz enthalten (z.B. § 12 Abs. 2 u. 3 BKAG). Dies dürfte die Anwendbarkeit des Grundsatzes zwar sicherstellen, eine ausdrückliche Regelung wäre gleichwohl wünschenswert.

In der Umsetzungspraxis könnte die angedachte Eingriffsschwelle zu Schwierigkeiten bei der Einhaltung des Grundsatzes führen. Gemäß § 16a Abs. 1 S. 1 BKAG-E soll die automatisierte Datenanalyse bei einer hinreichend konkretisierten Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut möglich sein (s.o.). Manche polizeilichen und strafprozessualen Eingriffsbefugnisse sind aber an noch höhere Eingriffsschwellen gebunden. So erfordert etwa § 46 Abs. 1 BKAG (wegen Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG) eine *dringende* Gefahr, um eine Wohnraumüberwachung durchzuführen. Demnach wäre die Verwendung von Daten aus Wohnungsüberwachungen in der automatisierten Analyse unzulässig, wenn bloß eine hinreichend konkretisierte Gefahr vorliegt. Im Hinblick darauf, dass die Analysedatei nach der Vorstellung des Entwurfs dauerhaft gepflegt werden soll, muss ein Umgang mit dieser Diskrepanz gefunden werden. Denkbar wären etwa technisch-organisatorische Maßnahmen (vgl. § 12 Abs. 5 BKAG), die im Einzelfall sicherstellen, dass der Grundsatz eingehalten wird und die betreffenden Daten aus der Analyse im Einzelfall ausgeschlossen werden. Möglich wäre es aber auch, Daten aus Wohnraumüberwachungen generell auszuschließen.

Besondere Rechtfertigungsanforderungen bei automatischen Datenanalysen

In seiner Hessendata-Entscheidung bestätigte das Bundesverfassungsgericht nicht nur, dass in der automatisierten Datenanalyse ein Eingriff liegt, sondern stellte auch klar, dass diesem Eingriff ein gegenüber der Datenerhebung eigenes Gewicht zukommen kann (Rn. 67 ff.). Dies beruht auf der Überlegung, dass es zwar normale Arbeit von Sicherheitsbehörden ist, Daten und Informationen aus unterschiedlichen Informationsquellen zusammenzuführen, die automatisierte Datenanalyse aber grundsätzlich darauf ausgerichtet ist, in einem Umfang Daten zusammenzuführen und/oder Methoden zur Analyse einzusetzen, die den Behörden manuell nicht zur Verfügung stehen. Es soll so neues Wissen gewonnen werden, das allein durch menschliche Ermittlungen zuvor nicht erkennbar gewesen wäre.

Zur Bestimmung des – für die grundrechtliche Abwägung relevanten – eigenen Eingriffsgewichts der Analyse gibt das Bundesverfassungsgericht sodann verschiedene Kriterien an die Hand (Rn. 75 ff.), wobei dem Senat drei verschiedene „Eingriffsschweren" der Datenanalyse vorschweben (vgl. Rn. 103 ff.): Solche mit hohem, weniger hohem oder keinem Eigengewicht. Bei Maßnahmen mit einem hohen Eigengewicht ist die automatisierte Datenanalyse nur dann zulässig, wenn eine wenigstens hinreichend konkretisierte Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut vorliegt (Rn. 105 f.). Dieser Anforderung werden §§ 16a BKAG-E, 57a BPolG-E und – übertragen auf die Verdachtskategorien des Strafverfahrens – § 98d StPO-E gerecht.

Dieser Befund wirft nun eine Frage auf, die das Bundesverfassungsgericht in der Hessendata-Entscheidung ausdrücklich offengelassen hat: Sind ergänzende gesetzliche Regelungen zur Begrenzung von Art und Umfang der Daten und zur Beschränkung der Verarbeitungsmethoden auch dann zu treffen, wenn die Befugnis eine hinreichend konkretisierte Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut voraussetzt (s. Rn. 111)?

Gewichtige verfassungsrechtliche Argumente sprechen dafür, diese Frage zu bejahen. Dies ergibt sich aus einer Kombination zweier Argumentationsstränge. Ausgangspunkt ist der grundlegende Gedanke, den das Bundesverfassungsgericht für die automatische Datenanalyse geäußert hat, nämlich, dass diese darauf gerichtet ist, neues Wissen zu erzeugen (Rn. 69). Da also faktisch neue Informationen gewonnen werden, sind auch die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an sicherheitsbehördliche Informationsgewinnung zu berücksichtigen, wie das Bundesverfassungsgericht sie insbesondere in seiner BKAG-Entscheidung von 2016 formuliert hat. Demnach ist es zwar grundsätzlich zulässig, Informationen über diejenigen, die Gefahren verantworten oder einer Straftat verdächtig sind, zu erheben. In der Regel muss die Informationsgewinnung aber eben auch bei diesen Personen erfolgen. „Eine Überwachung ins Blaue hinein, allein getragen von der Hoffnung auf Erkenntnisse, genüg[t] nicht", um Informationserhebung zu rechtfertigen (Rn. 188). Dies zeigt sich auch darin, dass das Gericht Überwachungsmaßnahmen bei Nicht-Verantwortlichen ein deutlich höheres Eingriffsgewicht beimisst (Rn. 191 f.). Auch eine höhere Streubreite von Überwachungsmaßnahmen – wenn also bei der Maßnahme mehr Daten von Unbeteiligten gesammelt werden – führt zu einem höheren Eingriffsgewicht (BVerfGE 120, 378 [402 Rn. 78]). Solche Unbeteiligte können beispielsweise anzeigende Personen, Zeug:innen oder (zufällige) Telekommunikationsgesprächspartner:innen von Verdächtigen sein.

Insofern erscheint es naheliegend, auch bei der Informationsgewinnung durch Datenweiterverarbeitung zu verlangen, dass Informationen in der Regel über Gefahrenverantwortliche bzw. Verdächtige gewonnen werden müssen. So würde gewährleistet, dass Folgemaßnahmen, die aus der Datenerhebung resultieren, auch die wahrscheinlich beteiligten Personen treffen. Dieser Gedanke spiegelt sich auch in der Hessendata-Entscheidung wider (Rn. 84) – dort als Möglichkeit, das Eigengewicht des Eingriffs der Datenanalyse zu mildern. Da sich dieses Kriterium aber (wie oben dargelegt) aus allgemeinen Gedanken über sicherheitsbehördliche Datenverarbeitung herleiten lässt, ist es aber auch dann von Relevanz, wenn man bereits ein hohes Eigengewicht des Eingriffs durch die Datenanalyse annimmt. Dieses Kriterium ist dann bei der weiteren Ausgestaltung der Befugnisse zu berücksichtigen.

Demnach muss die Regelungsstruktur gewährleisten, dass Informationen über Unbeteiligte nicht erhoben werden oder dies jedenfalls nur in minimalem Umfang geschieht. Verschärft wird das Problem vorliegend noch dadurch, dass der Regelungsentwurf die anzuwendenden Methoden nicht beschränkt und somit auch die Nutzung einer KI ermöglicht, bei der keine Steuerung – oder auch nur Nachvollziehbarkeit (Blackbox-Problem) – der Erkenntnisgewinnung möglich ist. Der effektivste Weg, Nichtverantwortliche zu schützen, ist daher, Informationen über Dritte von vornherein aus der Datenanalyse auszuschließen.

Wie im folgenden Abschnitt gezeigt wird, begrenzt die bisherige Regelungsstruktur die Einbeziehung von Daten Dritter allerdings nur geringfügig.

Datenbestand bei den Sicherheitsbehörden

Nach dem Referentenentwurf soll das BKA für die automatisierte Datenanalyse auf die Informationen zugreifen dürfen, die im Informationssystem nach § 13 BKAG und im polizeiliche Informationsverbund gem. § 29 BKAG gespeichert sind (§ 16a Abs. 1 S. 1 BKAG-E). Für die Bundespolizei soll eine Analyse aller personenbezogenen Daten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben weiterverarbeitet und für die sie eine Berechtigung zum Abruf hat, möglich sein (§ 57a Abs. 1 BPolG-E). Die Strafverfolgungsbehörden sollen personenbezogene Daten im Datei- und Informationssystem (§ 483 Abs. 1 S. 1 u. 2 StPO) analysieren dürfen (§ 98d Abs. 1 S. 1 StPO-E).

Diese Datenbestände erlauben einen sehr weitgehenden Zugriff auf personenbezogene Daten, auch Daten von unbeteiligten Dritten. So definiert etwa das BKAG in § 13 Abs. 2 gewisse Grundfunktionen des Informationssystems, wozu u.a. die Unterstützung bei der polizeilichen Informationsverdichtung (Nr. 3) und die Durchführung des Abgleichs von personenbezogenen Daten (Nr. 4) gehören. Dies impliziert bereits, dass große Mengen erhobener personenbezogener Daten in diesem System gespeichert werden dürfen. Im Übrigen ist die Aufzählung in § 13 Abs. 2 BKAG auch nicht abschließend (s. etwa *Eichenhofer*, in: Barzcak (Hrsg.), BKAG, 2023, § 13 Rn. 16.). Insbesondere findet keine Beschränkung dahingehend statt, dass nur durch das BKA selbst erhobene Daten in das Informationssystem gespeist werden (dies hält das BVerfG für relevant, um die Eingriffsintensität zu verringern, Rn. 79 der Hessendata-Entscheidung). Eine bloß faktische, nicht aber normative Beschränkung der gespeicherten

Daten genügt nicht (Rn. 121).

Zudem verfügt das BKA über weitreichende Befugnisse mit erheblicher Streubreite. Bei all diesen Maßnahmen können als „Beifang" auch Daten über unbeteiligte Personen erhoben werden. Hierzu gehören insbesondere Telekommunikationsüberwachungen (§ 51 – Gesprächsinhalte mit Unbeteiligten), Telekommunikations-Verkehrsdatenabfragen (§ 52 – Rahmendaten der Kommunikation mit Unbeteiligten), der Einsatz von IMSI-Catchern (§ 53 – Daten aller Mobiltelefone in Funkreichweite), Online-Durchsuchungen (§ 49 – Informationen von Dritten auf dem Zielgerät), V-Leute und verdeckte Ermittler (§ 45 Abs. 2 Nrn. 4, 5 – Berichte über Entwicklungen abseits von der jeweiligen Zielperson) und die Rasterfahndung (§ 48 – Erhebung von Abgleichsdaten von einer Vielzahl von Personen). Dies ist zwar von den jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen gedeckt; der Verarbeitung solcher Daten kommt jedoch bei einer verfassungsrechtlichen Abwägung ein besonderes Gewicht zu, da die Betroffenen hier keinen Anlass zur Datenerhebung geliefert haben (vgl. Rn. 77).

Beschränkungen des legitimerweise vorhandenen und somit für die automatisierte Analyse in Betracht kommenden Datenbestands können sich aber aus allgemeinen oder besonderen Löschungsvorschriften ergeben. Bei einigen Überwachungsvorschriften bestehen besondere Löschungstatbestände für Daten, die über Unbeteiligten erhobene wurden. So schreibt etwa § 53 Abs. 2 S. 2 BKAG die unverzügliche Löschung von Daten Dritter vor, die beim Einsatz eines IMSI-Catchers erlangt wurden; ähnliches gilt für bei einer Rasterfahndung erhobene Daten, § 48 Abs. 3 S. 1 BKAG. Solche Vorschriften bestehen aber nicht für alle Überwachungsmaßnahmen. Beispielsweise trifft § 45 BKAG für die Löschung von durch V-Leuten erhobenen Daten über Dritte keine Regelungen. Stattdessen besteht zwar für Überwachungsmaßnahmen die besondere Löschvorschrift des § 79 Abs. 1 S. 1 BKAG. Diese Vorschrift steht aber unter dem Vorbehalt einer Weiterverarbeitung nach den Vorschriften des Abschnitts 2 Unterabschnitt 2, wozu eben auch der geplante § 16a BKAG-E gehört. Und auch die allgemeinen Löschvorschriften in §§ 77, 78 BKAG iVm. § 75 BDSG können keinen effektiven Schutz davor gewährleisten, dass Daten Unbeteiligter in das Informationssystem aufgenommen und automatisiert analysiert werden, da § 75 Abs. 2 BDSG die Löschung u.a. erst dann verlangt, wenn die Daten nicht mehr zur Aufgabenerfüllung erforderlich sind.

Diese Analyse kann an dieser Stelle nicht noch für die anderen Behörden detailliert wiederholt werden, es zeigen sich aber ähnliche Probleme. Beispielhaft sei abschließend noch auf § 483 Abs. 1 S. 1 StPO verwiesen, der in Verbindung mit § 489 Abs. 1 Nr. 1 StPO die Speicherung *sämtlicher* Verfahrensdaten bis zum Abschluss des Verfahrens erlaubt (s. etwa *Singelnstein*, in: MüKo StPO, 2019, § 483 Rn. 6.). Ebendieser Datensatz soll gemäß § 98d Abs. 1 StPO-E auch Bestandteil der automatisierten Auswertung werden.

Insgesamt zeigt sich also ein Bild, wonach die Behörden als „Beifang" erhobene Daten von Unbeteiligten in recht großem Umfang speichern und künftig auch in die automatisierte Datenanalyse einführen dürfen. Etwas zugespitzt formuliert: Wenn die Staatsanwaltschaft – nach Ansicht des LG München I rechtmäßig – die Überwachung des Pressetelefons der „Letzten Generation" anordnet, dürften nach dem vorgelegten Referentenentwurf die dabei über die Reporter:innen erhobenen Daten Teil der automatisierten Datenanalyse werden, wodurch möglicherweise ein ohne künstliche Intelligenz nicht ersichtliches Verhaltensmuster dieser Reporter offengelegt werden kann. Dies scheint unter der hier eingenommenen verfassungsrechtlichen Prämisse bedenklich.

Fazit

Insgesamt soll der Referentenentwurf die Sicherheitsbehörden zu einem effizienteren Umgang mit dem vorhandenen Datenmaterial befähigen. Dabei erscheint er zwar einerseits als Fortschritt gegenüber unzureichenden bestehenden landesrechtlichen Vorschriften, die (nicht) als Vorbild hätten dienen können, aber andererseits noch unausgegoren. Insbesondere wirft der Entwurf aufgrund seiner nur zaghaften Beschränkung der für die Analyse zu verwendenden Daten neue verfassungsrechtliche Fragen auf. Soweit man nicht bereits ein verfassungsrechtliches Gebot annimmt, die zu verwendenden Daten weiter zu reduzieren und insbesondere die Daten von Drittbetroffenen stärker auszusondern, so hält der Verfasser eine solche Präzisierung jedenfalls rechtspolitisch für vorzugswürdig. Es bleibt zu hoffen, dass der Entwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren nachgeschärft wird.

Für wertvolle Diskussionen und Anmerkungen danke ich Marc Bovermann, Kilian Herzberg, Johanna Fink und Jakob Mutter.

Pauline Endres de Oliveira, Rhea Kummer

Erledigt und Pech gehabt?!

Die Causa „Capo“ und die Grenzen des Rechtsschutzes im Polizeirecht

doi: 10.59704/14c44698a5b226a4

Die Olympischen Spiele und die Fußball-Europameisterschaft der Männer in diesem Jahr brachten viele sportbegeisterte Menschen zusammen. Gleichzeitig führen entsprechende Großveranstaltungen üblicherweise zu einer drastischen Erhöhung von Sicherheitsmaßnahmen und Polizeipräsenz. Mit polizeilichem Handeln im Kontext einer Fußballveranstaltung beschäftigte sich kürzlich auch der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts. Dieser entschied mit Urteil vom 24. April 2024 über eine strittige Frage des Verwaltungsprozessrechts: Erfordert das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Falle sich typischerweise kurzfristig erledigender Verwaltungsakte zusätzlich einen qualifizierten (also tiefgreifenden, gewichtigen bzw. schwerwiegenden) Grundrechtseingriff? So ist es, sagt das Bundesverwaltungsgericht und verlangt weitergehend eine genaue Einzelfallwürdigung der Eingriffsintensität (Rn. 34). Damit wird eine eigentlich materiellrechtliche Frage in die Zulässigkeit der Klage verlagert. Es besteht das Potential den Individualinteressen der Kläger*innen nicht ausreichend gerecht zu werden. Den nachträglichen Rechtsschutz gegen polizeiliche Maßnahmen einzuschränken überzeugt auch grundsätzlich nicht.

Causa „Capo“

Dem Urteil des 6. Senats lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Polizei erteilte dem Kläger – einem Anhänger des Vereins Borussia Dortmund, welcher von der Polizei als Anführer der Ultraszene („Capo“) eingestuft wurde – ein Betretungs- und Aufenthaltsverbot gem. § 34 Abs. 2 PolG NRW für die Dortmunder Innenstadt während des Derbys 2019 gegen Schalke 04. Das Verbot galt für den Tag des Spiels von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr und umfasste das Stadionumfeld sowie andere Bereiche der Dortmunder Innenstadt, an denen sich (gegnerische) Fans aufhielten. Begründet wurde die Maßnahme mit der Einschätzung, der Kläger gelte als „Capo“ der gewaltbereiten Fanszene. Zudem spreche sein Verhalten aus den Jahren 2016 und 2017 dafür, dass er weitere Straftaten begehen oder zu deren Begehung beitragen werde. Gleichzeitig war bekannt, dass der Kläger seit Mitte 2017 nicht mehr polizeirechtlich auffiel. Mit seiner Klage gegen das Aufenthaltsverbot hatte der Kläger weder vor dem zuständigen Verwaltungsgericht noch dem Oberverwaltungsgericht Erfolg, da ihm das Fortsetzungsfeststellungsinteresse abgesprochen wurde.

Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung? Die Klärung durch den 8. Senat

Zuvor hatte sich der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 27.01.2021 – 8 C 3.20 bereits mit dem Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei typischerweise kurzfristiger Erledigung näher auseinandergesetzt. Hier hieß es, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse schon deswegen anzunehmen sei, weil diese Maßnahmen „sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie [...] regelmäßig keiner Überprüfung zugeführt werden können” (Rn. 11).

Aus diesem Urteil schlussfolgerten sowohl der 6. Senat, als auch bereits das OVG Münster in der Vorinstanz, dass eine Person „jeden Eingriff in eine Rechtsposition in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren überprüfen lassen könne, wenn sich die kurzfristige Erledigung aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst ergebe“ (Rn. 61). Vor der Entscheidung in der Causa „Capo“ wandte sich der 6. Senat daher an den 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, da er eine Verschärfung dieser Anforderungen beabsichtigte und daher eine Abweichung von dessen Rechtsprechung für möglich hielt.

Sodann stellte der 8. Senat in seinem Beschluss vom 29.01.2024 – 8 AV 1.24 fest, dass es zusätzlich auf die erforderliche Intensität des Grundrechtseingriffs ankomme. Allein der Umstand, dass sich der Verwaltungsakt typischerweise kurzfristig erledige, reiche nicht aus, um ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen. Der 8. Senat begründet diese Haltung folgendermaßen: Seine Entscheidung von 2021 formuliere keine allgemeinen Voraussetzungen des Fortsetzungsfeststellungsin-

teresses, sondern beschränke sich auf Subsumtionssätze (Rn. 10). Zudem sei in dieser Entscheidung ein qualifizierter Grundrechtseingriff aufgrund der bisherigen Rechtsprechung zum Sonntagsschutz ohnehin gegeben gewesen (Rn. 13), obgleich sich das Gericht damit nicht explizit auseinandergesetzt hat. Deshalb war nach der Ansicht des 8. Senats nicht mit einer Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung zu rechnen. Damit vollzieht der 8. Senat jedoch eine Abkehr von dem eindeutigen Wortlaut seiner Entscheidung vom 27.01.2021.

Wann geklagt werden darf: Maßstäbe für die Ermittlung eines qualifizierten Grundrechtseingriffs

Durch den Beschluss des 8. Senats gestärkt, setzte sich der 6. Senat in der „Capo-Entscheidung" detailliert damit auseinander, welche Kriterien für die Beurteilung der Eingriffsintensität heranzuziehen seien, um den als erforderlich erachteten qualifizierten Grundrechtseingriff zu bestimmen. Dies solle nach dem Vorbild der Ermittlung des Wesensgehalts des jeweiligen Grundrechts gem. Art. 19 Abs. 2 GG erfolgen (Rn. 34). Hierbei werde zum einen die besondere Bedeutung des Grundrechts im Gesamtsystem der Grundrechte und zum anderen die Möglichkeit einer Beschränkung der individuellen Selbstbestimmung berücksichtigt (Rn. 34). Der Begriff der individuellen Selbstbestimmung ermöglicht damit eigentlich einen eigenen gerichtlichen Spielraum anhand einer Würdigung des konkreten Einzelfalls – immer im Rahmen der Zulässigkeit der Klage.

Qualifizierte Grundrechtseingriffe seien jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn eine Verletzung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG möglich sei, ein Eingriff in Grundrechte, die unter dem Richter*innenvorbehalt stehen (Art. 13 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 und Abs. 3 GG), oder in Art. 10 GG vorliege, oder die staatliche Maßnahme so „eklatant fehlerhaft" sei, dass objektive Willkür nach Art. 3 Abs. 1 GG naheliege (Rn. 33).

Wie wichtig ist Fußball?

Im Fall „Capo" fiel die Einzelfallwürdigung recht knapp aus. Im Ergebnis stellte der 6. Senat einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG fest. Dieser erreiche jedoch mangels der erforderlichen Relevanz für die individuelle Selbstbestimmung nicht die Intensität eines qualifizierten Grundrechtseingriffs. Der 6. Senat begründet die Entscheidung damit, dass das erteilte Betretungs- und Aufenthaltsverbot „lediglich die Möglichkeiten zur Gestaltung der Freizeit des auswärts wohnenden Klägers und der Erledigung seiner alltäglichen Geschäfte [beeinträchtigt habe]" (Rn. 40). Ferner könne es auf „subjektive Gesichtspunkte" des Klägers „wie etwa den gesteigerten Erlebniswert der in Rede stehenden Fußballbegegnung" nicht ankommen (Rn. 40).

Diese Subsumtion verwundert. Nach den eigens gesetzten Maßstäben des BVerwG erfolgt die Einzelfallwürdigung gerade anhand des Kriteriums der individuellen Selbstbestimmung. Das entspricht auch der Grundrechtssystematik, da Grundrechten aufgrund ihrer Abwehrfunktion eine individuelle Prüfung der Grundrechtsbetroffenheit inhärent ist. Ein Grundrechtseingriff ist unter allgemeinen Kriterien ermittelbar und wurde vom 6. Senat hier auch angenommen. Bei der Bemessung der Eingriffsintensität sollten subjektive Gesichtspunkte einbezogen werden. Der 6. Senat verzichtet jedoch gänzlich darauf, subjektive Gesichtspunkte wie die individuelle Bedeutung und das Ausmaß der Maßnahme für den Kläger im Rahmen der Einzelfallwürdigung zu berücksichtigen. Dass der Ausschluss von einer Sportveranstaltung in „erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet", erkannte hingegen bereits das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung an. (Rn. 41). Innerhalb der Begründung des Betretungs- und Aufenthaltsverbots im zugrundeliegenden Fall führte das Polizeipräsidium Dortmund sogar selbst an, dass das Spiel für die Fanszene von großem Interesse gewesen sei und einen „hohen emotionalen Stellenwert" habe. Diese polizeiliche Einschätzung ist naheliegend, gerade im Hinblick auf die identitätsstiftende Fankultur der „Ultraszene". Eine individuelle Betroffenheit von qualifiziertem Gewicht scheint daher gerade für den Kläger im konkreten Fall auf der Hand zu liegen. Dennoch sprach das Gericht dem Kläger sein Feststellungsinteresse und damit sein Klagerecht ab. Dies vermag nicht zu überzeugen.

Rechtsschutzlücke im Polizeirecht?

Die Entscheidung ist auch über den individuellen Fall hinaus von Bedeutung für den Rechtsschutz im Polizeirecht. Ein Platzverweis wird ausgesprochen, eine Identitätsfeststellung angeordnet, ein Aufenthaltsverbot verhängt: Im Polizeirecht stellt die analoge Fortsetzungsfeststellungsklage keine Ausnahme, sondern aufgrund der regelmäßig schnellen Erledigung polizeilicher Maß-

nahmen vielmehr die Regel dar. Außer der analogen Fortsetzungsfeststellungsklage ist kein anderweitiger nachträglicher Rechtsschutz vorgesehen. Durch erhöhte Anforderungen an das Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann damit eine Rechtsschutzlücke entstehen. Dieses Ergebnis überzeugt im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht. Die Norm vermittelt ein subjektives Recht auf wirksamen und möglichst lückenlosen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Dazu gehört auch die „bloße" Feststellung über die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme unter der Voraussetzung, dass ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt.

Der 6. Senat begründet seine Entscheidung maßgeblich mit der Bedeutung der Entlastung der Gerichte für die Sicherung des effektiven Rechtsschutzes: Weniger Rechtsschutz für „nicht so intensiv" Betroffene von Grundrechtseingriffen, solle zu insgesamt mehr Rechtsschutz für alle Rechtsschutzsuchenden führen (Rn. 29). Durch die Maßstäbe wird eine Einzelfallwürdigung nach dem Beispiel des Art. 19 Abs. 2 GG in die Zulässigkeit verlagert. Dennoch müsste auch an dieser Stelle eine Abwägung aller individuellen Umstände vorgenommen werden. Sofern sich Gerichte tatsächlich nach diesen Maßstäben zukünftig richten sollen, läuft das Ressourcenargument leer. Dass diese Abwägung jedoch ressourcensparend erfolgen kann, zeigte der 6. Senat selbst, indem er auf der Hand liegende Erwägungen nicht berücksichtigte. Dies führt zu einer nicht nachvollziehbaren Einschränkungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz. Es besteht keine Möglichkeit rechtswidrige staatliche Eingriffe in Grundrechte gerichtlich geltend zu machen, wenn diese – salopp gesprochen – „nicht so wichtig" sind. Im Ergebnis müssen daher nicht nur Eingriffe, sondern gar Verletzungen bestimmter Grundrechte hingenommen werden. Dies steht im Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG, welcher gerade nicht danach differenziert, in welcher Intensität Grundrechte betroffen sind. Auf diese Tatsache verwies das Bundesverwaltungsgericht selbst in einer Entscheidung zur Untersagung von Sportwetten (Rn. 30).

Darüber hinaus spreche nach Ansicht des 6. Senat der Ausnahmecharakter des nachträglichen Rechtsschutzes in Form der analogen Fortsetzungsfeststellungsklage gerade dafür, dass nicht jedes staatliche Handeln nachträglich überprüft werden könne. Denn jeder belastende Verwaltungsakt stelle zumindest immer einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar (Rn. 24). Damit solle verhindert werden, dass Gerichte noch in Anspruch genommen werden, wenn „aktuell nichts mehr bewirkt werden" könne (Rn. 29). In diesem Zusammenhang bezieht sich der 6. Senat auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2009, in der es heißt, dass aus Art. 19 Abs. 4 GG keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung entnommen werden könne, sondern dieser eine Systementscheidung für den Individualrechtsschutz treffe. Doch anders als bei der Entscheidung des 6. Senats war der Kläger in dem Bundesverfassungsgericht zugrundeliegenden Fall bereits nicht klagebefugt, da es an einer Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte fehlte. Im Fall „Capo" lag eine eindeutige Grundrechtsbetroffenheit vor, die von dem 6. Senat lediglich als „weniger schlimm" bzw. als für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht ausreichendes „Klärungsinteresse" eingeordnet wurde (Rn. 25).

Was bleibt: Hohe Anforderungen an die Einzelfallprüfung

Durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Causa „Capo" hat nicht nur die Diskussion über die grundrechtliche Relevanz des Sports, sondern vor allem die umstrittene Fallgruppe des Fortsetzungsfeststellungsinteresses bei sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsakten erneut höchstrichterliche Konturen erhalten. Um ein vermeintliches *da könnte ja jede*r kommen* zu verhindern, erhöhte der 6. Senat die Anforderungen an diese Fallgruppe und damit für den Grundrechtsschutz gegen staatliche Repression. Für das Polizeirecht überzeugt insbesondere das Argument des Ausnahmecharakters der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung nicht. Schnelle Erledigungen sind hier an der Tagesordnung. Eine umfassende Einzelfallwürdigung in die Zulässigkeit zu verlagern, schont die Gerichte nur bedingt und schneidet im Zweifel den individuellen Rechtsschutz pauschal ab. Die Verwaltungsgerichte sollten künftig zumindest den Anforderungen an die Einzelfallwürdigung ausreichend Rechnung tragen. Dafür müssen sie die individuellen Umstände und Grundrechtspositionen der Kläger*innen angemessen berücksichtigen und anerkennen. Auch in diesem Punkt kann die Entscheidung vom 24. April 2024 nicht überzeugen.

Shari Gaffron, Friederike Löbbert, Lara Schmidt

(K)eine Frage der Gerechtigkeit

Eine feministische Kritik der erwerbszentrierten Sozial- und Einbürgerungspolitik

doi: 10.59704/8aa66f299a8de58e

Das Existenzsicherungsrecht lässt sich vereinfachend in zwei Kategorien teilen: Leistungen für erwerbsfähige Personen und Leistungen für nicht erwerbsfähige Personen. Die prominentesten existenzsichernden Leistungen des deutschen Sozialrechts sind die Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) und die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (SGB XII). Diese sichern den Lebensunterhalt derjenigen Personen, die entweder erwerbsgemindert sind oder das Renteneintrittsalter überschritten haben. Bereits diese erste Dichotomie zeugt von der erwerbszentrierten Ausrichtung des Existenzsicherungsrechts: Wer weder „alt“ noch erwerbsgemindert ist und dennoch seinen Lebensunterhalt nicht aus eigenem Erwerbseinkommen oder Vermögen sichern kann, wird als *arbeitsuchend* eingestuft.

Die unmittelbare Verknüpfung der sozialrechtlichen Hilfebedürftigkeit, also der negativen Differenz zwischen den einer Person zur Verfügung stehenden Mitteln und ihrem existenznotwendigen Bedarf, mit der Einordnung als „arbeitsuchend“, ist Ausdruck der politischen Grundannahmen, die sich im Existenzsicherungs-, aber auch im Einbürgerungsrecht und im Umgang mit Familienleistungen zeigen: Armut sei in erster Linie Armut an Erwerbsarbeit und Ausdruck einer freien Entscheidung zur Untätigkeit. Ein absichtlich niedrig gehaltenes Sozialleistungsniveau und die Sanktionierung des fortdauernden Bezugs werden so zum Ausdruck eines daraus folgenden Gerechtigkeitsverständnisses. Auch die als Teil der „Wachstumsinitiative“ angekündigten, zusätzlichen Verschärfungen im Bürgergeldrecht stellen sich damit als logische Fortsetzung einer einheitlichen politischen Linie dar.

Die erwerbszentrierte Ausrichtung des Existenzsicherungsrechts führt am Sicherungsbedürfnis der überwiegend weiblichen, Care-Arbeit leistenden Personen vorbei.

Die neoliberale Vorstellung von Armut

Die erste zentrale Grundannahme lautet: Armut ist Armut an Erwerbsarbeit. Kann eine Person, die bei typisierender Betrachtung zur Erwerbsarbeit fähig ist, ihren Lebensunterhalt und den Lebensunterhalt ihrer Angehörigen nicht aus erwirtschafteten Einkommen sichern, arbeitet sie zu wenig.

> “Das Beste, um Armut zu überwinden, ist Arbeit. Denn der Grund für Kinderarmut ist ja oft die Armut an Arbeit, an Integration, an Sprachkenntnissen der Eltern. Deshalb darf von einer Reform der sozialen Unterstützungsleistungen für Familien kein Anreiz ausgehen, sich nicht um Erwerbsarbeit, um Integration und Sprachkenntnisse zu bemühen. Deshalb haben wir auch keine generellen Leistungserhöhungen verabredet.”
>
> *Christian Lindner in einer Pressemitteilung zur Kindergrundsicherung*

Darauf aufbauend wird davon ausgegangen, dass Personen, die über kein oder kein hinreichendes Erwerbseinkommen verfügen, schlicht unwillig sind zu arbeiten. Geleistete Care-Arbeit wird mit freiwillig gewählter Untätigkeit gleichgesetzt. Um die vermeintlich freie Wahl zwischen Erwerbsarbeit und Untätigkeit durch gesetzgeberische Anreize zu beeinflussen, müsse die Existenzsicherung für die als arbeitsuchend eingestuften Leistungsberechtigten möglichst ungemütlich ausgestaltet sein. Dabei wird darauf verwiesen, dass der Abstand zwischen Löhnen und Bürgergeld (durch niedriges Bürgergeld, nicht etwas durch höhere Löhne) „spürbar“ sein muss.

Tatsächlich beruht der Bezug von SGBII-Leistungen in der Regel gerade nicht auf der Ablehnung zumutbarer Arbeit: Nach den jüngsten, der Bundesagentur für Arbeit vorliegenden Daten erhielten im Oktober 2023 57% der Leistungsbeziehenden Zuwendungen aus der Grund-

sicherung für Arbeitsuchende, ohne arbeitslos zu sein. Knapp jeder fünften Person, die Leistungen nach dem SGB II bezog, war eine Arbeit nicht zumutbar, weil sie entweder kleine Kinder oder Angehörige versorgt oder sich noch in Ausbildung befindet.

Sozialleistungsbezug als Frage der Gerechtigkeit

Logische Folge der Annahme, dass Armut auf fehlender Erwerbsarbeit beruhe und diese wiederum auf die freiwillige Wahl der Untätigkeit zurückzuführen sei, ist die Forderung, Gerechtigkeit zwischen denen herzustellen, die es sich „gemütlich machen“ und denen, die „das Geld erarbeitet“ haben. Um die Akzeptanz der Leistungen zu erhalten und um mehr Betroffene in Arbeit zu bringen, sei es erforderlich, das Prinzip der Gegenleistung wieder zu stärken, heißt es dazu in einem Papier des Bundesfinanzministerium zum geplanten Wachstumspaket.

Bezug genommen wird auf eine stark vereinfachte und unzutreffend individualisierte Transferfunktion steuerfinanzierter Sozialleistungen: Steuern werden durch die Einkommenssteuer aufgebracht und für Sozialleistungen ausgegeben. Leistungsbeziehende werden ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände Opfer einer aggressiven Sozialstaatssemantik, die zwischen Leistenden und Nutznießer:innen differenziert. Wer keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, lebt danach von der Arbeit der anderen. Der ökonomische Wert der Care-Arbeit, insbesondere der reproduktiven Art, für die Funktionsfähigkeit einer Gesellschaft (*Martin Werding* kommt im Rahmen einer Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung zu dem Ergebnis, dass Eltern der Gesamtgesellschaft mit der Erziehung eines Kindes mind. 50.500€ zukommen lassen) wird so unsichtbar.

Da der Bezug von Sozialleistungen in Anbetracht der drei vorgenannten Grundannahmen als Indiz für individuellen Unwillen und ein Leben auf Kosten der anderen betrachtet wird, rechtfertigt der Sozialleistungsbezug ein besonders hartes Vorgehen. Das gilt neben dem Sozialrecht auch für das Einbürgerungsrecht. Marco Buschmann betont auf X, dass die Einbürgerung nur für die Menschen leichter werden soll, „die von ihrer eigenen Hände Arbeit leben.“ Dadurch solle gezeigt werden, dass Einwanderung in den Arbeitsmarkt und nicht in den Sozialstaat gewünscht sei.

Der Niederschlag im Sozial- und Einbürgerungsrecht

Die Idee, der erschreckend häufigen Armutsbetroffenheit Alleinerziehender mittels des Entzugs von Sozialleistungen beizukommen, zeigt sich etwa in einer geplanten Reform des Unterhaltsvorschussrechts. Der Unterhaltsvorschuss wird von staatlicher Seite an Alleinerziehende gezahlt, wenn die eigentlich zum Kindesunterhalt verpflichtete Person keine oder nur unregelmäßige Unterhaltsleistungen erbringt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. a UhVorschG). Nach aktuell geltender Rechtslage wird der Unterhaltsvorschuss über das zwölfte Lebensjahr des Kindes hinaus nur dann geleistet, wenn für das Kind keine Leistungen nach dem SGB II bezogen werden bzw. die Hilfebedürftigkeit durch die Leistungen des Unterhaltsvorschusses überwunden wird (§ 1 Abs. 1a Nr. 1 UhVorschG), oder die alleinerziehende Person über ein monatliches Bruttoeinkommen von mindestens 600€ verfügt (§ 1 Abs. 1a Nr. 2 UhVorschG). Um den Erwerbsanreiz für Alleinerziehende zu stärken, soll mit Inkrafttreten der Kindergrundsicherung (Art. 2 BKG-E) den Anspruch auf Unterhaltsvorschussleistungen schon verlieren, wer ab Erreichen des siebten Lebensjahres des Kindes kein entsprechendes Einkommen erwirtschaftet.

Für ihre vermeintliche Untätigkeit noch härter abgestraft werden Leistungsbeziehende in der Grundsicherung für Arbeitsuchende („Bürgergeld“) bei „nachhaltiger Verweigerung der Aufnahme zumutbarer Arbeit“.

Im neu eingefügten § 31a Abs. 7 SGB II findet sich die Umsetzung dieser Idee: Wer eine zumutbare Arbeit nicht aufnimmt und innerhalb des letzten Jahres aufgrund einer Pflichtverletzung, etwa einem versäumten Termin bei der Bundesagentur oder einer verspäteten Arbeitssuchendmeldung, sanktioniert wurde, erhält den für den täglichen Lebensunterhalt als Minimalsatz errechneten Regelbedarf nicht. Ein einmaliger Fehltritt ist erlaubt, der zweite kostet den gesamten Regelbedarf (zur Verfassungskonformität ausführlich Andrea Kießling). Auf selber Linie finden sich die geplanten weiteren Verschärfungen im Bürgergeldrecht. In Abweichung vom bisherigen, nach der Zahl der Pflichtverletzungen gestuften Sanktionsmechanismus des § 31a SGB II, soll nun bereits die erste Ablehnung eines als zumutbar betrachteten Arbeitsangebotes zu einer dreimonatigen und ein erstes Meldeversäumnis zu einer einmonatigen Minderung des Leistungsanspruchs um 30% des Regelbedarfes führen. Flankiert werden soll diese Neuerung mit der Zumutbarkeit

von bis zu dreistündigen täglichen Pendelzeiten zur Arbeitsstelle und einer Verkürzung der Karenzzeit für das eigene Schonvermögen.

Am wohl weitreichendsten sind die mit dem „Gesetz zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts“ zum 26.6.2024 in Kraft getretenen Verschärfungen im Einbürgerungsrecht. Der bisherige Anspruch auf Einbürgerung auch bei Bezug von Sozialleistungen, wenn der Leistungsbezug nicht zu vertreten ist, entfällt rückwirkend für alle nach dem 23.08.2023 gestellten Anträge auf Einbürgerung. Sozialleistungsbezug ist nur dann kein Ausschlusskriterium für die Einbürgerung mehr, wenn die sich im unverschuldeten Sozialleistungsbezug befindliche Person als Gastarbeiter:in tätig war, in Vollzeit arbeitet und aufstockend Leistungen bezieht oder mit einer in Vollzeit arbeitenden Person verheiratet ist und ein minderjähriges Kind im Haushalt versorgt. Personen, die ein minderjähriges Kind in ihrem Haushalt erziehen, ohne mit einer in Vollzeit arbeitenden Person verheiratet zu sein, haben bei Leistungsbezug keinen Anspruch auf Einbürgerung mehr (s. hierzu auch die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes). Möglich bleibt nur noch eine Härtefalleinbürgerung im Ermessenswege über § 8 Abs. 2 StAG (BT s. 20/9044, S. 34). Ein besonderer Härtefall setzt nach der wenigen Rechtsprechung, die zu dieser bisher in der Praxis kaum relevanten Norm ergangen ist, allerdings „atypische Umstände des Einzelfalls“ voraus (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24. Juni 2022 – 19 E 25/22 –, juris).

Kein Platz für Care-Arbeit

Personen, die Care-Arbeit leisten, sind häufiger armutsbetroffen. Durch die Kosten, die für den Lebensunterhalt eines Kindes oder die Versorgung anderer nahestehende Menschen aufzuwenden sind, erhöht sich ihr Unterhaltskostenbedarf, gleichzeitig verringert sich die zeitliche Kapazität zur Erwerbsarbeit. Da Frauen immer noch einen weit größeren Teil der Sorgearbeit übernehmen (der Gender-Care-Gap liegt nach aktuellen Zahlen des BMFSFJ bei ca. 44 %), sind sie von diesem Phänomen überdurchschnittlich stark betroffen. Eine sozialpolitische und sozialrechtliche Reformdiskussion darf diese Geschlechterdimension nicht aus dem Blick verlieren.

Zur sozialen Sicherung Care-Arbeit leistender Personen existiert, trotz einer Vielzahl an Familienleistungen, kein eigener Zweig existenzsichernder Leistungen. Das Elterngeld bezweckt als Einkommensersatzleistung zwar die Lebensstandardsicherung erziehender Personen, die vor der Übernahme der Betreuung und Erziehung über ein hinreichendes netto-Einkommen verfügt haben (vgl. § 2 BEEG). Als echte Leistung des Existenzsicherungsrechts, die das Existenzminimum auch ohne entsprechendes vorheriges Erwerbseinkommen sichert, kommt für Care-Arbeit Leistende aber oft nur die Grundsicherung für Arbeitsuchende in Betracht. So verlieren sie den Anspruch auf Einbürgerung und erhalten betont niedrig gehaltene Familien- und Existenzsicherungsleistungen für sich und ihre Kinder. Zudem werden sie, abgesehen von der regelhaften Unzumutbarkeit von Arbeitsvermittlungen bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes (s. § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II), zu Adressat:innen von Mitwirkungspflichten und Sanktionsmechanismen. Statt zur Überbrückung kurzfristiger Phasen der Arbeitslosigkeit sind Care-Arbeit leistende Personen über Jahre hinweg auf die Leistungen eines nicht auf sie ausgelegten Systems angewiesen.

Zwar muss ein familien- und arbeitsmarktpolitisch kluges System der existenzsichernden Leistungen auch die aktive Arbeitsförderung von Personen, die ihre Erwerbstätigkeit oder Berufsausbildung wegen der Betreuung aufsichtsbedürftiger Kinder oder der Pflege von Angehörigen unterbrochen haben und in die Erwerbstätigkeit zurückkehren wollen (sog. Berufsrückkehrende, § 20 SGB III) sicherstellen (so vorgesehen in § 8 Abs. 2 SGB III). Auch ist die zügige und langfristige Wiedereingliederung von Frauen in den Arbeitsmarkt im unmittelbaren Anschluss an die Familienarbeit ein Anliegen des Gleichstellungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 GG.[1] Die aktive Förderung des Wiedereinstiegs nach Zeiten der Betreuung und Erziehung von Kindern schließt die sozialpolitische Anerkennung während der Erziehungsleistung allerdings nicht aus.

Eine adäquate Absicherung Care-Arbeit leistender Personen und ihrer Kinder ist im aktuellen System existenzsichernder Leistungen weder gewährleistet noch beabsichtigt.

[1] so auch Janda in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB III, 3. Aufl., § 8 Rn. 1.

Sarah Lincoln, Mareile Dedekind

(Grund-)Eigentum verpflichtet

Warum es eine verbindliche Sozialwohnungsquote für Wohnungsunternehmen braucht

doi: 10.59704/ddf1fc06d36d5288

Rasant steigende Mieten und Wohnungsknappheit: Die Wohnungskrise ist allgegenwärtig und wird für immer mehr Menschen zur Existenzfrage. Der Bestand an Sozialwohnungen, mit denen insbesondere einkommensschwache Haushalte mit Wohnraum abseits des freien Wohnungsmarkts versorgt werden können, schmilzt jedoch stetig. Während im Jahr 2006 bundesweit über 2 Millionen Sozialwohnungen bestanden, gab es im Jahr 2023 nur noch 1,07 Millionen. Dieser Trend wird sich fortsetzen, weil auch in den kommenden Jahren tausende Wohnungen aus der Sozialraumbindung fallen werden, während kaum neue Sozialwohnungen entstehen. Infolge der jahrzehntelangen Finanzialisierung des Wohnungsmarktes wird sozial verträgliches Wohnen damit gleichsam zur Utopie. Höchste Zeit, den sozialen Wohnraum als Eckpfeiler eines ausgeglicheneren Wohnungsmarktes neu zu denken.

Um den Bestand an Sozialwohnungen schnell, effektiv und langfristig zu erhöhen, müssten die Bundesländer Wohnungsunternehmen gesetzlich verpflichten, dauerhaft einen bestimmten Anteil ihres Wohnungsbestandes in Gebieten mit Wohnungsnot als Sozialwohnungen zu einer günstigen Miete an Menschen mit Wohnberechtigungsschein (WBS) zu vermieten. Solch eine gesetzlich verankerte Sozialwohnungsquote könnte landesgesetzlich eingeführt werden und ließe sich auch verfassungskonform ausgestalten. Die Berliner Linken-Fraktion und jüngst auch die Berliner Grünen-Fraktion haben diese Idee einer verbindliche Sozialwohnungsquote aufgegriffen und wollen größere Wohnungsunternehmen verpflichten, Sozialwohnungen bereitzustellen.

Sozialer Wohnungsbau in der Krise

Nach der derzeitigen Grundkonzeption des sozialen Wohnungsbaus entstehen neue Sozialwohnungen vor allem im Neubau durch Wohnbauförderung. Im Gegenzug dafür, dass der Staat verbilligtes Bauland oder ein Darlehen zu Vorzugsbedingungen bereitstellt, verpflichtet sich das begünstigte Unternehmen, einen Teil der neuen Wohnungen für einen befristeten Zeitraum zu vergünstigten Preisen an Menschen mit WBS zu vermieten (Belegungs- und Mietbindungen gemäß § 25 I WoFG). Allerdings nehmen nur wenige privatwirtschaftliche Wohnbauunternehmen eine solche Förderung in Anspruch, denn gerade auf angespannten Wohnungsmärkten mit hohen Mieteinnahmen rentiert sich die damit einhergehende Mietpreisbindung für sie nicht. Im Ergebnis werden Sozialwohnungen fast ausschließlich von öffentlichen Wohnungsunternehmen gebaut. Die erforderliche Anzahl an neuen Sozialwohnungen wird dabei aktuell bei Weitem verfehlt. Die Bundesregierung hat sich den Bau von bundesweit jährlich 100.000 Sozialwohnungen zum Ziel gesetzt. Nach ersten Schätzungen entstand 2023 nicht einmal ein Viertel davon, sodass bereits jetzt bundesweit rund 910.000 Sozialwohnungen fehlen. Zugleich sind bestehende Sozialwohnungen oft fehlbelegt, also von Menschen bewohnt, die zwischenzeitlich keinen Anspruch auf einen Wohnberechtigungsschein (WBS) mehr haben.

Mit dem schleppenden Neubau von Sozialwohnungen kann nicht einmal der Wegfall von Sozialwohnungen kompensiert, geschweige denn die bereits bestehende Lücke verringert werden. Um das Ruder herumzureißen, müssten daher dringend neue Sozialwohnungen im Bestand entstehen.

Reformvorschlag: Sozialwohnungsquote im Bestand

Vor diesem Hintergrund braucht es eine Abkehr von dem Grundsatz, dass Belegungsbindungen allein auf freiwilliger Basis und im Rahmen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus begründet werden können. Weitaus effektiver wäre eine gesetzlich verankerte Sozialwohnungsquote, die größere Wohnungsunternehmen verpflichtet, einen Anteil ihres Wohnungsbestandes in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt dauerhaft als Sozialwohnungen zu festgelegten Mietpreisen an Menschen mit WBS zu vermieten.

Ausgestaltet sein könnte die Sozialwohnungsquote als landesgesetzliche Regelung, die Wohnungsunterneh-

men mit einem Bestand von 1000 oder mehr Wohnungen verpflichtet, einen nach ihrer Unternehmensgröße gestaffelten Anteil von bis zu 30 Prozent ihres Wohnungsbestandes in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt dauerhaft Haushalten mit WBS zu überlassen. Angelehnt an § 26 WoFG könnte die Sozialwohnungsquote weiter ausdifferenziert werden und für einen Anteil von 10 Prozent der Sozialwohnungen Benennungs- und Besetzungsrechte vorsehen. Dies würde es der Stadt oder Kommune ermöglichen, den Wohnungsunternehmen konkret benannte Mieter*innen zuzuweisen. So wäre gewährleistet, dass auch schwer zu vermittelnden Wohnungssuchenden, wie etwa wohnungslosen Menschen in Notunterkünften, eine Wohnung verschafft werden kann.

Für die Berechnung der Anzahl der Sozialwohnungen anhand der Quote ist der Wohnungsbestand maßgeblich, der sich in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt befindet. Nur in diesem Gebiet besteht besonderer Bedarf an Sozialwohnungen, der auch durch den dortigen Wohnungsbestand des Unternehmens gelindert werden kann. Die Feststellung eines angespannten Wohnungsmarktes kann anhand der Kriterien der besonderen Gefährdung der Wohnungsversorgung nach § 556d II BGB erfolgen oder direkt auf die danach erlassenen Rechtsverordnungen zur Mietpreisbremse gestützt werden. Daran könnte sich auch die Mietpreisgestaltung orientieren. So könnte die ortsübliche Vergleichsmiete mit einem Abschlag von 20 Prozent zugrunde gelegt werden. Zusätzlich kann die Stadt diese reduzierte Miete je nach Einkommen und Förderweg mit einem festen Betrag pro Quadratmeter bezuschussen. In diesem Fall wäre die Miete, die die Unternehmen erhalten, nicht unangemessen niedrig, sondern weiterhin an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientiert. Im Falle von Benennungs- und Besetzungsrechten könnte mit Blick auf möglicherweise gesteigerte Risiken im Vertragsverhältnis die Zahlung einer zusätzlichen Risikopauschale vorgesehen werden.

Die Erfüllung der Quote könnte nicht nur durch Neuvermietungen, sondern auch (aber nicht nur) durch die Anpassung von Mietverträgen im Bestand erfolgen, soweit die Bestandsmieter*innen einen WBS vorlegen können. So könnte die Quote schneller erfüllt und auch bestehende Mietverhältnisse geschützt werden. Bei der Auswahl der Wohnungen ist sicherzustellen, dass es eine Streuung von Wohnungsgrößen gibt, damit nicht nur kleine Wohnungen zu Sozialwohnungen werden. Neubauwohnungen zählen zwar in den für Anwendbarkeit und Höhe der Quote maßgeblichen Gesamtwohnungsbestand, sollten aber für eine angemessene Übergangszeit aus dem zur Errechnung der Anzahl an Sozialwohnungen maßgeblichen Wohnungsbestand im Gebiet mit Wohnungsnot ausgenommen werden, um den stockenden Neubau nicht weiter auszubremsen. Hier würde weiterhin das bisherige Prinzip des geförderten Wohnungsbaus gelten.

Mit der Sozialwohnungsquote könnte auch das aktuelle Problem der Fehlbelegungen von Sozialwohnungen gelöst werden. Anstatt einzelne Wohnungen dauerhaft einer Belegungsbindung zu unterwerfen, errechnet sich die Quote flexibel anhand des gesamten Bestandes. Sinnvoll ist dann eine gesetzliche Vorgabe, wonach die Mieter*innen der Sozialwohnungen alle fünf Jahre einen Wohnberechtigungsschein vorlegen müssen. Bei Wegfall der Wohnberechtigung kann der Vermieter die Miete schrittweise und bis zur Höhe der zivilrechtlichen Mietpreisbreme anpassen. Die Wohnung fällt damit aus dem Sozialwohnungsbestand und die Quote muss durch Vermietung einer anderen Wohnung als Sozialwohnung erfüllt werden.

Um den Unternehmen Zeit für die Abfrage der WBS-Berechtigung und die wenig planbaren Neuvermietungen einzuräumen, müssen Übergangsregelungen geschaffen werden. Die Einhaltung der gesetzlichen Quote würde durch gesetzliche Meldepflichten und behördliche Überprüfungs- und Sanktionsmechanismen sichergestellt.

Gesetzgebungskompetenz der Länder

Eine solche landesgesetzlich verankerte verbindliche Sozialwohnungsquote ist von der Gesetzgebungskompetenz der Länder gedeckt. Die soziale Wohnraumförderung ist 2006 im Zuge der Föderalismusreform I in die alleinige Verantwortung der Länder übertragen worden. Mehrere Länder haben seitdem eigene Gesetze zur Wohnraumförderung erlassen, ergänzend gelten das Wohnraumförderungs- und Wohnraumbindungsgesetz des Bundes fort. Abzugrenzen ist die Gesetzgebungskompetenz zur Sozialen Wohnraumförderung von der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht gem. Art. 74 I Nr. 1 GG, von der der Bundesgesetzgeber abschließend Gebrauch gemacht hat. Darunter fallen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Berliner Mietendeckel „*Regelungen*

zur Miethöhe für frei finanzierten Wohnraum, der auf dem freien Wohnmarkt angeboten werden kann“ (BVerfG, Beschluss vom 25. März 2021 – 2 BvF 1/20, Ls.). Ein Mietverhältnis ist dem bürgerlichen Recht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen, wenn der Mietvertrag *„privatautonom abgeschlossen*“ wird, in ihm also *„die Auswahl des Vertragspartners, der Gegenstand des Mietverhältnisses, seine Dauer und – in den gesetzlichen Grenzen – die Höhe der Miete das Ergebnis grundrechtlich geschützter Entscheidungen der Vertragsparteien sind*“ (BVerfG, a.a.O., Rn. 114). Davon abzugrenzen sind Fälle, in denen *„die bürgerlich-rechtliche Prägung des Mietverhältnisses durch öffentlich-rechtliche Vorschriften ganz oder teilweise verdrängt und die Auswahl der Vertragsparteien sowie die Festlegung der Vertragsinhalte durch verwaltungsrechtliche Vorgaben überlagert […] wird. In einem solchen Fall beruhen wesentliche Rechte und Pflichten der Mietvertragsparteien gerade nicht auf ihrer grundsätzlich privatautonom getroffenen Entscheidung über die wesentlichen Inhalte des Mietverhältnisses, sondern auf Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Verwaltung.*“ (BVerfG, a.a.O., Rn. 115).

So liegt es hier: Bei der vorgeschlagenen öffentlich-rechtlichen Sozialwohnungsquote handelt es sich um eine Lenkungs- und Verteilungsentscheidung der Verwaltung im Bereich der Wohnraumbewirtschaftung. Ziel ist es, im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge insbesondere einkommensschwachen Haushalten Zugang zu bezahlbarem Wohnraum zu verschaffen. Die betroffenen Mietverträge werden nicht (gänzlich) privatautonom geschlossen, sondern durch öffentlich-rechtliche Vorschriften überlagert: Aufgrund der Belegungs-, Benennungs- und Besetzungsrechte sind die Wohnungsunternehmen zur Vermietung verpflichtet und dürfen ihre Mieter*innen nicht frei auswählen. Durch die öffentlich-rechtliche Mietbindung ist der Mietpreis vorgegeben und die Dauer des Mietverhältnisses ist auf einen Zeitraum beschränkt, in dem die Mieter*innen eine entsprechende Berechtigung nachweisen können. Hinzu kommen die behördlichen Kontroll- und Sanktionsmechanismen. In Anbetracht der umfassenden Wirkung öffentlich-rechtlicher Regulierung auf das Mietverhältnis liegt der Regelungsschwerpunkt damit nicht im Privatrecht, sondern im Bereich sozialer Wohnraumförderung.

Eigentumsfreiheit der Wohnungsunternehmen

Eine solche Verpflichtung zur Einräumung von Belegungsrechten ist auch mit dem Eigentumsrecht der Wohnungsunternehmen aus Art. 14 GG vereinbar. Die Sozialwohnungsquote schränkt für einen Teil ihres Wohnungsbestandes die freie unternehmerische Entscheidung der Wohnungsunternehmen ein, ob, an wen und für welchen Preis sie eine Wohnung vermieten wollen. Als Inhalts- und Schrankenbestimmung ist die Sozialwohnungsquote aber durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18, Rn. 55).

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet; zugleich soll der Gebrauch des Eigentums nach Art. 14 II GG dem Wohl der Allgemeinheit dienen (BVerfG, a.a.O., Rn. 53). In diesem *„unlösbaren Zusammenhang*“ zwischen der Bestandsgarantie des Art. 14 I 1 GG, dem Regelungsauftrag des Art. 14 I 2 GG und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 II GG (BVerfG, a.a.O., Rn. 55) bewegt sich die Sozialwohnungsquote. Das zulässige Ausmaß der Sozialbindung ist dabei auch vom Eigentum selbst her zu bestimmen; je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist, desto weiter ist die Befugnis des Gesetzesgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung (BVerfG, a.a.O.).

Daran gemessen lassen sich die schutzwürdigen Interessen der Wohnungsunternehmen und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich bringen. Die Sozialbindungsquote bezweckt die Wohnraumversorgung, insbesondere für einkommensschwache Haushalte. Damit dient sie der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge, welche zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich ist (vgl. auch Art. 11 des UN-Sozialpakts).

Die Sozialwohnungsquote ist auch geeignet und erforderlich, um dem enormen Mangel an bezahlbaren Wohnraum zu begegnen. Sie würde den Bestand an Sozialwohnungen in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt deutlich erhöhen und ein Gegengewicht zu den steigenden Angebotsmieten auf dem freien Mietmarkt schaffen. Einkommensschwachen Haushalten würde der Zugang zu einer Mietwohnung erleichtert, weil sie nur mit anderen Haushalten mit WBS konkurrieren wür-

den und hierfür mehr Wohnungen zur Verfügung stünden. Durch eine gleichmäßige Verteilung auf verschiedene Bezirke könnten eine soziale Durchmischung in den Stadtteilen gefördert und durch die Überführung von Bestandswohnungen in die Sozialbindung Verdrängungseffekte verringert werden. Andere staatliche Maßnahmen wie die Förderung des Wohnungsbaus oder die Erhöhung des Wohngeldes versprechen keine solche Wirksamkeit. Ein Neubau in dieser Größenordnung ist insgesamt, aber insbesondere im Bereich der Sozialwohnungen in den kommenden Jahren nicht ansatzweise zu erwarten. Die Erhöhung des Wohngeldes erfolgte bereits im Zuge der Wohngeldreform 2023 und kann den Zugang zu den auch für einkommensstärkere Haushalte verfügbare Wohnungen für die Berechtigten allenfalls geringfügig verbessern. Im Regelfall werden sich die Vermieter*innen dennoch für einkommensstärkere Bewerber*innen entscheiden. Die Anpassung des Wohngeldes an die immer weiter steigenden Mietpreise ist auch deswegen kein geeignetes Instrument, als es die Gewinne der Wohnungsunternehmen zu Lasten der Allgemeinheit gleichsam querfinanziert.

Die vorgeschlagene Sozialwohnungsquote greift nicht unangemessen in die Eigentumsfreiheit der Unternehmen ein. Die verpflichtende Vermietung eines Teils des Wohnungsbestandes an Menschen mit WBS ist nicht mit unzumutbaren wirtschaftlichen Verlusten verbunden. Die von Art. 14 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen sind erst dann überschritten, wenn die Miethöhenregulierung auf Dauer zu Verlusten für den Vermieter oder zu einer Substanzgefährdung der Mietsache führt (BVerfG, a.a.O., Rn. 69). Auch mit einem Abschlag von 20 Prozent von der ortsüblichen Vergleichsmiete ist in Gebieten mit Wohnungsnot die mit den Sozialwohnungen erzielte Miete nicht so gering, dass sie zu dauerhaften Verlusten oder einer Substanzgefährdung führt. Die darüberhinausgehenden Gewinnaussichten sind nur geringfügig schutzwürdig. Denn insbesondere im sozialpolitisch umstrittenen Mietrecht müssen Vermieter*innen mit häufigen Gesetzesänderungen rechnen und können nicht auf den Fortbestand einer ihnen günstigen Rechtslage vertrauen (BVerfG, a.a.O., Rn. 76). Ihr Vertrauen, mit der Wohnung höchstmögliche Mieteinkünfte erzielen zu können, ist von der Eigentumsgarantie nicht umfasst (BVerfG, a.a.O.). Soweit ein gewinnbringender Einsatz der Wohnungen für die Deckung der Investitionskosten notwendig ist, können die Wohnungsunternehmen auf die weiterhin rentable Vermietung von mindestens 70 Prozent ihres leistungsfähigen Wohnungsbestandes verwiesen werden.

Die überragende Bedeutung der Wohnraumversorgung und die aktuelle Wohnungsmarktlage rechtfertigen demgegenüber eine Heranziehung des Privateigentums von Wohnungsunternehmen. Bei der Abwägung des Eigentums *„als Sicherung der Freiheit des Einzelnen im persönlichen Bereich einerseits“* und *„in seinem sozialen Bezug sowie seiner sozialen Funktion andererseits“*, verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Gestaltungsspielraum (BVerfG, a.a.O., Rn. 74). Dabei kann er insbesondere die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt berücksichtigen (BVerfG, a.a.O.). Angesichts von Angebotsmieten etwa in Berlin von durchschnittlich knapp 15 Euro pro Quadratmeter (ein Anstieg um rund 15,6 Prozent im Vergleich zum Vorjahr 2023) ist die Anmietung einer auf dem freien Mietmarkt angebotenen Wohnung für einkommensschwache Haushalte faktisch unmöglich. Die gleichzeitig beträchtliche Marktmacht der Wohnungsunternehmen führt zu einer strukturellen und existenziellen Benachteiligung einkommensschwacher Haushalte. Ist damit für einen großen Teil der Gesellschaft Wohnraum auf dem freien Wohnungsmarkt schlicht nicht mehr zugänglich oder zu halten, hat der Gesetzgeber ein überragend wichtiges Interesse daran, für die Versorgung einkommensschwacher Haushalte Sozialwohnungen zu schaffen. Die weniger schutzwürdigen Interessen der Wohnungsunternehmen müssen dahinter zurücktreten, weil es sich um *„unternehmerisches Eigentum mit einem besonders ausgeprägten sozialen Bezug“* handelt (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11, Rn. 297). Ihre Eigentumsausübung dient der unternehmerischen Tätigkeit und allenfalls geringfügig der Verwirklichung der persönlichen Freiheit, die das Eigentumsrecht in erster Linie schützen will. Zugleich weisen Wohnungen bereits mit Blick auf die absolut beschränkte Verfügbarkeit und fehlende Reproduzierbarkeit von Grund und Boden einen besonderen Sozialbezug auf (BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18, Rn. 71). Dieser ist umso stärker ausgeprägt als eine Wohnung essenzielle Voraussetzung für eine menschenwürdige Lebensführung ist. Hieraus folgt ein weiter gesetzgeberischer Spielraum, in dem die beiden miteinander konkurrierenden Eigentumspositionen durch die Sozialwohnungsquote angemessen in Ausgleich gebracht werden können.

Die Sozialwohnungsquote kann auch mit Blick auf Art. 3 GG, der hier nicht näher beleuchtet werden kann, verfassungskonform ausgestaltet werden. Insbesondere lässt sich eine typisierende Differenzierung nach Größe des Unternehmens aufgrund ihrer Marktmacht, wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum rechtfertigen. Um zu vermeiden, dass Unternehmen, die zuvor öffentliche Wohnraumförderung zur Schaffung von Sozialwohnungen in Anspruch genommen haben, bei der Erfüllung der Quote im Vorteil sind, müsste diesbezüglich über eine nur anteilige Anrechnung geförderter Sozialwohnungen nachgedacht werden.

Fazit

Angesichts der anhaltenden Wohnungskrise und des akuten Bedarfs an Sozialwohnungen müssen die Bundesländer bei der Schaffung sozialen Wohnraums neue Wege gehen. Die aktuelle Diskussion auf der Berliner Landesebene nimmt dabei zu Recht die gesellschaftliche Verantwortung von Wohnungsunternehmen in den Blick. Deren Widerstand könnte sich angesichts der drohenden Vergesellschaftung von Wohnraum in Grenzen halten – zumal der damalige Vorstandschef des Immobilienunternehmens Deutsche Wohnen, Michael Zahn, eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung 2019 selbst schon ins Spiel gebracht hat. Vor diesem Hintergrund erscheint die Sozialwohnungsquote als ein vielversprechender Lösungsansatz zur Schaffung von sozialem Wohnraum. Ihre Einführung wäre ein entscheidender Schritt hin zu einem gerechteren Wohnungsmarkt.

Norbert Lüdecke, Stephan Rixen

Verfassungsrecht und sexualisierte Gewalt in der römisch-katholischen Kirche

Zu aktuellen Amtshaftungsklagen und der Relevanz des kirchlichen Selbstverständnisses

doi: 10.59704/fb027663723e567f

Der sexuelle Missbrauch im Raum der Religionsgesellschaften beschäftigt zunehmend die ordentlichen Gerichte. Sie tun sich mit der religionsverfassungsrechtlichen Rahmung der Verfahren nicht leicht. Unterscheidungen des staatlichen Beamtenrechts werden allzu geschwind auf den Bereich der jeweiligen Religionsgesellschaft übertragen. So wird aber das Selbstverständnis der Religionsgesellschaften verkannt, und zwar zulasten der Klägerinnen und Kläger.

Priester und Privatperson

Sofern eine von sexualisierter Gewalt durch Kleriker betroffene Person Schadenersatz anstrebt, führt dies im Fall einer öffentlich-rechtlich organisierten („korporierten“) Religionsgemeinschaft wie der römisch-katholischen Kirche zu sog. Amtshaftungsklagen. Nach überwiegender, allerdings nicht unbestrittener (LG Aachen, Urteil vom 2.7.2024, Rn. 25) Ansicht sind die eigentlich nur für den staatlichen Bereich geltenden Bestimmungen des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auch auf jene Religionsgesellschaften anzuwenden, die im spezifisch religionsverfassungsrechtlichen Sinne Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV). In den Verfahren vor den Landgerichten geht es nicht nur um Fragen der Verjährung bzw. darum, ob die Einrede der Verjährung treuwidrig (§ 242 BGB) erhoben wurde. Alle Fragen des Tatbestands des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB können streitbefangen sein. Das gilt vor allem für die Amtspflicht. Wie das LG Köln in seinem wegweisenden Urteil vom 13.6.2023 (Rn. 57) betont, können „insbesondere die Fälle sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen durch Geistliche Amtshaftungsansprüche auslösen, da es sich um allgemeingültige, drittschützende Pflichten handelt, andere Personen nicht an ihren Rechtsgütern zu schädigen […].“

Ein derzeit ebenfalls vor dem LG Köln verhandelter Fall verdeutlicht die Brisanz des Rechtsproblems.

Es geht um die Klage eines frühen Opfers eines bereits wegen anderer Missbrauchstaten rechtskräftig zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilten Kölner Priesters gegen das Erzbistum Köln auf 850.000 Euro Entschädigung. Die Klägerin, die heute Ende 50 ist, war als 12-Jährige vom Bonner Jugendamt mit Genehmigung des damaligen Kölner Erzbischofs Kardinal Höffner dem seinerzeitigen Diakon und späteren Priester als Pflegekind anvertraut und dann von ihm jahrelang sexuell missbraucht worden. Das Erzbistum Köln, auf das in der Logik des Amtshaftungsrechts die Haftung für das Fehlverhalten des Klerikers überginge, verteidigt sich, aufs Wesentliche zusammengefasst, mit dem Hinweis, der Priester habe die Taten nicht als Priester begangen, also nicht gegen eine Amtspflicht verstoßen. Er habe hier vielmehr als Privatperson gehandelt, d.h. das Pflegekind sei ihm als Privatperson vom Jugendamt anvertraut worden. Die nach dem damaligen BGB gebotene (§ 1784 Abs. 1 BGB a.F.) Genehmigung des Erzbischofs habe nur gegenüber dem Staat versichern sollen, dienstliche Gründe stünden dem privaten Engagement als Pflegeperson nicht entgegen.

Das Erzbistum Köln hält von dieser Unterscheidung zwischen Priester und Privatperson viel, weil es ihm (von Fragen der Verjährung abgesehen) die Haftung erspart. Und doch muss es erstaunen, dass der Vorsteher eines Erzbistums, das nicht ohne Grund als „Rom am Rhein“ gilt, nicht auf die Beachtung des kirchenamtlich gebotenen Verständnisses vom Priesteramt dringt, obwohl er sonst für eine besonders lupenreine Lesart des römischen Selbstverständnisses eintritt. Dass die Berücksichtigung des kirchlichen Selbstverständnisses aus staatlich-rechtlicher Sicht bei der Auslegung von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB („Amtspflicht“) geboten ist, folgt aus dem sog. kirchlichen (genaugenom-

men: religionsgesellschaftlichen) Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 GG).

Die Ganzhingabe des Priesters

Zu diesem grundgesetzlich garantierten Selbstbestimmungsrecht gehört nach bisherigem religionsverfassungsrechtlichen (staatskirchenrechtlichen) Konsens[1], insbesondere nach der Rechtsprechung des BVerfG, dass die Kirchen ihre Ämter „auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses" (BVerfGE 137, 273, 302) konzipieren und vergeben (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 2 WRV). Staatliche Gerichte dürfen „die Eigenart des kirchlichen Dienstes – das kirchliche Proprium – nicht außer Acht lassen. […] Die Formulierung des kirchlichen Proprium[s] obliegt allein und ausschließlich den verfassten Kirchen" (BVerfGE 137, 273, 315). „Im Rahmen der allgemeinen Justizgewährungspflicht sind sie" – die staatlichen Gerichte – „lediglich berechtigt, die Darlegungen" der Kirche „auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. In Zweifelsfällen haben sie die einschlägigen Maßstäbe der verfassten Kirche durch Rückfragen bei den zuständigen Kirchenbehörden oder, falls dies ergebnislos bleibt, durch ein kirchenrechtliches oder theologisches Sachverständigengutachten aufzuklären" (BVerfGE 137, 273, 315 f.).

Als Selbstverständnis der römisch-katholischen Kirche im Blick auf das Priesteramt ergibt sich nach ihrer verbindlichen Lehre und ihrem Recht Folgendes:

Das Kirchenrecht folgt einem kirchenamtlichen Verständnis des Priestertums als totaler Indienstnahme der ganzen Person. Das sog. Amtspriestertum[2] ist keine bloße Berufs-, sondern eine Lebensaufgabe.[3] Diese für das Priesterverständnis wesentliche „Ganzhingabe"[4] ist einer der lehramtlich angeführten Gründe für die Zölibatspflicht, in der sich die vollständige Verfügbarkeit für das total beanspruchende Priestertum ausdrückt. Vorgängig zur Betrauung mit bestimmten Aufgaben etwa als Pfarrer (Leiter einer Pfarrgemeinde) ist ein Priester also immer im Dienst. Dieses kirchenamtliche Konzept des Priestertums ist Gegenstand der Priesterbildung wie der bischöflichen Verkündigung und prägt Selbstbewusstsein und Selbstverständnis der Priester. So schrieb Kardinal Meisner, der frühere Kölner Erzbischof, Weihekandidaten ins Stammbuch, Priester könne es „nie rein privat geben". Sie seien „entprivatisiert in den Raum der Kirche", davon gebe es „keine Beurlaubung".

Das Konzept der Ganzhingabe des Priesters ist keine rein geistliche Wirklichkeit, sondern wird durch ein kircheninternes Rechtsverhältnis operabel gemacht. Mit dem Weiheamt (zunächst als Diakon, dann als Priester) wird der Rechtsstatus des Klerikers (canon [c.] 207 Codex Iuris Canonici [CIC](1983)[5] begründet und dieser in der Organisationseinheit der Diözese rechtlich verortet (inkardiniert) (c. 265f.). Das Konzept der Ganzhingabe wird so in eine umfassende rechtliche Disponibilität des Geweihten überführt. Der Bischof ist sein Vorgesetzter,[6] ihm ist der Kleriker zum Gehorsam verpflichtet (c. 273) und hat von ihm angetragene Aufgaben zu übernehmen und treu zu erfüllen (c. 274 § 2). Zugleich unterliegt der Kleriker der Aufsichtspflicht des Bischofs. Sie ist nicht nur Dienstaufsicht in Bezug auf konkret übertragene Aufgaben, sondern erstreckt sich schon vorgängig auf die gesetzlichen Pflichten zur besonderen klerikalen Lebensführung (c. 384),[7] darunter besonders die Pflicht zur geschlechtlichen Enthaltsamkeit, vor allem zum Verzicht auf Ehe und Vaterschaft (c. 277 § 1 und 3). Im persönlichen Umgang haben Kleriker auch nur potentiell anstößige Situationen zu vermeiden (c. 277 § 2), besonders in

[1] Munsonius, Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, in: Handbuch des Staatskirchenrechts, 3. Aufl. 2020, 2449-2482.

[2] Vgl. etwa Dogmatische Konstitution „Lumen Gentium"des II. Vatikanischen Konzils Nr. 10, https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_ge.html.

[3] Sekretariate der deutschsprachigen Bischofskonferenzen (Hg.), Schreiben der Bischöfe über das priesterliche Amt, 1970, Nr. 39.

[4] Papst Paul VI., Rundschreiben „Sacerdotalis coelibatus"v. 24.6.1967, Nr. 27. 62. 70. 72. 76. 82. 83, https://www.kathpedia.de/index.php?title=Sacerdotalis_coelibatus_(Wortlaut).

[5] Angegeben sind die jeweiligen Normen des seit 1983 geltenden CIC. Der bis dahin geltende CIC/1917 enthielt entsprechende Regelungen.

[6] Schmitz, Die Inkardination im Hinblick auf die konsoziativen Strukturen, in: Aymans u. a. (Hg.), Das konsoziative Element in der Kirche, 1989, 701-720.

[7] Für diese Selbstverständlichkeit bereits nach altem Recht vgl. statt vieler das prominente Standardlehrbuch von Eichmann/Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, Bd. 1, 11. Aufl. 1964, 416.

Wohngemeinschaften oder im Kontakt mit Minderjährigen. Zugleich ist der Diakon[8] wie der Priester verpflichtet, seine pastorale Sorge unter Wahrung der nötigen Distanz insbesondere den hilfs- bzw. unterstützungsbedürftigen Menschen zuzuwenden, „den Leidenden, den Kleinen und Schwachen, den Kindern, den Menschen in Schwierigkeiten, den Ausgegrenzten und Armen".[9]

Gemessen daran gilt für den Kölner Fall dies:

Der Täter hat im Kölner Fall als Inhaber des Weiheamtes, als Kleriker, zunächst als Diakon, dann als Priester, und somit als Amtsträger gehandelt. Vor dem Hintergrund des spezifisch römisch-katholischen Verständnisses vom Weiheamt trägt die im staatlichen Bereich gängige Unterscheidung von dienstlichen und außerdienstlichen bzw. amtsspezifischen bzw. amtsfernen Tätigkeiten bei römisch-katholischen Klerikern nicht. Die pastorale Sorge um die Hilfsbedürftigen, insbesondere die Kinder, gehört nicht nur grundsätzlich zur diakonalen wie priesterlichen pastoralen Sorge. Vielmehr hat im vorliegenden Fall der Bischof mit der Erlaubnis, die staatliche Pflegschaft zu übernehmen, diese in den Aufgabenbereich des Klerikers verbindlich einbezogen und insoweit dessen drittbezogene Amtspflichten nach kirchlichem Selbstverständnis konkretisiert. Das ist etwas vollkommen anderes als die bischöfliche Erlaubnis, dass ein Kleriker entgegen dem Verbot, Gewerbe oder Handel auszuüben, ausnahmsweise den elterlich geerbten Weinberg mit kleinem Weinhandel weiterführt (c. 286). Der Bischof übernimmt damit keinerlei betriebliche Verantwortung.

Wer wissen wollte, konnte wissen und hat wissen müssen

Anders bei der Genehmigung der Pflegschaft: Das Ansinnen des Klerikers, eine Kindespflegschaft nach staatlichem Recht zu übernehmen, war nicht nur außergewöhnlich. Nach damaligem, bei der Entscheidung des Kardinals maßgeblichem Kirchenrecht durften Priester Frauen, zu denen der Kontakt aufgrund ihrer Jugend problematisch erschien, weder in ihren Haushalt aufnehmen noch sie öfter besuchen oder empfangen.[10] Den Bischof traf hier eine Prüfpflicht (c. 133 § 3 CIC/1917 sowie der heutige c. 277 § 3). Der Priester lebte nicht nur mit einem 12-jährigen Mädchen zusammen, das kirchlich mit 14 Jahren als heiratsfähig galt. Er übernahm auch eine Pflegschaft, also ein permanent auszuübendes umfassendes persönliches Betreuungsverhältnis, das zu einer Eltern-Kind-Bindung führt. Dass beides mit dem Zölibat ebensowenig vereinbar ist, wie mit der darin ausgedrückten totalen Verfügbarkeit, musste ihm schon damals klar sein. Seine Zustimmung zur Pflegschaft hat Kardinal Höffner allerdings erklärtermaßen mit Blick auf das Kindeswohl erwogen und erteilt. Damit hat er kraft seiner Amtsgewalt die pflegschaftliche Sorge um das Mädchen in den Aufgabenkreis seines Klerikers einbezogen, seinen Einsatz also im Einzelfall bewusst am Wohl des Mädchens ausgerichtet und im Hinblick auf diese „dritte" Person konkretisiert.

Erschwerend kommt hinzu: Gerade unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls, auf das sich Kardinal Höffner berufen hat, hätten auch damals ernste Zweifel nicht nur daran bestehen müssen, ob ein Priester die Lebensgemeinschaft mit einem 12-jährigen Mädchen nicht aus egoistisch-verwerflichen Motiven erstrebt, sondern auch, ob ein Priester aufgrund seiner von der Zölibatspflicht implizierten Berufung zu Ehe- und Familienlosigkeit überhaupt pädagogisch und psychologisch geeignet ist, die Sorge für eine harmonische Kindesentwicklung auszuüben. Wäre dies seinerzeit in der gebotenen Weise geprüft und erwogen worden, hätte Kardinal Höffner die Übernahme der Pflegschaft nicht gestatten dürfen.[11] In

[8] Vgl. schon für die Einsatzzeit des Täters im vorliegenden Fall.: Ständiger Rat der Deutschen Bischofskonferenz, „Rahmenordnung für die Priesterbildung", in: Amtsblatt des Erzbistums Köln 118 (1978) Stück 13 v. 30.5.1978, 113-136 (Geltung ab 1.5.1978) Nr. 133 und 139.

[9] Kongregation für den Klerus, Direktorium für Dienst und Leben der Priester (Neuausgabe) v. 11.02.2013, Nr. 82 f. (https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cclergy/documents/rc_con_cclergy_doc_20130211_direttorio-presbiteri_ge.html).

[10] Eichmann/Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, Bd. 1, 11. Aufl. 1964, 263 f.

[11] Dies., 270 sehen für damals kein grundsätzliches Verbot, aber in Analogie zum im CIC/1917 enthaltenen Verbot, Tauf- oder Firmpatenschaften zu übernehmen, die Notwendigkeit einer eigenen oberhirtlichen Erlaubnis. Für die amtliche Klarstellung zur richtigerweise auch damals schon maßgeblichen Rechtslage vgl. Präfekt der Kongregation für den Klerus, Kardinal Castrillon Hoyos, Civil Adoption by Clerics Obligated by the Law of Celibacy Prohibited, in: Roman Replies and Canon Law Society of America Advisory Opinions 21 (2004), 7 f., 7 sowie D'Souza, A Question of Compatibility of Adoption of Children by Priests with their Commitment to Celibacy, in: Studies in Church Law 3 (2007) 437-443 und Ghirlanda, Celibato e Adozione di Minorenni da Parte di Chierici, in: Periodica 92 (2003) 383-415.

jedem Fall hätten sorgfältige Begleit- und Kontrollmaßnahmen nicht unterbleiben dürfen. Das ist umso unverständlicher als innerkirchlich immer klar war, dass jeder sexuelle Umgang von Klerikern, erst recht mit Kindern schwerst sündhaft und seit Langem auch eine kirchliche Straftat ist. Mehrfach seit den 1950er und 1960er Jahren mahnte der Apostolische Stuhl zu sorgfältiger Eignungsprüfung und praktischer Begleitung junger Priester.[12] Eine eigene Verfahrensordnung für klerikale Sexualdelikte sollte geheim bleiben, war aber über einschlägige Lehrbücher faktisch bekannt.[13] Die Gefahreninformation war im System immer vorhanden. Diözesanbischöfe, die sich für das Recht nicht interessierten oder es in „Pastoral" genannter Willkür ignorierten, sind damit nicht entlastet, sondern verfehlten sich gegen ihr Amt. Wer wissen wollte, konnte wissen und hat wissen müssen.[14]

In Ausübung seiner Befugnis, die Aufgaben „seines" Klerikers zu definieren, hat Kardinal Höffner im Wissen um die Kindeswohlrelevanz gleichwohl anders entschieden, und zwar zum Nachteil des Mädchens. Er hat damit eine für das Mädchen gefährliche Situation herbeigeführt und unkontrolliert gelassen. Damit hat er seine Aufsichtspflicht sowohl über die klerikale Lebensführung des Klerikers wie auch zum Schutz des anvertrauten Kindes mindestens grob fahrlässig verletzt. Durch sein Handeln wurden die Taten ermöglicht, mindestens aber entscheidend erleichtert. Das ist im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB in der Lesart des BGH als eigene Pflichtverletzung der sog. Anstellungskörperschaft (Erzbistum Köln) neben der Pflichtverletzung des handelnden Amtsträgers zu beachten.[15]

Warum das kirchliche Selbstverständnis nicht ignoriert werden darf

Was bedeutet dies für das LG Köln? Zunächst einmal ist es verpflichtet, das einschlägige kirchliche Selbstverständnis zu ermitteln und zur Kenntnis zu nehmen. Sodann muss es das Erzbistum Köln auffordern, im Detail zu diesem Selbstverständnis Stellung zu nehmen. Sollte das Erzbistum Köln die Gründe, die das Selbstverständnis richtigerweise ausmachen, in Abrede stellen (was angesichts der kirchenrechtlich eindeutigen Lage kaum vorstellbar ist), dann läge ein Zweifelsfall vor, der durch ein kirchenrechtliches Sachverständigengutachten aufzuklären wäre. Hierbei wären keine Kirchenrechtler:innen auszuwählen, die „im Lager" des Erzbistums Köln stehen, also durch biographische Nähe, innere oder dienstliche Abhängigkeit oder vorauseilenden, karriereförderlichen Gehorsam erwartbare Ergebnisse produzieren.

Geht das LG Köln über all das hinweg, dann ist bei der oben genannten Entscheidung des BVerfG anzuknüpfen: Die staatlichen Gerichte sind im Lichte der Justizgewährungspflicht zur Aufklärung des Selbstverständnisses verpflichtet. Der objektivrechtlichen Justizgewährungspflicht entspricht der Justizgewährungsanspruch der Klägerin (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 20 Abs 3 GG),[16] der verletzt würde, wenn das LG Köln das kirchliche Selbstverständnis ignorierte und so dem Erzbistum Köln zu einem Erfolg verhülfe, den es bei verfassungsrechtlicher gebotener Auslegung des Begriffs „Amtspflicht" nicht für sich verbuchen könnte.

---

[12] Canon Law Digest IV, 303-315, insb. 307f. 311f. und Canon Law Digest V, 452-486, insb. 457. 468-471. 482 f.

[13] Sacra Congregatio Sanctum Officium, Instruktion „Crimen sollicitationes"v. 16.3.1962, https://www.vatican.va/resources/resources_crimen-sollicitationis-1962_en.html.

[14] Lüdecke, Warum erst 2010? Hinweise und Anfragen zur Vorgeschichte eines Skandaljahres der Kirche in Deutschland, in: Anuth/Dennemarck/Ihli (Hg.), „Von Barmherzigkeit und Recht will ich singen."Festschrift für Andreas Weiß, 2020, 353-380. –Im Ergebnis so auch (ohne kirchenrechtliche Einordnung) Scheinfeld, Amtshaftung der Kirche für Sexualstraftaten eines Priesters und Pflegevaters, 16.7.2024, https://weltanschauungsrecht.de/meldung/amtshaftung-kirche-fuer-sexualstraftaten-eines-priesters-und-pflegevaters.

[15] Rixen, Amtshaftung nach sexualisierter Gewalt in der katholischen Kirche, NVwZ 2023, 1481 (1483).

[16] Rixen, Rechtsweggarantie, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 131 Rn. 33 ff.

Lukas Märtin

Finanzverfassungsrechtliches Mikado

Zum jüngsten Haushaltsentwurf der Ampel-Koalition und der Konstitutionalisierung der Haushaltspolitik

doi: 10.59704/f5994368819b7023

Am vergangenen Freitag einigten sich die Spitzen der Ampel-Koalition (erneut) auf einen Bundeshaushaltsentwurf für das kommende Jahr 2025. Dem voran gingen nicht nur zähe politische Debatten innerhalb der Koalition. Auch das Verfassungsrecht spielte – mal wieder – eine hervorgehobene Rolle für die Haushaltspolitik der Bundesrepublik. Im Verlauf der Debatte um den nun vorgesehenen Entwurf, der im Laufe des Jahres vom Bundestag beschlossen werden soll, zeigt sich ein weiteres Mal der übermäßige Fokus haushaltspolitischer Erwägungen auf verfassungsrechtliche Normen.

Schuldenbremsenneutralität anstatt politischer Zweckmäßigkeit

Die politische Neueinigung über einige Aspekte des Haushaltsentwurfs wurde notwendig, nachdem Bundesfinanzminister Christian Lindner infolge des vor einigen Wochen beschlossenen Haushaltsentwurfs sowohl ein verfassungsrechtliches Gutachten als auch ein Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesfinanzministeriums zum Haushaltsentwurf in Auftrag gegeben hat. Letzteres trifft dabei vor allem wirtschaftliche und politische Erwägungen.

Zum einen ging es um Investitionen in die Bahn. Im ursprünglichen Entwurf waren Direktzuschüsse an die Infrastruktursparte der Deutschen Bahn, DB InfraGO, vorgesehen. Diese werden in Höhe von 4,5 Milliarden Euro durch eine Eigenkapitalerhöhung ersetzt. Darüber hinaus erhält die Bahn ein Darlehen des Bundes in Höhe von 3 Milliarden Euro.

Die Verwendung einer Eigenkapitalerhöhung und von Darlehen anstatt direkter Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt haben dabei keineswegs politische oder wirtschaftliche Gründe. Vielmehr ergeben sie sich im Lichte der rechtlichen Maßgaben der Schuldenbremse. Darlehen und Eigenkapitalerhöhungen gelten unter bestimmten Voraussetzungen als finanzielle Transaktionen im Sinne des § 3 Artikel 115-Gesetz, das die Ausführung von Art. 115 Abs. 2 GG regelt, der zentralen Norm der Schuldenbremse für den Haushalt des Bundes.

Finanzielle Transaktionen werden gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Artikel 115-Gesetz nicht in die für die Schuldenbremse relevanten Einnahmen und Ausgaben einberechnet. Diesen steht nach Konzeption des Gesetzgebers ein werthaltiger Rückzahlungsanspruch gegen, der die jeweilige Transaktion im Sinne einer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung vermögensneutral erscheinen lässt.

Finanzverfassungsrechtliches Mikado

Setzt der Haushaltsgesetzgeber allerdings anstatt direkter Zuschüsse aus dem Haushalt Finanzierungsinstrumente wie die Eigenkapitalerhöhung oder Darlehen ein, bedeutet dies wirtschaftlich schlechtere Konditionen für die Bahn. Dies führt im schlechtesten Fall zu einer Erhöhung der Trassen- oder Ticketpreise, da hinreichend eigene Einnahmen zur Renditensteigerung generiert werden müssen, um einen werthaltigen Gegenanspruch für den Bund in hinreichendem Maße zu garantieren. Eben diese Maßnahme hat DB InfraGo nun infolge der Haushaltseinigung angekündigt.

Bemerkenswert dabei ist – neben den rein wirtschaftlichen Nachteilen, die die Bahn durch die Ausgestaltung als finanzielle Transaktion hat –, dass die Umwandlung der Direktinvestitionen in finanzielle Transaktionen vorrangig dem Ziel diente, die Schuldenbremse einhalten zu können. Das politische Kapital, das innerhalb der Koalition notwendig war, um die erneute Einigung herbeizuführen, wird also für die Einhaltung der Schuldenbremse geopfert, während wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen nur sekundär Beachtung finden. Die Konstitutionalisierung der Haushaltspolitik durch die Schuldenbremse verschiebt den Fokus so von wirtschaftlichen und politischen Erwägungen für eine angemessene Finanzierung einzelner Politikbereiche stark auf die Einhaltung rechtlicher Maßgaben.

Lässt man dies außer Betracht und bewertet die Umwandlung von Direktzuschüssen in finanzielle Transaktionen im Sinne des § 3 Art. 115-Gesetz rein finanziell aus Sicht des Bundes, bleibt darüber hinaus zweifelhaft, ob eine faktische Einsparung durch die Maßnahme entsteht. Die Bahn bleibt nämlich ein bundeseigenes Unternehmen mit herausgehobener Bedeutung, das – wenn die finanzielle Situation dies erfordert – vermutlich auch in Zukunft Zuwendungen des Bundes zur Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage erfährt. So dienen die nun an die Bahn vergebenen Darlehen vor allem der Ablösung älterer, finanziell nachteiliger Darlehen.

Darauf weist auch das Gutachten des Beirats des BMF hin, das anbringt, im Ergebnis finde „ein echter Schuldendienst, der durch die Schienenbetreiber bzw. -benutzer finanziert wird, nicht statt", da der Bund gezwungen sein könnte, „alte Darlehen und die darin vereinbarten Zinsen durch neue Darlehen" abzulösen (S. 2). Die Ausgestaltung der Investitionen als Eigenkapitalerhöhung bzw. Darlehen anstatt direkter Zuschüsse führt schließlich also weder zu einer effektiv verbesserten Wirtschaftssituation der Bahn noch des Bundes, hält dafür aber die verfassungsrechtlichen Maßgaben des Staatsschuldenrechts ein. Eine restriktivere Überprüfung des Begriffs der finanziellen Transaktion, namentlich dessen, ob der aus der Transaktion resultierende Gegenanspruch hinreichende Werthaltigkeit besitzt, wie es der Beirat in seinem Gutachten andeutet, würde wohl daran scheitern, dass sich das BVerfG in dieser Frage tief in rein betriebswirtschaftlichen Erwägungen zur Wirtschaftslage des Transaktionspartners verlieren müsste. Diese wären einer vorhersehbaren rechtlichen Auslegung nur schwer zugänglich – ein bei staatsschuldenrechtlichen Regelungen altbekanntes Problem, denkt man beispielsweise an Debatten rund um den Begriff der Investition oder der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts des Art. 115 Abs. 1 GG aF.

Während die Koalition ihr vermutlich letztes politisches Kapital – Grünenvorsitzender Omid Nouripour spricht schon von einer Übergangskoalition nach der Merkel-Ära – damit verschwendet, finanzverfassungsrechtliches Mikado zur Einhaltung einer wirtschaftswissenschaftlich willkürlich festgelegten Höhe an Verschuldung zu betreiben, reißt die Bahn Jahr für Jahr ihre Pünktlichkeitsziele. Nun wäre es selbstredend naiv, die Misere der Bahn allein an finanzverfassungsrechtlichen Normen festmachen zu wollen; zweifelhaft erscheint aber zumindest deren positiver Beitrag.

Die Camouflage der Ökonomie als Recht

Der starke verfassungsrechtliche Fokus birgt weiterhin die Gefahr, im Kern wirtschaftliche oder politische Argumente als rechtliche zu camouflieren, um ihre Notwendigkeit in der politischen Debatte hervorzuheben. So stellt das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats des BMF überwiegend politische bzw. ökonomische Erwägungen an. Das verfassungsrechtliche Gutachten von Johannes Hellermann ging – abgesehen von der Umwidmung bestehender KfW-Ermächtigungen – einhellig von der verfassungsrechtlichen Machbarkeit der zu begutachtenden Maßnahmen aus. Das Beiratsgutachten fiel bezüglich aller Maßnahmen kritischer aus, aber vor allem eben in wirtschaftlicher Hinsicht. In der politischen Debatte wurden diese beiden Gutachten jedoch oftmals gleichbehandelt.

Es ist allzu verständlich, dass die Koalition und insbesondere das Bundesfinanzministerium nach dem Urteil des BVerfG vom 15. November 2023, mit dem das Zweite Nachtragshaushaltsgesetz von 2021 für nichtig erklärt wurde, bei zukünftigen Bundeshaushalten Vorsicht walten lassen will, um nicht erneut einen verfassungswidrigen Haushalt aufzustellen. Dass es einer solchen Vorsicht im Rahmen der Königsdisziplin des Parlaments überhaupt bedarf, ist Ergebnis der starken Verrechtlichung der Staatsschuldenpolitik, deren feingliedrige Dogmatik politischen sowie wirtschaftlichen Erwägungen über das Für und Wider einer jeweiligen Ausgabe die Sicht versperrt. Ob der durch Kreditermächtigungen ausgegebene Euro nun netto freiheitsschonend ist, weil er beispielsweise CO2-arme Infrastruktur ausbaut und so der Klimakrise entgegenwirkt, oder freiheitsschädlich, weil die aufgenommene finanzielle Verpflichtung einem kommenden Haushaltsgesetzgeber Freiräume nimmt, ohne einen spürbaren sachlichen Vorteil zu ermöglichen, ließe sich vernünftigerweise nicht rechtlich entscheiden, sondern nur politisch.

Glaubhafte Fiskalregeln - Vertrauen durch Recht anstatt Politik

Gleiches wird durch eine Passage in der neuen Haushaltseinigung deutlich, die in der Debatte um Fiskalregeln des Öfteren zu finden ist. In der Einigung ist die Rede

von „glaubhaften Fiskalregeln“. Die bloße – gerichtlich überprüfbare – Einhaltung der Rechtsnormen des Staatsschuldenrechts reicht offenbar nicht aus. Die Fiskalregeln müssen darüber hinaus glaubhaft eingehalten worden sein; anders gesagt muss auf sie vertraut werden können. Vertrauen ist aber im politischen System der Bundesrepublik unter dem Grundgesetz nicht rechtlich, sondern genuin politisch. Es wird politisch hergestellt: Bundeskanzler Olaf Scholz, der die Bundesregierung durch das Bestimmen der Richtlinien anführt, genießt das Vertrauen der Abgeordneten des Bundestages, die ihn wählen. Demgegenüber sollen „glaubhafte“ Fiskalregeln Vertrauen durch Recht dort herstellen, wo es politisch nicht erreicht werden kann.

Ein solcher haushaltspolitischer Ansatz, der die Legitimation seiner Entscheidungen in hohem Maße an rechtlichen Maßgaben orientiert, entleert den Sinn und Zweck des Haushaltes als politische Geschäftsgrundlage einer jeden Bundesregierung. Dieser Ansatz ist dem Haushaltsgesetzgeber aufgrund des aktuell geltenden Staatsschuldenrechts in der Interpretation des BVerfG selbstredend nicht vorzuwerfen; *de lege ferenda* aber notwendigerweise zu reflektieren.

Der Autor dankt Ruth Weber für hilfreiche Anmerkungen zu früheren Versionen des Beitrags.

Maximilian Steinbeis

Schrankenlos

doi: 10.59704/dad1c137729b67e8

Die liberale Demokratie jagt ihre Feinde so wie der Hund seinen eigenen Schwanz. Je mehr sie den politischen Raum mit verfassungsrechtlichen Institutionen, Bindungen und Kontrollverfahren voll stellt, desto mehr Widerstand löst sie damit aus. Und je mehr Widerstand sie auslöst und je mehr ihre ganzen Institutionen nun ihrerseits in politische Bedrängnis geraten, desto dringlicher erscheint es ihr, diese Kontrolle immer noch weiter auszubauen und die Schrauben immer noch weiter anzuziehen und sich immer weitere und mächtigere Institutionen mit immer noch weitreichenderen Sanktionsmöglichkeiten auszudenken. Was natürlich umso mehr Widerstand erzeugt, und damit umso mehr Kontrolle. So steigern sich verfassungsrechtliche Aktion und populistische Reaktion zu einem atemlosen Tanz um eine leere Mitte herum, der gar nicht anders enden kann als in Erschöpfung und Zusammenbruch, sofern es nicht gelingt, diese verschwendete Energie rechtzeitig auf ein produktiveres Ziel umzulenken, sprich: dem Hund einen Knochen hinzuhalten, auf dass er sich darauf besinnt, was in seinem eigentlichen (ökonomischen) Interesse ist.

Dies ist die Deutung, die der an der Universität Siegen lehrende Politikwissenschaftler Philip Manow in seinem neuen Buch „Unter Beobachtung“ der aktuellen Krise der liberalen Demokratie angedeihen lässt: Wenn sie nach deren Ursachen und nach möglichen Auswegen suche, müsse sie bloß in den Spiegel schauen. Demokratie, so Manow, sei mitnichten so notwendig liberal, wie sich der politikwissenschaftliche und politische Mainstream unserer Zeit selbst glauben mache. Sie sich nur eingehegt und kontrolliert von Verfassungsrecht und Verfassungsgerichten vorstellen zu können, sei ein relativ neues und interessengebundenes Phänomen. Wenn die Politik nun gegen diese Einhegung und Kontrolle aufbegehre, so Manow, dann habe sie das niemand anderem zuzuschreiben als sich selbst.

Beißender Sarkasmus

Zu einem globalen Standard ist die liberale Demokratie erst in den Achtziger- und Neunzigerjahren des 20. Jahrhunderts geworden, in der Epoche der Demokratisierung in Ostmitteleuropa, Lateinamerika und anderenorts. Erst im Zuge dieses Prozesses wurde die Verfassungs-Verrechtlichung der Demokratie zu dem Universalmaßstab erfolgreicher Demokratisierung, den heute viele für selbstverständlich halten. Nach dem Kollaps der kommunistischen und autoritären Diktaturen erschien ein robustes und durchsetzungsfähiges Rechtssystem, bewacht und ausgestaltet von selbst- und machtbewussten Verfassungsgerichten, als notwendiges Mittel, um die Transformation zu ermöglichen, zu gestalten und auf Dauer zu stellen. Außerdem sollte den Parteigängern der vormaligen Autokraten so das Wagnis, sich überstimmen zu lassen, überschaubar scheinen.

Der Preis dafür war, dass die Liberalisierung als politisches Programm damit politisch kaum mehr herausforderbar war und diejenigen, die dieses Programm von der Richterbank herab maßgeblich durchsetzten, als politische Akteure nicht mehr benenn- und bekämpfbar waren, ohne die Institutionen der Verfassung selbst zum politischen Gegner zu erklären und zu bekämpfen. Mit anderen Worten: durch autoritären Populismus.

Dieser Zusammenhang, so Manow, gerate aus dem Blick, wenn man die liberale Demokratie zu einem zeitlos und über alle politischen Gegensätze hinweg gültigen „Wert“ verklärt, zu einem idealen Ziel, das man nie ganz erreicht, dem man sich aber annähert, wenn man nur fleißig die richtigen Institutionen installiert. Der stumpfen Checklisten-Metrik, mittels derer Teile der Politikwissenschaft und die von ihr angeleitete Politik glauben, messen zu können, welche Fort- und Rückschritte alle möglichen unter Beobachtung gestellten Staaten auf dem Weg zu diesem vermeintlich aller politischen Konflikte und aller historischen Besonderheiten enthobenen liberal-demokratischen Ideal verzeichnen, widmet Manow die stärksten Passagen dieses Buches. Die liberale

Demokratie ist kein idealer Wert. Sie ist nicht das, was eintritt, wenn sich nur endlich Vernunft und Redlichkeit durchsetzen, als End- und Ruhezustand einer wohlgeordneten politikbefreiten Gesellschaft. Mit diesem technokratischen Lehnstuhltraum räumt Manow voll beißendem Sarkasmus auf.

Wenn man sich mit Manow den autoritären Populismus als „Gespenst" der liberalen Demokratie erklärt, was folgt dann daraus für den Umgang mit ihm? Erledigt sich der ganze Spuk von selbst, sobald die Demokratie nur endlich aufhört, notwendig immer auch liberal sein zu wollen? Weniger Verfassungsrecht und weniger Verfassungsgerichte, mehr Mehrheit und mehr Politik, und schon lassen wir mitsamt der liberalen Demokratie auch ihre aktuelle Krise hinter uns?

Demokratie, so Adam Przeworskis prägnante Definition, heißt, dass Parteien Wahlen verlieren. Mehrheiten werden zu Minderheiten und umgekehrt, und solange das so ist, hat niemand Interesse daran, seine Mehrheitsmacht zu Dingen missbrauchen, die man sich selbst als Minderheit nicht gern zufügen lassen würde. Man lässt sich also überstimmen. Man muss sich nicht dauernd in allem einig werden, ob aus Einsicht oder unter Zwang. Man kann dagegen bleiben. Verschieden bleiben. Frei bleiben. Um das zu leisten, muss eine Demokratie nicht notwendig so liberal sein, wie wir das heutzutage gerne glauben.

Die Bereitschaft, Wahlen zu verlieren, fehlt den autoritär-populistischen Feinden der liberalen Demokratie völlig

Nur zählt es, und das kommt interessanterweise in Manows Analyse so gut wie überhaupt nicht vor, zu den Kennzeichen der autoritär-populistischen Feinde der liberalen Demokratie, dass ihnen genau dies in bemerkenswertem Umfang abgeht: die Bereitschaft, Wahlen zu verlieren. „Die Heimat kann nicht in der Opposition sein", sagte Viktor Orbán, nachdem er 2002 nach seiner ersten Amtszeit als ungarischer Ministerpräsident abgewählt wurde. Donald Trump ließ lieber das Kapitol stürmen als zu akzeptieren, dass die Präsidentschaftswahl in den USA 2020 ein anderes Ergebnis produziert hatte als die Affirmation seiner Macht, und Jair Bolsonaro 2023 in Brasilia ebenso.

Die Verfahren und Institutionen der Demokratie sind aus Sicht der autoritären Populisten dazu da, dem „wahren Volk", das sie zu repräsentieren vorgeben, einen Spiegel hinzustellen. Die Demokratie hat ihm ein Abbild seiner selbst zu liefern, in dem es sich erkennen, von Minderheiten, Linken und anderem Kroppzeug unterscheiden und seiner Identität versichern kann. Wenn sie dieses identitäre Spiegelbild nicht liefert, dann stimmt mit ihr etwas nicht, und umso lauter fordern die autoritären Populisten die Macht für sich, die Demokratie zu reparieren, auf sie wieder liefert, was sie liefern soll.

Solange sie nicht an der Macht sind, nutzen sie ihre Oppositionsrolle und -rechte, um Entscheidungen zu blockieren, Verfahren zum Entgleisen zu bringen, Institutionen zu zerstören und so ihre Behauptung, dass mit dieser Demokratie etwas nicht stimmt, nach Kräften plausibel zu machen. Sobald sie an die Macht gelangen, wird diese eingesetzt, um die Demokratie zu einem fugenlosen identitären Spiegelkabinett umzubauen, das zuverlässig nur noch ihr eigenes Recht zur Herrschaft reflektiert. Wer immer in ihrem Land noch Wahlen verliert, sie sind es jedenfalls nicht mehr. Das ist in Ungarn seit 2010 Realität, in Italien passiert es gerade, und in den USA wird es womöglich schon in wenigen Monaten so weit sein.

Das Instrument dieser Strategie ist das Verfassungsrecht: Mit den Mitteln des Rechts wird dieses identitäre Spiegelkabinett errichtet und perfektioniert. Das macht es notwendig, die Institutionen, die Recht setzen und sprechen, unter Kontrolle zu bringen: die Gerichte, die supra- und internationalen Bindungen, die Verfassungsjustiz. Wenn der autoritäre Populismus mit diesen Institutionen in Konflikt gerät, dann nicht deshalb, weil sie die Spielräume für majoritäre Politik eng machen. Sondern, weil sie seiner autoritären Machtergreifung im Wege stehen. Es geht in diesem Konflikt nicht um die liberale Demokratie. Es geht um die Demokratie.

Das fehlt in Manows Analyse. Teilweise hat man den Eindruck, er weiche der Erkenntnis dieser Zusammenhänge aktiv aus. So etwa, wenn er Kim Lane Scheppeles Forschung zu Viktor Orbáns juristisch-technischer Optimierung der gesamten ungarischen Verfassungsordnung als Instrument seines Machterhalts als unwissenschaftliche „Verschwörungstheorien zweiter Ordnung" herabzuwürdigen versucht – als ob es dabei darum ginge, Orbáns finstere Motive aufzudecken statt seiner Techniken. Mit seinem Liberal-Illiberal-Aktions-Reaktions-Schema macht Manow stattdessen die Institutionen des liberalen Rechtsstaats, die für die Resilienz der Demokratie ge-

genüber der autoritär-populistischen Strategie entscheidend sind, zu einer Ursache und damit zu einem Teil des autoritär-populistischen Problems. Das trägt nur zu dessen Erklärung ziemlich wenig bei – und zu dessen Lösung überhaupt nichts.

Der Text ist am 12. August 2024 zuerst in der Süddeutschen Zeitung erschienen.

Hannah Ruschemeier

Schattenwirtschaft Datenhandel

doi: 10.59704/c42abe13675b8c27

Die Recherchen von Netzpolitik und dem Bayerischen Rundfunk zum Unternehmen Datarade haben einen Teil der Digitalwirtschaft in den Fokus gerückt, der bisher vor allem im Hintergrund operierte: Datenhandel. Zentrale Akteure sind Datenhändler:innen (sog. Data Brokers), deren Geschäftsmodell darin besteht mit (nicht-)/personenbezogenen Daten zu handeln. Datenhandel ist ein milliardenschwerer Teil der globalen digitalen Wirtschaft und kein neues Phänomen, jüngst geraten aber zu Recht die grundlegenden Probleme in den Blick. Das Geschäftsmodell der meisten Data Broker untergräbt datenschutzrechtliche Vorgaben, die Privatheit und Autonomie von Individuen und erzeugt strukturelle und ethische Probleme für demokratische Gesellschaften. Der Beitrag umreißt die rechtlichen Implikationen von Datenhandel im Hinblick auf die DSGVO, den DSA und die KI-VO.

Wer sind die beteiligten Akteure?

Datenhandel bezeichnet allgemein die Bereitstellung von personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten gegen monetäre Bezahlung oder den Austausch von Gütern und Produkten. Data Broker sind Unternehmen, die ihre Haupteinnahmen durch den Verkauf von Daten über Individuen generieren, die diese nicht selbst bereitstellen. Data Broker beziehen ihre Daten aus unterschiedlichen Quellen: Sie kaufen von anderen Händler:innen, extrahieren diese Daten selbst über Webcrawler oder öffentlich zugängliche Quellen. Diese Transaktionen sind eine Sekundärnutzung von Daten und finden ohne die betroffenen Datensubjekte statt. Da Verbraucher:innen nur betroffen, aber nicht beteiligt sind, haben viele Menschen keine Kenntnis von Data Brokern und ihren Geschäftsmodellen. Bekannte Firmen wie Google oder Meta fallen demnach nicht unter das Kernverständnis von Data Brokern: Suchmaschinen und Soziale Netzwerke verkaufen zwar auch Daten, erheben diese aber bei ihren Nutzer:innen selbst. Data Broker hingegen agieren mittelbarer als Intermediäre und haben selbst keine Nutzer:innen, sondern Kund:innen, die Daten nicht erzeugen, sondern ankaufen.

Das vormals klare Verständnis von Data Brokern (wie bspw. Adresshändler:innen) wird allerdings zunehmend komplexer, da viele Firmen nicht nur mit Daten handeln sondern auch zahlreiche andere Dienste anbieten. Die Firma Experian, eine der bekanntesten Data Broker und Kreditauskunftei bietet bspw. zugleich „Big Data Solutions“ an. Die Nachfrage nach Daten steigt auch durch die zunehmende Verbreitung extrem datenintensiver Technologien wie LLMs (Large Language Models). Bereits jetzt wird darüber spekuliert, in welche Richtung sich der Datenhandelsmarkt entwickeln wird, wenn die Quellen zumindest faktisch öffentlich-zugänglicher Daten ausgeschöpft sind.

Strukturen des Datenökosystems

Data Broker agieren an der Schnittstelle zwischen verschiedenen Interessenpunkten und Akteuren im Datenökosystem und fungieren damit als unsichtbare Intermediäre. Sie haben zudem kein Interesse daran, von wem und für welche Zwecke die von ihnen verkauften Daten genutzt werden und verkaufen bspw. für Marketingzwecke erhobene Daten an Kreditauskunfteien, die diese für Creditscoring verwenden.

Datenhandel als florierender Geschäftszweig der globalen Digitalwirtschaft ist eine Facette der andauernden Datafizierung aller Lebensbereiche. Dadurch sind Data Broker untrennbar mit den Strukturen der globalen Datenwirtschaft verbunden, die im Kontext der Nutzung digitaler Kommunikationstechnologie massiv auf Online-Tracking beruht. Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation von Daten als eigentumsfähige Güter, sind Daten unbestritten ein Wirtschaftsgut. Alle global erfolgreichen Digitalunternehmen betreiben aggressive Datenextraktionen gegenüber ihren Nutzer:innen. Das Geschäftsmodell der zentral betriebenen sozialen Netzwerke basiert auf der Finanzierung durch Online-Werbung, die konkrete inhaltliche Ausrichtung der Apps und Webseiten ist dabei zweitrangig, es geht darum Nutzer:innen möglichst

lange und aktiv auf der Plattform zu halten, um personenbezogene Daten zu extrahieren und generieren zu können. Optimiert wird dieses Ziel durch Real-Time-Bidding bei dem Werbetreibende in einer automatisierten Auktion um die Chance bieten, eine Anzeige gezielt an eine bestimmte Internetnutzer:in zu richten.

Warum ist Datenhandel problematisch?

Trotz der undurchsichtigen und im Detail schwer nachvollziehbaren Datenströme und Geschäftsmodelle, sind wiederholt rechtlich und ethisch problematische Transaktionen öffentlich geworden. Bspw. verkaufte eine US-amerikanische Firma mit Geschäftsbeziehungen zur US-Regierung Standortdaten im Umfeld von Abtreibungskliniken, die Firma LiveRamp hat ein „privates Bevölkerungsregister" anhand von Kategorien wie „Depressionen, Brustkrebs" erstellt; Datastream bot Journalist:innen 3,6 Milliarden Standortdaten aus Deutschland an – gratis und als Anreiz ein Abonnement abzuschließen.

Datenhandel katalysiert die massive informationelle Machtasymmetrie im der digitalen Sphäre: Einzelne Unternehmen sind in der Lage massive Datenmengen zu akkumulieren und diese für ihre ökonomischen Zwecke zu nutzen. Verbraucher:innen ihrerseits können weder ihre eigenen Daten in vergleichbarer Weise kommerziell verwerten, noch wissen die betroffenen Personen in den meisten Fällen wer ihre Daten für welche Zwecke kommerzialisiert. Unregulierter Datenhandel befeuert diese Probleme durch unüberschaubare Transaktionsketten, die Verantwortlichkeiten verschleiern, Zweckbindung untergraben und Datensicherheit gefährden.

Das Missbrauchsrisiko der Konzentration extrem großer Datenmengen über ganze Bevölkerungen bei einzelnen Akteuren – staatlich oder privatwirtschaftlich – liegt auf der Hand. Kombiniert mit prädiktiver Analytik kann jedes Detail dazu genutzt werden, Personen zu gruppieren und ihnen Eigenschaften zuzuschreiben die sie nicht einmal selbst kennen. Unabhängig davon, ob diese Zuschreibungen zutreffen oder nicht, geht ein massiver Kontrollverlust über die Selbstdarstellung und eine Beschneidung individueller Autonomie einher. Diskriminierungen sind zahlreich dokumentiert, die gezielte Verbreitung von Falschinformationen an ausgewählte Personengruppen vergiftet die gesellschaftliche Debatte. Verstärkt wird zudem eine Gefährdung der nationalen Sicherheit diskutiert. Denn wenig überraschend ermöglichen die immensen Datenbestände Vorhersagen über nahezu jede Person und nehmen damit Mitarbeiter:innen von Regierungen, Geheimdiensten oder anderen sicherheitsrelevanten staatlichen Behörden nicht aus.

Datenschutzrecht und Vollzugsprobleme

Ausgehend von dem was über die Praktiken vieler Data Broker bekannt ist, erscheint vieles, was heute offenbar gängige Praxis ist, schlicht rechtswidrig. Dies gilt insbesondere hinsichtlich Einwilligung, Ermächtigungsgrundlagen und Zweckbindung. Auch die Vereinbarkeit mit datenschutzrechtlichen Grundprinzipien wie der Datenminimierung ist höchst fraglich.

Die DSGVO ist bei der Verarbeitung personenbezogener Daten einschlägig. Auch ein „Verschenken" von Daten wie im Fall der Data Trade-Recherche ist eine rechtlich relevante Datenverarbeitung. Personenbezogene Daten nach dem Verständnis der DSGVO liegen dann vor, wenn eine Information über eine natürliche identifizierte oder identifizierbare Person enthalten ist. Data Broker werden in der überwiegenden Mehrheit der Fälle personenbezogene Daten verarbeiten, da diese für die Nachnutzung zu Profiling-, Werbe- und Vorhersagezwecken besonders interessant sind. Für die Klassifikation als personenbezogenes Datum iSd. Art. 4 Nr. 1 DSGVO kommt es auch nicht darauf ab, ob die Zuschreibungen, wie die Zuordnung in eine bestimmte Altersklasse, die sexuelle Orientierung oder die Prädisposition für bestimmte Krankheiten faktisch korrekt sind oder nicht.

Die im Zuge der Datarade-Recherche übermittelten Standortdaten sind personenbezogene Daten unter Art. 4 Nr. 1 DSGVO, der ausführt: „als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten […]." (so auch zum TC-String EuGH C- 604/22). Auch die Praxis der Recherche zeigte, dass Personen aufgrund ihrer Bewegungsmuster identifizierbar waren.

Wer personenbezogene Daten verarbeitet, benötigt nach der DSGVO eine Rechtsgrundlage. Die nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO erforderliche Ermächtigungsgrundlage, sowie die ggf. zusätzlichen Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO, für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ist in vielen Fällen des Datenhandels fraglich. Verantwortlich für Darlegung und Nachweis ist der jeweilige Data Broker nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO.

Eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 a), 7 DSGVO wird in der Praxis nicht eingeholt, da die betroffenen Datensubjekte an den Transaktionen nicht beteiligt sind. Die Einwilligung gegenüber der Verantwortlichen, die Daten direkt von den Datensubjekten erhebt, z.B. Webseitenbetreiber:innen erstreckt sich nicht auf den unbegrenzten weiteren Verkauf dieser Daten an zu diesem Zeitpunkt noch nicht identifizierbare Dritte (zu den grundlegenden Problemen der Einwilligung im Online-Kontext auch hier).

Es verbleibt die Rechtsgrundlage des legitimen Interesses, Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO, die grundsätzlich bspw. für Direktwerbung einschlägig ist, vgl. Erwgr. 47 DSGVO. Danach muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen erforderlich sein und die Interessen der betroffenen Person dürfen nicht überwiegen. Für die erforderliche Interessenabwägung sind u.a. das wirtschaftliche Interesse an der Verarbeitung, die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person zu berücksichtigen und die Datenschutzprinzipien zu berücksichtigen.

Die Systematik der DSGVO und die Rechtsprechung des EuGH gehen nicht davon aus, dass Betroffene schlicht schutzlos gestellt werden, weil ubiquitäre Datenschutzverstöße im Online-Bereich begangen werden. Betroffene müssen also nicht damit rechnen, dass ihre anderweitig erhobenen Daten an eine unüberschaubare Anzahl von Dritten zu ihnen nicht bekannten Zwecken weiterverkauft werden. Zwar genießen bspw. von den Betroffenen selbst öffentlich gemachte Daten einen geringeren Schutz; die erstellten Profile und Gruppierungen wurden aber von den Betroffenen gerade nicht selbst öffentlich gemacht. Dies führt zu der generellen Problematik der DSGVO und KI, da die Abgrenzung zu besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO faktisch unmöglich wird, wenn Vorhersagemodelle Zuschreibungen jeglicher Art aus nicht-sensiblen Daten ableiten können (Art. 9 Abs. 1 DSGVO spricht von „hervorgehen“).

Bedenken bestehen zudem hinsichtlich der Zweckbindung, Art. 5 Abs. 1 b) DSGVO, die durch den mehrfachen Verkauf oder Weiterverarbeitung von Daten schlicht ausgehöhlt wird. In Bezug auf den Adresshandel sind verschiedene Datenschutzbeauftragte der Auffassung, dass dieser nicht mehr auf das legitime Interesse gestützt werden kann. Die maximale Intransparenz der Branche führt neben den strukturellen Problemen des Datenschutzrechts mit datenintensiven Digitaltechnologien zudem zu massiven Vollzugsproblemen, da schlicht zu wenig über die beteiligten Akteure und Handelsströme bekannt ist.

Regelungslücke Datenmarktplätze?

Der Fall Datarade ist nicht nur rechtspolitisch brisant, weil das Unternehmen Investitionen vom High-Tech Gründerfonds erhielt, der wiederum zu über 50% vom BMWK finanziert wird, sondern offenbart auch eine Rechtsschutzlücke, die über die Vollzugsdefizite der DSGVO-Verstöße hinausgeht. Denn Datarade verarbeitet nach eigener Aussage die gehandelten Daten nicht selbst, sondern fungiert nur als Intermediär zwischen zwei Parteien, die ihrerseits ein Datenhandelsgeschäft abschließen möchten. Datarade ist damit ein Datenmarktplatz auf dem sich Geschäfte anbahnen können und zeichnet sich, wie viele andere Plattformen, für die konkreten Inhalte als nicht verantwortlich. Dies verdeutlicht einerseits den Bedarf, Infrastrukturen und nicht nur einzelne Datenverarbeitungsvorgänge regulatorisch in den Blick zu nehmen, andererseits die Schwierigkeiten dies konkret umzusetzen. Die Bereitstellung von Märkten ist legitim, es liegt in der Natur von Intermediären nicht jeden einzelnen Inhalt oder jede Transaktion kontrollieren zu können. Dennoch fehlt es überhaupt an Grundpflichten für Datenmarktplätze, gegen offensichtliche oder strukturelle Rechtsverstöße vorzugehen.

Spannend ist die Frage, ob Datenhandelsplätze unter den Digital Services Act fallen und dadurch bestimmten Pflichten für Intermediäre unterliegen. Unabhängig davon, ob Datenhandelsplätze als Vermittlungsdienste iSd. Art. 3 g) DSA gelten können, zielen die Pflichten des DSA auf die Moderation von Inhalten zum Schutz von Verbraucher:innen und weniger auf die Vermittlung von Transaktionen im B2B Verhältnis. Eine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung rechtswidriger Inhalte besteht zudem nach Art. 8 DSA nicht.

Die KI-VO adressiert wenig überraschend die Problematik des Datenhandels nicht, sondern reguliert KI-Systeme ab dem Zeitpunkt des Marktzugangs (mit der Ausnahme der Vorschriften zu KI-Reallaboren Art. 57 ff) und nicht die Akquise der notwendigen Trainingsdaten im Vorfeld. Wichtig ist dennoch, dass die KI-VO im Anhang III Hochrisiko-Einsatzkontexte definiert, die Diskriminierungsgefahren vorbeugen sollen, z.B. Creditscoring oder die Vergabe öffentlicher Leistungen. Die Qualitäts-

vorschriften für den Output von KI-Systemen lösen die vorgelagerte Problematik des Datenhandels für Privatheit und Datenschutz nicht.

Reformbedarf: Kalifornien als Vorbild?

In Kalifornien sieht das „Data Broker Registration Law" umfangreiche Pflichten für Data Broker vor. Data Broker werden als „Unternehmen, das wissentlich personenbezogene Daten eines Verbrauchers, zu dem das Unternehmen keine direkte Beziehung unterhält, sammelt und an Dritte verkauft." definiert. Diese Unternehmen müssen sich bei der California Privacy Protection Agency registrieren, zudem wurde ein One-Stop-Mechanismus erlassen, der Verbraucher:innen erlaubt, ihre gesamten personenbezogenen Daten mit einer Anfrage löschen zu lassen.

Eine Registrierungspflicht für Data Broker ist der erste Schritt, hinreichende Informationen und Transparenz zu schaffen, um in einem zweiten Schritt den Vollzug zu vereinfachen. Zudem würden Abgrenzungsfragen verklart werden. Aus Verbraucher:innensicht wird der Vollzug durch einen One-Stop-Mechanismus erheblich vereinfacht und entbindet von der mühseligen Durchsetzung einzelner Betroffenenrechte unter der DSGVO, die sich insbesondere aufgrund der Unkenntnis als schwierig gestaltet.

Schlusskritik

Im Kontext von Datarade werden nun viele Forderungen laut, den Datenmarkt stärker zu regulieren. Dies erscheint erfolgsversprechend, ist aber sehr kompliziert umzusetzen. Neben der Schaffung neuer Rechtsvorgaben bedarf es vor allem politischen Willens, mehr Ressourcen in behördliche Aufsichtsstrukturen zu investieren (Stichwort: irische Datenschutzbehörde). Die rechtspolitische Debatte hat zudem auch eine diskursanalytische Komponente: die beispiellose Lobbyarbeit rund um die KI-VO hat deutlich gezeigt, dass datenintensive, digitale Technologien weiterhin zu unkritisch mit Innovation gleichgesetzt werden, die zu Fortschritt, Wohlstand und Wachstum beitragen sollen und ohne die westliche Demokratien in einen vermeintlichen Rückstand geraten. Es handelt sich dabei aber nicht allein um technische Entwicklungen, von denen Gesellschaften generell profitieren, sondern um sozio-technische Machtverschiebungen, die inhärent mit den Geschäftsmodellen der beteiligten Akteure verwoben sind. Kein legitimes wirtschaftliches Interesse rechtfertigt die immense Datenmacht einer Handvoll global agierender Firmen, die sich strukturell Regulierungsvorgaben entziehen. Das Narrativ einer durchdigitalisierten Datengesellschaft wird durch bestimmte Techniken, wie nun generative KI, und den damit verbundenen Akteuren definiert und führt zu einer nahezu globalen Abhängigkeit von Produkten und Infrastrukturen einzelner Firmen, wie das CrowdStrike Fiasko vor einigen Wochen vor Augen geführt hat. Auch in Bezug auf Datenhandel ist daher eine kritische und informierte Debatte erforderlich, wie eine Datenwirtschaft gestaltet sein kann, die einen Ausgleich zwischen privaten und öffentlichen, demokratischen und gemeinschaftlichen Interessen geschaffen werden kann.

Hannah Ruschemeier

In the Shadows

Data Brokers and the Limits of the GDPR

doi: 10.59704/71aec5e22416a84d

Recent investigations by Netzpolitik and the German public service broadcaster Bayerischer Rundfunk into the company Datarade have shed light on a part of the digital economy that has so far operated mainly in the background: data trading. The key players in this sector are data brokers, whose business model is to trade in (non-)personal data. Data trading is a multi-billion-dollar component of the global digital economy and not a new phenomenon. However, its fundamental problems have recently, and rightly, come to the fore. The business model of most data brokers undermines data protection, the privacy and autonomy of individuals, and creates structural and ethical problems for democratic societies. This article outlines the legal implications of data trading in the context of the GDPR, the DSA and the AI Act.

Key players

In general, data trading refers to the commercial exchange of personal and non-personal data for money, goods, or products. Data brokers are companies that earn their principal revenue by supplying data, particularly about individuals, with this information primarily sourced from entities other than the data subjects themselves. Data brokers obtain data from a variety of sources: they purchase it from other traders, extract it themselves using web crawlers, or source it from publicly available information. The subsequent sales represent secondary uses of data and do not involve the data subjects. Since consumers are affected but not directly involved, many people are unaware of the existence of data brokers. Well-known companies like Google or Meta do not fit the core definition of data brokers. Although search engines and social networks also sell data, they mostly collect it directly from their users. In contrast, data brokers operate more indirectly as intermediaries; they do not have users themselves, but customers who purchase data rather than generate it.

Nevertheless, the previously clear understanding of data brokers (such as address brokers like national postal services) is becoming increasingly complex. Many companies nowadays not only trade in data but also offer a range of other services. For example, Experian, one of the best-known data brokers and credit agencies, also provides "Big Data solutions". The ongoing demand for fresh data is rising due to the proliferation of highly data-intensive technologies such as Large Language Models (LLMs). Following this, there is already speculation about the future of the data trading market once the sources of effectively public data are exhausted.

The data ecosystem

Data brokers operate at the intersection of various stakeholders and actors within the data ecosystem, serving as largely invisible intermediaries. The brokers themselves are typically indifferent to who uses the data they sell or for what purposes, like selling data collected for marketing purposes to credit agencies that use it for credit scoring.

Data trading is a thriving sector of the global digital economy and just one variety of the ongoing Datafication of all aspects of life. Consequently, data brokers are deeply embedded in the structures of the global data economy, which heavily relies on online tracking in the context of digital communication technologies. Regardless whether data is legally classified as property, there is no denying that data functions as a significant economic asset. All globally successful digital private companies engage in aggressive data extraction from their users. Especially the business model of centrally operated social networks is based on financing through online advertising. As the ECJ rightly acknowledged, the specific content of apps and websites is of secondary importance; the primary goal is to keep users engaged on the platform for as long as possible to extract and generate personal data. This objective is further optimized through real-time-bidding, where advertisers participate in automated auc-

tions for the opportunity to target specific internet users with ads.

Problems of data trading

Despite the opaque and difficult-to-track data flows and business models, legally and ethically problematic transactions have repeatedly come public. For example, a U.S. company with ties to the government sold location data from areas surrounding abortion clinics; the company LiveRamp created a "private population registry" based on categories such as "depression" and "breast cancer"; Datastream offered journalists 3.6 billion location data points from Germany – free of charge and as an incentive to sign up for a subscription.

Above all, data trading catalyses the massive informational power asymmetry in the digital sphere: on the one hand, certain companies are able to accumulate vast amounts of data and exclusively use it for their own economic purposes. Consumers, on the other hand, cannot commercially use their own data in a comparable way, nor does the vast majority know who is selling their data and for what purposes. Unregulated data trading exacerbates these problems through opaque transaction chains that obscure responsibilities, undermine the purpose limitation of data, and jeopardize data security.

The risk of abuse from the concentration of extremely large datasets about entire populations in the hands of individual actors – whether state or private – is obvious. Combined with predictive analytics, every detail can be used to group individuals and assign them characteristics they may not even know themselves. Whether these inferences are accurate or not, they result in a significant loss of control over self-representation and an infringement with individual autonomy. Discriminatory practices are well documented, and the targeted spread of misinformation to selected groups of people poisons public discourse. Additionally, the discussion about the threat to national security is increasing. Unsurprisingly, these vast data troves enable predictions and inferences about almost any individual, including employees of governments, intelligence agencies, or other security-relevant state authorities.

Data protection law and its enforcement deficit

Based on what is known about the practices of many data brokers, much of what is common practice today appears to be simply unlawful. This applies in particular to consent, legal bases for data processing and purpose limitation. Furthermore, the compatibility with fundamental principles of data protection law, such as data minimisation, is also highly questionable.

The GDPR applies to the processing of personal data. Even the "gifting" of data, as in the case of the Datarade investigation, constitutes a legal relevant data processing. Under the GDPR, personal data is defined as any information relating to an identified or identifiable natural person. In the vast majority of cases, data brokers process personal data as it is particularly valuable for profiling, advertising and prediction purposes. Concerning the classification as personal data under Article 4(1) of the GDPR, it does not matter whether the attributions, such as the assignment to a specific age group, sexual orientation, or predisposition to certain diseases, are factually correct or not.

The location data of millions of individuals which has been transmitted in the Datarade investigation are personal data under Article 4 No.1 of the GDPR, which states: "an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, [...]." (as also confirmed in the TC-String ruling by the ECJ, Case C-604/22). Correspondingly, the investigation also showed that individuals could be identified based on their movement patterns.

The GDPR requires a legal basis for each processing of personal data, Article 6 (1). This legal basis, as well as any additional requirements under Article 9(2) of the GDPR for the processing of special categories of personal data, is questionable in many cases of data trading. The responsibility for providing evidence and justification lies with the respective data broker under Article 5(2) of the GDPR.

Consent as a legal basis for data trading under Article 6(1)(a) and 7 of the GDPR is not obtained in practice, as the data subjects involved are not part of the transactions. The consent given to the controller who directly collects the data from the data subjects, such as website operators, does not extend to the unlimited further sale of this data to third parties who are not identifiable at the time of collection (for fundamental issues regarding consent in the online context, see here).

As a consequence, the remaining legal basis is legitimate interest under Article 6(1)(f) of the GDPR. According to this provision, the processing must be necessary

to protect the legitimate interests of the controller, and the interests of the data subject must not override these. The required balancing of interests must consider, among other things, the economic interest in the processing, the reasonable expectations of the data subject, and the principles of data protection.

The regulatory structure of the GDPR and the case law of the ECJ contradict the assumption that data subjects are left unprotected simply because ubiquitous data protection violations occur in the online world. Rather, data subjects do not have to expect that their data, collected elsewhere, will be resold to an unmanageable number of third parties for unknown purposes. Although data made public by the data subjects themselves is less protected, the profiles and inferences created in particular were not made public by the data subjects themselves. This leads to the general problem of the GDPR and AI, as it becomes practically impossible to distinguish between special categories of personal data under Article 9(1) of the GDPR when predictive models can derive attributions of any kind from non-sensitive data (Article 9(1) GDPR refers to "revealing").

Likewise, the practices of data trading raise serious concerns regarding the purpose limitation principle of Article 5(1)(b) of the GDPR, which is effectively undermined by the repeated sale or further processing of data. With respect to address trading, various German data protection authorities seem to have the opinion that it can no longer be justified based on legitimate interest. The extreme opacity of the data broker industry, combined with the structural issues of data protection law with data-driven technologies, leads to significant enforcement problems, as too little is known about the involved actors and trading flows and relations.

The regulatory gap of data market places

The Datarade case is not only politically sensitive from a German point of view because the company received investments from the "High-Tech Gründerfonds", which is more than 50% funded by the Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action, but also reveals a regulatory gap that goes beyond the enforcement deficits of GDPR violations. The concerned company Datarade claims that it does not process the traded data itself but acts only as an intermediary between two parties who wish to engage in a data trading transaction. As a result, it actions fall out of the scope of the GDPR. Thus, Datarade functions as a data marketplace where transactions can be initiated and, like many other platforms, is not held responsible for the specific content. This highlights, on the one hand, the need to regulate infrastructures rather than just individual data processing activities, and on the other hand, the challenges in implementing such regulation concretely. Providing marketplaces is legitimate and it is inherent in the nature of intermediaries that they cannot control every single piece of content or transaction. Nevertheless, there is a general lack of basic obligations for data marketplaces to address obvious or structural legal violations.

An interesting question is whether data market places fall under the Digital Services Act (DSA) and are therefore subject to certain obligations for intermediaries. Regardless of whether data trading platforms can be considered intermediary services under Article 3(g) of the DSA, the obligations of the DSA primarily aim at content moderation to protect consumers, rather than at mediating transactions in B2B relationships. Additionally, there is no general obligation to monitor illegal content under Article 8 of the DSA.

The AI Act unsurprisingly does not address the issue of data trading but instead only regulates AI systems from the point of market entry (with the exception of the provisions on AI regulatory sandboxes in Article 57 et seq.) and not the acquisition of the necessary training data beforehand. Nevertheless, it is important to note that the AI Act defines high-risk use contexts in Annex III, which are intended to prevent discrimination risks, such as credit scoring or the allocation of public services. However, the quality requirements for the output of AI systems do not resolve the upstream issues of data trading concerning privacy and data protection

The California way?

In California, the "Data Broker Registration Law" imposes extensive obligations on data brokers. Data brokers are defined as "a business that knowingly collects and sells to third parties the personal information of a consumer with whom the business does not have a direct relationship." These companies must register with the California Privacy Protection Agency, and a one-stop mechanism has been introduced, allowing consumers to request the deletion of all their personal data with a single request.

The requirement for data brokers to register is the first step toward creating sufficient information and transpa-

rency, which in turn facilitates enforcement in the next step. It would also clarify issues of delineation. From the consumer's perspective, enforcement is significantly simplified by the one-stop mechanism, relieving them from the burdensome task of enforcing individual rights under the GDPR, which can be particularly challenging due to lack of awareness and rational apathy.

Conclusion

In the context of Datarade, there are now calls for more regulation of the data market. This approach seems promising, but it is also very complex to implement. Beyond the creation of new laws, political will is necessary to invest more resources in enforcement structures (see the Irish Data Protection Authority). The legal and policy debate also has a discourse-analytical dimension: the unprecedented lobbying surrounding the AI Act has clearly shown that data-intensive digital technologies continue to be too uncritically equated with innovation – an innovation that is expected to drive progress, prosperity, and growth, and without which Western democracies are perceived to risk falling behind. However, these are not merely technical developments that benefit society as a whole, but rather socio-technical power shifts that are inherently tied to the business models of the actors involved. No legitimate economic interest justifies the immense data power concentrated in the hands of a few global companies that structurally evade regulatory oversight. The narrative of a thoroughly digitalised data society is defined by certain technologies, such as generative AI, and the actors behind them, leading to a near-global dependence on the products and infrastructures of individual companies, as the CrowdStrike fiasco demonstrated a few weeks ago. A critical and informed debate is therefore also needed regarding data trading, focusing on how to design a data economy that balances private and public, democratic and communal interests.

Christopher Kuner

Strengthening the EU Legal Edifice for Data Transfers

doi: 10.59704/f438798be487f0ae

Chapter V of the General Data Protection Regulation (GDPR) provides the rulebook for international transfers of personal data from the EU and serves as the vehicle through which EU data protection law interacts with the wider world. With the growing volume of EU data-related legislation, such as the AI Regulation 2024/1689, which entered into force on 1 August 2024, it is crucial that data transfer rules be fit for purpose. However, several legal challenges threaten to undermine the EU legal edifice for data transfers. The EU seems ambivalent about deciding how far it can expect third countries to adopt data protection standards similar to its own. Moreover, Data Protection Authorities (DPAs) often fail to scrutinize data transfers to third countries that may lack the rule of law. Finally, the EU lacks a comparative methodology for assessing data protection equivalence in third countries. It is essential for the EU to elevate the public discourse so that the global significance of data transfers is recognized.

The role of the Internet

Most personal data are transferred online via the Internet, and how data transfer regulation applies to the Internet is of fundamental importance for determining its territorial reach. However, the Court of Justice of the EU (CJEU) seems conflicted about this question.

In its *Lindqvist* judgment (Case C-101/01), the Court indicated that the territorial scope of data transfer regulation should not be interpreted too broadly in light of the global reach of the Internet (see paras. 68-69 and 88-89), but then barely mentioned the Internet in its first (Case C-362/14) and second (Case C-311/18) *Schrems* judgments. Similarly, in *Google LLC* (Case C-507/17), there was tension between the views of Advocate General Szpunar, who in his Opinion was reluctant to allow EU data protection law to apply broadly to the Internet (see paras. 50-53), and those expressed by the Grand Chamber of the Court in its judgment in the case, which took a more expansive view of this question (see para. 72).

These differing views seem to reflect an ambivalence about how far the EU can go in expecting third countries to adopt data protection standards similar to its own. The longer they go unresolved, the greater the uncertainty about the extent to which EU law can build legal bridges with foreign data protection systems, and the higher the risk that this will increase international tensions.

The rule of law

When deciding whether to issue an adequacy decision, the Commission must consider whether a third country or international organisation respects the rule of law, human rights, and fundamental freedoms (see Article 45(2)(a) GDPR), and the EDPB requires that this standard be met for transfers under other legal bases as well (see EDPB Recommendations 01/2020, para. 37). However, the transfer of personal data to countries that do not respect the rule of law has so far received little attention from the EU institutions; for example, the Commission's 2017 Communication on data transfers, which sets out its strategy for engaging with third countries to facilitate and protect data transfers, barely mentions the rule of law.

The EU's commercial relations illustrate the scope of the problem. For example, China and Saudi Arabia rank respectively as number 3 and number 17 on the list of the EU's export markets, which likely reflects widespread data transfers to them. In 2023 an annual report on global human rights practices using the world's largest quantitative human rights database ranked their human rights practices respectively as number 182 (China) and number 187 (Saudi Arabia) out of 195 countries. Moreover, the continued presence of large European banks in Russia (ranked number 168 in the above report), which implies that personal data may be transferred to them, has been widely reported, as has the potential transfer of Internet user data from the EU to that country. And in 2023 the data protection authorities (DPAs) of Finland and Norway

failed to mention the rule of law when dealing with a case involving data transfers to Russia.

In its first *Schrems* judgment, the CJEU required DPAs to examine complaints arising from Commission adequacy decisions (para. 63); in its second *Schrems* judgment it found that the same level of protection must be guaranteed irrespective of the legal basis for transfer (para. 92); and in *Budapest Főváros* (Case C-46/23) it affirmed that a DPA may exercise its enforcement powers even without a request to do so from a data subject. In light of these judgments, DPAs should be routinely raising questions about data transfers to third countries that may lack the rule of law; failing to do so undermines the consistency of EU data transfer regulation.

Lack of a robust comparative methodology

In its first *Schrems* judgment, the CJEU found that an adequacy determination of the Commission requires a third country to provide a level of protection essentially equivalent to that under EU law (see para. 73), which logically requires a comparison between EU law and third country law. However, the CJEU chooses to overlook this conclusion, as shown by repeated statements that it "cannot express a view on the legislation or the practice of a third country" (as Advocate General Mengozzi wrote in para. 163 of his opinion in *Opinion 1/15)*. The CJEU thus sends mixed signals by seeming to require examination of foreign law, while at the same time stating that it cannot express a view on it.

Despite the need to evaluate foreign law to determine if it is essentially equivalent to EU law, the EU institutions and DPAs have not set out publicly a methodology for doing so. The Commission conducts legal studies on third country law when deciding whether to issue an adequacy decision, but these are never published and so cannot be evaluated. Studies on data protection in third countries conducted by external researchers for the European Data Protection Board (EDPB) illustrate the difficulty of carrying out research in foreign data protection law; for example, in one study 29 experts were contacted by the research team but only eight agreed to be interviewed. The lack of a transparent, robust comparative methodology agreed between the institutions could create risks for the validity of adequacy decisions and DPA decisions if they were challenged in the EU courts.

Conclusions

The EU legal edifice for data transfers is under strain, but the institutions that administer and interpret it often seem to overlook this. Data transfer regulation apparently has a low priority on the EU agenda, with two notable exceptions. The first is the transfer of personal data to the US, an issue that still consumes an inordinate amount of political attention after more than two decades, and the second are the EU's ongoing attempts (through initiatives like this) to allow data sharing with law enforcement authorities in third countries.

At the same time, there seems to be little interest among the EU institutions in finding ways to facilitate data transfers that serve important public interests of global significance, such as transfers carried out by international humanitarian organisations to provide assistance to vulnerable individuals and data sharing for medical research and to combat global pandemics. The institutions and the DPAs have also proved hesitant to examine data transfers to some countries that do not share the EU's democratic values.

Institutional factors exacerbate these problems. The EDPB increasingly assumes a quasi-legislative role by sometimes opining on important data transfer issues with insufficient legal analysis and without explaining the purpose of its action (for example, by its questionable definition of the term "data transfer" in Guidelines 05/2021; see my analysis). The DPAs also seem largely unable to take a pan-European approach to data transfer mechanisms such as codes of conduct that are foreseen in both the GDPR (Article 46(2)(e)) and data legislation like the AI Regulation (see Recital 141 and Chapter X) and could be particularly useful to protect personal data transferred via technologies like AI.

The rise of right-wing and authoritarian political forces seeking to weaken data protection law, which could also eviscerate protections for data transfers, makes it more important than ever to address these failings. For example, the Alternative für Deutschland (AfD), a German far-right party that has risen in the polls, has called for repeal of the GDPR (see p. 182 of its program published in 2021). The presidential campaign of Republican candidate Donald Trump has stated that if elected, he plans to eliminate the independence of the US Federal Trade Commission (FTC) and bring it under presidential authority, which could fatally undermine the EU-US

Privacy Framework. And data access and misuse by authoritarian governments in third countries, which must be smiling when they observe the interminable debate between the EU and the US on data transfers, pose a further threat.

It would be unrealistic to expect these problems to be resolved quickly, but one can agree with Pliny the Younger that we should not make the idleness of others the pretext for our own (Letters, book IV, number 16). Scholarly commentators (myself included) have thus far failed to make arguments convincing enough to lead the EU to address these problems. We have a responsibility to raise the level of EU public discourse on data transfers from that of a petulant transatlantic dispute to a discussion about their global significance, which could hopefully lead to a greater realisation of the importance of data transfers for the EU in legal, social, and economic terms.

Peter Hilpold

Zwei- bis Drei-Klassen-Justiz in Österreich?

Was der Kreutner-Bericht über österreichische und europäische Rechtsstaatlichkeit offenbart

doi: 10.59704/e510c3a2db3a62d9

Seit der „Ibiza-Affäre“ vom Mai 2019, bei der heimlich angefertigte Tonbandmitschnitte die Käuflichkeit höchster politischer und gesellschaftlicher Repräsentanten in Österreich andeuteten, reißt die Kette an Skandalen in Österreich nicht ab. Während politische Korruption sicherlich ein europaweites (wenngleich unterschiedlich ausgeprägtes) Phänomen ist, das primär national anzugehen ist, verdeutlichen die Vorfälle in Österreich ein gravierendes institutionelles Problem, in dessen Mittelpunkt die Justiz steht. Im europäischen judiziellen Mehrebenensystem ist dies letztlich ein genuin europäisches Problem. Die zutage getretenen Schwächen sind damit nicht nur Schwächen der österreichischen Rechts- und Verfassungsordnung, sondern Herausforderungen für die europäische Rechtsstaatlichkeit insgesamt.

Die Causa Pilnacek

Es ist für die Erzählung der österreichischen gesellschaftlichen Realität typisch, dass diese an prominenten Persönlichkeiten festgemacht wird. Hier steht Christian Pilnacek im Mittelpunkt, einst einer der höchsten österreichischen Justizbeamten, der das österreichische Justizsystem maßgeblich mitgestaltet hat und nach Veröffentlichungen brisanter Chat-Nachrichten zusehend im gesellschaftlichen Abseits landete. Er wurde am 20. Oktober 2023 tot am Donau-Ufer aufgefunden, wobei ihm unter mysteriösen Umständen Datenträger und Schlüssel abgenommen wurden.

Nachdem in der Folge heimlich aufgezeichnete Tonbandmitschnitte publik wurden, in denen sich Pilnacek über politischen Druck in Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungen beschwert und dabei auch ranghohe Politiker benannt hatte, setzte Justizministerin Alma Zadic eine Untersuchungskommission ein. Der Korruptionsexperte Martin Kreutner leitete die Kommission unter Mitwirkung renommierter Juristinnen, auch aus Deutschland. Am 15. Juli 2024 legte die Kommission legte ihren Abschlussbericht vor. Er attestiert Österreichs Justizsystem gravierende Mängel. Im Nachgang vertrat Martin Kreutner die Auffassung, dass Österreich mit diesem Justiz-System nicht mehr EU-aufnahmefähig wäre. All diese Umstände gebieten eine juristische Grundsatzdiskussion – gerade auch aus EU-rechtlicher Perspektive – die aber in Österreich bislang noch nicht geführt wird.

Der Bericht

Was den Inhalt des Berichts anbelangt, so wird in Bezug auf die sog. „clamorosen“ Fälle – ein Austriazismus, der hier Fälle mit großer politischer und gesellschaftlicher Brisanz bezeichnet – u.a. das Bestehen einer „Zwei-Klassen“-Justiz in Österreich konstatiert, bei der für prominente Beschuldigte andere Verfahrensregeln als für Normalbürger gelten würden. Dabei hänge eine Anklage letztlich auch von Entscheidungen der (politischen) Weisungsspitze im Justizministerium ab. Die Vermengung von judiziellen und politischen Elementen führe zu Transparenzproblemen sowie zu einem „Rechtsgrundlagennebel“ und einem „Verantwortungsnebel“.

Sind Angehörige des Justizministeriums betroffen, könne es sogar zu einer „Drei-Klassen“-Justiz kommen, in deren Rahmen das Ziel schon vorab feststehe und dann eine rechtliche Begründung gesucht werde, um dieses Ziel zu erreichen.

Um diese Probleme zu überwinden, schlägt die Kommission vor, eine unabhängige Weisungsspitze in der Form einer Generalstaatsanwaltschaft zu schaffen, die an die Stelle des Justizministeriums treten solle. Die Kommission empfiehlt außerdem, einige Normen der Strafprozessordnung zu konkretisieren, um auf eine sauberere Trennung von Justiz und Politik hinzuwirken. Auch solle die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft ge-

stärkt werden, deren Zerschlagung vor kurzem noch von politischer Seite gefordert worden war.

Der Bericht hat in Österreich zu einer intensiven politischen Debatte und auch zu persönlichen Angriffen gegen den Kommissionsvorsitzenden geführt. Überwiegend scheint der Bericht aber auf breite Zustimmung zu stoßen. Unmittelbare Initiativen, um die Handlungsempfehlungen der Kommission umzusetzen, sind hingegen nicht wahrnehmbar.

Die Konsequenzen

Den Reformvorschlägen der Kommission ist schwerlich zu widersprechen: Die saubere Trennung von Justiz und Politik ist zweifelsohne überfällig in Österreich. Die unabhängige Weisungsspitze sowie das Hintanhalten von politischen Interventionen in Strafverfahren gegen Prominente sind dazu essenzielle Maßnahmen. Damit würden gleichzeitig wesentliche Elemente der Strafrechtsreform 2008, als deren zentraler Architekt gerade Christian Pilnacek galt, wieder revidiert.

Fraglich ist aber, ob die vorgeschlagenen Reformen ausreichen würden, um sicherzustellen, dass das österreichische Justizsystem den europäischen Rechtsstaatlichkeitserfordernissen genügt. Erstaunlicherweise wurde auch nach Veröffentlichung des Berichts eine gesamtheitliche Diskussion nur vereinzelt geführt.

Wie die unmittelbare Diskussion rund um den Bericht ergeben hat, ist die Erteilung von expliziten Weisungen durch politische Instanzen nicht das zentrale Problem. Vielmehr sind es die vielfältigen sonstigen Möglichkeiten der politischen Einflussnahme auf Strafverfahren, die dringend Gegenmaßnahmen erfordern. Eine unabhängige Selbstverwaltungsinstanz der Justiz nach ausländischem Vorbild (wie sie von einzelnen politischen Vertretern in der Vergangenheit auch in Österreich immer wieder gefordert worden ist) könnte entscheidende Abhilfe schaffen. Eine solche Instanz sollte u.a. die Aufnahme in den Richterdienst administrieren, wobei den RichteramtsanwärterInnen zumindest grundlegende Verfahrensgarantien gewährt werden müssten. Dies ist generell ein massives Problem im österreichischen öffentlichen Dienst, in welchem über weite Strecken – unionsrechtswidrig – kein Zugang zu einem Gericht (selbst bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln) vorgesehen ist. Eine unabhängige Selbstverwaltungsinstanz sollte auch über die Karriere im Richterdienst entscheiden – und nicht wie bislang politische „Side letter" zwischen den Regierungsparteien. Die auf dieser Grundlage vorgenommenen richterlichen Berufungen der letzten Jahre wären schon aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gesamthaft zu überprüfen und gegebenenfalls zu revidieren.

Ein zentraler Problempunkt der österreichischen Strafprozessordnung bleibt § 35c Staatsanwaltschaftsgesetz, der ebenfalls mit der Pilnacek-Reform 2008 eingeführt worden ist und der es der Staatsanwaltschaft erlaubt, von Ermittlungen abzusehen, wenn sie der Auffassung ist, dass „kein Anfangsverdacht" vorliege. Gegen diese Entscheidung, die nicht begründet werden muss, ist kein Rechtsmittel zulässig. Damit wird aber der individuelle Strafverfolgungsanspruch der Opfer krimineller Handlungen gröblich und in klar unionsrechts- und EMRK-rechtswidriger Weise verletzt (siehe Art. 8 EMRK sowie Art. 47 Europäische Grundrechte-Charta (GRC) und die Richtlinie 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001, insbes. Art. 8 und 9). Allenfalls eine (informelle) Beschwerde an die (politische) Weisungsspitze der Staatsanwaltschaft ist möglich – ohne dass das Opfer auch nur in die Nähe einer Parteistellung käme bzw. Anspruch auf eine begründete Antwort hätte.

Die europäische Dimension

All diese Probleme wären längst schon behoben worden, wenn das vielzitierte Bild der Verschränkung zwischen der nationalen und der europäischen Ebene der Gerichtsbarkeit konkrete Substanz hätte und über die Behandlung von „clamorosen" Fällen hinausginge. Zahlreiche der hier nur ansatzweise aufgezeigten Unzulänglichkeiten des österreichischen Justizsystems berühren unmittelbar EU-Recht und dabei insbesondere Art. 47 GRC über das Recht zu einem effektiven Zugang zu einem Gericht sowie europäische Menschenrechtsstandards, insbesondere Art. 6 EMRK über das Recht auf ein faires Verfahren, der in Österreich Verfassungscharakter hat. Die österreichischen Höchstgerichte legen solche Fälle allerdings nicht ohne weiteres dem Europäischen Gerichtshof vor, z.T. sogar ohne Begründung (trotz *Consorzio Italian Management*!). Und Beschwerden vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sind praktisch aussichtslos und werden mit einem Einzeiler abgewiesen, auch wenn alle Formvorschriften eingehalten und Rechtsverstöße nach Maßgabe einer gefestigten EGMR-

Rechtsprechung beanstandet werden. Es ist dies ein Problem des EMRK-Systems insgesamt, das aber gerade in Situationen wie der österreichischen seine große Brisanz verdeutlicht. Deshalb fehlt jeglicher Anstoß, auch augenscheinlich dringende Justizreformen anzugehen. Ja, die internationale Ebene (und konkret die EU-Ebene) kann solche Reformen sogar konterkarieren, wenn sie ein an und für sich wertvolles Kontrollinstrument, die jährlichen Rechtsstaatlichkeitsberichte, zu „Formübungen" werden lässt, die allenfalls gegenüber den „anerkannten Renegaten der Rechtsstaatlichkeit" (nach einer schönen Formulierung von Ulrich Hufeld) Biss zeigen. Ob es überhaupt sinnvoll ist, solche Berichte vorab mit den betroffenen EU-Mitgliedstaaten inhaltlich zu akkordieren, sollte ernsthaft geprüft werden.

Detaillierter und inhaltlich schärfer fallen die Evaluierungsberichte der GRECO-Kommission des Europarates aus. Diese 1999 gegründete und mit dem Europarat verbundene „Staatengruppe gegen Korruption" durchleuchtet in regelmäßigen Abständen u.a. die Justizsysteme von mittlerweile 49 Staaten. Die aus diesem Prozess resultierenden Berichte werden aber von einer breiteren Öffentlichkeit in Österreich noch weniger wahrgenommen als die Kommissionsberichte der EU. Für den 29. September 2024 stehen in Österreich Parlamentswahlen an. Die – dringend erforderlichen – Justizreformen stellen kein zentrales Wahlkampfthema dar. Der Kreutner-Bericht hat diese Problematik zumindest für einige Tage in den Mittelpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Damit die damit zusammenhängenden Fragen aber umfassend und vertieft diskutiert werden können, bedarf es größerer Aufmerksamkeit. Diese gesamte Diskussion zeigt, dass die Rechtsstaatlichkeitsprobleme in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten – die zu einem erheblichen Teil Justizprobleme darstellen – auf mitgliedstaatlicher Ebene allein nicht gelöst werden können und zudem Probleme der europäischen Rechtsstaatlichkeit insgesamt darstellen. Was nützen die schönsten EMRK- und GRC-Kommentare, das vielfach gesungene hohe Lied der europäischen Mehrebenenjustiz, wenn die Verzahnung zwischen nationaler und europäischer Justiz derart eklatant versagt? Neue Wege wären anzudenken, um diese Übergänge zwischen der nationalen und der europäischen Ebene tragfähig und den Zugang zu den europäischen Gerichtsinstanzen wirksam werden zu lassen. Ein individuelles Klagerecht vor dem EuGH und eine Gesamtreform des EGMR-Systems wären dringend erforderliche Schritte dazu. In der breiten Bevölkerung und der (insbesondere deutschsprachigen) Kommentarliteratur wird die weitgehende faktische Inexistenz eines effektiven Individualbeschwerderechts beim EGMR noch kaum wahrgenommen. In der englischsprachigen Fachliteratur gibt es hingegen sehr klare diesbezügliche Warnungen, etwa des früheren EGMR-Richters Steven Greer sowie weiterer EMRK-Experten:

> „[A]s a result of the changes over the past half-century or so, there is no realistic prospect of justice being systematically delivered to every applicant with a legitimate complaint about a Convention violation. And, unless it is systemtatic, individual ´justice´ becomes arbitrary and is, therefore, not justice at all."
>
> (Greer/Gerards/Slow, Human Rights in the Council of Europe and the European Union, CUP 2018, S. 111).

Man muss sich auf dieser Grundlage die Frage stellen, ob das vielgepriesene Individualbeschwerderecht vor dem EGMR überhaupt noch existiert oder mehr Schein als Sein darstellt (ebd., S. 112).

Auf jeden Fall ist diese Problematik den nationalen Höchstgerichten bekannt, die dadurch weitgehende Handlungsfreiheit zurückgewinnen. Die Möglichkeit, beim EGMR im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens Beschwerde einzureichen, wenn eine Vorlage gemäß Art. 267 AEUV ohne Begründung abgelehnt wird (vgl. *Ullens de Schooten and Rezabek gegen Belgien*, EGMR Beschwerden Nr. 3989/07 und 38353/07, EGMR-Urteil v. 20.9.2011), wird in der akademischen Literatur zwar als große Errungenschaft präsentiert. Doch angesichts der Handlungsfreiheit der Gerichte wird sie wieder zur Chimäre.

Ein Weckruf

Der Kreutner-Bericht ist eine aufsehenerregende Lagebeschreibung zur Situation der Justiz und kommt einem Weckruf gleich, der über Österreich hinausgeht. Die Verschränkung der nationalen und der europäischen Justizordnungen wurde bewusst angestrebt, da die nationalen Justizsysteme aus eigener Kraft nicht ohne weiteres die hohen Ansprüche der europäischen Rechtsstaatlichkeit erfüllen können. Diese Verschränkung muss aber ernst genommen werden und die notwendigen institutionellen Reformen nach sich ziehen, damit eine Justiz nach euro-

päischen Standards und ein wirksamer Zugang dazu keine bloße Theorie bleibt.

Der Pilnacek-Fall könnte zum Anlass genommen werden, detaillierte Standards auszuarbeiten, denen Justizsysteme in Europa genügen müssen, damit den Anforderungen europäischer Rechtsstaatlichkeit entsprochen wird.

Esther Martínez, Alejandro Menéndez

Hungary's Sovereignty Protection Sham

Silencing Dissent and Dodging the EU Funding Conditionality Mechanism

doi: 10.59704/e4b53f82ea31908f

Hungary's persistent rule of law and corruption shortcomings have led the EU to freeze EUR 27.8 billion in funding under various conditionality regimes. Prime Minister Orbán, who relies on these funds to maintain his political machinery and reward loyalists, has wielded Hungary's veto in the Council to unlock this funding, a manoeuvre that garnered significant media attention. Far less noticed, however, is a more troubling development: Orbán's regime is quietly working to silence activists exposing corruption to the European institutions, to eliminate EU scrutiny entirely. For that purpose, Hungary adopted the Act LXXXVIII of 2023 on the protection of national sovereignty (Sovereignty Law), which sets up the Sovereignty Protection Office (SPO), a state entity created to defend Hungarian sovereignty. Or to be more precise, Fidesz's conception of it. This post examines the Sovereignty Law and calls the EU to effectively halt the SPO's activities and prevent this model from spreading elsewhere.

Fidesz's Sovereignty Protection Office

The SPO is designed to carry out invasive investigations against anyone deemed to be pursuing a foreign interest. The law is written in broad and undefined terms, a constant element in the fear strategy of Fidesz, so that it is impossible to foresee what can trigger an SPO investigation. Nonetheless, the choice of the SPO president already gives some hints. The entity is led by Mr. Tamás Lanczi, a former Orbán speechwriter, under whose command the outlet Figyelő published the "Soros mercenaries" list: a list with names of NGO workers, professors and journalists. In March this year he suggested in a television interview modifying the crime of treason to imprison those "working to deprive Hungary of the subsidies it is entitled to" – or, in other words, civil society working with the Rule of Law cycle and EU funding conditionality.

The SPO investigations are unfettered. They cover activities both in Hungary and abroad, as well as those that occurred before the Sovereignty Law's enactment. The SPO can access and gather information from all state and local authorities – from the intelligence services to the tax administration – and publish it, labelling the investigated person or entity as a threat to Hungarian sovereignty. Moreover, the SPO functions in the absence of procedural safeguards or judicial review. The investigations are coupled with state harassment, as the SPO can forward its findings to law enforcement authorities. On top of this, it can recommend legislative changes and influence the conduct of the public administration. The SPO has no less than 80 workers with the plan to increase the number up to 120.

In its short-lived existence, the SPO has been prolific in attacking anyone cooperating with the EU institutions or deviating from Orbán's pro-Russian narrative. It has preyed on the opposition MEPs' for their actions and voting records on EU fund conditionality. Moreover, it launched a probe into Transparency International, treating it similarly as in Russia, before Putin banned the organisation entirely. It has discredited independent journalists while justifying Orbán's pro-Russian stance on Ukraine, blaming the supporters of the assistance to the invaded country of buying the ideas of Commission President von der Leyen or the High Representative Borrell. The Sovereignty Law was designed to instil fear, and it is effective in its aim. In February, before the SPO began operating, one in six civil society organisations said they were changing their activities as a result of the adoption of the Law.

Silencing criticism has no place in EU Law

As RECLAIM analysed in its legal opinion, Sovereignty Law is incompatible with the EU legal order. The CJEU has consistently maintained that Member States cannot adopt measures that deter from the exercise of the free movement rights – unless they pursue a legitimate aim and are proportional.

Yet, that is exactly what the Law does: it deters the cross-border provision of goods, services, workers and capital, particularly in market sectors like media or civil society. That is the case when Hungarian NGOs change ac-

tivities to avoid applying for foreign (EU) funding. Similarly, one can imagine that companies will be deterred from using the advertising services of those outlets . And the list of examples could go on. The SPO is designed to convert critics of Orbán into pariahs and to instil self-censorship.

The Sovereignty Law also infringes the EU Charter of Fundamental Rights, violating the freedoms of expression and association, the rights to privacy and data protection and the right to an effective remedy. It is a gratuitous and disproportionate restriction of rights. As the Venice Commission has acknowledged, there is no need in Hungary for an entity like the SPO in addition to the "existing system of security services [...], parliamentary committees, law enforcement authorities and courts".

Due to the serious and systemic breaches of the rights and freedoms protected by the Treaties, the Sovereignty Law generates a chilling effect that undermines the participation of citizens in democratic life, infringing the values of Articles 2 and 10 of the TEU. There is no democratic pluralism if citizens fear speaking up against the government, if they are afraid of state surveillance for joining an association or when they cannot challenge breaches of their civil rights before a court.

When democracy in one Member State is threatened, the system coined in the EU Treaties starts to tremble. If the European elections are tweaked in one Member State, that corrupts the composition of the whole European Parliament. Similarly, if a Member State breaches the principle of democracy, that undermines the correct functioning of the Council, which can get captured in unanimity votes by an undemocratic ruler. That is precisely the case of Hungary, which the European Parliament and NGOs have qualified as an electoral autocracy.

Fortunately, the European Commission has acknowledged the seriousness with which the Sovereignty Law violates the EU legal order – including the democratic values of the EU – and in February initiated infringement proceedings against it. However, the Commission has not acted in a manner commensurate to the severity of the case, providing Hungary with the usual (long) pre-infringement deadlines to repeal its law. It did so ignoring the calls of civil society, who asked for swift action due to the impact of SPO's smear campaigns against Orbán's opposition over the results of the EU elections, or about the spread of self-censorship in civil society after the probe on anti-corruption activists. The pre-infringement deadlines have now expired, but the Berlaymont has not yet filed the case before the CJEU. It has also not activated EU funding conditionality rules which the adoption of the Sovereignty Law justifies, as we have explained at RECLAIM. Will the next meeting of the College of Commissioners of September 4 be up to the task and refer Hungary to the Court? And just as importantly, will the Commission request interim measures to suspend the Law and address the rampant spread of the chilling effect in the country?

Another brick in the autocrat's wall

The adoption of measures against civil society, independent journalism, opposition parties and vulnerable minorities are not isolated events. They belong to a Kremlin-styled autocratic playbook which is spreading fast in Europe. We saw it in Georgia, with its foreign agents' law. We are witnessing it in Slovakia with a similar law in the pipeline. And we saw it in Bulgaria, where a foreign agents' bill has been introduced twice in the past four years. Orbán's Hungary has not only been blocking EU action to stop this undemocratic trend, but rather fuelling the fire of illiberalism from within.

Like the Sovereignty Law, most of the measures of the autocratic playbook violate EU law. In fact, Hungary's 2017 foreign agents' law was already declared incompatible with EU law for its breaches of the free movement of capital and the freedom of association. However, the Commission has not always been coherent nor fast when bringing these measures to the CJEU, allowing the measures to encroach on democracy within the Member States.

In this new institutional mandate, the EU should address its past failures in the defence of democracy. And the best way to start would be to develop infringement guidelines to uphold Article 2 TEU the EU Charter of Fundamental Rights in a fast, depoliticised, foreseeable and effective way. Bringing more cases like the Sovereignty Law before the Court will develop red lines that other Member States will not be able to cross. Such case-law would, in turn, provide authoritative guidance to the European policymakers when applying other instruments of the EU toolbox, like EU funding conditionality.

The past decade has evidenced the fragility of democracy, and it is in the Union's founding mandate and in its best interest to use all means at its disposal to preserve it.

Anna Phirtskhalashvili

Why Georgia's Law on Transparency Violates the Constitution

doi: 10.59704/cbf88ae05af694a3

Since the spring of 2024, the political landscape of Georgia has been experiencing turbulent times. The so-called law "On Transparency of Foreign Influence" (Law on Transparency) has, for the second time, caused huge public tension. Since gaining independence, the country has seldom witnessed such large-scale peaceful protests involving hundreds of thousands of peaceful protesters on the streets. Unlike in the spring of 2023, the ruling party has firmly maintained its position. Despite widespread citizen protests and stern warnings from partner countries and international organizations – including the UN, Council of Europe, EU, OSCE/ODHIR, and the Venice Commission – the Parliament overrode the President's Veto. Consequently, the Speaker of the Parliament signed the Law on Transparency.

As a result, negotiations regarding Georgia's accession to the European Union have been halted. Legal actions against the Law on Transparency have been initiated by the President of Georgia,[1] 122 non-governmental organizations[2], and the parliamentary opposition[3], all of which have filed lawsuits in the Constitutional Court of Georgia. Should these lawsuits be unsuccessful, the appellants plan to take their case to the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg, which has previously adjudicated similar cases. For example, in *Zhdanov and Others v. Russia*,[4] the ECtHR ruled that refusal to register associations in comparable circumstances was "discriminatory if it has no purpose and justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim thought to be realized."[5] The Court of Justice of the European Union has also addressed an identical case against Hungary.[6] However, as Georgia is not an EU member state, it does not fall under the jurisdiction of the ECJ.

This blogpost will explore issues and perspectives indicating that the Law on Transparency contravenes the Constitution of Georgia and therefore the will of the Georgian people reflected in it. The "Law on Transparency" contradicts i) the rights of individuals, b) the rights of non-commercial and media organizations guaranteed by the Constitution of Georgia, and ii) the country's constitutional commitment to European integration.

Rights of individuals

Interference in an individual's private life is highlighted by the reference in Article 8, paragraph 3 of the "Law on Transparency" to Article 3, subparagraph b) of the Law on Personal Data Protection. This includes sensitive personal data such as race or ethnicity, political opinions, religious or other beliefs, membership in professional organizations, health, sex life, and genetic identification data. Such interference is arbitrary and cannot be justified. This legal provision also violates Article 15 of the Constitution of Georgia, which protects the rights of personal and family life, the rights of personal space, and privacy of communication.

For example, while such sensitive information previously could be accessed only through stringent criminal legal procedures, this law arbitrarily permits access to the most protected personal data, thereby violating the right to human dignity as it touches upon highly personal are-

[1] The President of Georgia v. the Parliament of Georgia, Document ID: N1828

[2] NNLE "The Institute for Development of Freedom of Information", NNLE "Rights Georgia", NNLE "Civil Society Foundation" , others (122 complainants), Document ID: N1829.

[3] Members of the Parliament of Georgia: Tamar Kordzaia, Ana Natsvlishvili, Levan Bezashvili and others (38 Member) v. the Parliament of Georgia Doc. ID N1834.

[4] ECtHR,16/7/2019, No 12200/08.

[5] Ibid, para 178.

[6] Case C-78/18 –Commission v Hungary.

as of life that belong to the intimate sphere. It effectively implements a procedure akin to criminal law without the safeguard mechanisms, such as judicial involvement (Article 9 of the Constitution of Georgia).

Furthermore, this law disproportionately limits the rights of vulnerable groups, such as those living in the occupied territories of Georgia. As is well known, Georgian territories are occupied by Russia. People living on this territory receive substantial support from the Georgian non-governmental sector, particularly in education, healthcare, assistance with domestic violence issues, and initiatives to start professional, cultural, and artistic endeavors. Many of these grant projects are financed by the European Union, individual EU countries, and US funds. The beneficiaries of such projects often maintain confidentiality to protect their identities, as disclosing this information could endanger their lives and physical well-being under the *de facto* regime in the occupied territories. Thus, the reference to personal data in paragraph 3 of Article 8 of the "Law on Transparency" violates their rights to life and physical integrity (Article 10 of the Constitution of Georgia).

Consequently, these vulnerable groups are likely to cease participation in such beneficial projects, which would significantly impact their well-being and hinder the integration process of the occupied territories with Georgia.

Additionally, the "Law on Transparency" also violates constitutional principles of non-retroactivity and trust (paragraph 9, Article 9 of the Constitution of Georgia). If individuals participating in grant projects had known that their data would be made public, thereby endangering their lives, they might have refrained from participating in such NGO-led initiatives.

Rights of NGOs and media organizations

The main target of this law still is civil society and media organizations. The "Law on Transparency" mandates the creation of a registry for non-governmental organizations (non-commercial organizations; broadcasting entities, press, and internet domain owners or users) that receive more than 20% of their total income from a "foreign power" within a calendar year. Such organizations are required to register "as an organization carrying out the interests of a foreign power" and to publish their registration and other documents.

The designation of "organization carrying out the foreign power" imposes a stigma on these entities and violates their social identity by subjecting them to harmful reputational and social image evaluations. This stigmatization violates their constitutional rights, including the right of association (Article 22 of the Constitution of Georgia) and the right to freedom of opinion, information, mass media and the internet (Article 17).

The law's strict and arbitrary monitoring mechanism is indicative of a repressive system, requiring the immediate provision of information regardless of the volume or the time needed for retrieval and processing. The norms do not consider any meritorious circumstances or hardships. Failure to provide the requested information immediately results in a fine of 5000 GEL. An appeal does not halt the fine's enforcement. This financial burden can be devastating, especially for small-scale non-governmental, non-profit legal entities, as they may incur multiple fines simultaneously.

The punitive nature of these fines is evident in Article 9 of the "Law on Transparency", which imposes disproportionately high fines (ranging from 5000 to 25000 GEL). For instance, while a public/government official may be fined 1000 GEL for failing to fulfill declaration duties, an NGO or an individual faces a fine of 5000 GEL for the same infraction. Moreover, public/government servants are salaried from taxpayer funds. The issue of reputation and high fines is particularly critical for organizations monitoring the parliamentary elections of October 2024. Labeling these organizations as entities carrying out foreign interests will significantly hinder their ability to attract the thousands of observers needed for election monitoring.

Georgia's constitutional obligation regarding integration into the Euro-Atlantic space

Integration into the European Union is a national interest explicitly declared by the Georgian Constitution, the Parliament, the Government, and the vast majority of the Georgian people. All state bodies support the European integration process, as enshrined in Article 78 of the Georgian Constitution, which mandates that state bodies take measures to promote integration within their competence. The European Council, in its conclusions from the meeting on June 27, 2024, halted negotiations with Georgia regarding its candidacy for accession, citing the

detrimental effects of the Law on Transparency, as well as increasing acts of intimidation, threats, and physical assaults against civil society representatives, political leaders, civil activists, and journalists.[7]

Therefore, it is clear that the adoption of the "Law on Transparency" is not only a gross violation of one of the main goals of Article 78 but also constitutes a significant obstacle to Georgia's full integration into the European Union. This law creates serious or irreparable barriers on our path to European integration, demonstrating that the Georgian government is in violation of Article 78.

Where and how?

Georgia is now at a historical crossroads. Since the 17th century, the country has patiently pursued a path toward Europe. However, the Russian occupation in the last century separated us from this path for 70 years. Today, we are facing a similar challenge as we did in 1921. At that time, Russia emerged victorious, but now it is time to make a decision that aligns with the best interests of the Georgian people.

The "Law on Transparency" represents more than a mere legal issue; it symbolizes the country's choice between totalitarianism and democracy. The Constitutional Court now has the opportunity to enforce the true will of the Georgian people. Additionally, the upcoming elections on October 26, 2024, will once again affirm that the Georgian people's true will is reflected in the preamble of the Constitution of Georgia, which aims to "establish a democratic social order, economic freedom, and a legal and social state".

[7] European Council; 27 June 2024 (Or.en), Euco15/24; Co Eur12, Concl 4; No 36-38.

Shorena Nikoleishvili

Family Values, Tradition, and Human Rights

Struggle over LGBTQ+ Rights in Georgia

doi: 10.59704/edc18492d598493d

European institutions across the line have in recent weeks and months voiced their concern over democratic backsliding of Georgia. The government of Georgia has in short succession passed number of laws that have raised alarm over the country's commitment to democratic values. The trajectory of Georgia is however not without precedents. Many of the recent laws have both in their justification and content a precedent in laws that were passed, most notably, in the Russian Federation already a decade ago. These similarities led the Georgian opposition to label these laws and the ruling party, Georgian Dream, as nothing short of Russian proxies in Georgia. Domestically, the recent constitutional amendment and constitutional law on family values targeting sexual minorities has not been seen as part of country's Russification, even though the constitutional law itself uses the most long-standing tool of the Russian Federation to relativise human rights: traditional values.

The path to Europe has been thorny for the Georgian people, despite a 2018 amendment to the country's constitution instructing all state bodies to take all measures within their power to ensure full integration of Georgia in the European Union. For relatively long, Georgia was primus inter pares among the EU's eastern partners and scored a number of early victories in its integration process: visa liberalisation, an association agreement, and recently candidate status jointly with Ukraine and Moldova. While the country still fares well among its peers in technical alignment of its legislation, recent political headwinds have transformed Georgia from being the straight A student to the *enfant terrible* of the troika. As Ukraine and Moldova have officially started their membership negotiations, Georgia's negotiations are on hold. The reason for the disruption is, according to EU officials, to be found in recent and prospective legislation that is seen to run counter to the EU's foundational values of human rights and democracy. The most recent addition to the mix is new legislation aiming to ban all public displays of sexual minorities.

Constitutional law on family values

What has been titled an Anti-LGBTQ+ law in European media is two sets of legislative changes that seek to amend the country's constitution as well as many other laws in order to exclude sexual minorities from the scope of legal regulation. The Parliament will vote on the law in the autumn, but the law has already passed the first reading. The amendment to Article 30 of the Constitution introduces family values and protection of minors as integral principles of the Georgian constitution. Georgian Dream, the ruling party, lacks the numbers to single-handedly amend the constitution, but the innocuous language of the amendment might make it politically costly for other parties to withhold their support. The meaning and purpose of this constitutional change can only be understood through a package of legislative changes on "Family Values and Protection of Minors" that seeks to prevent all gatherings showing support for sexual minorities as well as what has been increasingly referred to by the supporters of the government as "gay propaganda". The legislative changes will also make same-sex marriage illegal, prevent adoption of children by same-sex couples, and bar access to gender transition. In short, family values and protection of minors push the LGBTQ+ minority outside the remit of legal regulation.

The Georgian government has relied on traditional family values, the opinions of the majority of the population and the protection of minors from promotion of homosexuality as reasons to justify passing the law on family values. The Grand Chamber of the European Court of Human Rights found just last year in *Fedotova and others v Russia* that none of these public interests can overcome the rights of individuals to have their relationships adequately recognised and protected by law. And as the

Strasbourg Court has consistently held, rights of minorities would be illusory if they were conditional upon the acceptance of the majority. The proposed constitutional law on family values and protection of minors joins the slew of recent legislation that has been harshly criticised by the Venice Commission due to their rampant disregard of international human rights standards. It is yet another law that is eerily reminiscent of legislation passed by the Russian Federation when it ramped up its democratic backsliding. The relative silence of civil society concerning the law reveals the deep embedded stigma that sexual minorities endure even among the human rights promoting part of the Georgian society.

Georgian values, conservative values

These sought-after changes are part of a wider drift in Georgian politics and law. Leading figures of Georgian Dream have underlined the importance of the country's traditional values for any future Euro-Atlantic aspirations, referring to them variably as matters of dignity, tradition, and sovereignty. Where representatives of the EU and the US refer to the government's measures as attacks against rights and liberties and curtailment of the civil society, the Georgian government has invariably argued for the necessity of legislation to protect Georgia and Georgians from foreign interference. There is a wide support in Georgian society for conservative values, and nothing in and of itself in traditional values is against the values the EU wants the candidate countries to respect or what European Court of Human Rights requires. A majority of Georgians support protection for sexual minorities, while they do not want to extend marriage to same-sex couples. But as the European Court of Human Rights has maintained, states are "free to restrict access to marriage to different-sex couples only". To understand the reason for concern and the context of the present attempts to exclude sexual minorities from the remit of legal regulation, a closer look on the origin and content of Georgia's drift toward traditional values is warranted.

Traditional values: the church and the state

On 17 May, the streets of Georgian capital were teeming with people, but unlike the weeks preceding or following, they were not on the streets to oppose the Government but to celebrate the Day of Family Purity organised since 2014. The Day of Family Purity called for by the Georgian Orthodox Church has been promoting family values since its inception, but this year the day was for the first time a public holiday, with leading politicians from Georgian Dream participating in the event. Georgian Dream, in power since 2012, has gradually consolidated power over the whole society from economy to judiciary. Since the outbreak of war in Ukraine in 2022, Georgian Dream has sought to maintain a delicate balance between alignment with the European Union's foreign policy and the country's strong economic dependency from Russia. In recent years, this balance has, according to the EU officials and Georgia's civil society, tilted strongly towards Russia. Domestically, this has meant an increasing reliance on conservative values paired with neoliberal economic policies that many have described as an authoritarian turn with weakening democratic and legal checks and balances over the executive.

The support for traditional family values in the Georgian society is strong as 84% of Georgians oppose sexual relations between two adults of the same sex. Also, confidence in the Orthodox Church is significantly higher than in any politician in the country, which makes close alignment with the Church an effective political strategy. The difference between the most recent legislation and previous laws is the use of religion as a tool to stir social division. As with the Family Purity Day, political actors close to the Georgian Dream government have drawn parallels between opposition to the government policies and opposition to the Church. Thus, Georgian Dream and its supporters sought to equate demonstrators against the foreign influence law with non-Georgian values both in religious and in sexual terms. The message is simple: if you don't support Georgian Dream, you don't support the Orthodox Church, and the Georgian nation. This conflation of the two has been intentional and efficient; there was wide-spread confusion on the purpose of Foreign Influence Law as there is a wide-spread confusion over what civil society organisations working with LGBTQ+ issues are doing.

This message of anti-LGBTQ+ legislation as a crucial measure to preserve Georgian identity and traditional values has been especially potent in rural areas. For instance, on a Facebook group called "Daitove", activist Mariam Osiashvili shared her observations from a village in Kakheti. She noted how many fear that European values – an umbrella term for rights of minorities, especially those belonging to sexual minorities – could turn

their children homosexual. It is this caricature of European, or more widely Western, values that Georgian Dream is using to stoke support for traditional family values against foreign influence. This wider narrative over tradition is the underlying rationale for much of the recent legislation, the most recent anti-LGBTQ+ measures therein included.

Traditional values: the state and Russia

Georgia is not alone in its push to curtail funding of civil society and rights of sexual minorities. Similar laws have been proposed or have already been enacted in a number of European and Central Asian countries the past years. Laws in Georgia as in Hungary, Serbia, or Kazakhstan are all said to promote traditional values of the society against foreboding influence of foreign, Western values. And all the laws have a close affinity with legislation passed in Russia – hence the epithet "Russian law" given by opponents to the Foreign Influence Law in Georgia. Albeit the countries that have enacted such legislation differ greatly in their traditions, there seems to be a consensus over traditional values, which would be somewhat surprising if traditional values stood for existing traditional values and not a very specific set of values forcefully promoted by the Russian state since early 2000s.

Yet, as the Advisory Committee on promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind noted in 2012: "[t]radition is often invoked to justify maintaining the status quo […]. [T]hose who benefit most from the status quo are more likely to appeal to tradition to maintain power and privilege, and also to speak on behalf of tradition, while those most marginalized and disenfranchised have the most to lose." Adoption of relatively widely supported measures targeting small minorities have become then the foremost tools to justify the existing order. This narrative of sexual minorities posing a threat to traditional values has been snowballed into a wider threat to sovereignty, as in the Russian National Security Strategy.

Georgian Dream's thrust to combine foreign influence, anti-LGBTQ+ legislation, and traditional values is pulled directly from Russian playbook. Accordingly the party claims that the threat is posed from outside the society (i.e. Western funding to NGOs), the threat comes in form of corrupt behaviour, and the very existence of a recognisable Georgian state depends on preventing such affronts to traditional family values. Upholding traditional values as a political mandate is an efficient means to maintain power, but it is one that has been clearly associated with Russia. In a country with highly negative views on Russia, blurring the origin through the widely respected Church has been an effective way to whitewash the ideological origins of recent legislation. The fact that civil society and local human rights organisations largely remain silent over the LGBTQ+ issues is either an indication of the fear of appearing out of touch with society or a genuine silencing of sexual minorities within society. Neither answer is flattering to the otherwise active civil society of Georgia. After all, when a law that directly violates a year-old Grand Chamber decision by the European Court of Human Rights, it would be easy to criticise law on Family Values simply by declaring it a monumental waste of money and resources. Maybe revealing the Russian origins of the law would be a safer way for the civil society to find their voice in a country that is growingly anti-Russian. After all, if it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck then it probably is a Russian duck.

Ayşegül Kars Kaynar

Shades of Unconstitutionality

Judicial Reforms Nullifying the Decisions of the Turkish Constitutional Court

doi: 10.59704/01ac6fca406d22aa

On July 12, the Justice Commission of the Grand National Assembly of Türkiye adopted the 9th Judicial Reform Package[1], which was prepared by the incumbent Justice and Development Party (JDP). The package is expected to be presented to the General Assembly in October, when the Assembly commences after the summer break. It continues a series of reform packages, the first of which was adopted in March 2011 and the latest on March 1, 2024. A common characteristic of all of them is that amendments to various statutes are introduced under the guise of *reform* and implemented through an *omnibus law*.

The 9th Judicial Reform Package continues this tradition, amending twenty entirely unrelated statutes with one omnibus law. However, since the 8th Judicial Reform Package, another feature has become remarkable. This is that these so-called *reforms* deliberately overrule the decisions of the Turkish Constitutional Court (TCC), which should be binding on the legislative according to Article 153 of the Turkish Constitution. Additionally, the packages show a new trend of expressing dissatisfaction with the TCC beyond the individual complaint procedure.

Nullifying decisions

Paragraph 6 of Article 220 of the Turkish Penal Code used to criminalize committing a crime in the name of an armed/terrorist organization and stated that "Any person who commits a crime on behalf of an organization, without being a member of that organization, is punished as a member of the organization. The punishment for membership of an organization can be reduced by up to one half."

In October 2023, the TCC declared Article 220/6 to be unconstitutional,[2] arguing that it did not comply with the principle of legality of crimes and punishments as it lacked clarity. The TCC's decision was a positive step, as it ended a provision that had previously allowed arbitrary behavior of public authorities and resulted in the punishment of hundreds of people for attending funerals or memorial ceremonies. However, the 8th Judicial Package practically reversed the TCC's decision by revising the Article 220/6 to read "Any person who commits a crime on behalf of an organization, without being a member of that organization, will be additionally sentenced to imprisonment from two years six months up to six years. The punishment can be reduced by half depending on the nature of the crime committed". Thus, the 8th Judicial Package only changed the wording of Article 220 and did not abide by the reasoning of the TCC.

The deliberate nullification of TCC judgments continues in the 9th Judicial Reform Package. A frequently cited example that has this characteristic is Article 15 of the Package, which amends Article 187 of the Turkish Civil Code no. 4721. Citing a violation of the principle of equality, the TCC had previously invalidated the first and second sentences of Article 187, which mandated that married women take their husbands' surnames.[3] In that way, the TCC granted women the right to use their maiden names if they wished. However, under the 9th Judicial Reform Package, women will lose this right. They will only be allowed to use their maiden names together with their husbands' surnames. Similarly, Article 191 of the Turkish Civil Code, which previously required the person claiming to be the father to meet conditions beyond their control to file a lawsuit for the denial of paternity, was annulled by the TCC on the ground that it violated the right to protection of private life and the right to an effective remedy.[4] However, Article 18 of the 9th Reform Package reinstates this provision.

Besides the Turkish Civil Code, Article 14 and Provisional Article 1 of the 9th Reform Package amend Ex-

[1] E. 2/2258.

[2] E. 2023/132, K. 2023/183, 26/10/2023.

[3] E. 2022/155, K. 2023/38, 22/2/2023.

[4] E. 2023/135, K. 2024/18, 23/01/2024.

propriation Law and Forest Law, and render more of the TCC's rulings null and void. In April 2022, the TCC annulled certain provisions of the Expropriation Law no. 2942 that had eliminated the ordinary expropriation procedure, prevented owners from receiving fair compensation, and ruled out the possibility for courts to verify the public interest in the expropriation. The TCC ruled that such provisions were contrary to the constitutionally guaranteed right to property and Article 46 of the Constitution, which regulates expropriation.[5] Despite this, unconstitutional provisions are reinstated by Article 14 of the 9th Reform Package. Additionally, in December 2023, the TCC annulled the construction of judicial service facilities and prisons in state forests. Provisional Article 1 of the Package also effectively nullifies this rulling of the TCC.

These legal arrangements fail to comply with the requirements of the TCC's decisions. On the contrary, they effectively reinstate provisions that the Court has annulled. In that way, not only do they manifestly violate Article 153 of the Turkish Constitution, which regulates the binding nature of the TCC's rulings; but also, these legal amendments infringe upon constitutionally guaranteed rights and freedoms such as the principle of equality, the right to protection of private life, the right to an effective remedy, and private property.

New issues of unconstitutionality

There is a strong irony in the fact that the TCC judgments are being nullified in the name of a judicial *reform*. For those following Turkish politics, disrespect towards the TCC in recent years may not come as news. Nevertheless, there are two important aspects of the 8th and 9th Judicial Reform Packages that highlight new issues of unconstitutionality.

First, the individual complaint procedure is often the thing that comes to mind when considering the JDP's disregard for the TCC rulings. The government's harsh criticism of the TCC and first-instance courts' foot-dragging in the implementation of the TCC's decisions, for example in the cases of Mehmet Altan,[6] Şahin Alpay,[7] and Kadri Enis Berberoğlu,[8] reinforce this perception. However, the reform packages indicate that dissatisfaction is not limited to the individual complaint procedure anymore. In particular, the TCC's primary jurisdiction of norm review seems to become an unendurable obstacle for the JDP in its quest for unlimited power, despite the fact that the JDP's head and President Recep Tayyip Erdoğan appointed 10 of the 15 members of the TCC. In this context, it can be said that the JDP is generally dissatisfied with a judicial review of the constitution, i.e., the existence of a constitutional court whose judgments are not subject to review.

There is no mechanism to bring the JDP in line with TCC's rulings in the presidential system, where the parliamentary cannot oversee the executive president or hold confidence votes. Additionally, the TCC is the last institution that has the authority to impose its decisions on the president. When it is gone, the partisan executive president will thoroughly enjoy an unchecked power.

Second, the judicial reform packages may signal the beginning of a new trend of circumventing the constitution in the third term of Erdoğan's presidency that commenced in May 2023. This new trend goes beyond the constitution with a parliamentary majority, formed by the JDP and its ally, the Nationalist Movement Party (NMP). Parliamentary majority overrides the constitution through legislation, just like the omnibus laws of the judicial packages show. Yet, a decision of the parliament can have the same effect, as it can be seen in the case of Şerafettin Can Atalay, when the parliament stripped him of his parliamentary seat in January 2024. In Atalay's case (detailed explanation can be read here and here), the TCC judged twice (first on October 25, 2023[9] and later on December 21, 2023[10]) that his right to be elected, to engage in political activity, to personal liberty and security had been violated and ordered his immediate release, citing his parliamentary immunity.

However, the 3rd Criminal Chamber of the Court of Cassation rejected to implement the TCC's ruling, arguing that the TCC was not a super-appeal court, that its decision was political rather than judicial, and that it had

[5] E. 2021/19, K. 2022/46,21/04/2022.

[6] Mehmet Hasan Altan, B. No: 2016/23672, 11/1/2018.

[7] Şahin Alpay, B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

[8] Kadri Enis Berberoğlu, B. No: 2018/30030, 17/9/2020.

[9] Şerafettin Can Atalay, B. No: 2023/53898, 25.10.2023.

[10] Şerafettin Can Atalay, B. No: 2023/99744, 21.12.2023.

exceeded its constitutional powers.[11] Additionally, the 3rd Criminal Chamber of the Court of Cassation notified the Parliament of its decision to revoke Atalay's parliamentary seat immediately. On January 30, 2024 the Parliament stripped Atalay of his parliamentary seat.

Then, the tension between the Court of Cassation and the TCC over Atalay's parliamentary immunity was resolved to the detriment of the TCC not by a judicial decision in the realm of judicature, but by a political decision of the parliamentary majority. This way of resolving the conflict acted as an external intervention, akin to cutting the Gordian knot.

Since the Turkish Constitution (Articles 146-153) guarantees the TCC and the binding nature of its decisions, a constitutional amendment is necessary to abolish the court. The JDP's initiative to draft a new constitution, which began after the general elections in May 2023 and gained momentum after the local elections on March 31, 2024, has led to expectations that the new constitution would diminish the power of the TCC. Nevertheless, the fact that the Court is being bypassed by a parliamentary majority suggests that its decisions may be effectively null and void until a new constitution is drafted or even if the attempt to write a new constitution fails. On the other hand, the majority formed by the JDP and the NMP, which neutralizes the TCC's rulings, negates the will of the rest of the parliament and reduces it to numerical superiority. All in all, while interventions of parliamentary majority to the domain of judicial review of constitutionality may provide a temporary fix, they clearly entrench and normalize unconstitutionality and further diminish the dignity of the parliament.

[11] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2023/12611, 2023/Değişik İş Karar, 8.11.2023.

Andrii Nekoliak, Roman Nekoliak

Wartime Constitutionalism and the Politics of Constitutional Review in Ukraine

doi: 10.59704/8116d5fc53cdff74

On 18 July 2024, Ukraine's Constitutional Court issued a decision concerning the rights of the accused in criminal proceedings under martial law. The extension of detention, the Court ruled, can only be issued based on a reasoned court decision – this applies even in times of war.

This blog post first contextualizes the decision within the development of constitutionality review in Ukraine since the beginning of Russia's full-scale invasion. We examine how the war has influenced the ways in which various actors engage with constitutional complaints, before discussing the Constitutional Court's recent decision on Article 615.6 of the Criminal Procedure Code. We argue that this ruling exemplifies how the Constitutional Court can maintain the relevance and practical significance of its decision-making in wartime.

The politics of constitutionality appeals since 2022

The effect of the Russian invasion on constitutional proceedings is evident. In 2022, no constitutionality appeals were tabled before the Constitutional Court. The President, parliamentarians, the Supreme Court, and the Ombudsman all refrained from requesting constitutional review that year. In the next years, seven new constitutionality appeals have been submitted to the Court's chancellery. This is less than the average number of around 10-15 appeals typically submitted for constitutionality review in the late 2010s. Importantly, Russia's war against Ukraine has impacted the usual political process regarding the constitutional review of legislation.

There has been a change in the politics surrounding constitutionality appeals. Before the full-scale war, Ukraine's parliamentarians were the most active in petitioning the Court on the most constitutionally salient legal questions. Particularly, the pro-Russian *Opozytsiyna Platforma* faction in parliament had barraged the Court with appeals on the policies by the parliamentary majority. Some of the most prominent appeals by these parliamentarians led to Court decisions on the "de-communization" policy, Ukraine's pro-EU reforms, and language instruction in public schools favouring the Ukrainian language. These were all major legislative policies of the late 2010s parliament. Since 2022, the significance of the political cleavage motivating constitutionality appeals has declined, paralleling the political demise of the opposition parliamentarians. Today, there is a trend towards specialization in the new appeals – of the seven new constitutionality appeals, five were submitted by the Supreme Court (with the remaining two by the Ombudsman and parliamentarians, respectively).

The change in the agents behind the appeals might explain the change in legal topics sent for constitutionality review. Politicians are prone to ask high-profile legal questions concerning core parameters of public-political life in a polity. Professional judges in the Supreme Court, who enjoy no popular mandate, will likely be concerned with narrower and technical areas of law. Indeed, the recent Supreme Court appeals concern questions of constitutionality stemming from rather legal-technical fields – provisions of family law, legal regulation of state pensions, etc. Before the war, however, constitutional justices were asked to intervene in more salient issues.

Back in 2019, the Court ruled on President Zelensky's plans to change the text of the Basic Law. The populist-constitutionalist initiatives concerned drastically reforming the parliament by reducing the number of MPs from the current 450 to 300 and by writing into the constitutional text the legislative initiative of the Ukrainian people. Both of Zelensky's initiatives did not proceed any further in the parliamentary process. The Court cooled the zealousness of the new president with thorough legal advice on improving the planned constitutional changes. Moreover, the following year, the justices rejected a major Zelensky plan to internationalize the process of judicial nominations to Ukraine's courts.

In 2024, the saliency of constitutional law jurisprudence has further declined. This was marked by the decision not to seek constitutional law advice regarding the terms of incumbency of the current parliament and president. A five-year term for President Zelensky (elected in spring 2019) nominally "expired" in late spring 2024. However, holding regular elections is logistically impossible in wartime. Ukraine's Constitution is clear on the term of incumbency of the parliament (its term is prolonged by the end of martial law – this point stems from the interpretation of Article 83 of Ukraine's Constitution). The situation with the term of presidential incumbency is less clear constitutionally. In spring 2024, political pundits discussed the option of petitioning the Court to get an authoritative answer that presidential elections in wartime are impossible by reasoning by analogy – i.e., by extending the interpretation of Article 83 of the Constitution to the presidential term. However, no actual appeal has followed this internal discussion reported from the presidential administration.

Individual constitutional complaints provide the only domain that seems to be unaffected by the current war. Since 2022, individual complaints have steadily come to the Court's chancellery, numbering in the few hundreds each year. Since 2017, individuals and legal entities (excluding legal entities of public law) have been able to lodge complaints before the Constitutional Court. The complaint can only be made by an individual appellant after the final court ruling on the legal case has been made and when the subject of the complaint is violations of the constitutional norms in ordinary laws (if these ordinary laws were previously applied by ordinary courts to resolve the dispute, in which an individual appellant was a party of). Moreover, individual complaints are usually examined by the two Court's Senates and not the Grand Chamber, making them easier to eschew substantively and procedurally. Back in the day, this new mode of constitutionality appeal was seen to raise the practical significance of constitutionally-relevant case law. Indeed, the recent July 2024 decision was prompted exactly by such complaints – two Ukrainian citizens questioned the measures of the criminal procedural legislation.

The Constitutional Court's decision

Article 615.6 of Ukraine's Criminal Procedural Code defines that "in case of expiry of the court ruling on detention and impossibility of consideration by the court of the issue of extension of the term of detention in accordance with the procedure established by this Code, the chosen preventive measure in the form of detention shall be deemed to be extended until the relevant issue is resolved by the court, but not more than for two months".

This provision was challenged by two Ukrainian citizens in two different complaints, subsequently united by the Court in one proceeding. An appellant behind the first complaint was held in custody in Kyiv in late February 2022 when Russia's forces were trying to take the capital city. In March 2022, the district court in Kyiv could not hold a sitting to continue a term of detention for the appellant – thus, the term was extended automatically without judicial oversight. Subsequently, the Kyiv Appellate Court and Supreme Court refused to consider the appellants' complaints about the violation of judicial control over the observance of the rights of persons in custody.

In the ruling in this case, the Constitutional Court found a violation of constitutional rights to personal liberty, a fair trial, and the right of the accused to legal defence in the criminal process, and proclaimed Article 615.6 unconstitutional. Constitutional justices enshrined their argument citing the constitutional principle that "no one may be arrested or detained except by a reasoned court decision" (Article 29 of the Constitution). Ukraine's courts exclusively possess the prerogative to check the validity of interference with personal liberty in criminal proceedings. By implication, the extension of detention must be done with a "reasoned court decision" only. Hence, in the absence of "reasoned court decision", a detained individual should be released immediately. To further substantiate the point, the Constitutional Court relied on the interpretation of the European Convention on Human Rights (ECHR), citing the cases *Witold Litwa v. Poland*, *S., V.* and *A. v. Denmark, Brogan and Others v. the United Kingdom* in the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR).

The ruling of the Court might have long-standing implications for future human rights practice in Ukraine. During the proceedings, the legal position of the parliament was discussed by constitutional justices. In his legal position sent to the Court, the Head of the Verkhovna Rada defended Article 615.6 and argued that Ukraine declared derogation from separate provisions of the ECHR and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Thus, the measure of Article 615.6 of the Code is consistent with the derogation law of 2022.

Constitutional justices rejected this point and wrote that "the derogation from some of Ukraine's international human rights obligations and the resulting ability of the state to restrict certain human rights and freedoms does not mean the introduction of legislative and other means that would not be consistent with the Constitution of Ukraine". In other words, the Ukrainian government can not arbitrarily cite the fact of derogation necessitated by Russia's war against Ukraine whenever it sees fit.

A new start or the abbys of irrelevance?

The effectiveness of an institution in a democratic government depends on the willingness of other agents within that government to engage with it. In the case of a constitutional court, this typically means a readiness to seek its advice and abide by its decisions. The impact of Russia's war against Ukraine has so far stalled much of the usual processes surrounding constitutional review of legislation. As the third year of full-scale war lingers on, Ukraine's political incumbents are the least likely to appeal on constitutional law-relevant questions – the absence of appeals by the president and parliamentarians in recent years is quite telling. At the same time, there is a potential for constitutional jurisprudence to become more focused on human rights litigation – the recent decision by the Court on the rights of the accused in wartime criminal process is exemplary in the latter regard.

Regarding the future standing of Ukraine's Constitutional Court, much will depend on the progression of the current war. If Ukraine prevails and holds parliamentary elections after the war ends, a return to normal constitutional politics is likely. New political cleavages in parliament would then shape the struggles around constitutional law and the nature of issues brought for constitutional review. Party politics would once again drive constitutionality appeals. Conversely, if Russia were to achieve substantive wins in Ukraine, the resulting suppression of democratic governance could lead to the growing irrelevance of constitutional jurisprudence over the long term.

Vicente Valentim

Making the Unacceptable Acceptable

How the Elite Rhetoric May Have Normalized Far-Right Violence in the UK

doi: 10.59704/82dc64808d356461

Over the last days, England and Northern Ireland have witnessed a wave of racist violence and destruction. These riots, which have thrown the country into chaos, included attacking the Southport mosque, destroying cars and houses in Middlesbrough, and confrontations with the police in Plymouth. The racist nature of the events is made clear by the racist chants that are sung amid them, by posters shown by participants, and by the selective targeting of minorities.

Given how shocking these scenes are, one naturally wonders what is causing them. It is always hard to know why a specific event takes place, and there are often several causes for it. In this text, I want to discuss one cause that is likely to have contributed, and which I have studied in my academic work: elite rhetoric and how it can normalize far-right views and behavior.

Social norms, political stigma, and normalization

Human societies are full of what we often call *social norms*: unwritten rules that prescribe which behaviors are, and are not, deemed acceptable. Albeit unwritten, these rules are common knowledge, and individuals know that there will be social consequences if they break them.

In Western democracies, there are typically such norms against far-right behavior. For example, in an article recently published in the British Journal of Political Science, Amalia Alvarez-Benjumea and I surveyed a sample of Spanish individuals and asked them how they would feel and act if they were to encounter someone showing different political views. We find that individuals tend to see the display of such views as less acceptable than other political opinions. They also report being willing to punish those who show such views – for example, by not helping them if they so need, or by not engaging in a social interaction with them. Not only that, but they are also aware that this is how their co-citizens would react to someone showing far-right views. This means that, because it is at odd with established norms, engaging in far-right behavior is more *socially costly* than behavior that follows from other political views. This is what, in my work, I have called "political stigma": a situation where individuals know that their political preferences are in tension with social norms, and that showing them can come with social sanctions.

Because the social costs of acting on stigmatized political views are known, even individuals who have those views may choose not to show them. Instead, they may prefer to hide them and act as though they support a norm that they actually do not agree with – a phenomenon which Timur Kuran has termed "preference falsification". Perceptions of what is and is not acceptable, and the preference falsification that may follow, can significantly affect the political behavior of citizens. In an article recently published in the Journal of Politics, I find that, when forced to vote in public, Spanish citizens often stopped voting for the authoritarian successor party, which is stigmatized in the country. In the specific areas and election where private voting was impossible, the vote share for the party was lower.

Despite their important effects, however, social norms and political stigma are not fixed. They depend on what citizens think that other people in their society deem acceptable, which is hard to know for sure. For this reason, individuals often take cues from what happens around them to learn about what their peers view as desirable. If those cues make them feel that what was not acceptable has become more acceptable, those who previously were engaging in preference falsification may feel more comfortable showing their true colors. This process, where a given behavior becomes regarded as more socially acceptable than it previously was, is what in my forthcoming book I call a process of "normalization".

Taking the first move in processes of normalization

When it comes to setting normalization in motion, political elites are key. Because of their prominence in society, what they say and do reaches most citizens. And, in so doing, it helps them form perceptions as to what is, and

is not, deemed acceptable.

In the last few months, the behavior of British political elites has generated an environment that is very likely to have normalized far-right views and behavior. The electoral campaign that preceded the July election was dominated by the topics and rhetoric that are typical of the far-right. On the one hand, the far-right party Reform soared in the polls. Even though the party did not manage to gain more than 5 seats, it was the third most voted. This is an important point since once these parties enter parliaments, individuals come to feel that expressing far-right views is more acceptable than it previously was.

But the campaign also saw mainstream parties engage in rhetoric that is typical of the far-right. It is often a pattern that, as the far-right parties grow, other parties (both left and right) move closer to their position – as Werner Krause and Tarik Abou Chadi have shown. The July election in the UK was a textbook example of this pattern. The Conservative Party veered to the right, making migration one of its key topics and focusing on prototypical far-right policies and rhetoric – like the "Stop the boats" slogan or the infamous Rwanda plan. Even the center-left party Labour campaigned on migration reductions.

That the political mainstream moved closer to the position of the far-right is a crucial point when it comes to normalization. These parties are larger and perceived as more legitimate and, as such, their rhetoric can be very important in shifting perceptions of what is acceptable. Indeed, when they take on rhetoric that is typical of the far-right, mainstream parties normalize radical-right views *even more* than when far-right politicians use that rhetoric.

On top of this, this rhetoric was amplified by the media. Especially after Farage's entry in the campaign, the Reform UK politician enjoyed a level of media attention that came close to that of Sunak and Starmer – even though his party was considerably smaller. This amplification of the message of far-right politicians is likely to have exacerbated the normalization of their views. As Diane Bolet and Florian Foos show, the media can significantly contribute to the normalization of extreme-right views – especially when those views are not challenged.

Normalization and taking far-right views to the streets

In a context such as this, it is plausible to think that far-right individuals will have felt emboldened to act on their views. Indeed, one of the findings in my book is that, in the aftermath of elections where far-right views are more normalized, more xenophobic protests take place. It is plausible to think that the same extends to the riots and violence witnessed over the last week.

As noted above, many other factors may have contributed to the events unfolding in the United Kingdom. Few, if any, social phenomena have a unique cause. Moreover, when discussing a single case, it is very hard to pinpoint rigorously what, exactly, caused it. Yet, previous research provides ample evidence that the type of rhetoric employed by political elites in recent months can have made these events more likely, by making far-right individuals feel that acting on their views is more acceptable than previously thought.

Anna Kompatscher, Susanna Roßbach

Non-Binary Gender Markers in Italy?

On the Decision No. 143/2024 of the Italian Constitutional Court

doi: 10.59704/f6ad459f4eb39c1f

In decision No. 143/2024, published on 23 July 2024, the Italian Constitutional Court recognises the existence of non-binary people for the first time in Italian history. Although the decision as such is a big step for queer rights in Italy, the Court stops halfway. In contrast to the German "Dritte Option" decision, the Court does not set clear instructions or deadlines for the Parliament. Italy's current transphobic political climate likely means non-binary gender markers will not be introduced by the Italian Parliament anytime soon.

Legal gender recognition in Italy

In 1982, Italy was – after Sweden and Germany – the third country worldwide to adopt a law (Law No. 163/1982) allowing trans people to correct their gender markers in civil status registriers, especially birth registries (see here, p. 15). Two separate procedures were introduced: one to correct the gender marker in the civil status registries and one to get the authorisation for gender-affirming surgery. After a reform that upheld the dual procedure (see here, p. 22), several decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court found the legal procedure for legal gender recognition in need of change (see here). (just as with the German "Transsexuellengesetz"). As a consequence, the transition no longer requires surgery, and it is sufficient to have lived with one's new gender identity. However, what remains is a rigorous assessment of the seriousness and unambiguousness of an individual's intent and the "objective" transition to the new gender identity.

During all this time, Italian law has only ever recognised two legal gender markers, "maschile" (male) and "femminile" (female).

The initial case

The claimant (N.) is a non-binary person who grew up in the majorly German-speaking province of South Tyrol in Italy and studies in Austria. The claimant was assigned female at birth, and their legal gender marker reads "femminile". The claimant wants to correct the gender marker to "other", change their name to I. and undergo a gender-affirming surgery (in particular, a mastectomy). N. has applied to the Court of Bolzano for the correction of their gender from "female" to "other" and to receive the Court's authorisation for gender-affirming surgery, which is necessary under Italian law.

The Court of Bolzano referred to the Corte Costituzionale, *inter alia*, the following question: Does Art. 1 of Law No. 164/1982, the law containing the rules on the correction of gender markers, violate the Italian Constitution because it does not contain a non-binary gender marker in civil registers?

Recognising non-binary gender identities

The Constitutional Court declares this question of the Court of Bolzano inadmissible. Following the government's line of argument, the Court states that the case poses a Constitutional problem that cannot be resolved by the review of the Constitutional Court for its wide-ranging consequences on the legal system (Considerato in Diritto, para. 5). While the government claims that the admissibility of the question took the existence of genders other than male and female for granted – which they seem to imply was dubious – the Court, however, cites various sources showing how widely accepted the existence of non-binary gender identities is. It thus clearly opposes the government's position.

The Court cites, for instance, the International Classification of Diseases 11th Revision (ICD-11) by the WHO which recognises, inter alia, non-binary gender identities (para. 5.1) and – following the claimant's line of argument (para 3.1.), refers to European legal sources recognising non-binary gender identity (para 5.2).

Especially notable is the reference to the recent German law on self-determination (Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag [SBGG]). It is uncommon for the Corte Costituzionale to cite national laws of other states that are not international or Eu-

ropean law and hence not binding for Italy. The Constitutional Court taking inspiration from another legal order, shows the impact of the recognition of civil rights moves beyond borders. The Court citing the new German SBGG is also surprising because it does not change the number or type of – binary or non-binary – gender markers in Germany, but only the procedure of legal gender recognition. Even before the introduction of the SBGG, under German law, it was possible to recognize non-binary gender identities by having no gender marker at all (since 2013) or by correcting the gender marker to "diverse" (since 2018, after "Dritte Option").

Constitutional dimension of non-binary gender markers

The claimant invoked that Art. 1 of the challenged Law N. 164/1982 from 1982 violates several constitutional norms, namely the protection of one's social identity (Art. 2), the principle of equality (Art. 3) and the right to health and psychological well-being (Art. 32). Moreover, they put forward that a European consensus on the protection of non-binary people had emerged under the right to respect for private and family life in Art. 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR), referred to in Art. 17 para. 1 of the Italian Constitution (para 3.1.).

The Constitutional Court stops short of declaring a constitutional violation but acknowledges the significance of several constitutionally protected rights concerning non-binary gender identities (para. 5.4). The Court affirms that the exigency to be recognised in one's gender identity creates an unease that is important with regards to the right to expression of personality (Art. 2 of the Constitution). Moreover, the lack of recognition via a non-binary gender marker affects the right to equality (Art. 3) and the right to health (Art. 32).

The Constitutional Court agrees with the government, that while the ECHR protects transitions towards another binary gender identity, there is not sufficient European consensus on a positive obligation to introduce non-binary gender markers (para 5.3). Here the Court refers to a French case decided by the European Court of Human Rights (ECtHR) in 2023, similar to the Italian case (see here). Following its "margin of appreciation" doctrine, the ECtHR ruled that France is currently not required to introduce non-binary gender markers under the Convention. This doctrine can be criticised for emphasising compromises instead of securing human rights protection. However, the ECtHR emphasised this could change if there was a general trend towards recognising non-binary gender identities in Convention parties.

The Court's acceptance of "alias careers"

A noteworthy paragraph concerns the practice of secondary schools and universities to give "alias careers": confidential procedures entering the chosen name of a student into the electronic register instead of the name used in civil registries. Alias careers allow non-binary and trans people, for instance, to use their chosen name and gender identity on their school's internal administrative documents or e-mail accounts. According to the Court, this practice testifies to an 'increasingly averted sensitivity' recognising these identities (para. 5.4). Rete Lenford commented that this reference of the Court is particularly important as it attributes legitimacy to this practice. In the current political climate school managements practicing "alias careers" are heavily under attack.

A strong signal to Parliament

The Court concludes that non-binary conditions must be brought to the attention of the legislator who is responsible for considering society's sensitivities and needs (para. 5.4).

Introducing a third option would need a holistic intervention of Parliament due to its wide-ranging consequences on a legal system still based on binary logic. Examples include family law, labour law, sports law, and privacy law with regard to prisons, hospitals, and other places structured by binary logic (para. 5.5). Finally, the law requiring names to correspond to genders would need to change if a third option were introduced, as "in Italian onomastics, gender-neutral names are very rare".

Same, same, but different in Germany

The facts of the Italian case are quite similar to the "Dritte Option" decision of the German Federal Constitutional Court (FCC) from 2017 (see also Verfassungsblog symposium on this decision). In the German case, a non-binary and intersex person from Germany wanted not only the possibility of having a blank entry – this had already been possible under German law since 2013 – but also a positive non-binary gender marker. The FCC decided that it was unconstitutional for German law, on the one hand, to require a gender marker for everybody but, on the other hand, to only allow binary gender markers:

"männlich" (male) and "weiblich" (female). In particular, the FCC found a violation of the general right of personality under Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) of the Basic Law.

As constitutional solution, the FCC proposed two options: either to abolish all gender markers or to introduce non-binary gender markers. While scholars have argued for the abolition of gender markers (see e.g. here or here), German Parliament chose the second option and introduced the non-binary gender marker "divers" (diverse) in 2018. Since then, non-binary persons in Germany can choose between a blank entry or "diverse". When the Selbstbestimmungsgesetz enters into force in November 2024, a person's decision can determine their gender marker for themselves. Psychological opinions or medical attests are no longer necessary.

Unlike the Italian Constitutional Court, the FCC went one step further, compelling the German Parliament to choose between the two options and even setting a deadline of roughly 14 months.

International dimensions of the case

The Italian case demonstrates the importance of legal gender recognition in Europe. Only Iceland and Germany fully recognise non-binary gender identities. But debate is ongoing in other jurisdictions.

Finally, the private international law dimension of the case is worth mentioning. The claimant has Italian citizenship but lives in Austria. Even though, there is Austrian case law recognising non-binary identities, this jurisdiction is limited to Austrian citizens. Had the claimant lived in Germany instead, they were allowed to use the new procedure under the Selbstbestimmungsgesetz which is not limited to German citizens. Persons habitually residing in Germany may choose German law (Art. 7a Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) and thus use the new procedure under the Selbstbestimmungsgesetz. German authorities then have to address this person with their new name and chosen pronouns. It is mostly unclear whether their country of origin must also recognise such a correction in Germany. Citizens of EU Member States may benefit from prohibition of discrimination (Art. 18 TFEU, Art. 21 CHFR) and their right to free movement (Art. 21 TFEU).

Reforms on queer rights under a far-right government?

With its recent ruling, the Italian Constitutional Court clearly acknowledged the legitimacy of non-binary gender recognition via the introduction of a non-binary gender marker in civil registries. This is not the first time the Court has urged the legislature to take action on LGBTQI rights; the Court made similar calls for legislation prior to the introduction of same-sex civil unions in 2016. Now, the responsibility for this necessary and systemic reform lies with Parliament. Georgia Meloni's government is highly unlikely to initiate a timely reform. In May 2024, the Italian government refused to sign the Declaration on the continued advancement of the human rights of LGBTIQ persons in Europe of the Council of the EU. The Italian Family Minister Eugenia Roccella stated that "gender binarism should continue to apply", and linked "abolishing men and women" with "no more children being conceived". After limiting same-sex parental rights and making their battle against surrogacy an LGBTQI issue, the recognition of gender identity does not fit Meloni's far-right agenda. In this political landscape, the Constitutional Court's recognition of non-binary gender identities is a beacon of hope and inclusivity.

Arne P. Wegner

Konfrontation, Kohabitation, Koalition

Frankreich nach den Wahlen

doi: 10.59704/18f8c1111a711b8e

Die Parlamentswahlen in Frankreich 2024 haben bisher wenig Konstantes, sondern vor allem Unerwartetes hervorgebracht. Von der Auflösung der Assemblée Nationale und dem erwarteten Sieg des *Rassemblement National* (RN, früher *Front National*) zur unerwarteten Neugründung des Linksbündnisses *Nouveau Front Populaire* (NFP) und dessen Erfolg. Statt politischer Klarheit und der schnellen Ernennung eines Premierministers folgte sodann ein Ringen bei unklaren Mehrheiten, weshalb Frankreich untypisch lange auf eine Regierungsbildung wartet. Und nun? Dieser Artikel versucht, das verfassungsrechtliche und politische Geflecht in einem Vierschritt zu entwirren: von der Konfrontationslage zur Kohabitation (der Begriff beschreibt die Divergenz zwischen der Mehrheitsfaktion in der Assemblée Nationale und der Partei des Präsenten) und Koalitionsbildung sowie zuletzt zu den Konsequenzen für die Europäische Union. Ich argumentiere, dass die französischen Parlamentswahlen das Land in ein verfassungsrechtliches Spannungsfeld geführt haben, das die politischen Akteure zwingt, Koalitionen neu zu erlernen, während dabei die europäische Stabilität durch die innerfranzösischen Machtkämpfe auf die Probe gestellt werden wird.

Konfrontation

Die aktuelle Konfrontation lässt sich anhand des Wortlauts von Artikel 8 der *Constitution française du 4 octobre 1958* (im Folgenden: C. F.) nachvollziehen. Dieser lautet: „Der Präsident der Republik ernennt den Premierminister." Daraus ergeben sich drei kollidierende verfassungsrechtliche Positionen: Erstens fordert der NFP nunmehr als nomineller Wahlsieger das Amt des Premierministers ein. Das entspräche auch der französischen Verfassungstradition. Seit der ersten Kohabitation 1986 ernennt der Präsident einen Premierminister der Mehrheitspartei.

Eine zweite, dem entgegengesetzte Position folgt aus Artikel 5 C. F. Dort heißt es: „Der Präsident der Republik wacht über die Einhaltung der Verfassung. Er gewährleistet […] die ordnungsgemäße Tätigkeit der öffentlichen Gewalten sowie die Kontinuität des Staates." Macron interpretiert dies nun so: Erst wenn ein Premierminister mit einer stabilen Mehrheit vorgeschlagen wird, die ihm auch gesetzgeberische Initiativen erlaubt – oder zumindest vor einem Misstrauensvotum aus Artikel 49 C. F. schützt –, vergibt er das Amt. Dass eine stabile Mehrheit indes keine absolute sein muss, weiß Macron aus eigener Erfahrung seit 2021, als er eine Minderheitsregierung einsetzte.

Eine dritte Position ist der Anspruch von *La France Insoumise* (LFI), als stärkstem Teil der NFP-Allianz. LFI beansprucht das Amt des Premierministers (jener Anspruch ergibt sich ebenso aus der bisherigen Verfassungstradition, sog. „*de facto* Begrenzung der präsidialen Entscheidungsfreiheit im Ernennungsprozess") – auch auf Kosten einer Nichteinigung mit den anderen Parteien der NFP. Entsprechend hatte LFI zwischenzeitlich sogar die Gespräche mit den anderen Parteien der NFP für beendet erklärt. Eine Hypothese dazu lautet, dass die LFI dies tut, um Macron politisch zu blockieren und damit eventuell sogar einen Rücktritt Macrons, der sich nach Artikel 7 C. F. richtet, zu provozieren und somit vorzeitige Präsidentschaftswahlen folgen zu lassen; Letzteres regelt ebenso Artikel 7 C. F.

Kohabitation als politische Konsequenz

Da das französische Verfassungsrecht stark politisch geprägt ist (z. B. ist der Präsident in Frankreich „Hüter der Verfassung"), soll die Konfrontationslage aus Artikel 8 (Ernennung des Premierministers), 5 (Pflichten des Präsidenten) und 7 (Rücktritt des Präsidenten) C. F. anhand dreier politischer Fragen kurz kontextualisiert werden: Wer hat die Wahlen nun gewonnen, wer hat sie verloren und welcher Wählerwille kann dem Ergebnis entnommen werden?

Wenn der Sieg an den meisten Sitzen im Parlament gemessen wird, dann hat der NFP mit 14 Sitzen Vorsprung gewonnen. Dennoch ist das Bündnis nicht der politische Gewinner der Wahlen im engeren Sinne. Da der NFP nicht

eine positiven Allianz für Wandel, sondern ein Zweckbündnis zur Abwehr des RN (sog. *barrage*) ist, reflektiert das Ergebnis in erster Linie die Ablehnung dieser Partei, aber auch der Partei des Präsidenten, des *Ensemble pour la République* (ENS).

Und wer hat die Wahlen nun verloren? Überwiegend wohl das ENS, und zwar mit einem Verlust von 87 Sitzen in der Assemblée Nationale. Zwar hat der RN vom ersten zum zweiten Wahlgang auch Stimmen verloren, aber immerhin mit 10,6 Millionen Wählern die meisten Stimmen auf sich vereinigt – und historisch viele Sitze im Parlament erlangt.

Die Franzosen haben mit ihrer Wahl zumindest faktisch den Auftrag zur Bildung einer Kohabitation erteilt. In der Vergangenheit wählten die Franzosen im Falle der Abwahl der Partei des Präsidenten stets mit absoluter Mehrheit eine andere Partei. Nun aber erschütterten sie nach 2022 zum zweiten Mal mit ihrer Wahl eine Grundfeste der V. Republik: die vertikalen Machtausübung, also die Machtkonzentration auf eine Partei. Der Wählerauftrag eröffnet so zugleich das gegenwärtige Spannungsfeld, nämlich den Zwang zur Koalitionsbildung.

Koalition

Die Logik der Koalition in Frankreich ist eine der deutschen entgegengesetzte. Die deutsche Logik lautet: erst Wahlen, dann Koalitionsbildung, und zwar aufgrund relativer Mehrheiten. Die französische Logik verhält sich konträr dazu: Erst findet sich eine als solche bezeichnete Koalition bzw. Allianz oder Bewegung, dann folgen Wahlen, und schließlich kann eine dieser Koalitionen aufgrund des französischen Wahlsystems mit absoluter Mehrheit durchregieren. Wegen der nun fehlenden absoluten Mehrheit nähert sich das französische System zwangsweise dem deutschen an. Als Folge dieser Systemverschiebung lässt sich eine allgemeine politische Nervosität beobachten, die sich in unkonstruktiven und konfrontativen Handlungen äußert: Die Koalitionsverhandlungen verlaufen unstrukturiert, beinahe täglich werden widersprüchliche Vorschläge für Premierminister der NFP gemacht, und auch der abgelehnte Rücktritt des aktuell geschäftsführenden Premierministers Attal ist ein Symptom jener Nervosität. Sind Regierungsfindungen nach Wahlen in Frankreich typischerweise schnell, sorgt der unkonforme Wählerauftrag, welcher einen für Frankreich untypischen Wunsch nach „pluralistischerer Repräsentation“ vermittelt, nun für mühsame und möglicherweise lang andauernde Verhandlungen. Darauf wirkt Frankreich nicht vorbereitet.

Doch warum möchten die Parteien auch jetzt noch keine Koalition bilden? Der Grund liegt in dem Mehrheitswahlsystem mit zwei Wahlgängen, welches die starken Parteien stärkt und die Schwachen schwächt. Dieses System führt typischerweise zur absoluten Mehrheit einer Partei, sodass es keiner Koalitionsverhandlungen bedarf. Eine absolute Mehrheit ist nach den letzten Wahlen aber nur in zwei Varianten – jeweils unter Beteiligung der stärksten Fraktion NFP – denkbar. Die erste Variante wäre eine „halbe Kohabitation“ in Form eines Bündnisses aus NFP und ENS, die zweite Variante ein Bündnis aus NFP und RN. Beide Varianten sind indes politisch gegenwärtig unwahrscheinlich, da sich der NFP ein Distanzgebot zu diesen Fraktionen auferlegt hat. Daraus folgt, dass potenzielle Bündnisse, obgleich z. B. der NFP und der RN zentrale Positionen teilen, nicht möglich sind.

Dennoch sind Koalitionen den Franzosen nicht völlig fremd. Auch die Verfassung von 1946 (IV. Republik), welche eine parlamentarische Republik als Staatsform vorsah, kannte diese. Daher ist die Koalitionsbildung im deutschen Sinne kein politisches Neuland, sondern ein Prozess des Wiedererlernens. Doch kann dies nun gelingen? Es bestehen insbesondere drei verfassungsrechtliche Herausforderungen: Erstens referenziert die aktuelle französische Verfassung Koalitionen nur noch indirekt, und zwar im Demokratieprinzip (Artikel 1 C. F.) und in der Vereinigungsfreiheit (Präambel der Verfassung von 1946; Artikel 34 C. F.; Artikel 11 EMRK). Dass Koalitionen nicht ausdrücklich angedacht sind, führt zu einer zweiten, entgegengesetzten Herausforderung: Eine Regierung muss nicht auf einer funktionierenden Koalition beruhen, sondern nur so stark sein, dass gegen sie keine sogenannte „*motion de censure*“ – das Misstrauensvotum aus Artikel 49 C. F. – ergeht. Doch ohnehin wäre ein Misstrauensvotum wohl aktuell eine Sackgasse. Zwar kann in Frankreich eine Regierung mit absoluter Mehrheit gestürzt werden, jedoch wird nicht zugleich eine neue Regierung gewählt (sog. destruktives Misstrauensvotum). Letztere kann nur der Präsident ernennen. Doch da dieser nur einmal im Jahr die Nationalversammlung auflösen kann (vgl. Artikel 12 C. F.), hat eine nach einem Sturz ernannte, neue Regierung, die nicht ebenfalls sofort abgewählt werden möchte, ebenso im Rahmen des unkonformen Wählerauftrags zu handeln. Diese Sackgasse führt zu einer dritten Herausforderung: Nämlich zu einer

in einem solchem Fall wahrscheinlichen Ernennung einer technokratischen Regierung mit einem Premierminister, der womöglich ein Konsenskandidat der NFP ist, aber z.B. aus keinem politischen Lager stammt, wie etwa Laurence Tubiana, Ex-Präsidentin der „*Convention citoyenne pour le climat*", die aber aufgrund des LFI-Widerstands ihre Kandidatur zurückzog; oder Lucie Castets, deren Kandidatur aber Macron bisher ablehnte. Eine solche Regierung führt gleichwohl ohne parlamentarische Mehrheiten. Mit anderen Worten: Das Parlament bleibt geteilt. Als Folge daraus verbleibt anstelle diverser Willensbildungen im französischen Verfassungssystem von Parlament über Regierung bis hin zum Präsidenten nur noch eine Willensrichtung – der Willen eines diskret handelnden Präsidenten Macron, wie er sich schon beim NATO-Gipfel ausdrückte. Dieser schwelende Zustand dürfte die V. Republik bis zu den nächsten Präsidentschaftswahlen in zwei Jahren innen- und außenpolitisch lähmen – auch auf europäischer Ebene.

Konsequenz für Europa

So könnte es auf europäischer Ebene in Zukunft nicht nur das sogenannte „*German Vote*" (die Blockade von EU-Gesetzesakten durch die Regierungsfraktionen der Ampel), sondern auch das „*Vote Français*" geben. Denn erstens dürfte jede künftige Regierung der Mehrheitsparteien für eine Abkehr von den Ideen des Europäers und Reformers Macron stehen – zumindest nach dem Wählerauftrag. Dafür spricht auch, dass weder der europäische Binnenmarkt noch die wirtschaftliche Prosperität Frankreichs den Wahlkampf dominiert haben: Sowohl das im europäischen Rahmen erwirkte Rekordvolumen an ausländischen Investitionen (15 Milliarden EUR) unter Macron als auch die historisch geringe Arbeitslosenzahl scheinen weitgehend ohne Auswirkung auf den Wählerwillen geblieben zu sein. Davon geht zweitens umso mehr eine Gefahr für Europa aus: Obwohl die französische Verfassung die Verantwortung für die europäische Politik auf den Präsidenten konzentriert, war Frankreich schon bei vergangenen Kohabitationen in Europa in seiner Handlungsfähigkeit erheblich beschränkt. Eine Studie zeigt, dass eine Kohabitation zu mehr französischen Vetos im Europäischen Rat führt. Dazu kommt drittens, dass bei Reformen mit *Passerelle*-Klauseln (vgl. u. a. Artikel 48 Abs. 7 EUV), bei der Bestimmung von EU-Eigenmittel oder den EU-Anleihen stets nationale Parlamente zustimmen müssen. Bisher konnte der französische Präsident auf die eigene Mehrheitsverhältnisse zählen, um solche Vorhaben auf EU-Ebene zu ratifizieren. Künftig ist Macron hingegen auf die Kooperation mit anderen Fraktionen angewiesen. Konkrete Vetos sind mit der NFP dann unter anderem beim Migrationspakt (Vetogrund – als kritische Verkürzung: „*Islamo-Gauchisme*"), bei Europas Agrar- und Handelspolitik (Vetogrund: Ernährungssouveränität) oder bei der EU-Erweiterung (Vetogrund: russische Stoßrichtung von LFI) zu erwarten. Ein solches „*Vote Français*" erscheint nun nicht mehr nur ein abstraktes Risiko zu sein, sondern unweigerliche Konsequenz.

Dennoch gibt es Grund zur Hoffnung. Erstens hat Frankreich erfolgreich eine rechtsextreme Regierung verhindert. Zweitens bleibt die geschäftsführende Regierung Attal im Rahmen der „*affaires courantes*" (vgl. Verfassung der IV. Republik; Urteil des Conseil d'État und Richtlinien) bei der Verwaltung dringender Angelegenheiten, der Sicherstellung der Kontinuität des Staates und der Wahrnehmung unaufschiebbarer Aufgaben – wie wohl bei der Ernennung von EU-Kommissaren (vgl. Artikel 13 C. F.) – handlungsfähig. Drittens bleibt abzuwarten, ob die französische Politik nicht doch einen Blick nach Deutschland wirft und sich neue Koalitionsmöglichkeiten eröffnen. Möglicherweise könnten *Les Républicains*, die *Parti Socialiste* oder *Les Verts* aus republikanischer Verantwortung doch eine Allianz mit ENS eingehen. Zuletzt führt jede Form der Kohabitation bei einer Schwächung des Präsidenten zugleich zu einer größeren Unabhängigkeit der französischen Ministerien. Dies könnte auch Deutschland nutzen, um gemeinsame Projekte, wie beispielsweise die feministische Außenpolitik, den EU Green Deal oder die Stärkung des Weimarer Dreiecks, voranzutreiben.

Jonas Bornemann

Could Hungary be suspended from Schengen?



"National Cards" for Russian and Belarussian Nationals as a Geopolitical Threat

doi: 10.59704/0d26d1986e6ba382

In early July, the Orbán government announced that it would extend a program that grants third country nationals simplified access and stay to work in Hungary to Russian and Belarussian nationals. This extension of the so-called "national card" scheme has EU and Member State officials up in arms. Critics argue that this policy will create a loophole for individuals who are tasked to commit hostile acts in the territory of Schengen Member States. Commissioner Ylva Johansson sent a letter to the Hungarian minister of interior, seeking clarification on some aspects of the policy so that the Commission could "draw the appropriate consequences". This not so subtle threat has been spelt out more explicitly by other prominent actors at EU level, who have called for the suspension of Hungary's Schengen membership.

This blogpost maps the ways in which Hungary's policy might undermine the security of the Schengen area and surveys the tools Member States and EU institutions have at their disposal to counter it. Should the Hungarian government fail to cooperate and dispel the concerns raised by its extension of the national card system, these mechanisms should be activated to safeguard the security of the Schengen area.

Is Hungary's "National Card" compromising the Schengen area's security?

The national card is a residence title granted to third country nationals to perform work. As an instrument of economic immigration, it authorizes residence for up to two years, with the possibility of extension for up to three years at a time. In legal terms, the national card is therefore not a short-term Schengen visa, but a long-term residence title which is not governed by EU secondary law instruments. Pursuant to §§ 50-53 of Act XC of 2023 on General Rules for the Admission and Right of Residence of Third Country Nationals, the Hungarian government may specify third states whose citizens may be granted such a residence title. Hungary first used this option in 2023, allowing Serbian and Ukrainian nationals to benefit from the scheme. In early July 2024, Government Decree no 179/2024 of 8 July 2024 extended this list to include nationals of Bosnia and Herzegovina, North Macedonia, Belarus, Moldova, Montenegro and Russia.

Privileged entry regimes of this nature are certainly not a unique feature of Hungarian immigration law. Yet, the main source of concern with this policy is that the national card's facilitation of entry coincides with relaxed security checks. Formally, the national card's legal framework does not specify what kind of security checks will be performed (if any). Notably, the application form does not include a question on past criminal conduct, as opposed to the application form for other types of residence permits. To be sure, this does not automatically mean that no security checks would be performed. § 17 of Act XC of 2023 on General Rules for the Admission and Right of Residence of Third Country Nationals spells out the general conditions for permanent residence in Hungary, including the requirement not to imperil Hungary's national security. However, national authorities have wide discretion to decide whether a person authorised to enter the Schengen area constitutes a threat to public security. Coupled with Hungary's tendency to hide behind discretionary decision-making to conceal the true intentions of a policy, this makes it difficult to determine the effects and lawfulness of this policy in the abstract.

Russian and Belarussian nationals as a geopolitical threat?

Hungary has consistently sought to present economic migration as a threat to national security. In a foreword to one of its infamous "national consultation surveys", for instance, the prime minister stated that economic immigration would "represent a new type of threat – a threat which we must stop in its tracks." This rhetoric has no-

tably been reversed in the context of the national card. While the Hungarian government claimed that an extension of facilitated entry for Russians and Belarussians was nothing to worry about, actors at EU level oppose this policy for potentially providing a loophole for espionage and other acts of hostility, thereby endangering the Schengen area at large.

Formally, the national card does not allow for intra-EU mobility but only entitles its holder to residence in Hungary. In practice, however, the principled abolition of internal border control in the Schengen area implies that persons staying in one Member State may travel to another Member State, even if they have no right to do so. As such, simplified access for Russian and Belarussian nationals to Hungary may equally undermine the security of the Schengen area in its entirety. If Hungary was to turn a blind eye to the security risks that certain individuals may pose to national security of other Member States, this would call into question the measures put in place to prevent the entry of perilous individuals into the Schengen area.

Screening for security risks

Pursuant to Article 6 of the Schengen Borders Code, national authorities are obliged to refuse entry to any third country national they consider a threat to internal security. This seems to preclude a policy or practice that would do away with any meaningful prior-entry security checks. However, the national card scheme does not seem to skip out on security checks altogether, but rather to reduce their rigour. Hungary proclaims this to be appropriate, because it seeks to attract a larger number of Russian experts to finalize the construction of the PAKS II, a nuclear power plant built in large part by the Russian state-owned company Rosatom. Still, it should be asked why this policy needed to be adopted at a time when the construction site does not require nuclear technological expertise, and why it affords facilitated entry to Belarussian nationals. From the perspective of EU law, and specifically Article 8 (3) of the Schengen Borders Code, it is clear that Hungarian authorities are required to carry out a "detailed examination", verifying that third country nationals are not likely to jeopardize the internal security of the Member States. Following the full-scale invasion and war in Ukraine, the Commission published non-binding guidelines on the controls of Russian citizens at the EU's external borders, calling on national border guards to exercise "intensive individual scrutiny of the potentially heightened security risk that the entry of a citizen of a country waging war in Europe into the Schengen area poses."

None of this indicates with precision the steps national authorities would have to take or how thoroughly they would have to assess the security risks emanating from the entry of a Russian or Belarussian national under the national card scheme. However, some red lines can be inferred from the legal framework. First, national authorities must refuse entry to individuals for whom an alert has been entered in the Schengen Information System (Art 6 (1) (d) Schengen Borders Code). If Hungary were to allow the entry of persons against whom such an alert had been entered, this would be a clear breach of EU law. The same applies in relation to persons whose entry, stay and transit through the territories of the Member States falls under the sanctions regime that the EU has imposed in relation to Russia and Belarus. Both the Commission and other Member States must therefore know precisely which individuals are granted entry under the new scheme and what types of security checks have been performed by Hungarian authorities prior to entry.

Unilateral immigration policies and the principle of sincere cooperation

The Hungarian government has emphasized that the issuance of long-stay residence titles, such as the national card, is a Member State competence. While true, this does not mean that Hungary can authorise the entry of third country nationals as it deems fit. Rather, the exercise of this national competence is limited by the principle of sincere cooperation. This point is particularly noteworthy as Hungary, in the context of its Council presidency, likes to present itself as an honest broker who works "in the spirit of sincere cooperation between member states and institutions, for the peace, security and prosperity of a truly strong Europe."

The recently introduced change in the national card scheme belies this statement. Safeguarding security in the Schengen area surely is a vital common concern of all participating Member States and the notion of sincere cooperation would imply that national authorities refrain from any measure which could jeopardize the attainment of this objective. At the very least, this would have required consulting with other Member States over such a con-

troversial move. The failure to do so suggests that, not unlike Viktor Orbán's recent travelling activity, this policy may be intended to undermine the EU's position in relation to Russia, *in casu* the "heightened" alertness of security threats that can emerge from the entry of Russian and Belarussian nationals.

The uncertain potential of legal action

Whether legal challenges against Hungary's policy could be successful will largely depend on its implementation in practice. It is therefore appropriate that Commissioner Johansson has stressed the need for further clarification on the side of Hungary regarding the way in which this policy will play out in practice. How vigilant will the security checks be? Will Hungarian border guards communicate and coordinate their decisions with counterparts in other Member States? And which individuals will be granted entry into Hungarian territory? Hungary's answers to these questions will determine whether legal actions may be needed to safeguard the integrity and security of the Schengen area. A failure to refuse entry to individuals who are placed on the EU's sanctions list or against whom an alert and/or entry ban has been entered into the Schengen Information System would, for instance, qualify as a clear violation of EU law. Short of these instances of an unequivocal breach of obligations, however, much will depend on the assessment of security actors in Hungary in each individual case.

Suspending Hungary from the Schengen area?

Notwithstanding this uncertainty, actors at EU and Member State level have powerful tools at their disposal to ensure the integrity of the Schengen area. First, Member States may concertedly decide to reintroduce internal border controls with Hungary. Technically, this would not amount to a suspension of Hungary's Schengen membership, but it would strip its nationals (and any other person wishing to travel from or to Hungary) of the most tangible benefit that Schengen integration offers. Article 25 of the Schengen Borders Code specifies that Member States may adopt such a measure to tackle a serious threat to their internal security. Given that the entry of certain Russian and Belarussian nationals may pose a geopolitical threat to some Member States, Hungary's policy could justify the reintroduction of internal border control.

The advantage of such reintroduction of internal border control would lie in its immediate effects. The extension of the national card scheme could reasonably qualify as an "unforeseeable event", permitting Member States to reintroduce internal border control without any prior procedural steps to be taken. However, it would require all Member States to coordinate their actions. It may be questioned whether national ministries of interior can organize and put into practice such a concerted approach. Still, if they did, this would indubitably be a powerful effort signaling that the extension of the national card scheme to Russian and Belarussian nationals has been one step too far.

Is Hungary putting the overall functioning of the Schengen area at risk?

Another approach relates to the introduction of internal border control to respond to "exceptional circumstances [that] put the overall functioning of the area without internal border control at risk". First introduced in the aftermath of the so-called migration crisis, this option is nowadays codified in Article 29 of the Schengen Borders Code. Unlike the coordinated unilateral reintroduction of internal border controls by the Member States, this procedure is a genuinely supranational one. It allows the Council, following a proposal from the Commission, to adopt a Recommendation to suggest that one or more Member States reintroduce internal border control. Procedurally, this option would first require actions to be taken under the Schengen evaluation mechanism, a set of procedures and infrastructures put in place to ensure full respect for the Schengen rules. Under this framework, a team composed of experts from the Commission and other Member States could conduct unannounced visits if there are grounds to believe that a Member State is seriously disregarding its obligations under the Schengen acquis. Hungary's national card regime could easily qualify as one of these grounds. If a site visit brought to light a serious deficiency in the carrying out of external border control, the Commission could propose the Council to recommend Member States to concertedly reintroduce internal border controls.

Conclusion

To propose a concerted reintroduction of internal border controls over Hungary's recent changes in the natio-

nal card scheme could be seen as using sledgehammer to crack a nut. It is a drastic measure that will hit many individuals, including those who have little sympathy for the Hungarian government or its recent policies. Such a response may nonetheless be warranted in light of Hungary's uncoordinated introduction of a scheme that seemingly reduces the vigilance of security checks vis-á-vis Russian and Belarussian immigrants. Procedurally, it may be preferable that the Commission first requests more information on the policy, including its practical implementation, and that unannounced site visits in the framework of the Schengen Evaluation Mechanism are conducted. If it becomes clear that Hungarian authorities fail to duly cooperate or provide false information, however, the reintroduction of internal border controls to Hungary may be inevitable to safeguard security in the Schengen area.

Anna M. Puigderrajols Triadó

Mainstreaming Gender in EU Arms Export Controls

doi: 10.59704/1e89d435535fd714

With the third review of the EU Common Position on Exports of Military Technology and Equipment (EU Common Position) well underway, there is a critical opportunity to align this document with international instruments that incorporate gender considerations in the arms trade. This is particularly relevant given the growing international momentum to address Gender-Based Violence (GBV)[1] in the arms trade, as the recent example demonstrates. In August 2024, at the 10th Conference of State Parties to the Arms Trade Treaty (ATT), 47 States submitted the Joint Working Paper addressing the gender mainstreaming concerning the arms trade. In light of this, the post first highlights the interconnectedness between GBV and the trade of Small Arms and Light Weapons (SALW). It then examines the increasing integration of gender considerations within arms trade legal frameworks. Finally, it calls for the EU Common Position to explicitly reference gender beyond its already present human rights considerations.

Gender-Based Violence and SALW trade

SALWs are used in almost one-third of feminicides worldwide. This data, provided by Control Arms and UNIDIR, aligns with Amnesty International's suggestion that most armed violence in conflict and non-conflict areas affecting women is committed with SALW, illustrating the intrinsic link between GBV and the trade of SALW.

While the data provided by Small Arms Survey points out that in 2021 women constituted 19% of victims of intentional homicide, the reality is that 55% of those homicides are committed by intimate partners or relatives. However, this data should not lead us to conclude that non-lethal GBV rates are equally low. On the contrary, there is a need to focus on the impact of the arms trade on women in non-conflict areas due to the fact that armed violence has differentiated non-lethal impacts on women, such as sexual violence, psychological violence, or the perpetuation of gender stereotypes associated with notions of manhood based on women's subordination.

The Human Rights Council has also highlighted that the human rights impact of SALW takes place regardless of whether firearms are discharged. The mere threat of using the weapon and its presence in, say, the household, is enough to impact women's rights negatively and may lead to the perpetuation of economic violence or domestic violence.

In light of the multifaceted negative impacts on women's rights that SALW can have, it is not surprising that there have been declarations such as the Joint Statement of 36 states parties to the Arms Trade Treaty, the Final Report of the 2019 Fifth Conference of State Parties of the ATT, or the more recent Outcome Document of the Fourth Review Conference of the Programme of Action (PoA) on SALW, all of which point to the need for an increased understanding and implementation of measures to include gender considerations in arms export controls.

Increased gender perspectives in the arms trade legal frameworks

While companies have the responsibility to act diligently before exporting arms, multiple international instruments enshrine the obligation of states to conduct human rights risk assessments before issuing an arms export license to industry players.

Increasingly, international instruments regulating state obligations in the arms trade are incorporating explicit references to gender when defining the arms export assessment criteria. This inclusion of explicit gender references recognises the differentiated impact of SALW exports on women, and acknowledges that legally transfer-

[1] This post uses the concept Gender Based Violence (GBV) as a synonym of GBV against women and girls, defined by the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women in its General Recommendation 19: "violence that is directed against a woman because she is a woman, or that affects women disproportionately".

red arms, when diverted, often fuel GBV, as flagged by the Human Rights Council in 2019 and 2020.

For its part, the recently adopted Outcome Document of the Fourth Review Conference of the PoA on SALW, which includes 14 references to gender, is one of the most obvious illustrations of the importance of incorporating gender considerations in risk assessments conducted prior to the issuance of an export license. However, years earlier the ATT was the first legally binding instrument to recognize the interplay between GBV and arms trade in Article 7.4. This provision mandates states to conduct a risk assessment before authorizing the export of conventional arms. By making specific reference to gender, Article 7.4 requires exporting states to consider the risk of conventional arms being used to commit or facilitate serious acts of GBV or violence against women.

The Firearms Protocol, despite its focus on illicit manufacturing and trafficking of firearms, is another example of how gender considerations have emerged in the international discourse. For instance, in the Report of the 2016 Conference of the Parties, states recognized the need to consider the gender dimension of firearms-related crimes.

Furthermore, gender considerations have also gained relevance within soft-law instruments. For instance, Sustainable Development Goals 5.2 and 16.3 establish the target to eliminate all forms of violence against women and girls, and the need to reduce illicit financial and arms flows, respectively. Moreover, the 2024 PoA Outcome Document articulates state's concerns that gender equality may be hindered by the illicit trade of SALW and highlights the need to take into account the differential impact that illicit trade in SALW has on women.

Why should the EU Common Position include explicit references to gender?

Since December 2008, the EU Common Position has defined the rules governing the export of military technology and equipment, as well as dual-use goods and technology in the EU (Article 6 EU Common Position). While EU Member States retain discretion to determine the means of application of this instrument, the EU Common Position establishes common criteria that states shall consider when deciding whether to grant an export license or not. Amongst those criteria, states are required to consider respect for human rights in the destination state (Criterion 2).

In this sense, the European Court of Human Rights (ECtHR) has ruled that, in certain circumstances, rape can constitute a form of torture (*Ayidin v. Turkey*), falling under the scope of Article 3 of the European Convention of Human Rights (ECHR); and the Inter-American Court of Human Rights has also ruled that states must adopt integral measures to fulfill their prevention obligation in cases concerning violence against women (*Campo Algodonero v. Mexico*). Thus, it seems that GBV is already covered by the general reference to human rights under Criterion 2 of the EU Common Position.

In light of that, the question that arises is the following: why should the EU Common Position include explicit references to gender in the criteria for conducting risk assessments prior to granting export licenses, in line with Article 7.4 of the ATT?

Legally, the explicit reference to gender entails the obligation of states to consider specific factors and risks that are uniquely associated with violence suffered by women and girls. For example, an explicit reference to gender in the EU Common Position would require the Member States to consider the GBV records of the importing states and assess whether the importing state has the capacity to prevent and punish those acts. Accordingly, Member States would have to take measures at the national level in order to comply with these criteria set out in the EU Common Position.

Moreover, if Member States would fail to conduct this due diligence, victims of GBV in the importing states might have an opportunity to seek redress against the exporter state for granting export licenses negligently by failing to consider the risk of contribution or facilitation of GBV. This is key, considering that, in the European context, the ECtHR plays an important role in assessing Member States' compliance with the ECHR. While the ECtHR has been clear that it applies an autonomous interpretation of the ECHR, it takes into consideration European and international human rights law standards. Thus, when a EU Member State has failed to include gender considerations in the risk assessment prior to granting an arms export license, the possibility that the ECtHR finds a violation of the ECHR could increase if the EU Common Position would made an explicit reference to gender.

More broadly, an explicit reference to gender in the EU Common Position could have implications beyond the

legal assessment of arms export licenses. It could enhance states' efforts towards the compilation of disaggregated data, support the research in this field, and most importantly report on the GBV assessment in the arms control procedures of exporting states. This could lead to a higher level of transparency and accountability, allowing civil society organizations to scrutinize Member States' decisions and act when they consider that a Member State has failed to comply with such obligations.

From a policy perspective, bringing GBV considerations to arms export decisions could broaden discussions from a supply-centered approach to include a demand-centered approach, as argued recently by Callum Watson and Aline Shaban. While the inclusion of gender considerations in legal instruments cannot directly solve the root causes of GBV, its inclusion could play a part in addressing the contributing factors that perpetuate this particular type of violence. For instance, it could contribute to the shifting of mainstream narratives and roles based on stereotyped conceptions of manhood promoted by arms companies themselves (see para. 18 of the HR Council Report).

Finally, the inclusion of gender in the criteria defined in Article 2 of the EU Common Position would be aligned with the current stance of the EU towards gender. In this sense, during the 8th Conference on State Parties to the ATT, the EU acknowledged that the effective implementation of Article 7.4 of the ATT can contribute to eliminating violence against women and girls, and stated that the EU Common Position is aligned with the criteria set out with the ATT. Moreover, the EU has a long history of commitment to gender equality and eradication of violence against women (Gender Equality Strategy 2020-2025 or Strategy for equality between women and men 2010-2015). Thus, the inclusion of explicit gender references in the EU Common Position would merely be a continuation of the European Union's efforts toward gender equality.

I thank Dr. León Castellanos-Jankiewicz and Mr. Antonio Guzmán Mutis for their guidance and support.

Camilla Haake

Pioniertat oder Bärendienst?

Das LG Erfurt über EU-Grundrechte für die Natur

doi: 10.59704/27a13934eb591df8

Immer häufiger erkennen nationale Gerichte der Natur eigene subjektive Rechte zu, etwa in Kolumbien oder Peru. Inspiriert davon unternahm das Landgericht (LG) Erfurt in einem Urteil zu einem der sog. „Dieselfälle" vom 2. August 2024 (8 O 1373/21) nun den wenig überzeugenden Versuch, „Eigenrechte der Natur" aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCh) abzuleiten. Das Gericht erklärt, Rechte der Natur träten bei der Ermittlung der Höhe des dem Kläger zustehenden Schadensersatzes „schutzverstärkend" hinzu (Rz. 29) (zu den gerichtlichen Ausführungen während der mündlichen Verhandlung, s. bereits Gutmann/García Ruales). Dabei ergeht sich das Gericht überwiegend in bloßen Behauptungen, während es konkrete Begründungen schuldig bleibt. Über zwölf Randziffern (29-40) der Entscheidungsgründe seines Urteils erweckt das Gericht fälschlich den Eindruck, die Betrachtung „der Natur" als Rechtssubjekt sowie die Herleitung konkreter „Rechte der Natur" aus der EU-GRCh seien bereits „common ground". Damit trägt das LG Erfurt aber eher zum Gegenteil bei.

EU-Grundrechte für „ökologische Personen"?

Der Kläger in dem Fall hatte behauptet, das von ihm erworbene Fahrzeug enthielte eine (unionsrechtlich) unzulässige (Rz. 20) Abschalteinrichtung in Gestalt eines sog. „Thermofensters". In diesen sog. „Dieselfällen" sei Unionsrecht einschlägig, sodass auch die EU-GRCh gem. ihrem Art. 51 Abs. 1 Anwendung finde (Rz. 30). Das Gericht ist der Ansicht, „insbesondere" aus Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 EU-GRCh ließen sich „Eigenrechte der Natur" ableiten. Dabei geht das Gericht nicht darauf ein, dass nur Art. 2 (Recht auf Leben) und Art. 3 Abs. 1 (Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit) subjektive Rechte beinhalten, Art. 37 aber eher als „staatszielartige Bestimmung" (Callies, Art. 37 EU-Grundrechtecharta, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV/, 6. Aufl. 2022, Rn. 4) gilt und keinen subjektiv-rechtlichen Gehalt hat. „Diese Grundrechte", so das Gericht aber dennoch weiter, seien „ihrem Wesen nach" nicht nur auf den Menschen, sondern auch auf die Natur oder einzelne Ökosysteme als „ökologische Personen" anwendbar. Bereits aus der EU-GRCh ergebe sich ein umfassendes Existenzrecht dieser „ökologischen Personen" (Rz. 30). Einer entsprechenden Deutung stünde nicht entgegen, so das Gericht, dass der Grundrechtekonvent, der im Jahr 2000 die EU-GRCh ausgearbeitet hatte, zum damaligen Zeitpunkt eine Einbeziehung der Natur in den Schutzbereich der EU-GRCh noch nicht mitgedacht hatte, der Grundrechtekonvent sei „für ökologische Belange und Anliegen durchaus aufgeschlossen" gewesen (Rz. 31). Zudem sei es sogar „geboten", dass die EU-GRCh als „living instrument" auf „neue Gefährdungslagen angemessen" reagiere (Rz. 32). Die „Gewährung von Rechtssubjektivität für ökologische Personen" entspreche dabei „dem Menschenbild" (sic!) der Charta (Rz. 33). Dieses Paradoxon, das dem LG offenbar entgangen ist, widerspricht bereits der dahinterstehenden – aus einer naturschutzorientierten Perspektive durchaus nachvollziehbaren – Logik.

„Wesensmäßige Anwendbarkeit"?

Zwar weist das Gericht nachvollziehbar darauf hin, dass der Wortlaut der EU-GRCh nicht per se einer Anwendung der Chartagrundrechte auf die Natur entgegenstehe. Denn um die Adressaten der Grundrechte zu charakterisieren, werde regelmäßig nicht der Begriff „Mensch", sondern der „bedeutungsoffene Begriff ‚Person' (‚personne') verwandt", der auch die Natur oder einzelne Ökosysteme umfasse (Rz. 34). Dem stehe, so das Gericht, auch nicht die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 der EU-GRCh entgegen. Vielmehr verlange die Menschenwürde sogar, die Natur in den Schutzumfang der Charta einzubeziehen. Denn dies trage dazu bei, dass die Menschen auch in Zukunft ein Leben in Freiheit, Selbstbestimmung und (damit) Würde führen könnten – eine Argumentation, die auch der UN nicht fremd ist (Report of the Secretary-General, Harmony with Nature, 26.07.2019, UN Doc. A/74/236, Rn. 5). Eine dogmatische Herleitung der „Eigenrechte der Natur" aus der EU-GRCh unter-

nimmt das LG damit allerdings nicht und bleibt eine solche auch in weiterer Folge schuldig. Es führt lediglich aus, es sei „kein Grund dafür ersichtlich, zwar juristische Personen […] umfassend grundrechtlich zu schützen, nicht jedoch ökologische Personen"; letztlich werde „nur eine ‚Waffengleichheit' hergestellt" (Rz. 35). Auf die sich aufdrängende praxisrelevante Frage, warum und wie eine „wesensmäßige Anwendbarkeit" von Chartagrundrechten auf die Natur möglich gemacht werden sollte, geht das Gericht nicht ein. Ausführungen über die Subjektqualität vom Gericht erwähnter, aber nicht definierter „ökologischer Personen" (Rz. 30) fehlen ebenfalls. Künftig möchte das Gericht sogar Künstliche Intelligenz „umfassend grundrechtlich schützen" (Rz. 35), begründet aber auch diesen (hier ohnehin nicht relevanten) Grundrechtsschutz nicht näher.

„Rechte der Natur" als „Schutzverstärker" - für wen?

Schließlich bleibt unklar, warum das Gericht in seinem Judikat überhaupt derart unvermittelt und vergleichsweise ausführlich darauf eingeht, ob die EU-GRCh potenziell auf die Natur anwendbar ist. Bei der Ermittlung der Höhe des Schadensersatzes in dem zu entscheidenden Fall seien die „Rechte der Natur" unabhängig vom Parteivortrag „von Amts wegen" zu berücksichtigen, so das LG Erfurt, das sich in diesem Zusammenhang (mehrfach, vgl. Rz. 29, 38, 39) auf das entsprechende Vorgehen von Gerichten in Südamerika beruft (Rz. 29). Dabei geht das Gericht aber mit keinem Wort darauf ein, dass keine umfassende Geltung der EU-Grundrechte im horizontalen Verhältnis privater (Grund-)Rechtsträger zueinander angenommen (vgl. Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh; EuGH, Urt. v. 6. November 2018 – C-569/16, Rz. 87) und lediglich eine „mittelbare" Horizontalwirkung der Chartagrundrechte diskutiert wird (Jarass, Art. 51 EU-GRCh, in Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Rz. 38). Warum dieses System jedoch plötzlich auch für – (noch) nicht etablierte – „Eigenrechte der Natur" gelten sollte, zeigt das Gericht nicht auf. Diese begründungslosen Ausführungen verfehlen ihr Ziel, „Rechte der Natur" richterrechtlich zu begründen.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Gericht, indem es den „Rechten der Natur" im Kontext der individuellen Schadensbemessung eine „schutzverstärkende" Wirkung zuschreibt, die ökozentrische Zielrichtung des Konzepts der „Rechte der Natur" konterkariert. Die „Rechte der Natur" laufen so Gefahr, zum bloßen Hilfsmittel einer zivilrechtlichen Anspruchsdurchsetzung (zugunsten eines menschlichen Klägers) zu verkommen. Dabei sollen (und wollen) „Rechte der Natur", so wie sie gemeinhin im Anschluss an vorwiegend indigene Kosmologien verstanden werden, die Natur um ihrer selbst willen und gerade nicht in Abhängigkeit vom Menschen schützen. Ebenso wenig sollen die „Rechte der Natur" allein den Menschen schützen.

Schluss

So ist dem LG Erfurt im Ergebnis zugute zu halten, dass es mit seinem Urteil den „Rechten der Natur" und dem zugehörigen – wichtigen internationalen – Diskurs über die Integration ökozentrischer Schutzdimensionen in westlich geprägte Rechtssysteme eine Bühne gegeben hat. Dennoch ist zur Vorsicht zu mahnen, „Rechte der Natur" durch allzu willkürliche richterliche Rechtsfortbildung etablieren zu wollen: Das (immer noch) neue Konzept der „Subjektivierung" der Natur muss solide dogmatisch verankert werden, um effizient zu sein. Grundlegende Fragen wie jene, ob und wie sich westliche Rechtstraditionen und indigene Kosmologien kombinieren lassen und welche langfristigen Auswirkungen dies hätte, muss der (hier: EU-)Gesetzgeber klären (vgl. etwa die Beispiele der ecuadorianischen Verfassung (Art. 10, 71-74), des neuseeländischen „Te Awa Tupua Act" oder des spanischen „Mar Menor Act"). Bis dahin hat die Zuerkennung von subjektiven Rechten natürlicher Ökosysteme durch (nationale) Gerichte vor allem einen symbolischen Wert.

Tilman Hoppe, Valentin Stojiljkovic

Prove Your Integrity or Resign

Why the ECtHR Upheld a 15-Year Ban for a Judicial Advisor

doi: 10.59704/5d6f5c8a6f8dab66



In May 2024, in the case of *Bala*, the ECtHR issued another decision concerning the vetting of the judiciary in Albania. This time, the Court decided that the state's ban on a judicial advisor, who resigned instead of undergoing the integrity vetting process, from entering high public offices for fifteen years does not violate the ECHR. However, the decision leaves one key question unaddressed: Does the ban violate the right to free choice of occupation or the right to equal access to public offices? While the ECHR does not explicitly articulate these rights, most European constitutions do, as do other human rights treaties. This article demonstrates that even under these two rights, the limitation in question is likely proportionate. However, legislators would be wise to consider less intrusive options as well.

Resignation as a bargain in judicial vetting

Several countries in the Balkans and Eastern Europe are right now purging their judicial system of corrupt judges and prosecutors: Internationally supported commissions review the finances and ethics of all officeholders in Albania, Moldova, and Ukraine. Governments in Georgia, Kosovo, and Macedonia are considering doing the same. A landmark 2021 decision by the ECtHR, upholding the dismissal of a constitutional court judge from Albania for unexplained wealth, has provided international vetting with legal certainty (*Xhoxhaj*). Three further decisions in 2022 and 2023 added more detail about how commissions must conduct integrity vetting (*Cani*, *Sevdari*, *Thanza*).

The latest decision (*Bala*), however, adds a completely different aspect. Can the state ban a judicial advisor from high public offices, who chose to resign instead of taking part in the integrity vetting? Vetting laws usually contain the option for officeholders to resign for good. It is a bargain for both sides: The ones having (too much) unexplained wealth or serious ethics issues evade the extraordinary scrutiny; the state gets rid of them without having to prove the unexplained wealth or ethical misconduct in lengthy, costly, and uncertain proceedings. In Albania, 110 judges and prosecutors resigned at the beginning of vetting, while in Moldova, almost 50 % of Court of Appeal judges did so. Thus, resignations are a bargain for the state for one more reason: They show the public that the problem is real and vetting justified.

A case with peculiar facts

Until 2017, Ms. Bala had been a legal advisor at the Constitutional Court of Albania for almost ten years. As such, she was subject to integrity vetting starting in 2017. The same year, she took up a job as a senior lawyer for a project by the United States Agency for International Development (USAID). In accordance with the law, one of the vetting bodies imposed a 15-year ban on Ms. Bala from holding certain high-ranking positions in the judiciary, because she resigned at the start of the vetting. The ECtHR acknowledged that her resignation was different from that of apparently corrupt judges, who resign to keep their shady wealth out of the light of vetting: Ms. Bala's decision to resign and take up a new job was solely based on "her aspiration for professional development through a more attractive employment opportunity and was not related to any difficult circumstances pertaining to her private or family life, for which resignation might have been the only viable solution" (§ 70). Still, the vetting bodies imposed a 15-year ban on her as the law required. After her temporary job with the USAID-project was finished, she applied for a judgeship at the Albanian Constitutional Court, but the ban stood in her way.

The ECtHR's reasoning

The ECtHR considered Art. 8 ECHR (right to respect for private and family life) not applicable (§§ 66, 77-79): "Article 8 of the Convention does not guarantee, as such, any form of eligibility for or access to senior positions in the justice system" (§ 65). Furthermore, the Court found no harm "upon her reputation", as she "was not found liable for any ethical misconduct of any form" (§ 75). The ECtHR's reasoning is conclusive within the logic of the

ECHR: The Convention does not foresee the right to free choice of occupation or to equal access to public offices – the case might have looked differently if it did.

Free choice of occupation: Is one ban for all proportionate?

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights foresees in its Art. 6(1) "the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses". Constitutions throughout Europe enshrine this right. It is apparent that the ban interferes with the right to free choice of occupation. Would it be justified as a proportionate measure by ECtHR standards (see, e.g., *Perinçek*, §§ 124, 196; *Xhoxhaj*, §§ 378, 402)? To this end, it must serve a legitimate aim, be suitable, necessary and in a reasonable relationship with the aim (proportionality in the narrow sense). The ECtHR has already clarified that cleaning up a corrupt judiciary is a legitimate aim for which a vetting process is suitable (see *Xhoxhaj*, §§ 404, 413).

Less clear is the following: The measure is only necessary if milder alternatives are not equally suitable (see, e.g., *Handyside*, § 58). A less intrusive measure could be the following: The Albanian legislator (or vetting bodies) could have foreseen to do the integrity vetting at a later stage, whenever it was needed to enter public service again. This would not be an equally suitable measure, though: Vetting is "an extraordinary and strictly temporary measure" (*Xhoxhaj*, § 96): Ideally, it is over after months, not years or decades.

Another less intrusive measure could be: The law offers resigning officeholders the option of continued vetting when taking on a private sector job. The aim of this "out-of-office" vetting would be twofold: First, countering the wrong impression that they resign to hide integrity problems; second, avoiding an unjustified ban from office. In this sense, the law could have been less intrusive.

The main argument against this option is the cost: Vetting is expensive. In Albania, the international cost of vetting breaks down to several EUR 10,000 per candidate, not to mention the burden on the national budget. Is this cost acceptable just to keep open the option for some officeholders to return to public service after some time?

One could say yes: First, the vetting costs are mostly fixed overheads for renting office space or paying salaries. The total does not increase for one or two more vetting cases. Second, candidates with financial and ethical issues take up time and resources, not candidates who leave their positions solely for reasons of "professional development and self-fulfilment" (*Bala*, § 78) – presumably candidates without significant vetting issues.

At the same time, there are convincing arguments against foreseeing such an option: The legislator has discretion (see, e.g., *Animal Defenders International*, §§ 108, 110-111) in estimating the financial risks of too many public officials choosing vetting "just for the sake of keeping all their options open". What if a significant number of judges resigning opt for continuation of vetting "just to see" if they are successful, or for sabotaging vetting with an overload of cases? Sabotage is one of the main risks in vetting. How do you distinguish officeholders who resign in good faith from those hiding their lack of integrity?

As for the proportionality (in the narrow sense) of the measure, public servants owe a certain loyalty to the state. In the context of the ECHR, this loyalty limits rights such as freedom of expression (Catalan, § 61). Constitutional Courts have used similar arguments to justify a deduction in pension for civil servants leaving office prematurely, as their relationship to the state "is fundamentally based on lifelong loyalty" (e.g., Germany, 2 BVR 951/98, § 4). One could extend this loyalty duty to the vetting situation: If public servants want to keep the option open to be in the public service in the future, they must forgo other job opportunities until their vetting is over. Vetting is an extraordinary measure in extraordinary circumstances and may require (extra)ordinary loyalty.

Equal access to public service

The International Covenant on Civil and Political Rights contains the right of "[e]very citizen [...] [t]o have access, on general terms of equality, to public service in his country" (Art. 25(c)). Only "objective and reasonable criteria" can limit this right (General Comment, § 4).

The automatic ban in case of resignation is justified, as resignation is an objective criterion, and the ban is reasonable with similar arguments as for limiting the free choice of occupation. Those who rather give up their public office (usually with life tenure) than having their wealth and ethics scrutinized raise questions about their integrity, just as individuals vetted negatively do. Keeping the door open for the former would likely be very

costly and not practicable for a process strictly limited in time. In light of this, it is adequate to expect loyal public servants to wait with their resignation until they have been vetted, especially if they play with the idea of coming back to public service one day.

Conclusion

While the case at hand is borderline, there are convincing arguments for the uniform ban on all resigning candidates being proportionate. Still, legislators may be well advised to consider an additional, less intrusive option to avoid banning the wrong people: Public service needs good candidates. This aside, less "collateral damage" in vetting increases its public acceptance.

The authors would like to thank David Wellstein for his comments on a draft of this blog post.

Kai Ambos

Staatsräson vor Völker(straf)recht?

Komplementarität und die deutsche Stellungnahme im IStGH-Haftbefehlsverfahren Palästina/Israel

doi: 10.59704/d40e386e5f3a240c

Am 20.5.2024 hat Karim A.A. Khan, der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), Haftbefehle gegen den israelischen Premierminister Netanyahu und Verteidigungsminister Gallant sowie drei Hamas-Führungsfiguren[1] in der Palästina-Situation („Situation in the State of Palestine“) beantragt (dazu Bock). Zahlreiche Staaten, Nichtregierungsorganisationen und Privatpersonen beteiligen sich an dem nun bei der Vorverfahrenskammer (Pre-Trial Chamber, „PTC“) I anhängigen Haftbefehlsverfahren durch *amicus curiae* Stellungnahmen (s. hier). In der deutschen Stellungnahme, die am 9.8.2024 veröffentlicht wurde, werden ausschließlich Komplementaritätseinwände geltend gemacht. Der sog. Komplementaritätsgrundsatz regelt in Art. 17-19 IStGH-Statut („IStGHS“)[2] das Verhältnis des IStGH zu nationalen Kriminaljustizsystemen, wobei diesen grundsätzlich Vorrang vor dem IStGH eingeräumt wird (näher Ambos, Treatise International Criminal Law [ICL] III 2016, S. 266 ff.; ders. Internationales Strafrecht 2018, S. 335 ff.).

Im Folgenden werde ich zunächst mit der mangelnden Transparenz des *amicus curiae* Verfahrens beginnen. Danach werde ich einige verfahrensrechtliche Überlegungen anstellen, bevor ich auf die von Deutschland vorgebrachten Komplementaritätseinwände eingehe. Nach einer Zusammenfassung des deutschen Standpunkts werde ich diesen einer kritischen Bewertung unter Berücksichtigung anderer relevanter Stellungnahmen unterziehen. Insgesamt lässt sich sagen, dass Deutschland zwar einige interessante und bedenkenswerte Argumente vorbringt, die deutsche Stellungnahme sich auf grundsätzlicher Ebene aber auf der Linie der im Zusammenhang mit Israel allenthalben angeführten Staatsräson[3] bewegt. So zeigt sich auch hier eine starke, fast bedingungslose Unterstützung Israels, die einem Primat der Politik über das Recht nahekommt und eine Israel meistbegünstigende Auslegung des Völker(straf)rechts zur Folge hat.

Mangelnde Transparenz

Die gängige Praxis beim IStGH ist es, *amicus curiae* Stellungnahmen – wie grundsätzlich alle Einlassungen im Sinne des Öffentlichkeitsgrundsatzes – sofort auf der Gerichtswebsite zu veröffentlichen, insbesondere wenn sie, wie hier, nur Rechtsfragen behandeln. Ungeachtet dessen hat PTC I zunächst *alle* Stellungahmen („filings“) in diesem Verfahren als geheim eingestuft (siehe UK Request for Leave, para. 29), was das Vereinigte Königreich zu Recht als unnötig kritisiert und deshalb eine Umklassifizierung als öffentlich beantragt hat (ebd.). PTC I hat diesem Antrag stattgegeben (hier, para. 7) und später entschieden, dass die eigentlichen *amicus curiae* Stellungnahmen („observations“) öffentlich eingereicht werden müssen (hier, Verfügung). Damit hat die Vorverfahrenskammer zunächst zwischen den Anträgen auf Zulassung („requests for leave“), die es als geheim eingestuft hat, und den eigentlichen *amicus curiae* Stellungnahmen, die von Anfang an öffentlich eingereicht werden mussten, unterschieden. Dieser Mangel an Transparenz und Inkonsistenz erscheint seltsam und bedarf einer Erklärung. Es ist zu hoffen, dass die Kammer alle Zulassungsanträge so bald wie möglich als öffentlich einstuft.

Deutschland hat seine ursprüngliche *amicus curiae* Stellungnahme, wie aus dem Titel hervorgeht, als „öffentlich“ mit Datum vom 6.8.2024 eingereicht, sie ist am nächsten Tag beim Gerichtshof eingegangen (siehe oben rechts auf jeder Seite der Stellungnahme) und war dann am 9.8. auf der Website abrufbar. Spekulationen über den Inhalt der Stellungnahme waren seit Mitte Juli im Umlauf (siehe hier und Talmon), aber das Auswärtige Amt hat die

[1] Und zwar gegen Yahya Sinwar, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri und Ismail Haniyeh, wobei die letzten beiden inzwischen tot sind, weshalb der erste –als Nachfolger von Haniyeh –zum Vorsitzenden des Politbüros der Hamas wurde.

[2] Nicht benannte Vorschriften sind solche des IStGH-Statuts.

[3] Die Beiträge dazu sind Legion, s. nur Wiener und Neumann auf diesem Blog.

interessierte Öffentlichkeit nicht über das beschriebene Verfahren informiert. Es ist auch seltsam, dass die Stellungnahme ohne Angabe der Quelle in den „Court Records" erscheint – lediglich als „Observations pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence"; erst durch das Herunterladen der eigentlichen Stellungnahme wird klar, dass es sich um die deutsche handelt. Bei anderen Stellungnahmen erscheint die Quelle normalerweise bereits in der Liste der „Court Records" (siehe beispielsweise die Stellungnahmen der USA, der Israel Bar Association oder von Adil Ahmad Haque). Schließlich verwundert es auch, dass Deutschland auf der Titelseite von der „Situation in Palestine" statt (wie noch in der Stellungnahme von 2020) von „Situation in the *State* of Palestine" spricht. Soll damit die Nichtanerkennung eines palästinensischen Staates zum Ausdruck gebracht werden?

Verfahrensrechtliche Aspekte

Prozedural „kann" („may") eine Kammer eine solche Stellungnahme „in jedem Verfahrensstadium" („at any stage of the proceedings") zulassen, wenn sie dies für „wünschenswert" („desirable") zur ordnungsgemäßen Entscheidung des betreffenden Falls („for the proper determination of the case") hält (Regel 103 Abs. 1 der Verfahrens- und Beweisregeln [Rules of Procedure and Evidence, „RPE"] des IStGH). In unserem Zusammenhang müssen jedoch zwei Einschränkungen berücksichtigt werden. Erstens können Komplementaritätseinwände nach Art. 18 und 19 IStGH-Statut nur von einem Staat erhoben werden, der „normalerweise die Gerichtsbarkeit [„jurisdiction"] ausüben würde" oder „die Gerichtsbarkeit hat" (Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2 lit. b). Streng genommen hat also nur ein solcher Staat das Recht, auf der Grundlage von Komplementaritätsargumenten zu intervenieren, zumindest wenn er beabsichtigt, die Zulässigkeit des Verfahrens anzufechten (dagegen ließe sich allerdings anführen, dass ein Staat, der eine *amicus curiae* Stellungnahme einreicht, nicht die Zulässigkeit anfechten, sondern lediglich seine Rechtsansicht darlegen will). Zweitens können Komplementaritätseinwände im Rahmen eines Haftbefehlsverfahrens nur ausnahmsweise geltend gemacht werden. Art. 58 Abs. 1 verlangt, dass „begründeter Verdacht besteht, dass die Person ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen begangen hat" und dass die Festnahme „notwendig erscheint".[4] Die Komplementarität kommt hier grundsätzlich nicht zum Tragen, kann aber von einer Vorverfahrenskammer von Amts wegen (*proprio motu*) behandelt werden (für eine gute frühere Diskussion siehe El-Zeidy). Wir werden auf den begrenzten Ermessensspielraum der Vorverfahrenskammer in dieser Hinsicht weiter unten zurückkommen, wenn wir die deutschen Komplementaritätseinwände würdigen.

Vorliegend hat ursprünglich das Vereinigte Königreich (noch unter konservativer Regierung) einen solchen Antrag am 10.6.2024 geheim (!) gestellt (hier die am 27.6.2024 per Kammeranordnung öffentlich gemachte Fassung) und PTC I hat dem Antrag am 27.6.2024 mit Einreichungsfrist zum 12.7.2024 stattgegeben (hier). Damit wurde eine Flut von Stellungnahmen ausgelöst (s. Court Records), wobei sich das Vereinigte Königreich (nun unter einer Labour Regierung) allerdings zwischenzeitlich vom Verfahren zurückgezogen hatte (hier). Da die Kammer den Gegenstand der Stellungnahmen nicht auf die – ursprünglich vom Vereinigten Königreich aufgeworfene – Frage der Gerichtsbarkeit (im Zusammenhang mit den Osloer Friedensverträgen) beschränkt hat, gingen zahlreiche Stellungnahmen darüber hinaus. Auch Deutschland, das seine Zulassung am letzten Tag (!) der o.g. Frist (12.7.2024) beantragte, befasste sich mit der Frage der Zuständigkeit überhaupt nicht (anders als in der schon erwähnten Stellungnahme aus 2020; kritisch Schabas, para. 12 ff.). Die Kammer hat dem deutschen Antrag am 22.7.2024 mit Einreichungsfrist bis zum 6.8.2024 stattgegeben (vgl. Stellungnahme, para. 2 f.). Deutschland hat dann am letzten Tag der Frist (6.8.2024) eingereicht.

Nach der bisherigen Praxis des Gerichtshofs waren im Rahmen eines Haftbefehlsverfahrens keine externen (*amicus curiae*) Stellungnahmen zulässig (siehe Vasiliev mit Nachweisen; siehe auch hier, para. 6 zur fehlenden Aktivlegitimation [„standing"] des Verdächtigen). Ein wesentlicher Grund dafür ist der *ex parte* Charakter dieses Verfahrens (siehe z.B. hier, para. 6, 18 und hier, para. 9) und wohl die durch solche Stellungnahmen verursachte Verfahrensverzögerung. Im vorliegenden Fall (kritisch auch Roth und Vasiliev) musste die Kammer nicht nur die Einreichungsfristen für die späteren Zulassungsanträge verlängern (und die meisten Beteiligten haben, wie Deutschland, die gewährte Frist auch ausge-

[4] Ich zitiere die amtliche deutsche Fassung des IStGHS (BGBl. II 2000, 1393), die allerdings keine authentische Fassung darstellt; für die authentischen Sprachfassungen s. hier.

schöpft), sondern auch der Anklagebehörde und Verteidigung Gelegenheit zur Erwiderung geben (Regel 103(2) RPE); dies ist per Anordnung vom 9.8.2024 (para. 7 f.) geschehen und zwar bezüglich der Anklagebehörde mit Frist zum 26.8. (max. 53 Seiten) und bezüglich des IStGH-Verteidigerbüros (Office of the Public Counsel for Defence, OPCD) bis zum 16.8 (max. 10 Seiten). Die Kammer wird damit nun Hunderte Seiten von (weiteren) Stellungnahmen zu verarbeiten haben, was eine weitere Verzögerung bedeutet. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der übliche Zeitraum zwischen dem Antrag und dem Erlass eines Haftbefehls in der Regel mehrere Wochen beträgt, zum Beispiel im Fall von Al-Werfalli etwa zwei Wochen (siehe hier), im Fall von Saif Al-Islam Gaddafi knapp sechs Wochen (hier), im Fall des Rebellenführers Joseph Kony etwa acht Wochen (hier) und im Fall des russischen Präsidenten Putin nur drei Wochen (hier).[5]

Die deutschen Komplementaritätseinwände

Im Kern argumentiert die Bundesregierung – unter Berufung auf den das Verhältnis zwischen dem IStGH und nationalen Strafjustizsystemen regelnden Komplementaritätsgrundsatz (Art. 17-19) –, dass Israel die echte Möglichkeit und mehr Zeit gegeben werden müsse, um selbst strafverfolgerisch tätig werden zu können. Im Einzelnen werden vier Argumente vorgebracht.

1. Im Rahmen der Komplementaritätsprüfung müsse berücksichtigt werden, ob der betreffende Staat ein Rechtsstaat sei und ein unabhängiges Justizsystem habe, welches Statutsverbrechen untersuche und aburteile:

> „... the Court should take into account whether the State is committed to the rule of law, whether it has a robust and independent legal system and whether that system is actively examining, investigating and reviewing a wide range of issues and allegations relating to potential violations of international humanitarian law." (para. 9).

2. Ferner sei ein Staat mit größerer Nachsicht zu behandeln, der sich gerade in einem bewaffneten Konflikt befinde:

> „... where a State – such as Israel – is subject to an ongoing armed attack and faces serious threats from additional actors, this State should be given an appropriate and genuine opportunity to put its accountability mechanisms into action before the Prosecutor may request warrants for arrest under Article 58 of the Statute." (para. 10).

3. Bei Anwendung des Komplementaritätsprinzips müsse – im Sinne der vorrangigen Verfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit des Territorialstaats – sichergestellt werden, dass dieser Staat eine angemessene und echte Gelegenheit erhalte, seine nationalen Ermittlungs- und Rechtschutzmechanismen zu präsentieren, und zwar insbesondere dann, wenn er, wie Israel, seine Bereitschaft zur Kooperation mit dem IStGH deutlich gemacht habe:

> „In other words, where a State is willing to cooperate with the Prosecutor in a given situation – and it is our understanding that Israel had indicated willingness to do so in the situation at hand – Article 17 should be interpreted, based on the principle of good faith, as required under Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, with a view to ensuring that this State receives an appropriate and genuine opportunity to present its domestic investigation and legal review mechanisms with regard to the allegations at hand." (para. 12)

4. Der den Komplementaritätmechanismus für Situationen, also einen raumzeitlich definierten makrokriminellen Kontext völkerrechtlicher Verbrechen (näher unten 4.), regelnde Art. 18 (im Gegensatz zu dem konkreten Fällen betreffenden Art. 19) müsse in einem materiellen Sinne („in a substantive sense") dahingehend ausgelegt werden, dass ein Staat bei einer grundlegenden Änderung einer tatsächlichen Situation, die neue Ermittlungen („new investigation") erforderlich machten (wie aufgrund des Hamas-Angriffs vom 7.10.2023), eine erneute bzw. zweite Gelegenheit erhalten müsse, den Komplementaritätseinwand geltend zu machen:

> „When an initial investigation is subject to significant change over time due to a funda-

[5] Der Fall des ehem. sudanesischen Präsidenten Omar Al-Bashir, bei dem der Zeitraum acht Monate betrug (zum Haftbefehlsantrag hier, zum Erlass hier), stellt insoweit die Ausnahme von der Regel dar.

> mental change in the factual situation – thus making it, in substance, a new investigation – the State concerned should anew be given an appropriate and genuine opportunity to inform the Court about its accountability mechanisms. With regard to the Situation in Palestine … Germany is of the view that the attack by Hamas brought about such a fundamental change in the situation that a new notification was required which would have given the State concerned the procedural opportunity to request that the Prosecutor defer to the State's investigation." (para. 14)

Kritische Würdigung

Bevor auf die vier von Deutschland vorgebrachten Argumente eingegangen wird, sollte daran erinnert werden, dass eine Vorverfahrenskammer, wie bereits oben erwähnt, grundsätzlich berechtigt ist, Komplementaritätsfragen im Haftbefehlsverfahren von Amts wegen zu prüfen, sie verfügt insoweit jedoch nur über einen begrenzten Ermessensspielraum. Wie die Berufungskammer in der Situation Demokratische Republik Kongo („DRK") bereits 2006 festgestellt hat (para. 52):

> „… the Pre-Trial Chamber should exercise its discretion only when it is appropriate in the circumstances of the case … Such circumstances may include instances where a case is based on the established jurisprudence of the Court, uncontested facts that render a case clearly inadmissible or an ostensible cause impelling the exercise of proprio motu review."

Das deutsche Vorbringen stützt sich auf keinen der genannten Umstände („circumstances").

1. Das Rechtsstaatsargument

Deutschland bringt zu Recht nicht vor, dass dieses Argument eine Grundlage in Art. 17 hat. Denn der Komplementaritätsgrundsatz ist neutral gegenüber dem politischen System (demokratisch oder nicht) des jeweiligen Staates und dessen rechtsstaatlichen Qualitäten oder Defiziten. Es geht ausschließlich oder zumindest primär um die Pflicht und die Bereitschaft/Fähigkeit („willingness"/„ability") der Staaten, die Verantwortlichen völkerrechtlicher Verbrechen durch Ermittlungen, Strafverfolgung und Aburteilung zur Rechenschaft zu ziehen (Art. 17 Abs. 1 lit. a-c)). Der Verweis auf „due process" in Art. 17 Abs. 2 ist daher nicht als Erfordernis eines fairen Verfahrens im engeren Sinne zu verstehen, sondern als Ausdruck der Ernsthaftigkeit des jeweiligen Staates, die Verantwortlichen vor Gericht zu stellen. Während der Gerichtshof die Qualität eines nationalen Kriminaljustizsystems im Rahmen des Unwilligkeitstests (Art. 17 Abs. 2) unter Berücksichtigung menschenrechtlicher Standards (vgl. auch Art. 21 Abs. 3) zu beurteilen hat, ist ein möglicher Fairnessverstoß nicht ausschlaggebend für die Zulässigkeitsfrage im Rahmen der Komplementaritätsprüfung (Schabas/El Zeidy, in Ambos, ICC Commentary 2022, Art. 17 Rn. 75). Kurzum, im Rahmen von Art. 17 geht es primär um die Zulässigkeit eines IStGH-Verfahrens, nicht um die Fairness des (innerstaatlichen) Verfahrens (Ambos, Treatise ICL III 2016, 313).

Sicherlich kann ein (von Deutschland in Bezug genommenes) „robustes und unabhängiges Rechtssystem" als Voraussetzung für wirksame strafrechtliche Ermittlungen angesehen werden, aber seine bloße Existenz reicht nicht aus, um den Verpflichtungen aus dem Komplementaritätsprinzip gerecht zu werden. Vielmehr muss der betreffende Staat nachweisen, worauf Deutschland zutreffend hinweist (para. 9), dass dieses „System ein breites Spektrum von Vorwürfen und Anschuldigungen im Zusammenhang mit möglichen Verletzungen des humanitären Völkerrechts aktiv prüft, untersucht und überprüft." Eine generelle Bevorzugung rechtstaatlich entwickelter Rechtssysteme würde diese Systeme gegenüber weniger stabilen und/oder weniger demokratischen Systemen, die dennoch den Komplementaritätsanforderungen gerecht werden können, ungerechtfertigt privilegieren. Israel verfügt zwar grundsätzlich und trotz der Gegenreformbemühungen der aktuellen Regierung über ein unabhängiges Justizsystem (vgl. allgemein Israel Bar Association, para. 2, 4 ff.; spezifischer Centre for Israel and Jewish Affairs, para. 22; Cohen/Shany) und, was in diesem Zusammenhang vielleicht noch wichtiger ist, über ein solides Militärjustizsystem (vgl. NATO High Level Military Group [HLMG], para. 25 ff.)[6], doch lautet die entscheidende Frage im Rahmen der Komplementarität, insbe-

[6] Zusammenfassend para. 25: „⋯IDF military justice and accountability mechanism ⋯consistent with the highest standards of our own armed forces."

sondere in der fallbezogenen Phase des Haftbefehlsverfahrens, ob das betreffende Justizsystem das inkriminierte Verhalten konkret (personen- und tatbezogen) untersucht. Wir werden darauf unten zurückkommen (3.).

2. Das Argument des bewaffneten Konflikts

Dieses Argument wurde auch von der schon erwähnten HLMG[7] und von der DRK[8] vorgebracht. In anderen Situationen, in denen (nicht-internationale) bewaffnete Konflikte stattfinden (auch in der DRK!), kam es jedoch nicht zur Sprache. Die offensichtlichste Situation ist wohl der Krieg zwischen Russland und der Ukraine, wo das Argument weder vom Angreifer- noch vom Opferstaat angeführt wurde. Auch Israel selbst argumentiert nicht, dass es im Hinblick auf seine kriegs- oder völker(straf)rechtlichen Verpflichtungen untätig bleibt. Im IGH-Verfahren Südafrika gegen Israel ist Israel aktiv beteiligt und hat mehrfach erklärt, dass es „Schritte unternimmt, um zu versuchen, mit der massiven Komplexität, die eine solche Situation [Gaza] darstellt, fertig zu werden." (siehe hier, para. 19)[9]. In Bezug auf das IStGH-Verfahren zeigte sich Israel sehr überrascht über den Haftbefehlsantrag, denn es kooperiere aktiv mit der Anklagebehörde (Cohen/Shany). Die israelische Anwaltskammer erwähnt in ihrer *amicus curiae* Stellungnahme (para. 26) ausdrücklich, dass „bedeutende Strafverfolgungsmaßnahmen ergriffen werden, während sich Israel weiterhin im Kriegszustand befindet"[10] (ähnlich Rubinstein et al., para. 12; Touro Institute, para. 28).

Wie dem auch sei, während viel dafür spricht, den spezifischen Kontext einer bestimmten Situation zu berücksichtigen, gibt es schlicht keine Rechtsgrundlage für eine vollständige Suspendierung der staatlichen Ermittlungs-/Verfolgungspflicht und des Komplementaritätsverfahrens während eines bewaffneten Konflikts. Eine solche Ausnahme wäre auch grundsätzlich unvereinbar mit dem Gedanken der Präventivwirkung völkerstrafrechtlicher Ermittlungen. Es sei nur daran erinnert, dass das UN-Jugoslawientribunal während eines laufenden Konflikts in der Überzeugung gegründet wurde, dass seine Einrichtung „dazu beitragen wird, sicherzustellen, dass solchen Verletzungen [Kriegsverbrechen etc.] Einhalt geboten und wirksam Abhilfe geschaffen wird."[11] (S/RES 827 (1993), Präambel). Mit anderen Worten: Die Anerkennung der Tatsache, dass ein bewaffneter Konflikt die Arbeit der Strafjustiz (und vieler anderer staatlicher Dienste) vor besondere Herausforderungen stellt, bedeutet nicht, dass diese Dienste gänzlich ausgesetzt sind oder werden sollten.

3. Vorrangige Zuständigkeit des Territorialstaats bei grundsätzlicher Kooperationsbereitschaft

Dieses Argument besteht eigentlich aus zwei Unterargumenten. Das allgemeine Unterargument besagt, dass sich aus dem allgemeinen Vorrang der nationalen Gerichtsbarkeit im Rahmen des Komplementaritätsregimes ergebe, dass einem Staat, der „Bereitschaft" zur Zusammenarbeit „bekundet" („indicated willingness", para. 12), eine gewisse Achtung entgegengebracht werden müsse, d.h. dass „dieser Staat eine angemessene und echte Gelegenheit erhält" (para. 12), seine Ermittlungstätigkeit darzulegen. Diese These findet grundsätzlich Unterstützung in der neuen Politik der Anklagebehörde zur Komplementarität („Policy on Complementarity and Cooperation"), die die Rolle der Staaten bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen und die Bedeutung einer konstruktiven Zusammenarbeit zwischen ihnen und der Anklagebehörde betont (für eine gute Diskussion jüngst Labuda). Als eine Art Mindeststandard eines solchen kooperativen Komplementaritätsmodells – das, nebenbei bemerkt, auf frühere Ideen von „Partnerschaft" („partnership"), „Wachsamkeit" („vigilance") und „positiver Komplementarität" zurückgeht (hier und Ambos, Treatise ICL III 2016, 327 ff.) – kann man tatsächlich eine Verpflichtung des Anklägers ableiten, den Staaten genügend Zeit zu geben, alle inländischen Ermittlungsoptionen zu prüfen und die spezifischen Umstände zu berücksichtigen, z. B. das Vorhandensein eines bewaffneten Konflikts (in diesem Sinne DRK, para. 16, insgesamt sechs „normes minimales" zur Komplementarität angebend).

Diese These ist jedoch (zu) allgemein und setzt die Kooperationsbereitschaft des jeweiligen Staates vor-

[7] HLMG, para. 24: "unrealistic to expect such action during the midst of a military campaign of this magnitude ⋯".

[8] DRK, para. 22: unter Berufung auf, ähnlich wie Deutschland, eine „considération substantielle", insbesondere im Hinblick auf einen „état d'hostilités"(Feindseligkeiten).

[9] Original, para. 19: "is taking steps to try and contend with the massive complexity that such a situation presents."

[10] Original: "significant law enforcement actions are taken while Israel remains in a state of war."

[11] Original: "will contribute to ensuring that such violations are halted and effectively redressed."

aus. Tatsächlich ist sie untrennbar mit dem zweiten spezifischeren Unterargument verbunden, nämlich dass „Israel Bereitschaft zur Zusammenarbeit gezeigt" habe (para. 12). In diesem Sinne bestätigt die israelische Anwaltskammer, dass die israelischen Strafverfolgungsbehörden ihre Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit nichtisraelischen Behörden gezeigt haben (para. 27). Da jede Zusammenarbeit in diesem Verfahrensstadium vertraulich ist, ist es schwierig, wenn nicht unmöglich, diese Behauptung zu überprüfen. Es gibt Gerüchte, dass die israelische Generalstaatsanwaltschaft in engem Kontakt mit der Anklagebehörde stand, um Informationen über die verschiedenen inländischen Ermittlungen auszutauschen, und dass für den Tag, an dem der Haftbefehlsantrag gestellt wurde, ein offizieller Besuch der Anklagebehörde geplant war (Touro Institute, para. 27). Darüber hinaus behaupten die USA (para. 9, 16), dass Israel ein formelles Schreiben mit der Bitte um Zurückstellung der Ermittlungen („deferral") eingereicht habe, dass dieses jedoch von der Anklagebehörde ignoriert worden sei. Wenn ein solches formelles Ersuchen tatsächlich existiert (und wenn man das Argument einer neuen Situation, dazu sogleich unten 4., akzeptiert), wäre die Anklagebehörde verpflichtet gewesen, ihre Ermittlungen zugunsten der israelischen Ermittlungen zurückzustellen („defer to the State's investigation") und eine Genehmigung der Vorverfahrenskammer zur Fortsetzung ihrer Ermittlungen einzuholen (Art. 18 Abs. 2; auch USA, para. 25). Der Autor hat das israelische Ersuchen nicht gesehen, aber Personen, die es gesehen haben, bezeichnen es als (zu) allgemeine Standardformulierung nach dem Motto: „Bitte stellen Sie ihre Ermittlungen zurück, weil wir eine funktionierende Justiz haben." Nach Aussage derselben Personen wird in dem Ersuchen weder Art. 18 zitiert noch werden bestimmten Ermittlungen oder konkrete Verdächtige erwähnt. Wenn das zutrifft, würde das Ersuchen nicht den Anforderungen von Art. 18 Abs. 2 entsprechen, denn dieser verlangt, dass der Staat den Gerichtshof ganz konkret und präzise darüber informiert, „dass er gegen seine Staatsangehörigen oder andere Personen unter seiner Hoheitsgewalt in Bezug auf Straftaten ermittelt oder ermittelt hat, die möglicherweise den Tatbestand der in Art. 5 bezeichneten Verbrechen erfüllen und die mit den Informationen in Zusammenhang stehen, welche in der an die Staaten gerichteten Benachrichtigung enthalten sind."

Dies bringt uns zur Pflicht des den Komplementaritätseinwand geltend machenden Staates, konkrete Informationen zu den in einer bestimmten Situation durchgeführten Ermittlungen zu liefern (im Allgemeinen zur staatlichen Beweislast Kenya Appeal Judgment, para. 62); diese Pflicht darf nicht (wie offenbar von Deutschland) mit der allgemeinen Kooperationsbereitschaft eines Staates und/oder unspezifischen Versprechen zur Ermittlung/Strafverfolgung verwechselt werden. Im Einklang mit der zweistufigen Prüfung des IStGH (hier para. 147 ff., Ambos, Treatise ICL III 2016, 296) muss die Anklagebehörde nur dann ihre Ermittlungen zugunsten nationaler Ermittlungen zurückstellen (zweite Stufe), wenn (erste Stufe) überhaupt eine Ermittlungstätigkeit seitens des jeweiligen Staates vorliegt (entsprechend Art. 17 Abs. 1 lit. (a)-(c)), es sei denn, die Ausnahme der mangelnden Bereitschaft/Unfähigkeit (Art. 17 Abs. 2, 3) greift ein (Teil der zweiten Stufe). Sobald die Ermittlungen vom Stadium der Situation („situation") zu einem konkreten Fall („case") fortgeschritten sind – wie insbesondere im Rahmen eines Haftbefehlsverfahrens –, gilt das Kriterium „derselben Person/desselben Verhalten" („same person"/"same conduct"), d. h. „die nationalen Ermittlungen müssen dieselben Person und im Wesentlichen dasselbe Verhalten wie vor dem IStGH umfassen"[12] (Kenya Appeal Judgment, para. 40; kritisch DRK, para. 17 ff.). Während das Kriterium „derselben Person" relativ klar ist, erweist sich das „desselben Verhaltens" als komplexer, wird dabei doch auf konkrete Vorfälle abgestellt, die die von der Anklagebehörde untersuchten Vorfälle „hinreichend widerspiegeln" („sufficiently mirror") oder sich mit ihnen „überschneiden" („overlap") müssen (Gaddafi Appeal Judgment, para. 72, 73; Bestätigung des „mirroring"-Tests jüngst in Venezuela I Appeal Judgment, para. 10, 255 und passim). Mit anderen Worten müsste Israel nachweisen, dass es gegen Premierminister Netanyahu und Verteidigungsminister Gallant (dieselben Personen) wegen der in den Haftbefehlsanträgen dargelegten Vorwürfe (dasselbe Verhalten) ermittelt, d.h. insbesondere wegen des Kriegsverbrechens des Aushungerns einer Zivilbevölkerung (Art. 8 Abs. 2 lit. b (xxv)).

Um der Ermittlungspflicht nachzukommen, reicht die bloße Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens nicht aus, sondern es müssen konkrete Schritte unternommen wer-

[12] Original, para. 40: "the national investigation must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court."

den, um die Ermittlungen voranzutreiben (Kenya Appeal Judgment, para. 40[13]; s. auch Heller)[14]. Die Kernfrage ist also, ob es vorstellbar ist, dass Israel Ermittlungen wegen einer von seiner Führung ausgehenden Politik des Aushungerns in Gaza einleitet? Zwar könnte es zu solchen Ermittlungen kommen (siehe z. B. DRK, para. 21), doch ist dies angesichts der schlechten Erfolgsbilanz Israels bei der Ermittlung und Verfolgung von Verbrechen an Palästinensern (krit. hier, hier und hier; auch Chile/Mexiko, para. 34)[15] und der derzeitigen Durchsetzungsprobleme im Hinblick auf Ermittlungen wegen mutmaßlicher Folter palästinensischer Gefangener sehr unwahrscheinlich. Nur nebenbei sei bemerkt, dass dies Bedenken hinsichtlich der Fähigkeit („ability“) Israels im Sinne von Art. 17 Abs. 3 aufwirft: Wenn Israel aufgrund rechtsgerichteter Proteste nicht in der Lage ist, Foltervorwürfe angemessen zu untersuchen, könnte dies einem „Zusammenbruch oder der Nichtverfügbarkeit seines nationalen Justizsystems“ („collapse or unavailability of its national justice system“) gleichkommen (vgl. Ambos, Treatise ICL III 2016, 317 ff.; die Fähigkeit aus militärischer Sicht jedoch bejahend HLMG, para. 28)[16].

Möglicherweise kann Israel alternative Ermittlungsmechanismen einsetzen, die hinter strafrechtlichen Ermittlungen im engeren Sinne zurückbleiben, z.B. eine Untersuchungskommission („commission of inquiry“),[17] aber dann stellt sich die Frage, ob solche Mechanismen die Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 erfüllen. Dies ist nicht gänzlich unvertretbar (dafür Cohen/Shany), solche alternativen Mechanismen müssen aber jedenfalls immer auf die Ermöglichung bzw. Vorbereitung einer echten Strafverfolgung gerichtet sein (s. Ambos, Treatise ICL III 2016, 303-4; ebenso Cohen/Shany)[18]. Aus diesem Grund erfüllen auch reine verwaltungs- oder verfassungsgerichtliche Verfahren, wie die an den Obersten Gerichtshof gerichtete Beschwerde zivilgesellschaftlicher Organisationen wegen der humanitären Lage in Gaza (Israel Bar Association, para. 29 ff.), nicht die Komplementaritätsanforderungen.

4. Grundlegende Änderung der ursprünglichen „Situation“ im Rahmen von Artikel 18

Wie oben dargelegt argumentiert Deutschland, dass eine grundlegende Änderung der ursprünglichen Situation, wie sie durch den Angriff des 7. Oktober herbeigeführt worden sei, eine erneute förmliche Benachrichtigung des Anklägers an die zuständigen Staaten erforderlich mache. Bisher hat die Rechtsprechung und Praxis des IStGH den Begriff „Situation“ in Art. 18 allerdings weit ausgelegt. Der Begriff wird ursprünglich in Art. 14 erwähnt, aber nirgends im Statut definiert. Er bezieht sich auf „eine Beschreibung von Tatsachen, raumzeitlich definiert, die die zum jeweiligen Zeitpunkt vorherrschenden Umstände umschreiben („Konfliktszenario“) …“[19] (Chaitidou, in Ambos, ICC Commentary 2022, Art. 14 Rn. 29). Der Gerichtshof definierte den Begriff unter Bezugnahme auf die „territorialen, zeitlichen und möglicherweise persönlichen Parameter“ (ebd. Rn. 31 mit Nachweisen in Fn. 119). Die Rechtsprechung zur „situativen Verknüpfung“ („situational linkage“), die auf die behauptete Verknüpfung neuer Verbrechen mit einer „Krisensituation“ („situation of crisis“) abstellt (ebd. Rn. 37 f.), hat den Si-

[13] Kenya Appeal Judgment, para. 40: „tatsächlich durchgeführte Ermittlungen“(“investigative steps ⋯actually taken”).

[14] Heller: „‘greifbare, konkrete und fortschreitende‘Ermittlungsschritte, die auf eine eventuelle Strafverfolgung abzielen“(“‘tangible, concrete and progressive’investigative steps aimed at eventual prosecution”).

[15] Chile/Mexiko, para. 34: „Keine Informationen, dass ⋯Israel eine Strafverfolgung eingeleitet hat ⋯“(“no information that ⋯ Israel has started any prosecution ⋯”).

[16] HLMG, para. 28: „Wir glauben nicht, dass es eine glaubwürdige Grundlage für die Schlussfolgerung gibt, dass Israel die Fähigkeit oder der Wille fehlt, nationale Ermittlungs- und Gerichtsverfahren durchzuführen, die mit denen anderer Länder und ihrer Militärs vergleichbar sind.“(“We do not believe there is a credible basis to conclude Israel lacks the ability or will to implement national investigatory and judicial processes that are comparable to other countries and their militaries.”).

[17] Zur Aktivierung der „International Fact-Finding Commission“gemäß Art. 90 Erstes Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen hinsichtlich des israelischen Angriffs auf ein Fahrzeug der humanitären Organisation „World Central Kitchen“am 1.4.2024 s. Schmadl.

[18] Cohen/Shany: Untersuchungskommission „sollte ausdrücklich befugt sein ⋯, der staatlichen Anklagebehörde Empfehlungen zu den erforderlichen Folgemaßnahmen zu geben, um die potenzielle strafrechtliche Verantwortung bestimmter Verdächtiger festzustellen.“(Commission of Inquiry „should be explicitly authorized ⋯to make recommendations to the state prosecution regarding follow-up action required in order to establish the potential criminal responsibility of specific suspects.”).

[19] Original: “a description of facts, defined by space and time, which circumscribe the prevailing circumstances at the time (‘conflict scenario’) ⋯”.

tuationsbegriff sogar noch erweitert. Infolgedessen hat die Anklagebehörde nur ausnahmsweise neue Situationen eröffnet, wenn bereits eine Situation bezüglich des betreffenden Gebiets existierte. Selbst die russische Invasion in der Ukraine im Februar 2022 hat nicht zur Eröffnung einer neuen Situation geführt, sondern die Anklagebehörde hat ihre (neuen) Ermittlungen vom März 2022 auf die ursprüngliche Situation vom 21.11.2013 zurückgeführt (hier). Bisher hat die Anklagebehörde nur in zwei Situationen eine neue, zweite Situation eröffnet, nämlich in Bezug auf die Zentralafrikanische Republik (CAR II) und Venezuela (Venezuela II). Im ersten Fall sah die damalige Anklägerin Fatouh Bensouda einen relevanten Unterschied zu CAR I „sowohl im Hinblick auf die beteiligten bewaffneten Gruppen als auch auf den politischen Kontext der Ereignisse“[20] (hier, para. 9). In Bezug auf Venezuela ist der Unterschied zwischen den beiden Situationen insofern grundlegend, als sich Venezuela I auf mutmaßliche Verbrechen der Maduro-Regierung bezieht, während Venezuela II sich auf mutmaßliche Verbrechen der USA gegen diese Regierung bezieht.

Was folgt daraus nun für die Palästina Situation und die (förmlichen) Ermittlungen?[21] Diese wurden im März 2021 eingeleitet und die betreffenden Staaten benachrichtigt (hier). Die einmonatige Frist (Art. 18 Abs. 2) verstrich, ohne dass Israel oder ein anderer Staat einen Komplementaritätseinwand erhoben hätte. Ist es nun möglich, den Hamas-Angriff vom 7. Oktober als neue Palästina-Situation zu klassifizieren? Stellt er „eine grundlegende Änderung der tatsächlichen Situation“ („a fundamental change in the factual situation“) dar, wie von Deutschland vorgebracht (para. 14), und würde dies die Eröffnung einer neuen Situation rechtfertigen oder sogar erfordern? Die ursprünglichen (Vor-)Ermittlungen umfassten mutmaßlich seit dem 13.6.2014 in Palästina, d.h. im Westjordanland (einschließlich Ostjerusalem) und im Gazastreifen, begangene Statutsverbrechen. Am 20.12.2019 kam die damalige Anklägerin Bensouda auf der Grundlage ihrer Vorermittlungen („preliminary examination“) zu dem Schluss, dass es einen vernünftigen Grund für die Annahme gebe, dass in Palästina Kriegsverbrechen begangen wurden (s. hier). Bensouda bezog sich insbesondere auf mögliche Kriegsverbrechen der Israelischen Streitkräfte („Israel Defence Forces“, IDF) im Zusammenhang mit den Feindseligkeiten im Gazastreifen 2014, den Demonstrationen am Grenzzaun des Gazastreifens 2018 und der Besatzung des Westjordanlands (para. 2, 4, 5). Sie bezog sich auch auf Kriegsverbrechen, die von der Hamas und anderen palästinensischen bewaffneten Gruppen begangen wurden (para. 3). Sie betonte, dass die aufgeführten Taten „nur illustrativer Natur“ („illustrative only“) seien (para. 9).

Vor diesem Hintergrund erscheint es kaum vertretbar, dass das Attentat vom 7. Oktober eine so grundlegende Änderung bewirkt hat, dass eine neue Situation im Sinne von Art. 18 eröffnet werden musste. Die Ermittlungen nach dem 7. Oktober betreffen immer noch dieselben Parteien, nämlich die Hamas/andere bewaffnete Gruppen und die IDF. Auch wenn die Art des Hamas-Angriffs in Bezug auf Umfang und Auswirkungen sicherlich anders war als frühere Angriffe, handelte es sich immer noch um einen Angriff, der sich gegen denselben Gegner (israelische Zivilisten und Kombattanten), dieselben Objekte (zivile und militärische) und dasselbe Gebiet (israelisches Kerngebiet) richtete; ebenso entspricht die israelische Reaktion strukturell, auch wenn sie viel länger und intensiver ausfällt, früheren Reaktionen auf Hamas-Raketenbeschuss. So gesehen hat sich die ursprüngliche „Situation Palästina“ nicht verändert, zumindest nicht in Bezug auf die relevante „Krisensituation“, die zu möglichen Statutsverbrechen führt (für eine andere, möglicherweise die deutsche Position inspirierende Sichtweise, Shany/Cohen hier und hier, para. 24[22]; ähnlich USA, para. 16 ff.[23]; Rubinstein et al., para. 11 ff.; The Hague Initiative for International Cooperation, para. 30 ff.; ähnlich DRK, para. 16, 20 ff., 33; nachdrücklicher noch Touro

[20] Original: “both with regard to the armed groups involved, and the political context of the events.”

[21] Zur Abgrenzung zwischen den Vorermittlungen („preliminary examination“) und den förmlichen Ermittlungen („investigation“) s. Ambos, Treatise ICL III 2016, 335 ff. sowie Ambos, Internationales Strafrecht 2018, S. 343 ff.

[22] Shany/Cohen, para. 24: „major differences between the factual patterns and categories of suspects“.

[23] USA, z.B. para. 19: “entirely new focus”.

[24] Touro Institute, para. 26 ff. (Überschrift): „violates the principle of complementarity“.

[25] Centre for Israel and Jewish Affairs, para. 14 ff.: „pre-emptive, preclusive, and prejudicial nature of the process“(para. 14), „entirely new set of allegations“(para. 27). Neue Tatvorwürfe reichen aber sicherlich nicht aus, sie bleiben ja noch hinter dem Erfordernis einer „grundlegenden Änderung der tatsächlichen Situation“zurück.

Institute, para. 26 ff.[24] und Centre for Israel and Jewish Affairs[25], para. 14 ff.). Nur nebenbei sei noch Folgendes angemerkt: Würde die Vorverfahrenskammer das Argument der „grundlegenden Änderung" akzeptieren und deshalb die Eröffnung einer neuen „Situation" für erforderlich halten, müsste wohl auch die „Situation Ukraine" neu bewertet werden. Denn wenn ein Angriff eines nichtstaatlichen Akteurs wie der vom 7. Oktober eine neue Situation herbeiführt, dann erst recht eine vollwertige militärische Invasion durch einen Staat.

Während das Argument der „grundlegenden Änderung" materieller Natur ist, ist die Bezugnahme auf die (kollektiven) Staatenüberweisungen (Art. 13 lit. a, 14) vom 17.11.2023 und 18.1.2024 zur Begründung einer erneuten förmlichen Benachrichtigung durch den Ankläger (so USA, para. 22 und DRK, para. 28 ff.) eher formaler oder verfahrensrechtlicher Art. Auf den ersten Blick scheint Art. 18 Abs. 1 diese Ansicht zu stützen, da er den Ankläger verpflichtet, „alle Vertragsstaaten und diejenigen Staaten, die … im Regelfall die Gerichtsbarkeit über die betreffenden Verbrechen ausüben würden", zu benachrichtigen, wenn eine Situation von einem oder mehreren Vertragsstaaten an den Ankläger überwiesen wurde. Es ist jedoch fraglich, ob jede Überweisung durch einen Staat die Benachrichtigungspflicht auslöst – im Sinne eines „Artikel 18-Dialogs durch eine förmliche und hinreichend detaillierte Mitteilung an die betroffenen Staaten" mit Blick auf die einmonatige Antwortfrist nach Art. 18 Abs. 2 (so USA, para. 22) – oder ob eine solche Benachrichtigungspflicht nur dann entsteht, wenn ein Staat eine völlig neue Situation oder zumindest eine Situation überweist, die eine grundlegende Änderung einer bereits bestehenden Situation herbeiführt. Das Beispiel der (zweiten) DRK-Selbstüberweisung vom Mai 2023 spricht – entgegen der Einlassung der DRK (para. 30) – eher für letztere Auffassung, da der Ankläger damals gerade nicht die Staaten, sondern nur den IStGH-Präsidenten benachrichtigt hat. Auch die bisher historisch einmaligen kollektiven Staatsüberweisungen ab dem 1.3.2022 in der „Situation Ukraine" haben am Fortbestehen der (ursprünglichen) Situation nichts geändert.

Eine letzte Überlegung zum Verhältnis zwischen Art. 18 und 19. Unabhängig von einer möglichen „zweiten Chance" im Rahmen von Art. 18 Abs. 2 befinden wir uns im Haftbefehlsverfahren im (fortgeschrittenen) Verfahrensstadium eines oder mehrerer Fälle („case/s") gegen einen oder mehrere Verdächtige, so dass Art. 19 Anwendung findet. Die Zulässigkeit des Verfahrens vor dem IStGH kann dann immer noch angefochten werden, entweder durch den Verdächtigen/Beschuldigten (Art. 19 Abs. 2 lit. a) oder durch einen betroffenen Staat (Art. 19 Abs. 2 lit. b und c). Die hier grundsätzlich befürwortete restriktive Auslegung von Art. 18 (Abs. 2) schränkt also keineswegs das Recht des Verdächtigen/Staates ein, die Zulässigkeit im späteren Verfahrensstadium des konkreten Falles anzufechten, und dieses Recht besteht mindestens bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens (Art. 19 Abs. 4).

Dieser Beitrag erschien im englischen Original (ohne Fußnoten) auf EJIL:Talk!. Ich danke zahlreichen Kollegen für wertvolle Hinweise.

Anna Lena Hörzer

Cooperation à la Carte?

Austria's Stance on Head of State Immunities and Cooperation

doi: 10.59704/429964295a694d1f

In a recent contribution to this platform, Kai Ambos, Stefanie Bock, and a number of other distinguished German scholars have presented a compelling and highly topical plea for a consistent and effective application of the Rome Statute "without fear or favour" by Germany, one of its 124 States Parties.

Against the background of Germany's role as a strong advocate for international criminal justice and the preservation of the Nuremberg legacy, the blog post critically examined the potential for political double standards in the wake of the Prosecutor's recent applications for arrest warrants against, *inter alia*, Israeli officials, when viewed in comparison to other pending cases. Responding to the two principal arguments advanced in recent political and academic debates that challenge Germany's obligation to cooperate with the International Criminal Court (ICC), the authors refuted the claims that the ICC lacks jurisdiction over the situation in Palestine and that head of State immunity for incumbent third-State officials may serve as a procedural barrier in these circumstances.

As will be demonstrated below, a similar risk of selectivity concerning the question of cooperation with the ICC can be observed in the present public and political discourse in Austria. The objective of this contribution is therefore to provide a concise analytical overview of the current Austrian legal and political state of affairs with a particular emphasis on immunity-related challenges. I argue that an "à la carte" approach to cooperation with the Court in matters of arrest and surrender, as partially indicated in the current debate, is untenable when adopting the ICC's recent jurisprudence on the horizontal inapplicability of head of State immunity, irrespective of the prevailing political circumstances.

One sauce for the goose, another for the gander? Double standards in the Austrian debate

The Austrian government's response to the issuance of arrest warrants or requests for arrest warrants differed significantly between the situations in Ukraine and Palestine. Similar to Germany, Austrian officials, including the Federal Minister for the European Union and the Constitution and the Federal Minister for European and International Affairs, have explicitly signaled the State's willingness to comply with arrest warrants for Russian officials, including the incumbent head of State, Vladimir Putin. However, a more reserved and critical stance has been adopted with regard to the Prosecutor's recent application for arrest warrants for Israeli Prime Minister Netanyahu and Defence Minister Gallant. For instance, both of the aforementioned Austrian ministers have expressed criticism of the prosecutorial approach, describing it as "odd" or "alienating and incomprehensible".

Moreover, recent media reports suggested that the question of whether to follow the example of the UK's (initial) request to file *amicus curiae* observations pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence – allegedly aimed at challenging the Court's jurisdiction concerning Israeli officials – has caused friction within the Austrian governing coalition.[1] Due to this ambiguity surrounding Austria's current political stance on the execution of ICC arrest warrants, the following analysis seeks to contextualise the ongoing discussions concerning immunity-related matters within a broader legal framework.

Mapping out the Austrian legal framework

Similar to Germany, Austria was an early supporter of the Rome Statute, having signed it in 1998 and incorpora-

[1] The precise intention of the Austrian submission in this regard remains uncertain. It has not been established whether such brief would have sought to challenge jurisdiction on the basis of the Oslo Accords, in line with the approach adopted by the UK in its initial request. As has been discussed most recently on this platform, Germany's written observations, published on 9 August, in turn exclusively addressed reservations pertaining to complementarity.

ted its offences into domestic law since 2015, specifically with division 25 of the *Strafgesetzbuch (StGB)*. In addition to its international obligations under the Rome Statute, the Austrian judiciary is explicitly obliged by domestic legislation to cooperate comprehensively with the ICC pursuant to section 2 (1) of the *Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-ZG)*. The ISTGH-ZG provides the general procedural framework for cooperation with the ICC, which is complemented by the *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz (ARHG)* and the *Strafprozessordnung 1975 (StPO)*. Furthermore, rules of customary international law (including those pertaining to immunities) are dynamically incorporated into federal law through adoption under Art. 9 (1) of the *Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)*.

In response to the developments in Ukraine, a decree (*Erlass*) issued on 5 July 2022 by the Austrian Federal Ministry of Justice in consultation with the Office of the Legal Adviser (*Völkerrechtsbüro*) of the Federal Ministry for European and International Affairs specifically addressed questions of customary immunities in domestic proceedings and before international courts. Similar to the 2024 amendments by the German *Bundestag*, the decree endorsed the legal position that, concerning the prosecution of international core crimes, functional immunity *ratione materiae* is excluded before Austrian criminal courts by virtue of customary international law. The decree's reasoning specifically references evolving judicial practice in Europe, including the case law of Germany's Federal Court of Justice. It is noteworthy that, at the time, the ministries were unable to incorporate the latest developments in German legislation and jurisprudence regarding customary exceptions to functional immunity, which have been the subject of recent blog discussions here and here. Concurrently, the decree specifies that customary absolute immunity *ratione personae* shall continue to apply in proceedings before Austrian criminal courts for as long as the individual in question remains in office.

It is important to note, however, that within the Austrian legal system, the decree in question qualifies as a mere internal administrative regulation issued by a higher authority that is binding upon subordinate bodies. While the decree may thus not possess the same legal weight as the recent amendments introduced by the German *Bundestag*, it nonetheless serves as a crucial point of reference for identifying *opinio iuris*. For example, Austria has already invoked said decree as a subjective expression of legal opinion in its 2023 Written Comments welcoming Draft Art. 7 on the ILC Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction.

Regarding the central issue of (third State) head of State immunities as potential procedural bars to the ICC's exercise of jurisdiction, the decree notably references the 2019 Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. It thereby aligns itself with the legal perspective endorsed by the Appeals Chamber (AC) and Pre-Trial Chamber I (PTC I) in the prior 2011 Decision on the Failure by Malawi to Comply with Cooperation Requests, that there is neither State practice nor *opinio iuris* according to which the immunity of heads of State also exists before an international court. As indicated by the German author collective in their initial publication, this approach to the vertical inapplicability of immunities is consistent with both Art. 27 (2) of the Rome Statute and the International Court of Justice's (ICJ) findings in its 2002 Arrest Warrant Judgment. Of particular note is the fact that the decree takes this further by additionally adopting the more divisive horizontal dimension of the AC's finding. It holds that the absence of a customary rule recognising immunity before international courts precludes States Parties from invoking the immunity of a head of State when the ICC issues a request for the arrest and surrender of such an individual.

Lessons from the Al Bashir Case?

Following this "customary exception" approach has important implications for Austria's statutory cooperative obligations towards the Court. Compared to other arguments favouring the horizontal inapplicability of immunities between a State party and a third State, as discussed in the various *Al Bashir* decisions, this perspective effectively excludes the general application of Art. 98 (1) of the Rome Statute in the aforementioned contexts. Thus, the "customary exception" approach entails a commitment to cooperate with the Court in a significantly broader range of situations. As I have previously argued elsewhere, I do, however, concur with the critical perspective put forth by numerous scholars (see, for instance, here and here) that this approach presents certain difficulties, insofar as it gives rise to a continuous tension between Arts 27 (2) and 98 (1) of the Rome Statute. Moreover, the approach invites speculation about the extent of the re-

maining scope of application of the latter provision. Instead, I find the alternative arguments in favour of the horizontal inapplicability of immunities and a respective duty to cooperate based on UNSC Res 1593 (as extensively discussed in the 2017 South Africa Non-Compliance Decision) or Art. IV of the 1951 Genocide Convention (as introduced in the 2017 Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut to the same decision) to be more convincing from a doctrinal point of view.

Nonetheless, it cannot be overlooked that the Austrian ministries concerned have arguably intended to adopt, as *opinio iuris*, the approach endorsed by the 2019 Judgement as the Court's most recent finding on that matter decided by its highest instance. Should the Austrian authorities subsequently deviate from the decree and nonetheless refuse to cooperate with the ICC on the basis of Art. 98 (1) of the Rome Statute, section 9 (1) (3) of the IStGH-ZG stipulates that they must in any case engage in consultations with the Court prior to any potential recusal from the Court's requests. Moreover, from a pragmatic standpoint, the reliance of State Parties on the "customary exception" approach may prove to be more beneficial to the overall effectiveness of the ICC, given that cases against Putin or Netanyahu differ from the *Al Bashir* Case in the way that they are not based on a referral pursuant to Art. 13 (b) of the Rome Statute and do not encompass charges of genocide at the current stage.

In any case, it will be interesting to observe how States Parties will apply the 2019 Judgment in practice and how potential follow-up decisions will address the differences between the case against *Al Bashir* and other heads of third States.

Conclusion

The authors of the original blog post concluded that, in accordance with both international law and German legislation, German authorities would be *required* and *capable* of arresting any head of State against whom the ICC has issued an arrest warrant, regardless of their political ties to that (third) State. The preceding analysis demonstrates that the same can be argued in the Austrian case, particularly when considering that the 2022 decree adopting the "customary exception" approach may qualify as a relevant expression of *opinio iuris*. I fully agree with the German author collective that it is of utmost importance for States Parties to remain steadfast in their adherence to their legal principles and to provide consistent and unselective support to the Court to enable it to fulfil its mandate. The *Al Bashir* Case, like no other case, exemplifies the necessity for a coherent and unbiased approach to cooperation with the ICC, a lesson that also applies to "Western" States such as Austria and Germany. In light of the above, it seems appropriate to conclude this discussion with the view recently articulated by the Prosecutor, that "if we do not demonstrate our willingness to apply the law equally, if it is seen as being applied selectively, we will be creating the conditions for its collapse."

Maryhen Jiménez Morales, Antulio Rosales

Unprecedented Fraud and New Momentum

What is Different This Time in Venezuela

doi: 10.59704/ca490ff71336c4cc

On July 28, the birth anniversary of Hugo Chávez, Venezuelans cast their votes in a presidential election. Since 1999, the opposition had not been able to unseat the "Bolivarian revolution". This time, however, serious pollsters estimated a large victory for the opposition candidate, Edmundo González Urrutia. Most elections in Venezuela have not been free nor fair for long. Despite being aware of the unfair conditions of this electoral process, Venezuelans' preference for a peaceful transformation of the conflict motivated citizens to vote. This time was different: The government of Nicolás Maduro has engaged in what seems to be an unprecedented massive fraud, tampering with the votes and refusing to make public the tallies disaggregated by state, municipality and polling centre. This doubling down on electoral irregularities brings new challenges to the prospect of a democratic transition that requires an adept national and international response strategy.

A history of repression

This was not the first time that citizens voted under unfair conditions. Abuse of state resources in political campaigns has been common since the late president Hugo Chávez led the Bolivarian Revolution. Chávez' revolution, named after the country's independence hero Simón Bolívar, long aimed to establish a socialist state through wealth redistribution, nationalization of key industries, social programs, and diminished foreign influence. The economic outlook of this movement has changed considerably in recent years as Maduro pushed Venezuela into a neo-patrimonial and authoritarian form of capitalism, but its willingness to stay in power at all costs has only intensified. Opponents have long been framed as US puppets and far-right actors. Gerrymandering and autocratic legalism were also used to demobilize anti-chavista forces. Yet, repression patterns changed under the governments of Nicolás Maduro. Opposition politicians, activists, human rights defenders, and journalists have been forced into exile; parties have been stripped of their legal status and party symbols. Chavista dissidents have likewise been targeted with repression. These are only a few examples of the arsenal of irregularities.

In the past decade, the government doubled down on these tactics, seeking to fragment the opposition and making it very difficult for the opposition to compete. But so long the government had remained reluctant to overtly alter the outcome of the election. In 2013, for example, the opposition claimed fraud but was unable to offer proof of vote tampering. A few years later, in 2015, the opposition participated in the legislative election under the joint coalition MUD, obtaining a landslide victory. While the ruling elite dismantled the National Assembly and unleashed unprecedented repression after the election, they initially acknowledged the results, and Maduro even attended its opening session. Later, in 2016, the government used the courts to reject a recall referendum that the government would have most probably lost if it had taken place. A direct precedent of vote tampering comes from the 2017 regional elections, where the government had committed fraud by changing the tally of votes at polling stations level, as the opposition candidate for governor in Bolívar state, Andrés Velázquez, demonstrated.

Since losing its competitiveness, the government has consistently aimed to push the opposition into a boycott strategy, which would reduce the costs of reversing or not acknowledging results. This scenario occurred in 2018, when traditional opposition actors chose to boycott the presidential election at a time when Maduro was polling low due to the severe socio-economic crisis. In 2021, the opposition returned to an electoral strategy to challenge the incumbent during the regional elections. Where the opposition won, the government initially recognized the results but subsequently threatened opposition mayors and governors once they were in office.

While the regime has used various means to counter the will of the people, blatant fraud in a nation-wide contest had not occurred until this presidential election.

What is different this time?

Chavismo entered the race with the expectation that the opposition would fragment prior to the elections. Despite all the incentives the government imposed to cause divisions, such as selective repression of traditional opponents and maneuvering room for co-opted groups, previously radical opposition elites turned to elections to defeat the government. Incumbent elites also campaigned knowing they would have trouble mobilizing Chavista bases. For several years, discontented Chavistas have pressured and questioned the ruling elite, demanding their rights and former benefits be respected; they have also critically pointed to corruption and unmeasured wealth among government elites. In this context, the government made new promises and relied on old intimidation and surveillance tactics to mobilize their sympathizers. The government also relied on a worn-out discourse of social resentment, arguing that the opposition was led by the old oligarchy, whose "last names" were used to rule the country. Many Venezuelans pointed out the cynical nature of this campaign led by a handful of individuals who have ruled for over two decades.

But the election was also a result of careful international negotiations, where the US administration provided crucial sanctions relief in exchange for minimal electoral conditions, while encouraging the opposition to return to the electoral route. In part due to the Barbados Accords, the Plataforma Unitaria, an alliance of opposition parties organized a primary election, where María Corina Machado was chosen the unitary candidate. The government frequently violated the terms of the agreement, but the opposition remained focused on defeating Maduro at the ballot box. As Machado remained banned from running for office, the alliance ultimately stuck with what was meant to be a temporary replacement, former diplomat Edmundo González Urrutia, who ran against the incumbent.

Scope of the fraud and depth of the victory

This is a nation-wide election where the office of the presidency was at stake. The government has alleged that foreign electronic hacking in the transmission system delayed the tabulation of the polling station data to the Electoral Council's headquarters. And yet, with an apparent 80% of votes tallied, the Council declared Maduro the winner with just over 51% of the vote. No breakdown of the vote by state, municipality and polling station has been provided, as it is the norm. On the other hand, the opposition claims that their witnesses suffered intimidation, with many being forcibly removed from polling stations. Still, poll watchers managed to gather over 80% of the tallies, showing a nearly 70% to 30% margin in favor of Edmundo González.

While they have not been fully verified, until now, most evidence indicates that the opposition's tallying is the accurate result. If true, this would mark the first time in 25 years that the opposition not only won a presidential election but did so with a decisive landslide victory. According to these results, the government lost all states and all municipalities by a wide margin. The results no longer reveal an urban-rural divide that was common in previous years of Chavismo. Nor does it show a working class and popular sector bias in favor of the government.

We see, instead, a wide rejection of the government, which in part explains the immediate aftermath of the announcement. Massive spontaneous protests and *cacerolazos* (a traditional form of protest where people bang pots and pans together) erupted all across the country erupted all across the country. They began in popular barrios, not the traditional opposition middle and upper class strongholds. By choosing to contest elections under the worst conditions since 1999, opposition actors were able to capitalize on cross-class discontent for the first time. Moreover, because citizens were heavily involved in organizing and mobilizing around the elections, as well as on election day, they felt part of a pro-change movement and therefore personally robbed when the government announced the results. Participating and winning by such a wide margin imposed the well-known dilemma of either recognizing and negotiating or engaging in massive fraud. Given the high costs of exiting, the ruling elite has chosen the latter.

The path forward

Venezuela is entering a new, dangerous phase of its conflict. The government has rapidly increased repression towards protesters and is implementing mechanisms of surveillance and intimidation against the population. It is employing different repressive tactics to fragment and

demobilize society. Images and videos from popular communities reveal regime-related armed groups intimidating citizens and imposing curfews. In working and middle class sectors, it will rely on heavy police and military presence. Opposition elites have been framed as fascists, and regime elites have called for the jailing of Machado and González Urrutia. This escalation is increasing the costs of participation and open dissent.

While this is true, by choosing a peaceful and institutional democratic resistance strategy, the opposition has created momentum for a diverse cross-class pro-democracy movement. At the elite level, opposition leaders must remain resilient against the expected fragmentation strategies the government will pursue. Now is time to open the tent even wider, as recent announcements by intellectuals, former ministers and leaders of Chavismo, and other candidates in the presidential elections demonstrate that a wide coalition for democracy can be forged. Some of these leaders, who were previously critical of the traditional opposition but are now calling for the release of results and the reversal of fraud, can serve as bridges between government factions that fear repression but are considering open dissent, and the pro-democracy movement. For Venezuelans' desire for change to materialize, challengers must remain committed to one another and to a domestically grounded strategy. Past experiences with parallel and outside-the-system moves, such as the "interim government" led by former legislator Juan Guaidó, derailed opponents and demobilized society.

Beyond navigating the interests of exiled communities and other foreign actors who might be tempted to rush into maximum pressure without considering the new constraints imposed after the results, opponents must leverage the art of high-level diplomacy. Several governments, including the United States, members of the European Union, and Latin America, have already called for immediate transparency and verification of the election results. Likewise, international organizations and human rights groups have demanded the end of repression against protesters. The role of governments historically tolerant with Chavismo is crucial, such as those of Brazil and Colombia. They must remain vigilant, continue to demand the release of vote tallies and operate in coordination with other Latin American governments as well as the United States to offer a diplomatic pathway for a negotiated solution to this crisis.

Opposition elites must guard the momentum they have helped build with grassroots movements, organized civil society, and ordinary citizens. Both leaders have addressed citizens in person three times: twice after the announcement of the results on July 29 and again on July 30. They have also posted messages on their social media platforms. While it is understandable that, amidst a wave of repression, the leadership is cautious, it is essential to organize and channel discontent consistently. This starts by crafting messages that take into account the needs and realities of the different groups within the pro-change camp, including those who are being most heavily repressed by the government. The common cause of this heterogeneous bloc is the verification and respect of the election results. Society's preference for a peaceful solution to the conflict should be honored by the opposition. Any acts of violence should continue to be rejected, as both Machado and González Urrutia have maintained so far.

The opposition also needs to find ways to support communities targeted by repression. Victims of violence will need both material and non-material resources to face the tragic consequences of their desire for change.

In the July 28th election, the government entered a new level of electoral irregularities, walking away from any pretense of democratic accountability. This rupture in confidence to the Venezuelan people ushers new challenges for a transition in Venezuela. Although the authoritarian incumbent has the upper hand as of now, Venezuelan society and opposition can work with international actors to demand a transparent verification of the election results and democratic opening. Venezuelans already met the expectation of international actors by participating despite all risks and costs. Letting the government get away with fraud would not only increase the risks of dissent and trigger more displacement, but also incentivize other autocrats to follow the same path elsewhere.

This article only reflects the authors' opinions.

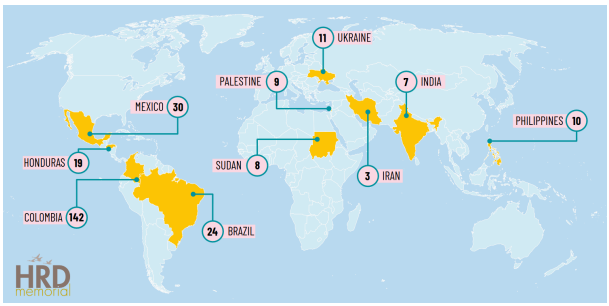
Sindy Castro Herrera, Maryluz Barragán

The Right to Defend Rights

How Recent Rulings are Protecting Human Rights Defenders in Colombia and Latin America

doi: 10.59704/04c9ea1f21eee50d

On April 21, Narciso Beleño, a rural (*campesino*) leader and human rights defender who worked for more than three decades for the restitution of land and the sustainable exploitation of natural resources in Colombia, was murdered. Sadly, this is not an isolated case. According to the most recent report by Front Line Defenders, 79% of the murders of human rights defenders occur in the Americas. Colombia alone accounts for 47% of the deaths of human rights defenders in the world, followed by Mexico and Brazil with 10% and 8%, respectively. Of these fatalities globally, 48% of these individuals were dedicated to defending land, environmental and indigenous rights.



Source: Frontline Defenders Global Analysis 2023-2024

In Colombia, although violence against social leaders may seem indiscriminate, territorial rights defenders are at greater risk. Of 1593 leaders killed since 2016, 20% are indigenous, 15% are peasants and 6% are Afro-descendants. These people had in common that they mobilized around land redistribution, respect for legitimate land tenure and their way of inhabiting it, and the restitution of land that was violently taken from them during armed conflict.

However, the outlook is not entirely discouraging. Two recent rulings by the Constitutional Court of Colombia and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) have analyzed this phenomenon and, in response, have given legal life to the right to defend human rights in Colombia and the region. This does not imply an automatic improvement in the risk to people's lives, but it is a glimmer of hope in the pursuit of better public policies for the protection of human rights defenders. These decisions are not binding, but they are important precedents that can inspire the regulation of this right in other areas, both regionally and globally.

The Colombian Constitutional Court's ruling

Last December, the Colombian Constitutional Court issued a ruling that recognized, for the first time, the right to defend human rights and ordered measures for its protection (SU-546 of 2023). According to the Court, this right has its origin in the 1998 UN Declaration on Human Rights Defenders and in the constitutional rights to life, equality, defense and protection, as well as the right not to be subjected to forced disappearance, torture or cruel, inhuman and degrading treatment. In other words, it is a right derived from international human rights instruments and from the Colombian Constitution itself.

The relevance of this ruling lies in its departure from the classic understanding of guarantees for defenders. In this case, the Court went far beyond simply recognizing the right to physical integrity, that is, the right not to receive physical harm. By examining the cases of 20 social leaders, the Colombian Court concluded that the state had violated four dimensions of the right to defend rights. First, personal security, which had been previously recognized by the Court and which consists of the right not to cause harm, physical or moral, to the person. Secondly, the right to due administrative process implies that the decisions made by the entities in charge of legal protection must be duly justified. Thirdly, the free exercise of leadership implies the right to defend human rights without fear. And fourthly, effective justice, which means that those responsible for acts of violence should be effectively prosecuted and brought to justice.

This ruling was the result of a coordinated action by 20 courageous defenders representing diverse human rights causes of the *campesino*, Afro-descendant and indige-

nous population – among others – who, with the support of human rights organizations, came together to demand the legal recognition of the right to defend rights. After more than three years of effort to shed light on the issue, the Court recognized the right and gave it specific content – a step forward in terms of the state's obligations to open democratic spaces and to guarantee the defense of human rights.

Overcoming the institutional failures that facilitate the violation of the right to defend the rights of territorial and land defenders in Colombia depends on the integration of territorial, ethno-racial and rural approaches in public policy.

The institutional offer of protection that includes bulletproof vests, conventional or armored cars, bodyguards and panic buttons is insufficient. The problem is that these measures do not work in all territories where mobility involves rivers as well as land, or in territories where an armored truck can draw attention to the defender, further increasing their risk of harm. These measures, besides being costly, are designed to protect politicians or businessmen who move in urban areas. They are not adapted to rural contexts where it is difficult to pay for gasoline, the maintenance of a van or the food and hotel of a bodyguard. This is why the state's protection policies need to incorporate a territorial approach, based on the realities of the country's rural areas.

Protection services are outsourced to private security companies that decide on the bodyguards for protection schemes. Rural communities, especially ethno-racial ones, have requested that the bodyguards be trustworthy and understand their way of life and the way they defend rights. There have been many cases in which tensions have arisen between the bodyguards and the community to which the defenders belong, due to cultural practices rejected by the majority society. The protection schemes are also designed with an individual focus rather than a collective one, excluding organizational and community protection mechanisms. This also makes clear the need for ethno-racial and rural approaches that take into account different ways of exercising the defense of human rights.

To remedy the situation, the Constitutional Court ordered the evaluation of security measures so that they suit the context and the nature of human rights defense work. This implies taking into account geographical, cultural and armed conflict conditions. Some specific measures dictated by this judgment consist of allowing the hiring of trusted bodyguards chosen by the defenders subject to protection, as well as training processes to ensure adequate provision of security services. They also ordered the state to establish collective protection routes in places where the level of risk for defenders is higher. This opens the way for recognizing other protection measures such as strengthening organizational and community capacities through the media, setting up of safe houses, creating prevention and escape routes, among others.

The IACHR ruling

Only three months after the Constitutional Court decision on the 20 Colombian human rights defenders was announced, the IACHR issued its landmark judgment in *CAJAR v. Colombia*, recognizing the right to defend human rights. In an unprecedented judgment in the jurisprudence of the IACHR, the court recognized and defined the scope of the right to defend rights through an evolutionary interpretation of the American Convention on Human Rights.

The Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) is a Colombian NGO dedicated to the defense of human rights since 1980. In this case, the IACHR condemned the systematic persecution the organization has suffered at the hands of the Colombian State. In its analysis, the Court determined that intelligence agencies engaged in improper activities by providing sensitive information to paramilitary groups that then violated the rights of CAJAR members. This created a risky environment for the life and integrity of these defenders, whose rights were violated, including their right to defend human rights. This case is significant because it clarifies that violations can not only come from third parties but also from state agents. Hence the importance of exercising oversight and control over state activities.

With this evolutionary interpretation of the provisions of the Inter-American Convention on Human Rights, the Court recognized the autonomy of the right to defend human rights. Despite its close connection to other rights such as the right to life, to personal integrity, to freedom of expression, to freedom of assembly, the Court indicated that it is a right in and of itself. It translates into "the effective possibility of exercising freely, without limitations and without risk of any kind, different activities and tasks aimed at the promotion, surveillance, promotion, dissemination, education, defense, advocacy or protec-

tion of human rights and universally recognized fundamental freedoms" (para. 978).

As reparations, the ruling ordered Colombia to investigate the facts and identify, prosecute and punish those responsible; the implementation of a system for compiling data and figures on violence against defenders; the adaptation of intelligence manuals to comply with international standards and the approval of regulations guaranteeing access to information collected by the state; among other measures.

Their relevance

The relevance of the right to defend rights lies, in part, in the fact that it is a right and a guarantee on which others depend. It is not possible to speak of the enforcement of human rights if states do not recognize and protect the possibility of promoting and defending them. These two rulings, from the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights, are a beacon of hope on the road to building an enabling and less hostile environment for human rights defense. Although the first case is directed at an unspecific group of human rights defenders and the second case addresses the violation of the rights of a NGO, both cases present a series of basic measures and guarantees that could guide and increase the effectiveness of existing policies.

Inspired by these precedents, we trust that states, including constitutional judges, will dare to specify what this right means in each of their jurisdictions. This is particularly important given that within the universe of defenders there are substantial differences in the types and levels of risk, as in the case of leaders who defend territorial rights – as illustrated by the case of Narciso Beleño and so many other *campesino* leaders who have been assassinated.

The judgments show us that it is possible to recognize this right through an evolutionary interpretation of international instruments such as the UN Declaration on Human Rights Defenders or the American Convention on Human Rights, as well as constitutional texts. But, above all, they remind us of the vital strength of human rights defenders and organized civil society to achieve a greater commitment of states to uphold human rights and democracy.

César Rodríguez-Garavito, Melina De Bona

Are Rights of Nature Working?

The Impact of the Los Cedros Ruling in Ecuador

doi: 10.59704/7bd6f8c268de163a

Legal initiatives recognizing the rights of nature have transformed from a trickle to a cascade. As of January 1, 2024, a total of 493 proposals of this sort – including constitutional clauses, laws, municipal ordinances, policy instruments, judicial decisions, and nonbinding declarations – have been pursued in 44 jurisdictions and international venues like the United Nations, according to figures compiled by the Eco Jurisprudence Monitor. Approximately three-fourths have been approved. These initiatives doubled between 2011 and 2016 and then again between 2016 and 2021.

More-than-human rights

This trend is part of a growing interdisciplinary interest in ecocentric approaches to what philosopher David Abrams calls the "more-than-human world": the web of life that includes humans and nonhumans alike. In the legal field, this has resulted in the proliferation of conceptual and doctrinal debates on "more-than-human rights", as César Rodríguez-Garavito has proposed to call rights of nature in a recently published volume. Given the complexity and recency of this debate, many key questions remain open: Who counts as a subject of rights? Should more-than-human rights be limited to animals, or should they also include other kingdoms of life? Should legal protection be granted to individuals, species or whole ecosystem? Who, if anyone, speaks for nature? What rights should be accorded to nonhumans? A growing and vibrant literature is examining these and other issues.

However, less attention has been paid to the impact of more-than-human rights, especially of court rulings that have recognized the legal personhood of nonhumans – from animals to forests and rivers. Have those judicial decisions effectively protected nature or is their *impact* primarily symbolic?

The Los Cedros ruling

To contribute to answering this question, the More-Than-Human Life (MOTH) Project and the Earth Rights Research and Action (TERRA) Clinic at New York University School of Law conducted a systematic study on the implementation of one of the most sophisticated and prominent decisions of this sort. In 2021, the Constitutional Court of Ecuador ruled in favor of the Los Cedros Forest, a highly biodiverse cloud forest between the Chocó and the Tropical Andes regions of Ecuador. Invoking the pioneering recognition of the rights of nature in the 2008 Ecuadorian constitution, the case had been filed in response to mining licenses that had been granted by the government for exploratory work within the bounds of the Forest Reserve. It ultimately landed in front of the Constitutional Court, which found that mining activities would cause environmental degradation in clear violation of the right to a healthy environment, the right to water, and the rights of nature – specifically, the rights of the Los Cedros Forest and its species to exist and to regenerate via healthy life cycles. The Court held that the violations of fundamental human rights and constitutional rights of nature required an annulment of the mining permits. It declared the environmental registration void and held that activities threatening the rights of nature – including mining and all types of extractive activities – were prohibited within the Los Cedros Protected Forest.

The Court's decision contains a broad range of orders providing reparation measures – remedies implemented to address harm, damage, or injustice – and guarantees of non-repetition – assurances put in place to prevent the recurrence of human rights violations in the future. Specifically, the orders required action from government bodies and mining companies formerly operating in Los Cedros, such as Empresa Nacional Minera (ENAMI) and its Canadian partner Cornerstone.

Evaluating compliance

Our report, written in collaboration with TERRA NYU students Bridgette Keane and Jeremy Zullow, evaluated the implementation and level of government and corporate compliance with the Constitutional Court's orders in the

Los Cedros ruling as of June 2024.

The assessment is based on a combination of qualitative methods, including two field visits to Los Cedros (in October 2022 and May 2024) and a systematic review of primary and secondary sources, as well as interviews with key actors in the enforcement of the ruling. Compliance scores were assigned to evaluate the current level of implementation of each court order. Each score is accompanied by an analysis of the factors that make up each order's implementation status.

The report shows that the enforcement of the rights of nature and rulings like *Los Cedros* can be effective tools to protect endangered ecosystems whose survival and flourishing are essential to addressing the triple ecological crisis of global warming, biodiversity loss, and pollution. Unlike many other forests and ecosystems that have succumbed to the pressure of mining and other extractive projects in different parts of the world, Los Cedros remains a source of water and life for humans and nonhumans. The study found that mining operations indeed stopped in Los Cedros the month after the ruling and no mining infrastructure remains in the area. As the evidence and evaluation offered in our report show, the ultimate outcome of interest is that Los Cedros is effectively free of mining operations and continues to serve as a biodiversity hot spot and a source of clean water, air, and well-being for humans and nonhumans alike. As site visits and conversations with a wide range of actors suggests, without the ruling, Los Cedros would in all likelihood have experienced the environmental deterioration and massive extinction of species as other forests turned into sites for mining have in the region, in Ecuador, and around the world.

However, the results of the implementation of other court orders have been mixed. The Court's reparation measures were largely directed at the Ministry of the Environment, Water, and Ecological Transition (MAATE, for its name in Spanish), which was tasked with overseeing the implementation of the Court's ruling. For example, MAATE was to prepare – and the Ombudsman's Office was to report on – a new management plan with the participation of local communities. While a new management plan was indeed published, MAATE has failed to enable community participation and has been slow in implementing it.

Regarding measures of non-repetition, while MAATE and the Ombudsman's Office conducted initial in-situ monitoring, from February 2022 until September 2023, of the Los Cedros territory and a training for public officials on the implications of the ruling, little has been done since mid-2023 to ensure that Ecuadorian governmental and judicial authorities uphold the rights of nature and environmental principles outlined in the ruling and the Ecuadorian Constitution. Additionally, MAATE has not taken significant actions to update broader legal and administrative processes, such as decision-making for environmental licenses, to better protect Los Cedros and the rights of nature in general as mandated by the Court. In contrast, the Ombudsman's Office has largely fulfilled its responsibilities, consistently accompanying and reporting on the compliance process and, at times, urging MAATE to adhere to the ruling.

In sum, the ruling has been remarkably effective in terms of its immediate and direct impact on the protection of the forest as a subject of rights vis-à-vis the threat of large-scale mining. It has been less effective, however, in terms of its indirect effects on local community involvement and the strengthening of regulation and administrative procedures on rights of nature writ large.

Shifting responsibility

The success in protecting the forest from mining does not mean, however, that the fate of Los Cedros and the case do not remain vulnerable. The report shows that, due to insufficient actions on the part of the Ecuadorian government, the burden of the protection of Los Cedros has been placed on other actors.

Specifically, a disproportionate burden of the implementation of the ruling has fallen on the scientists, advocates, and forest protectors of the Los Cedros Scientific Station. The Station has monitored the entirety of Los Cedros since 1988 and currently operates with significant resource and personnel constraints. With a team of twelve members and leveraging a camera trap program along with a satellite system, the Station has been solely responsible for monitoring wildlife activity and detecting intrusions by miners and hunters. The Station also provides comprehensive training for neighboring community members to act as forest rangers and guides, which has been essential for the protection of the forest. Despite these efforts, Station employees are the first ones to acknowledge that their capacity to adequately monitor and protect Los Cedros is grossly insufficient.

In order to address these challenges and consolidate the precedent of the *Los Cedros* ruling, urgent actions and continued involvement are needed on the part of a range of domestic and international actors. The Ecuadorian State bears paramount responsibility to make up for lost time by supporting the Scientific Station and enabling the participation of local communities who have helped protect the forest. Similarly, the continued engagement of domestic and international civil society and scientific and intergovernmental organizations will be crucial in shaping the fate of the case. The Los Cedros litigation involved biologists, environmental collectives, artists, celebrities, and online supporters who provided evidence to the Court, crafted campaigns in support of the lawsuit, disseminated the ruling, and turned Los Cedros into an icon of biodiversity protection. They and all others who have been inspired by it should keep their eyes on the implementation of the ruling.

This article builds on the report "The Impacts of the Rights of Nature: Assessing the Implementation of the Los Cedros Ruling in Ecuador" published by the MOTH project and the TERRA Program.

Gaurav Mukherjee

A Setback for Homeless Rights in the United States

On Grants Pass v. Johnson

doi: 10.59704/ba36677cacca57bc

On June 28, 2024, the United States Supreme Court handed down its decision in City of Grants Pass v. Johnson (*Grants Pass*), its most significant case on homelessness in decades. The decision overturned the Ninth Circuit Court of Appeal's 2018 decision in Martin v. Boise (*Martin*), which mandated that cities allow unhoused individuals to sleep in public spaces when shelter beds were not available. According to *Martin*, enforcing sleeping and camping bans without available shelter beds violated the US Constitution's Eighth Amendment bar on cruel and unusual punishment.

The *Grants Pass* decision marks the conclusion of a significant judicial experiment that began with *Martin*. The Ninth Circuit's decision in *Martin* was groundbreaking because it represented one of the first instances of U.S. constitutional law engaging with positive rights – the right to sleep on public property when no shelter alternatives were available. After the decision was handed down by the Ninth Circuit Court in 2018, local officials scrambled to comply with *Martin*, which led to the rise of what Mila Versteeg, Kevin Cope, and I, in a forthcoming paper called "the new homelessness". It would be characterized by a shift from formal shelters to mass encampments in city centers. These encampments created new sociological dynamics between the unhoused and local officials while laying the groundwork for a strong public backlash that fueled the case as it reached the nation's highest court.

In this blog post, I discuss the *Grants Pass* decision and lay out how the case came before the Supreme Court. I argue that the decision fails to consider the root causes of homelessness in the United States and exacerbates the already fragmented regulatory landscape governing the vulnerable community of the unhoused. While the *Grants Pass* ruling provides political leverage for cities and states to intensify punitive measures against the unhoused – including arrests, encampment sweeps, and involuntary commitment – there remains a path forward. Post-*Grants Pass* legal strategies must pivot towards leveraging the Fourth Amendment's protection against unreasonable searches and seizures, the Fourteenth Amendment's equal protection clause to continue advocating for the rights of homeless individuals, and litigation based on state constitutional provisions.

How did we get here?

"*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*" On a plain reading, the Eighth Amendment to the U.S. Constitution appears to have little to do with homelessness. However, due to the U.S. Constitution's absence of social and economic guarantees, homeless rights advocates have sought to use the Eighth Amendment since the 1960s as a textual vehicle to argue that the enforcement of vagrancy and anti-sleeping laws punishes the status of being homeless (and all that it entails), and not conduct – a distinction that is foundational to modern criminal law. Various courts disagreed about the applicability of this distinction to homelessness until *Martin*, where a set of ordinances in the city of Boise, Idaho, that prohibited sitting, lying, or sleeping on public property were challenged. The Ninth Circuit, in a decision authored by Judge Berzon, held that cities could not punish unhoused individuals for sleeping in public if no alternative shelter was available. *Martin* represented the first federal recognition of a social right: the right to sleep on public property with some bedding when shelter was unavailable and individuals were involuntarily homeless.

The *Martin* decision led politically progressive, legally risk-averse cities to interpret the ruling broadly, effectively nullifying local anti-camping ordinances altogether even though *Martin* did not legally require them to do so under all conditions. This broad interpretation was later narrowed following public backlash, resulting in

designated, sanctioned encampments and new city-wide camping bans. As the visibility of the unhoused increased in public spaces, city residents began to exert pressure on elected officials to take action. These pressures led to the erection of sanctioned encampments throughout America's urban landscapes. Sanctioned encampments provided the unhoused with a legally designated area, usually on public property, where people without shelter were permitted to stay, thereby avoiding violating *Martin*'s holding while also controlling the geographic spread of unauthorized homeless encampments. These measures sought to balance protecting homeless individuals' rights with maintaining public order.

However, in the absence of adequate supportive infrastructure for mental health, sanitation, and safety, these encampments began to create law enforcement problems. City officials faced regulatory uncertainty about what constituted adequate shelter, who could claim protection under the *Martin* holding, and whether law enforcement officers could continue enforcing laws against actions flowing involuntarily from homelessness, like public urination and defecation. Emboldened by *Martin*, a group of unhoused individuals then sought and won a declaration from the Ninth Circuit in 2022 that a set of ordinances from Grants Pass, Oregon, banning camping on public property could also not be enforced due to the Eighth Amendment's bar on cruel and unusual punishment, when shelter was unavailable.

The decision aggravated the existing problems I highlighted, and facing a massive public backlash, the City of Grants Pass sought certiorari at the Supreme Court. They were joined by a bipartisan group of governors, cities, and states across the U.S., who claimed that *Martin* had tied their hands in addressing the unhoused crisis and was preventing decisive action.

The Supreme Court's decision in Grants Pass v. Johnson

The Supreme Court's majority opinion in *Grants Pass* rests on three planks: i) the history and practice of the Eighth Amendment, ii) deference to elected officials, and iii) the widespread prevalence of anti-camping laws.

Justice Gorsuch, writing for the majority, *first* emphasized that the Eighth Amendment's prohibition against cruel and unusual punishment does not extend to criminalizing specific behaviors like public camping. He argued that the Eighth Amendment was designed to prevent barbaric forms of punishment, not to interfere with municipal regulation of public order. This interpretation underscores that regulating behaviors like public camping is within the scope of local governance aimed at maintaining public health and safety.

Second, the majority opinion also stressed that complex social issues, such as homelessness, should be addressed by local governments and the democratic process, not federal courts. Justice Gorsuch highlighted that elected officials are better equipped to handle the multifaceted nature of homelessness through tailored policies and initiatives. This claim of deference to local decision-making reflects a judicial philosophy that favors the decentralization of authority, ostensibly positioning courts as mere interpreters of law rather than policymakers.

Third, the Court noted that many cities across the United States have routinely imposed anti-camping and anti-sleeping laws, demonstrating that such ordinances are neither cruel nor unusual. Justice Gorsuch pointed out that such laws are part of a tradition of municipal regulation aimed at maintaining public order and safety. This reaffirmed the legitimacy of local governments in enacting and enforcing ordinances addressing public camping, as long as they do not criminalize the status of homelessness itself.

The majority's approach in *Grants Pass* is fundamentally flawed for several reasons.

First, the Eighth Amendment can and should be interpreted to cover instances of homelessness, as criminalizing basic survival behaviors when no alternatives exist constitutes cruel and unusual punishment. Second, deferring to elected officials to address homelessness is ineffective because homeless individuals often lack political power and representation, leaving their interests unprotected. In this reading, courts are neutral umpires, while the democratic process is the proper avenue to resolve differences about deeply held convictions and ways forward to social problems. Yet, this purported neutrality is often selectively applied, as seen in decisions like *Dobbs*, where the invocation of "the people" as a democratic ideal was similarly used to justify returning contentious issues to state legislatures despite evident democratic dysfunctions, such as gerrymandering and legislative inertia. This selective application raises questions about the sincerity of the Court's commitment to democracy, suggesting instead that these decisions may serve as a "cynical fig leaf" that overlooks how disenfranchised groups, like the homeless or those seeking aborti-

on rights, lack genuine political power. Just as in *Dobbs*, where the return to state control failed to account for the systemic barriers faced by women, the decision in Grants Pass similarly risks enabling punitive local policies without addressing the structural issues that perpetuate homelessness. Finally, the prevalence of anti-camping laws across the United States does not validate their legitimacy; widespread enforcement of such laws highlights systemic failures rather than their inherent fairness or effectiveness.

In her dissent, Justice Sotomayor highlighted the interconnected issues contributing to homelessness, such as rising housing costs, stagnant wages, and inadequate mental health services. Her approach sought to push back against punitive measures that criminalize the essential survival behaviors of homeless individuals, emphasizing that the Constitution should protect the most vulnerable. She criticized the majority for overlooking systemic failures contributing to homelessness and placing undue burdens on marginalized individuals.

Ramifications of the ruling

One immediate consequence of the *Grants Pass* ruling is that cities previously constrained by court injunctions now have the authority to reintroduce and enforce anti-camping ordinances. This change could lead to a resurgence of strict laws prohibiting sleeping or camping in public spaces, potentially exacerbating the vulnerability of homeless individuals by increasing their criminalization. Criminal records can severely hinder access to housing, employment, and social services, perpetuating a cycle of poverty and marginalization. More frequent and aggressive encampment sweeps may lead to the displacement of homeless individuals and the loss of their personal belongings, further destabilizing their lives.

For example, cities like Grants Pass have already argued that such ordinances are vital for maintaining public health and safety. With the ruling in their favor, local governments may swiftly move to enforce these laws, potentially escalating penalties from fines to imprisonment for repeat offenders. However, the implementation of these ordinances will likely vary significantly across different jurisdictions. We may see a rapid return to stringent enforcement measures in more conservative areas, while progressive cities might continue to balance enforcement with supportive services. State-level legislation will also matter. Oregon, in contrast to more conservative states, has codified protections similar to those established in *Martin*. These laws limit how far municipalities can go in regulating public camping, reflecting a nuanced approach to balancing public order with individual rights.

We may also see the emergence of significant fissures opening up between state and local officials. For example, at the state level, California's Governor Gavin Newsom has directed state agencies to adopt an aggressive stance on clearing encampments. However, this state-level policy does not uniformly translate to all cities within California. For example, Los Angeles has sought to focus more on providing supportive services and housing solutions, rather than resorting to purely punitive measures. Therefore, there appears to be an emerging homelessness regulatory landscape that will be fractured along both inter-state and intra-state dimensions.

The fractured regulatory landscape could lead to increased inter-city migration. Local officials in cities with aggressive enforcement may feel emboldened to arrest unhoused individuals, pushing them to relocate to cities with more lenient policies. Previously, the unhoused gravitated towards cities within the Ninth Circuit that had permissive camping policies. Post-*Grants Pass*, we will likely see a similar shift, with the unhoused moving to states and cities within the Ninth Circuit that maintain a more permissive approach to enforcement practices.

Since *Martin* led to extensive litigation under both federal and state law, the resulting legal landscape is likely to become more complex regarding which claims continue to be governed by the central holding in *Grants Pass* and which follow other legal avenues. For example, in ongoing litigation against the City of San Francisco, the Ninth Circuit on July 8 vacated the preliminary injunction sections related to the Eighth Amendment, which had prohibited the City from enforcing laws against sitting, lying, sleeping, and lodging on public property. However, the Court upheld the injunction related to the Fourth Amendment, requiring the City to adhere to its bag-and-tag policy when handling the possessions of homeless individuals. This mixed outcome exemplifies the convoluted legal environment following *Grants Pass*, a resolution to which may take considerable time to emerge.

A path forward

Grants Pass underscores a significant shift in homelessness policy, but its implications will vary widely across

the country. Recent legislation passed in red states, often inspired by model bills from the Cicero Institute, focuses on restricting how cities can spend their money on homelessness. These laws typically prohibit the use of state and federal funds for permanent supportive housing and mandate the creation of state-sanctioned encampments with strict residency limits and penalties for noncompliance. This legislative trend is likely to contribute to a fractured regulatory landscape, with stark differences in how homelessness is addressed across states and municipalities.

Despite the setback in *Grants Pass*, other doctrinal avenues remain open to protect the rights of homeless individuals. These include the necessity defense, Fourth Amendment claims regarding search and seizure, and Fourteenth Amendment claims. The necessity defense can justify actions that would otherwise be illegal if those actions were necessary to avoid greater harm. This defense is particularly relevant in cases where homeless individuals occupy public spaces like sidewalks and parks to avoid the dangers of sleeping on the streets.

The Fourth Amendment protects against unreasonable searches and seizures, extending its protection to the personal property of homeless individuals. *In Lavan v. City of Los Angeles*, the Ninth Circuit held that the city's seizure and destruction of homeless individuals' property without notice violated the Fourth Amendment. This ruling established that municipalities must provide due process before confiscating personal belongings, reinforcing the need for legal safeguards to protect the property rights of homeless individuals. The recent case discussed above involving San Francisco's enforcement practices also highlights the relevance of Fourth Amendment claims, where courts have upheld its orders related to the Fourth Amendment's application to the City's handling of the possessions of unhoused individuals and ensuring that their property is not arbitrarily seized and destroyed.

The Fourteenth Amendment guarantees due process and equal protection under the law. These protections can be employed to challenge policies that disproportionately impact homeless individuals. In *Pottinger v. City of Miami,* the court found that the city's policies and practices of arresting homeless individuals for engaging in life-sustaining activities in public places violated the Equal Protection Clause. The court mandated that the city provide adequate shelter or safe zones where these activities could legally occur, illustrating how the Fourteenth Amendment can ensure that homeless individuals are not unfairly targeted or discriminated against by municipal policies. Furthermore, litigation under state constitutional provisions will continue, as state constitutions often provide broader protections than the federal Constitution, offering additional avenues for challenging punitive measures against people experiencing homelessness.

Conclusion

The outcome in *Grants Pass* was foreseeable, given the current composition of the Supreme Court and the inherent weaknesses of relying on the Eighth Amendment to secure protections for homeless individuals. The Eighth Amendment was always a tenuous foundation for establishing a right to avoid criminal penalties for homelessness, as it primarily addresses the methods and types of punishment rather than the criminalization of specific behaviors. Furthermore, the way the certiorari question was framed invited the Court to reconsider the boundaries set by *Martin*, making it clear that the status quo was up for debate.

The Court's decision to turn the issue back to elected officials, emphasizing democratic processes over judicial intervention, is fraught with challenges. While this approach ostensibly respects local governance, it overlooks the significant power imbalances that leave vulnerable populations, like the homeless, without meaningful access to the political process. By retreating from its role in protecting the rights of these minorities, the Court places the burden on local governments, which may not always act in the best interests of their most vulnerable residents. This shift shirks the judicial responsibility to safeguard against majoritarian abuses and underscores a growing trend of the Court deferring complex social issues to the legislative arena without providing robust protections for those who lack political power.

Omar Yousef Shehabi

On Recognition

doi: 10.59704/ee71646c9ab5a402

Martin Luther King, Jr. in his letter from Birmingham jail expressed a frustration which rings true to Palestinians and advocates of their cause:

> "I have almost reached the regrettable conclusion that the Negro's great stumbling block in the stride toward freedom is not the White Citizens Councillor or the Ku Klux Klanner, but the white moderate who is more devoted to 'order' than to justice; who prefers a negative peace which is the absence of tension to a positive peace which is the presence of justice; who constantly says 'I agree with you in the goal you seek, but I can't agree with your methods of direct action'; who paternalistically feels that he can set the timetable for another man's freedom; who lives by the myth of time and who constantly advises the Negro to wait until a 'more convenient season'."

Over time, King was pressed and even eclipsed by more radical Black activism. That should not obscure the radicalism of his public life (which has been exsanguinated for the sake of an easy redemptive story: enemy of the state becomes conscience of the nation). King's militant nonviolence has been caricatured as servile pacifism which the state preaches to victims of its violence.

Like the "white moderate", the international system prioritises order over justice. More accurately, it demands minimum public order as a precondition for the promotion of human dignity. Whether one considers that a feature or a flaw, it is a fact that cannot be wished away.

Statehood as order and dignity

The decades-long campaign for recognition of a Palestinian state on the 1967-occupied territory meets the international system, however flawed, where it is. Its selling point is simple: an independent Palestinian state is the most attainable way, if not the only way, to restore integrity and dignity to the Palestinian people while maintaining a minimum standard of order. One need not buy that premise to understand the sell.

While Palestinian statehood is conceptually no more radical a project than Black equal citizenship in America, there is radicalism in the confrontation with power necessary to achieve it. The statehood project comprises three related but distinct elements: (1) inviting states to recognise the State of Palestine on the 1967-occupied territory, (2) encouraging states to enhance diplomatic relations with the Palestine Liberation Organization, as the State of Palestine's UN-recognised provisional government, and (3) continuing to pursue membership of the United Nations, which the United States has blocked through its Security Council veto. I consider each element valuable in its own right and synergetic to the overall project. That they will not yield actual, immediate independence does not, in my view, render them merely symbolic.

I concede that the statehood project and its constituent elements feel wrong for the historical moment. Recognition of a "virtual" State of Palestine seems a contemptibly inadequate response to the everyday Palestinian condition of dispossession, exile and subjugation, let alone to Israel's current destruction of Gaza and its people. Moreover, unity of purpose is required to overcome the Palestinian people's fragmentation and the statehood project has never been a unifier. Rather, the milestones on the road to statehood – the ten-point programme, the declaration of independence and the false dawn of the Oslo process – also denote major ruptures within the Palestinian national movement. These ruptures have given rise to political factions and popular movements which have challenged and sought to bypass or supplant the PLO. And like politicians invoking King to shame the victims of state violence into passivity, Palestinians suspect and resent that the revival of Western interest in recognising a Palestinian state is grounded more in a desire to "save Israel from itself" than any genuine and durable concern for the Palestinians themselves.

But this last point is nothing new. The Palestinians long ago reached their "regrettable conclusion" about the West and its allies, the Arab reactionaries. The statehood project had stalled because the West had concluded that the condition of the Palestinian people did not threaten world public order – more accurately, that Israel and its Arab allies could durably suppress Palestinian national aspirations. It should not have taken the events of the past year to shatter that belief, renew attention to the Palestine question, and revive interest in recognition. Alas, here we are. We as Palestinians do not have the luxury of allowing disaffection to cloud our judgment.

In that spirit, there are important reasons why the Palestinian national movement should continue pursuing recognition of statehood on the 1967-occupied territory. I will confine myself to two such reasons.

The precarity of Palestinian presence on 1967-occupied territory

First, the Palestinian governmental presence on the 1967-occupied territory is precarious. Whatever one thinks of the Palestinian Authority, its existence and its assessed governance capabilities have featured heavily in the statehood conversation. Its demise would change that calculus and would once more reshape the institutional Palestinian national movement. Recognition shores up the national movement in anticipation of this eventuality.

Our history instructs. As I have argued at length elsewhere, the events of 1982 were an inflection point for the Palestinian national project in that it made the pursuit of recognition indispensable, indeed existential. 1982 was the tail end of the decolonisation era, during which national liberation movements (NLMs) attained limited status (*legal personality* or *subjectivity*) in the international system. Before 1982, the PLO bore many of the recognised attributes of a national liberation movement, including presence in a bordering independent state – Lebanon – from which it would carry out limited armed activities. The PLO also existed as a capable if flawed "state within a state" for Palestinians in Lebanon. Israel's invasion of Lebanon and the PLO's resulting withdrawal swept away both identities. Tunisia offered the PLO exile on the condition that the organisation not plan any armed activities there. These events forcibly reconfigured the PLO from a national liberation movement to a government-in-exile.

This change forced the PLO conclusively to limit its ambitions to a Palestinian state on the 1967-occupied territory because national liberation movements and governments-in-exile obtain recognition and legal status from different sources. National liberation movements derive their legal status from the determination of states, often expressed through international organisations, that an NLM represents a people vested with the right of self-determination. It was generally accepted in the decolonisation era (although perhaps not a general principle of law) that self-determination would be exercised within colonial administrative boundaries, which would become international borders upon independence. With the PLO's representative status settled in 1974, it could remain noncommittal regarding the extent of its territorial claim for as long as it colourably existed as an NLM.

But a government-in-exile derives its legitimacy from the decision of states to recognise its territorial claim over that of the state which exercises control over that territory. A government-in-exile must thus identify the territory to which it is the rightful claimant in a way that an NLM, insulated by the perceived sanctity of colonial boundaries, need not. With an Israeli government grounded in Revisionist Zionism laying claim to Greater Israel, the PLO could not afford to maintain a territorial claim regarded, rightly or wrongly, as equally irredentist. The PLO's claim to the 1967-occupied territory served as a bulwark of sorts against Israeli territorial maximalism until the Oslo process breached that bulwark with concepts like settlement "blocs". These concepts remained part of the Western consensus for peacemaking even as settlement expansion and the growth of the settler population demanded ever-greater Palestinian territorial concessions. Recognition of a Palestinian state on the 1967-occupied territory without reservation or precondition helps to free the Palestinian national movement from this Oslo trap.

Gaza's destruction needs to be an inflection point

The destruction of Gaza is forcing the West (save the United States) to reckon with Israel's bellicosity and its cruelty towards the Palestinians with a modicum of intellectual honesty. Israel has responded by lashing out petulantly at the international system: observe its UN ambassador's response to Israel's inclusion on the UN's list of parties that commit grave violations affecting children in situations of armed conflict. Israel has also tightened the screws on the Palestinian Authority, its

whipping boy in times of duress. Expect this to increase as more states recognise the State of Palestine in light of the International Court of Justice's advisory opinion that Israel's presence in the 1967-occupied territory (including its settlements and settlers) is unlawful, as states and international organisations may take measures to deny recognition of the Israeli presence as lawful, and as the International Criminal Court (ICC) proceedings relating to the situation in Palestine move forward.

Israel has been well-served by the Oslo process and the Palestinian Authority's schizophrenic existence as occupation subcontractor and would-be liberator. Few Palestinians would deny that the vestiges of the Palestinian Authority and the Oslo Accords which created it are obstacles to liberation. Without understating the further precarity it will bring to Palestinians in the West Bank, the Authority's demise should not be feared and must not be allowed to interrupt a legal and diplomatic programme that *is* bearing fruit. To the objection that the Palestinian Authority, the PLO and the State of Palestine operate as alter egos, recall that recognition goes to the state – the State of Palestine on the 1967-occupied territory – and not its government; indeed many states as a policy matter do not accord recognition to governments.

Recognition of statehood offers a measure of continuity through the disruptions that lie ahead. History again instructs: the West justified its continued recognition of the Baltic states during their Soviet occupation and annexation based partly on the continued operation of their diplomatic missions. The PLO-led State of Palestine may be dysfunctional; so was the Estonian government-in-exile. While the West may disavow this precedent, it takes an institutional Palestinian national movement to hoist the West by its own petard in legal and diplomatic forums, just as it must be held in the Gaza genocide case to its legal claims in the Rohingya genocide case.

Statehood as a national cause

Second, the institutional Palestinian national movement has focused on establishing a Palestinian state since the 1974 ten-point programme. On that basis the PLO gained recognition as the representative of the Palestinian people, acquired legal existence in the international order, achieved broad recognition of the State of Palestine in the global South, and upgraded Palestine's status within the United Nations to non-member state. The PLO is one of precious few Palestinian institutions to have survived a century's worth of dispossession and exile, and while it survives only just, it alone has the privilege to represent the Palestinian people in international affairs.

That privilege – known to international law as the *jus repraesentationis omnimodae* – is inextricably linked with the PLO's vision of Palestinian statehood. In my view, the PLO has exercised that privilege effectively in recent times. It devised the strategy behind the recent ICJ advisory opinion, which will be the wellspring of further legal and diplomatic activity. In the event of the *PLO's* demise, that privilege of international representation would not simply pass to another Palestinian entity, and certainly would not pass to a representative committed to a vision of Palestinian independence perceived as maximalist or incompatible with Israel's existence. Those who would repudiate recognition of a Palestinian state as a goal of the national movement, thereby calling into question the PLO's *raison d'être* and the value of its international representation of the Palestinian people, thus bear a high burden of proof.

Recognition as a radical expression of agency

Western states see in Israel chaos agents with designs on every inch of Mandatory Palestine. Those that have newly recognised a Palestinian state – Ireland, Norway, Slovenia and Spain – and those still flirting with the idea (e.g., Malta and Belgium) see recognition principally as a way of restoring a measure of order and only secondarily as providing Palestinians with a measure of dignity. Slovenia, for instance, characterised its recognition of Palestine as "a strong message to all the moderate forces who are now losing power in this long and brutal conflict." But this realpolitik should not obscure that recognition has been a goal of the Palestinian national movement for 50 years and remains an ambitious project, dare I say radical. Most of the West's "white moderates" are still waiting for a "more convenient season": the communiqué of the most recent G7 summit calls for recognition of a Palestinian state "at the appropriate time". But the Palestinians have the capacity to force their hand. In its technocratic and legal sense, recognition means perfecting the Palestinian people's title to the 1967-occupied territory. But properly leveraged, the recognition campaign also repudiates the notion that Palestinian aspirations are entirely malleable, subject to the vicissitudes of Israeli and American policy and the resulting "facts on the ground". It is a defiant, even radical, expression of Palestinian agency.

Justice movements operate on multiple levels, each level with its own strategies and discourse. Reconciling those strategies and discourses internally is difficult; movements may come undone in the process. The challenge lies in marshalling global solidarity with the Palestinian people towards action without enervating that movement. Recognition of a Palestinian state on the West Bank and Gaza, if conceived of as a return to the territorial status quo resulting from the *nakba*, hardly fits a zeitgeist that demands a radically reimagined, post-Zionist future for Palestinians and Israelis which is restitutive of the *nakba*. But the Revisionist and Messianic Zionists who govern Israel are hurling Palestinians and Israelis towards that radically-reimagined future regardless. While recognition is a worthwhile and necessary appeal to public order, justice will still have its day. The Palestinians and all who stand in solidarity with them, regardless of ideology, have a role to play in delivering it.

Celia Schmadl

The Sleeping Beauty Has Awoken

The International Humanitarian Fact-Finding Commission

doi: 10.59704/16afc57cb4818351

In June 2024, the International Humanitarian Fact-Finding Commission (IHFFC) announced that it had been mandated to investigate an incident in the Gaza-Israel conflict. Often dubbed "the Sleeping Beauty", the IHFFC conducted its first investigation in 2017, twenty-six years after its establishment in 1991. Despite being sidelined for almost three decades, the IHFFC has the potential to reinvent itself as a crucial tool for monitoring compliance with international humanitarian law. Recent developments show a shift from a trend of neglect of the international community to a trend of recognition of the IHFFC. This blog post sketches the aim and working method of the IHFFC and shows that as the importance of the IHFFC increases, the question of consensus becomes more significant.

Aim and working method of the IHFFC

The IHFFC was established by Art. 90 Additional Protocol I to the Geneva Conventions (AP I), with States aiming to implement a mechanism that could examine compliance with the rules of international humanitarian law. As a permanent international fact-finding body, the IHFFC consists of fifteen members of high moral standing and acknowledged impartiality. In exercising its mandate, the IHFFC upholds its core principles of neutrality, independence, impartiality, and confidentiality. Within this scope, the operational guidelines of the IHFFC are flexible and allow for its services to be individually tailored. While Art. 90 AP I is applicable to international armed conflicts, the IHFFC has expressed its willingness to enquire into alleged violations of international humanitarian law in non-international armed conflicts.

The mandate of the IHFFC is set out in Art. 90 (2)(c) AP I. The IHFFC is competent to enquire into any facts alleged to be a grave breach or other serious violation as defined in the Geneva Conventions and AP I. In addition, the IHFFC is competent to facilitate, through its good offices, the restoration of an attitude of respect for the Geneva Conventions and AP I. A special characteristic of the IHFFC is that it is not a judicial body and does not give its legal evaluation of the matter under scrutiny. Its purpose is limited to establishing facts. The limitation is important for the fulfilment of its mandate, as the IHFFC is not intended to facilitate a "blame and shame game" of the international community or enable the criminal prosecution of violators of international humanitarian law. This would only deter the Parties to the conflict from using its services.

Recent practice of the IHFFC

The IHFFC conducted its first independent forensic investigation in April 2017 (2017 investigation). The background to the 2017 investigation was an incident that occurred in Eastern Ukraine on April 23, 2017. An explosion had hit an armored vehicle of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Special Monitoring Mission to Ukraine during a routine patrol, resulting in the death of a paramedic and the injury of two other patrol members. The investigation was able to conduct a post-blast scene forensic and technical assessment in order to establish the facts of the incident in the context of international humanitarian law.

Shifting seven years forward from 2017 to April 2024, the IHFFC has offered its good offices to the governments of Australia, Canada, Palestine, Poland, the UK, and the USA. The background to this was an incident that occurred in the Gaza Strip on April 1, 2024, killing seven aid workers of the aforementioned States in a World Central Kitchen three-car convoy that was targeted by Israeli drones. Poland accepted the offer of good offices of the IHFFC on April 11, 2024. On June 20, 2024, the IHFFC and Poland signed a Memorandum of Understanding (2024 Memorandum). The details of the 2024 Memorandum are not public. The press statements of Poland from June 20, 2024, and the IHFFC from June 21, 2024, provide that the IHFFC will establish the facts of the incident and facilitate the restoration of an attitude of respect for international humanitarian law.

The two mandates of the IHFFC are living examples of its potential. In times of armed conflict, communication between the Parties to the conflict is likely to break down or be characterized by mutual recriminations, making it difficult to agree on the establishment of ad hoc fact-finding bodies. The permanence of the IHFFC allows for the immediate use of its services, which can bring neutrality into the discussion through objectivity. This is particularly useful in incident-related investigations, as incidents typically provide ample grounds for the Parties to the conflict to resort to accusations rather than factual analysis. Adding on to this, the duty of confidentiality of the IHFFC can help build a foundation of trust of the Parties to the conflict and thereby promote their participation in the mandate.

Legal challenges relating to consent

The competence of the IHFFC requires the consent of the Parties to the conflict. Consent can be given either by a general declaration or ad hoc consent. Art. 90 (2)(a) AP I applies to States that have ratified AP I (High Contracting Parties) and provides that a High Contracting Party can recognize, in relation to any other High Contracting Party accepting the same obligation, the competence of the IHFFC to enquire into allegations by such other Party. Art. 90 (2)(d) AP I provides that in other situations, the request of a Party to the conflict and the consent of the other Party or Parties concerned is necessary. The provision applies to all Parties to the conflict and includes States and non-State actors such as international organizations.

One of the legal challenges of the consent mechanism of the IHFFC is that general declarations cannot be reinterpreted as ad hoc consent, as this would "*introduce an element of inequality*". Parties to the conflict that have not made general declarations could impose an enquiry onto Parties to the conflict that have made general declarations, while the reverse would not be possible. This means that whenever an enquiry is initiated under Art. 90 (2)(d) AP I, ad hoc consent of all Parties to the conflict is required. This applies to the 2017 investigation, as the enquiry was requested by the OSCE and not by a High Contracting Party. While it is not known whether Ukraine gave its ad hoc consent, this can be assumed since the investigation was carried out in Ukraine.

In the 2024 mandate, the consent requirements also leave room for interpretation. Israel has taken responsibility for the incident, meaning that the allegations related to the incident are directed against Israel. However, Israel is not a High Contracting Party, nor has it made a general declaration under Art. 90 (2)(a) AP I. The competence of the IHFFC would thus have to derive from Art. 90 (2)(d) AP I. This requires the ad hoc consent of the Parties concerned. Under the definition of the IHHFC, "*[a] Party to the conflict is concerned if it is directly implicated in the incident or the facts in question. In all cases, the consent of the Parties to the conflict in the quality of territorial State, the alleged author of the violation and the alleged victim of the violation are required*".

The consent of Israel and Palestine was necessary, with Israel having taken responsibility for the incident and the drone strike having occurred in the Gaza Strip. Given that the incident involved seven victims of different nationalities who were all working for the non-governmental organization World Central Kitchen, the question arises as to whose consent was necessary for the "alleged victim of the violation".

The practice of the IHFFC can provide insight into this question. In the 2024 mandate, the IHFFC offered its good services to the States whose nationals were killed in the incident, but not to World Central Kitchen. The IHFFC signed the 2024 Memorandum after one State, Poland, had accepted the offer of its good offices. In the 2017 investigation, the IHFFC made no reference to the nationality of the victims, and instead referred to the victims only in their affiliation with the OSCE. The IHFFC established the investigation following the request of the OSCE. This suggests that the IHFFC views the "alleged victim of the violation" to be either the organization with which the victim was affiliated or the State whose national was a victim in the incident.

The question arises as to whether this flexible approach of the IHFFC is in line with Art. 90 (2)(d) AP I. From a practical perspective, an investigation into an incident with multiple victims will likely involve all victims. This could speak in favor of requiring the consent of all alleged victims of the violation. However, the adoption of such a narrow interpretation is not required to meet the protective purpose of the consent requirements of Art. 90 (2)(d) AP I. The consent requirements of the "alleged author of the violation" and the "territorial State" where the incident occurred ensure procedural fairness and State sovereignty. Both of these protective purposes are politically highly sensitive and therefore require the

consent of the affected Party itself. In contrast, the standards for the consent requirement of the "alleged victim of the violation" are lower. The protective purpose here is to ensure that the rights and interests of the victims are represented. For this purpose, the consent of a single victim is sufficient, as this can represent the rights and interests of all victims. Therefore, in the 2024 mandate, the consent of Poland was sufficient. This approach reflects the reality of today's armed conflicts, where incidents involving victims of different nationalities and affiliations are likely the norm rather than the exception.

At the time of writing, it remains uncertain whether the requirements for ad hoc consent under Art. 90 (2)(d) AP I are met. While Poland has clearly given its consent, it is not known whether this also applies to Israel and Palestine.

Conclusion

Being a consent-based mechanism, the greatest challenge of the IHFFC is to obtain the consent of the Parties to the conflict. The strengths of the IHFFC suggest that its consent may be easier to obtain than that of other bodies of international law with broader mandates involving legal evaluations and prosecutions. At the same time, the examination of the 2017 investigation and the 2024 mandate has made it clear that each armed conflict and its incidents present unique complexities. This indicates that future mandates of the IHFFC are likely to involve consent structures that are unpredictable and require an interpretation of Art. 90 (2)(a) and (d) AP I. This sets the stage for the development of an – awakening – legal discussion.

Bell Yosef

The Price of Equality

Funding Conditionality as a Judicial Remedy in Israel's Conscription Case

doi: 10.59704/15eb279d058ee143

Israel's long-standing debate over ultra-Orthodox Yeshiva students conscription has reached a critical juncture in June 2024. The Israeli Supreme Court not only declared the absence of a legal basis for a broad and overall exemption for Yeshiva students but also introduced a remedy that I claim might be controversial: the suspension of state funding for Yeshivas whose students are subject to conscription but refuse to comply with it. This judicial use of funding conditionality, a tool more commonly wielded by political institutions, marks a significant shift in the Court's approach to enforcing equality in military service and the rule of law. In this blog post, drawing conclusions from the EU experience, I argue that this remedy, while potentially powerful, raises serious concerns regarding its effectiveness, democratic legitimacy, and potential for misuse.

Background: equal conscription duty

From its establishment in 1948, Israel was built on the noble "people's army" model, with mandatory conscription. This model, under the visionary leadership of David Ben-Gurion, one of the state's founders and its first Prime Minister, was designed not only to provide a military solution but also to foster participation and integration of different populations. Exemptions were initially limited to 400 for ultra-Orthodox Yeshiva students to continue Torah study, as part of a delicate and complex arrangement in state-religion relations in the new state. This decision was also a response to the severe damage to Torah study and Judaism that occurred during the Holocaust of the Jewish people as part of World War II.

Since then, given the numerous security challenges arising from Israel's geographical location among hostile neighboring countries, Israel has been built on this model. Generally, at the age of 18, men and women are conscripted for regular service of about two to three years, and afterward, many continue to serve in reserve duty.

Over the years, the number of conscription exemptions has steadily increased. While there have been sporadic political challenges to this trend, they have not resulted in any significant changes. By 1970, the number of exemptions had already reached about 5,000. A petition was then filed with the Supreme Court, requesting the Minister of Defense to conscript Yeshiva students to ensure a more equitable distribution of the military burden. Similar petitions were filed in 1981 and 1982, but they were dismissed due to lack of standing and justiciability. In 1988, the Court ruled that the issue was justiciable, but the scope of exemptions was held reasonable.

The first judicial intervention came in 1998. The scope of exemptions then stood at 30,000 for ultra-Orthodox Yeshiva students. The Court ruled that given the high number of exemptions, the exemption arrangement is a primary arrangement. As such, the fundamental principles of public law, derived from the principle of separation of powers, require that it be established in legislation.

Left with no choice and in the absence of authorization for broad conscription exemption, the Knesset legislated the exemption arrangement into law. Over the years, various solutions emerged based on models of individual quotas, collective quotas, optional "decision year", alternative models for military service, and more. The various statutes were repeatedly examined by the Court. In 2006, it was determined that the then-in-force statute infringed on the right to equality, recognized in the ruling as a constitutional right. Nonetheless, the Court ruled that since the statute was in force for only several years, it did not have enough time to fulfill its goals. Consequently, it was too early for the Court to declare the unconstitutionality of the statute. Hence, the Court ruled that "the statute is still constitutional". In 2012, the Court ruled that the statute was unconstitutional. The declaration of invalidity was suspended in the original Court's decision, and in the absence of a legislative arrangement, the suspension was extended by the Court. The new legislative arrangement established in 2015 was also ruled unconstitutional in a 2017 ruling. Again, the Court suspended the declaration of invalidity over and over again. Due to various factors

(the political difficulty in reaching an agreement, repeated elections and a hanged parliament, COVID-19), it was extended for six years. As of June 30, 2023, there has been no legal basis for exemptions of Yeshiva students from conscription.

The watershed line case: The June 2024 ruling

The Israeli Supreme Court's 2024 ruling on ultra-Orthodox conscription exemptions marks a significant shift in the judicial approach to this long-standing issue. To understand its implications, it is crucial to examine the practical and legal context. The Court, drawing from its experience with previous rulings, recognized that mandating conscription directly would neither lead Yeshiva students to the recruitment office nor succeed in bringing a broad social or communal change. Furthermore, this time, the petitioners learned to accurately assess the requested remedy and bind it to the financing ability. Consequently, the Court adopted a different approach, focusing on halting funding for Yeshiva students as long as there was no valid statutory exemption arrangement. In other words, the Court enforced the rule of law rather than equality per se.

The Court delved into the question of whether there was a connection between the funding criteria and the legal regulation of conscription exemptions for Yeshiva students. The Court viewed support for religious institutions as within the government's authority. However, it is subject to all administrative law requirements, including the prerequisite that financial support funds be allocated equally under Section 3A of the Budget Foundations Law, 1985. The fact that the support criteria were based on a scoring system linking conscription to the level of support received by institutions indicated the connection under examination. Moreover, the Court found that the very definition of "student" in the financial support criteria was contingent on the existence of an exemption from conscription.

This time, given its decades of experience and the ineffectiveness of its earlier decisions, the Court decided to condition the funding to the Yeshivas due to the lack of an authorizing statute for the conscription exemptions. This judicial choice, which did not settle for invalidity declarations, has signaled, as aforementioned, a shift in the Court's stance.

The choice of funding conditionality is not only an exceptional remedy by itself but is also exceptional to the Israeli Supreme Court's tendency to prefer dialogic and non-coercive alternatives. These include doctrines that leave the decision in the political arena and soft remedies. In particular, the extensive use of suspended invalidity, invalidity warning, giving normative status to legislative initiatives, babysitting, and more.

Comparative experience: funding conditionality in the EU

The funding conditionality doctrine, even if generally employed by political institutions rather than judicial ones, is a well-known doctrine in the EU regime. The CJEU in the EU approved the practice of European institutions applying economic sanctions as a condition for enforcing compliance with EU values and principles in Hungary and Poland.

Funding conditionality mechanisms were required due to the unique structure of the European Union, as a supra-national political institution, which in certain contexts faces difficulties in enforcing the organization's principles against the states. Accordingly, the doctrine of funding conditionality resulted from the enforcement gaps in protecting the rule of law in the European Union when both institutional enforcement mechanisms and individual enforcement mechanisms proved to be rather weak. This doctrine is not new, and it has been used before by the Union and its institutions, for example, to influence the foreign policy of Member States.

However, the use of funding conditionality as a tool to protect the rule of law within the Union is a relatively new phenomenon. The significant turning point was in 2010, with Viktor Orbán's rise to power in Hungary, a point that symbolized to the Union – and to a large extent to the rest of the world – the beginning of the process of democratic backsliding in several Member States. In the following years, the European Union tried to deal with the problem, which began to expand to other countries, and to Poland in particular, through various means at its disposal such as an infringement procedure or through diplomatic means, including political dialogue.

However, with the understanding that these tools are failing in the face of democratic retrogression, in 2017 as part of the discussion on the multi-annual financial framework (MFF) for 2021-2027, the European Union began to examine the possibility of using various tools to condition the funding given to countries that violate the

Union's values. A new funding conditionality doctrine was designed, including several different tools, for the European response to the wave of populism and autocratic tendencies that accelerated in Europe. Simultaneously, the coronavirus and the acceleration in the distribution of recovery budgets from the Union served as an additional leverage for funding conditionality. In practice, starting in 2020, budgetary conditionality began to be used through three different tools: the Budgetary Conditionality Regulation, conditionality within the framework of the coronavirus recovery program (RRF), and conditionality in the Union's structural funds.

Funding conditionality as a remedy: red flags

Conceptually, the doctrine of funding conditionality can be given great weight. However, it comes with its own set of challenges. The experience gained in the European Union has raised several difficulties with this remedy. Some are endemic to the European Union and its institutions, focusing on concerns about the effectiveness of funding conditionality, its unintended consequences, and the legal and political challenges it raises within the institutional and political framework of the European Union and its legitimacy.

Nevertheless, there is another set of difficulties, which are not idiosyncratic to the European Union but to the judicial use of the doctrine. These are the canaries in the coal mine, necessitating appropriate attention.

It is doubtful whether this tool works at all. When political motivation is strong enough – as can be seen in Hungary – even financial sanctions become a means that can be withstood. It is no coincidence that some of the arguments raised regarding the use of this tool in the European Union are pragmatic and deal with the tool's effectiveness. When the struggle is framed as a titanic battle between ideology and principles versus money, sufficiently broad political support can continue to exist even in the absence of funding.

Moreover, the doctrine of funding conditionality may become a double-edged sword. It is dangerous when budgets are not distributed equally but according to a democracy-enhancing perspective according to the perception of a particular court in a particular composition. Once funding conditionality becomes a constitutional remedy, it may be directed towards purposes different from those for which it was intended. Given that the Israeli Supreme Court has not yet developed a coherent theory of constitutional remedies, it is appropriate to treat this tool with caution.

Additionally, in the European Union, the tool was ultimately imposed as a political policy rather than as a judicial decision. Although the European Union suffers from legitimacy problems, it is still an institution that enjoys a greater degree of representativeness than courts with appointed judges. Despite the criticism voiced against this tool and against the concrete measures used in the European Union, it was a declared policy, carefully and thoroughly considered, which reflected a deliberate democratic will. In this sense, the judicial borrowing of the remedy needs to take this fundamental difference into careful account.

Finally, and returning to the practical context, it's important to remember that funding conditionality can be circumvented. If the funding conditionality is dependent on the existence of statutory exemption, the Government and the Knesset can still enact a new (unconstitutional) statute in order to pull the rug out from under the Court's decision. Once the Knesset establishes a new legislative arrangement, there will be a legal anchoring for the exemption that will allow the reinstatement of state budgeting. In Israel, there were even several proposed Basic Law bills concerning this matter. Moreover, given the extensive capabilities of the Ministry of Finance to bypass parliamentary oversight of the budget, when necessary, it can be assumed that at least some of the money will find its way to the Yeshivas through other means.

All these arguments raise questions about the Court's new tool, and time will tell if the new remedy leads to political and social change that reflects the principle of equality and is committed to the rule of law.

The seeds of this post were sown in conversations with Antonia Baraggia and Yaniv Roznaimy – sincere thanks to both.

Alina Funk, Ammar Bustami

Power to the People

Zur wirtschaftlichen Selbstbestimmung Palästinas nach dem Gutachten des IGH vom 19. Juli 2024

doi: 10.59704/9fb8e0d6302814e7

Das am 19. Juli 2024 veröffentlichte Gutachten des IGH zu der israelischen Besatzung Palästinas ist zurecht als Zeitenwende und bahnbrechend beschrieben sowie von einer Vielzahl von UN-Experten begrüßt worden.

In der Sache stellt das Gericht fest, dass mittlerweile nicht nur die illegalen Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten (*Occupied Palestinian Territories*, OPT) selbst völkerrechtswidrig sind. Sondern auch, dass die andauernde Ermöglichung, Duldung und Förderung weiterer illegaler Siedlungen verbunden mit einer systematischen Siedlungspolitik des Staates Israel zu einer jedenfalls *de facto* Annexion der gesamten besetzten Gebiete, d.h. einer gewaltsamen Aneignung dieses Gebiets durch die Besatzungsmacht (im Detail hier), geführt haben (Rn. 173).

Eine der wegweisendsten Ausführungen des Gutachtens findet sich sodann in der daraus resultierenden Schlussfolgerung: Der anhaltende Missbrauch der Stellung Israels als Besatzungsmacht durch die Annexion und die fortgesetzte Vereitelung des Rechts auf Selbstbestimmung des palästinensischen Volkes machen die Anwesenheit Israels in den OPT, und damit die Besatzung *an sich*, rechtswidrig (Rn. 261; anders nur ein Sondervotum; zu offenen Detailfragen siehe hier).

Doch auch neben diesen Ausführungen zur Annexion und zur Rechtswidrigkeit der Besatzung beinhaltet das Gutachten wichtige Antworten zur Anwendbarkeit des Besatzungsrechts in allen Teilen der OPT einschließlich Gaza, jedenfalls implizit zur Staatlichkeit Palästinas sowie zum immer wieder diskutierten Vorliegen eines Systems der Apartheid in den OPT (das Gericht bejaht eine Verletzung von Artikel 3 des Internationalen Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, der das Verbot der Segregation und der Apartheid enthält. Zur Einordnung siehe Sondervoten Salam, Nolte und Tladi).

Schließlich folgen entscheidende Ausführungen zu den Auswirkungen des israelischen Staatshandelns auf das (wirtschaftliche) Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser:innen.

Aufnahme in den Kreis des zwingenden Völkerrechts

Schon lange wird darüber diskutiert, ob das Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Kreis des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) zu zählen ist, welches höchstrangig über sonstigem Völkerrecht steht.

Jedenfalls für das Selbstbestimmungsrecht von Völkern, die kolonialer Gewalt ausgesetzt sind, bestand mittlerweile ein solcher Konsens innerhalb der UN (z.B. hier) und insbesondere in der Völkerrechtskommission (hier). Diese Form von (post-)kolonialer Selbstbestimmung wurde bisher jedoch abgegrenzt von sich im Fortgang der Unabhängigkeit ergebenden Konflikten zwischen kolonialisierten Gruppen. In seinem Urteil zu Osttimor aus dem Jahr 1995 hatte sich der IGH aus verschiedenen Gründen darauf beschränkt, das Selbstbestimmungsrecht (im Kontext von Portugals Klagebefugnis) als *erga-omnes*-Verpflichtung zu kategorisieren. Verletzungen solcher Pflichten können von allen Staaten in einem Gerichtsverfahren geltend gemacht werden, weil die gesamte Staatengemeinschaft ein rechtliches Interesse an ihrem Schutz hat (zur umstrittenen Abgrenzung zwischen *ius cogens* und *erga-omnes*-Pflichten, s.u.). Im Chagos-Gutachten aus 2019 war der IGH mit einer Konstellation beschäftigt, bei der das koloniale Selbstbestimmungsrecht im engeren Sinne betroffen war, weil das Chagos-Archipel bis heute von Großbritannien als sog. Britisches Überseegebiet verwaltet wird.

Im Palästina-Gutachten erkennt das Gericht nun zum ersten Mal den zwingenden Charakter des Selbstbestimmungsrechts in Fällen wie der israelischen Besatzung des palästinensischen Volkes an (Rn. 233). Das ist eine bemerkenswerte Erweiterung des Verständnisses kolonialer Selbstbestimmung und des Dekolonialisierungsauftrags der UN-Generalversammlung.

Das Gericht reiht die israelische Annexion der palästinensischen Gebiete ein in den Dekolonialisierungsprozess des ehemaligen Mandatsgebiets, in den es insbesondere den *Partition Plan* und das Ende des britischen Mandats in Palästina von 1948 mit aufnimmt (Rn. 35). Den zwingenden Charakter des Selbstbestimmungsrechts in Fällen wie der Besatzung Palästinas folgert das Gericht darüber hinaus aus einer Reihe an Quellen (z.B. hier und hier (Rn. 144)), die die herausragende Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts in der Vergangenheit bereits bestätigten, wenngleich nie explizit als *ius cogens*.

Diese Aufwertung hat jedoch weitreichende Auswirkungen. Aus vertragsrechtlicher Perspektive bedeutet es insbesondere, dass Verträge, die das palästinensische Selbstbestimmungsrecht verletzen, nichtig sind, wie Artikel 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention und das darin kodifizierte Völkergewohnheitsrecht bestimmen. Das betrifft insbesondere solche Verträge, in denen Israel sich Drittstaaten gegenüber unrechtmäßig Vertragskompetenz über das Gebiet oder die Ressourcen der Palästinenser:innen anmaßt. Das Gericht betont wiederholt, dass dies nicht nur aus dem Besatzungsrecht oder dem Status des Gebiets als annektiert resultiert (z.B. Rn. 108), sondern gerade aus dem palästinensischen Selbstbestimmungsrecht (Rn. 133, 169, 240).

Das Gutachten könnte auch Auswirkungen auf andere, ähnlich gelagerte (post-)koloniale Konflikte der andauernden Besatzung haben. Das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Marokko, das 2019 ausdrücklich auch auf das Territorium der von Marokko besetzten Westsahara erweitert wurde, kommt hier in den Sinn (Analysen hier und hier). Die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht ergebende Souveränität der Sahrawi über die Westsahara und ihre Ressourcen ist international anerkannt (dazu hier). Der EuG hatte 2021 Ratsentscheidungen zu den Vertragsänderungen insbesondere wegen der fehlenden Zustimmung der Sahrawi für nichtig erklärt (Analyse dazu hier). Das 2024 erwartete Berufungsurteil des EuGH wird durch das IGH-Gutachten gewiss noch größere Aufmerksamkeit erhalten. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der EuGH seine Entscheidung auch auf dem zwingenden Charakter des Selbstbestimmungsrechts aufbauen wird.

Zur Souveränität über die natürlichen Ressourcen eines Volkes im Rahmen seiner Besatzung

Das Gericht hatte zudem die Gelegenheit, zur aus der wirtschaftlichen Selbstbestimmung fließenden und auch durch das Besatzungsrecht geschützten Souveränität über die natürlichen Ressourcen Stellung zu beziehen.

Die Anwendbarkeit der Souveränität über natürliche Ressourcen in bewaffneten Konflikten war bei der letzten Gelegenheit, im Verfahren zwischen dem Kongo und Uganda im Jahr 2004, noch abgelehnt worden. Im Falle Ugandas konnten keine ausreichenden Beweise für eine systematische staatliche Politik gefunden werden, die über Plünderungen und Brandschatzungen hinausgingen (Armed Activities, Rn. 244). Wird hingegen von der Besatzungsmacht eine Politik der Ausbeutung natürlicher Ressourcen im besetzten Gebiet im Widerspruch zum Besatzungsrecht verfolgt, kommt eine Verletzung der Souveränität über die natürlichen Ressourcen auch während einer andauernden Besatzung in Betracht (Rn. 125).

Das Gericht nimmt sodann konkret Bezug auf das israelische Vorgehen bei der Ausbeutung palästinensischer Ressourcen, insbesondere Wasser, mineralische und andere natürliche Ressourcen (Rn. 126-133). Schließlich erinnert der IGH daran, dass die israelische Wasser- und Bodenpolitik dazu geführt hat, dass der Anteil der Landwirtschaft am Bruttoinlandsprodukt Palästinas von 35 % im Jahr 1972 auf 12 % im Jahr 1995 und auf weniger als 4 % im Jahr 2020 gesunken ist (Rn. 130). Der Gerichtshof folgert daraus, dass die Ausbeutung der natürlichen Ressourcen der Palästinenser:innen dem alleinigen Nutzen Israels und der Siedler:innen dient (Rn. 240).

Abbruch wirtschaftlicher Beziehungen oder same as usual?

Der IGH zieht aus den verschiedenen Völkerrechtsverletzungen, die auch als „verstörendes Gesamtbild israelischer Völkerrechtsferne“ bezeichnet werden können, eine Reihe von Konsequenzen für Israel, die UN und die Staatengemeinschaft. Denn neben dem verletzten Selbstbestimmungsrecht stehen ausdrücklich weitere Verstöße im Raum, die wiederum *erga-omnes*-Pflichten gegenüber der Gesamtheit der Staaten begründen. Der Gerichtshof führt als solche neben dem Selbstbestimmungsrecht ausdrücklich einzelne Pflichten aus dem humanitären Völkerrecht und den Menschenrechten sowie das Verbot der

gewaltsamen Erlangung von Gebieten durch Gewalt auf (Rn. 274).

Aus dem Charakter des Selbstbestimmungsrechts eines Volkes unter andauernder Besatzung als *ius-cogens*-Norm folgen jedoch besondere Pflichten der Staaten in Bezug auf Verstöße durch Israel (zu dieser Zuordnung hier). Nur für Verstöße gegen solches zwingendes Völkerrecht gilt zum Beispiel die Verpflichtung, keine aus einer Verletzung dieses Rechts resultierende rechtswidrige Situation anzuerkennen und keine Hilfe oder Unterstützung bei der Aufrechterhaltung dieser Situation zu leisten, was insbesondere Richter Tladi in seinem Sondervotum ausführlich unter Bezugnahme auf Artikel 41 der ASR darlegt und was ebenso Teil eines Sondervotums von Higgins zum Mauergutachten ist (so auch im Sondervotum Gómez Robledo; anders Sondervotum Cleveland). Abgesehen vom Selbstbestimmungsrecht folgert das Gericht vor allem aus dem Verbot der gewaltsamen Aneignung von Territorium, welches es aus dem Gewaltverbot herleitet (Rn. 179; auch Sondervotum Cleveland; mit anderer Auslegung hier), konkrete Nichtanerkennungspflichten für Drittstaaten. Ein *ius-cogens*-Charakter dürfte nach bisheriger Rechtsprechung auch dem Gewaltverbot zukommen (insbesondere zum Aggressionsverbot im Nicaragua-Urteil, Rn. 190 ff). Die ius-cogens-Zuordnung wird vom Gericht jedoch nicht ausdrücklich benannt, obwohl es eine Voraussetzung für die sodann angenommene Pflicht zur Nichtanerkennung ist. Auch werden Verstöße gegen das palästinensische Selbstbestimmungsrecht in der Herleitung der Konsequenzen vermischt mit der Verletzung des Verbots der gewaltsamen Aneignung von Territorium (Rn. 278).

Das ist insofern begrüßenswert, als dass es darauf hindeutet, dass der IGH aus dem Selbstbestimmungsrecht eine territoriale Souveränität schlussfolgert, die durch die israelische Annexion verletzt wird – auch ohne einen in konkreten Grenzen bestehenden palästinensischen Staat. Das jedenfalls daraus folgende Unterscheidungsgebot schlägt sich für den IGH zum Beispiel in einer Pflicht nieder, sich in allen Fällen, in denen Israel vorgibt, im Namen der OPT oder eines Teils hiervon zu handeln, der vertraglichen Beziehungen zu enthalten (Rn. 278).

Neu ist auch, dass der IGH feststellt, dass Drittstaaten u.a. verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, um Handels- oder Investitionsbeziehungen zu verhindern, die zur Aufrechterhaltung der von Israel in den besetzten palästinensischen Gebieten geschaffenen rechtswidrigen Situation beitragen (Rn. 278). Im Gegensatz zu den anderen drei, sich bereits aus der bisherigen Rechtsprechung ergebenden Unterkategorien, die sich aus der Pflicht zur Nichtanerkennung ableiten und die sich alle auf ein Unterlassen beziehen – Enthaltung, Nicht-Anerkennung, Nicht-Unterstützung – wird also ein Tätigwerden geschuldet.

Where to start

Gleichwohl sich daraus (noch) keine *individuelle* Staatenpflicht zum Erlass von *konkreten* Sanktionen herleiten lässt, wird klar, dass der IGH der Staatengemeinschaft grünes Licht gibt, Maßnahmen wie etwa Sanktionen und den Abbruch von Handelsbeziehungen zu ergreifen. Für die EU, dem wichtigsten Wirtschaftspartner Israels, wurden bereits konkrete Vorschläge gemacht. Sanktionen gegenüber Unternehmen oder gewalttätigen Siedler:innen könnten aufgrund der etwas geringeren politischen Brisanz erfolgversprechender sein als an die israelische Regierung gerichtete Sanktionen. Auf dieser Ebene bietet sich der Abbruch ausgewählter wirtschaftlicher Beziehungen an. *Al Tamimi* nimmt dabei detailliert die Möglichkeiten im Rahmen des EU-Israel Assoziationsabkommens und der hierzu beantragten Assoziierungsratssitzung in den Blick und schlussfolgert hieraus jedenfalls eine Pflicht der EU, die Wirtschafts-, Handels- und Investitionsbeziehungen mit Israel umfassend zu überprüfen, um zu gewährleisten, dass diese nicht zu einer Aufrechterhaltung und Verstärkung der völkerrechtswidrigen Besatzung beitragen. Israel lehnte jedoch eine Sitzung des Assoziierungsrats ab, woraufhin auf europäischer Seite bisher keine weiteren Schritte ergriffen wurden.

Ob es zu konkreten wirtschaftlichen Maßnahmen kommen wird, ist zwar angesichts der hierfür erforderlichen Einstimmigkeit im Rat der EU fraglich. Entsprechende Aufforderungen und befürwortende Stimmen wurden in den letzten Monaten – mit Blick auf die Völkerrechtsverletzungen Israels im Gazastreifen – bereits lauter und ein entsprechendes Vorgehen der EU könnte nach dem IGH-Gutachten realistischer geworden sein. Zusammen mit der Pflicht zur Nichtanerkennung verleiht die o.g. positive Pflicht (Rn. 278 a.E.) einem Handelsverbot mit Staaten und Unternehmen, die die Aufrechterhaltung einer illegalen Situation in einem besetzten Gebiet unterstützen, mehr Substanz als je zuvor. Die reine Bezugnahme auf Kennzeichnungspflichten – vom EuGH bereits aus unionsrechtlichen Verbraucherschutzgründen herge-

leitet – dürfte jedenfalls nicht genügen. Die Unternehmen in den israelischen Siedlungen in den OPT profitieren weiterhin vom Zugang zum europäischen Binnenmarkt, selbst wenn sie gekennzeichnet werden. Es ist gerade die sich aus der Ausbeutung ergebende wirtschaftliche Attraktivität der Siedlungen, die den Zustrom und die Aufrechterhaltung begünstigen (dazu z.B. hier (ab S. 73), hier oder hier). Das gilt besonders für in den OPT angebaute landwirtschaftliche Produkte, welche wiederum in erster Linie exportiert werden statt der Selbstversorgung der Siedlungen, geschweige denn der besetzten Bevölkerung, zugutezukommen (dazu UN hier, im Original hier). Gleiches gilt für andere Exporte, zum Beispiel Gas oder grüne Technologien (zum Zusammenhang zwischen israelischem „Agritech" und Enteignungen in den OPT hier). Ein absolutes Marktzugangsverbot drängt sich als Maßnahme, Handels- oder Investitionsbeziehungen zu verhindern, die zur Aufrechterhaltung der von Israel geschaffenen illegalen Situation in den OPT dienen, mithin auf.

Zu berücksichtigen wird in zukünftigen Maßnahmen auch sein, dass etwaige Kennzeichnungen nur der Siedlungsprodukte angesichts der Verstrickungen großer Teile der israelischen Wirtschaft auch mit den OPT nur eine begrenzte Wirkung haben dürften. Dies gilt nicht nur, aber in besonderem Maße mit Blick auf die Nutzung von aus Israel exportierten Waffen und Überwachungstechnologie (auch hier und hier) zur Aufrechterhaltung der illegalen Besatzung, aber zum Teil auch in der israelischen Finanzwirtschaft. Auch bei Gasimporten aus Israel ist der Anteil palästinensischer Ressourcen quasi unmöglich nachzuweisen.

Adieu, Carte Blanche

Gerade auch für den deutschen Diskurs müssten und sollten die tiefgreifenden Feststellungen des Gerichts zu einem weiteren Überdenken der bisherigen außenpolitischen Linie führen. Bisher ist den Reaktionen der Bundesregierung eine Diskrepanz zwischen Auswärtigem Amt und Kanzleramt zu entnehmen. Das AA stellte hierzu u.a. klar, es gebe „kein Völkerrecht à la carte - Völkerrecht gilt". In Bezug auf die Illegalität der israelischen Besatzung gebe es insofern „wenig Interpretationsspielraum".

Nimmt man die Aussagen des AA ernst, so spricht einiges für die von *Goldmann* bereits geforderte Zeitenwende auch mit Blick auf den Nahen Osten. Insoweit ist das IGH-Gutachten für die Bundesrepublik auch eine Gelegenheit, dem mit Blick auf die Nahostpolitik in den letzten Monaten zurecht geäußerten Vorwurf der Doppelstandards (auch hier und hier) entgegenzutreten und zumindest einen Teil des verlorenen Vertrauens in eine universelle Völkerrechtsordnung zurückzugewinnen. Sofern das AA darauf verweist, dass die Verantwortung zur Umsetzung des Gutachtens vor allem bei Israel und der Generalversammlung liege, verkennt es aber die ausdrücklich auch für Drittstaaten bestehenden Pflichten (Rn. 273 ff.).

Schließlich sollten bei Umsetzung der eigenen Verpflichtung auch Sanktionen gegen Israel im o.g. Rahmen nicht in blinder Anwendung einer falsch verstandenen „Staatsräson" ausgeschlossen oder gar jede solche Forderung als „eklig" abgetan werden. Dass Aufrufe zu Sanktionen, Boykotten oder auch Investitionsrücknahmen in der Regel von der Meinungsfreiheit gedeckt sind, wurde bereits zuvor gerichtlich geklärt (auch hier). Dass sie auch keinesfalls per se antisemitisch sind, vor allem wenn sie auf eine Beendigung der völkerrechtswidrigen Besatzung gerichtet sind, dürfte angesichts der durch das IGH-Gutachten festgestellten Pflichten aller Staaten nun eine gewisse Bestätigung erhalten haben.

Hinweis: Zu Inhalt und Folgen des IGH-Gutachtens vom 19. Juli beginnt im September ein englischsprachiges Symposium auf dem Verfassungsblog.

Rudraksh Lakra, Nidhi Jha

Kashmir's Legal Exceptionalism Reinforced

Critiquing the Sublime Software Case

doi: 10.59704/22e462a6aa2a7c17

A single judge bench of the Delhi High Court recently passed an order, rejecting a plea by the petitioner, Sublime Software, challenging a blocking decision by the Union Government under Section 69A of the Information Technology Act, 2000 ("IT Act"). The blocking order banned 14 mobile messaging applications in Kashmir on the grounds of sovereignty and national security, including the petitioner's app Briar. The petitioner challenged the order for failing to meet the procedural requirements for authorization.

In this blogpost, we critically analyze the Delhi High Court's ruling, arguing that it exemplifies a troubling trend of legal exceptionalism in Kashmir. We critique the order for its unqualified deference to the states' national security claims, failing to examine the merits of those claims at all. We highlight how the Court cherry-picked legal precedents, overlooking crucial ones and that it did not adequately scrutinize the low standard of review it established for the state.

Background

The petitioner, a software development company, created Briar, a free and open-source communication app. Briar features end-to-end encryption and is reportedly used by journalists and activists. The app operates without an internet connection, ensuring reliable communication during emergencies or disasters. In a highly surveilled region like Kashmir, where internet access is frequently disrupted, Briar provides a stable and dependable means of communication. Following the reorganization of the state into two union territories, 4G services were suspended for 18 months in Kashmir. A report indicated that in 2022, the region experienced more internet shutdowns than any other in the world.

It is crucial to note that the petitioner could not challenge the blocking order *itself* because they were not informed of the blocking and had no access to the order. The petitioner became aware of the ban in May 2023 when users reported being unable to access the app. In practice, this blocking power under IT Act Section 69A is often misused by the union government, with the provision of notice to the affected party being more of an exception than a standard practice. As a result, the petitioner challenged the blocking order on the grounds of non-compliance with the procedural requirements set forth in the Information Technology (Procedure and Safeguards for Blocking of Access of Information by Public) Rules, 2009 ("Blocking Rules"), specifically the requirement for a notice for blocking and a right to be heard either ex-ante or post. The government, however, broadly asserted that the blocking order was passed on the grounds of a threat to national security and sovereignty, as the 14 apps enabled communication amongst terrorists.

We observe that the Delhi High Court has provided the state with unqualified deference, with the invocation of national security interests, stating that "the principles of natural justice can be given a go-by in matters related to the security and sovereignty of the country." The Court did not examine the merits of either of the two primary deficiencies pointed out by the petitioners.

However, the procedural safeguards under the Blocking Rules cannot be given a "go-by" on the grounds of national security. In the subsequent section, we explain that even if deference must be offered for national security claims, such blanket deference is unmerited.

Procedural deficiencies

The order fails to reference the Supreme Court judgment in *Shreya Singhal vs. Union of India* (2015), which addressed the constitutionality of Section 69A. In *Shreya Singhal*, the majority concluded that Section 69A aligned with the right to free speech and expression because it was "narrowly drawn" and included appropriate safeguards, such as notice and the opportunity to be heard.

The Supreme Court emphasized the significance of notice, connecting it to the right to challenge blocking orders through a writ petition under Article 226 of the Constitution. In this case, the absence of an order means that the petitioner could only challenge the procedural aspects rather than the merits of the national security claim, which goes to the heart of the matter. Thus, these two safeguards are *sine qua non* for the invocation of the IT Act Section 69A, rather than being merely principles of natural justice which in certain situations can be suspended on national security grounds. Hence, the Delhi High Court order goes against the established Supreme Court precedent.

National security

Regarding the suspension of principles of natural justice on national security grounds the Delhi High Court selectively cites cases and fails to properly apply the precedent it handpicks. The Court cites the Supreme Court decision in *Ex-Armymen's Protection Services (P) Ltd. v. Union of India* (2014) and fails to acknowledge *Madhyamam Broadcasting Limited v. Union of India* (2022), which sets a higher threshold for the suspension of principles of natural justice. In the former, the Supreme Court noted that the state would need to justify that the suspension has a *nexus* with national security, and the Court is "entitled to call for the files to evaluate and determine if the situation of national security arises." In contrast, in *Madhyamam Broadcasting Limited*, the Court held that "mere involvement of issues concerning national security would not preclude the state's duty to act fairly." The Court opined that if the government intends not to apply the principles of natural justice, then it would have to justify it on the touchstone of proportionality.

If the *Madhyamam Broadcasting Limited* standard was applied in this case, the Court would have to conduct a thorough examination of the Union government's invocation of national security. This would necessitate analyzing the blocking order and the relevant factual circumstances surrounding it while applying the various stages of the proportionality test.

The Court even fails to apply the *Ex-Armymen's Protection Services* standard of review properly. The Delhi High Court does not engage with the merits of the petitioner's arguments at all, accepting the assertion that the apps were utilized by terrorists without any scrutiny. The order lacks any indication that the Court reviewed the blocking order or requested evidence from the state to establish a *prima facie* connection between the respondent's claims and the grounds specified under Section 69A. Hence, the Court's reasoning relies heavily on speculative national security concerns, granting the state wholesale deference. This approach is antithetical to the judiciary's role in scrutinizing such claims, even in matters of national security (one may claim especially in such cases).

Concluding thoughts: Kashmir exceptionalism

In her work, Ghosh has demonstrated that the languages and jurisprudence of Indian constitutionalism and emergency powers have served to establish and normalize a legalized permanent emergency in Kashmir. This legal architecture of exceptionalism has transformed Kashmir into a perpetual state of exception, where the rule of law is selectively applied, and the constitutional norm is systematically eroded. The Indian Supreme Court has played a key role in this transition, from upholding the suspension of habeas corpus right soon after independence, to the recent decision which effectively denies the right to self-determination to the Kashmiri population.

The Delhi High Court's order in the *Sublime Software* case contributes to this architecture of legal exceptionalism. The order shows unwavering deference to national security concerns, uncritically accepting governmental claims while disregarding established Supreme Court precedents. Applications like Briar, which can enable communication without the internet, play a key role in ensuring ease of communication in a place which has faced more internet shutdowns than anywhere in the world. Restricting access to such crucial communication tools further entrenches the state's control over information channels, and solidifies the state of exception.

This ruling starkly contrasts with the Delhi High Court orders in writs filed by Tanul Thakur challenging website blocking. On May 11, 2022, the former Chief Justice, in *Tanul Thakur v. Union of India* W.P.(C) 13037/2019, mandated the government to provide a copy of the ban order and grant a hearing to the petitioner, despite reliance on Rule 16. In *Tanul Thakur v. Union of India* W.P.(C) 13037/2019, W.P.(C) 788/2023, on July 20, 2023, Justice Subramonium Prasad (same judge as in the *Sublime Software* case) analyzed the order's merits and instructed the respondent to check if a suitable disclaimer could be put in place (a less restrictive measure) and consider un-

blocking his account. These orders are progressive, marking the first time a court required an aggrieved party to be provided with the blocking order and meaningfully examined the merits of the order itself (to an extent). However, in the *Sublime Software* case, Justice Subramonium Prasad appears to have departed from this progressive stance, adopting a markedly different approach when dealing with matters related to Kashmir. This exceptionalism is not merely a temporary suspension of rights but a fundamental restructuring of the rule of law, where the exception becomes the norm.

Anmol Jain

Jurisprudence of Convenience

On the Indian Supreme Court's Guidance-Laden Approach to Answer Hard Questions of Free Speech Law

doi: 10.59704/f8cd45da0fd6523c

Last month, in *Nipun Malhotra v. Sony Pictures Film India Private Ltd*, the Indian Supreme Court delivered an opinion on the limits of protected speech under Article 19(1) of the Indian Constitution. While the opinion touched upon several important aspects of the free speech right, such as the recognized underlying values, the grounds and standards for restricting speech acts, and how the harm-based approach helps the courts in devising such restrictions, it remains an unclear and uncertain exposition of the law due to the manner in which the Court approached the question and its writing style. The opinion is replete with behavioral guidance, and its language makes it hard to discern the binding legal principles. However, the Court's engagement with the arguments advanced, existing jurisprudence, and philosophical works make it an important development to be discussed.

In the paragraphs to follow, after setting the factual background of the case, I argue that courts should approach cases involving hard questions of constitutional law with extreme caution in terms of their potential implication on the growth (or absence) of a consistent doctrine. A guidance-laden approach does not serve legal doctrine well; it comes with the potential of introducing uncertainties and unwanted judicial discretion.

Background: The derogatory portrayal of people with disability

The case dealt with the portrayal of people with disabilities in a movie called *Aankh Micholi*. It revolves around a family that attempts to arrange a marriage while actively trying to conceal various disabilities that different members of the family suffer from, including the protagonist. The movie paints disabilities as deficiencies and impairments. The dialogues tend to imply that disabilities negatively impact one's human worth. Efforts must be made to keep them secret during social engagements. Further, in making attempts to inject laughter, derogatory phrases are used to refer to disabilities. For instance, speech impairment is referred to as "soundproof system".

The appellant approached the Delhi High Court, registering concerns against such a choice of words used to describe disabilities and the way the characters are portrayed. It was argued that ridiculing people with disabilities is offensive, reinforces a sense of unequalness, encourages stereotypical behavior against them in society, and contributes to an exclusionary environment for them. Having denied relief by the High Court, the appellant approached the Supreme Court. At its core, the case was about the limits of an individual's freedom of speech – artistic freedom in particular – and how the state should treat offensive speech that could potentially have exclusionary impacts. The unique facts of the case also called upon the Court to opine on whether the elements of "vulnerability" or "historical marginalization" would impact the limits of the free speech right.

Opinion of the Supreme Court

Substantively, the Court did not extend any relief to the appellant, nor did it call for any changes to the legal regime around the movie certification process, noting that the field is sufficiently occupied by existing laws and policies. It, however, recognized the social model of disability and laid down a set of prescriptions in the form of sensitization guidance about how individuals, particularly content creators, should depict people with disabilities and how the institutions involved in this process must undertake their statutory duties. Sarthak Gupta explores this aspect of the judgment in greater detail here.

In answering the question about the limits of the free speech right under the Indian Constitution, the Court considered democracy as the central value that the right to free speech seeks to pursue. Therefore, while interpreting the coverage of permissible grounds of reasonable restrictions as enlisted under Article 19(2), such as public order, decency, and morality, the courts must adopt such an interpretation that furthers the values of demo-

cracy. While the word "democracy" appears only in one paragraph, its essence binds the entire opinion together. The Court observed,

> "62. Article 19(1)(a) has been termed as '*perhaps the most precious of all the freedoms guaranteed by our Constitution*'. Speech and expression form a crucial part of the democratic give and take and serve as a corrective check on public policy. Overall, they promote the discursive health of democracy. Social debate must be enriched by diverse voices and wide participation from across the social spectrum."[1]

The Court scaffolds its opinions on the value of democracy because it chooses to undertake a content-context analysis. It finds that certain dialogues and references to persons with disabilities in the movie could potentially have a discriminatory impact on similarly situated people in the real world and result in their further marginalization. For the Court, the Constitution does not protect one's right to speech at the cost of another's dignity:

> "27. … Derogatory speech and stereotypes usually target the marginalized. The impact of the speech on human dignity; the identity of the speaker and the target; and the linguistic connotations of the speech may be considered in deciding issues around stereotypical speech. The standard of the 'overall message' of a film, in some ways, furthers this emphasis on the importance of context and manner of portrayal in visual media."

The constitutional values of anti-discrimination and dignity, therefore, feed into the Court's focus on placing democracy at the center of its free speech analysis. However, despite being verbose in discussing the international human rights jurisprudence and the steps taken by the state towards alleviating the difficulties faced by people with disabilities and ensuring the "creation of an environment conducive to the above-mentioned rights including substantive equality and opportunity to participate in society" (¶58), the Court stops short of laying down a concrete rule. In fact, it made irreconcilable observations at different points in the judgment. It's an issue that ails judgment writing in India – there is a tendency to write long opinions rather than laying down clear laws by following a set doctrine. Consider ¶70, where the Court noted,

> "70. … we are of the view that the freedom under Article 19(1)(a), that is the creative freedom of the filmmaker cannot include the freedom to lampoon, stereotype, misrepresent or disparage those already marginalized. … if the overall message of the work infringes the rights of persons with disabilities, it is not protected speech, obviating the need for any balancing."[2]

While the phrase "cannot include" may not sound as assertive and prescriptive as "does not include", when the paragraph is read as a whole, the implications are similar. However, the Court dilutes its opinion a few paragraphs later when it takes note of the specific scheme of the free speech right under the Indian Constitution, confusing the reader as to the true scope of the binding rule of the judgment. In ¶¶73-74, the Court observes,

> "73. … We are cognizant that Article 19(2) of the Constitution is exhaustive of the limitations that can be applied on the freedom guaranteed under Article 19(1)(a). …
>
> 74. The language of our discourse ought to be inclusive rather than alienating. … As long as the overall message of the film justifies the depiction of disparaging language being used against persons with disabilities, it cannot be subjected to restrictions beyond those placed in Article 19(2). However, language that disparages persons with disabilities, marginalizes them further and supplements the disabling barriers in their social participation, without the redeeming quality of the overall message of such portrayal must be approached with caution."[3]

Such contrasting statements seem to emerge from the Court's confusion between the question of the standard

[1] Internal citations ignored.

[2] Emphasis mine.

[3] Emphasis mine.

to be followed while applying reasonable restrictions under Article 19(2) – perhaps the restriction on the grounds of decency and morality in the current case – with the question of the scope of protected speech itself under Article 19(1)(a). The Court's earlier observation, the more assertive one, concerns the latter – it speaks to the scope of protected speech under Article 19(1). Once the Court has held that marginalizing speech is not protected under the Constitution, then there is no need to engage with the question of the standard to be applied to determine if a particular speech act falls under a given restriction. It is only protected speech that could be restricted on certain considerations. The fact that the Court chooses to engage with the question of standard further reflects that ¶70 must be treated as obiter, rather than binding law.

A few other aspects are worth mentioning here. India follows a pre-censorship regime for films that are released in movie theatres. The final directions by the Court, as contained in ¶¶72-74, are in the form of recommendations. While many of them concern the functioning and constitution of the Board of Film Certification, a few are also addressed generically to every entity engaged in the visual media space. It is ultimately left to the Board and concerned entities' discretion as to how they wish to use their platforms to create an inclusive space for people with disabilities and contribute to the sensitization of society. While there is a sense of rebuke by the Court against any form of derogatory portrayal of people with disabilities in visual media platforms in the future, there is still no concrete mechanism in place that could sufficiently address the situation if a similar use of derogatory language were to take place. This is particularly true for cases where the producer may use a platform other than cinematographic film, as these platforms are beyond the pre-publication censorship regime.

Expansive understanding of harm

Keeping the uncertainties of the law laid down by the Court aside, it is important to discuss the Court's approach in constructing the limits of the free speech right under the Constitution. The Court uses the harm-based approach and adopts an expansive understanding of the "harms" that could push certain forms of speech acts beyond the protective regime of Article 19(1). Rather than focusing merely on the element of "imminent violence" or elements that could hamper the dignified participation of people with disabilities in public debates, perhaps to present counter-perspectives to the people, the Court construes harm to even include elements such as social exclusion and negative attitudes by other members of society. The Court observed,

> "28. … Recurrent negative portrayals as illustrated above and frequent use of patronizing and offensive language such as 'victim', 'differently abled', or 'unfortunate' to describe individuals continue to perpetuate negative attitudes towards person with disabilities.
>
> 29. The problem with such portrayal is that it channels attention on the medical aspects of impairment rather than the social aspects that actually disable a person. This impacts persons with disabilities as individuals as well, subjecting them to stigma and social exclusion.
>
> 30. … They shape and strengthen the already existing negative assumptions about their abilities. This resultantly exacerbates systemic inequalities, and inhibits their dignified participation in the public sphere for education or employment."

For the Court, every process of society – not just the democratic processes – is relevant under the harm-based approach. Any speech act having the potential to harm an individual's dignity or equal participation in society would be considered beyond the domain of protected speech. This broad understanding of harm carries forward the Court's existing jurisprudence on hate and offensive speeches (see *Amish Devgan v. Union of India*), and when read in light of these cases, we find that even the standard followed to determine the existence or eventuality of harm is very low. Rather than requiring an element of imminency, the Court has held that the mere factum of *likelihood* will satisfy the standard.

Such a lower standard for labeling a speech act as derogatory, and thus, beyond the protected domain, seems to have emerged due to the involvement of vulnerable and historically marginalized communities of people in these cases. This has been a consistent theme in the Court's jurisprudence in recent years, wherein one can witness the growth of a specialized free speech doctrine for cases involving marginalized communities. For instance, in *Indibily Creative Private Ltd. v. Government of West Bengal* (2019), the Court noted,

> "13. … However, we cannot ignore that like all forms of speech and expression, satirical expression may be restricted in accordance with the restrictions envisaged under Article 19(2) of the Constitution. For example, when satire targets society's marginalized, it can have the power to confirm and strengthen people's prejudices against the group in question, which only marginalizes and disenfranchises them more."

Similar expositions can be found in *Amish Devgan* (2020) and *Nipun Malhotra* (2024). The development of differing free speech doctrines for speech acts – particularly those that are offensive – directed towards the historically marginalized/vulnerable communities and the majorities is significant. But more on this in the next section.

Problematic aspects of the opinion and its potential dangers

As noted above, the Court adopted a combination of two approaches to reach its decision. First, it opted for a content-context analysis, and second, it privileged the value of democracy along with a broad reading of potential social harms in determining the limits of protected speech. It would be interesting to contrast this approach of the Court with that of another case, *Indibily Creative*.

The factual backdrop of *Indibility Creative* was somewhat similar to that of *Nipun Malhotra*, with some crucial differences. The case involved a satirical movie that had been approved for screening by the Board of Film Certification. However, a few days before its scheduled release, police authorities demanded an advance screening on the grounds "that the contents of the film may hurt public sentiments which may lead to political law and order issues" (¶4). The petitioners resisted this demand, only to discover on the day of the release that the authorities had instructed the theatres to take the movie off screens.

The Court decided in favor of the petitioner and even recognized the affirmative aspect of the free speech right by mandating the state to provide protection to the theatres in case of any law-and-order situation. In reaching its decision, the Court privileged the value of self-expression and the notion that truth could only be discovered in a marketplace of ideas. It expressly chose to disregard the potentially offensive nature of the speech acts involved by noting that,

> "13. … Protection of the freedom of speech is founded on the belief that speech is worth defending even when certain individuals may not agree with or even despise what is being spoken. … The reasons to defend free speech are both moral and instrumental. Moral arguments for the defense of free speech range from a conception of what it is to be a person, to the idea that curtailments of speech and expression are an infringement of an individual's autonomy or dignity – either as a speaker or a listener, or both. … The instrumental argument on the other hand is based on the notion that preserving free speech produces tangible benefits, whether in terms of increased personal happiness, a flourishing society, or even economic benefits."[4]

In contrast to *Nipun Malhotra*, note the content-neutral approach of the Court once it decides to privilege a different set of values. Interestingly, both the decisions are authored by the same judge, and the Court makes a reference to the works of Ronald Dworkin and JS Mill in both the decisions, only to quote them with approval in *Indibily Creative* and reject their theses in *Nipun Malhotra*. The only way to explain this difference in approach is by shifting the focus to the target of the impugned speech acts, and the impact such speech may have on them. While *Nipun Malhotra* involved the use of derogatory language against a historically marginalized community, *Indibility Creative* involved a plot revolving around attempts to rescue the marginalized. Its satire was targeted against the social and political elite.

For a multitude of reasons, I argue that this approach is not appropriate, and the Court must tread cautiously in developing this doctrine in future cases. First, the Court is choosing free speech values on the basis of convenience rather than as a matter of principle and consistent doctrinal developmental of the law. It seems that while approaching these cases, the Court holds a certain idea of society in mind, imagines a certain form of public order, and then enforces it using the most convenient value. This could allow future judges to pick and choose from a

[4] Internal citations ignored.

basket of values to justify their personalized understandings and opinions.

Second, privileging democracy as a value to design a broad idea of harm is an approach that necessarily involves an assessment of the impugned speech acts by the judges. It allows the Court to sit as an arbiter of the content of the speech. The protection of marginalized communities, therefore, comes at the cost of enhanced judicial discretion and the potential of creeping paternalism. There are benefits to adopting *Indibily Creative's* approach over the one adopted in *Nipun Malhotra*, even in cases involving marginalized communities. As the Court itself noted, "social debate must be enriched by diverse voices and wide participation from across the social spectrum." In the current time, access to audience and content creation over social media is easier than ever before in human history. People are proactive in using technology to not only engage with speech acts but also challenge them effectively. There is a genuine marketplace of ideas where every idea, opinion, and message is contested, reducing the significance of judicial intervention that comes with a set of potential dangers mentioned above. People have already used this space to produce movies with counter-perspectives. For instance, consider Srikanth, a recent movie about how a visually impaired individual fights existing prejudices in society to claim their rightful space. These counter-narratives help develop newer perspectives and provide society with the opportunity to introspect and mend their attitudes.

Third, adopting differing standards depending on the target of the speech makes the free speech analysis community-centric, rather than individual-centric. While it is true that individuals belonging to a marginalized community may face severe and multi-faceted implications of being subject to derogatory speech, one must not dismiss the implication that individuals – irrespective of their social belonging – may suffer at a personal level when they are subject to offensive speech.

Concluding remarks

The decision of the Supreme Court could perhaps be considered an excellent exposition of desired social conduct. It makes for a good resource for understanding the existing global legal structure and positive state actions being taken to support people with disabilities. However, there are concerns regarding the way the Court approaches the free speech questions involved. The guidance-laden path overshadows judicial exposition on legal doctrine, leaving the reader with more questions than answers. In its effort to assume the seat of a social reformer, the Court fails to perform its judicial activities well. The judgment looks more like a policy opinion than a judicial opinion. I hope this approach to judgment writing is internally reflected upon.

Sarthak Gupta

Lights, Camera, Inclusion?

The Indian Supreme Court's Non-Binding Stance on Disability Humor

doi: 10.59704/e23e3731add685e7

On July 8th, 2024, the Supreme Court of India ruled in

While the judgment provided an in-depth analysis of creative freedom and the rights of persons with disabilities, it stopped short of issuing binding directives. Instead, the Court offered non-binding guidelines and recommendations to certification bodies, explicitly acknowledging that judicial interference in such matters would be rare. While highlighting important issues, this approach of the Court lacks the teeth necessary to effect meaningful change in how disabilities are portrayed in media.

The case of Aankh Micholi

The case concerns a petition challenging the screening of the movie "*Aankh Micholi*" (which means "Hide and Seek"). The petitioner, a Disability Rights activist, contended that the movie reinforces harmful stereotypes, promotes inequality, and fails to foster empathy toward individuals with disabilities. By highlighting specific instances of perceived misrepresentation and offensive language in the film, the petitioner sought to demonstrate a pattern of insensitivity and misconception. Furthermore, the petitioner extended the critique to the regulatory body, asserting that the Central Board of Film Certification has neglected its statutory duty in certifying the film.

Indian Supreme Court's (im)balance

The Supreme Court of India, in its judgment, addressed the delicate balance between creative freedom in filmmaking and the rights of persons with disabilities. The Court reaffirmed the importance of freedom of speech and expression, recognizing it as a fundamental right protected under Article 19(1)(a) of the Indian Constitution. It acknowledged that filmmakers' right to exhibit films falls within this freedom. However, the Court also emphasized that this freedom is not absolute and can be subject to reasonable restrictions under Article 19(2), particularly when it comes to matters of decency and morality.

In discussing the rights of persons with disabilities, the Court highlighted the shift from a medical model to a social model of disability, as reflected in the Rights of Persons with Disabilities Act, 2016 (RPwD Act). The medical model of disability explains disability as resulting from a health condition, disease, or trauma that can disrupt a person's physiological or cognitive functioning. In contrast, the social model of disability emphasizes the barriers that people with disabilities face, rather than focusing on the impairments and deficits of the individual with a disability. The Court emphasized the importance of dignity, equality, and non-discrimination for persons with disabilities. The Court noted that historically, media portrayals of persons with disabilities have often been oppressive and stereotypical, which can reinforce negative attitudes and hinder their full participation in society. The Court drew a distinction between "disabling humor" which demeans and disparages persons with disabilities, and "disability humor" which challenges conventional wisdom about disability (para. 66). It suggested that context, intention, and overall message must be considered when evaluating portrayals of persons with disabilities in media (para. 63).

Regarding the present case of the movie "Aankh Micholi", the Court declined to interfere with the certification granted to the film by the Central Board of Film Certification (CBFC). It reiterated its stance on minimal interference with decisions of expert bodies like the CBFC, especially when it comes to allowing the exhibition of a film. The Court noted that the certification implied that the Board found the overall message of the film to be in accordance with the guidelines and the RPwD Act. While the Court did not issue new guidelines or direct changes to the composition of certification bodies, it provided a framework for consideration in the portrayal of persons with disabilities in visual media. This framework emphasizes inclusive language, accurate representation, diverse portrayals, and collaboration with disability advocacy groups (para. 74).

Supreme Court's seek and hide

The Indian Supreme Court's approach in this judgment reflects a careful balancing act between freedom of expression and protections against discriminatory portrayals, while ultimately leaning towards prioritizing expressive freedoms. This prioritization is evident in several aspects of the ruling. First, the Court reaffirms the principle of minimal interference with the decisions of expert bodies under the Cinematograph Act, stating that, "we endorse slow interference with the determination of an expert body under the Cinematograph Act, particularly to allow the exhibition of a film" (para. 72.1). This deference to the existing certification process suggests a reluctance to impose additional judicial constraints on creative expression. Furthermore, the Court explicitly recognizes the filmmaker's creative freedom under Article 19(1)(a), while acknowledging its limits, that the creative freedom of the filmmaker under Article 19(1)(a) cannot include the freedom to lampoon, stereotype, misrepresent or disparage those already marginalized. However, the Court stops short of providing a clear mechanism for enforcing this limitation, instead leaving it largely to the discretion of the certification bodies. This approach prioritizes the existing framework of speech regulation over introducing new judicial interventions.

The distinction between "disabling humor" and "disability humor", while potentially useful as a heuristic device, does not substantially alter the fundamental approach to assessing speech under Article 19(2) of the Constitution. The Court's approach stipulates a sliding scale of scrutiny rather than a clear-cut distinction between protected and restricted speech. Moreover, the lack of precise definitions for terms further complicates their application, especially given the varied contexts in which media content can be consumed in the digital age. This ambiguity makes it challenging for creators to confidently judge whether their work adheres to the guidelines or potentially infringes on the rights of persons with disabilities. Subsequently, the Court's emphasis on analyzing films as a whole, considering their overall message, only protects the creators working in good faith.

In its reasoning, the Court also adopted an overly broad harm-based approach when dealing with speech potentially affecting marginalized communities. As Anmol Jain argued, this expansive interpretation of harm includes social exclusion and negative attitudes. While acknowledging the Court's intention to protect vulnerable groups, Jain warns that this approach risks increased judicial paternalism and a shift from individual-centric to community-centric free speech analysis, potentially stifling diverse voices in public discourse.

Furthermore, the Court's reluctance to recommend specific changes to the film certification process further underscores this prioritization. For instance, it declined to mandate the inclusion of disability experts on certification panels, noting that "it is beyond the remit of constitutional courts to specify the qualifications or expertise that the constituents of these bodies must possess or to direct that such a requirement be legislatively included into the statute" (para. 72.5). This stance reflects a preference for preserving the existing balance of speech regulation rather than imposing additional restrictions.

The Court's treatment of potentially problematic language and portrayals is also telling. While acknowledging that language disparaging persons with disabilities marginalizes them further and adds to the barriers in their social participation, the Court qualifies this by adding "without the redeeming quality of the overall message of such portrayal" (para. 74). This caveat allows for potentially discriminatory elements if justified by the film's broader context, prioritizing artistic expression over blanket protections against negative portrayals. Moreover, the Court explicitly states that as long as the film's overall message justifies the depiction of disparaging language being used against persons with disabilities, it cannot be subjected to restrictions beyond those placed in Article 19(2). This indicates that freedom of expression, as protected by Article 19(1)(a), takes precedence over additional restrictions that might offer stronger protections against discriminatory portrayals.

While the Court does provide a framework for the respectful portrayal of persons with disabilities, it explicitly frames these as recommendations rather than binding constitutional requirements. The Court noted that representation of persons with disabilities must regard the objective social context of their representation and not marginalize persons with disability but it follows this with a list of suggestions rather than mandates. This approach allows for continued flexibility in artistic expression while encouraging more sensitive portrayals, further weakening the protection against discrimination. It places the onus on filmmakers and certification bodies to voluntarily adopt more inclusive practices, without provi-

ding a robust mechanism for accountability. While well-intentioned, these non-binding guidelines lack the force necessary to effect meaningful change in how disabilities are portrayed in media.

A missed opportunity

The Court's ruling in this case is a missed opportunity for constitutional evolution regarding the limits of free speech when it comes to marginalizing vulnerable groups. While providing a thoughtful framework for portraying persons with disabilities in visual media, the Court could have taken a bolder stance by explicitly recognizing certain forms of "disabling humor" as speech that could be restricted under Article 19(2) of the Constitution. Such an approach would have provided a clearer legal basis for addressing speech that perpetuates harmful stereotypes and further marginalizes vulnerable groups like persons with disabilities.

The Court could have framed this issue through the lens of constitutional morality and public interest, arguing that the perpetuation of demeaning stereotypes about persons with disabilities is contrary to the constitutional values of dignity, equality, and social justice. It could have contended that such speech undermines the objectives of the RPwD Act and impedes the full participation of persons with disabilities in society. Furthermore, the Court could have asserted that there is a compelling state interest in protecting vulnerable groups from further marginalization, which aligns with the directive principles of state policy.

By adopting this approach, the Court could have established a more robust constitutional framework for addressing discriminatory speech against marginalized groups, provided lower courts with clearer guidance on balancing free speech with the rights of vulnerable populations, and signaled a strong commitment to evolving constitutional interpretation in line with changing social awareness about disability rights. However, the Court's reluctance to expand the interpretation of Article 19(2) reflects a conservative approach to constitutional interpretation. While the guidelines provided are valuable, they lack the legal force of a constitutional ruling. The judgment leaves the rights and dignity of people with disabilities vulnerable, relying on voluntary adoption of inclusive practices rather than enforceable mandates.

Ahmed Elbasyouny, Feisal Amin al Istrabadi

Taming the Shrew

Inter-Judicial Rivalry in Iraq

doi: 10.59704/dbb6f0e08fa3e0aa

On May 30th, Iraq's Court of Cassation (CC) issued an unprecedented decision invalidating a previous ruling by the country's highest court in the land, the Federal Supreme Court (FSC). The decision subverted the appropriate hierarchy between both courts and has subjected the FSC under the judicial oversight mandate of the Court of Cassation.

In this blog, we take issue with the view of the CC on its mandate over the FSC as well as its reasoning with regards to the scope of the FSC's constitutional review powers. Despite the notorious self-aggrandizing proclivity of the FSC, we show that the Court of Cassation fails to offer a legally sound or theoretically coherent defense for its claim to judicial supremacy.

Marbury in Baghdad

In a *Marbury*-like scenario, Iraq's current judicial crisis began similarly with a dispute involving judges. A retiring judge challenged a provision in the Pension Law (2014) which allows judges to retain 80% of their salary after 30 years *in the prosecution or judiciary*. The FSC sided with the judge, finding that excluding career time spent in other state entities, inter alia, violates the principles of equality and equal opportunity enshrined in the Constitution. The decision struck down the unconstitutional part of the article and maintained the rest of it.

In April 2024, another judge's retirement request was denied by the Supreme Judicial Council and on appeal. Citing the FSC decision, he appealed to the Court of Cassation but lost again. In a five-page decision, the CC invalidated the FSC ruling, asserting that it overstepped the parliament by exercising the function of lawmaking through amending the contested article itself. The CC flagged the separation of powers violation and declared the decision of the FSC as *sententia non existens*, stillborn with no legal effect, since it falls outside the competence of the FSC to begin with. More critically, the CC asserted its own mandate in reviewing decisions by all courts, based on Article 12 of the Judicial Organization Law, including those by the FSC.

Damage control efforts were initiated within a week of the ruling by the President of the Supreme Judicial Council (who is also the President of the CC), in the form of a meeting between the CC and the FSC. The meeting concluded with both courts agreeing to adhere to their respective constitutional jurisdictions and to consult each other to reach consensus *before* issuing decisions regarding matters not explicitly covered by law. Instead of settling the competition for judicial supremacy, this agreement could open the door for all parties aggrieved with FSC decisions to contest them, potentially plunging the entire Iraqi judicial system into wilderness. This is especially troubling given that many FSC decisions involve appeals against the Court of Cassation. What is more, allowing external influences to affect judges beyond the confines of the FSC courtroom that might occur through the envisioned consultations runs counter established norms of judicial independence.

Self-aggrandizement and Pandora's box

The Iraqi Federal Supreme Court is not popular amongst many political factions in Iraq. This is likely due to the FSC's significant influence over Iraqi federal and electoral politics, despite the fact that it has operated without a law specifying its composition, rules of procedures and so on for more than 19 years now. Instead, the FSC still functions under Law 30/ 2005 of the transitional phase which leaves major questions unaddressed.

The Court's self-aggrandizement has earned it many enemies both inside and outside Iraq, with some calling for intervention from Washington and the EU, accusing it of serving foreign interests. Internally, it faces charges of politicization, overstepping authority, undermining democracy, and emulating the Ba'athist Revolutionary Court. The Court's composition (9 judges: 5 Shias, 2 Sunnis, and 2 Kurds) and its simple-majority voting system have raised concerns about bias against Sunni and Kurdish minorities. Decisions, such as allowing Nouri Al-

Maliki to form the government despite not winning the largest electoral bloc, centralizing power away from Kurdistan's Autonomous Government, denying Kurdish quota in parliament, and removing the Sunni Speaker of the Parliament, are criticized as patterns of flawed constitutional interpretations and judicial overreach.

New democracies and judicial supremacy

Struggles for judicial supremacy are common in new democracies, where a newly-introduced constitutional review body often competes with existing structures. Struggles can take the shape of legal contestation (e.g. Postwar Italy), gatekeeping (e.g. Arab-Spring Jordan), or public defiance (e.g. post-coup Turkey). Courts with a tradition of constitutionalism are less susceptible to such struggles as they have developed doctrinal safeguards for judicial self-restraint such as presumptions of constitutionality, constitutional avoidance, political questions doctrine, non-justiciability, etc.

Iraq is no exception to the pattern seen in new democracies. Rather than treating the Pension Law challenge as an administrative dispute – to be referred to the Administrative Judiciary, the FSC inappropriately elevated the issue to a constitutional matter and refused, once again, to exercise judicial self-restraint. This is not to suggest that the CC decision is a fitting response, but rather to explain how extreme judicial activism can be detrimental to new courts. The major difference in Iraq is however the far-reaching impact of the decision, which extends beyond a single case. In Iraq, the conflict – which seems to have been settled with the CC winning – has been about the essence of judicial review power and terminating the FSC's reign as a final arbiter and highest court of the land. The CC's judicial coup, however, rests on a flawed doctrinal foundation and runs counter to the judicial hierarchy set out by Iraq's constitution.

Errors in the judgment

Article 12 of the 1979 Judicial Organization Law, enacted before the creation of the Postwar FSC, is the legal basis for the CC's decision. The Article, which designates the CC as the "*highest judicial body that exercises judicial oversight over all courts ….*", has been interpreted recently by the CC to include decisions by FSC. This runs against Article 94 of the 2005 Constitution's clear-cut language declaring the decisions of the Federal Supreme Court "*final and binding on all authorities*." As it attempted to invoke a legal article to override a constitutional provision, the CC established itself as the final arbiter over the FSC, a capacity which the CC clearly lacks.

What is more, the CC's reasoning with regards to the FSC's lawmaking function also misunderstands the nature of constitutional review. The CC claims that because the FSC does not have the power to amend a legal provision in the course of invalidating it, the FSC should have requested Parliament to amend it. Besides the self-contradiction – since the CC itself erred by not referring the case back to the FSC for reconsideration, which could have addressed the interests of both courts – there are two key pieces of evidence against the CC's view.

First, imagine a scenario where the court faced the provision: "No one shall criticize the government or incite violence". It would be erroneous to suggest the court lacks the power to strike the phrase "criticize the government" while maintaining the rest of the article intact. The power to declare a statute unconstitutional can be seen as an exercise of negative lawmaking. This would render the CCs assertion that lawmaking is an exclusive parliamentary prerogative not entirely correct. Lawmaking certainly starts with the parliament, but it never ends with it. The CC understands judicial review as a veto power, where in fact it is more like lawmaking, in its negative sense. The judiciary participates in the process through a range of actions from striking down an unconstitutional statute to interpreting one more narrowly or broadly. By simply *removing* the unconstitutional language in statute, the court is neither introducing ex novo or substantive language nor dismembering the statute (using the Richard Albert term). This is not to deny that the FSC was after a positive law-making role (examining legislative oversight – failure of the legislature to enact constitutionally-mandated legislations), but removing unconstitutional parts of an article is far from "transgression", as the court itself affirmed in earlier judgments.

Second, nothing in the 2005 Constitution prohibits the FSC from partaking in amending an article by deleting the unconstitutional part of it. Likewise, there is nothing regarding the modus operandi of the Court that requires it to send the amendment back to Parliament or freeze the article altogether until Parliament takes an action. While many constitutional laws and traditions delineate the permissible court action in relation to parliament, the Iraqi constitution does not. In the absence of legal pa-

rameters, *constitutional courts* may legitimately and reasonably self-empower to fill in any legal void by the power vested in them for exercising judicial review and acting as the final arbiter. This has been observed in tens of cases on the evolution of judicial review, even in the Arab region, but also on unconstitutional constitutional amendments in India, Colombia and elsewhere.

Who tames the shrew? Not you, CC.

Admittedly, self-empowering is a precarious situation since courts can do it egregiously, with little room to challenge the final arbiter, unless they change their minds about certain powers or judgments. In Iraq, the FSC has, in fact, changed its mind several times, for better or worse, which leaves this as an option on the table, especially considering the recent conflict.

Yet, the biggest deterrent to an unfavorable judicial power grab by courts is always constitutional change. In all cases however, taking away from the highest court of the land, is not the job of any other court, but is that of parliaments or constituent assemblies – for the purpose of relieving the counter-majoritarian anxiety and not to exacerbate it. Whether it's jurisdiction stripping in the USA or mechanisms such as Article 66(2) of the Mongolian Constitution (requiring the Constitutional Court to revisit its judgment if rejected by parliament), such decisions are about the rules of the game and should not be made by any court.

Conclusion

The FSC's extreme display of judicial power and self-aggrandizement was detrimental to its long-term survival as the rightful contender of judicial review and *res judicata*. The CC decision and the judicial cohabitation proposal of the Supreme Judicial Council aim to turn the relationship between the FSC and the Court of Cassation into a circular one rather than hierarchical. One where the FSC maintains its "power of final decision" while the CC holds this power in check.

We maintain the view that the CC was wrong on two counts, legally and doctrinally. First, by restructuring hierarchy and declaring itself above the purview of the highest court of the land without a constitutional authorization. Second, in assuming that lawmaking should not intersect with judicial review and denying the FSC the right to remove (not even to add) part of an article that it sees unconstitutional.

Should Iraq want to curb the power of the FSC – and it should – the country must not rely on judicial power struggle and instead address it through democratic means.

Masahiko Kinoshita, Guy Baldwin, Ayako Hatano

Breaking with Conservatism?

A Bolder Japanese Judiciary on the Rights of Sexual and Gender Minorities

doi: 10.59704/4c53e0f2de6b1f07

The Japanese Supreme Court has been described as "the most conservative constitutional court in the world". And, though lower courts can sometimes be more active, the Japanese judiciary as a whole tends also to be referred to as conservative. However, recent developments challenge this view. In particular, Japanese courts have begun to issue rulings in favour of the rights of sexual and gender minorities on issues like same-sex marriage and gender recognition. Do these decisions suggest that the conservatism of the Japanese judiciary (and specifically of the Supreme Court) has been overstated – or are they signs of change? In this post, we examine recent moves by the courts in Japan and consider possible explanations of their actions.

Recent developments in the Japanese courts

Despite having the power of constitutional review under Article 81 of the 1946 Constitution, the Japanese Supreme Court has only struck down 13 laws in its history. This limited use of its review power often draws criticism, though such criticism can seem overstated, especially when compared with countries with very active judiciaries. The often deferential approach of the Japanese judiciary takes place in the context of a political system dominated by a single party, the Liberal Democratic Party (LDP), which is generally considered conservative and has held power almost continuously since 1955.

In particular, Japanese courts have generally been reluctant to rule that laws and regulations concerning family and gender issues violate the Constitution. For example, the Japanese Supreme Court upheld the provisions of the Civil Code that treated out-of-wedlock children less favourably than those born within wedlock for inheritance purposes in 1995, though these provisions were eventually held unconstitutional in 2013. The Court also declined to find unconstitutional the requirement that married couples share the same surname in 2015 and 2021. In 2019, the Supreme Court rejected a constitutional challenge to a requirement under the Act on Special Cases in Handling Gender Status for Persons with Gender Identity Disorder requiring transgender persons to have "no reproductive glands", or have them be permanently non-functional, to change their legal gender recognition by the order of a family court.

However, recent developments suggest a possible shift in approach, which first appeared evident in non-constitutional cases. In March 2021, the Supreme Court confirmed that a partner in a *de facto* same-sex couple could claim damages for infidelity in the same manner as opposite-sex couples. In July 2023, the Supreme Court ruled illegal the Ministry of Economy, Trade and Industry's refusal to allow a transgender female employee, who had not undergone gender reassignment surgery and was still listed as male on her family register, to use the women's restroom near her office. In March 2024, the Supreme Court held that same-sex couples in a *de facto* marriage should be included as recipients of crime victim compensation for bereaved family members.

This trend has reached constitutional cases. In October 2023, the Supreme Court found unconstitutional the legal provision that required removal of reproductive glands as a condition for legal change of gender, which it had itself ruled constitutional four years earlier. The Supreme Court held that freedom from bodily invasion is guaranteed by Article 13 of the Constitution – which requires respect for people as individuals and consideration of their right to life, liberty and the pursuit of happiness – and that treatment in accordance with one's gender identity is an important legal interest united with one's personhood. The Court then reached a unanimous conclusion that requiring the removal of reproductive glands as a condition for gender reassignment was constitutionally impermissible as an excessive restriction.

We can also observe significant activity in the lower courts regarding same-sex marriage. The Japanese legal system grants legal marriage only to opposite-sex couples. In 2019, Marriage for All Japan (MFAJ) was created to advocate for same-sex marriage, and six lawsuits

were filed, led by MFAJ, challenging the constitutionality of the current system under Article 13, Article 14 (which protects equality) and Article 24 (which protects marriage rights). Of the six rulings at district court level, only the Osaka District Court found that the current laws that do not recognise same-sex marriage are entirely constitutional, while two courts found the laws to be unconstitutional and three courts held them to be in an "unconstitutional state". Further, the Sapporo High Court on 14 March 2024, in the first decision at high court level, also ruled them unconstitutional. One issue in these cases is that the wording of Article 24(1) of the Constitution could be read to limit marriage to opposite-sex couples ("[m]arriage shall be based only on the mutual consent of 'both sexes' "). However, the Sapporo High Court interpreted Article 24(1) as guaranteeing same-sex marriage to the same extent as opposite-sex marriage.

Possible factors behind the judicial decisions

Why have the Japanese Supreme Court and lower courts, once famous for their conservatism, issued pro-rights decisions for sexual and gender minorities in recent years? In some cases, such as those involving same-sex marriage, the Japanese courts are addressing issues that they have not previously encountered. Nonetheless, the findings of unconstitutionality in respect of the current marriage laws by multiple lower courts, including the Sapporo High Court, are significant. Moreover, in other cases, the courts are revisiting previously considered issues and reaching different conclusions, such as in the contrasting 2019 and 2023 rulings on legal gender recognition for transgender people. Here, we propose some possible explanations for this apparent shift.

One possible explanation is the growing social acceptance of sexual minorities in Japan. Although national legislative action has been slow, a 2023 survey showed that about 68% of all Japanese citizens, and 84% of those aged 18-34, favour the introduction of same-sex marriage. Moreover, nearly 460 municipalities have adopted partnership systems that officially recognize same-sex couples, though this is not equivalent to recognition under national law and does not confer the same rights as marriage. In 2017, the Japan Business Federation (Keidanren), a major economic organisation, emphasised the urgent need for a diverse and inclusive society with greater acceptance of sexual minorities. The Diet in June 2023 also passed an Act for promoting "understanding" of sexual and gender minorities (though the Act has been criticised as it does not provide for same-sex marriage, or any binding requirements of non-discrimination towards sexual and gender minorities). These circumstances may make it easier for the Supreme Court and lower courts to issue decisions that protect the rights of sexual minorities and even encourage them to do so.

A second factor is the maturation of constitutional doctrine in the Supreme Court, and its application to the legal merits of the cases. Over time, the Court has been gradually developing and refining constitutional doctrines, enabling it to address politically controversial issues more convincingly within existing legal frameworks. In particular, the balancing tests developed by the Supreme Court, while distinct from the European model of structured proportionality, facilitate determinations that regulations imposing severe restrictions on constitutional rights may be unconstitutional. The 2023 transgender rights decision was the culmination of the development of constitutional balancing tests, applied to the circumstances of a "harsh" requirement of removal of reproductive glands. The Supreme Court has also developed constitutional doctrines regarding Article 24 on marriage and family, as well as tests for equality under Article 14, which lower court rulings applied to explore the same-sex marriage issue.

Third is the trend among much of the world towards the protection of sexual and gender minorities. Courts in various jurisdictions including Germany, Hong Kong, and elsewhere have ruled that laws requiring surgery for gender reassignment to be recognised are unconstitutional. The introduction of same-sex marriage has also gained traction not only in Western countries but also in Asia, including Taiwan, Nepal and Thailand. Human rights treaty bodies and regional courts such as the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights have also recognised human rights obligations relating to these issues. The UN Human Rights Committee has urged Japan to ensure that same-sex couples can enjoy all rights under the International Covenant on Civil and Political Rights, including same-sex marriage, and Japan has received similar recommendations during periodic reviews at the UN Human Rights Council. The Japanese Supreme Court and lower courts are sometimes attentive to international legislative and case law developments, and certain developments have been referred to in their rulings.

Fourth is the evolution in approaches to constitutional litigation. In 2018, the organisation "Call 4" was established as a platform to support litigation to protect the rights of citizens through crowdfunding. This alleviates financial burdens on lawyers and plaintiffs and also helps develop strategic litigation that is more visible and garners broader support with digital platforms. Many significant recent constitutional lawsuits have leveraged the Call 4 platform, including the MFAJ's lawsuits on same-sex marriage and another lawsuit challenging the constitutionality of the requirement of the same surname for married couples, recently filed in March 2024 (the third round of litigation relating to this). It should also be noted that the development of constitutional doctrines has increased the number of avenues for lawyers to present compelling constitutional arguments to the courts.

Fifth, changes in the political landscape may be relevant. The right wing of the LDP, especially the Seiwa-kai faction led by powerful politicians including former prime minister Shinzō Abe, has long advocated for conservative views on gender and family issues. As the ruling party, the LDP has the potential to intervene in Supreme Court appointments through the Cabinet. However, the current prime minister since 2021, Fumio Kishida, is from the more moderate Kōchikai faction. Further, after former prime minister Abe's assassination in 2022, it came to light that the Seiwa-kai had close ties with the Unification Church, which has been criticised for controversial fundraising practices and alleged abuse towards its followers. In 2023, it was revealed that the Seiwa-kai, along with other factions, may have broken the law in its management of political funds. The Seiwa-kai was ultimately dissolved in January 2024 (in addition to some other LDP factions). It might be argued that the weakening of conservative politicians in the LDP has reduced the potential risk of backlash from rulings that advance rights.

Some of the factors mentioned could facilitate a more active stance by the Japanese judiciary generally, not only regarding sexual and gender minority rights. This trend appears in some recent decisions: in 2022, the Supreme Court found unconstitutional an Act that prevented Japanese people living overseas from voting in national review of Supreme Court justices; and recently, in July 2024, it ruled unconstitutional the (previously repealed) Eugenic Protection Act, which had enabled forced sterilisation, and ordered the government to pay damages for victims, removing the limitation period. The fact that – of the 13 statutes the Supreme Court has held unconstitutional in its 77-year history – three are from the most recent two years may point to a wider shift in its institutional role.

Conclusion

Do recent developments indicate some kind of sustained transformation in the Japanese judiciary? The factors discussed, including the advancement of constitutional doctrines, suggest the possibility that a meaningful change has occurred. However, it may be premature to draw any firm conclusions. It is possible to argue that the Supreme Court and lower courts have only declared laws unconstitutional in extreme cases that are clearly untenable within the existing legal framework. Ongoing cases will be important for assessing whether and to what extent the Supreme Court has altered its approach, and whether any changes are likely to be sustained.

These cases include the same-sex marriage challenge and litigation around gender reassignment. We consider that it is more likely than not that the Supreme Court will find that the current law that does not recognise same-sex marriage is unconstitutional. However, it remains uncertain whether the Supreme Court will mandate that same-sex couples be granted the same legal recognition as opposite-sex couples (marriage), or permit a civil partnership system with similar substantive rights that is different from marriage. Regarding gender reassignment, the Supreme Court has ruled unconstitutional the requirement for the removal of reproductive glands, but it has not yet ruled on the constitutionality of a separate requirement for genitalia to resemble those of the changed gender. On family issues, it is still unclear whether the Court will uphold the constitutionality of the law requiring married couples to share the same surname, despite concerns about gender discrimination. Nonetheless, it is no longer possible to predict that the Japanese judiciary will simply make conservative decisions in these socially charged cases.

Arifur Rahman

On the Basis of "Backwardness"

Quotas, Gender and the Constitution of Bangladesh

doi: 10.59704/d2765c01edf0de99

Following the reinstatement of a quota system that reserved 56% of vacancies in public service posts for different groups by the High Court of Bangladesh, students in Bangladesh have demanded reformation of the quota system. The student-led protests have since escalated into violent unrest involving clashes with law enforcement agencies. To quell the protest, the government imposed a nationwide curfew, blocked the access to internet, and police were issued a "shoot on sight" order, with more than 100 people having been killed. On 21 July, the Supreme Court of Bangladesh overturned the decision by the High Court and ordered the government to limit the quota to 7%, allocating 5% to the children of Biranganas (war-affected women), martyred freedom fighters and freedom fighters, 1 % to ethnic minorities, and the remainder to people with disabilities and third gender persons. The government of Bangladesh has followed suit. The Supreme Court thereby eliminated the quota of 10% previously reserved for women. This reflects a dangerously narrow conception of equality which could negatively impact Bangladesh's use of special measures such as quotas to redress women's subordinated status.

The quota system controversy: a snapshot

After the liberation war in 1971 and before the adoption of the Constitution, the government decided to introduce the quota measures by allocating 30% of the vacancies for public posts to freedom fighters to acknowledge their contribution. The subsequently adopted Constitution included provisions that allow the Government to use special measures such as quotas to advance "backward" sections of the society while also highlighting women and children as a special group in need thereof [art. 28(4)]. In particular, the Constitution suggests though does not require the representation of the "backward" segment of the society in public employment [art. 29(3)(a)]. While the Government has brought certain changes to the distribution of the quota over the years, until 2018, 56% of all civil service posts were enjoyed by those who fell within the quota categories. This included a quota of 10% for individuals from certain districts, a quota of 30% assigned to freedom fighters including their children and grandchildren, 10% women, 5% for ethnic minorities, and 1% for people with disabilities.

Since Bangladesh is currently grappling with a high youth unemployment rate and the quota system barred most students from holding public posts, students across the country led mass demonstrations demanding the reformation of the quota system. In particular, students criticized the extension of quota benefits to grandchildren of freedom fighters, especially in light of the controversial nature of the freedom fighters list due to its lack of transparency. Additionally, most of the time, public posts under the various quota categories remained vacant as the government failed to find suitable candidates under the quota. Hence, students asked the government to reduce the quota from 56% to 10% by focusing only on the groups who face systematic disadvantages such as ethnic minorities. However, instead of reforming the system, the government decided to abolish the entire quota system. After a descendant of a freedom fighter and six others filed a writ petition, in June 2024, the High Court of Bangladesh, however, ruled that the government decision was illegal and reinstated the quota system.

The Supreme Court's order and its constitutional significance

The High Court noted that the quota for the freedom fighters and war-affected women were announced (5 September 1972) before the Constitution came into effect (16 December 1972). Like other "acts and deeds" done during the transitional period that have been ratified under Article 150 of the Constitution which deals with giving effect to transitional and temporary provisions, the introduction of the quota should be considered legal. It became, to say in the Court's words, a "vested right of the freedom fighters and their children". In response, the government appealed, arguing that quotas in public em-

ployment are policy decisions to be made by the government which the Court cannot intervene in. While this is generally true, the Court has sometimes intervened in matters of policy for the sake of the "greater public interest".

In a brief verdict, the Supreme Court overturned the High Court's decision and delineated 93% of the public posts for general students. The Court preserved the quota for freedom fighters, people with disability, ethnic minority and third gender persons but struck down women's quota. It justified its intervention under Article 104 which allows the Supreme Court "[....to issue such directions, orders, decrees or writs as may be necessary for doing complete justice in any cause or matter pending before it....]". The term "complete justice" does not have any defined contents and remains as an open-textured idea. It remains to be seen how the court has connected the dots between the policy of affirmative action and the notion of "complete justice". The government has decided to follow the Court's order, despite the Court mentioning that the government has the latitude to change the quota.

The Court's decision in favour of the student's demand is laudable, for it acts as a check against arbitrary policy measures having serious human rights implications, regardless of their benign purpose. However, at the same time, by abolishing the women's quota, the order also evinces a regressive view of Bangladesh's constitutional obligation to achieve equality for which affirmative action for certain segments of society serves as a catalytic means. Specifically, it both ignores that the Constitution specifically envisions the use of special provisions to advance women's equality and indicates the Court's retreat to a formal conception of equality.

Bangladesh's constitutional commitment to equality

Bangladesh has a constitutional obligation to guarantee equality and non-discrimination. Article 28(2), for example, speaks of the equality between men and women. The provision is comparative in nature and thus enshrines a formal approach towards equality: likes should be treated alike. However, an exception to the Constitution's vision of formal equality is Article 28(4) which permits "special provision[s] [to be taken] in favor of women or children or for the advancement of any backward section of citizens". This specifically allows for special measures such as quotas, even if unequal to others, to address the disproportionate marginalization and subordination of different groups. While the Constitution is notably silent on the meaning of the term "backward section", the reference to women and children within the same provision suggests that the term "backward" could be interpreted to include those groups who face systematic injustice due to subordination and vulnerability based on their identity markers. The Court's decision to scrap the quota for women thus runs counter to the Constitution's explicit recognition of women as a rightful beneficiary of quota measures.

A mistaken view of women's (in)equality

The Court's move is especially troubling given the much lower employment rate of women in Bangladesh compared to men. According to the 2022 Household Income and Expenditure Survey, in Bangladesh, women participate at a much lower rate in than men in employment sectors ((42.5% vs 81.3%), with women in urban areas facing even higher unemployment rates than women living in rural areas. When it comes to public services, anything even remote to gender parity remains elusive. For instance, women only represent 6.86% of the Bangladesh Police. Not only does the Court's order thus overlook the actual reality of women's lives in society. Canceling the quota for women also implicitly suggests that the Court considers Bangladesh's society to have reached a point where inequality between men and women no longer exists, rendering any special measures as it pertains to employment for women redundant.

This flies in the face of reality and also contradicts its prior acknowledgment of the deep-seated subordination that women face in society. In the Shamima Sultana Seema case (2005), while dealing with the reserved seats for women in parliament, the Court emphasized that to address the issue of special measures, it is important to go beyond the requirement of sameness in understanding (gender) equality to make sense of the context where women operate. It pointed out how gendered expectations such as care work have a discriminatory impact on women's lives. Thus, special measures were to remedy the wrongs women have suffered historically because of their "unique" position in the society. The Court justified the preferential treatment given to women by invoking a substantive conception of equality, pointing out that the goal of such special treatment is ultimately to put women on an equal footing with men.

The Court's view of equality in this case too is subject to criticism. While pursuing equality between men and women is not without its own merit, adopting affirmative action solely on this equality ground can only legitimate those special measures that allow women to obtain what men already have. The rights and privileges of men, in other words, remain the referent point for determining the type of rights and entitlements women should be granted. Instead, the purpose of preferential treatment should be on achieving true substantive equality that should address and acknowledge "the distributional, recognition, structural, and exclusive wrongs experienced" by women without necessarily conforming to the standard of gender equality where men remain the ideal referent. The cancellation of the women's quota therefore runs the risk of not only hindering the achievement of gender equality but also limiting the scope to utilize quota measures for the purposes that, while not necessarily related to gender equality, promote difference, diversity, and inclusivity in the employment sector.

Conclusion

The Constitution has imposed a duty on Bangladesh to ensure equality while allowing the government to adopt special measures for socially disadvantaged groups such as women to achieve the constitutional goal of equality. Indeed, the constitutional provisions for affirmative action ask to take seriously the complex reality that shapes women's experience in society and seek to remedy the wrongs that women have suffered due to the structural disadvantages and subordination. Yet, the recent Court order has struck down women's quota which suggests that the Court has failed to understand the actual reality of women's lives in Bangladesh's society. In turn, the absence of a women's quota will only serve to deepen existing inequalities.

About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 24 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our website). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.



We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.



Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.



Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a donation.

Find all our journal issues on Verfassungsblog.de/blatt.

We also have open access books available. Check them out at Verfassungsblog.de/books.

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL