07/2024
Juli

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20250627-105131-0
URN urn:nbn:de:0301-20250627-105131-0-6

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

Christoph Gusy
Verbotene Vereinsmedien: Zum „Compact“-Verbot durch das Bundesinnenministerium 1264

Thorsten Koch
Vereinsverbote zum Schutze der Menschenwürde: Der Fall „Compact“ 1266

Paula Rhein-Fischer
Zeitungsverbot durch die Hintertür?: Zum Compact-Verbot 1270

Sandra Lukosek
Warum das Compact-Verbot auf Grundlage des Vereinsrechts ergehen konnte: Eine Tour d’Horizon durch bisherige Verbotsentscheidungen 1274

Kathrin Groh
Vereinsverbote und wehrhafte Demokratie: Warum die Einwände gegen das Verbot der COMPACT-Magazin GmbH nicht überzeugen 1279

Thüringen-Projekt Thuringia-Project

Konstantin Kipp
Einstimmig für alle, alle für einstimmig?: Gefahren für die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der EU-Gerichte 1283

Angelika Nußberger
Verfassungskonsenskultur in Gefahr 1287

Parteien & Wahlen Parties & Elections

Bijan Moini
Ist dieses Urteil der Anfang vom Ende der AfD? 1289

Alexander Hobusch
Talkshow für alle?: Der Zugang von Parteien zu Wahlsendungen 1293

Fabian Michl, Johanna Mittrop
Zwischen Prinzipientreue und Pragmatismus: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Wahlrechtsreform der Ampelkoalition 1297

Schuldenbremse & Demokratie Debt brake& Democracy

Nikolas Guggenberger
Deutschlands Filibuster: Warum die Schuldenbremse ähnlich katastrophale Konsequenzen für die Demokratie hat wie der Filibuster in den USA 1301

Nikolas Guggenberger
Germany's Filibuster: Why the Debt Brake – Germany's Version of a Balanced Budget Amendment – Has Similarly Catastrophic Consequences for Democracy as the Filibuster in the USA 1304

Straf- & Sicherhheitsrecht Crime, Security & Law

Kai Cornelius
Warum Cybermobbing bestraft werden sollte: Erneutes Plädoyer für einen Straftatbestand anlässlich der Innenministerkonferenz 1306

Thomas Feltes
Mehr Desselben?: Entgegen kriminologischer Erkenntnisse fordert die Politik wieder einmal mehr und härtere Strafen 1309

Nicola Bier
Eiltransport gegen Eilrechtsschutz: Warum das Bundesverfassungsgericht im Fall von Maja T. das letzte Wort haben muss 1313

Fynn Wenglarczyk
Zeitgenössische Kriminalpolitik in a nutshell: Kennzeichen und Kritik am Beispiel der geplanten Verschärfung des Luftsicherheitsrechts 1316

Simon Pschorr
Volksfeste ohne Cannabis: Die formelle Verfassungskonformität des bayerischen Cannabisfolgenbegrenzungsgesetzes 1321

Verschiedenes Miscellaneous

Lena Gumnior
Flächendeckende Gewaltschutzeinrichtungen: So nah und doch so fern: Ein Blick auf den Gesetzesentwurf für ein deutsches Gewalthilfegesetz 1326

Julia Zinsmeister
Diskriminierend eingestellt: Der Verfassungsgerichtshof Berlin stärkt den Zugang gewaltbetroffener behinderter Frauen zum Strafverfahren 1329

Elisabeth Wondracek
„Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft" meets Grundrechte: Content Moderation durch Kartellrecht, der Fall „Filmwerkstatt Düsseldorf" 1333

Valentin Feneberg, Paul Pettersson
Kein Startschuss für Abschiebungen nach Syrien 1337

Kai Ambos
Rechtsstaat versus Polizeistaat: Ein Review Essay 1340

Europa Europe

Bericht über die Rechtsstaatlichkeit Annual Rule of Law Report

Petra Bárd
Aristotle in the Commission: Seven Steps to Enhance the Commission's Annual Rule of Law Report 1347

Radosveta Vassileva
Bulgaria's Constitutional Drama and the EU Commission's Rose-Colored Glasses 1350

Benedetta Lobina
Breaking Bad all'Italiana: The EU Commission's Assessment of Italy in the 2024 Annual Rule of Law Report 1353

Digitales Digital

Gloria González Fuster
Proximity, Amicable Settlements, and how the EU Guts GDPR Enforcement 1356

Jasper van den Boom, Sarah Hinck
ByteDance v. Commission: The EU General Court Has Set First Bars for Gatekeeper Designation Decisions Under the Digital Markets Act 1358

EU Institutionen EU Institutions

Andrew Duff
Putting the Record Straight About the Spitzenkandidaten 1361

Justine Batura
A Union of Equality?: Recommendations for the Newly Elected President of the EU Commission 1363

Peter van Elsuwege
How Viktor Orbán Challenges the EU's Common Foreign and Security Policy 1366

Alberto Alemanno
Why and How the Hungarian Presidency Must Be Stopped 1368

EMRK ECHR

Veronica Botticelli, Isabella Risini
Ukraine, the Netherlands and 26 Third States Without Russia Before the ECtHR 1371

Daniel Rietiker
Hate Speech on and off the Field: EURO 2024: Assessment of the UEFA Sanctions against Players and Fans in the Light of the ECHR 1374

Frankreich France

Giovanni Capoccia
France's Legislative Elections and the Uncertain Path to 2027 1377

Cyprien Fluzin
The Limits of Contemporary French Constitutionalism: On France's Upcoming Institutional Instability and Possible Scenarios After the Snap Elections 1379

Giovanni Capoccia
The French Fifth Republic Enters Uncharted Waters 1383

Türkei Türkiye

Esra Demir-Gürsel
A Legal Trap for Freedom of Expression 1385

Tolga Şirin
Freedom to Discuss Religion Between Facts and Opinions: The Role of the ECtHR Case Law in a Current Prosecution Case in Turkey 1389

Verschiedenes Miscellaneous

Moritz Weiss, Benjamin Daßler
Soccer Meets Geopolitics: What EU Leaders Should Learn From the Euro 2024 1393

Giulia Raimondo
Beyond Protection: Gender Equality in K, L (C 646/21) 1396

Natalie Alkiviadou
Prison for Fake News: A Proposal to Criminalize Fake News in Cyprus 1399

Ann-Katrin Adriaans
Restitution for Pushback Victims: An Attempt to Turn Back Time 1402

Marta Cartabia
A Network in Defense of the Rule of European Constitutional Law 1405

International International

IGH ICJ

Mischa Gureghian Hall
Giving Covenants Swords: The UN Security Council's Competence to Enforce Provisional Measures of the ICJ 1408

Matthias Goldmann
Die Zeitenwende beginnt im Nahen Osten: Konsequenzen des IGH-Gutachtens zur Illegalität der israelischen Besatzung 1411

Vereinigte Staaten United States

Sarah Katharina Stein
Ein König zum Unabhängigkeitstag 1415

Pruthvirajsinh Zala
Rethinking the History & Tradition Approach: Gun Rights and the US Constitution 1418

Mark Buse
The Supreme Court v. the Administrative State II: Chevron Is No More 1422

Elettra Bietti
Online Speech at the US Supreme Court in Moody v. Netchoice 1426

Adam Ploszka
Poverty as a Crime: City of Grants Pass v. Johnson and Dian v. Denmark 1429

Lateinamerika Latin America

Nelson Camilo Sánchez León
A Historic Verdict Against Chiquita Brands 1432

Mariana Velasco Rivera
A Democratic Mandate to Overhaul Mexico's Judiciary? 1434

Natalia Ángel-Cabo, Agenda Estado de Derecho
"Displacement Due to Environmental Factors Is One of the Great Tragedies of Our Time": An Interview with Natalia Ángel-Cabo, Justice of the Constitutional Court of Colombia 1436

Verschiedenes Miscellaneous

Chile Eboe-Osuji
Why the International Criminal Court's Jurisdiction Doctrinally Attaches to Israeli and Russian Nationals 1439

Pui-yin Lo
The "Hong Kong 47" Verdict: An Explainer 1445

Kalika Mehta, Atel Ongee Paito
All Eyes on Sudan (too): Responding to the Recent Crimes in Sudan 1448

Christian Tietje
Elektroautos, „Strafzölle" und Klimaschutz 1451

Christoph Gusy

Verbotene Vereinsmedien

Zum „Compact“-Verbot durch das Bundesinnenministerium

doi: 10.59704/17eb47434f746e07

Selbstschutz der Verfassung ist ein lernender Prozess. Neue Herausforderungen bedürfen neuer Antworten und ggf. neuer Rechtsgrundlagen. Das gilt umso mehr, wenn die Herausforderungen bekannte und etablierte Szenarien oder Drehbücher überschreiten und deshalb nicht einfach auf der Grundlage von Routinen und Erfahrungen abgearbeitet werden können.

Der neue Rechtsextremismus liefert hier zahlreiche Beispiele, die nicht nur die zuständigen Ministerien und Behörden, sondern auch die Gesetze an den Rand ihrer Möglichkeiten bringen. Grenzüberschreitungen zwischen Protest und Gewalt, Aufrufe zu, Banalisierung oder Billigung von Übergriffen, aber auch systematische Untergrabung der organisierten Demokratie mögen eindeutige Fälle sein. Dazwischen gibt es aber immer mehr Graubereiche, welche die etablierten Formen von Extremismus verschwimmen lassen und neue Frage aufwerfen, wie etwa: Ist das noch freie Meinungsäußerung oder schon deren Negation, indem jedenfalls die rechtliche Gleichheit anderer Menschen in Frage gestellt wird und ihr Recht auf Beteiligung an den öffentlichen Diskursen bestritten wird. Und wer hinreichend lange und lautstark zur Bekämpfung von Andersdenken aufruft, nimmt jedenfalls in Kauf, dass Konsumenten solcher Aufrufe auch zu Gewalttaten schreiten können. Wo Grenzen ausgelotet oder verschoben werden, stellen sich neue Herausforderungen auch an das Recht, das solche Grenzen legitimieren, definieren und hinreichend deutlich machen soll. Verfassungsschutzrecht ist so nicht nur Grenze, sondern zugleich eine Gelingensvoraussetzung des demokratischen Rechtsstaats.

Das Verbot des Compact-Magazins nach § 3 Vereinsgesetz (VereinsG) stößt auf wenig bestelltes Terrain vor. Die Bestimmung ist eine der ganz seltenen Regelungen, nach denen die Bundesinnenministerin als Verbotsbehörde zuständig ist. Die danach zulässigen Maßnahmen betreffen nicht nur den Bestand, sondern auch die Betätigung der Organisationen. Ist der Verein selbst verboten, so darf er sich auch nicht mehr betätigen. Zwar eröffnet Art. 9 Abs. 1 GG den Vereinigungen selbst nur wenige Betätigungsmöglichkeiten: Er eröffnet Bestandsschutz, nicht hingegen Handlungsfreiheit; diese folgt regelmäßig aber aus Art. 19 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem jeweiligen Spezialgrundrecht. Wertungswidersprüche folgen daraus jedenfalls dann nicht, soweit der limitierte Gesetzesvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 GG auch die Schrankentatbestände der Handlungsfreiheiten umfasst, nach dem Motto: Wenn schon der Bestand des Zusammenschlusses untersagt werden kann, kann dies a maiore ad minus auch für seine Aktivitäten gelten. Das ist spätestens seit der Streichung des früheren Religionsprivilegs aus § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersG a.F. im Verhältnis zu Art. 4 GG vertieft diskutiert worden, ohne aber für alle anderen Freiheitsgarantien systematisch ausbuchstabiert zu werden.

Im Falle des Compact-Verbots ist nun der Kontext der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) relevant, die ihrerseits nur unter hohen rechtlichen Hürden einschränkbar ist. Als besondere Ausprägung der Meinungsfreiheit ist sie für die freiheitliche Demokratie „schlechthin konstituierend“ (BVerfGE 7, 198, 208) und daher nur zum Schutz überragender öffentlicher Interessen einschränkbar (zum Schutz privater Rechte, namentlich der persönlichen Ehre, gelten leicht andere Maßstäbe.) Die Abwägung ist dabei besonders sorgfältig vorzunehmen, schützt sich hier doch die Demokratie gegen die Ausübung einer ihrer eigenen rechtlichen Grundlagen, eben der freien Kommunikation. Ob diese Abwägung in Art. 9 Abs. 2 GG bereits hinreichend vorgezeichnet ist oder aber daneben eine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung angestellt werden muss, bedarf weiterer Klärung. Der Text des § 3 VereinsG orientiert sich nahezu wörtlich an Art. 9 Abs. 2 GG und ist ersichtlich auf diesen zugeschnitten.

Was besagt das über die Einschränkbarkeit der Vereinsmedien? Das BVerwG (NVwZ 1995, 595, 598; 1998, 174, 177) hat hierzu festgehalten, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zurücktreten müsse, wo und wenn die Presse in den Dienst der Verwirklichung verbotswidriger Ver-

einszwecke gestellt wird. Das ist gewiss richtig, wenn die maßgeblichen Presseinhalte den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen den Völkerfrieden richten. Geht es um das daneben genannte Schutzgut der „verfassungsmäßigen Ordnung", wird aber wohl weiter differenziert werden müssen: Immerhin ist auch scharfe Kritik an ihr grundrechtlich garantiert. Daher erscheint eine besondere Abwägung notwendig, die sich nicht allein auf das VereinsG stützen kann: Soweit Art. 5 Abs. 2 GG zusätzliche Anforderungen enthält, müssten sie gleichfalls einbezogen werden. Das ist zunächst eine Rechts- und dann eine Tatfrage des Einzelfalls. Und es bedarf gewiss noch juristischer Vertiefung.

Nur am Rande: Eine der Folgefragen betrifft Zuständigkeitsüberlegungen. Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz für das Vereins-, nicht für das Presserecht zu. Zeitungsverbote durch Bundesbehörden können also am ehesten als Annexe zu Vereinsverboten ergehen. Selbstständige Betätigungsverbote, die sich allein auf Medien beziehen, dürften hingegen von der Bundeskompetenz nicht erfasst sein. Aber auch das bedarf noch vertiefter Diskussion.

In der Auseinandersetzung mit den Gegnern der Verfassung beweist und bewährt sich der demokratische Rechtsstaat. Auch dort, wo der Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zweifelsfrei festgestellt ist, sind die Voraussetzungen und Grenzen des Grundgesetzes selbst und der Gesetze zum Schutz der Verfassung einzuhalten. Wenig kann den Verfassungsschutz stärker delegitimieren als administrative Maßnahmen, welche rechtswidrig ergehen und später von den Gerichten beanstandet werden.

Thorsten Koch

Vereinsverbote zum Schutze der Menschenwürde

Der Fall „Compact“

doi: 10.59704/7793ebc637a9823f

Mit dem Verbot der „COMPACT-Magazin GmbH“ und der „CONSPECT FILM GmbH“ ist nach Ansicht der zuständigen Bundesinnenministerin Nancy Faeser „ein harter Schlag gegen die rechtsextremistische Szene“ erfolgt, mit dem zugleich die Bereitschaft zum Vorgehen gegen „die geistigen Brandstifter“ signalisiert werden soll, die „unseren demokratischen Staat überwinden wollen“.

Anders als frühere Verbote verfassungsfeindlicher Vereinigungen hat dieser Vorgang ein umfangreiches Echo in den Medien und der Öffentlichkeit ausgelöst. Schnell meldeten sich Stimmen, die die Frage aufwarfen, ob der Rechtsstaat vorwiegend publizistische Aktivitäten gegen die verfassungsmäßige Ordnung mit Blick auf die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) nicht aushalten müsse; das Spektrum der Statements reicht von gewagten Metaphern (Öffnen der „Büchse der Pandora“) über vorweggenommene Rücktrittsforderungen für den Fall, dass die Verbotsverfügungen vor Gericht aufgehoben werden, bis hin zum Diktum eindeutiger Verfassungswidrigkeit durch einen Verfassungsrechtler und ehemaligen Bundesminister.

Tatsächlich handelt es sich bei dem Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG neben dem Verbot politischer Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG) und der Möglichkeit der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) um einen zentralen – und den praktisch wichtigsten – Teil des grundgesetzlichen Konzepts der „streitbaren“ Demokratie.[1] Dessen Instrumente mögen in der Vergangenheit angesichts jahrzehntelanger politischer Stabilität etwas in den Hintergrund getreten und in der Rechtsprechung durch Rückgriff auf Aspekte der Verhältnismäßigkeit relativiert worden sein, bleiben aber bedeutsam. Richtig ist indes, dass die jetzt erfolgten Verbote von zwei Vereinigungen – nicht deren Publikationen – auf „wenig bestelltes Terrain“ (C. Gusy) vorstoßen.

Als in der Verfassung vorgesehenes Instrument spricht vieles dafür, Vereinsverbote angesichts der aktuellen Herausforderungen, denen sich der freiheitliche Verfassungsstaat gegenübersieht, verstärkt in den Blick zu nehmen. Der schlichte Hinweis auf die grundrechtliche Gewährleistung der Meinungs- oder Pressefreiheit, so die These dieses Textes, reicht auch im Kontext von Vereinsverboten nicht aus, um die Schutzmechanismen der streitbaren Demokratie beiseitezuschieben.

Ein Zuständigkeitsproblem

Zunächst ergibt sich allerdings ein Zuständigkeitsproblem: Der Bund besitzt zwar die Gesetzgebungszuständigkeit für das Vereinsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG) und das Gesellschaftsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), nicht aber beispielsweise für das Presse- oder Versammlungswesen. Auch gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Aktivitäten können indes über öffentliche Äußerungen erfolgen, die dann durch (eigene) Medien – seien dies (Internet-) Videos oder Publikationen – oder auch im Rahmen von Versammlungen propagiert werden. In diesen Fällen stellt sich daher die Frage, ob der Bund die Zuständigkeit besitzt, gegen entsprechende Aktivitäten vorzugehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage bejaht: Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Medienrecht komme insoweit nicht zum Tragen, als es um das Verbot von Publikationen als Folge eines vereinsrechtlichen Organisationsverbots gehe.[2] Dem ist zuzustimmen, da auch verfassungsfeindliche Vereinigungen typischerweise verbal – etwa im Rahmen von Versammlungen – oder durch Publikationen wie Flug- oder Zeitschriften für ihre Positionen werben. Versuche einer Unterscheidung zwischen einem Presse- und einem Vereinsverbot sehen sich daher dem Einwand ausgesetzt, dass Publikationen gerade ein Instrument zur Ver-

[1] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (194 in Rn. 101); BVerwG, Urt. v. 29.01.2020 –6 A /19 = NVwZ-RR 2020, 738 (742 in Rn. 35).

[2] BVerwG, Urt. v. 29.01.2020 –6 A /19 = NVwZ-RR 2020, 738 (742 in Rn. 36).

folgung der (verfassungsfeindlichen) Ziele einer Organisation sind. Von der Bundeszuständigkeit für Vereinsverbote gem. § 3 VereinsG bliebe auch kaum etwas übrig, wenn man in diesem (Regel-) Fall eine Landeszuständigkeit für Verbote aufgrund der Gesetzgebungszuständigkeit für das Presserecht annehmen würde. Mit Blick auf bundesweit agierende Organisationen käme hinzu, dass Maßnahmen eines Landes sich in ihren Wirkungen auf das jeweilige Land beschränken müssten.

Ausgrenzung durch einen „ethnischen Volksbegriff"

Auf der Tatbestandsebene ist zentrale Voraussetzung des Art. 9 Abs. 2 GG, dass Zwecke oder Tätigkeit einer Vereinigung den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten. Das Bundesinnenministerium stützt seine Verbotsverfügungen insbesondere darauf, dass die betroffenen Vereinigungen sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richteten. Zur Konkretisierung dieses Merkmals kann auf die Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung i.S.v. Art. 21 Abs. 2 GG zurückgegriffen werden.[3] Diese umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind;[4] hierzu werden die Menschenwürde, das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip gezählt.[5]

In der Mitteilung des Bundesinnenministeriums zu den Verbotsverfügungen wird ausgeführt, dass die betroffenen Vereinigungen ein „völkisch-nationalistisches Gesellschaftskonzept" verfolgten, das nach deren Ansicht „ethnisch Fremde" aus dem Staatsvolk ausschließen wolle. Ferner würden Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen als „Menschen zweiter Klasse" herabgewürdigt, indem man ihnen „pauschal Negativeigenschaften" zuschreibe. Es darf angenommen werden, dass diese Würdigung in der umfangreichen Verbotsverfügung durch hinreichendes Tatsachenmaterial unterlegt ist. Auf dieser Grundlage steht eine Verletzung der Menschenwürde der Angehörigen bestimmter Bevölkerungsgruppen sowie auch der egalitären Seite des Demokratieprinzips in Form der Gleichheit aller Staatsbürger*innen unabhängig von ihrer Herkunft und ethnischen Zugehörigkeit im Raum: Ein solcher „ethnischer Volksbegriff" ist auf Ausgrenzung gerichtet und verletzt den sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruch der Person;[6] wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist aus Sicht der Verfassung unabhängig von seiner ethnischen Herkunft gleichberechtigter Teil des Volkes.[7]

Weitere Anforderungen an Verbote von Vereinigungen?

Geht man auf dieser Grundlage davon aus, dass sich die betroffenen Vereinigungen gegen zentrale Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung wenden und – wie das Bundesinnenministerium annimmt – den „demokratischen Staat überwinden" wollen, so stellt sich die Frage, ob weitere Anforderungen für ein Vereinsverbot vorliegen müssen. Damit angesprochen sind insbesondere das Erfordernis eines aggressiv-kämpferischen Agierens der betreffenden Organisationen sowie die Reichweite des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Aggressiv-kämpferisches Agieren

Das Erfordernis eines aggressiven und kämpferischen Vorgehens gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung entstammt der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Parteiverboten.[8] In der neueren Rechtsprechung wird hingegen für das Tatbestandsmerkmal des „Darauf Ausgehens" i.S.v. Art. 21 Abs. 2 GG gefordert, dass planvoll gehandelt[9] werden muss und die Erreichung verfassungsfeindlicher Ziele möglich ist („Potentialität").[10] Auf eine solche Potentialität kann es für ein Vereinsverbot aber nicht ankommen,[11] da Vereinigungen i.S.v. Art. 9 GG anders als Parteien nicht auf eine Beteiligung an der Staatswillensbildung abzielen.

[3] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (194 in Rn. 101).
[4] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (205 in Rn. 535).
[5] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (206 ff. in Rn. 538 ff.).
[6] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (246 in Rn. 635).
[7] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (264 f. in Rn. 690 f.).
[8] Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 –1 BvB 2/51 = BVerfGE 5, 85 (141).
[9] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (221 ff. in Rn. 575 ff.).
[10] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (224 ff. in Rn. 585 ff.).
[11] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (199 in Rn. 109).

Mit Blick auf Art. 9 Abs. 2 GG wird daher vom Bundesverfassungsgericht an dem Erfordernis eines aggressiv-kämpferischen Vorgehens festgehalten.[12] Hierin spiegelt sich wider, dass sich ein Vereinsverbot auch im Bereich der Kommunikationsgrundrechte, namentlich der Meinungs- oder auch der Pressefreiheit auswirken kann. Das Grundgesetz garantiere die Meinungsfreiheit im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit und vertraue mit der Vereinigungsfreiheit grundsätzlich auf die freie gesellschaftliche Assoziation und die Kraft des bürgerschaftlichen Engagements im freien und offenen politischen Diskurs.[13]

Dies kann andererseits aber nicht heißen, dass schon die Einschlägigkeit gegenläufiger Grundrechte wie der Meinungs-, Presse- oder Versammlungsfreiheit einem Vereinsverbot entgegensteht. Wenig ergiebig ist es daher, wenn etwa das Bundesverwaltungsgericht ausführt, ein Vereinigungsverbot sei unzulässig, wenn es nur das Mittel ist, um Meinungsäußerungen oder Publikationen zu untersagen, die für sich genommen den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG genießen; der Schutz durch andere Grundrechte dürfe von einem Vereinigungsverbot nicht unterlaufen werden.[14] Das ist zwar abstrakt richtig, verhindert aber nicht, dass die Schutzwirkung anderer Grundrechte durch Art. 9 Abs. 2 GG als besonderer Schrankenregelung und Instrument präventiven Verfassungsschutzes[15] eingeschränkt werden kann. Sofern eine aggressive Haltung gegenüber elementaren Verfassungsgrundsätzen wie etwa der Menschenwürde festzustellen ist, wird vielmehr durch Art 9 Abs. 2 GG die grundsätzliche (Abwägungs-) Entscheidung getroffen, dass kollidierende Grundrechte dem Verbot einer Vereinigung nicht entgegenstehen. Zwar darf die Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland offen kritisiert werden; Meinungs- und Pressefreiheit müssen aber zurücktreten, wenn sie ausschließlich der Verwirklichung verbotswidriger Vereinszwecke dienen.[16]

Nach dem Konzept der „streitbaren Demokratie“ sind zudem keine überzogenen Anforderungen an ein solches Wirken zu stellen. Dies folgt schon daraus, dass nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 GG nicht nur die Tätigkeit, sondern auch der Zweck einer Organisation ein Verbot rechtfertigen kann. Daher wird sich das Ziel einer Überwindung der bestehenden Gesellschaftsordnung auch aus fortgesetzten Verletzungen der Menschenwürde Dritter mit ihren Folgewirkungen für das gesellschaftliche Klima ableiten lassen. Eines Aufrufs etwa zur „gewaltsamen Revolution“ oder anderweitiger Aufforderungen zur Gewaltanwendung bedarf es nicht. Vielmehr muss der Staat in der Lage sein, gegen die Rechte anderer Personen gerichteten Bestrebungen entgegenzutreten, bevor der Frieden in der Gemeinschaft und die Demokratie im Land konkret gestört werden.[17]

Desgleichen ist kein strafrechtlich relevantes Verhalten etwa in Form von Beleidigungen oder gar der Volksverhetzung (§ 130 StGB) zu verlangen. Insoweit gilt für Parteiverbote, dass Art. 21 Abs. 2 GG kein strafrechtlich relevantes Handeln voraussetzt,[18] die Verfassungswidrigkeit einer Partei sich also auch aus strafrechtlich irrelevanten Äußerungen ergeben kann. Davon für Art. 9 Abs. 2 GG abzuweichen, besteht kein Anlass, zumal eine den Strafgesetzen zuwiderlaufende Tätigkeit nach Art. 9 Abs. 2 GG einen eigenständigen Verbotsgrund bildet. Im Ergebnis kommt es mithin darauf an, ob die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland planvoll untergraben werden soll. Sofern dabei die Menschenwürde als „oberste[r] Wert des Grundgesetzes“[19] betroffen ist, muss hierfür ausreichen, dass im Rahmen eines Gesamtkonzepts fortlaufend gegen Personen oder Personengruppen in einer deren Menschenwürde missachtenden Weise agitiert wird.

---

[12] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (197 f. in Rn. 108); s. auch BVerwG, Urt. v. 05.08.2009 –6 A 3/08 = NVwZ 2010, 446 (451 in Rn. 44).

[13] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (198 in Rn. 108); s. ferner BVerfG, B. v. 04.1.2009 –1 BvR 2150/08 = BVerfGE 124, 300 (330).

[14] BVerwG, Urt. v. 29.01.2020 –6 A.19 = NVwZ-RR 2020, 738 (741 in Rn. 34).

[15] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (194 in Rn. 101) unter Bezugnahme auf K. Stern.

[16] So jetzt BVerwG, Urt. v. 26.01.2022 –6 A 7.19 = NVwZ 2023, 423 (433 in Rn. 101).

[17] So BVerwG, Urt. v. 19.12.2012 –6 A 6/11 = NVwZ 2013, 870 (876 in Rn. 64).

[18] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (221 f. in Rn. 578).

[19] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (206 in Rn. 538).

Verhältnismäßigkeit

Liegen diese Voraussetzungen vor, werden sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip keine weitergehenden Anforderungen ableiten lassen. Allerdings soll das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bei Vereinsverboten – anders als bei Parteiverboten[20] – grundsätzlich Geltung beanspruchen.[21] Das erscheint nicht als zwingend, da das Bundesverfassungsgericht die Nichtgeltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Parteiverboten gerade damit begründet hat, dass in Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG eine abschließende Regelung getroffen wurde, die für eine gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Raum lasse. Vor dem Hintergrund der Parallelität des Wortlauts von Art. 21 Abs. 2 GG und Art. 9 Abs. 2 GG („… sind verboten" bzw. „…sind verfassungswidrig") ist daher auch nicht selbstverständlich, dass auf der Tatbestandsseite von Art. 9 Abs. 2 GG Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen ist.[22] Zwar betont das Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang den Unterschied zwischen den tatbestandlichen Voraussetzungen der beiden Normen: Während es nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 GG ausreiche, dass die Vereinigung sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, setze Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG voraus, dass eine Partei darauf ausgehe, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.[23] Auch diese Feststellung deutet aber eher darauf hin, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gilt.

Auch unter der Prämisse, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Vereinsverboten anzuwenden ist, kann ein Verbot nicht als unangemessen angesehen werden, wenn die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland aktiv bekämpft oder auch (nur) planvoll untergraben wird; hier ist vielmehr die Grundsatzentscheidung auch in Art. 9 Abs. 2 GG gegen verfassungsfeindliche Bestrebungen zu respektieren. Ferner wird unter diesen Voraussetzungen die Erforderlichkeit eines Verbots nicht mit Blick auf mildere Mittel verneint werden können. Zwar lässt sich annehmen, dass gegen vereinzelte Meinungsäußerungen oder Publikationen mit strafrechtlicher Relevanz vorrangig mit den Mitteln der Strafverfolgung vorzugehen ist.[24] Daraus ein allgemeines Prinzip und damit ein Hindernis für ein Vereinsverbot abzuleiten, verkehrte aber den Sinngehalt von Art. 9 Abs. 2 GG in sein Gegenteil. Denn ein Verbot aufgrund verfassungsfeindlicher Ziele bildet neben der Möglichkeit eines Verbots wegen strafbarer Handlungen einen eigenen Tatbestand, für den es auf die strafrechtliche Relevanz einzelner Äußerungen gerade nicht ankommt.

Zusammenfassender Ausblick

Mit Blick auf die beiden Verbotsverfügungen gegen die „COMPACT-Magazin GmbH" und der „CONSPECT FILM GmbH" ergibt sich damit, dass ein Verbot gem. Art. 9 Abs. 2 GG auf Grundlage der vom Bundesinnenministerium genannten Verbotsgründe zulässig ist, wenn die Verbotsadressaten auf eine die Menschenwürde einzelner Personen oder Personengruppen verletzende Weise planvoll gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung agitiert haben. Ob sich diese Voraussetzungen nachweisen lassen, werden ggf. das Bundesverwaltungsgericht (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) und das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden haben.

[20] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (230 ff. in Rn. 599 ff.).
[21] BVerfG, B. v. 13.07.2018 –1 BvR 1474/12 u.a. = BVerfGE 149, 160 (193 in Rn. 99).
[22] So BVerwG, Urt. v. 19.12.2012 –6 A 6/11 = NVwZ 2013, 870 (875 in Rn. 56).
[23] BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 –2 BvB 1/13 = BVerfGE 144, 20 (228 in Rn. 595).
[24] Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.08.2023 –6 A 3.21, Rn. 121.

Paula Rhein-Fischer

Zeitungsverbot durch die Hintertür?

Zum Compact-Verbot

doi: 10.59704/5dfbc24029b3fa50

Mit ihrem gewohnten Impetus („harter Schlag gegen rechtsextreme Szene“) und begleitet von einigem Inszenierungsaufwand verkündete Bundesinnenministerin Nancy Faeser am Dienstag, 16.7.2024 das Verbot des rechtsextremen Magazins Compact. Von AfD-Kreisen heftig kritisiert, von grünen, linken, aber auch christdemokratischen Stimmen begrüßt, ist seither auch die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Debatte in vollem Gange (siehe etwa hier und hier). Tatsächlich reibt man sich kurz die Augen: Nein, das Verbot von Compact ist keine Maßnahme einer Landespolizeibehörde gegen ein politisch missliebiges Pressemedium während des Deutschen Kaiserreichs, sondern eine Maßnahme der Bundesinnenministerin im Jahre 2024 unter Geltung des erst jüngst gefeierten Grundgesetzes.

Weil es keine presserechtliche Ermächtigungsgrundlage für das Verbot eines Pressemediums durch den Bund (übrigens auch nicht durch die Länder) gibt, wählte Faeser den Weg über das Vereinsrecht: Die Compact-Magazin GmbH einschließlich ihrer Teilorganisation Concept-Film GmbH, die das Magazin und einen Youtube-Kanal betrieben, seien verboten nach Art. 9 II GG, § 3 VereinsG, weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richteten. Mit der Auflösung der Gesellschaften geht automatisch ein umfassendes Tätigkeitsverbot einher, sodass sie nun auch das Magazin nicht mehr betreiben können. Auch seine Fortführung durch eine andere Organisation kommt nicht in Betracht, da die Bildung von Ersatzorganisationen ebenfalls verboten ist (§ 8 I VereinsG); die Fortführung durch eine Einzelperson ist wiederum kaum realistisch. Auf diese Weise erreichte Faeser über einen Umweg, was sie wollte: ein Verbot des Magazins.

Der Fall wirft grundsätzliche Fragen auf: Wo verläuft die Grenze zwischen ausgeklügeltem Einsatz des Instrumentariums der wehrhaften Demokratie und seinem Missbrauch? Wie ist das Verhältnis von Meinungs- und Pressefreiheit zur Vereinigungsfreiheit? Beides klingt an in der Frage, die hier im Zentrum stehen soll: Kann das Vereinsrecht gezielte Verbote von Medienerzeugnissen begründen?

Meine Antwort lautet: nein. Anders als das BVerwG meint, wird das Vereinsrecht bei primär auf das Presseerzeugnis selbst zielenden Verboten vom Presserecht verdrängt. Teilt man diese Ansicht nicht, so bedarf es jedenfalls einer verfassungskonformen Auslegung von § 3 VereinsG unter Berücksichtigung der hier besonders betroffenen Pressefreiheit.

Weiter öffentlich-rechtlicher Vereinsbegriff

Lässt man das Compact-Verbot über das Vereinsrecht laufen, scheint Faesers Idee erst einmal aufzugehen. Gem. § 17 Nr. 1 VereinsG findet das VereinsG auch auf wirtschaftliche Unternehmen wie eine GmbH Anwendung, wenn sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Völkerverständigungsgedanken richten. Den weiten öffentlich-rechtlichen Vereinsbegriff erfüllt die Compact-Magazin GmbH dann ohne weiteres, denn darunter fällt nach § 2 I VereinsG „ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat“. Auch die für den Verbotsgrund der Gerichtetheit gegen die verfassungsmäßige Ordnung erforderliche aggressiv-kämpferische Haltung der GmbH liegt angesichts der gegen Minderheiten aufwiegelnden und von Rassenideologie und Antisemitismus geprägten Inhalte des von ihr betriebenen Magazins nicht fern. Von Bedeutung sind hier insbesondere Aussagen wie die des Chefredakteurs Jürgen Elsässer, mit der das Verbot u.a. begründet wird: „Wir wollen dieses Regime stürzen. Wir machen keine Zeitung, indem wir uns hinter den warmen Ofen oder den Computer verziehen und irgendwelche Texte wie eine Laubsägenarbeit auf den Markt bringen. Sondern das Ziel ist der Sturz des Regimes.“

Vereinsgesetz durch Presserecht gesperrt?

Das Unbehagen, das Faesers Vorgehensweise auslöst, rührt daher, dass damit möglicherweise das Fehlen einer staatlichen Presseaufsicht unterlaufen wird und zudem das Bundesinnenministerium ein Gebiet berührt, das für sich genommen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 I GG) fällt. Damit stellt sich das schon von Joschka Buchholz und Max Kolter auf LTO aufgeworfene verfassungsrechtliche Kompetenzproblem: Ist das Vereinsrecht bei eigentlich auf ein Presseerzeugnis abzielenden Vereinsverboten mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Presserecht unanwendbar? Nach dieser Logik würden angesichts des pressespezifischen Eingriffs auf einfachgesetzlicher Ebene die Landespressegesetze Sperrwirkung entfalten und so eine „Vereinsrechtsfestigkeit" der Presse bewirken (vgl. die in vielen Landespressegesetzen enthaltene Vorschrift, nach der die Freiheit der Presse nur den Beschränkungen unterliegt, die durch das Grundgesetz unmittelbar und in seinem Rahmen durch die Landespressegesetze zugelassen sind).

Das Verbot von Medien oder Presseerzeugnissen über das Vereinsrecht ist keine ganz neue Idee. 2005 verbot der damalige Bundesinnenminister Otto Schily auf diese Weise die türkischsprachige Zeitung Anadoluda Vakit wegen systematischer Volksverhetzung; 2016 verbot Bundesinnenminister Thomas de Maizière die rechtsextremistische Internetplattform „Altermedia Deutschland"; daneben wurden einige Verlage wegen ihrer Eingliederung in die PKK verboten. Besonders viel Aufsehen erregte der Fall des als Plattform gewaltorientierter Linksextremisten verbotenen Internetportals „linksunten.indymedia" 2017 auf Grundlage von § 3 VereinsG. Das BVerwG ließ die gewählte Konstruktion ziemlich unaufgeregt durchgehen, ohne dem Argument der klagenden Vereinsmitglieder, die eigentliche Zielrichtung sei die Abschaltung der Internetplattform gewesen, Bedeutung beizumessen (NVwZ-RR 2020, 738 Rn. 34). Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Medienrecht komme nicht zum Tragen, weil die Publikationen nur als Folge des vereinsrechtlichen Organisationsverbotes verboten würden (NVwZ-RR 2020, 738 Rn. 36). Das BVerfG äußerte sich nicht zu dem Fall, weil es die gegen die Entscheidung des BVerwG gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung annahm: Die Beschwerdeführer hatten eine Grundrechtsverletzung nur durch die Verbotsverfügung, nicht aber durch das BVerwG substantiiert (NVwZ 2023, 665 Rn.12).

Die in der BVerwG-Entscheidung durchscheinende kompetenzrechtliche Abgrenzung zwischen Verbot der hinter der Publikation stehenden Organisation (dann Vereinsrecht) und Verbot der Publikation selbst (dann Medienrecht) überzeugt nicht. Denn wie die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) in ihrem *amicus-curiae*-Brief zum linksunten.indymedia-Verfahren darlegt, „erfasst das Medienrecht nicht nur die Regulierung des Medienprodukts, sondern auch die Regulierung hinsichtlich der in den Medien tätigen Personen sowie dem technischen, wirtschaftlichen und organisatorischen Apparat der Unternehmen" (S. 12). Für die Pressefreiheit gilt nichts anderes. Wird also die hinter einem Presseerzeugnis stehende Organisation verboten, ist das Presserecht durchaus betroffen. Insofern bedarf es differenzierterer Abgrenzungskriterien. Für die Gesetzgebungskompetenz müssen sie dabei eine eindeutige Zuordnung ermöglichen.

Vor dem Hintergrund der jeweils primären Schutzrichtung von Vereins- und Presserecht sollte dabei maßgeblich sein, worauf das Verbot in erster Linie abzielt. Ist dies die Vereinigung, die neben anderen gegen die Verfassung gerichteten Tätigkeiten *auch* der Publikation von gegen die Verfassung gerichteten Inhalte nachgeht, besteht ein näherer Sachzusammenhang mit dem Vereinsrecht. Das Gleiche gilt in Konstellationen wie den erwähnten PKK-Verlagsfällen, in denen sich der Verlag in eine verbotene oder verbotsfähige Organisation eingliedert (siehe zuletzt BVerwG NVwZ 2023, 423). Hier ist das (mittelbare) Verbot des Presseerzeugnisses – um ein Wort von Christoph Gusy im Verfassungsblog aufzugreifen – nur ein „Annex" des Vereinsverbotes. Ist eigentliches Ziel dagegen ein bestimmtes Presseerzeugnis, deren dahinterstehende Gruppierung nur als „Mittel zum Zweck" verboten wird, ist das Presserecht vorrangig. Dabei ist die Bedeutung, die die Inhalte des Presseerzeugnisses für die Begründung des Verbotes haben, für die Abgrenzung ein wichtiges Indiz (der Vorschlag des GFF-*amicus-curiae*-Briefs (S. 13), Verbote, die schwerpunktmäßig mit Medieninhalten begründet werden, dem Medienrecht zuzuordnen, läuft deshalb auf ein ähnliches Ergebnis hinaus). Aber auch sonstige Umstände wie etwa die Darstellung des Verbotes in der Öffentlichkeit sind berücksichtigungsfähig. Eine Aussage wie Faesers Satz in ihrer Videobotschaft auf X „Ich habe heute das rechtsextremistische Compact-Magazin verboten" deutet daher

stark in Richtung Presserecht.

Auch der Aspekt der notwendigen bundesweiten Einheitlichkeit des Verbots begründet keine Bundeskompetenz (etwa „kraft Natur der Sache“). Denn lässt sich die Regelung wie hier einer Materie eindeutig zuweisen, ist für ungeschriebene Bundeskompetenzen kein Raum. Im Übrigen reichten bloße Zweckmäßigkeitserwägungen für eine solche Kompetenz auch nicht aus.

Auf dieser Grundlage war das Vereinsgesetz auf das Compact-Verbot, das von Faeser in der Öffentlichkeit ausschließlich und in der amtlichen Begründung wohl jedenfalls wesentlich mit Inhalten des Magazins begründet wurde, schon nicht anwendbar. Zwar ist richtig, dass auf diese Weise reine Presseorganisationen, die außer dem Publizieren keine weiteren Aktivitäten entfalten, gegenüber anderen Vereinen privilegiert werden. Eben dies ist aber Folge der insoweit vorrangigen und eben besonderen Regeln unterliegenden Pressefreiheit, insbesondere der Entscheidung für eine selbstregulative statt einer staatlichen Aufsicht über die Presse. Eben dies macht den Fall des Printmagazins Compact noch heikler als den des Telemediums linksunten.indymedia, für den (wie auch für den Compact-Youtube-Kanal) wie beim Rundfunk immerhin noch die heute im Medienstaatsvertrag kodifizierten aufsichtsbehördlichen Befugnisse existierten. Aber auch beim Compact-Magazin hätte der Staat nicht völlig untätig bleiben müssen: Er hätte wegen strafbarer Publikationsbeiträge nach den allgemeinen und presserechtlichen Strafvorschriften sowie den Beschlagnahmenormen der StPO und ggf. der Landespressegesetze vorgehen können (bzw. müssen). Eine weitere Grenze bildet der Straftatbestand der Bildung einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB).

Die Alternative: Aufwertung der Pressefreiheit als eigenständiger Prüfungsmaßstab des Vereinsverbotes

Wer nicht so weit gehen will, das Vereinsgesetz für unanwendbar zu halten, muss wohl jedenfalls die Bedeutung der Pressefreiheit im Rahmen der inhaltlichen Prüfung des Vereinsverbotes stärker aufwerten als bisher. In diese Richtung gehen wohl auch die Überlegungen von Christoph Gusy. Dazu muss man wissen, dass das BVerfG Vereinsverbote bislang in erster Linie an Art. 9 GG misst. In seiner letzten Vereinsverbotsentscheidung von 2018 (BVerfGE 149, 160) formuliert es:

> *„Das Grundrecht, an dem sich ein Vereinigungsverbot messen lassen muss, ist in erster Linie die Vereinigungsfreiheit; sie steht hier im Vordergrund. Das bedeutet nicht, dass die Wertungen weiterer Grundrechte im Rahmen der Prüfung am Maßstab des Art. 9 GG keine Berücksichtigung finden […]. Art. 5 Abs. 1 GG wird damit aber nicht zum selbständigen Prüfungsmaßstab.“* (Rn. 93)

> *„Soweit ein Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG auf grundrechtlich geschützte Handlungen gestützt wird oder auf andere Weise sonstige Grundrechte beeinträchtigt, müssen diese Grundrechte im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 9 Abs. 1 GG beachtet werden. Ein Vereinigungsverbot darf nicht bewirken, dass auf diesem Wege untersagt wird, was die Freiheitsrechte sonst erlauben. Aus der kollektiven Grundrechtsausübung kann aber auch kein weitergehender Grundrechtsschutz folgen.“* (Rn. 113)

Für die Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) etwa leitet das BVerfG aus vorstehenden Grundsätzen ab, dass ein Vereinsverbot nicht schon auf eine politische Ausrichtung gegen die verfassungsmäßige Ordnung abstellen dürfe, sondern erst, wenn diese Ausrichtung kämpferisch-aggressiv verfolgt werde (BVerfGE 149, 160 Rn. 114). Gleichwohl bleibt im Rahmen von Art. 9 GG der Raum zur Berücksichtigung anderer Grundrechte begrenzt. Das liegt unter anderem daran, dass die behördliche Entscheidung über das Vereinsverbot nach Art. 9 II GG und § 3 VereinsG nach herrschender Meinung eine gebundene ist, sodass auf Rechtsfolgenseite für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung kein Platz ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist vielmehr auf Tatbestandsseite zu berücksichtigen und führt lediglich zu einer restriktiven Auslegung der Voraussetzungen für ein Verbot. Hierbei kann aber insbesondere der Zweck-Mittel-Relation nur unzureichend Rechnung getragen werden.

Wird nun die hinter einem Presseerzeugnis stehende Gruppierung in erster Linie verboten, um das Presserzeugnis aus der Welt zu schaffen, so wird in die Pressefreiheit so gezielt eingegriffen, dass diese jedenfalls als selbstständiger Prüfungsmaßstab neben der Vereinigungsfreiheit anerkannt werden sollte, selbst wenn man das Vereinsrecht als Grundlage heranziehen will. Nur so

lässt sich dem für die Demokratie konstitutive Pressefreiheit besonders zentralen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen. Dies wäre auch insoweit konsequent, als es in den genannten Fällen gerade nicht im Wesentlichen um den Vereinsbestand, sondern um seine Betätigung – nämlich die Publikation des Presseerzeugnisses – geht. Diese wird aber nicht von Art. 9 GG, sondern von dem Grundrecht der jeweiligen Handlungsfreiheit, hier also Art. 5 I 2 GG geschützt. Naheliegend ist dann, dass dieser von Art. 9 GG abweichende Maßstab eine verfassungskonforme Auslegung von § 3 VereinsG insbesondere dahingehend verlangt, dass das Verbot der Presseorganisation im Ermessen der Behörde steht.

Fazit

Es ist überragend wichtig, Rechtsextremismus einzudämmen. Doch wie alle Instrumente der wehrhaften Demokratie sind Vereinsverbote wegen Verfassungswidrigkeit ein zweischneidiges Schwert. Sie werden schnell dafür kritisiert, dass sie für Intoleranz gegenüber Andersdenkenden stehen und mit einem System brechen, das Systemkritik gerade zulassen soll. Umso problematischer ist es, wenn Vereinsverbote – worauf im vorliegenden Fall einiges hindeutet – als Vehikel eingesetzt werden, um etwas zu erreichen, das sich nicht mit den eigentlich dafür vorgesehenen Mitteln der Rechtsordnung erreichen lässt. Schon der Anschein, der Rechtsstaat überdehne seine Möglichkeiten, stärkt letztlich Rechtsextreme und -populisten.

Sandra Lukosek

Warum das Compact-Verbot auf Grundlage des Vereinsrechts ergehen konnte

Eine Tour d'Horizon durch bisherige Verbotsentscheidungen

doi: 10.59704/1fc58e9194c10277

Am 16. Juli 2024 hat Bundesinnenministerin Nancy Faeser bekanntgegeben, dass das Bundesministerium des Innern die Compact-Magazin GmbH verboten hat. Nicht wenige Stimmen kritisierten dieses Vorgehen als faktisches Medienverbot und als Versuch, die Presse unzulässigerweise über das Vereinsrecht zu regulieren.[1] Wolfgang Kubicki forderte vorsorglich sogar den Rücktritt Faesers, sollte das Verbot gerichtlich keinen Bestand haben.

Die Aufregung um das Verbot des seit 2021 vom Verfassungsschutz als rechtsextremistisch eingestuften Magazins ist aus vereinsrechtlicher Perspektive nicht nachvollziehbar. Auch wenn bei Verboten von Mediengesellschaften grundsätzliche Fragen nach dem Verhältnis zur Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit aufgeworfen werden, reiht sich das Verbot der COMPACT-Magazin GmbH und der CONSPECT FILM GmbH in eine seit Jahrzehnten bestehende Verbotspraxis ein.

Der weite Vereinsbegriff und Kapitalgesellschaften

Mit Einführung des Öffentlichen Vereinsgesetzes im Jahr 1964 hat der Vereinsbegriff in § 2 Abs. 1 VereinsG im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Wertungen eine einfachgesetzliche Ausgestaltung gefunden.[2] Ein Rückgriff auf die dortige Legaldefinition zur Klarstellung des durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutzbereichs ist – wie beim Parteibegriff in § 2 Abs. 1 PartG und Art. 21 GG – anerkannt und zur Sicherung einer einheitlichen Vereinigungsverbotspraxis geboten.[3] Nach § 2 Abs. 1 VereinsG ist ein Verein jede Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen, die sich ohne Rücksicht auf die Rechtsform für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat. Der öffentliche Vereinsbegriff ist damit denkbar weit. Von der Vereinigungsfreiheit geschützte Vereinigungen sind neben Vereinen und Gesellschaften, also gemäß §§ 55 ff. BGB eingetragene und nicht-eingetragene Vereine, auch wirtschaftliche Vereine nach § 22 BGB sowie Personen- und Kapitalgesellschaften. Gemäß § 17 VereinsG sind die Vorschriften des Vereinsgesetzes konkret etwa auch auf Aktiengesellschaften (AG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) anzuwenden, wenn sie sich unter anderem gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. In Bezug auf Verlage und Internetplattformen ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt, dass Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes auch Organisationen sein können, deren Zweck in der Verbreitung von Nachrichten und Meinungsbeiträgen besteht. Der Umstand, dass sich eine solche Vereinigung gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf die in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Rechte berufen kann, steht der Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes nicht entgegen.[4]

Bislang verbotene Mediengesellschaften

Im Rahmen der Terrorismus- und Extremismusbekämpfung waren in den letzten Jahren bereits diverse Unternehmen und Kapitalgesellschaften, im Einzelnen Verlage, TV- und Musikproduktionsfirmen sowie Internetplattformen aus den Gefährdungsphänomenen auslandsbezogener Extremismus, Islamismus/islamistischer

[1] Buchholz/Kolter, Ist das Compact-Verbot rechtswidrig?, lto vom 16. Juli 2024; Hipp/Leininger, Ist Faesers »Compact«-Verbot juristisch heikel?, Spiegel Online vom 19. Juli 2024; Steffen, Nancy Faesers heikle Mission, Zeit Online vom 19. Juli 2024.

[2] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2. Juli 2019 –1 BvR 1099/16 –, juris, Rn. 15.

[3] So schon Schnorr, Öffentliches Vereinsrecht, 1965, § 2, Rn. 2.

[4] BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2020 –6 A 1.19 –, juris, Rn. 35.

Terrorismus, Rechts- sowie Linksextremismus von vereinsrechtlichen Maßnahmen betroffen.

Presseunternehmen

Mit der kurdischen Arbeiterpartei PKK wurden am 22. November 1993 weitere Nebenorganisationen, darunter die Berxwedan-Verlags GmbH einschließlich der Nachrichtenagentur Kurdistan-Haber Ajansi-News-Agency (Kurd-HA), verboten. Wie in der entsprechenden Verfügung festgestellt, verstießen deren Tätigkeiten gegen Strafgesetze, richteten sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung und gefährdeten die innere Sicherheit, die öffentliche Ordnung und sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland.[5] Der PKK-Verlag Berxwedan ging gegen sein Verbot vor und berief sich als Presseunternehmen auf seine Meinungs- und Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, Satz 2 Var. 1 GG. Das Bundesverwaltungsgericht stellte zunächst einstweilig[6] und später auch in der Hauptsache[7] klar, dass das Verbot auf solche Teilorganisationen erstreckt werden konnte, die einen wesentlichen Teil der Propaganda- und Öffentlichkeitsarbeit der PKK wahrnahmen und dadurch die verbotene Betätigung nachhaltig unterstützten. Wie sich aus den in Art. 5 Abs. 2 GG festgelegten Schranken der Meinungs- und Pressefreiheit und einer Abwägung mit den verfassungsrechtlichen Verbotstatbeständen des Art. 9 Abs. 2 GG ergebe, hätten Meinungs- und Pressefreiheit dort zurückzutreten, wo sie ausschließlich der Verwirklichung verbotswidriger Vereinszwecke dienten.[8]

Die Yeni Akit GmbH wurde am 22. Februar 2005 als Verlegerin der Europa-Ausgabe der türkischsprachigen Tageszeitung Anadoluda Vakit wegen Leugnung des Holocausts in volksverhetzender Weise und der Verbreitung antisemitischer Propaganda verboten.[9] Wenig später, am 30. August 2005 verbot der damalige Bundesinnenminister Otto Schily die E. Xani Presse- und Verlags-GmbH, die wiederum die türkischsprachige Europaausgabe der PKK-Tageszeitung Özgür Politika verlegte.[10] Die Deutschen Journalisten-Union (dju) kritisierte das Vorgehen damals als „völlig überzogen".[11] Beide Verlagsgesellschaften wurden als eigenständige Vereine gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 17 VereinsG und nicht als Teil- oder Nebenorganisation gemäß § 3 Abs. 3 VereinsG verboten. Dies bedeutet, dass bei ihnen das Vorliegen eines eigenen Verbotsgrundes bejaht wurde, was im Falle des vereinfachten Verbotsmaßstabs des § 3 Abs. 3 VereinsG nicht notwendig gewesen wäre.

Der damalige Bundesinnenminister Wolfgang Schäuble verbot mit Verfügung vom 13. Juni 2008 das deutsche Unternehmen VIKO Fernseh Produktion GmbH sowie die zwei Aktiengesellschaften dänischen Rechts Mesopotamia Broadcast A/S METV und Roj TV A/S. Sie betrieben auf der Grundlage einer dänischen Sendelizenz einen Fernsehsender mit einem vorwiegend in kurdischer Sprache produzierten Programm.[12] Die Programme wurden europaweit – auch nach Deutschland – über Satellit ausgestrahlt und konnten bis in die Siedlungsgebiete der Kurden in der Türkei und im Nahen Osten empfangen

[5] BTDrs 12/8561; Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), Arbeiterpartei Kurdistan (PKK), Februar 2019, S. 15.

[6] BVerwG, Beschluss vom 19. August 1994 –1 VR 9/93 –, juris.

[7] BVerwG, Urteil vom 28. Januar 1997 –1 A 13/93 –, juris.

[8] BVerwG, Urteil vom 28. Januar 1997 –1 A 13/93 –, juris, Rn. 74; Beschluss vom 19. August 1994 –1 VR 9/93 –, juris, Rn. 52; darauf auch abstellend Gusy, Zum „Compact"-Verbot durch das Bundesinnenministerium, Verfassungsblog vom 17. Juli 2024.

[9] BAnz 2005, 2797; BfV, Verbotene Organisationen und Kennzeichen im Islamismus und islamistischen Terrorismus, abrufbar unter: https://www.verfassungsschutz.de/DE/themen/islamismus-und-islamistischer-terrorismus/verbotene-organisationen/verbotene-organisationen_node.html (zuletzt abgerufen am 18. Juli 2024); BfV, Verfassungsschutzbericht 2017, S. 324.

[10] BAnz 2005, 13393 f.; Bundesministerium des Innern, Schily verbietet zwei extremistische Vereine, Pressemitteilung vom 5. September 2009. Mit Beschluss vom 18. Oktober 2005 gewährte das Bundesverwaltungsgericht vorläufigen Rechtsschutz und setzte die sofortige Vollziehung der Verbotsverfügung aus, vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Oktober 2005 –6 VR 5.05 –, juris, Rn. 7. Hintergrund waren jedoch nicht Bedenken wegen einer Verletzung der Meinungs- und Pressefreiheit, sondern die Auslegung des § 17 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 VereinsG a.F. Nach dieser Vorschrift konnten Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Verein verboten werden, wenn ihre Zwecke oder ihre Tätigkeit Strafgesetzen zuwiderliefen, die aus Gründen des Staatsschutzes erlassen wurden. Aus diesem Grund wurde das Verbot mit Beschluss vom 20. Dezember 2005 (6 A 4.05) aufgehoben.

[11] Frankfurter Allgemeine Zeitung, Schily verbietet kurdische Zeitung in Hessen, 5. September 2005, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/wirtschaft/medien-terrorismus-schily-verbietet-kurdische-zeitung-in-hessen-1252383.html (zuletzt abgerufen am 18. Juli 2024).

[12] Tagesspiegel, Medienpolitik –Innenministerium verbietet kurdischen Fernsehsender, 24. Juni 2008.

[13] BVerwG, Beschluss vom 24. Februar 2010 –6 A 7.08 –, juris, Rn. 2.

werden.[13] Das Verbot wurde damit begründet, dass sich die Ausstrahlung des Fernsehprogramms gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtete, da der Sender den bewaffneten Guerillakampf der PKK gegen den türkischen Staat unterstützte und verherrlichte.[14]

Am 1. Februar 2019 wurden zwei kurdische Medienbetriebe als nichtgebietliche Teilorganisationen der PKK verboten. Die Vereinigungen Mezopotamien Verlag und Vertrieb GmbH als einzige europäische Vertriebsorganisation von Propagandamaterial der PKK und die MIR Multimedia GmbH als kurdische Musikproduktionsfirma seien finanziell, personell und organisatorisch derart eng mit der PKK verflochten gewesen, dass sie als deren Teilorganisationen in deren Verfügung vom 22. November 1993 einbezogen werden konnten (vgl. § 3 Abs. 3 VereinsG).[15]

Internetplattformen

Der Verein Altermedia Deutschland galt als maßgebliches Neonazi-Portal und Nachrichtenseite der rechtsextremen Szene und wurde Anfang 2016 verboten.[16] Davon umfasst waren der Betrieb der Internetseite des Vereins, diverse E-Mail-Adressen sowie die verschiedenen Social-Media-Kanäle. Mit Verfügung vom 14. August 2017 verbot Bundesinnenminister Thomas de Maizière schließlich die Internetplattform linksunten.indymedia, da diese den Strafgesetzen zuwiderlaufe und sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte.[17] Abgeschaltet werden mussten neben der Internetseite auch der Twitter-Account und sämtliche E-Mail-Adressen des Vereins.[18]

Vereinigungsverbotsverfahren und die Meinungs- bzw. Pressefreiheit

Spätestens das Verbot von linksunten.indymedia warf für eine breitere Öffentlichkeit die Frage auf, wie weit die Befugnisse reichen, Nachrichtenportale, Zeitungen und Presseunternehmen als Vereine mittels Vereinsverboten zu verbieten, und wann die Meinungs- und Pressefreiheit gegenüber dem Vereinsverbot Vorrang haben muss. Mit dem Verbot des Compact-Magazins rückt die Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit im Kontext von Vereinigungsverboten nach Art. 9 Abs. 2 GG nun erneut in den Fokus (dazu hier).

Vereinsverbot als gebundene Entscheidung

Gemäß Art. 9 Abs. 2 GG sind Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, verboten. Die Verbotstatbestände wurden verfassungsunmittelbar als Gewährleistungsschranken in Art. 9 Abs. 2 GG geregelt und damit gesetzesfest gestaltet. § 3 Abs. 1 Satz 1 VereinsG, der die verfassungsrechtlichen Vorgaben nur konkretisieren kann, setzt einfachgesetzlich den Erlass einer Verbotsverfügung voraus. Zuständige Verbotsbehörden sind je nach Schwerpunkt der Vereinsorganisation und -tätigkeit nach § 3 Abs. 2 Satz 1 VereinsG die obersten Landesbehörden (in der Regel die Landesinnenministerien) oder die nach Landesrecht zuständige Behörde (Nr. 1) oder das Bundesministerium des Innern (Nr. 2).[19] Die Tatbestände des Vereinigungsver-

[14] Das Bundesverwaltungsgericht legte die Klagen gegen die Verbotsverfügung dem EuGH vor, vgl. BVerwG, Beschluss vom 24. Februar 2010 –6 A 6.08 und 6 A 7.08 –, juris. Der EuGH stellte durch Urteil vom 22. September 2011 –C-244/10 und C-245/10 – fest, dass Art. 22a der Richtlinie 89/552/EWG es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, in Anwendung des Vereinsgesetzes Maßnahmen gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Fernsehveranstalter mit der Begründung zu treffen, dass die Tätigkeiten und die Ziele dieses Veranstalters dem Gedanken der Völkerverständigung zuwiderlaufen, sofern die genannten Maßnahmen nicht die Weiterverbreitung im eigentlichen Sinne von Fernsehsendungen, die dieser Veranstalter von dem anderen Mitgliedstaat aus ausstrahlt, im Hoheitsgebiet des Empfangsmitgliedstaats verhindern. Mit Gerichtsbescheid vom 23. Juli 2012 – 6 A 3/11 und 6 A 4/11 –hob das Bundesverwaltungsgericht das Organisationsverbot auf und bestätigte ein insoweit anerkanntes Tätigkeitsverbot mit Blick auf Betätigungen, die von ihr im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland ausgehen oder zu ihren Gunsten dort vorgenommen werden (vgl. Rn. 18 ff.).

[15] BAnz AT 12.02.2019 B1; Bundesministerium des Innern, Bundesinnenminister Horst Seehofer verbietet PKK-Verlag, Pressemitteilung vom 12. Februar 2019; zur Rechtmäßigkeit der Verbote vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022 –6 A 7/19 –, juris.

[16] BAnz AT 27.01.2016 B1; Lob, Der schwierige Kampf gegen Nazis im Netz, 27. Januar 2016, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/verbot-von-altermedia-der-schwierige-kampf-gegen-nazis-im-100.html (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2024).

[17] BAnz AT 25.08.2017 B1.

[18] Ziffer 3 der Verbotsverfügung vom 14. August 2018.

[19] Bis zur Reform durch die Elfte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl I 2020 S. 1328) war Verbotsbehörde nicht das Bundesinnenministerium, sondern der Bundesminister des Innern.

bots in Art. 9 Abs. 2 GG lassen beim Erlass einer Verbotsverfügung wegen des klaren Wortlauts grundsätzlich keinen Raum für Ermessenserwägungen auf Rechtsfolgenseite. Erfüllt eine Vereinigung einen der Verbotstatbestände des Art. 9 Abs. 2 GG, muss sie verboten werden. Abstufungen auf Rechtsfolgenseite sieht der Verfassungsgeber nicht vor.[20]

Das Verbot der Internetplattform „linksunten.indymedia"

Auch beim Verbot der als gewaltorientiert und linksextremistisch eingestuften Internetplattform „linksunten.indymedia" kollidierten das Vereinigungsverbot, die gefahrenabwehrrechtliche Intention des Vereinsgesetzes und sein Charakter als ein Instrument des präventiven Verfassungsschutzes mit dem Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit.

Das Bundesverwaltungsgericht erkannte im streitgegenständlichen Verbot kein Verbot des unter der Internetadresse „linksunten.indymedia.org" betriebenen Veröffentlichungs- und Diskussionsportals, sondern das Verbot des dahinter stehenden Personenzusammenschlusses „linksunten.indymedia". Das Bundesministerium des Innern war daher nicht daran gehindert, auf Grundlage des Vereinsgesetzes vorzugehen, obwohl die Tätigkeiten der Vereinigung auch in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG fielen.[21] Der Umstand, dass sich eine solche Vereinigung auf die in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Rechte berufen könne, stehe der Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes erst entgegen, wenn ein Verbot allein mit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützte Meinungsäußerungen und Pressetätigkeiten begründet werde. Ein Verbot, das auf grundrechtlich geschützte Handlungen gestützt werde oder auf andere Weise Grundrechte beeinträchtige, müsse im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs nach Art. 9 Abs. 2 GG diese Grundrechte beachten. Ein solcher Zusammenschluss genieße dann weitergehenden Schutz. Im Rahmen der Anwendung der Verbotsgründe sei darum die Verhältnismäßigkeit des Verbots zu prüfen und abzulehnen, wenn eine mildere Maßnahme geeignet und ausreichend sei, um den Belangen der Gefahrenabwehr Rechnung zu tragen.[22]

Das Bundesverwaltungsgericht stützt diese Maßstäbe auf eine für das Vereinsverbotsverfahren und die Vereinigungsfreiheit grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in welcher sich dieses mit gleich drei Vereinsverboten auseinandersetzte. Der rechtsextreme Verein Hilfsorganisation für nationale politische Gefangene und deren Angehörige e.V. (HNG) berief sich mit Blick auf seine monatlich erscheinende Vereinszeitschrift Nachrichten der HNG auf seine Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, die im Rahmen des Schutzes der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG zu beachten sei. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte, dass das Grundrecht, an dem sich das Vereinigungsverbot primär messen lassen müsse, die Vereinigungsfreiheit sei. Das bedeute „nicht, dass die Wertungen weiterer Grundrechte im Rahmen der Prüfung am Maßstab des Art. 9 GG keine Berücksichtigung finden […]. Art. 5 Abs. 1 GG wird damit aber nicht zum selbständigen Prüfungsmaßstab. Ein Vereinigungsverbot wäre mit den Anforderungen des Grundgesetzes allerdings nicht zu vereinbaren, wenn es nur das Mittel wäre, Meinungsäußerungen oder Publikationen zu untersagen, die für sich genommen den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG genießen. Der Schutz durch andere Grundrechte darf von einem Vereinigungsverbot nicht unterlaufen werden."[23] Die Gründung und das Handeln in einer Vereinigung verringere den Grundrechtsschutz nicht. „Soweit Tätigkeiten einer Vereinigung den Schutzbereich weiterer Grundrechte berühren, sind Eingriffe grundsätzlich an diesen Grundrechten zu messen; für Verbote von Vereinigungen gilt hingegen, auch soweit sie andere Grundrechte betreffen, in erster Linie die spezielle Norm des Art. 9 Abs. 2 GG."[24]

Die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit wird von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht darum auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit berücksichtigt. Die verfassungsgerichtliche Entscheidung fasst dies

[20] BVerfGE 149, 160 (194); BVerwG, Beschluss vom 16.09.2014 –6 B 31/14 –, Buchholz 402.45 Vereinsrecht Nr. 65, Rn. 8; NVwZ 2013, 870 (875); NVwZ 2013, 521 (525); NVwZ-RR 2012, 648 (656); BVerwGE 134, 275; vgl. auch zur Gegenüberstellung mit § 3 Abs. 1 VereinsG und zum Streitstand in der Literatur, wonach mehrheitlich ein Ermessen auf Rechtsfolgenseite gefordert wird, Lukosek, Vereine als Gefahr, 2023, S. 56 ff.

[21] BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2020 –6 A 1.19 –, juris, Rn. 33.

[22] BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2020 –6 A 1.19 –, juris, Rn. 35.

[23] BVerfGE 149, 160 (191 Rn. 93).

[24] BVerfGE 149, 160 (192 f. Rn. 98).

wie folgt:

> *„Für ein Verbot von Vereinigungen gilt wie für jeden anderen Eingriff in Grundrechte einer Vereinigung der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der hoheitliches Handeln zugunsten grundrechtlich geschützter Freiheit beschränkt. Das zwingt dazu, gegenüber Vereinigungen das jeweils mildeste gleich wirksame Mittel zu ergreifen, um legitimen Gemeinwohlbelangen Rechnung zu tragen*“.[25]

Art. 9 Abs. 2 GG stehe weniger einschneidenden Eingriffen in die Grundrechte der Vereinigung als ihrem Verbot nicht entgegen. Das Vereinigungsverbot als weitestgehender Eingriff komme nur in Betracht, wenn mildere und gleich wirksame Mittel nicht ausreichten, um die Ziele der Verbotstatbestände des Art. 9 Abs. 2 GG zu erreichen. Eine Vereinigung könne daher insbesondere nicht allein aufgrund vereinzelter Handlungen einzelner Mitglieder verboten werden; diese müssten einer Vereinigung vielmehr prägend zuzurechnen sein. Je weniger der Verbotstatbestand durch Handlungen der Organe der Vereinigung selbst, der Mehrheit ihrer Mitglieder oder von ihr beherrschter Dritter erfüllt werde, desto klarer müsse erkennbar sein, dass die Vereinigung diese Handlungen kenne, billige und sich mit ihnen identifiziere, so dass das Ziel des Art. 9 Abs. 2 GG nur durch ein Verbot der Vereinigung erreicht werden könne. Die Verbotsnorm des Art. 9 Abs. 2 GG sei insofern Ausdruck, nicht Ausnahme von der Verhältnismäßigkeit.[26]

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in Übertragung dieser Maßstäbe keine durchgreifenden Bedenken gegen das Vereinsverbot von linksunten.indymedia. Die dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden nahm das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung an. Die Zweite Kammer des Ersten Senats betonte am Ende ihres Beschlusses allerdings ausdrücklich, damit nicht über die Frage, welche Grundrechte diejenigen schützen, die ein organisiertes Internetportal betreiben, entschieden zu haben.[27]

Schlussfolgerungen für das Verbot der Compact-Magazin GmbH

Welche Schlussfolgerungen lassen sich nun für das Compact-Verbot daraus ziehen, dass ein Verbot maßgeblich an Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu messen ist, auf der Rechtsfertigungsebene des Eingriffs in die Vereinigungsfreiheit jedoch Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit zu berücksichtigen sind?

Das Bundesinnenministerium verbot die COMPACT-Magazin GmbH einschließlich ihrer Teilorganisation CONSPECT FILM GmbH, weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten. Das Verbot adressiert formell also nicht das Magazin als Presseerzeugnis, sondern die dahinterstehenden Organisationen als rechtsextremistisch eingestufte Vereinigungen, inklusive Youtube- und Social-Media-Kanälen sowie Verlagsshop. Verlagsgesellschaften wie die COMPACT-Magazin GmbH wurden, wie dargestellt, schon häufiger verboten – zum Teil eigenständig nach § 3 Abs. 1 Satz 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 GG und zum Teil als Teilorganisation nach § 3 Abs. 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 GG. Mit HNG e.V., linksunten.indymedia und Altermedia Deutschland trafen Verbote auch nicht gesellschaftsrechtlich organisierte Vereine. Die Verbote hatten mit Blick auf die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit bislang immer Bestand.[28]

Vergleicht man den Fall mit den bisherigen Verboten von Verlagsgesellschaften, Medienproduktionsfirmen und Internetplattformen, drängt sich kein offensichtlicher Unterschied im Vorgehen der Verbotsbehörde auf. Das Compact-Verbot zielt nicht nur auf die Untersagung einer Zeitung bzw. eines Presseerzeugnisses, sondern jedenfalls auch, wenn nicht gar in erster Linie auf das Gefährdungspotential der dahinterstehenden Organisationen als Vernetzungsorgane in der Szene der neuen Rechten. Dazu werden der Vereinigung, wie aus der nun veröffentlichten 79-seitigen Verbotsbegründung hervorgeht, nicht nur Magazinbeiträge, sondern auch Youtube-Videos und Aussagen der Compact-Verantwortlichen zugerechnet. Damit steht einem Vorgehen gemäß Art. 9 Abs. 2 GG grundsätzlich nichts entgegen.

---

[25] BVerfGE 149, 160 (194 f. Rn. 102).

[26] BVerfGE 149, 160 (195 Rn. 102 f.).

[27] BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 1. Februar 2023 –1 BvR 1336/20 u.a. –, juris, Rn. 16.

[28] BVerfGE 149, 160 (HNG e.V.); BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022 –6 A 7/19 –, juris (Mezopotamien Verlag Vertrieb GmbH/MIR Multimedia GmbH); Urteil vom 29. Januar 2020 –6 A 1.19 –, juris (linksunten.indymedia); Urteil vom 28. Januar 1997 –1 A 13/93 –, juris; Beschluss vom 19. August 1994 –1 VR 9/93 –, juris (Berxwedan-Verlag).

Kathrin Groh

Vereinsverbote und wehrhafte Demokratie

Warum die Einwände gegen das Verbot der COMPACT-Magazin GmbH nicht überzeugen

doi: 10.59704/e27fab943f9de830

Die Liste verbotener rechtsextremer Vereinigungen in Bund und Ländern ist nicht kurz, aber auch nicht übermäßig lang. In dieser Legislaturperiode hat das Bundesministerium des Innern (BMI) das statistisch gesehen schärfste Schwert der wehrhaften Demokratie – das Vereinigungsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG – bereits gegen die „Hammerskins“ und die „Artgemeinschaft“ gezückt. Nun wird der rechtsradikalen Hydra ein weiterer Kopf abgeschlagen. Mit Verbotsverfügung vom 5. Juni 2024 hat das BMI die „COMPACT-Magazin GmbH“ als Vereinigung und die „CONSPECT Film GmbH“ als ihre Teilorganisation verboten und aufgelöst.

Das BMI hat damit nicht bloß eine rechtsextreme Vereinigung unter vielen verboten. Es hat vielmehr einen rechtsextremistischen Verlag samt seinen analogen und digitalen Publikationsorganen, Informationskanälen und Kommunikationsstrukturen aus dem politischen Diskurs geschmissen. Mit anderen Worten: Dieses Vereinsverbot trifft Presse und Rundfunk mit voller Wucht. Deshalb erstaunt es nicht, dass Presse und Rundfunk selbst über das Verbot eines ihrer Organe durch Zweckentfremdung des Vereinsgesetzes zu einem Maulkorb-Gesetz nicht übermäßig glücklich sind. Sie sprechen von juristischer Inakzeptabilität, moralischem Rigorismus, hemdsärmeliger Auslegung von Grundrechten und von einem Hochrisikoverhalten des BMI.

Sicher ist, dass die Verbotsverfügung angefochten wird. Zunächst vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), das nach § 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO als erste und letzte Instanz über Vereinsverbote durch das BMI entscheidet. Dann gegebenenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Für den Fall, dass eines der oder beide Gerichte das Verbot nicht halten sollten, wird bereits der Rücktritt der Bundesministerin des Innern, Nancy Faeser, gefordert. Eine Anfechtungsklage gegen ein Vereinsverbot im Hauptsacheverfahren vor dem BVerwG dauert mittlerweile knapp zwei Jahre und wird damit in dieser Legislaturperiode nicht zu bewältigen sein. Vor allem aber ist es richtig, dass die zuständige Verbotsbehörde die Grenzen des geltenden Rechts und damit der wehrhaften Demokratie gegen die COMPACT-Magazin GmbH austestet. Die Rechtsprechung zu Verboten von Medienorganisationen ist bisher nämlich nur bedingt aussagekräftig. Grundrechte wie die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit stehen ihrem Verbot auf der Grundlage des Vereinsgesetzes allerdings nicht grundsätzlich entgegen. Der Zusammenschluss zu einer Medienorganisation ist kein Freifahrtschein für den Weg aus dem Vereinsgesetz hinaus.

Vereinsverbot überhaupt möglich?

Die Presse und die juristische Schnellexpertise suggerieren, dass das Verbot einer Vereinigung, deren Kerntätigkeit im Medienbereich liegt, per se verfassungswidrig sei. Nicht bloß das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG, das die Medien- und Meinungsfreiheit als für die Demokratie schlechthin konstituierend schützt, stehe dem Verbot einer Verlagsgesellschaft und damit dem „Totalverbot“ aller ihrer Publikationen und Informationskanäle entgegen. Nach den rechtlichen Kollisionsregeln sei die Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes und seines Verbotsinstrumentariums auch durch den Vorrang der spezielleren Landespressegesetze und des Rundfunkstaatsvertrags gesperrt. Denn beim Presserecht handele es sich um Sonderrecht für die Presse. Es betone den hohen Stellenwert einer freien Presse für die Demokratie, stelle diesen bei der Möglichkeit ihrer Beschränkung in Rechnung und halte deswegen mildere Mittel als ein Medientotalverbot bereit, etwa Untersagungs- oder Sperrverfügungen gegen einzelne verfassungswidrige Beiträge in einem Publikationsorgan. Und damit schließe letztlich die Verteilung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen, die das Grundgesetz auf dem Gebiet von Presse und Rundfunk den Ländern gegeben hat, den Bund als Akteur überhaupt aus. Das ist nicht höchstrichterliche Rechtsprechung.

Das BMI hat auch vor dem Verbot der COMPACT-Magazin GmbH Verbote gegen Vereinigungen ausgesprochen, die sich ausschließlich (oder überwiegend) im Me-

dienbereich wie der Presse und dem Fernsehen oder als Betreiberinnen von Onlineplattformen und Internetportalen betätigt hatten (vgl. hierzu die Übersicht von Lukosek auf dem Verfassungsblog). Betroffen war das ganze politische Spektrum. Zeitgleich mit dem Betätigungsverbot gegen die PKK verbot das BMI bereits 1993 die kurdische Berxwedan-Verlags-GmbH und die Presseagentur Kurd-Ha als Teilorganisationen der PKK. Im Jahr 2019 erstreckte es das Verbot auf den Mezopotamien Verlag und die MIR Multimedia GmbH – ebenfalls als Teilorganisationen der verbotenen PKK. Die ROJ TV A/S und deren Holding, die Mesopotamia A/S, zwei dänische Medienorganisationen, die kurdisches Fernsehen nach Deutschland ausstrahlten, traf es 2008. 2013 verbot das BMI mit DawaFFM ein salafistisches Medienportal, 2016 mit Altermedia ein rechtsextremistisches Internetportal und 2017 traf es mit linksunten.indymedia eine linksextreme Onlineplattform.

Bis auf Altermedia haben alle betroffenen Vereinigungen oder deren Mitglieder gegen die Verbote Anfechtungsklage beim BVerwG, z.T auch Verfassungsbeschwerde beim BVerfG erhoben. Keine der Klagen kam durch. Und trotzdem sind die gerichtlichen Entscheidungsbegründungen nur beschränkt hilfreich. Sie lassen zwar erkennen, dass das Verbot einer Medienorganisation nach Art. 9 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 VereinsG zulässig ist. Wie die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines solchen Vereinigungsverbots aber im Detail steuern, lassen sie dagegen offen. Das liegt an der vertrackten prozessualen Situation im Vereinsrecht. Das Prüfprogramm der Gerichte im Vereinsverbotsverfahren richtet sich nämlich danach, wer klagt. Nur wenn die verbotene Vereinigung selbst gegen ihr Verbot klagt, überprüfen die Gerichte materiellrechtlich, ob die von der Behörde genannten Gründe für ein Verbot tatsächlich taugen. Klagt – wie bei linksunten.indymedia – lediglich ein Mitglied des verbotenen Vereins als Einzelperson, ist ihr Prüfprogramm abgespeckt. Sie untersuchen dann lediglich, ob das VereinsG anwendbar war und tatsächlich auch ein Verein verboten wurde. Klagt – wie bei den Verboten der kurdischen Medienvereinigungen – eine verbotene Teilorganisation, kann diese nur einwenden, sie sei keine Teilorganisation der PKK. Materiellrechtliche Verbotsgründe werden auch hier nicht geprüft. Bei DawaFFM stand die Religionsfreiheit im Fokus, die Meinungs- und Pressefreiheit waren kein Thema. Und bei den dänischen Fernsehgesellschaften ging es ausschließlich um unionale Fragen der Zuständigkeit Deutschlands oder Dänemarks für sendungsbegrenzende Maßnahmen. Trotzdem tappt man hier nicht völlig im Dunkeln. Ein Rückgriff auf die allgemeineren, gleichwohl aber umfangreichen Ausführungen von BVerwG und BVerfG zum Verhältnis von Vereinigungs-, Presse- und Meinungsfreiheit ist möglich.

Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes: Art. 5 Abs. 1 GG ist bloß zu berücksichtigen

Das Vereinigungsverbot aus Art. 9 Abs. 2 GG und § 3 VereinsG ist – neben der Grundrechtsverwirkung aus Art. 18 GG und dem Parteiverbot aus Art. 21 Abs. 2 GG – Teil des Konzepts der wehrhaften Demokratie. Es soll die organisierte Gefährlichkeit eines Personenzusammenschlusses für den demokratischen Staat unterbinden. Richtet sich eine Vereinigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung, ist sie nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 GG verboten. Der Begriff der Vereinigung, die ein Verbot treffen kann, ist nach Art. 9 Abs. 1 GG, § 2 VereinsG denkbar weit gefasst. Die COMPACT-Magazin GmbH als organisierter Zusammenschluss von Personen, die sich einer gemeinsamen Willensbildung unterworfen haben, fällt unter ihn. Als Wirtschaftsvereinigung muss sie nach der privilegierenden Norm des § 17 VereinsG i.V.m. § 3 VereinsG verboten werden – wenn sie die entsprechenden Verbotstatbestände erfüllt und ein Verbot verhältnismäßig ist. Landespresse- und Rundfunkrecht stehen einem Vereinsverbot nicht entgegen. Sie wären einschlägig und würden die Anwendung des VereinsG ausschließen, wenn das Verbot selbst unmittelbar auf ein Medienprodukt zielte. Regelungsgegenstand des Verbotsbescheids des BMI ist aber nicht das Verbot von Medienprodukten, sondern das Verbot der hinter ihnen stehenden Vereinigung. Dass deren Medienprodukte, Informations- und Kommunikationskanäle mitverboten werden, ist bloß eine Nebenfolge des Vereinigungsverbots selbst. Deshalb ist auch die immer wieder zitierte Entscheidung des EGMR gegen das zeitweise Verbot des Erscheinens von Zeitungen in der Türkei als Verstoß gegen Art. 10 EMRK als Referenzentscheidung nicht aussagekräftig. Dort ging es um das gezielte Verbot von Periodika, nicht um ein Vereinsverbot.

Und auch Art. 5 Abs. 1 GG sperrt das VereinsG nicht (BVerwGE 167, 293 Rn. 33 ff.) Immer, wenn von einer staatlichen Maßnahme mehrere Grundrechte mit unterschiedlichen Schrankenregelungen betroffen sind, stellt

sich die Frage, welches dieser Grundrechte den rechtlichen Prüfungsmaßstab vorgibt. Auf dem Gebiet der Vereinigungsfreiheit und des Vereinigungsverbots ist diese Frage ausdiskutiert. Menschen schließen sich nach Art. 9 Abs. 1 GG in Vereinen zusammen, um andere Grundrechte gemeinsam auszuüben. Die Form des Zusammenschlusses wird dabei von Art. 9 Abs. 1 u. 2 GG geschützt, die durch das VereinsG einfachgesetzlich ausbuchstabiert werden. Die Betätigung selbst durch die anderen Grundrechte. Zwar ist der staatliche Umgang mit der Presse- und Meinungsfreiheit ein Gradmesser für den Zustand einer Demokratie. Inwieweit Vereinigungsverbote nach Art. 9 Abs. 2 GG mit Art. 5 Abs. 1 GG in Einklang stehen, ist aber ausschließlich bei der Frage zu prüfen, ob die Verbotsgründe tragen – und eben keine Frage der Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes selbst. In erster Linie wird die Dogmatik des Vereinsverbots nach Art. 9 Abs. 2 GG und § 3 VereinsG abgeprüft, da sich dieses eben gegen die Form des Zusammenschlusses richtet. Bei der Verbotsprüfung gibt Art. 5 Abs. 1 GG nicht den Ton an. Meinungs- und Pressefreiheit sind hier nicht einmal ein eigenständiger Prüfungsmaßstab. Sie finden im Rahmen der Prüfung von Art. 9 Abs. 2 GG lediglich Berücksichtigung (BVerfGE 149, 160 Rn. 93 ff.).

Aggressiv-kämpferisches Vorgehen gegen die Demokratie erforderlich

Meinungs- und Pressefreiheit sind bei allen Verboten von rechtsextremistischen Vereinigungen im Spiel. Üblicherweise knüpft die Frage, ob sich rechtsextremistische Vereinigungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten, und damit den Verbotstatbestand aus Art. 9 Abs. 2 GG erfüllen, an ihre öffentlichen und veröffentlichten Äußerungen an. Ihr Verbot umfasst immer auch das Verbot ihrer Publikationsorgane. Die COMPACT-Magazin GmbH stellt hier keine Ausnahme dar. Um den Stellenwert der Meinungs- und Pressefreiheit auch im Vereinsverbotsverfahren zu betonen, warten BVerwG und BVerfG mit viel Wortgeklingel auf: Die Meinungs- und Pressefreiheit ist grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit garantiert. Ein Vereinsverbot, das allein dazu diente, Publikationen und Meinungen zu untersagen, wäre verfassungswidrig. Es darf vor allem nicht allein (!) an die Äußerung von Meinungen anknüpfen (BVerfGE 149, 160). Das tut es in der Regel aber auch nicht. Macht die Behörde ihr Verbot an Meinungsäußerungen fest, die sich gegen die Kernelemente unserer Verfassung richten – Menschenwürde, Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit – dann muss sich in diesen Äußerungen zusätzlich eine aggressiv-kämpferische Haltung der Vereinigung spiegeln. Nur dann *richtet* sie sich tatbestandsmäßig gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Hier wird es dann allerdings schwammiger. Eine aggressiv-kämpferische Haltung soll mehr sein als Verbalradikalismus. Sie soll vorliegen, wenn die Vereinigung die Fundamente unserer demokratischen Verfassungsstaatlichkeit nicht nur ablehnt, sondern zum Kampf gegen sie bläst. Das allerdings muss sich meist durch Auslegung ihrer Texte ergeben – wenn ansonsten kein weiteres Handeln der Vereinsmitglieder, ihrer Unterstützer, ihrer Autoren oder sonstiger, der Vereinigung nahestehender Dritter verwertbar und zurechenbar ist. Kann das BMI also den Vollbeweis antreten, dass die COMPACT-Magazin GmbH in ihren Publikationen und sonstigen medialen Formaten nicht bloß daherschwätzt, sondern die Verfassung tatsächlich untergraben will, dann unterliegt ihr Verbot keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, die sich aus Art. 5 Abs. 1 GG ergeben könnten.

Zurechtgestutzter Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im VereinsG

Natürlich muss auch ein Vereinsverbot dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Wann und wo dieser Grundsatz zum Zuge kommt, weicht im VereinsG aber von den bekannten juristischen Prüfungsschemata ab. Bei einem Vereinsverbot wird die Verhältnismäßigkeit nämlich bereits im Tatbestand der Verbotsgründe geprüft. Soll ein Verein deswegen verboten werden, weil er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, müssen ihm die aggressiv-kämpferischen und verfassungsfeindlichen Handlungen oder Äußerungen seiner Mitglieder, seiner Unterstützer, seiner Autoren oder sonstiger Dritter, die ihm nahestehen, zunächst zurechenbar sein. Das ist bei einem Vereinsverbot gegen eine Medienorganisation der erste Knackpunkt. Die Pressefreiheit umfasst auch die Entscheidung eines Verlags, ein Nachrichten- und Meinungsforum bloß für ein bestimmtes politisches Spektrum zu eröffnen und den Autoren dort größere Freiräume zu lassen. Eine Identifizierung des Verlags mit allen verfassungsfeindlichen Beiträgen muss damit nicht zwangsläufig verbunden sein, sondern im Einzelnen vom BMI nachgewiesen werden (BVerfGE 113, 63 (86).

Die aggressiv-kämpferischen, verfassungsfeindlichen Handlungen, Äußerungen und Beiträge müssen zusätzlich das Profil des Vereins bilden und ihn beherrschen. Sie müssen für den Verein prägend sein. Das ist der zweite Knackpunkt beim Verbot einer Medienorganisation. Die Verbotsbefugnis der Behörden ist insoweit eng auszulegen. Stützt sich ein Verbot auf verfassungsfeindliche Äußerungen, Presse- oder Rundfunkbeiträge, die im Vereinsleben insgesamt eher randständig bleiben, fehlt die entsprechende Prägung und der Verein darf nicht verboten werden. Dann, aber auch nur dann müssen die zuständigen Behörden gegen diese konkreten und vereinzelten Beiträge bzw. Beiträger*innen selbst medien- oder strafrechtlich vorgehen, anstatt den Verein als solchen ins Visier nehmen zu dürfen. Ist die Prägung da, muss die Vereinigung verboten werden. Davon geht das BMI in seiner 79-seitigen Verbotsverfügung gegen die COMPACT-Magazin GmbH offensichtlich aus. So ist es auch zu erklären, dass sie sich auf die dogmatisch missverständliche, dafür aber umso prosaischere Aussage des BVerwG stützt, nach der die Grundrechte der Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit dort zurückzutreten haben „wo sie ausschließlich (…) der Verwirklichung verbotswidriger Vereinszwecke dienen." Die Verbotsnormen räumen den Behörden kein Ermessen ein. Steht für die Behörde die verfassungswidrige Prägung des Vereins fest, hat sie keine milderen, gleichwirksamen Mittel, um der Gefahr zu begegnen, die von ihm ausgeht. Deswegen lesen sich Erwägungen zu milderen Mitteln am Ende von Verbotsverfügungen auch eher wie ein lebloser (weil überflüssiger) Appendix.

Höhere Hürden nötig und möglich?

Verlangen Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit danach, die vereinsgesetzlichen Hürden für das Verbot einer Medienorganisation höher zu hängen? Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt bestimmte Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit einer staatlichen Sanktion wie das Vereinsverbot. Sie ergeben sich aus dem Rang des mit dem Verbot zu schützenden Rechtsguts und der Intensität seiner Gefährdung auf der einen und dem Stellenwert sowie der Intensität der Beeinträchtigung des konfligierenden Rechtsguts auf der anderen Seite. Die freie Presse ist für die Demokratie konstituierend. Vereinsverbote schützen die Demokratie vor ihrer Zerstörung. Das ist ein Patt. Das andere Schwert der wehrhaften Demokratie, das Parteiverbot, hat das BVerfG kürzlich nachgeschärft. Bis zu seiner zweiten NPD-Verbotsentscheidung liefen Partei- und Vereinsverbot in ihren Tatbestandsvoraussetzungen parallel. Das Verbot von Parteien setzt wegen des hohen Rangs der Parteienfreiheit aus Art. 21 GG für unsere Demokratie nun voraus, dass eine verfassungsfeindliche Partei das Potential haben muss, den demokratischen Staat zu zerstören. Das Erfordernis von Potentialität macht beim Verbot von Vereinigungen, die ihr Personal nicht in der organisierten Staatlichkeit platzieren wollen, wenig Sinn. Das BVerfG betont deshalb stets, dass ein Vereinsverbot gerade keine konkrete Gefahr erfordert, dass ein Verein seine verfassungsfeindlichen Ziele auch erreichen kann. Das muss grundsätzlich auch für Medienorganisationen gelten. Zumindest im materiellrechtlichen Prüfprogramm kann man aber verbal nachjustieren, um die Voraussetzungen ihres Verbots zumindest denen des Verbots religiöser Vereinigungen anzugleichen. Religionsgemeinschaften können sich auf das vorbehaltlose Grundrecht aus Art. 4 GG berufen. Die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist dagegen kein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht. Wegen des demokratiekonstituierenden Charakters von Medien macht ein Gleichschritt hier aber Sinn. So muss wegen des hohen Stellenwerts der Religionsfreiheit im Grundgesetz das Verbot religiöser Vereinigungen *unerlässlich* sein, um die Schutzgüter des Art. 9 Abs. 2 GG zu schützen. Ferner ist erhöhter Grundrechtsschutz durch Verfahren in Form einer Verschärfung von Sorgfalts-, Darlegungs- und Beweislasten auf Seiten des BMI möglich. Für das Verbot einer Religionsgesellschaft verlangt das BVerfG, dass die Verbotsbehörde den Sachverhalt, auf den sie ihr Verbot stützt, im Bewusstsein um die gravierenden Folgen ihrer Verbotsentscheidung so umfassend aufklärt, dass die komplexe Prognose einer Verfassungswidrigkeit einer Vereinigung auch zuverlässig getroffen werden kann. Das muss auch für Medienorganisationen gelten und reichen.

Konstantin Kipp

Einstimmig für alle, alle für einstimmig?

Gefahren für die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der EU-Gerichte

doi: 10.59704/ca153b94fa19a40f

Angesichts der Bestrebungen, das Bundesverfassungsgericht besser zu schützen, drängt sich unweigerlich die Frage auf, ob auf europäischer Ebene ähnliche Maßnahmen erforderlich sind. Derzeit sind rechtspopulistische und potenziell unionsfeindliche Parteien europaweit im Aufwind (dazu Martin). Insbesondere das Verfahren zur Ernennung von Richter*innen des EuGH und des EuG weist Schwachstellen auf, die Feind*innen einer unabhängigen Gerichtsbarkeit ausnutzen könnten.

Verfahren zur Ernennung von Richter*innen

Der EuGH besteht gemäß Art. 19 Abs. 2 Satz 1, 2 EUV aus einem*r Richter*in je Mitgliedstaat, das EuG gemäß Art. 254 Abs. 1 Satz 1 AEUV i.V.m. Art. 48 c) EuGH-Satzung aus zwei Richter*innen je Mitgliedstaat. Das Verfahren zur Ernennung von Richter*innen des EuGH ist in Art. 253 AEUV festgelegt. Nicht unionsrechtlich geregelt ist hingegen das innerstaatliche Verfahren zur Auswahl eines*r Kandidat*in, das dem Verfahren auf europäischer Ebene vorgelagert ist. Vorgegeben ist, dass die Regierungen der Mitgliedstaaten das Vorschlagsrecht haben. Ansonsten ist es den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie ihre Kandidat*innen aussuchen.[1] Dem Wortlaut des Art. 253, 254 AEUV sind lediglich persönliche und fachliche Anforderungen zu entnehmen, die bei der Auswahl eines*r Kandidat*in beachtet werden müssen. Insbesondere müssen sie „jede Gewähr für Unabhängigkeit“ bieten. Wird ein Vorschlag gemacht, müssen die Regierungen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 253 Abs. 1 Hs. 2 AEUV einen in Art. 255 AEUV vorgesehenen Ausschuss anhören, der zur Eignung der Bewerber*innen Stellung bezieht. Anschließend setzt die Ernennung das Einvernehmen der im Rat vereinigten Vertreter*innen der Mitgliedstaaten voraus, Art. 19 Abs. 2 Satz 5 EUV, Art. 253 Abs. 1 Hs. 2 AEUV.[2]

Die Ernennung von Richter*innen des EuG nach Art. 254 AEUV unterscheidet sich von dem Verfahren nach Art. 253 AEUV lediglich hinsichtlich reduzierter fachlicher Anforderungen, die die Kandidat*innen erfüllen müssen.

Die Intransparenz innerstaatlicher Auswahlverfahren

Das Verfahren zur Ernennung von europäischen Richter*innen steht bereits seit längerem in der Kritik.[3] Dabei wird vielerorts auf die Intransparenz der innerstaatlichen Verfahren hingewiesen.[4]

Wie bereits dargestellt überlassen die Verträge es weitestgehend den Mitgliedstaaten, wie sie ihre Kandidat*innen bestimmen. Zudem sind die persönlichen und fachlichen Anforderungen, die ein*e Kandidat*in erfüllen muss, „von hohem Abstraktionsgrad“.[5] Zur Unabhängigkeit der Richter*innen des deutschen Bundesverfassungsgerichts trägt insbesondere die Tatsache bei, dass deren Wahl in der Regel einen Kompromiss von Regierung und Opposition erfordert (dazu Eichberger). Vergleichbares gibt das Unionsrecht für die Auswahl eines*r Kandidat*in für die EU-Gerichte nicht vor. Vielmehr erlaubt es den Regierungen der Mitgliedstaaten, ihre Kandidat*innen im Alleingang zu bestimmen, ohne sich dabei auch nur mit den Abgeordneten der Regierungsmehrheit abstimmen zu müssen. Folge des Fehlens unionsrechtlicher Vorgaben ist, dass die Auswahl in den meisten Mitgliedstaaten das Ergebnis informeller Absprachen zwischen Ministerien ist und parteipolitische Erwägungen eine „beträchtliche Rolle“ spielen.[6] Schon für sich genommen dürfte dies der Unabhängigkeit der Rich-

[1] Karpenstein/Dingemann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. EL 2024, Art. 253 AEUV, Rn. 12.
[2] Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 253 AEUV, Rn. 2.
[3] Wischmeyer, in: Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 60. EL 2024, A. II., Rn. 322.
[4] Huber, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 253 AEUV, Rn. 4.
[5] Pechstein, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 255 AEUV, Rn. 4.
[6] Karpenstein/Dingemann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. EL 2024, Art. 253 AEUV, Rn. 13.

ter*innen nicht zuträglich sein. Darüber hinaus wird das Auswahlverfahren aber wohl zumindest in einzelnen Mitgliedstaaten nicht nur von legitimen parteipolitischen, sondern auch von (illegitimen) sachfremden Erwägungen dominiert.[7] So wurde beispielsweise berichtet, dass der aktuelle ungarische Richter am EuGH, ohne ein formales innerstaatliches Auswahlverfahren von der ungarischen Regierung vorgeschlagen wurde. Zuvor war er Richter am EuG. Bis zu seiner Ernennung zum EuG-Richter war Csehi in der ehemaligen Anwaltskanzlei des damaligen ungarischen Justizministers tätig.

Der Fall Valančius

Die Intransparenz der Kandidat*innenauswahl ist nicht nur Ziel von Kritik aus der Wissenschaft, sondern auch Thema in einem anhängigen Verfahren beim EuGH. Im Ausgangsverfahren der Rechtssache C-119/23 hat Virgilijus Valančius, ein ehemaliger litauischer Richter des EuG, dagegen geklagt, dass die litauische Regierung an seiner Stelle andere Personen als Richter des EuG vorgeschlagen hat. Das litauische Recht sieht vor, dass eine aus hochrangigen Politiker*innen und Jurist*innen bestehende Arbeitsgruppe Bewerber*innen anhand der unionsrechtlich festgelegten Kriterien bewertet und eine Rangliste erstellt. Valančius hatte sich auf eine Wiederernennung beworben und war als am besten geeigneter Kandidat eingestuft worden. Jedoch scheiterte seine Auswahl (wohl) am Widerstand des litauischen Präsidenten (LRT), der seine Gründe für die Ablehnung nicht offenlegte. Statt Valančius schlug die litauische Regierung die zweitplatzierte Person vor, die wiederum der Eignungsprüfungsausschuss nach Art. 255 AEUV für ungeeignet befand. Daraufhin wurde der drittbeste Bewerber vorgeschlagen, der schließlich zum Richter des EuG ernannt wurde. Das Gericht, bei dem Valančius geklagt hat, hat sich mit Vorlagefragen an den EuGH gewandt. Es möchte unter anderem wissen, ob Art. 19 Abs. 2 EUV und Art. 254 AEUV Verpflichtungen bzgl. des Auswahlverfahrens begründen, mit denen nicht zu vereinbaren ist, dass die litauische Regierung nicht den Bewerber vorgeschlagen hat, den die Arbeitsgruppe am besten bewertet hat. Zugrunde liegt die Frage, ob das Unionsrecht über den Wortlaut hinausgehende Vorgaben bzgl. des innerstaatlichen Verfahrens macht. So hat der EuGH nun selbst Gelegenheit, die Transparenz der Ernennungsverfahren zu steigern. In seinen Schlussanträgen vertritt Generalanwalt Emiliou die Ansicht, dass das Unionsrecht solche Pflichten begründet (Rn. 59 ff.). Allerdings seien diese im Fall Valančius nicht verletzt worden. Eine Verletzung sei nur dann gegeben, wenn das innerstaatliche Verfahren die Integrität des gesamten Verfahrens zur Ernennung des*r Richters*in infrage stellt (Rn. 67). Dafür nennt der Generalanwalt zwei Beispiele, die so extrem sind, dass ein Mitgliedstaat es schon bewusst darauf anlegen müsste, um seine Pflichten zu verletzen. So soll es unionsrechtswidrig sein, „wenn bei einem Aufruf zur Einreichung von Bewerbungen als Anforderung an die Bewerber die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei genannt wird oder wenn die Entscheidung auf einen Bewerber fällt, der (…) öffentlich erklärt hat, dass er im Interesse seines Heimatstaates oder nach den Anweisungen des Organs, das ihn ausgewählt hat, handeln wird“ (Rn. 62) – also dann, wenn entweder die Regierung von vornherein kundtut, nicht auf der Suche nach einem*r unabhängigen Kandidat*in zu sein oder wenn ein*e Kandidat*in selbst in der Öffentlichkeit preisgegeben hat, der Tätigkeit als Richter*in nicht unabhängig nachgehen zu wollen. Auch wenn der Generalanwalt diese Beispiele selbst als „extrem“ bezeichnet, zeigen sie dennoch, wie viel Raum für Einflussnahmen den Mitgliedstaaten nach seiner Auffassung verbleibt.

Sollten bei der Ernennung von Richter*innen der höchsten europäischen Gerichte, deren Rechtsprechung Einfluss auf 27 Mitgliedstaaten entfaltet, nicht strengere Anforderungen gelten? Es mag sein, dass sich die litauische Regierung aus legitimen Gründen gegen Valančius entschieden hat. Dennoch hinterlässt die Undurchsichtigkeit ihrer Entscheidung einen ungünstigen Eindruck.

Fehlende gegenseitige Kontrolle durch die Mitgliedstaaten

Da eine Ernennung stets Einvernehmen voraussetzt, könnten die Mitgliedstaaten die Kandidat*innen grundsätzlich effektiv kontrollieren. Allerdings hat sich diese zwischenstaatliche Entscheidung mit der Zeit „nahezu zu einer bloßen Formalie“ entwickelt: Die Kandidat*innen werden von den Vertreter*innen der Mitgliedstaaten „abgenickt“.[8] Grundgedanke des Einvernehmlichkeitserfor-

[7] Huber, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 253 AEUV, Rn. 2.

[8] Baltes, Die demokratische Legitimation und die Unabhängigkeit des EuGH und des EuG, 2010, S. 142.

dernisses dürfte unter anderem gewesen sein, dass die Mitgliedstaaten sich gegenseitig kontrollieren, um eine größtmögliche Akzeptanz der Richter*innen in allen Mitgliedstaaten zu erreichen und sicherzustellen, dass sie geeignet und unabhängig sind.[9]

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die innerstaatlichen Auswahlverfahren in der Regel intransparent sind, ist es problematisch, dass die Mitgliedstaaten von ihrer Kontrollmöglichkeit keinen Gebrauch machen. Dies dürfte jedoch weniger an deren fehlendem Interesse als vielmehr an den vertraglichen Regelungen liegen. Denn aufgrund des Einvernehmlichkeitserfordernisses haben zwar alle die Möglichkeit, eine*n Kandidat*in zu blockieren, wenn sie an dessen Unabhängigkeit zweifeln. Jedoch stellt die Blockademöglichkeit auch ein starkes Erpressungsmittel dar, um eine*n Kandidat*in zu erzwingen. Wird der Vorschlag eines Mitgliedstaats abgelehnt, kann dieser seinerseits die Vorschläge aller anderen ablehnen. Folglich würden die anderen Mitgliedstaaten vor die Entscheidung gestellt, entweder die*den für ungeeignet befundene*n Kandidat*in zu akzeptieren oder eine dauerhafte Blockade der Ernennung neuer Richter*innen zu riskieren. Indem die Mitgliedstaaten stets den Kandidat*innen der anderen zustimmen, stellen sie sicher, dass auch ihre eigenen ernannt werden.

Sollte es irgendwann doch zu einer Blockade kommen, würde diese zwar nicht unmittelbar die Funktionsfähigkeit des Gerichtshofs beeinträchtigen, da Art. 5 Abs. 3 EuGH-Satzung vorsieht, dass Richter*innen bis zur Ernennung ihres*r Nachfolger*in im Amt verbleiben. Jedoch sind Regelungen, aufgrund derer Richter*innen über das Ende ihrer Mandatszeit hinaus im Amt verbleiben, missbrauchsanfällig (dazu Lübbe-Wolff). Sie ermöglichen es demjenigen, der über eine Blockademöglichkeit verfügt, im Hinblick auf anstehende Verfahren abzuwägen, ob es für seine Interessen vorteilhafter ist, dass das Gericht in seiner aktuellen Zusammensetzung verbleibt oder er eine Neubesetzung anstreben sollte. Hinzukommt, dass vor den europäischen Gerichten ein Recht auf ordnungsgemäße Zusammensetzung des Gerichts besteht (EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, verb. Rs. C-341/06 P und C-342/06 P, *Chronopost/UFEX* u.a., Rn. 47.) und die Richter*innen nach den Verträgen auf Zeit tätig sind. Je länger sie über das Ende ihrer Mandatszeit hinaus im Amt verbleiben, desto zweifelhafter dürfte werden, ob dieses Recht nicht verletzt wird. Folglich käme es der Unabhängigkeit der Richter*innen und dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Gerichts zugute, wenn man das Zustimmungserfordernis für die Ernennung von Richter*innen auf ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis herabsetzte und damit das Risiko einer Blockade senkte.

Das mit dem gegenwärtigen Verfahren Risiken für die Unabhängigkeit von Richter*innen einhergehen, ist keine neue Erkenntnis. Bereits im Rahmen des Europäischen Verfassungskonvents im Jahr 2003 präsentierte ein Arbeitskreis Verbesserungsvorschläge für das Ernennungsverfahren, auf deren Grundlage das Verfahren um die zwingende Einschaltung des Ausschusses nach Art. 253 Abs. 1 Hs. 2, 255 AEUV ergänzt wurde. Tatsächlich haben die Mitgliedstaaten bereits mehrfach vorgeschlagene Kandidat*innen aufgrund negativer Stellungnahmen des Ausschusses zurückgezogen.[10] Dennoch erscheint zweifelhaft, ob die Eignungsprüfung durch den Ausschuss ausreichend ist, um die Unabhängigkeit der Richter*innen auf Dauer abzusichern. Denn der Ausschuss vermag die Intransparenz der mitgliedstaatlichen Entscheidungsfindung nicht zu beheben, sondern allenfalls eine*n Bewerber*in aus diesem Grund als ungeeignet einzustufen (GA Emiliou Rs. C-119/23 *Valančius* Rn. 55). Auch kommt den Stellungnahmen des Ausschusses nach weit überwiegender Ansicht kein verbindlicher Charakter zu.[11] Folglich bietet er keine Lösung für Situationen, in denen Mitgliedstaaten versuchen, ihre*n Kandidat*in durch das Blockieren anderer Kandidat*innen durchzusetzen. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass das Besetzungsverfahren des Ausschusses selbst politisiert und dieser in der Folge dazu genutzt werden könnte, sich aufgrund „sachfremder Erwägungen missliebiger Kandidaten zu entledigen“.[12]

Fazit

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass die Richterernennung an den europäischen Gerichten bisher vor allem deswegen funktioniert hat, weil die Mitgliedstaaten „mit-

[9] vgl. Karpenstein/Dingemann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. EL 2024, Art. 253 AEUV, Rn.9.

[10] Karpenstein/Dingemann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. EL 2024, Art. 253 AEUV, Rn. 11.

[11] Pechstein, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 255 AEUV, Rn. 4.

[12] Karpenstein/Dingemann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. EL 2024, Art. 255 AEUV, Rn. 14.

spielen“ wollten. Sollte nur eine einzige unionsfeindliche Regierung zu dem Schluss gelangen, dass es ihren Zielen dienlicher ist, die Arbeit der europäischen Gerichte zu obstruieren, so böte das geltende Recht allenfalls schwachen Schutz. Denn bezüglich der innerstaatlichen Auswahlverfahren gelten praktisch keine Vorgaben. Eine Kontrolle der Kandidat*innen auf europäischer Ebene erfolgt allein durch den Ausschuss nach Art. 255 AEUV. Dieser ist aber nur so lange funktional wie die Mitgliedstaaten seine Stellungnahmen respektieren. Gegen die Gefahr, dass unionsfeindliche Regierungen die Ernennung neuer Richter*innen blockieren, ist kaum Schutz gegeben. Erst kürzlich hat der Europäische Rat bekannt gegeben, im Sommer 2024 einen „Fahrplan“ für zukünftige interne Reformen vorzulegen. Dies wäre ein passender Rahmen, um Änderungen am Verfahren zur Ernennung europäischer Richter*innen zu erwägen. Dabei sollte man insbesondere Vorgaben zur Stärkung der Transparenz der innerstaatlichen Verfahren zur Kandidat*innenauswahl sowie eine Abkehr vom Einvernehmlichkeitserfordernis in Betracht ziehen. Sollten die Mitgliedstaaten auf ihrem Vetorecht bei der Ernennung für Richter bestehen, könnten auch Kompensationslösungen oder Blockadelösungsmechanismen, wie sie für deutsche Gerichte schon vorgeschlagen wurden, zu einem besseren Schutz vor Blockaden beitragen.

Anm. d. Red.: In einer früheren Version dieses Artikel hieß es, dass Zoltán Csehi ohne Auswahlverfahren vorgeschlagen wurde und in der Anwaltskanzlei des damaligen ungarischen Justizministers tätig war. Die Formulierung ist dahingehend korrigiert worden, dass berichtet wurde, dass Zoltán Csehi ohne formales Auswahlverfahren vorgeschlagen wurde und bis zu seiner Ernennung zum EuG-Richter in der ehemaligen Anwaltskanzlei des damaligen ungarischen Justizministers tätig war.

Angelika Nußberger

Verfassungskonsenskultur in Gefahr

doi: 10.59704/f11007fd116a2da1

Das Erfolgsmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland beruht – aus dem Ausland mit gleichbleibend großer Verwunderung zur Kenntnis genommen – auf einer bekennend politischen Auswahl der Richterinnen und Richter. Dabei gibt es, anders als in den USA beim Supreme Court, kein Schaulaufen. Es werden Hinterzimmergespräche geführt; ein kleiner Ausschuss bestimmt „die Richtigen", und dies in aller Regel als Paket; dass die Abspracheketten weit in die Zukunft reichen, ist kein Geheimnis. Die Rolle der Medien beim Auswahlprozess ist detektivisch und gleicht derjenigen bei der Papstwahl – wenn der weiße Rauch aufsteigt, darf man loben.

So sehr man all dies kritisieren mag (und in einer Endlosschleife kritisiert hat), so wenig lässt sich leugnen, dass das Karlsruher System nicht nur gut, sondern besser als die meisten anderen Systeme funktioniert. Misst man Autorität, Durchsetzungskraft gerade auch gegenüber der Exekutive und Legislative sowie Einfluss auf die Verfassungsrechtsentwicklung weltweit, wird „Karlsruhe" immer (mit) auf dem Podest stehen (dazu z.B. Kommers/Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany; Masing, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, § 15, Rn. 70 ff.).

Das Erfolgsrezept lässt sich mit drei Stichworten umreißen: Mix, Mitte, Milieu. Ziel der Auswahl ist nicht, Menschen ohne Meinung zu berufen; vielmehr soll der Meinungsmix in beiden Senaten ausgewogen sein. Bei dem Mix darf es aber keine zu großen Ausschläge nach „links" oder „rechts" geben; wer in Karlsruhe judiziert, muss für unterschiedliche Meinungen offen, der Mitte zugewandt sein. Wer verbohrt, ideologisch oder aktivistisch nur die eigene Position sieht, ist in Karlsruhe nicht willkommen. Und, woher auch immer man kommt, was auch immer man zuvor gedacht und getan haben mag, das Karlsruher Milieu bindet ein in einen nunmehr schon auf lange Tradition gegründeten offenen Dialog (so auch Lübbe-Wolff, Beratungskulturen, S. 30 ff.).

Dass über dem bekennend politischen und auf Hinterzimmerdiplomatie beruhenden Auswahlprozess die Maxime des Kölner Grundgesetzes „Et hätt noch immer jot jejange" steht, beruht auf zwei Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, § 6 Abs. 1 S 2 BVerfGG – „Zum Richter ist gewählt, wer eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, mindestens die Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt" und § 7 BVerfGG – „Die vom Bundesrat zu berufenden Richter werden mit zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates gewählt." Da man aufgrund der hohen Hürde der Zweidrittelmehrheit zur Wahl die Stimmen der jeweiligen Opposition braucht, sind nur jene Kandidatinnen und Kandidaten durchzusetzen, die sich in die Karlsruher Dialogkultur einpassen.

Der Zankapfel in einer sonst konsensualen Reformdebatte

Nach dem gegenwärtig auf dem Tisch liegenden – noch unveröffentlichten – Vorschlag zur Änderung des Grundgesetzes sollen gerade diese einfachgesetzlichen Regelungen nicht im Grundgesetz abgesichert werden – anders als jene zur Zahl der Richter, Zahl der Senate, hälftigen Wahl durch Bundestag und Bundesrat, Amtszeit, Altersgrenze, Ausschluss der Wiederwahl, vorläufigen Fortführung der Amtsgeschäfte, Geschäftsordnungsautonomie und Bindungswirkung der Entscheidungen. Dies ist der wohl strittigste Punkt in einer im Übrigen konsensualen Reformdebatte. Zwar bestreitet niemand die Bedeutung der Zweidrittelmehrheit für den bisherigen Erfolg. Nur droht der bisher solide und gut gesicherten politischen Mitte eben jene Zweidrittelmehrheit zu verlieren; der gesellschaftliche Konsens für ihre Politik bröckelt. Sichert man die Zweidrittelmehrheit, die nicht mehr auf alle Zeit hin garantiert ist, normativ im Grundgesetz ab und errichtet dauerhaft unüberwindbare Hürden, hat man ein Problem. Sichert man die Zweidrittelmehrheit nicht ab, kann die einfache Mehrheit sie ganz abschaffen. Dann hat man auch ein Problem. Was tun?

Die politische Debatte zur Zementierung der Zweidrittelmehrheit auf der Ebene des Grundgesetzes hat sich offensichtlich zwischen Scylla und Charybdis bewegt. Verlieren diejenigen Parteien, die jetzt die Reform tragen, SPD, Grüne, FDP und CDU/CSU, die Zweidrittelmehrheit etwa im Bundestag, müssen sie in die Hinterzimmerdiplomatie auch die AfD und – möglicherweise – das BSW einbeziehen; diese werden im Gegenzug für ihre Zustimmung eigene Kandidaten und Kandidatinnen durchsetzen wollen. Nach gegenwärtiger Reformlage würde dann, wenn kein Kompromiss erreicht werden kann, der Bundesrat als Wahlgremium einspringen. Ginge auch im Bundesrat die Zweidrittelmehrheit verloren, würde auch die Zusammensetzung des Bundesverfassungsgerichts unausweichlich diese geänderten Mehrheitsverhältnisse spiegeln; einem auf der Ebene des Grundgesetzes zementierten Zwang zum Kompromiss mit jenen, die nicht dieselben Werte teilen, ließe sich dann nicht mehr ausweichen. Dies wäre bei einer derartigen Verschiebung der Machtverhältnisse aber wohl auch dem demokratischen Wählerwillen geschuldet. Wird die Zweidrittelmehrheit aber nicht auf der Ebene des Grundgesetzes festgelegt, könnte, wer auch immer die einfache Mehrheit innehat, das Bundesverfassungsgerichtsgesetz ändern und dann mit eben jener einfachen Mehrheit die je eigenen Kandidatinnen und Kandidaten durchsetzen. Da es dann keine Sperrminorität mehr gäbe, wären auch keine Kompromisse mehr nötig; im schlimmsten Fall könnte das Bundesverfassungsgericht „einseitig" besetzt werden. Dass das polnische und das ungarische Verfassungsgericht warnende Beispiele sind und dass ein derartiger Prozess nicht lange dauern muss, ist oft genug betont worden.

Die weniger schlechte Option

Was tun? Ist es besser für die Parteien der Mitte, die Zweidrittelmehrheit auf verfassungsrechtlicher Ebene abzusichern, solange sie sie noch haben? Dann wären sie bei entsprechenden Wahlergebnissen zur Kompromisssuche auch mit „den anderen" verdammt. Oder ist es besser, auf das freie Spiel der Kräfte zu setzen und in Kauf zu nehmen, dass die „falsche" Mehrheit die Zweidrittelmehrheit abschaffen könnte und dann bei Neubesetzungen kaum mehr zu bremsen ist?

Klar ist, dass es nicht um die Wahl der „besseren", sondern der „weniger schlechten" Alternative geht. Deutschland kann hier vom Ausland lernen. In vielen Ländern ist nach der Verfassungsgerichtseuphorie der 1990er Jahre eine allgemeine Katerstimmung zu beobachten – umso gespaltener eine Gesellschaft, umso brüchiger der Grundkonsens, umso gefährlicher ein politisch besetztes Verfassungsgericht. Bei der Ausarbeitung von Gegenrezepten gibt es unterschiedliche Erfahrungen und eine lebhafte Diskussion (hier, Abschnitt 4.3, oder hier und hier auf dem Verfassungsblog).

Vor diesem Hintergrund hätte man sich, so sehr die bisherigen Reformvorschläge als notwendig, gelungen und hilfreich zu begrüßen sind, gewünscht, dass auch die Zweidrittelmehrheit auf Verfassungsebene abgesichert würde. Im Augenblick ist dies (noch) eine Frage des politischen Optimismus oder Pessimismus. Bleibt man Optimist und hofft darauf, dass die Berliner Verfassungskonsenskultur erhalten bleibt, ist auch die Karlsruher Verfassungskonsenskultur nicht in Gefahr. Aber: Institutional design matters – und das schon jetzt!

Bijan Moini

Ist dieses Urteil der Anfang vom Ende der AfD?

doi: 10.59704/5a6cadf2a62d9904

Am 25. Februar 2021 stufte das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) die Alternative für Deutschland (AfD) als „Verdachtsfall" ein. Es gebe hinreichend verdichtete tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Partei gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen verfolge. Eine solche Einstufung legitimiert in der Praxis des BfV die genauere Beobachtung der Partei. Das heißt, es darf geheimdienstliche Mittel wie Telekommunikationsüberwachung oder V-Leute einsetzen.

Die AfD wehrte sich gegen diese Einstufung vor dem Verwaltungsgericht Köln – und unterlag. Gegen das Urteil legte sie Berufung ein. Vor dem Oberverwaltungsgericht Münster unterlag sie am 13. Mai 2024 erneut. Die Gründe dafür hat das Gericht erst am 2. Juli veröffentlicht. Darüber wurde bislang so gut wie nicht berichtet – zu Unrecht, denn in dem Urteil steckt einiges drin. Vor allem hat es ein Verbotsverfahren gegen die AfD nach Artikel 21 Absatz 2 GG wahrscheinlicher gemacht. Und auch das Verbot der Partei selbst.

Worüber hat das OVG Münster entschieden - und worüber nicht?

Für eine rechtmäßige Einstufung als Verdachtsfall mussten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die AfD sich nach ihrem Gesamtbild aktiv gegen mindestens eines der unverzichtbaren Grundprinzipien unseres Verfassungsstaats richtet:

- die Menschenwürdegarantie
- das Demokratieprinzip
- das Rechtsstaatsprinzip

Für seine Prüfung legt das OVG Münster diese Begriffe genauso aus wie das Bundesverfassungsgericht bei der Beurteilung einer Partei im Rahmen eines Verbotsverfahrens. Deshalb erlaubt das Urteil insoweit Schlüsse auf die Frage der Verfassungswidrigkeit der AfD. Das Gericht entschied allerdings nicht darüber, ob die AfD sicher verfassungsfeindliche Ziele verfolgt. Diese Feststellung wäre Voraussetzung für ein Parteiverbot.

Außerdem genügte es dem OVG Münster für die Einstufung der AfD als Verdachtsfall, dass Anhaltspunkte für ein „aktives … Vorgehen" zur Realisierung der verfassungsfeindlichen Ziele bestehen. Das sah sie schon dadurch erfüllt, dass die AfD eine politische Partei ist, weil Parteien grundsätzlich darauf ausgerichtet seien, ihre Überzeugungen umzusetzen. Für ein Parteiverbot müsste der AfD jedoch nachgewiesen werden, dass sie „darauf ausgeht", die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Entscheidend dafür ist, dass die Partei „planvoll" vorgeht (nicht „aggressiv-kämpferisch", wie es häufig fälschlich heißt). Im zweiten NPD-Verbotsverfahren aus 2017 genügte dem Bundesverfassungsgericht dafür, dass die NPD (heute: Die Heimat) eine Strategie zur Umsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele hatte, die sie aktiv verfolgte. Außerdem können Parteien nur verboten werden, wenn sie zumindest die Chance haben, ihre verfassungsfeindlichen Ziele umzusetzen (Potentialität). Das hat das Bundesverfassungsgericht für die NPD 2017 verneint. Und 2024 wurde der Partei daher "nur" die Parteienfinanzierung gestrichen, anstatt sie zu verbieten.

Das bedeutet, dass das Urteil des OVG Münster nicht bestätigt bzw. gar nicht bestätigen konnte, dass alle Voraussetzungen für ein Verbot der AfD vorliegen. Warum haben die Urteilsgründe ein AfD-Verbot(sverfahren) dennoch wahrscheinlicher gemacht?

Grund 1: Durch das Urteil ist bestätigt, wie rechtsextrem die AfD gegenwärtig ist

Das OVG Münster hat den Verdacht auf verfassungsfeindliche Bestrebungen der AfD gleich dreifach begründet. Das Gericht hat Anhaltspunkte dafür erkannt, dass die Partei Deutsche mit Migrationshintergrund sowie Ausländer- und Muslim*innen diskriminieren will und dass sie demokratiefeindlich ist.

Dazu hat es sich auf Belegsammlungen des BfV gestützt, die zusammengenommen über 10.000 Seiten umfassten. Das Gericht hat zahlreiche Funktionär*innen auf allen Ebenen der Partei zitiert, von Alexander Gauland und Alice Weidel über Christina Baum (Bundestagsabgeordnete und ehemaliges Bundesvorstandsmitglied), Björn Höcke und Maximilian Krah bis hin zu zahlreichen weiteren Bundes- und Landtagsabgeordneten, Landesvorstandsmitgliedern und sogar Kreisverbandsvorsitzenden.

Die AfD verbirgt ihr wahres Gesicht

Zur Diskriminierung von Deutschen mit Migrationshintergrund stellt das Gericht fest, dass zumindest der Verdacht bestehe, dass die wahren Ziele der Partei „aus taktischem Kalkül bewusst nicht vollständig offengelegt" würden. Das stützt es auf zahlreiche abwertende Aussagen, in denen zum Ausdruck komme, dass es zur Bewahrung der „ethnisch-kulturellen Identität" auch Diskriminierung von Deutschen mit Migrationshintergrund geben könne.

Als Beispiele nennt es Aussagen zum drohenden „Volkstod", zur Verschwörungstheorie der „Umvolkung" bzw. des „Volksaustauschs", zum „schleichenden Genozid an der deutschen Bevölkerung" und insbesondere die Forderung der „Remigration" von „nicht integrierbaren Migranten", was auch Deutsche miteinschließe, und die vielfache Verwendung des Begriffs der „Passdeutschen" sowie die Verunglimpfung der Fußball-Herren-Nationalmannschaft als „nicht mehr deutsch … im klassischen Sinne".

Urteil bestätigt: AfD verwendet rassistische Sprache

Das Gericht hat auch Aussagen identifiziert, wonach es der Partei jenseits der Bewahrung der deutschen Kultur und Identität in Wahrheit um ein „ethnisch-biologisches" Volksverständnis gehen könnte, indem etwa Tiermetaphern zur Unterscheidung von Migranten von „Biodeutschen" verwendet würden, vor einem „hellbraunen, afroasiatischmitteleuropäischen Menschentyp" gewarnt oder dunkelhäutigen Jugendlichen ihr Deutschsein abgesprochen werde. Besonders krass ist auch die Forderung Christina Baums nach einem „Wahlrecht nach Abstammung".

Auch für die systematische Verletzung und Missachtung der Menschenwürde von Ausländer- und Muslim*innen führt das Gericht zahlreiche Belege an. Migranten würden als „Messermänner", „Invasoren", „Eindringlinge" und „Parasiten" verunglimpft, Muslime als „nicht integrierbar", der Islam als „totalitäre Ideologie".

Keine Einzelfälle

Die Vielzahl der diffamierenden und die Menschenwürde missachtenden Aussagen zeige, dass es sich hier nicht um einzelne Entgleisungen, sondern um eine charakteristische Grundtendenz der Partei handele. Speziell die Muslimfeindlichkeit begründet das Gericht weiter damit, dass Muslimen generell der Schutz der Religionsfreiheit versagt werden solle, konkret durch die pauschale Forderung (die es sogar ins Europa-Wahlprogramm 2019 schaffte), den Bau von Moscheen oder Minaretten zu verbieten. Diese Position unterstrichen zahlreiche Äußerungen, wonach der Islam überhaupt „keine Religion" sei. In der Gesamtschau ergebe sich „sogar ein starker Verdacht, dass die Klägerin Bestrebungen verfolgt, die gegen die Menschenwürde von muslimischen Migranten gerichtet" seien. Diese Aussage des Gerichts kann man so interpretieren, dass es insoweit nicht nur einen Verdacht, sondern auch eine gesichert rechtsextreme Ausrichtung der Partei bejaht hätte.

Demokratiefeindlichkeit noch nicht gut belegt

Demgegenüber ist die Beweislage hinsichtlich des Vorwurfs der Demokratiefeindlichkeit dünn. Genügend Anhaltspunkte für einen Verdacht lägen vor, allerdings „nicht in der Häufigkeit und Dichte wie vom [BfV] angenommen". Das Gericht führt eine Reihe von Schmähungen auf, die man aber auch noch als sehr gehässige Kritik einordnen könnte, etwa die Forderung, wer Deutschland nicht liebe, solle Deutschland verlassen, oder die Beschimpfung der Bundesregierung als „psychisch kranke Deutschlandhasser". Allein das von der Partei nicht ausreichend zurückgewiesene Schwadronieren in einer parteiinternen Chatgruppe von einem „Bürgerkrieg" und von „Widerstand" hat das Gericht wohl dazu bewogen, in der Gesamtschau auch den Verdacht der Demokratiefeindlichkeit zu bestätigen.

Auf den Vorwurf des BfV, die AfD richte sich auch gegen den Rechtsstaat, geht das Gericht gar nicht erst ein. Das ist ein ein Indiz dafür, dass insoweit nicht genügend Anhaltspunkte für einen Verdacht vorgetragen wurden.

Das OVG Münster legt den Begriff der Menschenwürde genauso aus wie das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Parteienverbot bzw. Finanzierungsausschluss. Daher könnte man aus dem Urteil den Schluss ziehen, dass diese Voraussetzung für ein Verbot zumindest hinsichtlich der Muslimfeindlichkeit der Partei erfüllt wäre. Zugleich macht das Urteil deutlich, an welchen Stellen das BfV offenbar noch nicht genügend Anhaltspunkte für eine sicher verfassungsfeindliche Bestrebung hat bzw. vorgelegt hat. Dank des Urteils besteht jetzt größere Klarheit darüber, wie die Erfolgsaussichten eines Verbotsantrages sind und wie man sie erhöhen könnte.

Grund 2: Der Verfassungsschutz darf jetzt weiterhin und tiefer bohren

Hätte das OVG Münster der AfD Recht gegeben, hätte das BfV deren Beobachtung mit geheimdienstlichen Mitteln einstellen müssen. Umgekehrt werden die Verfassungsschutzbehörden nun aber ihre Belegsammlungen erheblich aufstocken können. Zum Beispiel mit den Aussagen und geleakten Dokumenten oder Chatprotokollen von V-Leuten oder mit Erkenntnissen aus Überwachungsmaßnahmen. Es ist sehr wahrscheinlich, dass diese Maßnahmen zahlreiche weitere Belege über die wahren Intentionen der Partei zutage fördern werden, die verfassungsfeindliche Tendenzen in der AfD noch besser belegen können als öffentliche Äußerungen (auf die allein sich das BfV vor dem OVG Münster stützte).

Zu bedenken ist bei der Entscheidung über einen Parteiverbotsantrag, dass gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts V-Leute im Bundes- oder einem Landesvorstand der Partei sofort abzuschalten wären, wenn sich der Bundestag, die Bundesregierung und/oder der Bundesrat dazu entschlössen, einen Verbotsantrag zu stellen.

Grund 3: Für die AfD wird es schwer, sich vor einem Verbot zu schützen

Es ist praktisch enorm bedeutsam, welche strengen Voraussetzungen die AfD laut dem Urteil des OVG Münster erfüllen muss, damit ihr Äußerungen ihrer Funktionär*innen *nicht* zugerechnet werden. Dazu muss sie sich glaubwürdig von den konkreten Äußerungen distanzieren, und zwar nicht nur von einzelnen, sondern von allen gleichartigen Äußerungen der Betroffenen. Das Gericht weist deshalb immer wieder Distanzierungsversuche als nicht ernsthaft, nicht nachhaltig, nicht konkret genug und wiederholt auch als taktische (also unfreiwillige) Maßnahme zurück und verwendet sie teilweise sogar gegen die Partei.

So könne zum Beispiel mit einer Parteiordnungsmaßnahme, die wegen einer bestimmten Äußerung ergriffen werde, stets nur der sich aus der konkreten Äußerung ergebende Anhaltspunkt beseitigt werden, nicht jedoch Verdachtsmomente, die sich aus vergleichbaren Äußerungen ergäben. Nicht einmal ein Parteiausschluss hilft der Partei zuverlässig, sich von Äußerungen eines Funktionärs zu distanzieren. Jedenfalls solange sie mit dem Betroffenen verbunden bleibt. Den Rechtsextremisten Andreas Kalbitz etwa warf die Partei zwar raus, weil er vor seinem Parteibeitritt Mitglied der Heimattreuen Deutschen Jugend sowie der Partei Die Republikaner gewesen war und beides nicht angegeben hatte. Beide Organisationen standen auf der Unvereinbarkeitsliste der AfD. Dennoch rechnete das OVG Münster der AfD auch Äußerungen von Kalbitz zu. Denn die Brandenburger AfD-Landtagsfraktion behielt den nunmehr parteilosen Abgeordneten als Mitglied ihrer Fraktion.

AfD distanziert sich nur oberflächlich

Auch helfen Vorstandsbeschlüsse wie die „Erklärung zum deutschen Staatsvolk und zur deutschen Identität“ von 2021 der Partei nur, wenn sie über abstrakte Bekenntnisse hinausgingen und konkretisierten, wie sie mit gegenläufigen Einzeläußerungen von Funktionär*innen in Einklang zu bringen sind. Nach einer Analyse der besagten Erklärung etwa kommt das Gericht zu dem Schluss, dass es nach dem Verständnis der AfD Deutsche gebe, die „Träger der deutschen Kultur und Identität“ seien, und Deutsche, die das nicht seien – wodurch der Beschluss die intendierte Distanzierung von entsprechendem Gedankengut gerade nicht leistet. Es sei auch keine „Distanzierung“ von menschenfeindlichen Äußerungen, wenn die AfD in programmatischen Schriften auch mal sachlich und nur polemisch zugespitzt zur Kriminalität von Migranten und Muslimen oder kulturellen Unterschieden und Integrationsproblemen Stellung nehme. Genau so argumentierte nämlich die AfD wirklich im Prozess in Münster. Sie beteuerte, Höcke sage ja nicht NUR Verfassungsfeindliches: “Nicht alles, was Herr Höcke sagt, ist verfassungsfeindlich”. Das Gericht fand das offenkundig nicht überzeugend.

Wichtig ist zudem, dass das Gericht erklärte, es gebe keine zeitliche Grenze, nach der bestimmte Äußerungen nicht mehr als Beweismittel gegen die Partei verwendet werden könnten. Ältere Äußerungen fielen als Beweismittel nur aus, wenn die geäußerten Positionen ausdrücklich aufgegeben und über einen längeren Zeitraum nicht wiederholt würden. Ähnliche Aussagen in jüngerer Zeit könnten wiederum ein Beleg für die Kontinuität der besagten Positionen sein.

Grund 4: Das AfD-Urteil aus Münster befeuert den politischen Prozess

Es gibt bislang keine belastbaren Einschätzungen zu den Erfolgsaussichten eines Verbotsverfahrens. Das liegt daran, dass in der Öffentlichkeit niemand einen Überblick über das umfangreiche Material zur AfD hat und dass es bei der Partei – anders als bei der NPD – wegen ihrer taktisch motivierten öffentlichen Zurückhaltung auf komplexe Zurechnungsfragen ankommt. Das hat dazu geführt, dass sich viele Verfassungsrechtler*innen zurückhaltend dazu geäußert haben, ob die Voraussetzungen für ein AfD-Verbot vorliegen. Und dass sich keine politische Dynamik hin zu einem Verbotsantrag entwickelt hat. Jenseits politischer Vorbehalte ist die Sorge groß, dass ein Verbotsantrag scheitern würde.

Der CDU-Bundestagsabgeordnete Marco Wanderwitz betreibt schon lange eine Initiative zum Verbot der Partei. Er hatte erklärt, mit einem Antrag im Bundestag warten zu wollen, bis das OVG Münster sein Urteil gefällt und begründet hat. Jetzt will er loslegen und im Herbst einen entsprechenden Antrag stellen. Das Urteil liefert ihm dafür die oben aufgeführten Argumente. Das OVG Münster ist zwar nicht das Bundesverfassungsgericht, und wie bereits erläutert hat es auch nicht über die Voraussetzungen für ein Parteiverbot entschieden, sondern über die Einstufung durch das BfV als Verdachtsfall. Trotzdem hat es einige Klarheit auch für ein mögliches Parteiverbotsverfahren gebracht.

Außerdem könnte das Urteil dazu beitragen, dass das BfV demnächst seine Einschätzung von der AfD aktualisiert und sie für „gesichert rechtsextremistisch“ erklärt. Das könnte für skeptischere Politiker*innen die Schwelle sein, ab der sie sich für ein Verbot der Partei aussprechen.

Merke: Wenn du verfassungsfeindlich bist, gib keinem Gericht die Gelegenheit dazu, das zu bestätigen

Ließe sich nun ein Verbot der AfD allein auf den Teil der Begründung des OVG Münster stützen, für den es einen „starken Verdacht“ festgestellt hat, also die Muslimfeindlichkeit der Partei? Das ist denkbar. Insbesondere spielt es keine Rolle, dass damit „nur“ *eine* Ausprägung der Menschenwürde – die Diskriminierung von Menschen auf Grund ihrer Religion – und das Demokratie- sowie das Rechtsstaatsprinzip überhaupt nicht betroffen wären. Denn für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist bei der Prüfung eines Verbots einer Partei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein Platz. Es gibt also kein „nicht ausreichend verfassungswidrig“ – liegen die Voraussetzungen für eine Beseitigung oder Beeinträchtigung auch nur eines Teils der oben genannten Verfassungsgrundsätze vor, ist die Partei verfassungswidrig und würde auf Antrag verboten. Nachzuweisen wäre natürlich auch, dass die Partei „darauf ausgeht“, ihre muslimfeindliche Agenda umzusetzen. Aber diesen Nachweis zu führen, wäre im Bereich des Möglichen. So kann man also durchaus sagen, dass das Urteil des OVG Münster sowohl einen Verbotsantrag als auch dessen Erfolg wahrscheinlicher gemacht hat.

Diesen potenziellen Beitrag zu ihrem eigenen Verbot hätte die AfD sich übrigens ersparen können, wenn sie ihre Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln zurückgenommen hätte, als deutlich wurde, dass sie vor dem OVG Münster unterliegen würde. Das Gericht hätte dann überhaupt nichts schreiben dürfen, wir hätten jetzt weder einen Eindruck vom gegenwärtig gerichtsfesten Sachverhalt noch Aufschluss über die Anforderungen an eine wirksame Distanzierung von verfassungsfeindlichen Äußerungen – und auch der politische Prozess in Richtung eines Verbotsverfahrens wäre erstickt worden. Aber diesen taktischen Fehler kann die Partei jetzt nicht mehr rückgängig machen – und wahrscheinlich wird sie ihn auch wiederholen.

Dieser Beitrag ist zeitgleich auf „Volksverpetzer“ veröffentlicht worden.

Alexander Hobusch

Talkshow für alle?

Der Zugang von Parteien zu Wahlsendungen

doi: 10.59704/62486a3c05faa482

Das Oberverwaltungsgericht NRW hat in einem vor der Europawahl ergangenen Eilbeschluss den WDR dazu verpflichtet, die Partei Bündnis Sahra Wagenknecht („BSW“) zu der WDR-Sendung „Wahlarena 2024 Europa“ mit verschiedenen Spitzenkandidaten einzuladen.[1] Das OVG änderte damit die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln ab, welches den Eilantrag des BSW zuvor noch abgelehnt hatte. Die Entscheidungen bieten Anlass, die verfassungsrechtliche Struktur und die Kriterien des Zugangs von Parteien zu öffentlich-rechtlichen Wahlkampfsendungen näher zu beleuchten. Gerade bei neu gegründeten Parteien stellt sich die Frage, inwieweit bei einer Abstufung des Zugangs auch die prognostizierten Erfolgsaussichten zur Bestimmung des politischen Gewichts herangezogen werden können.

Wahlberichterstattung ist besonders für kleine Parteien von Bedeutung

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk begleitet staatliche Wahlen in der Regel mit einer ganzen Reihe von Formaten zur Wahlberichterstattung. Hierunter fallen die besonders prominenten „TV-Duelle“, bei denen die Spitzenkandidaten der beiden (oder zuletzt drei) aussichtsreichsten Parteien von Journalisten befragt werden, weil einer der Spitzenkandidaten hohe Chancen besitzt, vom Bundestag zum nächsten Kanzler gewählt zu werden. Hinzu kommen weitere journalistische Formate und insbesondere Diskussionsrunden, die ein breiteres Spektrum an Parteien abdecken.

Gerade für kleinere Parteien ist diese letztgenannte Form der Wahlberichterstattung von erheblicher Bedeutung. Diese Parteien, die in weit geringerem Umfang von der generellen Parlaments- und Politikberichterstattung profitieren und üblicherweise auch deutlich weniger Wahlwerbung finanzieren können, können so auf der „großen Bühne“ mitdiskutieren und öffentliche Wahrnehmung erlangen. Um ein solches Format handelte es sich bei der „Wahlarena 2024 Europa“. Eingeladen waren die Spitzenkandidaten von sieben Parteien.

Verfassungsrechtlicher Zugangsanspruch

Ein Anspruch auf Teilnahme an einer solchen redaktionellen Wahlsendung ergibt sich nicht aus der einfachrechtlichen Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 PartG, da keine öffentliche Leistung vorliegt. Es fehlt bei einer redaktionell gestalteten Sendung an einer bewussten und zweckgerichteten Vorteilsgewährung an die teilnehmenden Parteien. Anders als bei der Bereitstellung von Sendezeit für parteiliche Wahlwerbesendungen, welche die Parteien eigenverantwortlich nutzen können, sind bei derartigen Diskussionsformaten Thema, Form, Ablauf und Zeitpunkt der Sendung von den Rundfunkanstalten im Rahmen ihres Programmauftrags bestimmt. Diese journalistischen Formate dienen dazu, die Aufgabe des Rundfunks zu erfüllen, nämlich die Öffentlichkeit von Parteien, Kandidaten und den von ihnen verfolgten Zielen und Programmen zu unterrichten. Der Werbeeffekt für die vertretenden Parteien ist lediglich ein begünstigender Nebeneffekt.[2]

Ein Teilnahmerecht – bzw. richtigerweise ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (OVG NRW, Beschluss vom 15. August 2002 – 8 B 1444/02 –, juris Rn. 21) – kann sich aber (mittelbar) aus dem aus Art. 21 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien ergeben.

Verfassungsrechtliches Spannungsfeld: Chancengleichheit und Rundfunkfreiheit

Art. 21 Abs. 1 GG gebietet dem Grunde nach eine strenge und formale Gleichbehandlung der Parteien durch den Staat. Die Ungleichbehandlung durch staatliches Han-

[1] OVG NRW, Beschluss vom 5. Juni 2024 –13 B 494/24.

[2] Vgl. so bereits OVG NRW, Beschluss vom 15. August 2002 –8 B 1444/02 –, juris Rn. 13; BVerfG, Beschluss vom 30. August 2002 –2 BvR 1332/02 –, juris Rn. 4.

deln – etwa die Nichtberücksichtigung einer Partei in einer öffentlich-rechtlichen TV-Diskussion – bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht. Als solches kommt die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht. Sie umfasst unter anderem das Recht, die Sendungen nach einem eigenen redaktionellen Konzept durchzuführen und insbesondere die Teilnehmer selbst zu bestimmen. Kollidierendes Verfassungsrecht ist in diesem Fall im Übrigen die Chancengleichheit anderer Parteien: Hintergrund ist, dass die Gleichbehandlung der Parteien im Ausgangspunkt bezweckt, die Gleichheit des Bürgereinflusses und die Gleichheit im Wettbewerb sicherzustellen, was aber auch bedeutet, dass der Staat die sich aus dem Bürgerzuspruch ergebenden Unterschiede berücksichtigen muss und er die vorgefundene Wettbewerbslage nicht verfälschen darf.[3]

In diesem Spannungsfeld zwischen der Chancengleichheit der Parteien einerseits und der Rundfunkfreiheit sowie der Chancengleichheit konkurrierender Parteien andererseits bewegt sich das Problem des Teilnahmerechts von Parteien an redaktionellen Wahlsendungen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Doppelte Relevanz der Chancengleichheit

Die Chancengleichheit ist in diesem Zusammenhang gleich an zwei Stellen relevant: Zum einen müssen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Wahlberichterstattung insgesamt dergestalt ausrichten, dass sie dem Gebot der Chancengleichheit Rechnung trägt. Die Berichterstattung muss mit anderen Worten entsprechend der Gewichtung der Parteien ausgewogen sein. Zum anderen muss das redaktionelle Konzept, welches einer konkreten Sendung zugrunde liegt, dem Gebot der Chancengleichheit entsprechen, was ebenfalls eine Abstufung nach der Gewichtung zulässt.

Kriterien der „abgestuften Chancengleichheit“

In Rechtsprechung und Literatur sind unter dem Stichwort der „abgestuften Chancengleichheit“ über die Jahre eine Vielzahl an Kriterien diskutiert worden, mit denen eine Einordnung nach dem Gewicht der Parteien vorgenommen werden kann.

Die Terminologie lädt dabei zu Missverständnissen ein. Die abgestufte Chancengleichheit ersetzt nicht die Chancengleichheit aus Art. 21 GG und ist auch kein Prinzip, was selbständig mit der Rundfunkfreiheit abgewogen wird.[4] Stattdessen ist sie letztendlich das Ergebnis des Versuchs, die Abstufung von staatlichen Leistungen nach dem Gewicht der Parteien zu beschreiben.

Für eine Gewichtung der Parteien ist eine schematische Anknüpfung an die vergangenen Wahlergebnisse nicht ausreichend. Diese würde Veränderungen und politische Entwicklungen außer Acht lassen und zu einer Versteinerung der politischen Verhältnisse führen. Stattdessen müssen zusätzlich weitere Kriterien herangezogen werden. Das Bundesverfassungsgericht benennt hier etwa Zeitdauer des Bestehens, Mitgliederanzahl, Organisationsgrad, Vertretung im Parlament oder Regierungsbeteiligung.[5]

Auch die zeitliche Verortung von Wahlsendungen kann eine Rolle spielen: Je näher eine Sendung vor dem Wahltag liegt, desto gewichtiger ist der Effekt für die Wahlentscheidung, weshalb die negativen Auswirkungen für die benachteiligte Partei hier besonders hoch sind. Bei einem Sendungstermin kurz vor der Wahl bestehen als Nicht-Teilnehmer nur eingeschränkte Möglichkeiten, sich mit den Inhalten der Diskussion auseinanderzusetzen.[6]

Die Erfolgsaussichten bei der anstehenden Wahl können ebenfalls einbezogen werden, wenngleich in Anbetracht der ihnen anhaftenden Volatilität ein isoliertes Abstellen auf (einzelne) Umfrageergebnisse nicht ausreichend sein dürfte.

---

[3] Grundlegend: Morlok, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2015, Art. 21 Rn. 80; zu den Sendezeiten für Wahlwerbung bereits: BVerfG, Beschluss vom 30. Mai 1962 –2 BvR 158/62 –, juris Rn. 38 ff. und BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 17. November 1972 –2 BvR 820/72 –, juris Rn. 11; zur Wahlsichtwerbung durch Plakate: BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1974 –VII C 42.72 –, juris Rn. 18.

[4] So aber: OVG NRW, Beschluss vom 5. Juni 2024 –13 B 494/24 –, juris Rn. 32.

[5] Vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 30. Mai 1962 –2 BvR 158/62 –, juris Rn. 46 für die Vergabe von TV-Sendezeiten.

[6] Angedeutet in BVerfG, Beschluss vom 30. August 2002 –2 BvR 1332/02 –, juris Rn. 7; im Eilrechtsschutz: BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Oktober 1990 –2 BvR 1316/90 –, juris Rn. 2; OVG NRW, Beschluss vom 15. August 2002 –8 B 1444/02 –, juris Rn. 43, 60.

BSW wurde durch ein retrospektives Sendungskonzept benachteiligt

Der WDR hat im vorliegenden Fall die Nicht-Einladung des BSW maßgeblich damit begründet, dass Teil des geplanten Formats eine nach Themenblöcken gegliederte Diskussion sei, die „auch" Rückblicke in die abgelaufene Wahlperiode enthalte. Der Teilnehmerkreis sei daher begrenzt worden auf Parteien, die im bisherigen Europäischen Parlament mit relevanter Stärke vertreten sind und auch in Deutschland ein relevantes Gewicht haben, woraus sich CDU, SPD, Grüne, AfD, FDP, CSU und Linke – und eben nicht BSW – ergeben hätten.

Zu Recht hat das OVG NRW – anders als das VG Köln – diese Differenzierung beanstandet. Die Begrenzung des Teilnehmerkreises auf bereits im Parlament vertretene Parteien wegen einer (in Teilen) rückblickenden Diskussion verletzt die Chancengleichheit des BSW. Zwar weist Wahlkampf auch Vergangenheitsbezug auf und dient der Darstellung der eigenen Erfolge oder der Kritik an Fehlleistungen. Diese Retrospektive aber zum Hauptmerkmal der Differenzierungsentscheidung zu erheben, obwohl im Sendungskonzept lediglich „auch" auf sie zurückgegriffen wird, überzeugt nicht. Im Übrigen war schon aufgrund des Formats der Sendung, nämlich der Erörterung von vorab durch Bürger eingereichten Fragen, sehr wohl mit der Diskussion über zukunftsgerichtete Themen zu rechnen. Auch war einzustellen, dass es sich um eine Diskussionsrunde der Spitzenkandidaten in der besonders heißen Phase – nämlich drei Tage vor der Wahl – handelte, was eine (reine) Retrospektive bereits unwahrscheinlich erscheinen ließ.

Das Argument des VG, die Einladung des BSW würde dieses gegenüber den anderen Eingeladenen bevorteilen, weil nur die übrigen Parteien kritischen Nachfragen zu der abgelaufenen Legislaturperiode ausgesetzt wären, verfängt vor dem Hintergrund des nicht ausschließlich retrospektiven Sendungskonzepts nicht. Auch dürfte dieser Umstand die Chancengleichheit der konkurrierenden Parteien nur unwesentlich beeinträchtigen, diejenige des BSW war durch eine völlige Nichtberücksichtigung aber besonders gravierend betroffen.

Grundsätzlich läuft ein auf dem Kriterium des „Rückblicks" basierendes Sendungskonzept mit der Folge, nur die bisherigen Parlamentsparteien einzuladen, Gefahr, gewissermaßen „durch die Hintertür" – entgegen der Rechtsprechung des BVerfG – nur auf die letzten Wahlergebnisse abzustellen. Entsprechend finden sich auch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen, die retrospektive Konzepte beanstandet haben.[7]

Gute Erfolgsaussichten sorgen für „relevantes Gewicht"

Das zweite Differenzierungskriterium – das relevante Gewicht der Parteien in Deutschland – ist zwar generell zulässig, das VG Köln hat jedoch die in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagenen Kriterien zu schematisch in die Bewertung einbezogen. Es hat ein „relevantes Gewicht" bei dem BSW abgelehnt und dies auf einen Vergleich mit der Linken und der FDP gestützt. Die hierbei verwendeten Kriterien sind zwar allesamt für sich genommen zutreffend (höhere Wahlergebnisse zur letzten Bundestagswahl, längerer Bestand, Regierungsverantwortung im Bund bzw. Ländern, höhere Mitgliederzahl, Teilnahme an überregionalen Wahlen bei FDP und Linke), jedoch hat das VG hierbei die besondere Situation des BSW übersehen: All diese Kriterien sind typischerweise bei neu gegründeten Parteien schwach ausgeprägt.

Die Teilnahme an überregionalen Wahlen taugt vorliegend nicht als Kriterium, da das BSW wegen der erst im Januar 2024 erfolgten Gründung bisher gar keine Gelegenheit hatte, an solchen teilzunehmen.[8] Vielmehr wäre hier einzustellen gewesen, dass die Partei trotz Gründung im Januar plant, an allen folgenden überregionalen Wahlen teilzunehmen. Auch der kurze Bestand der Partei und die – im Vergleich – niedrigen Mitgliedszahlen sind kein durchgreifendes Argument. Es ist umgekehrt besondere Vorsicht geboten, dass eine Überakzentuierung dieser strukturellen, vergangenheitsbezogenen Aspekte Neugründungen von Parteien nicht (zusätzlich) erschwert und junge Parteien vom Wettbewerb ausschließt. Relevantes Gewicht hat nicht nur, was „alt und bewährt" ist. Ganz im Gegenteil sprechen die binnen kurzer Zeit erlangten finanziellen Zuwendungen von rund sieben Millionen Euro, die stark steigende Mitgliederzahl binnen weniger Monate und der schnelle Aufbau ei-

[7] Siehe etwa OVG Bremen, Beschluss vom 20. Mai 2003 –1 B 201/03 -, juris Rn. 16 ff.; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 10. Mai 1990 –1 BvR 559/90 –, juris Rn. 14; BVerfG, Beschluss vom 9. Oktober 1990 –2 BvR 1316/90 –, juris Rn. 2.

[8] Zur Unzulässigkeit dieses Kriteriums in Fällen der erstmaligen Wahlteilnahme daher: Streinz, in: Huber/Voßkuhle, 8. Aufl. 2024, GG Art. 21 Rn. 128 m.w.N.

ner Organisationsstruktur, welche eine Teilnahme an Europawahlen, Landtagswahlen und Kommunalwahlen ermöglicht, für ein gewisses Gewicht. Einzubeziehen ist auch, dass das BSW – trotz weniger Wochen des Bestehens – bereits in Gruppenstärke im Bundestag vertreten ist und drei Landtagsabgeordnete stellt.

Entscheidendes Kriterium ist in Anbetracht der besonderen Situation der erst vor wenigen Monaten erfolgten Gründung die Erfolgsaussicht bei der anstehenden Wahl, wobei zur Bestimmung auch auf Umfragedaten zurückgegriffen werden kann. Das BSW konnte seit Gründung stabile Umfrageergebnisse in einem „Umfragekorridor" von 4 bis 7 % erreichen und daneben bereits Erfolge bei den Kommunalwahlen in Thüringen feiern. Die generellen Zweifel, denen Umfragedaten für die Bestimmung des relevanten Gewichts einer Partei anhaften, werden vorliegend dadurch relativiert, dass sich die Umfragen einerseits über einen gewissen Zeitraum – nämlich von der Gründung bis zum Wahltermin – erstrecken und es sich andererseits auch nicht nur um Umfragen nur eines Instituts gehandelt hat.

In der anzustellenden Gesamtabwägung lässt sich damit das Minus hinsichtlich der strukturellen Kriterien durch ein Plus bei den Erfolgsaussichten ausgleichen, sodass dem BSW ein ähnliches Gewicht wie der Linken zukommt und in der Nichtberücksichtigung ein Verstoß gegen die Chancengleichheit liegt.

Auch die in die Abwägung einzustellende Rundfunkfreiheit vermag hieran nichts zu ändern. Sie wird lediglich leicht beeinträchtigt, da das Konzept der Sendung beibehalten werden kann und auch bei acht statt sieben Teilnehmern funktioniert.

Fazit: Umfassende Gesamtwürdigung notwendig

Die Entscheidungen zeigen, dass eine umfassende Gesamtwürdigung nötig ist, um zwischen Chancengleichheit und Rundfunkfreiheit zu einer größtmöglichen Wirksamkeit in Form praktischer Konkordanz zu gelangen. Bei dieser Gesamtabwägung stehen die vom BVerfG entwickelten Kriterien nicht gleich gewichtig nebeneinander, sondern bedürfen der Gewichtung im Einzelfall: Bei neu gegründeten Parteien darf nicht auf die vorangegangenen Wahlergebnisse und kann jedenfalls nicht ausschließlich auf die organisatorischen Faktoren abgestellt werden. Besondere Relevanz kommt bei neu gegründeten Parteien somit den Erfolgsaussichten zu, wobei hier auf eine möglichst breite Umfragebasis und auf bisherige (auch regionale) Wahlteilnahmen abgestellt werden kann.

Fabian Michl, Johanna Mittrop

Zwischen Prinzipientreue und Pragmatismus

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Wahlrechtsreform der Ampelkoalition

doi: 10.59704/bdac4cfb3dc97993

Mit seinem Urteil zur Wahlrechtsreform der Ampelkoalition vom 30. Juli 2024 hat das Bundesverfassungsgericht den Kern der Reform – die Zweitstimmendeckung – bestätigt, aber die Sperrklausel partiell beanstandet. Der Beitrag gibt einen ersten Überblick über die wesentlichen Erwägungen des Gerichts und ordnet sie kritisch in den wahlrechtlichen und politischen Kontext ein.

Zweitstimmendeckung bestätigt

Was wurde der Wahlrechtsreform der Ampelkoalition nicht alles vorgeworfen? Schon als der Gesetzentwurf im Januar 2023 bekannt wurde, war in der politischen Arena von „organisierter Wahlfälschung“ die Rede, die man sonst nur aus „Schurkenstaaten“ kennt Wahlkreissiegern würde der Einzug in den Bundestag „verwehrt“, Wahlkreisabgeordneten ihre Mandate „aberkannt“ (vgl. die Berichterstattung). Namhafte Staatsrechtslehrer:innen schlossen sich dieser Einschätzung an, wenn auch nicht im Ton, so doch in der Sache. Das Kernelement der Reform – die Zweitstimmendeckung –, wurde als „Kappungsmodell“ geframed, das mit Demokratie- und Bundesstaatsprinzip ebenso wenig vereinbar sei wie mit Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl und der Chancengleichheit der Parteien. In Schriftsatzform gegossen wurden diese Einwände, die oft mehr auf verfassungspolitischen Intuitionen denn auf verfassungsrechtlichen Ableitungen beruhten, dem Gericht präsentiert, das nach eingehender Prüfung davon nichts übrig ließ. Kein einziger Kritikpunkt hatte in Karlsruhe Bestand.

Das Gericht selbst gibt sich betont prinzipientreu und hebt die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Wahlrecht hervor. In Erfüllung seines Verfassungsauftrags, ein Wahlrecht für den Bundestag zu schaffen (Art. 38 Abs. 3 GG), könne der Gesetzgeber Neuerungen einführen, die dem bisherigen Wahlrecht fremd waren und Wählerinnen und Wählern ebenso wie Bewerbern und Parteien ein Umdenken abverlangen. Sein Entschluss, das Wahlrecht zu reformieren, sei nicht an besondere Voraussetzungen gebunden (Rn. 169). Die Kritiker stützten ihre Ablehnung der Reform maßgeblich auf vermeintliche Kontinuität im Wahlrecht, aus der sie ableiteten, dass die Personenwahl in den Wahlkreisen einen legitimatorischen Eigenwert habe und daher jeder mit einfacher Mehrheit gewählte Kandidat – wie bisher – zwingend ein Mandat erhalten müsse (Rn. 177). Der Gesetzgeber hat sich jedoch von der Personenwahl verabschiedet (vgl. dazu schon unsere Beiträge zum Gesetzentwurf und zur Reform). Im Gesetzestext kommt sie nicht mehr vor. Das Gericht vollzieht diesen Paradigmenwechsel nach. Zwar will es auf den Ausdruck „Personenwahl“ auch ohne gesetzliche Grundlage nicht verzichten, doch definiert es ihn neu: „Die Personenwahl ist nach dem Bundeswahlgesetz ein Personalisierungselement der Verhältniswahl, das der Gesetzgeber dieser untergeordnet hat“ (Rn. 210). Diese Unterordnung kommt in der Regel zum Ausdruck, dass den Parteibewerbern im Wahlkreis nur noch dann Mandate zugeteilt werden, wenn sie die Mehrheit der Erststimmen im Wahlkreis errungen haben *und* die Mandate vom Zweitstimmenergebnis ihrer Partei gedeckt sind. Der Gedanke der „Kappung“ ist schon deshalb verfehlt, weil unter dem reformierten Wahlrecht ein Wahlkreismandat erst dann entsteht, wenn es durch Zweitstimmen gedeckt ist (vgl. Rn. 178).

Dass durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung Wahlkreise unbesetzt bleiben können, irritiert das Gericht nicht: Die angeblichen Gebote der Regionalisierung oder der Wahlkreisrepräsentation fänden weder im Grundgesetz noch im bisherigen Wahlrecht eine Stütze (Rn. 180). Zur Wahlkreisrepräsentation findet das Gericht deutliche Worte: „Es wäre […] verfehlt, Wahlkreisabgeordnete als Delegierte ihres Wahlkreises anzusehen. Denn sie sind gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Vertreter des ganzen Volkes und allein ihrem Gewissen verantwortlich“ (Rn. 182). In der Tat ist die Emanzipation des Abgeordne-

ten vom Wahlkreis der verfassungshistorische Ursprung des Gedankens der Gesamtrepräsentation. So erklärte die Französische Verfassung von 1791 – als erste ihrer Art – den Abgeordneten zu Repräsentanten „der ganzen Nation", um sie von den Aufträgen ihrer Wahlkreise freizustellen (Tit. III, Abschn. III, Art. 7).

Auch dass fehlende Wahlkreisabgeordnete in angeblich „verwaisten" Wahlkreisen eine desintegrative Wirkung entfalten können, überzeugte den Senat nicht (Rn. 189). Die Anhörung von Abgeordneten in der mündlichen Verhandlung illustrierte, was die empirische Wahl- und Parlamentsforschung längst nachgewiesen hat: Die Wahlkreisarbeit von Listen- und Wahlkreisabgeordneten unterscheidet sich nicht. Dass den Wahlkreisabgeordneten eine besondere Bindung an seinen Wahlkreis auszeichnet, ist ein Mythos, mit dem das taktische Interesse der Unionsparteien am Erhalt der Überhangmandate im Reformdiskurs der letzten 15 Jahre demokratietheoretisch camoufliert wurde. So wenig, wie es dieser Legende Glauben schenkte, war das Gericht geneigt, den plötzlichen Meinungsumschwung der Union in Sachen Parlamentsgröße nachzuvollziehen: Dem Einwand, die zunehmende Größe des Bundestages begründe keinen hinreichenden Reformbedarf, stehe der breite Konsens einer langjährigen Reformdebatte entgegen (Rn. 192).

Das Bundesstaatsprinzip konnte der Reform schon deshalb nicht gefährlich werden, weil das Gericht stets entschieden hatte, der Gesetzgeber sei bei der Gestaltung des Wahlrechts zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, föderale Belange zu berücksichtigen (Rn. 196). Heilsam für den völlig verzerrten Repräsentationsdiskurs könnte die Feststellung wirken, dass eine Partei wie die CSU, selbst wenn sie alle Wahlkreismandate in einem Land gewinnt, damit nach der Konzeption des Grundgesetzes nicht zur Repräsentantin dieses Landes im Bundestag wird (Rn. 197). Auch die auf das demokratische Mehrheitsprinzip gestützte Kritik an der vermeintlichen „Kappung" verpufft, wenn das Gericht notiert: „Das Mehrheitsprinzip trifft keine Aussage darüber, was mit einer Mehrheit erreicht wird" (Rn. 198) – ein Satz, dem dank seiner Eleganz und Überzeugungskraft eine steile Karriere in der verfassungsrechtlichen Literatur beschieden sein dürfte.

Allein der Vorliebe des Gerichts für die Wahlgleichheit (krit. dazu Drossel 2021) dürfte der Einwand, die Reform benachteilige Parteikandidaten gegenüber unabhängigen Bewerbern, seine vergleichsweise ausführliche Würdigung verdanken (Rn. 198 ff.). Denn die Rechtfertigung dafür, dass einem unabhängigen Bewerber die bloße Erststimmenmehrheit zum Mandatserwerb genügt, liegt doch auf der Hand: Er verzichtet auf das „Ticket" einer Partei, von dem die Wahlchancen in einer Parteiendemokratie entscheidend abhängen. Nicht zufällig hat es seit 1953 kein unabhängiger Bewerber mehr in den Bundestag geschafft, und auch die drei parteilosen Wahlkreisabgeordneten von 1949 waren bei näherem Hinsehen alles andere als „unabhängig" (vgl. Nestler 2014). Dass das Gericht dennoch an der realitätsfernen Prämisse festhält, die unabhängige Kandidatur sei ein Korrektiv zur hervorgehobenen Rolle der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Rn. 202 mit Verweis auf BVerfGE 41, 399), ist daher verwunderlich. Unabhängige Kandidaten spielen in der politischen Praxis schlicht keine Rolle. Im reformierten Wahlrecht sind sie nicht mehr als ein Fossil, bei dem man bezweifeln kann, ob sein musealer Wert die Ausstellung in der prominenten Vitrine des § 1 Abs. 4 BWahlG rechtfertigt.

Die auf die Gleichheit der Stimmen (Rn. 206 ff.), die Unmittelbarkeit der Wahl (Rn. 212 ff.) und die Chancengleichheit der Parteien (Rn. 215 ff.) gestützten Einwände weist das Gericht mit knappen, aber überzeugenden Ausführungen zurück. Für die politische Kontextualisierung der Reform von besonderer Bedeutung ist der Hinweis, dass diese lediglich dazu führe, dass im kommenden Bundestag von *jeder* Partei weniger Abgeordnete vertreten sein werden als nach dem bisherigen Wahlrecht. Von dessen beschränkten Ausgleich der Überhangmandate hatte nämlich allein die CSU profitiert: „Wird die Ungleichbehandlung beseitigt, stellt dies die Chancengleichheit wieder her und verletzt sie nicht" (Rn. 216). Auch das musste angesichts der erhitzten Debatte über die Wahlrechtsreform einmal gesagt werden.

Sperrklausel modifiziert

So überraschend deutlich die Zurückweisung der Kritik an der Zweitstimmendeckung ausfiel, so wenig überrascht die Beanstandung der Sperrklausel, die erst in der letzten Phase des Reformprozesses durch den Wegfall der Grundmandatsklausel verschärft worden war. Schon nach der mündlichen Verhandlung hatte sich der Eindruck verfestigt, dass das Gericht insoweit korrigierend eingreifen würde. Denn immerhin drohen mit der Linken und der CSU zwei etablierte Parteien bei der nächsten Bundestagswahl an der reformierten Sperrklausel zu scheitern.

Darüber, wie der Eingriff aussehen würde, war aber bis zuletzt rege spekuliert worden. Die „Lösung", die das Gericht schließlich gewählt hat, dürften dabei nur die wenigsten auf dem Zettel gehabt haben.

Denn der Eingriff setzt nicht bei der „bewährten" (Rn. 235) Höhe der Sperrklausel von 5 Prozent der gültigen Zweitstimmen an. Künftige Korrekturen bei einem anwachsenden „sperrklauselbedingten Ausfall an Stimmen" werden zwar explizit nicht ausgeschlossen, doch sieht das Gericht dafür derzeit keinen Anlass (Rn. 248). Den Zugriff auf die verschärfte Sperrklausel eröffnet es sich vielmehr durch eine an der politischen Praxis orientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der es zeigen will, dass die Klausel unter den gegenwärtigen tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen nicht in vollem Umfang erforderlich ist, um das damit verfolgte Ziel zu erreichen (Rn. 249 ff.). Dieses Ziel ist die Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments (Rn. 224). Die Einschätzung darüber, was zu dieser Sicherung erforderlich ist, hatte das Gericht bisher weitgehend dem Gesetzgeber überlassen. Diese Zurückhaltung war in der mündlichen Verhandlung nicht ohne Kritik geblieben. Das Gericht konkretisiert nunmehr die verfassungsrechtlichen Vorgaben: Die Funktionsfähigkeit des Parlaments wird nach dem Urteil durch die Fraktionen als zentrale Handlungseinheiten gewährleistet (Rn. 233 ff.). Ziel der Sperrklausel muss daher sein, eine effektive Fraktionsbildung sicherzustellen. Die Fünf-Prozent-Hürde des Wahlrechts dient diesem Ziel, indem sie gewährleistet, dass Fraktionen eine bestimmte Mindestgröße haben (Rn. 236). Die Geschäftsordnung des Bundestages greift diese durch die Sperrklausel geschaffene Voraussetzung auf, indem sie in § 10 Abs. 1 Satz 1 für die Fraktionsbildung ein Quorum von mindestens fünf Prozent der Abgeordneten verlangt. Sperrklausel und Fraktionsmindeststärke hängen also – in der Deutung des Gerichts – untrennbar miteinander zusammen.

Durch diesen Zusammenhang gelingt es dem Gericht, eine parlamentsrechtliche Bestimmung, die auf CDU und CSU zugeschnitten ist, ins Wahlrecht zu übertragen. Denn nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GOBT ist die Bildung einer Fraktion aus Abgeordneten verschiedener Parteien zulässig, wenn diese Parteien auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen. CDU und CSU können daher – auch ohne Zustimmung des Bundestages (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 GOBT) – eine Fraktion bilden, obwohl diese eigentlich entlang der Parteilinien zu konstituieren ist. Das Gericht macht deutlich, dass es sich hier um eine Sonderregelung zugunsten der beiden Unionsparteien handelt, die in der politischen Öffentlichkeit als „Schwesterparteien" auftreten (Rn. 239). Weil die Sperrklausel dieser besonderen Situation nicht Rechnung trägt, scheitert sie – nur insoweit! – an der Erforderlichkeitsprüfung. Denn zur Sicherstellung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestags soll es nicht notwendig sein, „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" (Rn. 249).

Dabei will das Gericht die abstrakte Möglichkeit der Fraktionsbildung nicht ausreichen lassen, sondern verlangt eine Art konkreter Wahrscheinlichkeit, auf die es anhand von drei Elementen schließen will: „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). Diese Kriterien sind der Fraktionsgemeinschaft von CDU und CSU auf den Leib geschneidert, denn nur die „Schwesterparteien" erfüllen alle drei Voraussetzungen. Mehr noch: Nur sie *können* überhaupt alle drei Voraussetzungen erfüllen, denn das zweite Element verlangt, dass eine gemeinsame Fraktion bereits besteht. Die darin liegende Ungleichbehandlung aller anderen Parteien, die sich zu einer gemeinsamen Fraktion verbinden wollen, rechtfertigt (vgl. Rn. 261) das Gericht mit dem Verweis darauf, dass bei ihnen das zweite Kriterium eben nicht vorliege (Rn. 263). Wie der Verweis auf die zu rechtfertigende Voraussetzung die Voraussetzung rechtfertigen soll, bleibt unklar.

Das Gericht lässt es ausdrücklich offen, ob eine gemeinsame Berücksichtigung von Parteien zur Überwindung der Sperrklausel auch dann gerechtfertigt wäre, wenn lediglich einzelne der drei Voraussetzungen vorliegen. Jedenfalls sei sie gerechtfertigt, wenn alle drei Voraussetzungen erfüllt sind (Rn. 265). Der Pragmatismus des Urteils ist an dieser Stelle mit Händen zu greifen. Angesichts der restriktiven älteren Rechtsprechung zu Listenverbindungen (Rn. 266 mit Verweis auf BVerfGE 82, 322) wäre der Gesetzgeber gewiss dankbar für Hinwei-

se gewesen, wie eine „Zusammenrechnung“ von Parteien verfassungskonform auszugestalten wäre. Er erhält aber nur zur Antwort: Jedenfalls zugunsten von CDU und CSU ist die Überwindung der Sperrklausel zulässig, alles andere kann offen bleiben. Das Gericht deutet verschiedene Gestaltungsvarianten an, die von einer Veränderung oder Absenkung der Sperrklausel bis zur Wiedereinführung der alten Grundmandatsklausel (jetzt: Wahlkreisklausel) reichen (Rn. 273 ff.). Obwohl es die Wahlkreiswahl unter die Verhältniswahl im reformierten Wahlrecht unterordnet (s. o.), hält es relative Erststimmenmehrheiten nach wie vor für geeignet, die Sperrklausel zu durchbrechen (Rn. 278 ff.). Denn ein Erfolg in den Wahlkreisen könne immer noch als Indiz für eine besondere Repräsentationswürdigkeit der Partei gewertet werden (Rn. 282). Dass die Gesetzesbegründung gerade die politische Aussagekraft der immer knapperen Wahlkreissiege bezweifelt hat (BT-Drs. 20/5370, S. 10) – 2021 wurden Wahlkreismandate im Schnitt mit 33 Prozent der Erststimmen gewonnen! –, vermag das Gericht nicht von seinem Kurs abzubringen.

CSU gerettet, und die Linke gleich mit?

Rechtstechnisch vollzieht sich die „Rettung“ der CSU dadurch, dass der Zweite Senat die Fortgeltung der (modifizierten) Grundmandatsklausel in Ziffer 4 des Urteils anordnet. Bis zu einer Neuregelung ist die Sperrklausel mit der Maßgabe anzuwenden, dass bei der Sitzverteilung Parteien, die weniger als fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben, nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn ihre Bewerber in weniger als drei Wahlkreisen die meisten Erststimmen auf sich vereinigt haben. Einfacher formuliert: Relative Erststimmenmehrheiten in drei Wahlkreisen werden auch weiterhin von fünf Prozent der Zweitstimmen im Bundesgebiet gleichgestellt. Zur Entscheidungsbegründung passt diese Fortgeltungsanordnung nicht. Denn sie reflektiert nicht den Grund für die Beanstandung der Sperrklausel, der ja nichts mit Erststimmenmehrheiten zu tun hatte, sondern allein mit der Wahrscheinlichkeit, dass CDU und CSU miteinander eine Fraktion bilden. Diese Wahrscheinlichkeit ist unabhängig davon gegeben, ob und in wie vielen Wahlkreisen CSU-Kandidaten die meisten Erststimmen erhalten. CDU und CSU sind ja nicht „Schwestern“ geworden, weil sie Wahlkreise gewinnen, sondern weil sie die politischen Ziele teilen.

Zwischen Urteilsgründen und Tenor besteht also ein gedanklicher Bruch, über dessen Motive man nur spekulieren kann, zumal sich eine andere Entscheidungsvariante geradezu aufgedrängt hätte. Das Gericht hätte nämlich ohne weiteres anordnen können, die Sperrklausel – vorbehaltlich einer Neuregelung – bei der nächsten Bundestagswahl nach Maßgabe der Entscheidungsgründe anzuwenden ist, also die Zweitstimmenergebnisse von Parteien, auf die die drei Kriterien zutreffen, für die Zwecke der Sperrklausel zusammenzurechnen. Diese Maßgabe hätte nicht nur zum Begründungsteil gepasst, sie hätte auch weniger stark in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingegriffen. Denn von der Fortgeltung der Grundmandatsklausel könnte neben der CSU noch eine weitere Partei profitieren, die nach dem Urteil gerade keinen Bestandsschutz genießt: die Linke, die trotz der Abspaltung des BSW und schlechter Umfragewerte immer noch darauf hoffen kann, in drei Wahlkreisen mit den Erststimmen vorn zu liegen. Weil das Gericht dem Gesetzgeber mit dem Verweis auf die Empfehlungen der Venedig-Kommission eine äußerst knappe Frist für eine Überarbeitung der Sperrklausel setzt (Rn. 290: Jahresfrist), ist es gut möglich, dass die Zeit nicht mehr ausreicht, eine Gesetzesänderung zu verabschieden, die der CSU den gerichtlich gebotenen Bestandsschutz gewährt, der Linken aber nicht. Die Linke würde gleichsam „mitgerettet“ – was die Regierungsbildung im künftigen Bundestag nicht gerade erleichtern dürfte.

Die politischen Konsequenzen der pragmatischen Rettungsaktion aus Karlsruhe lassen sich noch nicht voll überblicken. Das Urteil bewahrt die CSU einerseits davor, dass sie nicht mehr in den Bundestag einzieht oder sich als Landesverband der CDU anschließen muss, um die Sperrklausel (sicher) zu überwinden. Andererseits zwingt es sie auf ewig in die Fraktionsgemeinschaft mit der CDU. Denn nur dem Faktum, dass die beiden Parteien eine Fraktion bilden, hat es die CSU zu verdanken, dass die Sperrklausel zu ihren Gunsten beanstandet wurde. Diese Abhängigkeit von der Kooperation mit der „großen Schwester“ könnte das politische Gewicht der bayerischen Regionalpartei mit bundespolitischem Anspruch erheblich verringern. Die bald latente, bald akute Drohung damit, die Fraktionsgemeinschaft aufzukündigen – die in der Vergangenheit gern als politisches Druckmittel eingesetzt wurde –, wird künftig jedenfalls niemand mehr ernst nehmen. Der legendäre „Geist von Kreuth“ ist in der Flasche des Wahlrechts gefangen.

Nikolas Guggenberger

Deutschlands Filibuster

Warum die Schuldenbremse ähnlich katastrophale Konsequenzen für die Demokratie hat wie der Filibuster in den USA

doi: 10.59704/6062f0eba683d7c8

Seit Jahrzehnten lähmt der Filibuster die amerikanische Politik. Im amerikanischen Oberhaus, dem Senat, können einzelne Senatoren Gesetzesvorhaben aufhalten, indem sie sich weigern, die Debatte zu beenden. Um diese Blockade zu überwinden, bedarf es einer qualifizierten Mehrheit – 60 Stimmen statt der üblichen 51. Theoretisch ist der Filibuster dazu gedacht, Kontinuität und breite, überparteiliche Kompromisse zu fördern. Die Opposition soll eingebunden werden und damit einen Anreiz bekommen, konstruktiv mitzuarbeiten. Praktisch bewirkt der Filibuster das Gegenteil. Statt überparteiliche Kompromisse fördert er Blockade. Statt Kontinuität führt er zu Lähmung und Frustration. Der Senat ist zu einem „dadaistischen Albtraum" verkommen. Das resultierende gesetzgeberische Versagen ist eine Ursache für die faschistoide Radikalisierung der Republikanischen Partei und damit auch das Phänomen Trump.

Vor nun 15 Jahren hat sich Deutschland die Schuldenbremse ins Grundgesetz geschrieben und damit seinen eigenen Filibuster kreiert – im schlimmsten Sinne des Wortes. Art. 109 Abs. 3 GG beschränkt die Neuverschuldung des Bundes im Regelfall auf 0,35 % des Bruttoinlandsprodukts. Nur in Ausnahmefällen erlaubt das Grundgesetz mehr Spielraum. Von dieser Ausnahme hat die Regierungskoalition etwa während der Corona-Pandemie Gebrauch gemacht. Über Ausnahmefälle hinaus bedarf aber jede höhere Neuverschuldung – etwa für Investitionen in Bildung, erneuerbare Energien oder Verteidigung – einer Grundgesetzänderung. Dafür müssen zwei Drittel der Mitglieder des Bundestages und zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates zustimmen. Auf diesem Weg wurde etwa das Sondervermögen Bundeswehr geschaffen.

Praktisch und politisch wird die Schuldenbremse ähnlich katastrophale Konsequenzen mit sich bringen wie diejenigen des Filibuster in den USA. Wie der Filibuster belohnt die Schuldenbremse politische Blockade. Die Logik dahinter ist simpel. Tendenziell strafen Wählerinnen und Wähler die Regierung für die Probleme des Landes ab. Daraus ergibt sich ein Anreiz für die Opposition, Problemlösungen zu torpedieren: im Nullsummenspiel des politischen Wettbewerbs profitiert eine Partei von den Verlusten der anderen. Dies gilt zumindest tendenziell auch in einem Mehrparteiensystem. Der Filibuster in den USA und die Schuldenbremse in Deutschland geben der Opposition das Werkzeug, diese zerstörerischen Anreize voll auszuleben.

Politische Blockade führt zu Frustration. Frustration untergräbt das Vertrauen in demokratische Institutionen, befördert politische Radikalisierung und beflügelt Sehnsüchte nach autoritären Pseudo-Machern wie Donald Trump. Die Trumpisten nehmen dieses Geschenk freudig an, nutzen ihre neue neugewonnene Macht für weitere Blockade und setzen eine demokratische Abwärtsspirale in Gang.

Wie der Filibuster steht die Schuldenbremse einseitig gesetzgeberischem Handeln im Weg, nicht aber gesetzgeberischem Unterlassen – unabhängig davon, ob staatliches Handeln geboten wäre. In Zeiten rapiden Wandels und globaler Polykrise ist dieser Vorzug für Stillstand toxisch. Er erstickt die notwendigen gesellschaftlichen Anpassungsprozesse von der Energiewende über Integrations- und Bildungsoffensiven bis hin zum Wohnungsbau.

Im Fall der Schuldenbremse wird dieser Vorzug gerechtfertigt unter Verweis auf den Schutz künftiger Generationen und deren demokratischer Selbstbestimmung. In Parallele zum Filibuster gefährdet die Schuldenbremse ironischerweise aber genau das, was sie angeblich schützen soll. In wahrhaftig paternalistischer Weise verengt die Schuldenbremse die Perspektive der Nachhaltigkeit nämlich einseitig auf die Neuverschuldung.

Die demokratische Selbstbestimmung künftiger Generationen wird aber eben nicht durch eine einzige Zahl definiert. Vielmehr kann sich künftiger demokratischer Spielraum und Wohlstand nur aus einer ganzheitlichen Betrachtung aller Umstände ergeben. Wenn künftige Ge-

nerationen etwa 10 Milliarden an Zinszahlungen pro Jahr „sparen“, aber zusätzliche Klimaschäden in Höhe von 50 Milliarden jährlich erfahren, erscheint es wenig plausibel von einer Erweiterung der Möglichkeiten auszugehen. Wem es tatsächlich um die Interessen künftiger Generationen geht, könnte die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zur nachhaltigen Sicherung der Lebensgrundlagen ausbauen oder darüber nachdenken, das Gewicht junger Menschen im politischen Meinungsprozess durch ein Familienwahlrecht zu stärken.

Freilich müssen nicht alle gesellschaftlichen Probleme mit Geld gelöst werden. Außerdem könnte die Regierungskoalition zweifellos auch die Staatseinahmen anheben, um nötige Investitionen unberührt von der Schuldenbremse zu stemmen. Während diesen Einwänden theoretischer Reiz zukommt, ignorieren sie die politische Ökonomie. Wenn die Investitionen für die Energiewende aus Steuern vorfinanziert werden müssen, wird Deutschland schlicht in die Klimakatastrophe marschieren, bevor die Investitionen getätigt werden. Praktisch ist eine Entscheidung für „Haushaltsdisziplin“ damit eine Entscheidung gegen unsere Zukunft.

Selbst wenn man sich aber die Theorie nicht von der Realpolitik verderben lassen möchte, bleibt die Schuldenfinanzierung ein wertvolles Instrument, das dem einfachen Gesetzgeber nicht entzogen werden sollte. Schuldenfinanzierung ermöglicht nämlich Nachfragestrukturpolitik und Liquiditätstransformation. Und wieder bietet die Energiewende ein gutes Beispiel. Erstens bedarf es vermutlich einer aktiven Umschichtung der Nachfrage von Konsum hin zu Investitionen, um schnell genug zu sein. Zweitens zeigen neuere Schätzungen, dass sich Klimaschutz auch dann für größere Nationalstaaten rein wirtschaftlich „lohnen“ kann, wenn sie alleine handeln. Damit verändert sich die Energiewende – selbst rein haushaltspolitisch betrachtet – zu einem großen Teil in ein reines Liquiditätsproblem, das durch Schulden überbrückt werden kann, ohne die demokratische Gesellschaft zu zerreißen. Groteskerweise ist es mehr als plausibel, dass die langfristige Staatsverschuldung deshalb höher ausfallen wird, weil wir heute Schulden „vermeiden“.

Hinweise auf die Gefahr einer volkswirtschaftlichen Kapazitätsüberlastung stehen dem nicht entgegen. Zunächst erweisen sich Nachfragestrukturpolitik und Liquiditätstransformation unabhängig von der volkswirtschaftlichen Kapazität als wertvolle Instrumente. Vor allem jedoch kann weder strukturell noch derzeit von einer Kapazitätsüberlastung die Rede sein. Deutschland rutscht wirtschaftlich ab. Die EU-Kommission hat gerade höhere öffentliche Investitionen angemahnt. Jenseits der offiziellen Arbeitslosenzahlen liegt eine „Stille Reserve“ von fast 3, 2 Millionen Menschen, die grundsätzlich gerne arbeiten würden, aber momentan nicht zur Verfügung stehen. Die USA, mit ihrer deutlich expansiveren Fiskalpolitik, verzeichnen wesentlich höhere Wachstumsraten. Selbst wenn man allerdings generell eine relevante Gefahr einer Kapazitätsüberlastung sieht, erschließt sich nicht, warum der viel trägere Grundgesetzgeber diese besser einschätzen könnte als der agilere einfache Gesetzgeber. Vor allem aber berücksichtigt die Schuldenbremse die volkswirtschaftliche Kapazitätsauslastung gar nicht: Ausnahmen werden definiert als Abweichung von einer „Normallage“, ohne jede Bewertung dieser Normallage.

Wie der Filibuster führt die Schuldenbremse zu irrwitzigen Ausweichmanövern, die der Transparenz und Qualität der Regierungsführung und Gesetzgebung abträglich sind. Um den Hürden des Filibusters zu entgehen, werden umfangreiche Gesetzesinitiativen, wie etwa der historische Inflation Reduction Act, durch ein spezielles Haushaltsgesetzgebungsverfahren gepresst. Um den Anforderungen des Verfahrens zu genügen, werden deshalb die gesetzgeberischen Ziele stets durch Steuern und Subventionen verfolgt. Oft wären Gebote, Verbote, oder Institutionen aber dienlicher. Die Schuldenbremse löst eine ebenso problematische, wenngleich gegenteilige Reaktion aus. Sie schafft Anreize, öffentliche Gelder privat zu hebeln, Public-Private-Partnerships einzugehen, oder Abschreibungspotentiale zu schaffen – auch wenn staatliche Direktinvestitionen besser wären. Sie schafft Anreize, Schulden in Ausnahmejahren zu häufen oder durch Privatisierungen und Ausgliederungen zu verstecken. Diese Anreize zeigen Wirkung. Gerade prüft die Bundesregierung zum Beispiel Zuschüsse an die bundeseigene Deutsche Bahn AG und Autobahn GmbH „durch besonders attraktive Darlehen als finanzielle Transaktion“ zu ersetzen. Dies, so die Hoffnung, könnte mit der Schuldenbremse vereinbare Investitionsspielräume schaffen. Wie der Filibuster drängt die Schuldenbremse den einfachen Gesetzgeber folglich zu potentiell ineffektiven, teuren oder schlicht unsinnigen Maßnahmen.

Filibuster und Schuldenbremse tragen auf beiden Seiten des Atlantiks zu gesetzgeberischem Versagen bei. Dieses Versagen ist eine der Ursachen für die antidemo-

kratischen Tendenzen. Die Entwicklungen der vergangenen Jahre in den USA sollten dem demokratischen Spektrum in Deutschland Warnung sein. Wer in Ansehung dieser Eindrücke eine symbolische schwarze Null über die realen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts priorisiert, macht sich zum Steigbügelhalter deutscher Trumpisten. Die Europawahl war nur ein Warnschuss.

Nikolas Guggenberger

Germany's Filibuster

Why the Debt Brake – Germany's Version of a Balanced Budget Amendment – Has Similarly Catastrophic Consequences for Democracy as the Filibuster in the USA

doi: 10.59704/ae01efe6ff87ac47

For decades, the filibuster has paralyzed American politics. In the U.S. Senate, individual senators can stall a bill by refusing to end debate. Overcoming this blockade requires a supermajority of 60 votes, instead of the usual 51. In theory, the filibuster is meant to promote continuity and broad, bipartisan compromises. It aims to involve the opposition, providing an incentive for constructive cooperation. In practice, however, the filibuster achieves the opposite. Instead of bipartisan compromises, it promotes blockades. Instead of continuity, it leads to paralysis and frustration. The Senate has degenerated into a "dadaist nightmare". The resulting legislative failure is one cause of the authoritarian radicalization of the Republican Party, enabling Trumpism.

Fifteen years ago, Germany passed a balanced budget amendment to the constitution, the Debt Brake. In doing so, Germany created its own filibuster – in the worst sense of the word. Art. 109(3) of the Basic Law, Germany's constitution, limits the federal deficit to 0.35% of GDP. Only in exceptional cases does the provision allow more leeway. The government relied on this exception during the COVID-19 pandemic, for example. Beyond exceptional circumstances, any deficit exceeding the threshold – for instance, for investments in education, renewable energy, or defense – necessitates a constitutional amendment. To pass, constitutional amendments require the approval of two-thirds of the members of the Bundestag and two-thirds of the votes in the Bundesrat. The government relied on this route to create a special fund for Germany's armed forces, the Bundeswehr, for example.

In practical and political terms, the Debt Brake will bring similarly catastrophic consequences as those of the filibuster in the USA. Like the filibuster, the Debt Brake rewards political obstruction. The logic behind this is simple. Voters tend to punish the government for the country's problems. This creates an incentive for the opposition to torpedo problem-solving: in the zero-sum game of political competition, one party benefits from the losses of the other. This applies at least to a certain extent even in a multiparty system like Germany's. The filibuster in the USA and the Debt Brake in Germany give the opposition the tools to act upon these destructive incentives effectively.

Political obstruction leads to frustration. Frustration undermines trust in democratic institutions, promotes political radicalization, and fuels longings for strongmen like Donald Trump. The Trumpists happily accept this gift, using their newfound power for further obstruction and setting off a downward spiral for democracy.

Like the filibuster, the Debt Brake only restricts legislative action, but not legislative inaction – regardless of whether state action is warranted. In times of rapid change and global polycrisis, this preference for standstill is toxic. It stifles necessary societal adaptation processes, from the energy transition to integration and education initiatives to housing construction.

Proponents of the Debt Brake justify this preference by referring to the protection of future generations and their democratic self-determination. Ironically, like the filibuster, the Debt Brake endangers exactly what it supposedly protects. In a truly paternalistic manner, the Debt Brake narrows the concept of sustainability exclusively to the deficit.

Future generation's democratic self-determination, however, is not defined by a single financial metric. Instead, future democratic leeway and prosperity result from the totality of all circumstances. If future generations "save" 10 billion in interest payments per year but experience additional climate damages of 50 billion annually, it seems implausible to speak of an expansion of their opportunities.

Those genuinely concerned about the interests of future generations might expand on the Federal Constitutional Court's recognition of the state's obligation to take climate action or contemplate strengthening young people's weight in the political process through family voting

rights.

Granted, not all societal challenges need to be solved with money. Moreover, the government could undoubtedly also stay clear of the Debt Brake by increasing state revenues to fund necessary investments. Although these objections have theoretical appeal, they ignore the political economy. If investments for the energy transition must be pre-financed through taxes, for example, Germany will simply march into the climate abyss before the investments materialize. Practically, a decision for "fiscal discipline" is therefore a decision against our future.

But even if one doesn't want to let reality spoil theory, debt financing remains a valuable instrument that should be accessible within the ordinary legislative process. Debt financing enables active demand restructuring and liquidity transformation. Again, the energy transition provides an apt example. First, it probably requires a state-induced shift in demand from consumption to investments for the transition to be fast enough. Second, recent estimates show that climate protection can economically "pay off" for larger nation-states even if they act unilaterally. Thus, even in purely fiscal terms, the energy transition largely becomes a mere liquidity problem that can be bridged by debt without tearing apart democratic institutions. Grotesquely, it is more than plausible that long-term national debt will be higher because we are "avoiding" debt today.

Objections based on Germany's economic capacity are unfounded. First, demand-structuring policies and liquidity transformation prove to be valuable instruments regardless of economic capacity. Most importantly, there is neither structural nor current capacity overload. Germany is slipping economically. The EU Commission has just called for higher public investment. Beyond official unemployment figures, there is a "silent reserve" of nearly 3.2 million people who would generally like to work but are currently unavailable. The U.S., with its much more expansive fiscal policy, is recording significantly higher growth rates. Even if one generally sees a relevant risk of capacity overload, it is not clear why the inert process of constitutional amendments would be more apt than the much more agile ordinary legislative process. Above all, however, the Debt Brake does not even consider the country's economic capacity as a relevant metric: exceptions are defined as deviations from a "state of normalcy", without any assessment of this state.

Like the filibuster, the Debt Brake leads to absurd evasive maneuvers detrimental to the transparency and quality of governance and legislation. To avoid the filibuster's hurdles, comprehensive legislative initiatives like the historic Inflation Reduction Act are shoehorned into reconciliation, a special parliamentary procedure. Reconciliation only allows for budgetary legislation; legislators must therefore achieve their objectives by relying on taxes and subsidies. Often, however, mandates, prohibitions, or the creation of institutions would be more appropriate. The Debt Brake triggers an equally problematic, albeit opposite reaction. It creates incentives to leverage public funds privately, enter public-private partnerships, or tinker with tax depreciation – even when direct state investments would be preferable. It creates incentives to pile up debt during exceptional periods or to hide it through privatizations and outsourcing. These incentives have a real-world impact. For example, the federal government is currently considering replacing grants to the federally owned Deutsche Bahn AG (Railroad) and Autobahn GmbH (Highway Management) "through particularly attractive loans as a financial transaction". The government hopes this will create investment leeway compatible with the Debt Brake. Like the filibuster, the Debt Brake prompts the legislature to rely on measures that may be ineffective, expensive, or simply nonsensical.

Filibuster and Debt Brake contribute to legislative failure on both sides of the Atlantic. This failure is one of the causes of anti-democratic tendencies. The developments of recent years in the USA should serve as a warning to everyone in the democratic spectrum. Those who, in light of these developments, prioritize a symbolic balanced budget over addressing the real challenges of the 21st century are paving the way for German Trumpists. The European election was just a warning shot.

Kai Cornelius

Warum Cybermobbing bestraft werden sollte

Erneutes Plädoyer für einen Straftatbestand anlässlich der Innenministerkonferenz

doi: 10.59704/facb951d7739abc0

Die Frühjahrskonferenz der Innenminister 2024 fordert wieder einmal die Einführung eines eigenen Cybermobbing-Straftatbestandes. Die Justizminister sollen prüfen, ob die Einführung eines gesonderten Tatbestandes zur Erfassung des Phänomens Cybermobbing Sinn macht. In eine ähnliche Kerbe schlug die kurz zuvor stattfindende 95. Justizministerkonferenz, welche ihrerseits den Bund aufforderte, auch gesetzgeberische Reformen zum Schutz vor Cybermobbing zu prüfen. Das ist fast schon Tradition, denn bereits vor mehr als einer Dekade enthielt der (damalige) Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD eine entsprechende Forderung, die Justizministerkonferenz wollte die (damals) geltenden Vorschriften auf Tauglichkeit prüfen und der nordrhein-westfälische Justizminister verlangte die Einführung einer speziellen Vorschrift in das Strafgesetzbuch (StGB).

Wenn es nach dem Autor dieses Beitrages geht, ist das Ergebnis der Prüfung, die Justiz- und Innenminister sich Ende Juni aufgegeben haben, klar: Trotz inzwischen vorgenommener Gesetzesanpassungen ist ein spezieller Straftatbestand zum Cybermobbing notwendig, unter anderem wegen der teils gravierenden Folgen für die Opfer. Dieser Straftatbestand muss die zeitliche und dynamische Komponente eines nicht geplanten Zusammenwirkens einer Vielzahl von Menschen gegenüber dem Opfer erfassen, denn hierin liegt der spezifische Unrechtsgehalt des Cybermobbings. Dieser Beitrag plädiert für einen Cybermobbing-Straftatbestand und erneuert damit die bereits vor zehn Jahren erhobene Forderung des Autors unter Berücksichtigung inzwischen erfolgter Rechtsänderungen.

Cybermobbing und seine Auswirkungen

Der Suizid des vierzehnjährigen Matthew Burdette als Folge der Verbreitung eines heimlich von ihm beim Masturbieren aufgenommenen Videos ist exemplarisch, aber nicht abschließend. Insbesondere Jugendliche sind betroffen, da bei ihnen die Nutzung des Internets und sozialer Medien besonders intensiv und deshalb mit dem schon immer auftretenden Schulhofmobbing eng verknüpft ist. So waren ausweislich einer Onlineumfrage von Statista ca. 11-12 % der insgesamt (ohne Altersdifferenzierung) befragten Personen von Cybermobbing betroffen. Dagegen berichteten bei Kindern zwischen 12-26 % (in Abhängigkeit von der Schulform) von entsprechenden Erfahrungen. Insbesondere bei den 14-16-Jährigen soll jede dritte Person betroffen sein. Dies ist wegen des hohen Stellenwerts digitaler Medien bei Kindern und Jugendlichen unmittelbar nachvollziehbar. Der Bullycide – verstanden als Suizid aufgrund von Cybermobbing – stellt dabei die extremste Folge für die Opfer dar. Das Gefahrpotential wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass 50 % (!) der von Cybermobbing-Angriffen betroffenen Jugendlichen schon daran gedacht haben, sich das Leben zu nehmen.

Cybermobbing (im englischen Sprachraum auch häufig als Cyberbullying bezeichnet) steht für das Mobbing im Cyberspace. Da Mobbing neben dem Schulhof auch häufig am Arbeitsplatz stattfindet, lohnt sich für die rechtliche Erfassung ein Blick in die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung. So hat das LAG Thüringen in seiner Entscheidung vom 10. April 2001 (5 Sa 403/00) das Mobbing definiert als

„fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die [...] jedenfalls in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder andere ebenso geschützte Rechte wie die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen. Ein vorgefasster Plan ist nicht erforderlich. Eine Fortsetzung des Verhaltens unter schlichter Ausnutzung der Gelegenheiten ist ausreichend."

Diese Definition wurde unter anderem vom BAG aufgenommen (Urt. v. 16. Mai 2007, 8 AZR 709/06), welches treffend hervorhob, dass „die einzelnen Teilakte jeweils

für sich betrachtet rechtlich wiederum ‚neutral' sein können" und es deshalb nicht um „eine einzelne, abgrenzbare Handlung, sondern die Zusammenfassung mehrerer Einzelakte" gehe. Deshalb sei ein *Gesamtverhalten* „als Verletzungshandlung im Rechtssinne" zu qualifizieren.

Das Cybermobbing kann gegenüber dem „Offline-Mobbing" wegen des hohen Öffentlichkeitsgrades eine neue Qualität erreichen. Das Internet bzw. die sozialen Netzwerke sind von nahezu überall erreichbar, die Hemmschwelle zur Weitergabe sehr persönlicher Äußerungen über Dritte im Cyberspace ist geringer, zumal wenn die Täter (vermeintlich) anonym bleiben können. Ausweichstrategien gegen Mobbing wie der Wechsel von Schule oder Arbeitsplatz helfen nur bedingt. Läuft einmal eine Cybermobbing-Attacke, ist es für (bisher) Außenstehende ein Leichtes, sich zu beteiligen. Die Wirksamkeit von Cybermobbing-Attacken wird außerdem durch die einfache Möglichkeit der Erstellung von „Deepfake"-Inhalten mittels Künstlicher Intelligenz verstärkt.

Bereits strafbares Cybermobbing

Besonders häufig dürften die Ehrschutzvorschriften greifen, die in den §§ 185 ff. Strafgesetzbuch (StGB) geregelt sind. Wenn jemand Ehrverletzungen in der Form von Unwahrheiten äußerst, dann macht diese Person sich wegen einer Beleidigung oder Verleumdung strafbar. Dabei ist insbesondere die 2021 eingefügte Qualifikation der „öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts" erfolgten Beleidigung relevant. Falls der Wahrheitsgehalt einer Tatsache zumindest nicht erweislich ist, kommt die üble Nachrede in Betracht. Dies gilt trotz des Eindrucks von Anonymität und Verantwortungslosigkeit auch im Cyberspace (*Hilgendorf*, ZIS 2010, 208 [210]). Daraus lässt sich unmittelbar schließen, dass die Verbreitung einer *wahren* Tatsachenbehauptung von diesen Vorschriften grundsätzlich nicht erfasst ist. Nur wenn eine Formalbeleidigung vorliegt, kommt eine Strafbarkeit in Betracht. Das ist der Fall, wenn entweder die Form der Behauptung gleichzeitig eine Beleidigung enthält (wie die Benutzung von Schimpfwörtern) oder bei besonderen Umständen der Verbreitung (wie das Aufbauschen von Geringfügigkeiten oder die Veröffentlichung lange zurückliegender Tatsachen).

Ebenso kommt eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen in Betracht, § 201a StGB. Zunächst betrifft dies Aufnahmen von Personen in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum (wie Umkleideräume oder Toiletten), wenn durch die Aufnahme der „höchstpersönliche Lebensbereich" verletzt wird. Nach einer Gesetzesänderung im Jahre 2015 erfolgte eine Ausdehnung der Strafandrohung auch auf Bildaufnahmen, die geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person zu schaden, wenn diese Dritten zugänglich gemacht werden. Schließlich ist das Recht der Selbstdarstellung auch noch über § 33 KUG geschützt, wobei dieser Vorschrift als Privatklagedelikt und mit der geringen Strafandrohung von einem Jahr nur eine geringe Bedeutung zukommt. Wenn die Voraussetzungen für pornographische Schriften erfüllt sind, können noch die pornografischen Verbreitungsverbote verletzt sein, was insbesondere Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornografischer Schriften erfasst, § 184c StGB.

Ebenso dürften etliche Konstellationen von einzelnen Tathandlungen des Cybermobbings durch die Nachstellung erfasst sein. Dies betrifft insbesondere die 2021 eingefügten Varianten des § 238 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB, welche – wie beim Cybermobbing – auch eine wiederholte Tathandlung verlangen und unter anderem Abbildungen des Opfers, einer ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person umfassen.

In Abhängigkeit von der jeweiligen Begehungsweise kommen Straftatbestände in Betracht, die auf intellektuelle Weise (und damit auch über elektronische Kommunikationsmittel) verwirklicht werden können. So kommen in Einzelfällen die Bedrohung, Nötigung, Erpressung, aber auch Gewaltdarstellungen in Betracht. Schließlich kann auch der Tatbestand der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes betroffen sein.

Damit lässt sich festhalten, dass die Analyse der gegenwärtigen Rechtslage in Bezug auf die jeweiligen *einzelnen* Handlungen nur noch einzelne Strafbarkeitslücken offenbart. Der Gesetzgeber war nicht untätig und hat zuvor offene Flanken bei der Weitergabe wahrer Tatsachen oder verächtlich machender Abbildungen verringert. Allerdings ist bei Äußerungen in elektronischer Textform kein strafrechtlicher Schutz bei reinen Indiskretionen gegeben, soweit diese noch keine Beleidigung, Bedrohung oder Nötigung darstellen.

Notwendigkeit eines speziellen Cybermobbing-Tatbestands

Wie der Verfasser diese Frage beantworten wird, lässt sich schon aus dem Titel dieses Beitrages ablesen. Zwar ist der Gesetzgeber in den letzten Jahren nicht untätig geblieben. Jedoch wird nach wie vor der das Cybermobbing auszeichnende besondere Aspekt der dynamischen Beteiligung zuvor Außenstehender nicht erfasst. Erst das Zusammenwirken einer Vielzahl von Personen mit der Zusammenfassung mehrerer Einzelakte führt zu einem Gesamttatverhalten, welches wegen seiner Auswirkungen auf das Cybermobbing-Opfer ein spezifisch strafwürdiges Verhalten darstellt. Denn erst durch diese Kumulation wird ein gravierendes Maß an Sozialschädlichkeit erreicht. Insoweit lässt sich eine Parallele zum Stalking ziehen, wobei es jedoch nicht auf das wiederholte Handeln *einer* Person ankommt. Die Dynamik beim Cybermobbing erfolgt durch den grenzenlosen Einsatz moderner Kommunikationsmittel, speziell in sozialen Netzwerken, durch die Einbeziehung zunächst Außenstehender. Dem liegt kein zwischen den Beteiligten abgestimmter Plan zugrunde. Vielmehr werden sich ergebende Gelegenheiten von den mobbenden Usern genutzt (so wie es das LAG Thüringen in seiner eingangs erwähnten Entscheidung hervorgehoben hat).

Gesetzestechnisch lässt sich dem begegnen, wenn die dynamische Komponente des Zusammenwirkens ursprünglich Außenstehender erfasst wird. Dies ist dem Strafgesetzbuch nicht unbekannt: So wird die Dynamik bei der Gefangenenmeuterei, dem schweren Hausfriedensbruch und dem Landfriedensbruch durch solche Begrifflichkeiten wie „Menschenmenge“, „zusammenrotten“ oder „vereinte Kräfte“ erfasst. Ebenso kommt bezüglich der Tatbestandsstruktur auch eine Orientierung an der Beteiligung an einer Schlägerei in Betracht. So könnte an das Merkmal des „von mehreren verübten Angriffs“ angeknüpft werden. Diese Merkmale fordern keine (!) Mittäterschaft.

Bei der Tathandlung könnte an die Bloßstellung als übergeordneter Begriff angeknüpft werden. Dies vermeidet eine Festlegung, ob diese ehrverletzend ist, das geschriebene oder gesprochene Wort oder eine Abbildung betrifft. Ebenso wenig ist es notwendig, dass der Einzelne öffentlich bloßgestellt wird, sondern es könnte eine Erörterung vor einer Personenmehrheit ausreichend, weil die Gefahr besteht, dass die jeweiligen Mitglieder dieses Kreises die „Neuigkeit“ wieder in die eigenen, sich mit dem Ausgangskreis nur teilweise überschneidenden Kreise, weitertragen. Das Merkmal der „Erörterung“ soll dabei zum Ausdruck bringen, dass es nicht auf eine Differenzierung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung ankommt. Schließlich könnte ein Cybermobbing-Tatbestand in Anlehnung an die Nachstellung ebenfalls als Eignungsdelikt ausgestaltet sein, der nur erfüllt ist, wenn die Eignung gegeben ist, die Lebensgestaltung des Opfers nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

Neben der Strafwürdigkeit ist für die Einführung einer Strafvorschrift auch ein Strafbedürfnis notwendig. Mit den Worten des modernen Verfassungsstaates muss das Strafrecht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen und darf deshalb nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen. Dabei ist einerseits das hohe Eskalationspotential des Cybermobbings zu beachten. Andererseits ist neben der Durchsetzung des „Rechts auf Vergessenwerden“ nach Art. 17 DSGVO auch an entsprechende Aufklärungskampagnen (an den Schulen, durch die Polizei, in der breiten Öffentlichkeit, durch die jeweiligen Provider) zu denken. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei jugendlichen Ersttätern die Diversion gemäß dem Jugendgerichtsgesetz in Betracht kommt. Danach kann die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht, um den jugendlichen Täter wieder auf den rechten Weg umzuleiten, von einer Verfolgung absehen.

Thomas Feltes

Mehr Desselben?

Entgegen kriminologischer Erkenntnisse fordert die Politik wieder einmal mehr und härtere Strafen

doi: 10.59704/e6d0dcba2dda14c3

Nach dem tödlichen Angriff auf den Polizisten Rouven L. in Mannheim plant das Bundesjustizministerium eine Strafrechtsreform. Der Gesetzentwurf liegt der F.A.Z. vor und soll am 4. Juli 2024 in die Ressortabstimmung gegangen sein. Demnach sollen auch Ehrenamtliche bzw. „Menschen, die sich für das Gemeinwesen einsetzen" besser geschützt werden. Dabei dürfte auch der Politik klar sein, dass die geplanten Strafschärfungen ungeeignet sind, um Angriffe auf Polizist*innen, Rettungskräfte und andere zu unterbinden. Doch leider fehlt es in Deutschland nach wie vor an einer rationalen und faktengestützten Politikgestaltung in den Bereichen der Kriminalität und der Justiz. Wieder einmal wird auf Symbolpolitik gesetzt, die zwar nichts kostet, an der Gewalt jedoch nichts ändert und daher in einschlägigen wissenschaftlichen Veröffentlichungen unisono als nicht sinnvoll erachtet wird. So ist etwa empirisch belegt, dass die meisten Angreifer berauscht und einschlägig vorbestraft sind, über die eventuell in Betracht kommende Strafhöhe eines Angriffs denken sie überhaupt nicht nach.

Leider hat nach dem tragischen Ereignis in Mannheim wieder einmal der übliche politische Reflex zugeschlagen. Man konnte fast schon die Uhren danach stellen, dass die Tat benutzt werden würde, um nach härteren Strafen zu rufen. Das übliche Muster, so mag man denken. Dass aber weniger als einem Monat nach der Tat ein Gesetzesentwurf vorgelegt wird, ist dann doch eher unüblich. Schon drei Tage nach dem tödlichen Angriff kündigte Bundesjustizminister Buschmann (FDP) die Verschärfung an. Mit Kanzler Scholz (SPD) sei dies besprochen worden. Gleichzeitig wurde erneut die Verschärfung des Asyl- und Abschiebungsrechts gefordert. Täter „sollten sich fürchten müssen und damit rechnen, dass wir alle Mittel einsetzen, um ihnen zu begegnen", so Scholz, und Bundesinnenministerin Faeser (SPD) verlangte „schnelle Strafen" für Täter. „Wir müssen als Staat jetzt ganz hart und schnell reagieren", sagte sie. Könnte es sein, dass man die Sommerpause und die aktuelle Stimmungslage vor den Wahlen in Ostdeutschland nutzen möchte, um den Entwurf schnell durchzuwinken und um zu zeigen, dass man hart gegen Straftäter vorgeht, vor allem, wenn sie Migranten sind?

Der Gesetzentwurf im Überblick

Der Entwurf sieht eine Reform von § 113 Strafgesetzbuch (StGB) vor, der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte verbietet. Diese Norm enthält schon jetzt eine Reihe besonders schwerer Fälle. Künftig soll auch ein „hinterlistiger Überfall" dazu zählen und mit einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und maximal fünf Jahren bedroht sein. Neben Vollstreckungsbeamt*innen sollen auch Feuerwehr und Rettungsdienste auf diese Weise besser geschützt werden, da die Autorität des Staates hier „in besonders verwerflicher Weise" angegriffen werde. Zudem soll § 46 StGB geändert werden, der die Grundsätze der Strafzumessung regelt. Hier soll künftig auch berücksichtigt werden, ob die Tat geeignet ist, „eine dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen". Der Entwurf spricht von einem klaren Zeichen gegen gemeinwohlschädliche und demokratiefeindliche Straftaten. Gerichte und Ermittler*innen sollten hierfür „sensibilisiert werden", heißt es – oder anders formuliert: Man ist mit der bisherigen Praxis von Polizei und Justiz nicht einverstanden, weil man sie als zu lasch wahrnimmt.

Politik der Anleitung zum Unglücklichsein

Die Forderung nach mehr und härteren Strafen erinnert an das psychologische Phänomen *„mehr desselben"*, das der 2007 verstorbene Psychotherapeut und Kommunikationswissenschaftler Paul Watzlawick in seiner legendär gewordenen „Anleitung zum Unglücklichsein" beschreibt. Dazu erzählt uns Watzlawick folgende Geschichte: Unter einer Straßenlaterne steht ein Betrunkener und sucht und sucht. Ein Polizist kommt daher, fragt ihn, was er verloren habe, und der Mann antwortet: „Mei-

nen Schlüssel.“ Nun suchen beide. Schließlich will der Polizist wissen, ob der Mann sicher ist, den Schlüssel gerade hier verloren zu haben, und jener antwortet: „Nein, nicht hier, sondern dort hinten – aber dort ist es viel zu finster.“

Politiker*innen agieren ähnlich, wenn sie reflexhaft auf spektakuläre Straftaten mehr und härtere Strafen fordern. „Mehr desselben“ ist aber eine Strategie die uns im Normalfall unglücklich macht. In Krisen verhindert „mehr desselben“ Lernen, da sie sich retrospektiv, also an der Vergangenheit orientiert und keine Öffnung nach vorne für das Notwendige schafft (s. hier). In der Kriminalpolitik hilft sie – wie die folgenden Überlegungen noch zeigen – nicht weiter und verschärft das zugrundeliegende Problem oftmals noch. Es handelt sich um ein Denk- und Verhaltensmuster, das man häufig bei Problemen oder Krisen antrifft, obwohl es hochgradig ineffektiv ist. In komplexen Systemen würde man von monokausal oder reduktionistisch sprechen, oder schlicht von Dummheit. Sind Politiker*innen nun dumm? Sicherlich nicht im überkommenen Sinn, aber ist es wirklich klug, bei Gesetzesänderungen vorhandene und verfügbare Erkenntnisse der Wissenschaft außer Acht zulassen?

Furcht säen und Zeichen setzen

Führen die vorgesehenen Änderungen etwa wirklich dazu, dass sich potentielle Täter*innen „fürchten“, dass Strafen „schneller“ verhängt werden? Und sind „harte“ Reaktionen immer wirkungsvoll? Empirisch gesehen lautet die Antwort nein, denn Strafverfahren werden durch Strafschärfungen nicht beschleunigt, sondern eher verlangsamt, und die Strafzumessung obliegt noch immer dem/der Tatrichter*in.

Politisch-populistisch betrachtet erfüllen sie jedoch den Zweck, für den sie gedacht sind: Symbolpolitik formulieren, Zeichen setzen und Handlungsbereitschaft demonstrieren. Handlungskompetenz spielt dann eine untergeordnete Rolle, und die Frage, ob diese Zeichen von denjenigen, die sie erreichen und deren Verhalten beeinflusst werden soll, auch gesehen werden, ebenso. Diejenigen, an die sich dieses „Zeichensetzen“ primär richtet sind nicht diejenigen, die im konkreten Fall Grenzen überschreiten, sondern es sind die Normtreuen, denen signalisiert werden soll: Wir Politiker*innen tun was. Politiker*innen, die angesichts der weltweiten Krisen zunehmend als handlungsunfähig und/oder sich gegenseitig paralysierend wahrgenommen werden, wollen so klare Kante zeigen – und damit von den wirklich dramatischen Problemen, denen sich unsere Gesellschaft ausgesetzt sieht, ablenken (dazu und zur „German Angst“ s. hier).

Wie bei der erst wenige Jahren zurückliegenden Einführung der §§ 114 und 115 StGB, die knapp fünf Jahre nach der bereits erfolgten Verschärfung des § 113 StGB keinesfalls unumstritten war, sind es auch heute die gleichen Kritikpunkte: Ein Anstieg der Fallzahlen beim Delikt „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ war und ist nicht zu verzeichnen (eher im Gegenteil: im Vergleich zu 2018 wurden 2022 rund 10% weniger Taten registriert). Eine Untersuchung von Liebl zeigte für den Freistaat Sachsen, dass sich die Zunahme der registrierten Fälle von Gewalt gegen Polizeibeamt*innen schwerpunktmäßig auf Beleidigungen beziehen und weniger auf schwerwiegende Gewaltdelikte.

Für die tatsächlich erhöhte Zahl von tätlichen Angriffen stehen die Körperverletzungsdelikte als ausreichende Sanktionsmöglichkeit bereit. Zudem werde der Zweck der Norm, welcher ursprünglich eine Privilegierung gegenüber der Nötigung nach § 240 StGB gewesen sei, vom Gesetzgeber verkannt und mit der Neuregelung weiter in Richtung eines Individualschutzes für Polizist*innen verschoben. Bereits die frühere Verschärfung des § 113 StGB war aus ähnlichen Gründen kritisiert worden. Auch damals betraf dies u. a. eine fehlerhafte Interpretation des Normzwecks, was deutlich macht, dass Normzwecke im strafrechtsdogmatischen Sinn, wie sie früher mit gutem Grund (Rechtsstaat) im Vordergrund standen, zunehmend durch andere Zwecke (Symbolpolitik) ersetzt werden, ohne dass sich die Strafrechtswissenschaft aufrafft, etwas dagegen zu unternehmen. Weil sie zum zahnlosen Tiger verkommen ist und der (Partei-)Politik das Feld überlassen muss?

Letztlich sind es die gleichen Argumente, die man auch jetzt wieder vorbringen muss, wohlwissend, dass sie ebenso wie bei den vorherigen Verschärfungen kein Gehör finden werden. Zwar sind laut Bundeslagebild die erfassten Fallzahlen in den vergangenen Jahren angestiegen, aber nicht überall gleichmäßig. In Stuttgart beispielsweise sind sie zwischen 2020 und 2023 gleichgeblieben. Müßig, auch hier wieder einmal zu erwähnen, dass diese erfassten, d.h. von der Polizei registrierten Fallzahlen weder alle Fälle umfassen (Dunkelfeld), noch eine Aussage über tatsächlich gerichtlich nachgewiesene Fälle oder gar verurteilte Täter zulassen – bei mehr als 70%

Einstellungsquote selbst bei schweren Delikten wäre aber nur diese Zahl wirklich aussagekräftig.

Steigende Polarisierungstendenz führt zu mehr Gewalt

Bereits vor mehr als zehn Jahren wurde als Erklärung für einen Anstieg der Gewalt gegen Polizeibeamt*innen die steigende Polarisierungstendenz in der Gesellschaft (Ellrich et al.) und eine gestiegene Sensibilität der Beamt*innen gesehen. Unstrittig dürfte dabei sein, dass respektvoller Umgang stets auf Gegenseitigkeit beruht („Hass trifft Helfer"), und zur Wahrheit gehört eben auch, dass sich auch Polizeibeamt*innen nicht selten selbst respektlos gegenüber Bürger*innen verhalten und damit zur Eskalation von sowieso schon angespannten Situationen beitragen. Die Studie KviAPol von Singelnstein u.a. hat dies belegt.

Schon vor rund 20 Jahren konnten wir in einer sich über mehrere Länder erstreckenden Studie zeigen, dass Gewalt auf Seiten der Polizei zunimmt, wenn das „polizeiliche Gegenüber" gewaltbereit ist – eine Aussage, die auch umgekehrt zutrifft. Gewaltanwendung wird umso wahrscheinlicher und intensiver, je mehr der Polizeibeamt*innen das sich selbst gesetzte Ziel nicht erreichen kann. Die Wahrscheinlichkeit einer intensiveren Gewaltanwendung steigt, wenn die Autorität des/der Polizeibeamt*in in einer bestimmten Situation in Gefahr ist oder er/sie dieses Gefühl hat. Dies alles sind Faktoren, die in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen bzw. sich intensiviert haben: Wenn ein Landesinnenminister fordert, dass die Polizei „robuster" werden soll, dann kann eine solche Ansage einen Teufelskreis in Gang setzen. Gewalt gebiert Gewalt.

Das Bundeskriminalamt (BKA) selbst verweist in seinem Lagebild von 2022 (S. 51 f.) auf den in der Kriminologie dominierenden Erklärungsansatz, wonach der Umfang der Gewalt gegen Polizeivollzugsbeamt*innen Ausdruck des allgemeinen Ausmaßes an Gewaltkriminalität ist. Bekannte Risikofaktoren seien beispielsweise die eigene Gewalterfahrung in der Kindheit, ein für Gewalt offenes soziales Umfeld, ein als belastend empfundener Alltag, eine psychische Belastung, sozioökonomische Deprivation (z.B. Armut, geringes Bildungsniveau) oder die Akzeptanz von traditionellen Männlichkeitsnormen mit gewaltakzeptierenden Einstellungen.

Selbst das BKA fordert andere Maßnahmen

Die vom BKA im Lagebild 2022 vorgeschlagenen Konsequenzen aus dieser Analyse passen nicht zu der nun gewählten Vorgehensweise einer Strafverschärfung:

> „Ohne eine ganzheitliche Betrachtungsweise und einen gesamtgesellschaftlichen Ansatz wird sich die Lage nicht entspannen. … Um den dargestellten Entwicklungen entgegen zu wirken, muss die gesellschaftspolitische Auseinandersetzung mit der zunehmenden Gewaltbereitschaft in der Bevölkerung (auch gegenüber PVB) verstärkt werden – insbesondere vor dem Hintergrund von Interdependenzen zu anderen Faktoren. Eine besonders negative Einschätzung der wirtschaftlichen Lage unter anderem aufgrund der aktuellen Inflation und der sonstigen wirtschaftlichen Folgen des Angriffskriegs Russlands auf die Ukraine sowie der Transformation tradierter Wirtschaftszweige können einen tendenziellen Anstieg der Widerstände gegen und tätlichen Angriffe auf die Staatsgewalt zur Folge haben. Denn eine wirtschaftlich prekäre Situation oder die Angst vor einer solchen können zu einer psychischen Belastung und negativem Stress führen. Je mehr Menschen Belastungssituationen erleben, desto wahrscheinlicher werden Gewalttaten im sozialen Umfeld – aber auch gegen Repräsentantinnen und Repräsentanten des Staates. Der Grund ist, dass die Frustrationstoleranz und die Impulskontrolle niedriger sein können, sowie die Fähigkeit reduziert, Konfliktsituationen emphatisch und gewaltfrei zu lösen."

Ähnlich wie wir es in unserer Studie zu Gewalt gegen Rettungskräfte betont haben, verlangt auch das BKA, dass die Ausbildung von Polizeibeamten verbessert wird, „die auch die weitere Sensibilisierung und Bewusstseinsstärkung bezüglich der gesellschaftlichen Vielfalt umfasst", um so „gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern mit Ruhe, Höflichkeit, Empathie und vorurteilsfrei zu kommunizieren, um eine eskalationshemmende Wirkung zu erzeugen".

Eine im März 2024 veröffentlichte Studie zu Angriffen auf Rettungsdienstmitarbeitende und Polizeibedienstete benennt die gleichen Punkte und fordert zudem den Abbau von Risikofaktoren wie der hohen Arbeitsbelastung oder einem hohen Stresslevel besonders beim Rettungsdienst. Alles Aspekte, die mit einer Verschärfung von Strafvorschriften nicht erreicht werden können, die aber Geld kosten würden – im Gegensatz zu Strafrechtsänderungen, die „kostenlos" sind.

Fehlende Evaluation und keine rationale Kriminalpolitik

Man könnte erwarten, dass Gesetzgebung anhand rationaler Erkenntnisse und nicht emotional veranlasst erfolgt. Dazu wäre neben einem Blick in die allgemeine Sanktionsforschung die Evaluation bereits erfolgter vergleichbarer Gesetzesinitiativen sinnvoll und notwendig.

Eine wissenschaftliche Evaluation, wie sie bei Gesetzesneuregelungen immer wieder gefordert wird, ist nicht erfolgt, obwohl dies 2019 auf der Ebene der Staatssekretär*innen generell für neue Gesetze beschlossen worden war. Nur ein kleiner Teil der grundrechtsbeschränkenden Gesetze wurde evaluiert, und das ohne einheitliche Systematik (Weingärtner 2021), obwohl das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen (hier, hier und hier) festgestellt hat, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Folgen seines Handelns und die Wirkungen der verabschiedeten Gesetze nach ihrem Inkrafttreten zu beobachten und zu überprüfen, ob Korrekturen oder Nachbesserungen erforderlich sind.

In den vergangenen Jahren hat sich die (auch kriminologische) Forschung intensiv mit dem Thema Gewalt gegen Polizei, Rettungsdienste u.a. beschäftigt. Die entsprechenden Arbeiten lassen sich in der Kriminologischen Dokumentation „KrimDok" der Universitätsbibliothek Tübingen problemlos recherchieren. Google Scholar weist über 10.000 Quellen zu „Gewalt gegen Polizeibeamte" nach, darunter über 500 seit 2023. Gewalt gegen Rettungskräfte ist nicht derart präsent, aber ebenfalls gut empirisch untersucht (vgl. Weigert 2021; Feltes/Weigert 2018). Einig sind sich alle wissenschaftlichen Veröffentlichungen darin, dass Strafschärfungen oder neue Gesetze eher nicht sinnvoll sind, Fortbildung und Sensibilisierung für bestimmte Konfliktsituationen hingegen sehr wohl.

Vor allem sind in der Forschung die Faktoren, die bei Gewalt gegen Polizeibeamt*innen eine Rolle spielen, umfassend beschrieben (Mansour 2023). Dazu gehören vor allem Alkohol und Drogen, situative Faktoren wie Stress, Überforderung und unkontrollierte Emotionen (wie bei Fußballspielen), Missverständnisse im Einsatzgeschehen, psychische Ausnahmesituationen bei den Tatverdächtigen sowie „Empathiedefizite" und „Jugendkultur" mit „toxischer Männlichkeit und Gewaltbereitschaft". Wenn man Mansours Forderung nach einer „Wertevermittlungsoffensive" (aaO.) unterstützt, die um die „Verinnerlichung der Grundwerte" zu erweitern sei, dann braucht es hierfür, wie er selbst sagt, pädagogische Konzepte in den Schulen und Aufklärungsarbeit mit den Eltern. Ob tatsächlich Repressionen und Strafverschärfungen bei Intoleranz helfen, ist mehr als fraglich.

Wenn in rund zwei Dritteln der registrierten Fälle von Gewalt gegen Polizei Alkohol und (harte) Drogen als Merkmale erfasst sind (auch hier dürfte das Dunkelfeld nicht unerheblich sein, d.h. es sind in der Realität deutlich mehr Menschen, die Gewalt gegen Polizei ausüben, intoxikiert), dann muss man davon ausgehen, dass für diese Personen in dieser konkreten Situation weder die generelle Pönalisierung der Tat, und schon gar nicht eine etwaige Strafhöhe eine Rolle spielt, denn selbst für Menschen, die nicht durch Alkohol oder Drogen beeinflusst sind, hat die Sanktionsforschung dies immer wieder festgestellt. Und aus der Tatsache, dass drei von vier der Tatverdächtigen bereits zuvor polizeilich in Erscheinung getreten waren kann man schließen, dass weder die Strafdrohung, noch ein eventuelles polizeiliches Ermittlungsverfahren hier zu einer Verhaltensänderung geführt haben.

Strafe und besonders Strafverschärfungen sind also das ungeeignetste Mittel, wenn man ein unerwünschtes Verhalten beeinflussen will. Das weiß auch die Politik – oder sie kann es zumindest wissen. Dennoch geht man diesen, mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolglosen Weg. Von dem, was im Ausland als „evidence-informed policy" diskutiert wird, können wir in Deutschland leider nur träumen. Eine rationale, faktengestützte Politikgestaltung in den Bereichen Kriminalität und Justiz wäre aber dringend geboten.

Nicola Bier

Eiltransport gegen Eilrechtsschutz

Warum das Bundesverfassungsgericht im Fall von Maja T. das letzte Wort haben muss

doi: 10.59704/6d9294c4915248ae

Mit der Auslieferung von Maja T. nach Ungarn zur Strafverfolgung hat die Generalstaatsanwaltschaft Berlin Fakten geschaffen, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, nicht auszuliefern, kam zwar schnell, lief aber ins Leere, weil die Polizei Maja T. schon ins Ausland verbracht hatte. Die Feststellung der Generalstaatsanwaltschaft, man könne außerhalb des deutschen Staatsgebiets nichts mehr für Maja T. tun, ist blanker Hohn. Ihr Vorgehen ist mit Blick auf die Rolle und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Auslieferungsverfahren rechtsstaatswidrig, weil es gegen das Prinzip der Gewaltenteilung verstößt. Auch und gerade, weil sich die akute Situation von Maja T. durch ein juristisches Nachspiel und derzeit diskutierte Reformvorschläge im Auslieferungsrecht nicht ändern lässt, muss das Bundesverfassungsgericht in dieser Sache das letzte Wort haben und verhindern, dass ein mehr als fragwürdiges Verständnis der Berliner Justiz von Rechtsstaatlichkeit Schule macht – mit Konsequenzen auch auf der Ebene der EU.

Das Wettrennen

Die Auslieferung von Maja T. nach Ungarn war ein Wettrennen, Startpunkt war Berlin: Das Kammergericht erklärte am 27. Juni 2024, nach einem halben Jahr Untersuchungshaft und Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Ermittlungsbehörden, die Auslieferung von Maja T. für zulässig und folgte damit dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft Berlin. Diese gab den Startschuss weiter ans Landeskriminalamt Sachsen, das für Gefangenentransporte aus der Justizvollzugsanstalt Dresden zuständig ist. Für Maja T. bedeutete das: ein Helikopterflug an die deutsch-österreichische Grenze, noch in der auf den Gerichtsbeschluss folgenden Nacht. Beteiligt am Wettrennen waren außerdem Maja T.s Anwälte und Maja T. selbst in einer passiven Protagonist*innenrolle. Ihr Ziel: bestmöglicher Rechtsschutz gegen die um 17.26 Uhr dort eingegangene Gerichtsentscheidung. Das Landeskriminalamt Sachsen informierten sie telefonisch, dass gegen die Kammergerichtsentscheidung vorgegangen werde. Um 6.50 Uhr stand die Siegerin fest: Mit der Übergabe an Österreich hatte die Generalstaatsanwaltschaft im Staffellauf mit dem Landeskriminalamt Sachsen ihr Ziel erreicht. Der Sieg war knapp: um 7.38 Uhr ging der Eilrechtsschutzantrag beim Bundesverfassungsgericht ein. Das schnelle Handeln des Gerichts – um 8.30 Uhr wusste die Generalstaatsanwaltschaft vom Eingang des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz, um 10.50 Uhr erging der stattgebende Beschluss – bescherte Maja T. nur auf dem Papier einen Erfolg. Dort ist zu lesen: „Die Generalstaatsanwaltschaft Berlin wird angewiesen, durch geeignete Maßnahmen eine Übergabe des Antragstellers an die ungarischen Behörden zu verhindern und seine Rückführung in die Bundesrepublik Deutschland zu erwirken.“ Das klingt gut, blieb aber Theorie: Maja T. ist in Ungarn und rechtliche Möglichkeiten zur Rückführung nach Deutschland bestehen vor Abschluss des Strafverfahrens nicht. Was ist also überhaupt noch zu retten?

Staatsgrenzen und Grenzen der Staatsgewalten

Da es gegen eine Auslieferungsentscheidung keine Rechtsmittel gibt, ist eine Verfassungsbeschwerde der einzige Weg, Rechtsschutz zu erlangen. Eine gleichzeitig beantragte einstweilige Anordnung dient der Verfahrenssicherung, da die Auslieferungsentscheidung sofort vollziehbar ist und die Verfassungsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (zur üblichen Praxis am BVerfG s. etwa hier, hier oder hier).

Im Fall von Maja T. haben sich das Kammergericht und die Generalstaatsanwaltschaft durch schnell geschaffene Fakten in eine bequeme Position der Machtlosigkeit dank Staatsgrenzen gebracht. Um nun mit gebundenen Händen die Verantwortlichkeit von sich zu weisen, haben sie jedoch davor, in bester Kenntnis geographischer Grenzen, die an sich ebenso klaren Grenzen der Gewaltenteilung überschritten und so den angestrebten Rechtsschutz vereitelt. Zwar stellt der von Landeskriminalamt und Generalstaatsanwaltschaft als Teil der

Exekutive (vgl. etwa Brocke, in: MüKo-StPO, 2018, GVG § 146 Rn. 3) gezeigte Übereifer bei der Befolgung der Kammergerichtsentscheidung für sich betrachtet keine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips dar. Er geht allerdings nahtlos über in eine eklatante Missachtung der Grenzen der eigenen Exekutivgewalt, wo das Terrain der Verfassungsgerichtsbarkeit beginnt.

Durch Erlass der einstweiligen Anordnung wollte sich das Bundesverfassungsgericht – dem Gedanken der Verfahrenssicherung folgend – vorbehalten, über eine mögliche Verfassungsbeschwerde zu entscheiden. An juristischer und politischer Sprengkraft mangelt es nicht bei der Frage, ob eine nicht-binäre Person, der linksextremistisch-motivierte Taten vorgeworfen werden, in einen Staat ausgeliefert werden darf, der sowohl für seine politisch rechts gesinnte Regierung als auch für seine Queerfeindlichkeit bekannt ist.

Nach dem auf dem Papier erfolgreichen Eilverfahren kann Maja T. nun in der Hauptsache Verfassungsbeschwerde erheben und neben der Auslieferungsentscheidung auch deren Vollzug zum Beschwerdegegenstand machen. Stellt das Bundesverfassungsgericht dann fest, dass der Vollzug das Rechtsstaatsprinzip verletzt hat, verschiebt das zwar keine Staatsgrenzen und holt Maja T. nicht zurück. Aber es würde klar, dass auch durch die Gewaltenteilung gesetzten Grenzen sich nicht faktisch verschieben lassen. Würde das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Ablauf einer Auslieferung am Fall von Maja T. konkretisieren, könnte zumindest für künftige Auslieferungsverfahren verhindert werden, dass die vollziehenden Behörden auf die faktische Überholspur abbiegen, um Entscheidungen über Eilanträge oder schon deren Einreichung in Karlsruhe zuvorzukommen.

Erwartungen an den Rechtsstaat

Fakten zu schaffen, um die Gewaltenteilung zu umgehen, ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar und beeinträchtigt insbesondere die Möglichkeit Einzelner, Rechtsschutz zu suchen. Wer sich in einem Auslieferungsverfahren verteidigt, hat es ohnehin schwer, den eigenen juristischen Standpunkt ins Verfahren einfließen zu lassen. Die Verteilung von Zuständigkeiten zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat führt nicht selten dazu, dass beide die Verantwortung für eine Verfahrensüberprüfung von sich weisen.

Dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung folgend beschränkt der hier einschlägige Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb) in Art. 1 Abs. 2 die Prüfung im ersuchten Staat auf ein Minimum, das sich für die ersuchten deutschen Behörden aus den §§ 6 Abs. 2, 73 S. 2 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) ergibt. Doch wer Absatz 2 liest, muss immer auch Absatz 3 lesen: Im Rahmen der beschränkten Prüfung nach Art. 1 Abs. 2 RbEuHB sind über Art. 1 Abs. 3 RbEuHB immer auch die Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze nach Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) zu berücksichtigen.

Die begrenzte, aber verpflichtende Prüfung eines Auslieferungsersuchens durch den ersuchten Staat ist keinesfalls leicht: Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als „Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit“ (Erwägungsgrund 6 zum RbEuHB) steht auf der einen Seite, die in der EU geltenden Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze stehen auf der anderen Seite. Eine einzige Instanz sieht das Auslieferungsverfahren nach dem IRG für die gerichtliche Klärung dieser Frage vor, Rechtsmittel gibt es nicht. Der Rechtsweg gegen die Auslieferungsentscheidung ist sofort erschöpft, der so eröffnete Weg zum Bundesverfassungsgericht – auch und vor allem um über eine einstweilige Anordnung den Vollzug der Auslieferungsentscheidung zu verhindern – deswegen besonders unverzichtbar.

Aus unionsrechtlicher Sicht wird es hier doppelt brisant: Wenn der ohnehin begrenzte Rechtsschutz, wie nun geschehen, bereits im Stadium des Eilrechtsschutzes faktisch vereitelt wird, verstoßen die um Auslieferung ersuchten deutschen Behörden selbst gegen rechtsstaatliche Mindestanforderungen. Gleichzeitig umgehen sie die eigentlich im Wege der Hauptsache vorzunehmende Prüfung, ob der ersuchende EU-Mitgliedsstaat diesen Anforderungen genügt. Art. 1 des RbEuHb macht klar: Rechtsstaatliche Standards sind Dreh- und Angelpunkt der gegenseitigen Anerkennung. Sie nach unten zu korrigieren, ist im EU-Recht weder angelegt, noch mit diesem vereinbar.

Erstes Signal aus Karlsruhe

Entscheidungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen EU-Mitgliedstaaten sind das Ergebnis komplexer juristischer und politischer Abläufe der Judikative und Exekutive verschiedener Staaten, die auf

nationalem Recht und Unionsrecht beruhen. Der Fall von Maja T. steht daher exemplarisch nicht nur für die hohe verfassungsrechtliche Relevanz solcher Entscheidungen, sondern auch für die Schwierigkeit, sie einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Insofern ist es fast schon Glück im Unglück, dass sich im Fall von Maja T. so viele Einzelheiten zu einem Bild zusammenfügen, das – außerhalb der Berliner Justiz und Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz – zu einem kritisch-entsetzten Konsens der Fachwelt (unter anderem durch BRAK, RAV, Vereinigung Berliner Strafverteidiger*innen) führt, was die Verfassungsmäßigkeit der Vorgänge angeht.

Nach einem guten halben Jahr, das Maja T. in Untersuchungshaft verbracht hatte, scheint die schließlich für zuständig befundene Generalstaatsanwaltschaft Berlin die Grundidee des eigentlich für Haftsachen geltenden Beschleunigungsgrundsatzes auf den Vollzug der Auslieferung übertragen zu haben: Einen halben Tag nach der Entscheidung saß Maja T. nicht etwa in einem sonst üblichen Sammeltransport, um eine oft Wochen dauernde sogenannte „Verschubung" über verschiedene Justizvollzugsanstalten anzutreten, sondern in einem umgehend verfügbaren Helikopter. Mit dem Kammergerichtsbeschluss in der Tasche trat die Generalstaatsanwaltschaft die Flucht nach vorne an. Die formalen Hürden, die Maja T. auf dem Weg zum Rechtsschutz zu nehmen hatte, dienten als prozessuales Feigenblatt, hinter dem sich sogar ein Helikopter verstecken sollte: Ein eingelegtes Rechtmittel oder gar eine Entscheidung mit Suspensiveffekt sei nicht bekannt. Darauf, dass jedenfalls dem Landeskriminalamt bekannt war, dass Maja T. sich gerichtlich gegen die Auslieferungsentscheidung wehren würde, ging man nicht weiter ein. Als sich das mit zwei Anrufen aus Karlsruhe – einer zur Information über den Eilantrag, ein weiterer zum Erlass der einstweiligen Anordnung – änderte, antwortete die Generalstaatsanwaltschaft, dass Maja T. sich bereits nicht mehr in Deutschland befinde, und bat gar um Hinweis, ob der Senat die Rechtsauffassung teile, dass sich die einstweilige Anordnung erledigt habe. Für die Prüfung dieser rechtlichen Frage, bei der sie Hilfe aus Karlsruhe benötigte, hatte sie scheinbar erst Kapazitäten, als der Vollzug erfolgreich abgeschlossen war.

Die Antwort aus Karlsruhe, dass „ein richterlicher Hinweis auf das Schreiben der Generalstaatsanwaltschaft Berlin nicht erforderlich" erscheine, kann als Auftakt für die nötige gerichtliche Untersuchung verstanden werden: In einem Rechtsstaat müssen Einzelne in der Lage sein, staatliches Handeln an den Grundsätzen der Verfassung überprüfen zu lassen. Diesbezüglich lassen sich Ansprüche aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten (etwa in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG). Auch zwischen den einzelnen Staatsgewalten gibt es im Rechtsstaat Rechte und Pflichten: Ein Recht auf richterlichen Hinweis gehört nicht dazu, wohl aber die Grundsätze der Gewaltenteilung. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Sinne die groteske Frage der Generalstaatsanwaltschaft Berlin beantwortet und bereits erkennen lassen, was aus verfassungsrechtlicher Sicht vom Berliner Handeln zu halten ist. Die Fortsetzung folgt hoffentlich in einer Hauptsacheentscheidung.

Haltelinie durch das BVerfG nötig

Wie lange Maja T. in Ungarn inhaftiert sein wird, welche Bedingungen dabei für eine queere Person herrschen werden und ob sich im Verfahren die Zweifel an der Unabhängigkeit der ungarischen Justiz bewahren, kann und muss ein Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht beantworten. Die Karlsruher Richter*innen können weder in die Zukunft sehen, noch wirken ihre Entscheidungen direkt in Ungarn. Es liegt aber in ihrer Macht und Verantwortung, das Grundgesetz zu hüten – den Rechtsstaat und die Gewaltenteilung inbegriffen. Jede Stärkung oder Schwächung rechtsstaatlicher Standards als Eckpfeiler des europäischen Rechtshilfesystems wirkt schließlich doch wieder grenzüberschreitend. Nach einer gefährlichen Schwächung durch die Berliner Justiz liegt es nun an Karlsruhe, diesen Eindruck zu korrigieren und die Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze der EU und des Grundgesetzes hochzuhalten.

Fynn Wenglarczyk

Zeitgenössische Kriminalpolitik in a nutshell

Kennzeichen und Kritik am Beispiel der geplanten Verschärfung des Luftsicherheitsrechts

doi: 10.59704/a7e227635e28cd38

Klima-Aktivisten treiben nicht nur die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch die Kriminalpolitik vor sich her. Protestaktionen wie die heutige Blockade des Flughafens Köln/Bonn haben die Ampel-Regierung zu ihrer jüngsten Strafrechtsverschärfung animiert, die ich als anlassbezogene Maßnahmengesetzgebung kritisiere: Pünktlich zur Urlaubszeit bringt die Ampel mit dem Gesetzesentwurf zur Änderung des Luftsicherheitsgesetzes einen für Flughafen-Blockaden maßgeschneiderten Straftatbestand ins Spiel, der das Eindringen auf Flughafengelände mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bedroht. Wer dabei Gegenstände mit sich führt, die man auch sonst nicht mit in den Flieger nehmen darf, soll sogar mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden können. Die vermeintlichen Strafbarkeitslücken, die der Entwurf behauptet, sind konstruiert, denn die Blockadeaktionen sind bereits strafbar. Durchaus kreativ schreiben die Entwurfsverfasser anhand des abstrakten Rechtsguts der Luftsicherheit eine Gesetzeslücke herbei, die in Wahrheit nicht besteht. Sie setzen damit einen gesetzgeberischen Trend fort, der im Gewand abstrakter Gesetzessprache und mit dem Anschein politischer Neutralität daherkommt, im Kern aber auf die selektive Verfolgung bestimmter Personengruppen abzielt.

Die Eskalationsspirale, von der hier (aber auch hier und hier) schon vor und seit etwa eineinhalb Jahren die Rede war und ist, will der Gesetzgeber also weiter drehen. Das könnte für Klima-Aktivisten, die auf zivilen Ungehorsam als Protestform setzen, aber durchaus einen Plan verfolgen, entlarvt es doch die Unfähigkeit der Bundesregierung, Lösungen für die dahinterstehenden gesellschaftlichen Fragen zu finden (vgl. in anderem Kontext auch hier). Die Klima-Proteste halten der Gesellschaft den Spiegel vor, deren kriminalpolitischen Akteuren nach wie vor nichts Besseres einfällt, als auf (vermeintliche) Missstände mit neuen Straftatbeständen und Strafverschärfungen zu reagieren.

Kriminalpolitische Kehrtwende

Bevor wir uns näher mit der Neuregelung und den Gründen auseinandersetzen, sei ein kurzer Blick auf das politische Vorspiel geworfen. Interessant ist nämlich die kriminalpolitische Kehrtwende, die die Ampel-Koalition mit dem Gesetzesentwurf hinlegt. Noch im April 2023 hatte sie im Rechtsausschuss einen Gesetzesantrag der CDU/CSU-Fraktionen unter dem Titel „Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen“ zur Einführung eines speziellen Klima-Kleber-Tatbestands einstimmig mit dem Argument abgelehnt, der Entwurf suggeriere Strafbarkeitslücken, die gar nicht bestehen und sei auch darüber hinaus weder sinnvoll noch notwendig. Nun verfährt sie aber in genau derselben Weise, wie die CDU/CSU-Fraktion mit ihrem Antrag aus November 2022 und argumentiert mit Strafbarkeitslücken, die nur scheinbare sind.

Dabei reagiert die Bundesregierung mit ihrem Entwurf ersichtlich auf eine Forderung des FDP-Bundesverkehrsministers Volker Wissing, der unmittelbar nach einigen Flughafen-Aktionen von Klimaaktivisten und einer Geiselnahme auf dem Flughafen Hamburg im November 2023 harte Strafen für das Eindringen in Sicherheitsbereiche von Flughäfen forderte. Zum Kontrast: In der Plenardebatte zum CDU/CSU-Antrag rund eine Woche nach Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses im April 2023 ließ sich die FDP in Person des Abgeordneten Stephan Thomae zur Einführung neuer Straftatbestände noch so ein:

> „Aber so wenig, wie das Kleben dem Klima hilft, so wenig helfen Ihre Strafverschärfungen (…). Es ist kein Allheilmittel der Politik. Das Rezept, nach dem Sie immer vorgehen, enthält Strafschärfungen sowie das Ent-

> decken und Füllen angeblicher Strafbarkeitslücken. Sie kleben an diesem Strafverschärfungsreflex genauso, wie die Klimakleber auf der Straße kleben." (s. hier).

Der Sinneswandel ist unverkennbar. So scheint die Vereinbarung im Koalitionsvertrag, Strafrecht sei immer nur *Ultima Ratio*, in Vergessenheit geraten zu sein.

Zur geplanten Änderung des § 19 LuftSiG

Der Entwurf schlägt die Einführung von insgesamt drei neuen Straftatbeständen in § 19 LuftSiG vor. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe soll künftig zunächst bestraft werden können, wer sich oder einem Dritten vorsätzlich Zugang zur Luftseite eines Flughafens verschafft, wenn dadurch die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs beeinträchtigt wird (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 LuftSiG-E). Nach aktuell geltender Rechtslage ist das lediglich bußgeldbewehrt (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 8 LuftSiG). Bei der Luftseite eines Flughafens handelt es sich um die Bereiche, auf denen die luftfahrtspezifischen Aktivitäten stattfinden. Umfasst sind also vor allem die Start- und Landebahnen und Rollbahnen. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (!) soll künftig außerdem bestraft werden können, wer sich oder einem Dritten vorsätzlich Zugang zur Luftseite verschafft und dabei auch noch Gegenstände bei sich hat, die man auch sonst nicht mit in den Flieger nehmen darf, also beispielsweise Messer, Scheren, Zangen, aber auch brennbare Flüssigkeiten (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1, Var. 4 LuftSiG-E). Das wird aber regelmäßig der Fall sein, weil man auf ein Flughafengelände in aller Regel ja überhaupt nur unter Zuhilfenahme der genannten Werkzeuge gelangen kann – und gelangen können sollte. Auch Sekundenkleber, den die Aktivisten bislang für ihre Aktionen benutzt haben, um sich auf dem Rollfeld festzukleben, könnte als „brennbare Flüssigkeit" unter den Katalog verbotener Gegenstände fallen (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 LuftSiG). Schließlich soll mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe auch bestraft werden können, wer mit der Absicht in die Luftseite eines Flughafens eindringt, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

Der Entwurf begründet die beabsichtigen Änderungen zunächst mit einem erhöhten Gefahrenpotenzial: Für Fälle, in denen durch das Handeln des Täters die „Sicherheit des zivilen Luftverkehrs" beeinträchtigt werde, erscheine die bloße Bußgeldbewehrung, wie sie aktuell noch in § 18 Abs. 1 Nr. 8 LuftSiG vorgesehen ist, aufgrund der besonderen Gefahren, die daraus resultieren können, nicht mehr ausreichend. Darüber hinaus bestehe eine Strafbarkeitslücke: Zwar seien mit den §§ 123, 303, 240 StGB (Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Nötigung) bereits Strafnormen vorhanden, die Verhaltensweisen im Rahmen von Flughafen-Blockaden strafrechtlich erfassen. Diese wiesen aber „nicht dieselbe Schutzrichtung" auf, wie die Änderung des Luftsicherheitsgesetzes. Dieser sei nämlich im Schutz der Sicherheit des zivilen Luftverkehrs zu sehen, während zum Beispiel § 123 StGB lediglich das Hausrecht schütze.

Kriminalpolitische Trends

Das Gesetzesvorhaben ist ein Paradebeispiel für einen spezifischen (modernen) kriminalpolitischen Stil, der dadurch gekennzeichnet ist, zum Schutz konturloser Universalrechtsgüter immer neue Einzelfälle zum Anlass für Neukriminalisierungen und Strafverschärfungen zu nehmen, die eine fortschreitende Ausweitung des materiellen Strafrechts und zeitliche Vorverlagerung des strafrechtlichen Zugriffs in den Bereich von Gefährdungen zur Folge haben. Im Gewand abstrakter Gesetzessprache und mit dem Anschein politischer Neutralität zielen sie dabei häufig auf die selektive Verfolgung bestimmter Personengruppen ab. In solchen Strafgesetzen und Gesetzesvorhaben kommen zum Teil Entwicklungen zum Ausdruck, die von der Strafrechtswissenschaft, vor allem Frankfurter Provenienz, schon seit den 1980er Jahren kritisch begleitet und theoretisiert werden. Ich will mich aus aktuellem Anlass daher nur auf einige Punkte beschränken und am Beispiel des Entwurfs der Verschärfung des Luftsicherheitsgesetzes exemplifizieren.

Konturlose Sicherheit und ihre Gefahren

Die Einführung der neuen Straftatbestände wird mit dem Schutz eines Rechtsguts gerechtfertigt, das sich schwer greifen lässt, nämlich der Sicherheit des zivilen Luftverkehrs. Eine „Beeinträchtigung", die das erhöhte Unrecht des neuen Straftatbestandes gegenüber der jetzigen Ordnungswidrigkeit darstellen soll, lässt sich bei solchen überindividuellen Rechtsgüter stets leicht begründen.

Zwar handelt es sich bei dem Tatbestand nicht, wie der Entwurf meint, um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weil die „Beeinträchtigung der Sicherheit des zivilen Luftverkehrs" im Einklang mit der von der Literatur und

Rechtsprechung als eigenständiges Tatbestandsmerkmal eingeordneten Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit i.S.d. § 315 Abs. 1 StGB einen Erfolg darstellt, den der Täter durch sein Handeln („dadurch") ja erst herbeiführen muss. Das macht den Tatbestand aber nicht weniger problematisch. Denn eine Beeinträchtigung soll laut der Entwurfsbegründung schon dann vorliegen, wenn die „normale abstrakte Verkehrsgefahr" gesteigert worden ist, was man als abstrakten Gefährdungserfolg bezeichnen könnte. Das ist, mit entsprechender Argumentation, beim Eindringen in einen sicherheitsrelevanten Bereichs des Flughafens aber immer anzunehmen. Es ist gerade der Sinn von abstrakten Gefahren als rechtsnormative Voraussetzungen, konkrete Anhaltspunkte für Gefahren oder Schäden nicht mehr nachweisen zu müssen und vage Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten über die grundsätzliche „Gefährlichkeit" bestimmter Verhaltensweisen ausreichen zu lassen. „Sicherheit", und das macht sie zu einem allumfassenden Rechtsgut, ist schließlich stets beeinträchtigt bzw. geschädigt, wenn sie nur gefährdet ist. So vermögen auch die Entwurfsverfasser nachvollziehbare Maßstäbe zur Bestimmung der Steigerung einer „normalen abstrakten Verkehrsgefahr" auch nicht positiv zu bestimmen, sondern nennen mit „Störaktionen" auf dem „Rollfeld" oder der Notwendigkeit, den „Flugbetrieb" ganz oder teilweise „einzustellen" oder abgestellte Flugzeuge „durchsuchen" zu müssen, nur einige Beispiele, bei denen die normale abstrakte Verkehrsgefahr gesteigert sein soll.

Es entspricht dieser vagen Abstraktheit, das Eindringen in die Luftseite eines Flughafens stets als eine Luftsicherheitsbeeinträchtigung einordnen zu können, zumal Sicherheitsmaßnahmen, wie eben die teilweise Einstellung des Flugbetriebs ergriffen werden *müssen*, wenn Personen auf der Luftseite des Flughafens entdeckt werden. Insofern scheint es zwischen der jetzigen Ordnungswidrigkeit des Eindringens in die Luftseite nach § 18 Abs. 1 Nr. 8 LuftSiG und der geplanten Straftat des Eindringens mit Beeinträchtigung der Luftsicherheit nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 überhaupt keinen Unterschied zu geben. Das Eindringen geht stets mit einer Steigerung der abstrakten Luftverkehrssicherheitsgefahr einher.

Dass die Beeinträchtigung der Luftverkehrssicherheit künftig als eigenständige Voraussetzung im Tatbestand ausgestaltet sein soll, könnte also weniger mit einem gegenüber der jetzigen Ordnungswidrigkeit erhöhten Unrechtsgehalt zu tun haben, sondern einen kriminalpolitischer Schachzug darstellen, um irgendeinen Grund angeben zu können, warum das bislang als Ordnungswidrigkeit ausgestaltete Verhalten plötzlich zur Straftat mit Freiheitsstrafe bis zu zwei bzw. fünf Jahren qualifiziert werden soll.

Strafbarkeitslücken everywhere?

Die Anerkennung überindividueller Rechtsgüter als *ratio legis* von Straftatbeständen, ist seit gut drei Jahrzehnten beliebt. Neben der Luftverkehrssicherheit verweist der Gesetzgeber beispielsweise auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft, die Integrität des Zahlungsverkehrs oder des Sports oder auch die Volksgesundheit. Damit umgeht er nicht nur Zurechnungs- und Beweisschwierigkeiten, die sich bei individuellen Schädigungen stellen, sondern er führt auch einen Mechanismus ein, der künstlich Strafbarkeitslücken erzeugt, die dann als kriminalpolitische Argumente zur Ausweitung des Strafrechts fungieren und Handlungsfähigkeit von Innenministerinnen beweisen sollen. Denn wo es nicht mehr um den Schutz des individuellen Lebens oder der Gesundheit geht, sondern um eine dahinterstehende, überindividuelle Luftsicherheit, da bestehen auf einmal natürlich überall Strafbarkeitslücken. In dieser Logik geht es dann ja auch gar nicht mehr um Gefahren, sondern um echte Schäden! Denn die Sicherheit ist ja schon *geschädigt* bzw. *beeinträchtigt*, wenn sie „nur" gefährdet ist – wo Gefahren lauern, da ist es nicht mehr sicher. Mit dem Hinweis, die bereits vorhandenen Strafnormen der §§ 123, 303, 240 StGB oder, im Falle konkreter Gefahren für Menschen oder fremden Sachen, auch § 315 StGB wiesen nicht dieselbe Schutzrichtung auf wie der neue Straftatbestand im LuftSiG, wird genau dieser argumentative Mechanismus bemüht: Das in Rede stehende Verhalten werde strafrechtlich zwar bereits erfasst, aber diese Strafnormen schützten eben nur das Hausrecht, die freie Willensfreiheit, das Leben usw., nicht aber „Schäden" an der Luftverkehrssicherheit. Wo Sicherheit (des Verkehrs, der Wirtschaft, des Gesundheitssystems usw.) zum schützenswerten Rechtsgut hypostasiert wird, klaffen auf einmal riesige Strafbarkeitslücken, die der Strafgesetzgeber eifrig zu füllen hat.

Anlassbezogene Maßnahmen(straf)gesetzgebung

Mit dem Entwurf für eine Verschärfung des Luftsicherheitsrechts scheint sich darüber hinaus eine Art von Strafgesetzgebung zu verstetigen, die man als an-

lassbezogene Maßnahmenstrafgesetzgebung bezeichnen könnte.[1] Mit *anlassbezogen* ist zunächst gemeint, dass die Kriminalpolitik (häufig nur noch) auf bestimmte Einzelfälle (*focusing events*) reagiert und diese mit Hilfe flankierender Medienarbeit zum Anlass für Neukriminalisierungen nimmt, ohne sich von langfristigen Strategien, grundlegenden Erwägungen (z.B. kriminalisierungstheoretische Aspekte der systemkritischen Rechtsgutslehre) oder empirischen Evidenzen etwa im Hinblick auf die Präventionswirkungen von Strafverschärfungen leiten zu lassen.[2]

Dass die Protestaktionen von Klimaaktivisten im vorliegenden Fall Anlass waren, gibt der Entwurf auch unumwunden zu. Auf Seite 6 des Entwurfes heißt es:

> „Die vorgeschlagene Schaffung eines neuen Straftatbestandes in § 19 LuftSiG dient der schärferen Sanktionierung des unberechtigten Eindringens in die Luftseite eines Flughafens, wie seit Sommer des Jahres 2023 wiederholt z.B. durch Klimaaktivisten geschehen."

Mit anlassbezogenem *Maßnahmen*strafgesetz ist hingegen gemeint, dass solche Strafgesetze zwar abstrakt-generell formuliert sind und damit eine Vielzahl von Fallgestaltungen und grundsätzlich jede Person als potentiellen Täter erfassen („Mit Freiheitsstrafe bestraft wird, *wer* ..."), aber im Kern und von der kriminalpolitischen Zielrichtung doch punktuell auf die Regelung eines bestimmten, aktuellen gesellschaftlichen Konflikts bezogen und nach Lösung des Problems eigentlich überflüssig sind, mögen sie später auch noch wenige Einzelfälle erfassen. So dienten die Geiselnahme am Hamburger Flughafen im November 2023 und die Flughafenaktionen von Klima-Aktivisten im vorliegenden Fall offensichtlich nicht nur als Anlass für das Gesetzesvorhaben, sondern auch als Blaupause für die Formulierung der Straftatbestände in § 19 Abs. 1 Nr. 2 (Klima-Aktivisten) und § 19 Abs. 2 Nr. 2 LuftSiG-E (Hamburger Geiselnehmer).

Im vorliegenden Fall liegt die Intention, mit den Flughafen-Blockaden der „Letzten Generation" ein aktuelles Problem schnell und effektiv zu beseitigen, nicht nur vor dem Hintergrund politisch motivierter Kriminalisierungsrhetoriken im Zusammenhang mit Klima-Aktivismus nahe (siehe nochmal hier), sondern auch mit Blick darauf, dass die Entwurfsverfasser selbst „nur" von 15 Straftaten dieser Art jährlich ausgehen (vgl. S. 3 des Entwurfs). Woraus soll sich diese Prognose schon ergeben, wenn nicht aus den Flughafen-Blockaden von „Letzte Generation" dieses und des vergangenen Jahres?

Wider exekutiven Denkmustern im Strafrecht!

Diese (neue) Art von Maßnahmenstrafgesetzen stellt, mit Uwe Volkmann auf diesem Blog, allerdings in ganz anderem Zusammenhang mit Blick auf ein Corona-Gesetz (§ 28a IfSG), gesprochen,[3] eine „eigenartige Mischform zwischen exekutivem und legislativem Handeln" dar. Der äußeren Form nach handelt es sich, um weiter mit Volkmann zu sprechen, um eine Willensäußerung der Legislative, eben ein Gesetz. Es orientiert und bewegt sich aber doch in einem exekutivischen Denkmuster, indem es auf die Lösung ganz bestimmter Problemlagen und hier bestimmter Personen abzielt. Diese Mischform scheint, zumal für das Strafrecht, nicht unproblematisch, denn sie steht mit einem grundlegenden Aspekt der Aufgabe des Strafrechts in Konflikt: durch den Schutz von Rechtsgütern die *Grundbedingungen* und *elementaren Werte* eines friedlichen gesellschaftlichen Zusammenlebens zu gewährleisten. Das ist auch der Grund, warum das Strafrecht stets fragmentarisch, also lückenhaft geblieben ist und bleiben sollte. Das Strafrecht kann und sollte nicht jeden Konflikt „regeln" und nicht jedes individuelle oder kollektive Interesse vor Schäden schützen.

Freilich gehören dazu auch die kollektiven, gesellschaftliche Institutionen, wie Wirtschaft, Gesundheitswesen oder Luftverkehr, ohne die der Einzelne seine individuellen Interessen und Güter nicht verwirklichen könnte. Nur sollte ihr Schutz nicht aus Anlass aktueller Konflikte, Unglücksereignisse und Skandale unter dem Deckmantel der Sicherheit weit in den Bereich nur entfernter, abstrakter Gefahren ausgedehnt werden. Das hat seinen Sinn auch darin, dass Legalverhalten stabiler ist, wenn das Recht nachvollziehbar und verständlich bleibt,

[1] Ganz ähnlich hatte bereits Thomas Fischer den Gesetzesantrag der CDU/CSU-Fraktion in seiner Stellungnahme für den Rechtsausschuss als „anlassbezogene ‚Maßnahmen'-Initiative"bezeichnet (abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/929452/ae6fc4bf5d5c3e7d9b7fe2ff6aab4650/Stellungnahme-Fischer.pdf, dort S. 6).

[2] Zur Strafprozessgesetzgebung, aber übertragbar Jahn, StV 2022, 594, 596; Frommel, vorgänge 212 (4/2015), 107.

[3] Und mich, darauf sei aus Gründen wissenschaftlicher Redlichkeit hingewiesen, überhaupt erst auf die Idee gebracht hat, auch Strafgesetze als Maßnahmegesetze zu verstehen.

was bei einem reflexhaften Strafrecht, das als Maßnahme nur noch auf Einzelfälle reagiert, kaum denkbar erscheint.

Das Strafrecht muss mehr können, wenn es seine Glaubwürdigkeit und Orientierungskraft nicht verlieren will. Es bedarf einer Strategie, eines strafgesetzlichen Denkmusters, das sich als Straf*gesetz* seinen Namen auch verdient. Es muss, ein letztes mal mit Volkmann gesprochen, auf „planvoll-langfristige Sozialgestaltung zur Verwirklichung politischer Zielvorstellungen" abzielen. Der Entwurf zur Verschärfung des Luftsicherheitsgesetzes leistet das, wie so viele andere Gesetzesvorhaben, leider nicht.

Simon Pschorr

Volksfeste ohne Cannabis

Die formelle Verfassungskonformität des bayerischen Cannabisfolgenbegrenzungsgesetzes

doi: 10.59704/388351b9d2b4cd3b

Der Nordbayerische Kurier titelte „Kiff-Verbot mit hohen Strafen – Wiesnwirte zufrieden“. Der bayerische Landtag hat am 17.07.2024 einen Gesetzesentwurf der Fraktionen CSU und FREIE WÄHLER für ein Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz angenommen. Dieses Gesetz nimmt den Gastronomen des Oktoberfests eine konfliktträchtige Entscheidung ab. Denn nach Wirtesprecher Peter Inselkammer stellt sich die Frage so: Halten sich Gäste (noch) an das Cannabisgesetz des Bundes oder konsumieren sie (schon) entgegen § 5 Abs. 1 KCanG in unmittelbarer Gegenwart von Minderjährigen?

Geht es auf Europas größtem Volksfest wieder eng zu, drohen in großem Umfang Verstöße gegen das Bundesrecht, erwägt der bayerische Landesgesetzgeber (LT-Drs. 19/2073, S. 10) und verbietet deshalb das Rauchen, Erhitzen und Verdampfen von Cannabisprodukten auf Volksfestgeländen. Das Bayerische Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz ordnet daneben weitere Konsumverbote im öffentlichen Raum an, die zum bundesrechtlichen Konsumverbot nach § 5 KCanG[1] und zu Nichtraucherschutznormen hinzutreten sollen. Solche ergänzenden Regelungen sind den Landesgesetzgebern kompetenziell untersagt, wenn der Bund einen Gegenstand bereits geregelt hat, diese Regelung abschließend ist oder die Wertungen der ergänzenden Normen in Widerstreit mit dem (nicht abschließenden) Bundesrecht geraten. Soweit das Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz Cannabiskonsum im Außenbereich verbietet oder den Gemeinden Verbote ermöglicht, hält es diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht Stand.

Was alles verboten wird

Um zu überprüfen, ob der Gegenstand landesrechtlicher Regelungen durch Bundesrecht abschließend normiert und deshalb durch Art. 72 Abs. 1 GG gesperrt ist[2], muss dieser identifiziert werden. Das neue Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz nimmt Änderungen am bayerischen Gesundheitsschutzgesetz (GSG) vor. Letzteres untersagt bisher das Rauchen (von Tabak und aller anderen durch den Akt des Rauchens konsumierten Suchtmittel) in öffentlichen Gebäuden, etwa in Gaststätten (Art. 3 Abs. 1 GSG). Ein neuer Satz Eins soll nunmehr klarstellen, dass das Rauchen von Tabakwaren wie auch von (synthetischen) Cannabisprodukten untersagt ist. Das zeitigt die – ungewollte – Folge, dass etwa das Rauchen von Crack nach dem Wortlaut (unter Beachtung des Art. 103 Abs. 2 GG) dem Verbotstatbestand nicht mehr unterfällt.

Anders als Tabak darf nach Art. 3 Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 2 GSG n.F. Cannabis nicht mehr in Außenbereichen von Gaststätten, Volksfestgeländen und dem Gelände des Maximilianeums als Sitz des Bayerischen Landtags geraucht werden. Das sog. Vapen, also der Konsum durch Erhitzen und Verdampfen mithilfe von E-Zigaretten, Vaporisatoren und vergleichbaren Verdampfern, steht dem Rauchen von Cannabisprodukten gleich. In Räumen der Polizei und der Staatsanwaltschaften sollen keine Ausnahmen vom Cannabiskonsumverbot gestattet (Art. 5 Nr. 2 GSG n.F.) und Cannabisprodukte in Raucherräumen (Art. 6 GSG n.F.) geraucht werden dürfen. Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1, 2 GSG werden nach Art. 10 GSG n.F. mit Bußgeld geahndet, welcher im Abs. 2 einen erhöhten Rahmen für Verstöße durch Cannabiskonsum vorsieht.

Das Gesundheitsschutzgesetz wird in Art. 8 um eine Verordnungsermächtigung für die Gemeinden erweitert. Diese dürfen das Rauchen, Erhitzen und Verdampfen von Cannabisprodukten, einschließlich jeglicher mit synthetischen Cannabinoiden versetzter Stoffe, sowie die Nutzung von zu diesem Zweck verwendeten E-Zigaretten oder vergleichbaren Produkten auf bestimmten öffentlichen Flächen verbieten, auf denen sich eine Vielzahl von Menschen gleichzeitig auf engem Raum aufhält. Gemäß Art. 30 Abs. 1 LStVG n.F. können die Verbotszonen

[1] Dazu kritisch Oğlakcıoğlu/Sobota, ZRP 2023, 194, 196.

[2] Drechsler/Pschorr, NVwZ 2022, 1010, 1015 mwN.

auf öffentliche Flächen erweitert werden, wenn dort gehäuft Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten auf Grund von übermäßigem Alkoholkonsum oder wegen des Konsums von Cannabisprodukten begangen werden.

Was bereits verboten ist

Das Bundesrecht untersagt bereits den Konsum von Cannabisprodukten in unmittelbarer Gegenwart von Kindern und Jugendlichen, das heißt am gleichen Ort, in räumlich unmittelbarer Nähe bzw. im gleichen Raum einer Wohnung.[3] Daneben (BT-Drs. 20/8704, S. 97 – mit „Satz 2" ist hier „Absatz 2" gemeint; so auch VG Kassel Rn. 19) tritt ein Verbot des Konsums an gesetzlich bezeichneten Orten, um Konsumanreize zu verhindern. Umfasst sind Einrichtungen, in deren Umkreis der Konsum nach Auffassung des Gesetzgebers Gefahren für den Kinder- und Jugendschutz bietet. Dazu gehören etwa Schulen, Spielplätze und Jugendeinrichtungen. Auch Fußgängerzonen während der üblichen Geschäftszeiten schlägt der Bundesgesetzgeber diesen jugendschutzsensiblen Bereichen zu.

Einen gänzlich anderen Schutzzweck verfolgt er mit dem Konsumverbot rund um befriedetem Besitztum von Anbauvereinigungen: Keine geselligen Orte mit erhöhten Konsumanreizen zu schaffen und durch das KCanG nicht zu einer Konsumsteigerung von Cannabisprodukten beizutragen (BT-Drs. 20/8704, S. 98). § 5 Abs. 3 KCanG untersagt schließlich den Konsum in militärischen Bereichen zum Schutz der Wehrfähigkeit (BT-Drs. 20/8704, S. 98).

Nach Gesetzeswortlaut und -materialien ist diese Aufzählung der Örtlichkeiten abschließend (BT-Drs. 20/8704, S. 97), was schon das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG einfordert. Damit ist jedoch keine Aussage darüber getroffen, ob der Bund Konsumverbote abschließend geregelt hat. Das Rauchen einschließlich der Benutzung von elektronischen Zigaretten und Verdampfern als besondere Konsumform untersagt das Bundesnichtraucherschutzgesetz in geschlossenen Räumen von Einrichtungen des Bundes sowie der Verfassungsorgane des Bundes, Verkehrsmitteln des öffentlichen Personenverkehrs und Personenbahnhöfen der öffentlichen Eisenbahnen, § 1 BNichtrSchG.

Eine abschließende Regelung

Aus der Zusammenschau von § 5 KCanG und § 1 BNichtrSchG] leitet der bayerische Gesetzgeber ab, das Bundesrecht würde keine abschließende Regelung für Konsumverbote treffen, sondern Raum für landesrechtliche Vorschriften des Nichtraucherschutzes belassen (LT-Drs. 19/2073, S. 1).

Umstritten ist bereits, ob dem Bund eine Kompetenz zur umfassenden Regelung des Nichtraucherschutzes zukommt.[4] Dagegen wird eingewandt, eine im Grundgesetz faktisch-deskriptiv umschriebene Teilmaterie, das Gaststättenrecht, sei den Ländern zugewiesen. Deshalb hat der Bund den Nichtraucherschutz bisher nur partiell geregelt. Davon weicht das Cannabisgesetz nicht ab. Dementsprechend bleibt den Ländern weiterhin ein Regelungsraum für Vorschriften des Nichtraucherschutzes, besonders in Gaststätten.

Soweit das Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz Regelungen zum Schutz vor dem Passivrauchen trifft, steht diesen Art. 72 Abs. 1 GG nicht entgegen. Art. 3 Abs. 1 S. 1, 6 GSG n.F. stützen sich mithin auf eine Landeskompetenz. Das gilt auch für Art. 3 Abs. 2 GSG n.F., soweit dieser Räumlichkeiten der bayerischen Verfassungsorgane betrifft, deren Hoheit kraft Natur der Sache dem Landesgesetzgeber zusteht.

Problematisch erscheinen Art. 3 Abs. 1 S. 3 f. und Abs. 2 GSG, soweit sie keine geschlossenen Räume, sondern den Außenbereich betreffen. Während auf Volksfestgeländen regelmäßig Festzelte stehen, die man noch als Räumlichkeiten betrachten könnte, in denen spezifische Gefahren durch Passivrauchen drohen, erscheint dies für die Außenbereiche von Festplätzen und die Außengastronomie fernliegend. An der „frischen Luft" verflüchtigen sich Rauch und Dampf umgehend. Dass Regelungen für Außenbereiche Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen adressieren (obschon nach LT-Drs. 19/2073, S. 10 erklärtes Ziel), erscheint zweifelhaft, besonders weil Gefahren durch Tabakpassivrauchen (bewusst) nicht erfasst werden. Diese Zweifel werden dadurch verstärkt, dass der Landesgesetzgeber einen weiteren Regelungszweck benennt: „gehäuften Verstößen gegen das Konsumverbot aus § 5 Abs. 1 KCanG präventiv entgegenzuwirken", um den Jugendschutz zu verbes-

[3] Patzak/Fabricius/Patzak § 5 KCanG Rn. 3.

[4] Verneinend Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, wohl auch Zimmermann, NVwZ 2008, 705, 707; Rode, GewA 2008, 156; bejahend dagegen Siekmann, NJW 2006, 3382; Wendtland, DÖV 2007, 647.

sern (LT-Drs. 19/2073, S. 10). Konsumanreize habe der Bundesgesetzgeber nicht hinreichend bekämpft (LT-Drs. 19/2073, S. 8 f.). Schließlich wolle man Ordnungswidrigkeiten und Straftaten verhüten und damit Gefahren für die öffentliche Sicherheit abwehren (LT-Drs. 19/2073, S. 9).

Zwar ist den Landesgesetzgebern die Gefahrenabwehr unzweifelhaft überantwortet. Doch ist eine Regelungsmaterie nicht automatisch dem Polizeirecht zuzuordnen, weil kontextrelevante Verhaltensweisen in anderen Gesetzen unter Strafe gestellt sind. Ob und wie weit der Bundesgesetzgeber ein Verhalten unter Heranziehung seiner Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG untersagt, entscheidet er abschließend. Demnach darf Bayern den Konsum von Cannabisprodukten nicht in Gänze untersagen, weil ihm eine womöglich strafbewehrte Beschaffung vorausgeht oder er unter Verletzung des § 5 KCanG erfolgen kann. Weitergehende Gefahren, etwa aus Folgen des Konsums, können landesrechtlich adressiert werden, weshalb Art. 30 Abs. 1 LStVG n.F. die Landeskompetenz nicht überschreitet. Dagegen knüpfen Art. 3 Abs. 1 S. 3 f., Abs. 2, 8 GSG n.F. an die Gefährlichkeit des Konsums an sich – für Jugendschutz und die sog. Volksgesundheit durch Konsumanreize – an, der mit § 5 KCanG bereits Rechnung getragen ist.

Eine ergänzende Landesregelung wäre dennoch möglich, wenn § 5 KCanG keine *abschließenden* Vorkehrungen gegen diese Gefahren treffen würde. Das VG Kassel verneint dies, weil den Ländern in § 7 KCanG der Vollzug der Vorschriften des Cannabisgesetzes übertragen sei. Diese Überlegung geht schon deshalb fehl, weil § 7 KCanG keine umfassende Zuständigkeitsregelung trifft, sondern nur einen eng begrenzten Teilbereich des Vollzuges, namentlich die Frühintervention bei Minderjährigen[5], adressiert. Der Verweis der Kammer auf das Plenarprotokoll des Bundesrates vom 29.09.2023 (S. 298) ist nicht in der Lage, ihre Wertung zu untermauern. Die Landesministerin Sütterlin-Waack hat darin nicht ausgeführt, dass Personalkosten für die Ausweisung und Überwachung weiterer Konsumverbotszonen, etwa zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, zu erwarten sind. Deshalb kann dahinstehen, ob Stellungnahmen von Ländervertretern im Bundesrat überhaupt herangezogen werden können, um den Regelungswillen des *Bundesgesetzgebers* zu bestimmen.

Der Normwortlaut ohne Einschränkungen oder Öffnungsklauseln und nicht zuletzt die Gesetzesmaterialien des Cannabisgesetzes streiten dafür, dass der Bundesgesetzgeber diejenigen Örtlichkeiten abschließend aufgezählt hat, an denen aus Gründen des Kinder- und Jugendschutzes, zur Verhütung von Konsumanreizen und zum Erhalt der Wehrfähigkeit Cannabis nicht konsumiert werden darf (BT-Drs. 20/8704, S. 97). Um die Aufzählung hat der Bundestag im Detail gerungen, die Reichweite der Regelung eingehend geprüft und in den Ausschussberatungen präzisiert, um den Kinder- und Jugendschutz zu verstärken (BT-Drs. 20/10427, S. 2; BT-Drs. 20/10426, S. 21 und 126).

Anders als etwa *konkret-generelle* Verbote, die an § 5 Abs. 1 KCanG anknüpfen und damit normkonkretisierend wirken, typisiert der Landesgesetzgeber *abstrakt-generell* weitere Orte als riskant für den Jugendschutz. Damit setzt er sich über die Entscheidung des Bundesgesetzgebers hinweg und überschreitet seine Regelungskompetenz. Art. 3 Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 2, 8 GSG n.F. steht insoweit Art. 72 Abs. 1 GG entgegen.

Konzeptionswidersprüche zwischen Land und Bund

Erachtete man die Bundesregelung nicht für abschließend, so begegnen Art. 3 Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 2, 8 GSG n.F. und Art. 30 Abs. 1 LStVG auch dahingehend verfassungsrechtlichen Bedenken, weil ihnen eine vom Bundesrecht abweichende Konzeption zugrunde liegt. Das Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz ist an der grundlegenden Wertung orientiert, dass der Cannabiskonsum gefährlich und zu vermeiden ist. Das zeigt sich bereits in den Gesetzesmaterialien, die dem Cannabiskonsum generell negative gesundheitliche Folgen unterstellen, sodass Konsumanreize zum Schutz des Gemeinwohls bekämpft werden müssen (LT-Drs. 19/2073, S. 8). In den Redebeiträgen von Parlamentariern der Mehrheitsfraktionen kommt eine Ablehnung der bundesgesetzlichen Konzeption manifest zum Ausdruck. Susann Enders von den FREIEN WÄHLERN etwa fragte die Vertreter der GRÜNEN-Fraktion, was sie geritten habe, in Berlin.[6]

Das Bundesrecht stuft zwar ebenfalls den Konsum als gesundheitsgefährdend ein, bekämpft jedoch nicht generell den Konsum, sondern will nur gesteigerte Kon-

[5] Siehe näher Sobota, NJW 2024, 1217, 1220.

[6] Protokollauszug 18. Plenum, 14.05.2024, S. 18.

sumanreize vermeiden (BT-Drs. 20/8704, S. 98). Während das Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz den Konsum (in der Öffentlichkeit) eindämmen will, beabsichtigt das Cannabisgesetz des Bundes, Erwachsenen den „verantwortungsvollen Umgang mit Cannabis“ zu erleichtern (BT-Drs. 20/8704, S. 68 f.).

Die Konzeptionsunterschiede zeigen sich besonders anhand von Art. 8 GSG und Art. 30 Abs. 1 LStVG. Der bayerische Landesgesetzgeber sieht nicht nur an spezifisch Kindern und Jugendlichen gewidmeten Orten Konsumgefahren, sondern unterstellt eine Gefahr überall dort, wo eine Vielzahl von Menschen zusammenkommt (ob Innen- oder Außenbereich). Jeder Konsum von Cannabis, dezidiert nicht nur der übermäßige, wie dieselbe Norm für Alkohol verlangt, wird mit Ordnungswidrigkeiten und Straftaten in Verbindung gebracht. Es wird dem Grunde nach unterstellt, dass Cannabiskonsum mit nach § 2 Abs. 1 KCanG verbotenen Verhaltensweisen wie Handeltreiben, Abgabe und Überlassen einhergeht (LT-Drs. 19/2073, S. 13).

Nutzer:innen sehen sich damit zwei widerstreitenden Wertungen ausgesetzt: Cannabis als zum Eigenkonsum im Grundsatz geduldete „weiche Droge“ einerseits und als gesundheitsgefährliches Rauschmittel, das es nach Möglichkeiten zu bekämpfen gilt, andererseits. Solche axiologischen Widersprüche[7] zwischen Wertungen von Landes- und Bundesrecht adressiert das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung[8] mit dem Gebot der Widerspruchsfreiheit[9].

Verbotener Widerspruch

Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten keine gegenläufigen Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.[10] Stehen landesgesetzliche Regelungen mit einer bundesgesetzlichen Regelung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit in Widerspruch, überschreiten sie den dem Landesgesetzgeber belassenen Zuständigkeitsbereich.[11]

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass Regelungsgegenstände, die in die Kompetenz sowohl des Bundes als auch der Länder fallen, von einem Gesetzgeber federführend verantwortet werden müssen.[12] Die Entscheidung des Sachgesetzgebers – meistens des Bundes – ist dann ausschlaggebend. Dessen Konzeption darf durch Partikularregelungen eines anderen Gesetzgebers nicht unterlaufen werden.[13]

Mit dieser die Normenhierarchie im Bundesstaat absichernden[14] Rechtsprechung schließt das Bundesverfassungsgericht aus, dass Landesgesetzgeber eine abschließende Entscheidung des Bundesgesetzgebers faktisch unterlaufen.

Das Cannabisfolgenbegrenzungsgesetz zielt genau darauf ab: Weil der Mehrheit des bayerischen Landtags die (teilweise) Legalisierung des Umgangs mit Cannabis zum Eigenkonsum in der Öffentlichkeit widerstrebt, wird die Gesetzgebungskompetenz des Landes so weit wie möglich ausgereizt, um entgegen dem Konzept des Bundesgesetzgebers Cannabiskonsum aus dem öffentlichen Raum noch weiter zu verbannen. Damit übt der bayerische Landesgesetzgeber seine Kompetenz in einer Weise aus, die dem Grundgedanken des Art. 31 GG widerspricht.

Die Folge: Art. 3 Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 2, 8 GSG n.F. und Art. 30 Abs. 1 LStVG sind insoweit verfassungswidrig, wie sie den Konsum von Cannabis im Außenbereich verbieten oder den Gemeinden ein *abstrakt-generelles* Verbot er-

[7] Brüning, NVwZ 2002, 33, 36.

[8] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316; Kohl, Das Prinzip der widerspruchsfreien Normgebung, S. 186.

[9] vgl. Haack, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, S. 22 ff.

[10] BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 –2 BvR 1876/91, 1083, 2188, 2200/92, 2624/94 = BVerfGE 98, 83, 98; BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 –2 BvR 1991, 2004/95 = BVerfGE 98, 106, 118 f.; BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 –1 BvR 2306, 2314/96, 1108, 1109, 1110/97 = BVerfGE 98, 265, 301.

[11] BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 –2 BvR 1876/91, 1083, 2188, 2200/92, 2624/94 = BVerfGE 98, 83, 98.

[12] BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 –2 BvR 1876/91, 1083, 2188, 2200/92, 2624/94 = BVerfGE 98, 83, 98; BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 –2 BvR 1991, 2004/95 = BVerfGE 98, 106, 119.

[13] BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 –1 BvR 2306, 2314/96, 1108, 1109, 1110/97, BVerfGE 98, 265, 301; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 15.07.2003 –2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169, 181 ff.

[14] Rodi, StuW 1999, 105, 113 ff.; vgl. auch Frenz, DÖV 1999, 41, 42; Kloepfer/Bröcker, DÖV 2001, 1, 3 f.; Haack, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, S. 92 ff.

möglichen, ohne an durch den Bundesgesetzgeber nicht adressierte Gefahren durch den übermäßigen Konsum im Einzelfall anzuknüpfen.

Lena Gumnior

Flächendeckende Gewaltschutzeinrichtungen: So nah und doch so fern

Ein Blick auf den Gesetzesentwurf für ein deutsches Gewalthilfegesetz

doi: 10.59704/783b60565ba641c1

Es kommt Bewegung in Sachen Gewaltschutz, sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene. Nach dem Beitritt der Europäischen Union zur Istanbul-Konvention 2023, trat im Mai 2024 die EU-Gewaltschutzrichtlinie in Kraft. Beide Rechtsakte sind Meilensteine in der Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt. Auch wenn die Richtlinie – nicht zuletzt aufgrund der deutschen Blockadehaltung – eine massive Leerstelle aufweist, indem sie die Regelung zur Strafbarkeit der Vergewaltigung im Gesetzgebungsverfahren aus dem Gesetzesentwurf gestrichen hat, ist sie dennoch zu begrüßen. Eine besondere Stärke sind die umfassenden Regelungen zur digitalen Gewalt. So sieht die Richtlinie etwa die Strafbarkeit von Cyberstalking und Cyber Harassment vor, die auch im deutschen Recht noch nicht vollumfassend geregelt ist. Hier ist nun der deutsche Gesetzgeber am Zug, die Vorgaben zügig umzusetzen.

Die Bedeutung der Richtlinie zeigt sich aber gerade nicht nur im repressiven Bereich, sondern darin, dass sie einheitliche europaweite Schutzstandards vorschreibt. So sieht sie etwa vor, dass Schutzunterkünfte „in ausreichender Zahl bereitgestellt und […] leicht zugänglich" sein müssen. Diese Unterkünfte sollen den besonderen Bedürfnissen der Frauen und ihrer Kinder Rechnung tragen, vgl. Art. 30 Abs. 2 Gewaltschutzrichtlinie.

Mit dem jetzt öffentlich gewordenen Entwurf eines Gewalthilfegesetzes könnte Deutschland bereits kurz nach Inkrafttreten der Richtlinie einen entscheidenden Schritt zur Umsetzung tätigen und zugleich eine jahrelange Forderung der Frauenhausverbände durchsetzen: Der Entwurf sieht einen einzelfallunabhängigen Rechtsanspruch auf einen Platz in einer Schutzunterkunft vor und stellt damit die Ausbau- und die Finanzierungsfrage von Frauenhäusern in den Mittelpunkt des Gewalthilfegesetzes – ohne diese jedoch bisher final zu beantworten. So ist das Gewalthilfegesetz ein unerlässlicher Schritt für eine verbesserte Versorgungslage in Deutschland, weist aber bezüglich der großzügigen Fristenregelungen und der unklaren Finanzierungslage noch Defizite auf.

Bedarfsgerechte Schutzangebote

Der vorgelegte Entwurf orientiert sich an den Säulen, die bereits die Istanbul-Konvention etabliert hat: Intervention, Folgen mildern, Prävention, vgl. § 1 Abs. 1 GewHG-E. Lediglich den repressiven Bereich lässt der Entwurf außer Acht. Wesentlicher Regelungsgehalt ist, neben der Täterarbeit und Vernetzung von Beratungsstrukturen, die Bereitstellung ausreichender und bedarfsgerechter Schutzangebote. Dies soll insbesondere durch die erstmalige Aufnahme eines Rechtsanspruchs auf einen Platz in einer Schutzunterkunft sichergestellt werden, § 3 Abs. 1 GewHG-E. Das Gewalthilfegesetz könnte damit die Vorgaben der Istanbul-Konvention und der Gewaltschutzrichtlinie umsetzen. Das ist – zumindest bezüglich des Istanbul-Konvention – auch längst überfällig.

Auch wenn die neue EU-Richtlinie keinen Rechtsanspruch vorsieht, so schreibt sie dennoch die ausreichende Bereitstellung von Schutzunterkünften vor, Art. 30 Abs. 2 Gewaltschutzrichtlinie. Bei der Frage, was unter ausreichend zu verstehen ist, bezieht sich Erwägungsgrund 67 der Richtlinie auf den Tätigkeitsbericht der *Task Force* des Europarates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen. Diese sieht einen Familienplatz je 10.000 Einwohner vor. Danach bräuchte es in Deutschland 21.000 Plätze. Allerdings weicht die Richtlinie diese Vorgaben, auf die sich auch die Istanbul-Konvention bezieht (Rn. 135), wieder auf, indem sie sich darauf beruft, dass die Anzahl der Plätze in Schutzunterkünften „von einer realistischen Schätzung des tatsächlichen Bedarfs abhängen" sollten.

Von einer Quote von 21.000 Plätzen ist Deutschland weit entfernt: Derzeit stehen bundesweit nur circa 7.000 Plätze zur Verfügung. Unabhängig davon, ob also der

„tatsächliche Bedarf", an dem sich sowohl die Richtlinie als auch § 5 GewHG-E orientieren, geringer ist, als die Vorgabe der Istanbul- Konvention, bedarf es einer massiven Ausbauinitiative, um den vorgesehenen Rechtsanspruch erfüllen zu können. Ein solcher rechtlicher Anspruch, wie ihn der deutsche Gesetzesentwurf vorsieht, kann Bewegung in den Ausbau bringen. Dies ist aber keinesfalls ein Automatismus, wie der Rechtsanspruch auf einen Kitaplatz zeigt. Anders als in Fällen fehlender Kita-Plätze, dürfte bei fehlenden Plätzen in Schutzunterkünften der Rechtsweg in akuten Notsituationen kein aussichtsreicher Ausweg sein.

Eine Frage des Geldes

Die Effektivität des Rechtanspruchs dürfte erheblich mit der Finanzierungsfrage zusammenhängen. Offen bleibt im Entwurf noch, inwieweit sich der Bund dauerhaft an der Finanzierung von Schutzunterkünften beteiligen wird. Derzeit werden Schutzunterkünfte mehrheitlich von Ländern und Kommunen finanziert. Das GewHG könnte nun die lang ersehnte Kehrtwende in der Finanzierung von Schutzunterkünften bedeuten.

Der Gesetzesentwurf weist in der Gesetzesbegründung darauf hin, dass mit einem Rechtsanspruch auch die Verpflichtung einhergeht, „eine entsprechende Infrastruktur zu organisieren und verlässlich zu finanzieren." Es wird deutlich, dass nun zumindest seitens der Länder mehr Geld in das Versorgungssystem fließen muss.

Die Beteiligung des Bundes an den Kosten ist wohl zu erwarten: Eine solche wurde bereits im Dezember 2023 angekündigt und dürfte für eine Zustimmung im Bundesrat (vgl. Art. 104a Abs. 4 GG) auch unerlässlich sein. Um den Rechtanspruch tatsächlich erfüllen zu können, ist zudem eine verlässliche und dauerhafte Beteiligung des Bundes an der Finanzierung, die nicht nur projektbezogen erfolgt, unbedingt erforderlich.Eine Mischfinanzierung zwischen Bund und Ländern wäre auch zu begrüßen, damit die Länder sich in Zukunft nicht vollständig oder größtenteils aus der Finanzierung zurückziehen können und damit die Schutzsysteme vor Ort zum Einbruch bringen.

Ausbau erst in weiter Zukunft?

Wie viel Geld für den bedarfsgerechten Ausbau erforderlich ist, dürfte wiederum vom gemeldeten Bedarf durch die Länder abhängen, vgl. § 8 GewHG-E. Hier liegt der wesentliche Schwachpunkt des Entwurfs. Die Fristenregelungen für die Vorlage der Bedarfsanalyse und auch für das Inkrafttreten des Rechtsanspruchs sind mehr als großzügig und lassen befürchten, dass der Ausbau von Schutzunterkünften erst einmal stagnieren wird.

Einen ersten Bericht müssen die Länder nach dem vorliegenden Entwurf zudem erst zum 30.06.2029 vorlegen, der Rechtsanspruch tritt dann aber bereits ab dem 1.1.2030 in Kraft. Es ist fraglich, ob dieser Anspruch dann auch nur ansatzweise erfüllt werden kann. Eine denkbare Lösung wäre, die Frist zur Vorlage des Berichtes zu verkürzen und zugleich das Inkrafttreten des Rechtsanspruchs erheblich vorzuziehen. Zuletzt hat eine correctiv-Recherche aufgezeigt, wie hoch die Auslastung der bestehenden Schutzunterkünfte tatsächlich ist. Die Recherche stützt sich dabei auf die Zahlen des Auslastungs-Monitors der Seite https://www.frauenhaus-suche.de. Diese Daten könnten zumindest einen Anhaltspunkt für den tatsächlichen Bedarf geben.

Selbst wenn man an der vorgesehenen Fristenregelung festhält, sollte bis zur Vorlage der Bedarfsanalyse die Bedarfsplanung der Istanbul-Konvention zugrunde gelegt werden, um einen Ausbaustopp bis zur ersten Berichtsvorlage zu verhindern. Offen lässt der Entwurf außerdem, wie damit umgegangen wird, wenn die Länder keine Bedarfsanalyse vorlegen.

Auch besteht zumindest Unsicherheit darüber, wann die Mittel des Bundes zur Erfüllung des Rechtsanspruchs zur Verfügung gestellt werden. Bereits jetzt steht fest, dass die Länder unterversorgt sind und ein Ausbau unumgänglich ist.

Finanzierung endlich einzelfallunabhängig

Zu begrüßen ist wiederum die im Gesetzentwurf vorgesehene einzelfallunabhängige Finanzierung, die ebenfalls über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht. Zurzeit erfolgt die Finanzierung des Aufenthaltes in der Schutzunterkunft noch einzelfallabhängig, d.h. dass einige Betroffene selbst für die Kosten ihres Aufenthaltes aufkommen müssen. Nur für den Fall, dass Betroffenen Sozialleistungen beziehen, werden die Kosten übernommen, vgl. u.a. § 36a SGB II. Gerade Studierende oder auch Rentner:innen fallen dabei durch das Raster. Das führt dazu, dass jede vierte Frau ihren Aufenthalt in der Schutzunterkunft voll oder teilweise selbst finanzieren muss. Die Kostentragungspflicht kann sie davon abhalten, sich ent-

sprechende Hilfe zu suchen. Hier schafft die einzelfallunabhängige Finanzierung Abhilfe, indem nicht mehr namentlich abgerechnet werden muss. Das ermöglicht darüber hinaus auch eine anonyme Beratung. Eine solche Regelung wird auch den Vorgaben der Gewaltschutzrichtlinie gerecht, die fordert, dass der Zugang zu Schutzunterkünften nicht behindert werden soll (Erwägungsgrund 67).

Ein Thema ist noch nicht vom Tisch

Doch bei allem Elan bei der Umsetzung der Gewaltschutzrichtlinie, darf nicht aus dem Blick geraten, dass derzeit die Istanbul-Konvention in Deutschland immer noch nicht vollumfänglich umgesetzt ist. Das Gewalthilfegesetz bietet sich an, diesen Missstand zu beseitigen. Nachdem die Istanbul-Konvention nun vollständig ratifiziert ist, muss sie vollständig umgesetzt werden. Das bedeutet, dass § 31 Abs. 2 AufenthG reformiert werden muss, um den Anforderungen des Art. 59 Abs. 2 und 3 Istanbul-Konvention gerecht zu werden. Diese sehen vor, dass Ausweisungsverfahren ausgesetzt werden müssen, um Frauen, die von Gewalt oder häuslicher Gewalt betroffen sind, mit abgeleitetem Aufenthaltsrecht die Möglichkeit zu geben, einen eigenständigen Aufenthaltstitel zu beantragen.

Aufgrund der in § 31 Abs. 2 AufenthG vorgesehenen Regelbestandszeit der Ehe von drei Jahren im Bundesgebiet sind Frauen häufig in gewaltbelasteten Beziehungen gefangen, da sie durch die Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft, etwa durch den Umzug in ein Frauenhaus, ihr Aufenthaltsrecht in Deutschland gefährden. Auch die in der Norm bereits bestehende Härtefallklausel weist zu viele Schutzlücken auf.

Vorschläge für alternative Regelungssysteme liegen auf dem Tisch. Der Entwurf zum Gewalthilfegesetz stellt gerade den intersektionalen Ansatz in den Mittelpunkt (vgl. Begründung zu § 1 GewHG). Diesem kann er aber nur gerecht werden, wenn zugleich die Situation für gewaltbetroffene Frauen ohne eigenen Aufenthaltstitel gestärkt wird und diese Zugang zu Schutz und Beratung erhalten, ohne eine Abschiebung befürchten zu müssen.

Julia Zinsmeister

Diskriminierend eingestellt

Der Verfassungsgerichtshof Berlin stärkt den Zugang gewaltbetroffener behinderter Frauen zum Strafverfahren

doi: 10.59704/59a1ce948620256b

Frauen*, die in Werkstätten für behinderte Menschen (WfbM) arbeiten, sind dreimal häufiger von sexueller Belästigung und Diskriminierung betroffen als Frauen* in regulären Beschäftigungsverhältnissen. Gleichzeitig gelten sie als „sichere Opfer", weil ihre Aussagen besonders häufig in Zweifel gezogen werden und sie auf der Suche nach Gerechtigkeit zusätzliche Hürden zu überwinden haben. In Berlin hat sich nun eine junge Frau mit sogenannter geistiger Behinderung erfolgreich dagegen gewehrt. Der Verfassungsgerichtshof Berlin (Berl VerfGH) stellte mit Beschluss vom 19. Juni 2024 fest, dass das Ermittlungsverfahren gegen ihren Gruppenleiter wegen sexueller Belästigung verfassungswidrig eingestellt worden sei (Az. 80/22). Die Verfassungshüter*innen haben das Verfahren an das Kammergericht Berlin zurückverwiesen und aufgefordert, der Beschwerdeführerin einen diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz zu sichern. Der Beschluss selbst gibt zwar kaum Aufschluss über die relevanten antidiskriminierungsrechtlichen Standards – aber Anlass, diese hier herauszuarbeiten. Denn die wenigsten kennen die verfahrensbezogenen Bedarfe behinderter Menschen und die Nachteile, die ihnen im Strafverfahren drohen. Selbst Sachverständigen fehlt die Kenntnis.

Das Verfahren

Die Beschwerdeführerin hatte ihren Gruppenleiter in der WfbM im Herbst 2020 wegen sexueller Übergriffe angezeigt, später mit anwaltlicher Vertretung Strafantrag gestellt und sich als Nebenklägerin angeschlossen. 14 Monate später hatte die Staatsanwaltschaft Berlin das Ermittlungsverfahren wegen sexueller Belästigung mangels hinreichendem Tatverdacht eingestellt. Die Begründung: Der Verdacht basiere ausschließlich auf der Aussage der Beschwerdeführerin, die aufgrund ihrer geistigen Einschränkungen aber nicht ausreichend fähig sei, „Handlungen vom Komplexitätsgrad der verfahrensgegenständlichen Handlungen wahrzunehmen, zu erinnern und sprachlich wiederzugeben."

Genau dies hatte die Beschwerdeführerin aber mehrfach getan: Sie hatte sich zunächst einer Mitarbeiterin ihrer Wohngruppe und auf deren Anraten ihrer Mutter anvertraut und später erneut in ihrer polizeilichen Videovernehmung und aussagepsychologischen Exploration berichtet, wie der Beschuldigte sie ca. ein halbes Jahr lang in verschiedenen Situationen gezielt von den anderen Werkstattbeschäftigten abgesondert und im Keller, im Aufzug, Treppenhaus und seinem Büro gegen ihren Willen umarmt, geküsst sowie an den Innen- und Außenseiten ihrer Schenkel und am Gesäß gestreichelt hatte. Sie beschrieb auch den Widerwillen und Ekel, den sie dabei empfand. Auf Nachfragen hin konnte sie die Übergriffe auch detaillierter beschreiben, wenn auch nicht immer exakt zeitlich einordnen.

Nachdem ihr Klage- bzw. Ermittlungserzwingungsantrag ohne Erfolg blieb, reichte die betroffene Frau Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin ein. Sie rügte insbesondere, dass das Ermittlungsverfahren nicht barrierefrei gestaltet sei und die beauftragte Gutachterin nicht über die erforderliche Sachkunde in der Begutachtung von Zeug*innen mit kognitiven Beeinträchtigungen verfügte. Das Sachverständigengutachten, auf das die Staatsanwaltschaft ihre Einstellungsverfügung stützte, sei deshalb in mehrfacher Hinsicht unzureichend.

Ihre Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Der Berl VerfGH hob am 19.6.2024 den abweisenden Beschluss des Kammergerichts (KG Berlin 6 Ws 71/22) auf.

Der sechste Strafsenat habe die an einen zulässigen Klage- bzw. Ermittlungserzwingungsantrag zu stellenden formalen Anforderungen überspannt und hierdurch die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 15 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB) verletzt. Das Verfahren wurde an das Kammergericht zurückverwiesen mit dem Hinweis, dass sich spezifische Verpflichtungen für die diskrimi-

nierungsfreie Ausgestaltung und Durchführung des Verfahrens aus dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung (Art. 10 Abs. 2 VvB), dem Gleichstellungsgebot (Art. 10 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 VvB), dem Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung und der Verpflichtung des Landes Berlin, gleichwertige Lebensbedingungen für Menschen mit und ohne Behinderung zu schaffen (Art. 11 Satz 1 und 2 VvB) ergeben. Um die Rechtsweggarantie des Art. 15 Abs. 4 Satz 1 VvB zu sichern, habe die Berliner Strafjustiz gemäß Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) dafür Sorge zu tragen, dass die Beschwerdeführerin gleichberechtigten Zugang zum Gerichtsverfahren erhalte, und zwar in sämtlichen Phasen des Strafverfahrens.

Gleichberechtigter Zugang kognitiv beeinträchtigter von Menschen zur Justiz

Welche Maßnahmen der Staat ergreifen muss, um den gleichberechtigten Zugang behinderter Menschen – insbesondere auch für verletzte Zeug*innen – gemäß Art. 13 UN-BRK zu sichern, hat das Hochkommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen 2018 herausgearbeitet: Danach sind die Verfahren barrierefrei zu gestalten und die im Einzelfall erforderlichen verfahrens- und altersgerechten Vorkehrungen zu treffen, die die verletzten Zeug*innen und andere behinderte Prozessbeteiligte für ein faires Verfahrens benötigen. Des Weiteren darf Menschen nicht wegen ihrer Behinderung ihre Rechtsfähigkeit einschließlich ihrer rechtlichen Handlungs- und Prozessfähigkeit abgesprochen werden. Stattdessen sind sie bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen, ihnen ist auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu stellen.

Gem. Art. 1 UN-BRK und § 3 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) werden Menschen geistig behindert, wenn ihre langfristigen intellektuelle Beeinträchtigungen sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Sie selbst lehnen ihre Bezeichnung als geistig behindert vielfach als diskriminierend ab und fordern, als „Menschen mit Lernschwierigkeiten“ oder „anderen Lernmöglichkeiten“ bezeichnet zu werden. Damit bringen sie zum Ausdruck, dass sich die Art und Schwere ihrer Teilhabeeinschränkung nicht alleine von der diagnostizierten Beeinträchtigung ableiten lässt, sondern maßgeblich davon abhängt, inwieweit sie Zugang zu barrierefreier Information, inklusiver Bildung und Unterstützung bei der Entscheidungsfindung erhalten.

Studien zur Aussagefähigkeit von Zeug*innen mit leichter und mittelgradiger kognitiver Beeinträchtigung nennen unzureichend formulierte Fragen, Barrieren in der Kommunikation und das (dadurch geförderte) Unverständnis der Verletzten über den Prozess und das Verfahren als Hauptprobleme (siehe hier und hier). Die Studien stellten bei den verfahrensbeteiligten Berufsgruppen aber auch Informationsdefizite und Vorurteile in Bezug auf behinderte Menschen fest, die zu Fehlinterpretationen und -bewertungen führen können.

Kommunikationsbarrieren

Das Ziel der Wahrheitsfindung und das Prinzip der Unschuldsvermutung begrenzen die Möglichkeiten der Strafjustiz, auf die individuellen Bedürfnisse der Verletzten Rücksicht zu nehmen. An die Aussagen der Zeug*innen sind hohe Anforderungen gestellt, denen viele nicht entsprechen können. Die meisten Menschen mit sogenannter Lern- oder geistiger Behinderung haben leichte bis mittlere kognitive Einschränkungen und sind durchaus in der Lage, Tathandlungen wahrzunehmen, zu erinnern und später zu berichten. Sie laufen aber in besonderem Maße Gefahr, im Strafverfahren an Kommunikationsbarrieren und Vorurteilen („einstellungsbedingte Barrieren“) zu scheitern. Die statistische Wahrscheinlichkeit, dass in Strafverfahren Personen mit entsprechenden Intelligenzminderungen involviert sind, liegt bei knapp 16 Prozent. Dabei handelt es sich vielfach um Menschen, die nicht als beeinträchtigt wahrgenommen werden. Demnach wäre bereits jede sechste bis siebte Person nicht ohne Weiteres in der Lage, die in herkömmlicher Sprache formulierte Rechtsbelehrung zu verstehen.

Auch Menschen mit eingeschränkten Deutschkenntnissen sind in deutschen Amtsstuben und Gerichtsälen auf einfache Sprache, d.h. ein einfaches Standardniveau (B 1-2) angewiesen. Menschen mit Lernschwierigkeiten benötigen ggf. Leichte Sprache. Diese bewegt sich auf noch einfacherem Sprachniveau und ist gekennzeichnet durch kurze Sätze, die auf eine Aussage beschränkt, im Verbalstil formuliert und ggf. mit Bildern illustriert werden. Fremdwörter werden vermieden oder zumindest verständlich erläutert. Im Berliner Verfahren hatte die anwaltliche Vertretung der Beschwerdeführerin die Er-

mittlungsbehörden und die Gutachterin frühzeitig darauf hingewiesen, dass die Zeugin Leichte Sprache benötigt.

Können die bestehenden Kommunikationsbarrieren nicht abgebaut werden, sieht Nr. 21 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) die Möglichkeit vor, eine Vertrauensperson der Zeug*innen als Sprachmittlerin hinzuzuziehen. Äußern sich kognitiv beeinträchtigte Zeug*innen knapp, oberflächlich und detailarm zum Tatverlauf oder den -umständen, lässt dies noch keine Rückschlüsse auf die (mangelnde) Erlebnisbegründetheit ihrer Aussage zu, sondern kann auf ihren eingeschränkten Wortschatz oder ihre eingeschränkte zeitliche oder räumliche Orientierung zurückzuführen sein. Unerfahrene Vernehmungspersonen laufen jedoch Gefahr, solche Besonderheiten im Aussageverhalten der Zeug*innen fehlzuinterpretieren.

Einstellungsbedingte Barrieren

Nicht nur Kommunikationsbarrieren, sondern auch die Einstellungen der Beteiligten beschränken das rechtliche Gehör von Menschen mit Behinderungen. In der Schweiz ermittelten Forschende des Kompetenzzentrums Gewalt, Devianz und Opferschutz im Wege der qualitativen Auswertung von 57 Strafverfahrensakten, welche Vorannahmen Polizist*innen, Jurist*innen, Gutachter*innen und Sozialarbeiter*innen bezogen auf Verfahrensbeteiligte mit der Diagnose einer geistigen Behinderung mitbringen und wie sich diese Kenntnisse und Einstellungen auf ihre Beurteilung der angezeigten Fälle im Verfahren auswirken. In jeder fünften Verfahrensakte fanden sich Hinweise auf den zweifachen Fehlschluss von Verfahrensbeteiligten, dass „geistig behinderte" Zeug*innen unattraktiv und deshalb seltener von sexualisierter Gewalt bedroht seien. Dies verleitete sie dazu, die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeug*innen an deren (mutmaßlicher) Attraktivität zu messen. Des Weiteren wurden die verletzten Zeug*innen in den Akten wiederholt entweder als asexuell oder aber – in gut einem Drittel der Akten – als sexuell distanzlos und triebhaft beschrieben und diese vermeintliche Triebhaftigkeit vielfach ihrer Beeinträchtigung zugeschrieben. Die Auseinandersetzung mit der Biographie und den konkreten Lebensverhältnissen der Zeug*innen hätte andere Erklärungsansätze nahe gelegt. Studien belegen, dass die Privatheit behinderter Menschen selten respektiert wird, sondern sie vielfach bis ins hohe Erwachsenenalter geduzt, angefasst und von fremden Personen intime Dinge gefragt werden. Menschen, die auf Pflege angewiesen sind und diese in Wohngruppen oder Werkstätten erhalten, können die Auswahl ihrer häufig wechselnden Unterstützungspersonen kaum bis gar nicht beeinflussen. Ihnen wird vermittelt, dass scheinbar jede Person, die auf dem Dienstplan steht, berechtigt sei, sie auszuziehen und am gesamten Körper anzufassen. Für Menschen, die über Jahre hinweg entsprechend distanzlos behandelt werden, ist es schwer, ein für sie selbst angemessenes oder als sozial adäquat angesehenes Verhältnis zu Nähe und Distanz zu entwickeln.

Angemessene Vorkehrungen

Gemäß Art. 13 UN-BRK sind im Strafverfahren die im Einzelfall erforderlichen verfahrensbezogenen und altersgerechten Vorkehrungen zu treffen, die Zeug*innen mit anderen Lernmöglichkeiten benötigen, um den verfahrensrechtlichen Anforderungen an ihre Aussage möglichst gut entsprechen zu können. Auf angemessenen Vorkehrungen besteht ein Rechtsanspruch, ihre Verweigerung stellt eine Diskriminierung dar (§ 5 LGBG). Zu den Maßnahmen, die im Strafverfahren beansprucht werden können, zählen der Abbau konkreter Barrieren aber auch ein angepasstes Zeitmanagement: Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten brauchen meist mehr Zeit, um Informationen zu verarbeiten, und ggf. auch längere Pausen. Verschiedene Studien, darunter jene von Fredman et al. und Kebbell/Hatton weisen zudem darauf hin, wie wichtig offen formulierte Fragen sind.

In der Befragung und Exploration ist zudem zu berücksichtigen, dass Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten aufgrund ihres eingeschränkten Bildungszugangs oft über einen begrenzten Wortschatz verfügen. Dies kann erfordern, die Vernehmung und die Testverfahren anzupassen. Diese Anpassungen müssen, wie Art. 13 UN-BRK betont, „altersgerecht" erfolgen: Erwachsende Menschen dürfen nicht wie Kinder behandelt werden.

Sach(un)verständige

Sieht sich die Strafjustiz nicht in der Lage, die Aussagen kognitiv beeinträchtigter Zeug*innen richtig einzuordnen, kann und soll sie sich dazu der besonderen Sachkunde von psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen bedienen. Auch die Berlinern Beschwerdeführerin wurde auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft hin aussagepsychologisch begutachtet. Nach Angaben

ihrer anwaltlichen Vertretung deckten sich ihre Schilderungen der sexuellen Übergriffe mit ihren Berichten zuvor. Nach ihrer detaillierten Befragung zum Hergang der verschiedenen Taten wurde die Beschwerdeführerin von der Gutachterin aufgefordert, noch eine Reihe von Tests zu durchlaufen, die zum Teil jedoch für Vor- und Grundschulkinder entwickelt worden waren. Für 26jährige Menschen ist es nicht nur demütigend, Fragen wie „Der Vogel kann singen und was kann der Hund?“ zu beantworten. Auch die Eignung dieser Testverfahren muss bezweifelt werden. Das erste Explorationsgespräch dauerte bereits über drei Stunden, als die Beschwerdeführerin erschöpft und in Tränen aufgelöst zusammenbrach. Diesen Zusammenbruch wertete die Gutachterin später als Zeichen ihrer „emotionalen Labilität.“

In ihrem Gutachten führte sie aus, die Zeugin verfüge über gerade noch ausreichende Wahrnehmung-, Gedächtnis- und Sprachleistungen, um die inkriminierten Handlungen wahrnehmen, erinnern und sprachlich wiedergeben zu können. Eine Seite später schloss sie ihr Gutachten mit der genau entgegengesetzten Feststellung. Dennoch stützte sich die Staatsanwaltschaft auf die fast wortgleiche Wiedergabe dieses Fazits, als sie das Verfahren einstellte.

„Juristen könnten genauso gut würfeln“

Bisher gibt es kaum nennenswerte Bestrebungen, die Justiz entsprechend zu qualifizieren und einheitliche Standards zu etablieren. Das ist alarmierend, weil die am Strafverfahren beteiligten Berufsgruppen kaum Vorkenntnisse zu Menschen mit Behinderungen mitbringen. Sie laufen darum Gefahr, sich in ihren Deutungen und Beurteilungen von Vorurteilen leiten zu lassen. Die Schweizer Forschungsgruppe befragte die beteiligten Berufsgruppen zur Gesprächsführung mit geistig behinderten Zeug*innen oder Tatverdächtigen und den möglichen Besonderheiten deren Aussageverhaltens. Das Ergebnis: Die befragten Jurist*innen und Sozialarbeiter*innen hätten im Durchschnitt ebenso gut raten können, und die Polizist*innen hätten sogar besser abgeschnitten, wenn sie geraten hätten. Die Sachverständigen erzielten im Durchschnitt zwar bessere Ergebnisse, auch ihre Kenntnisse bewegten sich aber weit unter dem Wissenstand, der erforderlich wäre, um die Aussagefähigkeit angemessen zu beurteilen. Aus gutem Grund verpflichtet Art. 13 Abs. 2 UN-BRK die Vertragsstaaten, Schulungen für die im Justizwesen tätigen Personen zu fördern, die geeignet sind, den wirksamen Zugang von Menschen mit Behinderungen zur Justiz zu gewährleisten. Der zuständige UN-Fachausschuss hat 2023 kritisiert, dass Deutschland diese Pflicht bisher nur mangelhaft umsetzt.

Onlinekurse wären ein erster sinnvoller Schritt. Die Etablierung einheitlicher Standards durch Überarbeitung der RiStBV ein weiterer. Um die im Einzelfall erforderlichen angemessene Vorkehrungen zu treffen, muss man auf diese Maßnahmen aber nicht warten. Es reicht, das Gespräch mit den Betroffenen, ihren Anwält*innen oder psychosozialen Prozessbegleiter*innen zu suchen. Viele Verfahrenshürden ließen sich leicht abbauen. Und sie müssen abgebaut werden. Der Beschluss des VerfGH Berlin zeigt, wie schnell Menschen mit Behinderungen in Deutschland rechts- und schutzlos gestellt werden, indem die Justiz ihnen verfahrensbezogene angemessene Vorkehrungen verweigert.

Elisabeth Wondracek

„Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft“ meets Grundrechte

Content Moderation durch Kartellrecht, der Fall „Filmwerkstatt Düsseldorf“

doi: 10.59704/492f8b12e15d5882

Wo wirtschaftliche Macht im Wettbewerb missbraucht wird, greift das Kartellrecht ein. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – kurz GWB –, das der damalige Bundeswirtschaftsminister Ludwig Erhard einst als „Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft“ bezeichnete, dient einzig dem Schutz des Wettbewerbs. Dass der Missbrauch wirtschaftlicher Macht neben Einschränkungen des Wettbewerbs auch zu Grundrechtsverletzungen führen kann, hat im deutschen Kartellrecht bisher selten eine Rolle gespielt. In den 67 Jahren seit seinem Inkrafttreten wurde kaum auf die Grundrechtsrelevanz materieller Fragen im GWB eingegangen. Dennoch hat das LG Düsseldorf in seiner jüngsten Entscheidung Grundrechte in die Wertung des Kartellrechts einbezogen. Das ist bemerkenswert und zeigt, dass das Kartellrecht im Rahmen seines Anwendungsbereichs sehr wohl Grundrechten zur Durchsetzung verhelfen kann. Grundrechtsfragen stellen im Kartellrecht jedoch weiterhin lediglich einen Nebenschauplatz der Beurteilung dar. Anders als teilweise aus dem öffentlichen Recht gefordert, findet keine „direkte“ Bindung privater Akteure an öffentlich-rechtliche Mechanismen und Rechtsinstitute statt. Der Anknüpfungspunkt des Kartellrechts ist und bleibt Macht im und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb. Auswirkungen auf die Grundrechte sind lediglich im Wege der sog. mittelbaren Drittwirkung zu beachten.

Der Fall „Filmwerkstatt Düsseldorf“

Ende 2021 geriet der gemeinnützige Verein Filmwerkstatt Düsseldorf in Konflikt mit dem Internetgiganten Facebook. Dieser sperrte die Seite des Vereins für mehrere Monate wegen vermeintlicher Verstöße gegen die sog. Gemeinschaftsstandards. Der Verein, der sich dem Austausch und der Auseinandersetzung mit Filmen widmet, sah sich in seiner Arbeit und in der Ausübung seiner Grundrechte stark eingeschränkt: Die Facebook-Seite war der zentrale Kommunikationskanal für die Bewerbung von Veranstaltungen. Der Verein klagte beim Landgericht (LG) Düsseldorf gegen Facebook. Die Besonderheit: Die Klage wurde strategisch von der Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) unterstützt. Die GFF hat sich auf die Fahnen geschrieben mit Musterentscheidungen den Schutz von Grundrechten und demokratischen Werten durchzusetzen und zu festigen. Sie feiert das Urteil in der Sache 14d O 1/23, das der Verein jetzt vor dem Landgericht Düsseldorf erstritten hat, als „wegweisendes Urteil für die Kunstbranche“ und „wichtigen Erfolg für die Kunstfreiheit“.

Was war vorgefallen? Die Filmwerkstatt hatte bei Facebook etwa 4.000 Nutzerinnen und Nutzer. Doch das Konto wurde gesperrt. Grund dafür war offenbar die Werbung für den Film „Der Schamane und die Schlange“ (FSK 12) mit einem Foto, auf dem der Regisseur Ciro Guerra und traditionell mehr oder weniger bekleidete indigene Menschen aus dem Amazonas-Gebiet gezeigt wurden. Der Amazonas-Film war 2016 für einen Oscar nominiert. Die Facebook-Sperre ging mutmaßlich auf Nutzungsbedingungen zurück, die die Gemeinschaftsstandards festschrieben. In diesen waren alle möglichen Bedingungen festgelegt, z.B. zur Darstellung von Nacktheit bei Minderjährigen. Facebook sperrte das Konto offenbar ohne vorherige Anhörung des Vereins und ohne Begründung. Ein Fall fürs Kartellrecht?

Ausrichtung und Ziele des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist nicht zur Überwachung der Content Moderation großer Digitalplattformen und der Durchsetzung der Grundrechte ausgelegt. Schutzzweck des Kartellrechts ist viel mehr die Sicherung des Bestehens von Wettbewerb als zentralen Steuerungsmechanismus der Wirtschaft um Innovationskraft, Effizienz und Verbraucherwohlfahrt. Das Kartellrecht stellt so die einfachrechtliche Ausformung des Schutzes wirtschaftlicher Grundrechte, wie der allgemeinen Handlungsfrei-

heit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) dar. Basierend auf den Theorien des sog. Ordoliberalismus soll das deutsche Kartellrecht lediglich einen Ordnungsrahmen schaffen, in denen die freie Marktwirtschaft ihre positiven Wirkungen entfalten kann. Direkte Eingriffe des Staates in die Marktprozesse sind im Kartellrecht nur in Ausnahmefällen möglich, viel mehr soll der Staat lediglich den Rahmen festsetzen und dessen Einhaltung kontrollieren. Darauf basierend beinhaltet das Kartellrecht drei Kernregelungen: das Kartellverbot, die Fusionskontrolle und das Verbot des Missbrauchs markbeherrschender Stellungen.

Kartellrecht und Content Moderation?

Das Kartellrecht ist seinen Grundzielen entsprechend grundsätzlich nicht darauf ausgelegt, spezifische Inhalte oder Moderationspraktiken zu regulieren. Dafür gibt es heute insbesondere den Digital Services Act (DSA). Das Kartellrecht kann trotzdem eine Rolle spielen: Es greift ein, wenn der Wettbewerb beschränkt wird.

Das LG Düsseldorf stellt richtigerweise klar, dass die Sperrung des Kontos der Filmwerkstatt „kartellrechtliche Relevanz“ hat und eine Behinderung gem. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB (Konditionenmissbrauch) darstellt: „Die Sperrung der Facebook-Seite des Klägers betrifft […] Marktbeziehungen und berührt die Position des Klägers im Wettbewerb“. So beschränkt das LG Düsseldorf *im Ergebnis* mit kartellrechtlichen Instrumenten die inhaltlichen Vorgaben von Facebook an seine Nutzerinnen und Nutzer. Das LG bejaht für Facebook recht knapp Marktbeherrschung auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke.

§ 19 GWB zielt darauf ab, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sicherzustellen, daher liegt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in solchen Fällen nur vor, wenn die Position des Beeinträchtigten im Wettbewerb durch die inhaltliche Vorgabe berührt oder jedenfalls gefährdet wird. Damit der Fall kartellrechtlich relevant wird, muss es sich bei dem gesperrten Konto um das Konto eines im Wettbewerb stehenden Akteurs handeln. Zwar ist die Filmwerkstatt ein gemeinnütziger Verein, der folglich nicht primär wirtschaftlich tätig ist. Aus kartellrechtlicher Sicht ist der Verein dennoch ein relevanter Akteur im Wettbewerb. Die Filmwerkstatt befindet sich bei der Ausrichtung ihrer Veranstaltungen im direkten Wettbewerb mit anderen Film- und Kultureinrichtungen. Durch diese Position im Wettbewerb ist im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich des Kartellrechts eröffnet und eine Überprüfung der Content Moderation anhand von § 19 GWB möglich. Maßstab dieser Prüfung ist sodann die Auswirkung von Facebooks Handlung – der Kontosperrung – auf die Position der Filmwerkstatt im Wettbewerb. Die Sperrung stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Werbekanäle der Filmwerkstatt für ihre Veranstaltungen dar und betrifft daher die Position des Vereins im Wettbewerb mit anderen Veranstaltern.

Dass Kontensperrungen von Unternehmen einen Missbrauch gem. § 19 GWB darstellen können, haben bereits mehrere Gerichte in Fällen der Sperrung von Händlerkonten auf Amazon bestätigt. Die Sperrung des Kontos der Filmwerkstatt stellt einen vergleichbaren Fall dar.

- § 19 GWB sieht die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung des Missbrauchs vor. Für eine Rechtfertigung müssten die Anforderungen an die Content Moderation gem. DSA und P2B-VO erfüllt sein. Im Falle der Sperrung des Kontos der Filmwerkstatt wurden deren Voraussetzungen jedoch mangels vorheriger Information und Überprüfungsmöglichkeit der Sperrung nicht erfüllt.

Darin liegt ein wesentlicher Punkt: Das LG hat nicht geprüft, ob die Inhaltsbeschränkungen falsch sind und dadurch möglicherweise Grundrechte verletzt wurden. Es kritisiert das Vorgehen von Facebook – die Anmaßung des Plattformbetreibers, ohne jede Information und Begründung ein Nutzerkonto vom Netz zu nehmen. Das ist pure Macht im Wettbewerb, die daher zurecht kartellrechtlich geprüft wird.

Kartellrecht und Digital Constitutionalism?

Wie im Rahmen der Auslegung jeder sonstigen zivilrechtlichen Generalklausel entfalten die Grundrechte auch im Rahmen der von § 19 GWB vorgesehenen sachlichen Rechtfertigung ihre Ausstrahlungswirkung als sog. mittelbare Drittwirkung. Kann das Kartellrecht so einen Beitrag zum sog. Digital Constitutionalism leisten?

Digital Constitutionalism beschreibt die Bestrebung fundamentale Verfassungsprinzipien wie die Gewaltenteilung, Demokratie und auch die Grundrechte in der digitalen Gesellschaft zu sichern, die durch die Macht großer privater Digitalkonzerne gefährdet erscheint. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot wirkt mit seinem Adressatenkreis marktmächtiger Unternehmen zunächst

wie ein passend zugeschnittenes Instrument, um genau diese mächtigen Unternehmen im Digitalsektor zu mehr Grundrechtsschutz anhalten zu können. Das Kartellrecht verlangt aber immer die Bezugnahme auf Auswirkungen auf den Wettbewerb. So war es dem Kartellrecht lange fremd, Faktoren zu berücksichtigen, die über wettbewerbliche und wirtschaftliche Erwägungen hinausgehen. Das Ökonomische steht ganz im Vordergrund, grundrechtliche Aspekte spielten bisher in materiellrechtlichen Fragestellungen keine Rolle.

Der BGH legte jedoch bereits 2020 in seiner Entscheidung im Verfahren *Facebook/Bundeskartellamt* dar, dass eine Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Rahmen von § 19 GWB zu berücksichtigen sei. Das LG Düsseldorf arbeitete im vorliegenden Fall daran anschließend heraus, dass im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung zu berücksichtigen sei. Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG), Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 i. V. m. der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) sowie das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) seien für die Filmwerkstatt mit den unternehmerischen Grundrechten von Facebook in Ausgleich zu bringen.

Dabei sind die vom Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen *Recht auf Vergessen I*, *Fraport* und *Stadionverbot* entwickelten Kriterien anzuwenden, wonach die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und zu einer unterschiedlichen Gewichtung der jeweiligen entgegenstehenden Grundrechte der Bürger führen können. So sind insbesondere „die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite“(BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, Az. 1 BvR 3080/09, Rn. 33 – *Stadionverbot*) zu berücksichtigen. „Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen.“ (BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13, Rn. 88 – *Recht auf Vergessen I*; BGH, Beschl. v. 23.06.2020, KVR 69/19, Rn. 105 – *Facebook/BKartA*).

Grundvoraussetzung des Missbrauchsverbots gem. § 19 GWB ist, dass der Normadressat eine marktbeherrschende, mithin dominante Position innehat. Plattformbetreiber im Bereich Social Media stellen zudem die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation bereit. Die Anwendung der Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung führt in Fällen von Betreibern marktmächtiger Digitalplattformen folglich dazu, dass die Grundrechte der vom Missbrauch betroffenen Personen seitens des Digitalkonzerns verstärkt zu berücksichtigen sind und somit in kartellrechtlichen Beurteilungen relevant werden. Ein Novum im Kartellrecht und ein Schritt in Richtung Digital Consitutionalism?

Es ist stets im Blick zu behalten, dass die Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung und so die Grundrechte nur im Rahmen eines Tatbestandsmerkmals des § 19 GWB, der sachlichen Rechtfertigung, Ausstrahlungswirkung entfalten. Die sonstigen Voraussetzungen des § 19 GWB müssen parallel erfüllt sein. Dafür muss insbesondere ein wettbewerblich relevanter Missbrauch der Marktstellung vorliegen. Im Falle der Filmwerkstatt war dies aufgrund der Relevanz der Facebook-Seite als Werbe- und Informationskanal für die wettbewerbliche Aktivität des Vereins der Fall. Löschungen von Postings oder Kontosperren von Privatpersonen, die ihre Meinungs- und Kunstfreiheit auf Social Media entfalten, unterfallen somit nicht § 19 GWB.

Das Kartellrecht ist daher kein Instrument des Digital Constitutionalism, kann jedoch in Sonderfällen, wie dem Vorliegenden, faktisch den gleichen Werten zur Durchsetzung verhelfen. Die zentralen Ansatzpunkte des Kartellrechts sind jedoch die Auswirkungen und Gefahrenlagen für den Wettbewerb und nicht fundamentale Verfassungsprinzipien.

Fazit

Das Urteil des Landgerichts Düsseldorf zeigt, dass das Kartellrecht, insbesondere das Missbrauchsverbot gem. § 19 GWB, im Lichte der Grundrechte auszulegen ist. Als Durchsetzungshebel ist das Kartellrecht dafür attraktiv, nicht zuletzt, da die großen Digitalkonzerne als Gefahr für den Wettbewerb – und für die Grundrechte! – durchaus erkannt werden.

Nichtsdestotrotz unterfallen dem Anwendungsbereich des Kartellrechts nur Sachverhalte, die Einschränkungen des Wettbewerbs betreffen. Der Schutz des Kartellrechts erstreckt sich nicht auf die Sperrung von Privatkonten oder sonstige grundrechtsrelevante Sachverhal-

te ohne wettbewerbliche Relevanz. Es ist die rücksichtslose Machtausübung in der Wirtschaft, die Gegenstand des Kartellrechts ist. Wo diese Macht Grundrechte unterpflügt, kann das Kartellrecht ein interessanter Hebel sein.

Valentin Feneberg, Paul Pettersson

Kein Startschuss für Abschiebungen nach Syrien



doi: 10.59704/deff8397cb2e3d49

Laut OVG Nordrhein-Westfalen besteht für Zivilpersonen in Syrien keine ernsthafte, individuelle Lebensgefahr mehr aufgrund des Bürgerkriegs; Rückkehrer:innen hätten außerdem keine zielgerichteten Menschenrechtsverletzungen zu befürchten. Nicht nur der Flüchtlingsschutz, der bereits seit Jahren kaum noch an Syrer:innen vergeben wird, sondern auch der subsidiäre Schutz sei deshalb ausgeschlossen. Das Politik- und Medienecho, das auf die am 22. Juli 2024 veröffentlichte Pressemitteilung des Gerichts folgte, war gewaltig. Das Urteil sei bahnbrechend, werfe weitreichende Fragen für alle Syrer:innen in Deutschland auf und ermögliche gar die Wiederaufnahme von Abschiebungen nach Syrien. Nun wurden die Urteilsgründe veröffentlicht und zeigen: Die politische und mediale Aufmerksamkeit, die die Entscheidung erfahren hat, steht in keinem Verhältnis zu deren Inhalt. Denn erstens hat bereits das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) dem Kläger ein Abschiebungsverbot zugesprochen, er hat also durchaus Schutz erhalten. Zweitens hat das Gericht grundsätzlich nichts Neues zur Bewertung der Bürgerkriegsgefahr festgestellt. Und drittens stützt es sich an den zentralen Stellen der Lagebewertung auf eine sehr dünne Tatsachengrundlage.

Der Kläger ist schutzberechtigt

Was aus der Pressemitteilung nicht hervorgeht und deshalb auch medial nicht aufgegriffen wurde: Der syrische Kläger hat bereits in seinem ursprünglichen Asylverfahren vom BAMF Schutz erhalten, nämlich ein sogenanntes Abschiebungsverbot. Das ist nicht zu verwechseln mit dem „Abschiebungsstopp“, der von der Innenministerkonferenz für einen ganzen Herkunftsstaat verhängt wird. Vielmehr handelt es sich um den dritten individuellen Schutzstatus neben Flüchtlings- und subsidiären Schutz, der in Asylverfahren geprüft wird. Er wird vergeben, wenn eine Abschiebung gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt (§ 60 Abs. 5 AufenthG). In der Praxis handelt es sich häufig um Fälle, in denen im Herkunftsstaat eine lebensgefährliche humanitäre Notlage droht. Nach der Machtübernahme der Taliban im August 2021 haben beispielsweise tausende afghanische Schutzsuchende deshalb diesen Status erhalten. Wie das BAMF im ursprünglichen Verfahren den Schutz begründet hat, ist unklar. Fest steht, dass eine Abschiebung die Menschenrechte des Klägers verletzt hätte, obwohl er wegen seiner Aktivität als Schleuser von Flüchtlingsschutz und subsidiärem Schutz ausgeschlossen war.

Damit wird auch deutlich: Die Debatte über die Abschiebung von Straftätern muss getrennt werden von der Frage, wie sicher Syrien oder auch Afghanistan sind. Ein Straftäter mag zwar gesetzlich von einem gesetzlich höheren Schutzstatus ausgeschlossen sein, ein Abschiebungsverbot muss bei Gefahren im Herkunftsstaat dennoch verhängt werden. Die Aussage des Bundeskanzlers, wer als Schleuser tätig sei, könne „selbstverständlich“ auch nach Syrien zurück, entbehrt daher nicht nur einer logischen, sondern auch einer gesetzlichen und, angesichts des im konkreten Fall vergebenen Abschiebungsverbots, einer faktischen Grundlage.

Das OVG Nordrhein-Westfalen verhandelte also lediglich über eine sogenannte Aufstockungsklage. Der Mann hatte bereits Schutz und wollte diesen verbessern. Die Debatte, wie sicher Syrien ist, wird damit anhand eines Verfahrens geführt, in dem grundsätzlich festgestellt wurde: Der Kläger ist schutzberechtigt; seine Abschiebung würde gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen.

Keine Neubewertung der Lage in Syrien

In seinem Urteil stellt das OVG fest, dass für Zivilpersonen in Syrien keine ernsthafte, individuelle Bedrohung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt aufgrund des Bürgerkriegs mehr besteht. Der Krieg in Syrien habe keine ausreichende Intensität, um damit subsidiären Schutz zu begründen. Durch die Formulierung in der Pressemitteilung (keine Gefahr

„mehr“) impliziert das Gericht, dass es sich hier um eine Änderung der Rechtsprechung bzw. eine Neubewertung der Lage in Syrien handelt. Beides ist falsch.

Erstens haben sich die Gerichte in den letzten Jahren kaum zum syrischen Bürgerkrieg geäußert. Da bereits das BAMF allen Syrer:innen mindestens subsidiären Schutz zuspricht, müssen die Gerichte lediglich über Aufstockungsklagen entscheiden, also über die Klagen von subsidiär Schutzberechtigten auf eine Flüchtlingseigenschaft. Um subsidiären Schutz geht es in den Urteilen deshalb so gut wie nie, der wurde ja bereits erteilt. Eine umfassende Rechtsprechung zu der Gefahr, Opfer willkürlicher Kriegsgewalt zu werden, gibt es nicht.

Zweitens und vor allem ist diese Lagebewertung des OVG alles andere als neu: Das BAMF hat den syrischen Bürgerkrieg bereits 2020 stillschweigend für beendet erklärt, indem es seitdem subsidiären Schutz gar nicht mehr aus diesem Grund vergibt. Zuletzt erhielten nur 0,1 Prozent der subsidiär Schutzberechtigten diesen Status aufgrund der Bürgerkriegsgefahr. Alle anderen erhalten den Schutz, weil das BAMF davon ausgeht, dass Rückkehrer:innen schwere Menschenrechtsverletzungen drohen. Denn der subsidiäre Status schützt auch vor der Gefahr der Folter oder der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung.

Allerdings verneint das OVG auch diese Gefahr. Die zentrale Information des Urteils liegt deshalb in den (deutlich knapperen) Ausführungen dazu, warum Rückkehrer:innen keine Menschenrechtsverletzungen zu fürchten hätten. Laut dem Gericht hätten Menschen, die das Land illegal verlassen und sich länger im Ausland aufgehalten haben, bei ihrer Rückkehr nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit eine unmenschliche Behandlung zu befürchten, auch dann nicht, wenn sie durch ihre Ausreise den Wehr- oder Reservedienst verweigert haben oder aus einem ehemaligen Rebellengebiet stammen. Auch diese Ansicht ist keinesfalls neu, das OVG Nordrhein-Westfalen geht davon bereits seit mehreren Jahren aus. Es bezog diese Lagebewertung bislang allerdings nur auf den Flüchtlingsschutz, weil es über den subsidiären Schutz aufgrund der Aufstockungsklagen (siehe oben) nicht entscheiden musste. In dem neuen Verfahren war das anders. Deshalb lohnt sich ein genauer Blick, wie das Gericht seine sehr weitreichende Einschätzung begründet.

Eine dünne Tatsachengrundlage

In der zentralen Passage bezieht sich das Gericht einleitend auf den Lagebericht des Auswärtigen Amtes, in dem davon die Rede ist, dass Rückkehrer:innen als „Verräter“ betrachtet würden und sich deshalb „mit weitreichender systematischer Willkür bis hin zu vollständiger Rechtlosigkeit konfrontiert“ sähen (S. 24 f.). Laut Auswärtigem Amt gebe es „keine Rechtssicherheit oder Schutz vor politischer Verfolgung, willkürlicher Verhaftung und Folter“. Die Gefahr, Opfer staatlicher Repression und Willkür zu werden, bleibe unvorhersehbar. Für diese Einschätzung bezieht sich das Auswärtige Amt unter anderem auf internationale Organisationen (UNHCR, IKRK und IOM) und auf Berichte von Amnesty International und Human Rights Watch, die Rückkehrer:innen über einen längeren Zeitraum befragt haben. Das OVG Nordrhein-Westfalen lehnt diese Lagebeurteilung allerdings vollends ab: Die Aussagen des Auswärtigen Amtes seien nicht ausreichend durch Tatsachen gedeckt und stammten teilweise von „nicht näher bezeichnete[n] Menschenrechtsorganisationen“ (S. 28), während die Berichte von Amnesty International und Human Rights Watch nicht ausreichend repräsentativ seien (S. 24).

Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass das Gericht stattdessen seine gesamte Lagebewertung auf die Protokollnotizen eines Gesprächs des Danish Immigration Service mit einer namentlich nicht näher bezeichneten Menschenrechtsorganisation stützt, in denen keine einzige Quelle angegeben wird und die das Gericht darüber hinaus nur selektiv wiedergibt. Obwohl der Bericht also keines der Kriterien erfüllt, die das Gericht an die anderen Erkenntnismittel anlegt, bewertete es seinen Inhalt als „plausibel, weil realitätsnah“ (S. 26). Dass deutsche Gerichte in der Syrienrechtsprechung selektiv auf Länderberichte zugreifen, deren Inhalte modifiziert wiedergeben und ihren Hintergrundannahmen anpassen, ist kein Geheimnis. So freimütig wie hier geschah das allerdings selten.

Die Möglichkeit der Tatsachenrevision und die Reaktion des BAMF

Oberverwaltungsgerichte sind seit 2023 nicht mehr die höchste Tatsacheninstanz in Asylverfahren. Weichen sie in ihrer allgemeinen Lagebeurteilung voneinander ab, kann die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zugelassen werden. Dieser Weg scheint hier wegen der Be-

sonderheit des Verfahrens blockiert: Weil alle anderen Oberverwaltungsgerichte bislang gar nicht über den subsidiären Schutz entscheiden mussten, kann es keine abweichende Rechtsprechung geben. Das ändert allerdings nichts daran, dass andere Oberverwaltungsgerichte die Lage de facto anders beurteilen. So geht das OVG Bremen davon aus, dass zumindest jungen Männern, die sich durch ihre Ausreise dem Wehrdienst entzogen haben, bei der Rückkehr unmenschliche Behandlung und sogar politische Verfolgung droht. Das OVG Berlin-Brandenburg verneint mittlerweile für diese Gruppe zwar die politische Verfolgung, nicht aber die unmenschliche Behandlung. Auch andere Oberverwaltungsgerichte urteilten, dass zielgerichtete Menschenrechtsverletzungen bei der Rückkehr wahrscheinlich sind.

Wie andere Gerichte die Bürgerkriegslage beurteilen würden, ist unklar. Es fällt auf, dass das OVG Nordrhein-Westfalen für einige Provinzen (darunter auch die Heimatregion des Klägers) explizit von der Gefahrenbewertung Europäischen Asylagentur abweicht. Andere Gerichte könnten sich dieser Bewertung anschließen und zumindest für einige Regionen feststellen, dass subsidiärer Schutz weiterhin auch aufgrund des Bürgerkriegs vergeben werden kann.

Offen ist nun, ob das BAMF seine Herkunftsländerleitsätze dem Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen anpasst und sich der Bewertung einer gefahrlosen Rückkehr nach Syrien anschließt. Angesichts der dünnen Tatsachengrundlage, auf der diese Einschätzung beruht und angesichts der Deutlichkeit des Lageberichts des Auswärtigen Amtes, der für die Bewertung des BAMF in der Regel zentral ist, ist davon kaum auszugehen. Da für den Kläger außerdem bereits eine Schutzberechtigung festgestellt wurde, ging es in der Entscheidung zu keinem Zeitpunkt darum, ob er nach Syrien abgeschoben werden kann. Diese Information hätte das OVG in seiner Pressmitteilung nicht verschweigen sollen. Die öffentliche Debatte um die generelle Möglichkeit von Abschiebungen nach Syrien hat das Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen jedenfalls zu Unrecht angefacht.

Kai Ambos

Rechtsstaat versus Polizeistaat

Ein Review Essay

doi: 10.59704/14e4413363443b4b

Maximilian Pichl, Law statt Order. Der Kampf um den Rechtsstaat, 2024.



Das Rechtsstaatsprinzip zielt, so eine klassische Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, „auf die Bindung und Begrenzung öffentlicher Gewalt zum Schutz individueller Freiheit“ (BVerfG, Urteil v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 547). In formeller Hinsicht geht es um verfahrens- und organisationsrechtliche Vorkehrungen in Form von Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Gesetzesvorbehalt, gerichtlicher Kontrolle exekutiven Handelns und Staatshaftung.[1] Materiell folgen aus dem Rechtsstaatsbegriff darüberhinausgehende inhaltliche Bindungen der Staatsgewalt, vor allem an die Grundrechte und die Verhältnismäßigkeit.[2] Dabei sind der formelle und materielle Rechtsstaatsbegriff nicht als Gegensatz zu verstehen, sondern komplementär im Sinne eines „materielle und formelle Elemente des Rechts vereinigende[n] Staat[s]“.[3]

Der Rechtsstaatbegriff ist danach zugleich ein Strukturbegriff des Rechts und ein Abwehrbegriff, der die Grundrechte des Bürgers gegenüber dem Staat gewährleisten soll. Dies entspricht seiner Entstehungsgeschichte als Gegenbegriff zum vorkonstitutionellen Polizeistaat.[4] Vor diesem Hintergrund irritiert die Berufung auf den Rechtsstaat, wenn es um die konsequente Durchsetzung staatlichen Zwangs, insbesondere mittels kriminalstrafrechtlicher Sanktionen, geht. Wird insoweit von Politiker:innen die „volle Härte des Rechtsstaats“ gefordert (zahlreiche Zitate bei Pichl, S. 12 f.), so wird damit der Rechtsstaatsbegriff, jedenfalls liberal verstanden (zu seiner Ambivalenz sogleich), auf den Kopf gestellt. Man sagt

[1] Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl., 2004, § 26 Rn. 18; Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 103 EL. Januar 2024, GG Art. 20 Rn.; zur Entstehung des formellen Rechtsstaatsbegriffs im 19 Jh. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in ders., Recht, Staat, Freiheit, 2006, S. 143, 150 ff.; zur Entstehung schon im 15 Jh. –„als Idee eines rechtlich geordneten Gemeinwesens in den einzelnen Landfrieden des Spätmittelalters“– Schmidt-Aßmann, a.a.O., § 26 Rn. 11, der aber (Rn. 13) –ebenso wie Böckenförde, a.a.O, S. 146 f. –seine „klarste Grundlegung“in Kant sieht. Auch Frankenberg, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, 2010, S. 74 ff. bezieht sich auf Kant, sieht aber rechtsstaatliche bzw. republikanische Ansätze schon in den Staatslehren der Antike.

[2] Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 19; Grzeszick (Fn. 1), Rn. 37; zur Entstehung (post 1945) und Kritik des materiellen Rechtsstaatsbegriffs im Sinne des möglicherweise damit verbundenen Wertabsolutismus Böckenförde (Fn. 1), S. 158 ff.; krit. auch Schmidt-Aßmann, a.a.O., § 26 Rn. 29.

[3] Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 19.

[4] S.schon Böckenförde (Fn. 1), S. 155 f. Frankenberg (Fn. 1), S. 73 f. sieht ihn als Gegenbegriff zum „Ausnahmezustand“.

Rechtsstaat, aber meint Polizei. Eine Streitschrift, die jenen liberalen Gehalt des Rechtsstaatsbegriffs verteidigen will, die also statt „Law and Order" „Law" statt „Order" fordert, hat deswegen ein berechtigtes Anliegen. Dabei beansprucht Pichl jedoch nicht nur, das liberale Verständnis des Rechtsstaats zu verteidigen, sondern will „zugleich seine Defizite … benennen" und über dieses liberale Verständnis hinausgehen (S. 18). Er will die „Erosionen von Rechtsstaatlichkeit sichtbar" machen, „dokumentieren" und „wissenschaftlich" einordnen (S. 227). Diesen Zielen wird die Schrift mit ihren sechs plakativ betitelten Kapiteln leider nur sehr bedingt gerecht. Die Kapitel sind von unterschiedlicher Qualität und Analysetiefe sowie mit Fortschreiten des Text mit zunehmend aktivistischem Impetus verfasst.

Allgegenwärtigkeit, Ursprung und Ambivalenz des Rechtsstaatsbegriffs

Der Rechtsstaatsrekurs ist allgegenwärtig („ubiquitär") im politischen Diskurs, ebenso seine hier schon auffällige Umdeutung zu einem Kampfbegriff des Sicherheitsrechts (Kap. 1, S. 7 ff.). Pichls historische Herleitung („Ursprünge", Kap. 2, S. 21 ff.) ist jedoch eklektizistisch und selektiv, teilweise auch zu vereinfachend, immerhin wird die *Ambivalenz* des Begriffs aufgezeigt: Während der Weimarer Republik als Antwort auf sozialistische Angriffe auf das bürgerliche Eigentum (S. 34),[5] während des deutschen Herbstes als expansiver, aber eben zugleich auch begrenzender Begriff, wenn etwa Helmut Schmidt nach dem RAF-Überfall auf die deutsche Botschaft in Stockholm äußerte, dass man zum Schutz des Rechtsstaats „an die Grenzen, dessen zu gehen" bereit sein müsse, „was im Rechtsstaat erlaubt ist" (S. 45). Dies deutet einerseits (rechtsstaatliche) Härte an, aber andererseits werden (rechtsstaatliche) Grenzen anerkannt. Erlaubt ist „Härte" im Rahmen des Rechtsstaats, was Begrenzung impliziert; im autoritären Polizeistaat gibt es „Härte" ohne eine solche Begrenzung. Schon hier zeigt sich die Janusköpfigkeit des Rechtsstaatsbegriffs: die Staatsgewalt eingrenzend und zugleich gewährleistend (voraussetzend).[6] So sieht es auch Pawlik (FAZ, 28.5.24, 10) in seiner sehr kritischen Rezension Pichls: „Härte im Rechtsstaat" dürfe nie „Selbstzweck" sein, „sondern nur in normativ vielfältig eingehegter Weise geübt werden…". Auch Rath betont in seiner – ebenfalls kritischen – Auseinandersetzung mit Pichl die Ambivalenz des Rechtsstaatsbegriffs: Die ihm immanente "Herrschaft der Gesetze" schließe „eine harte und konsequente Anwendung derselben nicht von vornherein aus …". Auch die von Pichl zitierten Gewährsleute differenzieren. Böckenförde sieht im Rechtsstaat einen „vagen und nicht ausdeutbaren Schleusenbegriff[es]", der „offen" ist „für das Einströmen sich wandelnder Staats- und verfassungstheoretischer Vorstellungen und damit auch für verschiedenartige Konkretisierungen";[7] für Pichls Lehrer Frankenberg „teilt der Rechtsstaat die Unbestimmtheit des Grundsätzlichen" und es handelt sich, wie für Böckenförde, um einen „vagen, deutungsoffenen Begriff", der unterschiedlich „beschreibbar" und modifizierbar ist.[8] Schmidt-Aßmann, von Pichl nicht zitiert, meint den Begriff „nicht auf einen einfachen definitorischen Nenner" festlegen zu können, denn er bestehe „aus Schichten unterschiedlicher Struktur und Konsistenz …".[9]

Gleichwohl kann man sich natürlich, wie auch ich, zu einem dezidiert liberalen Rechtsstaatsbegriff in aufklärerischer Tradition, ganz wie das Bundesverfassungsgericht im Sinne des eingangs zitierten Urteils, bekennen. Auch Böckenförde tut dies letztlich, wenn er am Ende seiner Entstehungsgeschichte des Rechtsstaatsbegriffs – vom vernunftrechtlich begründeten zum formellen und ma-

[5] Zu diesem hier sog. kapitalistisch-bürgerlichen Rechtsstaatsbegriff schon Böckenförde (Fn. 1), S. 157 f. Zum nicht „ausschließlich staatsabwehrende[m]"Verständnis in Weimar auch Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 15 (ebenso zum Parlamentarischen Rat bei Rn. 16).

[6] Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 1 ("Doppelauftrag": „Begrenzung und Gewährleistung staatlichen Handelns"), Rn. 32 („Disziplinierung und Aktivierung staatlichen Handelns"); zust. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Rn. 41 (allerdings Schmidt-Aßmann, a.a.O., Rn. 19 zitierend).

[7] Böckenförde (Fn. 1), S. 143 f.

[8] Frankenberg (Fn. 1), S. 71 („Als Verfassungsprinzip und normativ Grundlage der Staatstechnik teilt der Rechtsstaat die Unbestimmtheit des Grundsätzlichen"), 73 („vagen, deutungsoffenen Begriff ⋯, dessen konstitutive Elemente auf verschiedene Weisen beschreibbar sind und der im Lichte veränderter politischer und ökonomischer, sozialer und kultureller Umstände beachtlichen und unvorhersehbaren Modifikationen unterworfen ist.").

[9] Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 2; zur nicht „gradlinig"verlaufenden Ideengeschichte auch ebd., Rn. 13 a.E.; zum „Schleusenbegriff"ebd., Rn. 29.

teriellen Rechtsstaatsbegriff – „die Begrenzung und Eingrenzung staatlicher Macht und Herrschaft im Interesse der Freiheit der Einzelnen“ betont.[10] Bei Frankenberg liest man vom „grundrechtlich eingehegten Rechtsstatus der Individuen“,[11] Schmidt-Aßmann betont die „vorrangig … staatseingrenzende Bedeutung“ des im 19. Jahrhundert erkämpfte[n] … Staat des Individualismus …“.[12] Man darf aber nicht, wie Pichl, so tun, als ob es nur dieses liberale Rechtsstaatsverständnis gäbe und über die Ambivalenz des Begriffs nonchalant hinweggehen.

Die diskursive Entwicklung von den 1970er Jahren bis in die Gegenwart, ausgelöst durch terroristische Bedrohung und Migrationskrise, lässt sich einfach beschreiben und trägt eine nostalgische Grundstimmung der Argumentation, wonach es den nichtautoritären Rechtsstaat in der alten Bundesrepublik noch gab, jedenfalls als Möglichkeit in sich. Komplexer aber und damit analytisch ergiebiger ist die Frage, wie sich die materiale Umdeutung des Rechtsstaatsbegriffs im Totalitarismus zum Begriff selbst verhält, konkret: Die Propagierung des Rechtsstaats als nationalsozialistischer „Weltanschauungsstaat“[13] bei Carl Schmitt und anderen. Schon Schmitt störte sich weniger am Rechtsstaat als an der Besetzung des Begriffs durch Liberale; ihm ging es letztlich um die Ersetzung des liberalen durch einen nationalsozialistisch-materialen Rechtsstaatsbegriff,[14] also die Bestimmung des Rechtsstaatsbegriffs vom Nationalsozialismus her anstatt dessen Einhegung durch liberale Rechtsstaatlichkeit.[15] Schmitt sagte Rechtsstaat und meinte: Exklusion. Es kommt insofern immer auf die Gegenbegriffe an, in Schmitts Fall: Liberalismus, Parlamentarismus, Grundrechte.

Hier schließen heute alle Arten autoritärer Bewegungen an, nicht nur die sog. Neue Rechte,[16] auf die sich Pichl alleine fokussiert (insbesondere S. 123 ff.). Darin zeigt sich nicht nur seine (politische) Blickverengung (auf die wir zurückkommen werden) und, gewichtiger noch, seine fehlende, theoretische Durchdringung zentraler Begriffe der Rechtsstaatsdiskussion. Carl Schmitt, dem ideengeschichtlichen Übervater des autoritären Verfassungsrechts, kann man, zugegebenermaßen, in einer solchen Schrift kaum gerecht werden, aber die „Positivismuslegende“ lässt sich nicht durch bloße Affirmation unter Verweis auf eine Quelle[17] widerlegen (S. 36). Schon der Begriff verstellt den Blick darauf, dass der Ursprung des Streits auf Radbruchs Positivismus- bzw. Wehrlosigkeitsthese zurückgeht,[18] die ihn selbst an gleicher Stelle zur Abkehr seiner positivistischen Grundhaltung durch die sog. Radbruchsche Formel geführt hat.[19] Auch wenn diese These deshalb als Legende gelten muss, weil der Na-

[10] Böckenförde (Fn. 1), S. 168 („Der Rechtsstaat zielt stets auf die Begrenzung und Eingrenzung staatlicher Macht und Herrschaft im Interesse der Freiheit der Einzelnen, auf den Abbau der Herrschaft von Menschen zugunsten der «Herrschaft der Gesetze»; der Primat des Rechts gegenüber der Politik erscheint als immer wiederkehrendes Postulat rechtsstaatlichen Denkens.“).

[11] Frankenberg (Fn. 1), S. 72.

[12] Schmidt-Aßmann (Fn. 1), § 26 Rn. 13 und 20 sowie Rn. 26 (bezogen auf die „rechtsstaatliche Differenz“werde der Einzelne „in seiner Individualität“, „Menschenwürde“angenommen) und Rn. 31 (bezogen auf die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion).

[13] C. Schmitt, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1935, 189, 197 ff. (201); dazu Pichl, S. 37 ff. Dabei kritisiert Schmitt zunächst die (liberal-bürgerliche) Gegenüberstellung von Rechtsstaat und Unrechtsstaat (189) und den formellen Rechtsstaatsbegriff als „inhaltslosen, rein formalen“Begriff (192), um seinen Übergang zum materialen, „unmittelbar gerechten“(190) Rechtsstaat des Nationalsozialismus vorzubereiten (196 ff.), der –ganz im Sinne der ethisierenden Ganzheitsbetrachtung der Nationalsozialisten (dazu Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 38 ff., 64 ff.) –als „Weltanschauungsstaat“(201) in „seiner weltanschaulich begründeten Einheit von Recht, Sitte und Sittlichkeit“mündet (199).

[14] Vgl. insbes. Schmitt, Juristische Wochenschrift 1934, 715 f. (“Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgehenden Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her.“[716]). Vgl. dazu schon Ambos (Fn. 13), S. 36 f.

[15] Nur nebenbei sei gesagt, dass nicht nur Kelsen sondern auch –der jüngst wiederentdeckte –Karl Loewenstein ein wichtiger zeitgenössischer Antagonist von Schmitt war, s. Loewenstein, Apologie des liberalen Staatsdenken, 2024 (hrsg. von M. Kubitscheck), S. 46 f.

[16] Zur Anschlussfähigkeit für die chinesische KP s. Ambos (Fn. 13), S. 37 mit Fn. 115.

[17] Verwiesen wird (in Fn. 46) auf Deiseroth, Betrifft Justiz 2013, 5.

[18] Radbruch, SJZ 1946, 105, 107 („Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‘Gesetz ist Gesetz‘den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts“).

[19] Ebd., 107 (Einschränkung des Positivismus durch „Zweckmäßigkeit“und vor allem „Gerechtigkeit“).

[20] Zur Ersetzung von „nulla poena sine lege“durch ein „nullum crimen sine culpa“s. insoweit Schmitt (Fn. 13), 713; ders., DJZ 1934, Sp. 691 (693).

tionalsozialismus tatsächlich den ihn hemmenden Positivismus bekämpft hat[20] und sich zu seiner Überwindung vor allem auch die teilweise durchaus gesetzeskritische Richterschaft durch Rückgriff auf ein rassisch völkisch pervertiertes "Naturrechtsdenken" dienstbar gemacht,[21] so hat doch die Möglichkeit der Bindungswirkung des sog. Führerbefehls eine grundpositivistische Annahme zur Voraussetzung, nämlich dass alleine die Tatsache der Normproduktion des höchsten Staatsorgans eine solche Bindungswirkung – jenseits materieller Legitimation – herbeiführen *kann*.

Auch Pichls Ausführungen zum Rechtsstaat als patriarchalisches und rassistisch-koloniales Exklusionsprojekt (S. 25 ff.) überzeugen nur bedingt. Die Bezeichnung der Kolonialherrschaft als „schrankenlose[n] Gewalt- und Willkürherrschaft" (S. 28) wird der Komplexität des Kolonialrechts nicht gerecht. Natürlich war die Kolonialherrschaft in weiten Teilen gewalttätig und willkürlich, sie war aber nicht rechtlos im formellen Sinne; das zeigt schon die sog. Schutzgebietsgesetzgebung und die kontroverse Diskussion dazu inner- und außerhalb des Reichstags.[22]

Umdeutung!?

Die "Umdeutung" (Kap. 3, S. 65 ff.) von einem Rechtsstaat zu einem Law and Order Diskurs will Pichl an ausgewählten Beispielen deutlich machen. In der Asyl- und Migrationspolitik dient die Berufung auf den Rechtsstaat – quer durch alle politischen Parteien – dem Ruf nach konsequenter Durchsetzung von Abschiebung und Ausweisung – ungeachtet völker- und menschenrechtlicher Grenzen im Rahmen einer Einzelfallprüfung (wohltuend differenzierend Thym). Einzelfälle wie die zunächst gescheiterte Abschiebung eines Togolesen in Ellwangen in 2018 (S. 69 ff.) oder die jüngste Debatte anlässlich der Straftat eines Afghanen in Mannheim haben gemeinsam, dass Politiker:innen aller Couleur lautstark Konsequenzen fordern, bevor sie überhaupt genauere Informationen zu den betreffenden Vorfällen haben (treffend zum Mannheimer Fall Fischer). Zu Recht kritisiert Pichl in diesem Zusammenhang die populistische Rhetorik einer „Verwirkung des Gastrechts", als ob ein solches den asyl- bzw. ausländerrechtlichen Status von Migrant:innen zutreffend erfassen würde und ohne weiteres per staatlicher Anordnung oder öffentlicher Empörung als „verwirkt" erklärt werden dürfte. Die „Verwirkung" bestimmter Grundrechte, einschließlich des Asylrechts, kann alleine vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden und nur dann, wenn diese Rechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht wurden (Art. 18 GG).

Auch die Gleichsetzung der Polizei mit dem Rechtsstaat (neue Stellen für die Polizei im Rahmen des sog. Pakts für den Rechtsstaat, S. 83 ff.) kann man kritisch sehen, weil hier der populistische Rechtsstaatsbegriff am offenkundigsten mit seinem Ursprung als Anti-Polizeistaatsbegriff in Konflikt gerät. Versteht man den Rechtsstaatsbegriff aber im o.g. Sinne als janusköpfig, so kommt der Polizei die Gewährleistungsfunktion – Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols – zu.[23] Der Gegenbegriff zu Polizei ist eben nicht nur Freiheit, sondern privatisierte und damit ungleiche Sicherheit. Wieder zeigt sich also, dass alles vom Verständnis des Rechtsstaatsbegriff abhängt. Ein „Generalverdacht" gegenüber der Polizei als „Wesensmerkmal der Demokratie" (S. 88) geht aber jedenfalls zu weit. Natürlich muss man die Polizei (auch) einer externen Kontrolle unterwerfen,[24] weil sie wie jedes autopoetische System missbrauchsanfällig ist und, gravierender noch, im Namen des staatlichen Gewaltmonopol Zwang ausübt. Dabei kommt es – wie könnte es anders sein – auch zu Straftaten (zur Körperverletzung im Amt s. insoweit das entsprechende DFG-geförderte Forschungsprojekt[25]). Diese haben aber selten strafrechtliche Konsequenzen, ganz anders als jegli-

[21] Vgl. schon Ambos (Fn. 13), S. 83 mit Fn. 417 und weiteren Nachweisen.

[22] Grdl. Dann/Feichtner/von Bernstorff, (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2022; dort etwa Gutmann und Hanschmann zum Staatsorganisationsrecht in den Kolonien (S. 45 ff.).

[23] In diesem Sinne wohl Pawlik, FAZ 28.5.24, 10 („Auftrag des Staats zum Schutz seiner Bürger ⋯").

[24] Für einen zweistufigen Reformansatz Derin/Singelnstein, Verfassungsblog 3.7.24 (externe unabhängige Stelle und eigenständige Ermittlungsbehörde).

[25] Die Bewilligung dieser Förderung liegt vor meiner Zeit als Mitglied des DFG Fachkollegiums „Rechtswissenschaften".

[26] Für eine enge Auslegung des Gewaltbegriffs insoweit überzeugend Heger, Verfassungsblog 15.6.2023; zur Notwehr gegen unzulässige Schmerzgriffe (dazu eingehend m.w.N. von Bernstorff/Scheinfeld, Verfassungsblog 1.7.24) , die die Diensthandlung zu einem rechtswidrigen Angriff machen und damit jedenfalls die Strafbarkeit nach §§ 113, 114 ausschließen (§ 113 Abs. 3 StGB) s.

che, noch so leichte Widerstandshandlung des Bürgers, die regelmäßig eine Anzeige wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB)[26] oder gar eines tätlichen Angriffs (§ 114 StGB) zur Folge hat – ein Beleg für die problematische einseitige Definitionsmacht der Polizei im Rahmen eines regelmäßigen komplexen und dynamischen Konfliktgeschehens.[27] Gleichwohl kann niemand vernünftigerweise die Abschaffung der Polizei fordern, anders als etwa die des Verfassungsschutzes (Steinke), über dessen Effektivität man trefflich streiten kann: Schutz vor den realen Gefahren für die rechtsstaatliche Demokratie oder Überwachung zulässigen zivilgesellschaftlichen Protests?[28] Dabei hat allerdings die Instrumentalisierung des Rechtsstaatsbegriffs im polizeistaatlichen Sinne schon längst, wie von Pichl selbst anerkannt, das gesamte politisches Spektrum erfasst. Es geht hier also längst nicht mehr um rein „konservative Umdeutungen" (S. 100).[29]

Ebenso kritikwürdig ist die polizeilich-populistische Wortschöpfung der Clankriminalität (S. 101 ff.), denn dieser Begriff lässt sich nicht sicher definieren und leistet einer diffusen kollektiven Kriminalisierung auf ethnisch-abstammungsbasierter Grundlage Vorschub (Wegner). Steht dahinter aber immerhin ein reales Phänomen organisierter Kriminalität im Rahmen großfamiliärer Strukturen (Struck et al.), so stößt die Überkriminalisierung (§ 129 StGB) und Stigmatisierung („Klima-RAF") der Klimaschutzbewegung (S. 129 ff.) zum einen auf verfassungsrechtliche Bedenken, hat doch das Bundesverfassungsgericht in seinem Klimaschutzbeschluss eine „objektivrechtliche Schutzverpflichtung" des Staates „auch in Bezug auf künftige Generationen" (LS 1) anerkannt und lässt deren unzureichende staatliche Umsetzung (Groß) zivilgesellschaftlichen Protest als durchaus legitim erscheinen. Andererseits ist diese kriminalisierende Stigmatisierung auch gesellschaftspolitisch kontraproduktiv, weil sie zu einer Radikalisierung an sich legitimen Protests führen kann (Bönnemann, Höffler, Höffler).

Kaperung des Rechtsstaats durch Extremisten?

Die von Pichl sodann konstatierte „Usurpation" des Rechtsstaats (Kap. 4, S. 123 ff.) ist allerdings keineswegs nur ein „rechtes" Phänomen. Das folgt schon aus der Tatsache, dass sich extreme Denker:innen häufig gegenseitig befruchten, wie von Pichl selbst bezüglich des neurechten Vordenkers Alain de Benoist, der sich auf den Kommunisten Antonio Gramsci bezogen hat, anerkannt (S. 131 f.). Schon 1932 hat Karl Loewenstein in seiner Streitschrift für die liberale Demokratie sowohl Bolschewismus als auch Faschismus als deren Feinde ausgemacht.[30]

Was den von Adorno erhobenen Vorwurf der „Theorielosigkeit" rechter Bewegungen angeht,[31] so wird er schon, wenn er überhaupt jemals richtig war (Carl

Heinrich, Verfassungsblog 2.7.24.

[27] Krit. schon Singelnstein/Puschke, NJW 2011, 3473 (3475 ff.); Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924, 926 f. Zur unterschiedlichen Verfolgungsintensität von Taten der Polizei (§ 340 StGB) vs. Taten gegen sie (§§ 113-115 StGB als „Gegenanzeigen") vgl. die Ergebnisse des im Haupttext erwähnten DFG-Projekts, Abdul-Rahman u.a., Gewalt im Amt: Übermäßige polizeiliche Gewaltanwendung und ihre Aufarbeitung, 2023, S. 393 ff. (wonach Taten der Polizei zu mehr als 90%, während Taten gegen sie in nur 42% der Fälle eingestellt wurden, insgesamt also eine klare Privilegierung der Polizei festzustellen ist [417 f.]); vorher schon ähnlich Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 927; s. zur unzureichenden strafjustiziellen Aufarbeitung von Polizeigewalt zuletzt Derin/Singelnstein, Verfassungsblog 3.7.24. Zu dem ebenfalls DFG-geförderten und an der Deutschen Hochschule der Polizei von Wegner/Heil/Schiemann durchgeführtem Projekt zur „Gewalt gegen Vollstreckungsbeamte und Rettungskräfte –GeVoRe"liegen, soweit ersichtlich, noch keine Ergebnisse vor. Trotz der unklaren Evidenz hinsichtlich der behaupteten Zunahme von Taten gegen Vollstreckungsbeamte und der Abschreckungswirkung der §§ 113 ff. StGB wird erneut eine Verschärfung vorgeschlagen, diesmal vom BMJ, s. LTO 5.7.24.

[28] S. zuletzt zur Rechtswidrigkeit der Verdachtsfalleinstufung der Klimagruppierung „Ende Gelände"Hohnerlein, Verfassungsblog 26.6.2024.

[29] S. auch die kritische Rezension von Rath, LTO 16.4.24 („Der Ruf nach härteren Strafen ⋯kein konservatives Alleinstellungsmerkmal, sondern kommt bei entsprechenden Themen auch aus progressiven sozialen Bewegungen.").

[30] Loewenstein (Fn. 15), S. 49 ff. (Bolschewismus habe „die Polarität von Individuum und Gemeinschaft dadurch gelöst, dass er das Individuum der Gemeinschaft opfert"[50], seine ganze „Staatsstruktur"sei „im wörtlichen Sinne antiliberal", die „Freiheit des Einzelnen wird dem Ideal einer besseren Zukunft bewusst geopfert"[51]; der Faschismus erscheine „der willensfreiheitlichen Einsicht des liberalen Menschen als eine sozial-pathologische Degenerationserscheinung, als ein Ausdruck der seelischen Mutlosigkeit, die offenbar in der jahrzehntelangen psychischen Überbeanspruchung des Einzelnen durch den Staat ätiologisch bedingt ist", auch hier werde „das Individuum dem künstlich geschaffenen Kollektiv bewusst geopfert und dieses Opfer dadurch erleichtert, dass es als Dienst am Staat, als Teilnahme an der nationalen Lebensgemeinschaft verherrlicht wird"[51 f.]).

[31] Adorno, Aspekte des neuen Rechtsradikalismus, 1967/2019, S. 22 f. („Man sollte diese Bewegungen nicht unterschätzen wegen ihres niedrigen geistigen Niveaus und wegen ihrer Theorielosigkeit").

Schmitt!), durch die These der Usurpation selbst widerlegt. Denn wie kann es den „Rechten" gelingen, den Rechtsstaat ohne jegliche Theoretisierung zu kapern? Weil es diese gibt,[32] muss man den „Rechten" mehr entgegensetzen, als es die deutsche Journaille in der Regel tut – peinlichstes Beispiel wohl Maximilian Krahs Vorführung von Tilo Jung. Es bedarf auch mehr als die von Pichl gelieferte Aneinanderreihung von Zitaten und undifferenzierten Angriffen. Man kann nicht den ehemaligen brasilianischen Präsidenten Bolsonaro wegen seiner (von Pichl nicht belegten) Versuche, das brasilianische Verfassungsgericht „auf Linie zu bringen", kritisieren (S. 129), ohne die gleichen Versuche seines „linken" Nachfolgers Lula da Silva auch nur zu erwähnen.[33] Man kann nicht „Ordnung" als Zentralbegriff der Neuen Rechten anführen (S. 134), ohne ihn in Beziehung zu Schmitts konkretem „Ordnungsdenken" zu setzen.[34] Man kann nicht die Nutzung des Rechtsweges durch die „Rechte" als „strategische Prozessführung" delegitimieren (S. 162), wenn man eine solche vermeintlich „linker" Gruppierungen, zum Beispiel des ECCHR oder der Gesellschaft für Freiheitsrechte, für legitim („strategische Rechtskämpfe") erachtet (S. 241) – einmal ganz abgesehen davon, dass „Strategic Litigation" heute international gang und gäbe ist (vgl. nur Jeßberger/Steinl und Kleinlein, 575).

Ebenso wenig kann man der AfD den Gang nach Karlsruhe verwehren, wenn aus ihrer Sicht die Bundes- oder eine Landesregierung ihre Neutralitätspflicht verletzt hat. Dabei geht es eben nicht um „Äußerungsdelikte von Regierungsmitgliedern" (S. 164), sondern schlicht und einfach um die Einhaltung demokratischer Spielregeln, auf die natürlich auch eine rechtsextreme Oppositionspartei pochen darf (solange sie nicht vom Bundesverfassungsgericht verboten wurde). Auch die von Verfassungsrechtler:innen geäußerte Kritik an der Flüchtlingskrise 2015 kann nicht mit deren Alter und/oder zu konservativen Ansichten abgetan werden (S. 166 ff.). Das sind bloße *ad personam* Argumente,[35] die die Sachfrage – ob etwa die Außengrenzsicherung nicht zum Kernbestand der Staatlichkeit gehöre und mit ihrer Aufgabe nicht doch ein effektiver Kontrollverlust einhergeht[36] – unbeantwortet lassen.

Europarechtlicher Umbau?

Auch Pichls europarechtliche Kritik (Kap. 5, „Umbau", S. 175 ff.) hätte etwas mehr Tiefgang und eine größere Differenzierung gutgetan (krit. auch Rath): Die Kritik an Ungarn und Polen ist altbekannt und bleibt oberflächlich; die „Angriffe auf die europäische Gerichtsbarkeit" (S. 217) werden auf solche gegen den EGMR reduziert, doch Pichl bleibt auch hier zu allgemein: die „progressive" Rechtsprechung des EGMR (welche?) werde durch die „Berufung reaktionärer Richter:innen" unterlaufen (S. 220). Die schwierige Frage der extraterritorialen Bindung an die EMRK und der entsprechenden Zuständigkeit des EGMR – ein klassisches Problem der Menschen-

[32] Siehe nur Krah, Politik von rechts, 2023.

[33] Sowohl Bolsonaro als auch Lula haben versucht, ihnen genehme Richter zu ernennen, Bolsonaro hat es aber nur auf zwei gebracht, Lula hingegen auf insgesamt zehn (er war schon zwischen 2003 und 2011 Präsident), s. Supremo Tribunal Federal (STF) hier, davon zwei (Dino, Zanin) in seiner aktuellen Amtszeit. Von unabhängigen Beobachtern wird Lula dabei vorgeworfen, vor allem Parteimitglieder bzw. ihm sehr nahestehende Personen (z.B. seinen Anwalt) ernannt zu haben. Zum früheren Konflikt zwischen Bolsonaro und dem STF s. etwa CNN Brasil, Linha do tempo: a escalada da tensão entre STF e Bolsonaro em um mês, 5.8.2021; zur (vermeintlichen) aktuellen Verfolgung Bolsonaros durch das STF s. hier und hier.

[34] Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, wonach schon das germanische Denken des Mittelalters für "durch und durch konkretes Ordnungsdenken"gewesen sei (S. 10), das "konkrete Ordnungs und Gemeinschaftsdenken" in Deutschland "niemals aufgehört"habe (S. 42) und insbesondere in Hegels Rechts und Staatsphilosophie "noch einmal lebendig" geworden sei (S. 45), so dass der Staat bei ihm "die konkrete Ordnung der Ordnungen, die Institution der Institutionen"geworden sei (S. 47); und schließlich sei mit dem Nationalsozialismus "das konkrete Ordnungsdenken wieder lebendig geworden"(S. 52). Zur Relevanz für das NS-Strafrecht s. Ambos (Fn. 13), S. 64, 74 f., 110 mit Fn. 551, 135 mit Fn. 718 jeweils m.w.N.

[35] Schopenhauer, Die Kunst, Recht zu behalten, 1830/1864/2016 (kindle e-book), S. 37 ff.

[36] Was durchaus als herrschende Auffassung unter Staatsrechtlern (unabhängig vom Alter) mit migrationsrechtlicher Ausrichtung angesehen werden kann, s. etwa Bogumil/Hafner/Kuhlmann, Verwaltungshandeln in der Flüchtlingskrise, Die Verwaltung 49 (2016), 289 („Vollzugsdefizite und Koordinationschaos"); Thym, Sollbruchstellen des deutschen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts, 2019, S. 49 („Kontrollverlust entlang der Balkanroute").

[37] Bei EJIL: Talk! ergibt der Suchbegriff „extraterritorial application" 33 Treffer, s. nur zur jüngsten EGMR-Klimaschutzrechtsprechung Milanovic, 9.4.2024 („control over the person's rights or interests"); zum Recht auf Privatsphäre und Überwachung Milanovic, 21.3.2024 (Zuständigkeit gegeben, wenn "surveillance activities are done on the state's own territory, even if the individual concerned is located outside it"); zur Zuständigkeit bei extraterritorialen bewaffneten Konflikten Milanovic,

rechtsdogmatik[37] – kann nicht durch den Verweis auf die *Hirsi*-Entscheidung erledigt werden (S. 218).

Erst später nennt Pichl – in einem Anflug von Differenzierung – die „Kritik an der EU verkürzt" (S. 238), doch er selbst hat einige Seiten vorher zu dieser Verkürzung – durch seinen Fokus auf den ineffizienten Rechtsstaatsmechanismus gegenüber Ungarn und Polen – beigetragen.

Utopie oder Dystopie?

Es bleibt die „Utopie" eines „kommenden" Rechtsstaats (Kap. 6, S. 223 ff.). Das überrascht zunächst, denn Pichl hat, soweit ersichtlich, den (wohl noch) existierenden Rechtsstaat weder abgeschafft noch für überholt oder überwunden erklärt. Tatsächlich scheint es ihm auch weniger um einen zukünftigen Rechtsstaat als vielmehr um eine Änderung der Herrschaftsverhältnisse durch eine „sozialistische" (S. 229, 240) bzw. „sozialökologische" Transformation (S. 243), die durch gesellschaftliche Bündnisse und Allianzen erreicht werden soll, zu gehen. Das ist alles nicht neu – teilweise erinnert es an die Diskussion der 1960er Jahre – und hat allenfalls indirekt mit dem Rechtsstaat zu tun. Es ist auch bemerkenswert, dass eine Schrift, die den Vorwurf der Theorielosigkeit erhebt, selbst mit dem antiautoritären Argumentenbaukasten des reformierten Sozialismus der Mitte des 20. Jahrhunderts aufwartet und von neueren rechtswissenschaftlichen Debatten über rule of law und Sicherheitspolitiken nur in Aperçus Notiz nimmt.

Wie dem auch sei, Pichls „Utopie" ist so allgemein und diffus, dass man keine Sorge haben muss, dass daraus irgendwann einmal Realität – oder gar eine Dystopie – werden wird. Es soll wohl die Hoffnung auf einen kommenden Rechtsstaat geweckt werden, der über den existierenden Rechtsstaat – kraft neuer Herrschaftsverhältnisse – hinausgehen wird.

Fazit: Third mission at its best?

Pichls Anliegen verdient, wie schon eingangs gesagt, Sympathie, denn der Rechtsstaatsbegriff wird zunehmend zum sicherheitspolitischen Kampfbegriff, um Härte gegen vermeintliche Straftäter (rechtsstaatlich) zu legitimieren, vor allem gegen solche mit Migrationshintergrund, ja sogar protestierende Dissidenten (man denke nur an die sog. pro-palästinensischen Proteste, s. hier, und den inzwischen berühmt-berüchtigte Slogan „From the River to the Sea …", s. Ambos). Pichl verdient auch Lob für das Bemühen, einen lesbaren Text für Nicht-Fachleute (nicht Jurist:innen) geschrieben zu haben, eine heute durchaus erwünschte Vermittlungsleistung gerade von Wissenschaftler:innen traditioneller Universitäten.

Die Grenze zwischen dieser sog. Third Mission, die jedenfalls wissenschaftlichen Maßstäben zu genügen hat, und unwissenschaftlichem Aktivismus ist allerdings fließend und Pichl überschreitet sie häufig zu Lasten der Wissenschaftlichkeit. Leser:innen und Rezensent:innen ohne wissenschaftlichen Anspruch mögen das als Vorteil ansehen,[38] aus Sicht einer ergebnisoffenen Wissenschaftlichkeit muss es aber, wie hier dargelegt, Kritik hervorrufen. Es hat ihm sogar den Vorwurf eines manichäischen Weltbilds eingebracht (Pawlik, FAZ, 28.5.24, 10). Das mag man seinerseits für überzogen halten (ebenso wie die vernichtende Kritik Pawliks, dass ein solches Buch „überflüssig" sei), jedenfalls verstellt fehlende Objektivität und Differenziertheit aber den Blick auf die Komplexität eines Problems und kann der „Komplexität der Wirklichkeit" (Pawlik, a.a.O.) damit letztlich nicht gerecht werden. Konkret: Wer die Gefahr für den Rechtsstaat durch autoritären Extremismus nur von rechts sieht, verstrickt sich in Wertungswidersprüche und erweist dem Rechtsstaat einen Bärendienst. Denn einseitige, undifferenzierte und übertriebene Kritik erlaubt den Rechtsstaatsfeinden sich zu vermeintlichen Opfern politischer Verfolgung zu stilisieren („witchhunt") und trägt letztlich zu ihrer Immunisierung gegen berechtigte und notwendige Kritik bei.

Ich danke meinem Göttinger Kollegen Florian Meinel für wichtige Anregungen.

9.1.2024 („effective overall control"als entscheidendes Kriterium).

[38] Siehe zum Beispiel hier, wo die Unwissenschaftlichkeit der Schrift sogar positiv hervorgehoben wird. Positiv auch (aber überwiegend referierend) Feltes, Polizei-Newsletter, 18.5.2024.

Petra Bárd

Aristotle in the Commission

Seven Steps to Enhance the Commission's Annual Rule of Law Report

doi: 10.59704/7d7bda3ac75df636

Today, the European Commission issued its fifth Annual Rule of Law Report (ARoLR). While this monitoring exercise has come a long way and has been significantly improved, the rule of law backsliding remains one of the most pressing issues of the EU. Based on our report co-authored with Professor Pech in 2021, in the following I present seven recommendations how to improve the Commission's monitoring exercise. At the core lies a differentiation between a democracy and a hybrid regime. Once a Member State qualifies as the latter, it must be treated accordingly.

Monitoring should be based on the principle of equal treatment of the Member States. But once a methodologically correct and equal scrutiny leads to the conclusion that there are qualitative differences between Member States with regard to their regime types – something that has long been acknowledged by the European Parliament when declaring Hungary to be a hybrid regime of electoral autocracy – this must lead to differences in monitoring and enforcement. The proposed differentiation does not require anything extraordinary from the Commission, but to follow Aristotle's idea, that "equals should be treated equally and unequals unequally in proportion to their inequality." (Politics, Book III, Part IX) Aristotle's wisdom should have consequences for the ARoLR's use, methodology, and the actual enforcement of country specific recommendations.

A monitoring exercise

The ARoLR is a monitoring exercise and should not be oversold as a rule of law enforcement tool. It is important to highlight this to counter the narrative of politicians, such as Ursula von der Leyen, who infamously referred to the ARoLR when first introduced as a "starting point… to ensure there is no backsliding." This statement came after a decade of systemic dismantling of the rule of law in Hungary, five years in Poland, and similar actions by Bulgaria and other Member States.

I am not going to address the question, whether the ARoLR has been introduced to the detriment of the Commission's enforcement powers, disproportionately consuming its limited resources. This has been done elegantly and entertainingly by scholars, such as Professors Pech and Kelemen. All I say is that the ARoLR is a monitoring exercise, whereas monitoring is a precondition before any enforcement. Given the political realities, it seems that the ARoLR will continue to serve as the primary monitoring tool, despite alternative suggestions by the EP.

My recommendation is to harmonise the ARoLR with other monitoring tools in order to save resources and avoid potentially conflicting outcomes. Moreover, it should be acknowledged that the ARoLR is a dialogue-based exercise (Cf. Ursula von der Leyen on "dialogue always comes first"), which only works well with the Member States acting in good faith, but is entirely useless with regard to hybrid regimes.

Extending the scope of monitoring to the core values

The ARoLR features an introductory "umbrella" report and 27 country chapters focusing on justice systems, anti-corruption, media pluralism, and checks and balances. This year, for the first time, four chapters from enlargement countries, Albania, Montenegro, North Macedonia and Serbia have been added. Expanding this scope to include the three core values enshrined in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU), democracy, the rule of law, and fundamental rights, would be beneficial. A judicial decline, a hard core rule of law issue for example impacts fundamental rights, as compromised courts cannot ensure fair trial rights or protect minorities against majoritarian governments. Also, free and fair elections are a cornerstone of democracy, necessitating the protection of human rights such as freedom of expression, access to information, and a free, pluralistic media. Failure to meet basic election standards indicates a state's deficiency in even the most fundamental aspects of the rule of law.

In the short term, it is essential to acknowledge the vi-

tal role civil society organizations play in upholding the rule of law. One should include in the ARoLR a chapter on civil societies and their role and contributions in maintaining democratic standards and fostering accountability.

Involvement of experts

Appointing an expert panel for monitoring, similar to the Network of Experts on Fundamental Rights, would mitigate accusations of political bias and ensure objective assessments. The current ARoLR language often normalizes threats and violations due to its diplomatic tone. An expert panel would enhance credibility and thoroughness.

The ARoLR frequently uses excessively soft, diplomatic, toned-down language. This and the lack of alignment between the devastating findings and country-specific recommendations suggest significant editorial (political) influence, diminishing the impact of the findings during the multi-level editing process within the Commission.

The Commission's self-proclaimed status as a political and geopolitical entity invites criticism that omitting certain sensitive issues, as well as the negative findings may be politically motivated – in the latter case the Commission is blamed for punishing countries for differing political agendas. To mitigate accusations of political retaliation and ensure a more objective assessment of rule of law issues, it would be beneficial to involve an expert panel in the monitoring process.

In the short term, considering the political realities and the Commission's repeated rejection of outsourcing the task to experts, an expert panel could be set up to at least assist the Commission. This panel would enhance the credibility and objectivity of the monitoring process.

Different benchmarks for different regime types

Implementing qualitative and contextual assessments reflecting the varied rule of law conditions among the Member States is essential. Unequal situations should be treated unequally with tailored benchmarks differentiating between hybrid regimes and democracies. For instance, while the digitalization of judgments is beneficial and speeding up litigation is advantageous, these benchmarks do not address the fundamental issue of judicial capture. Without an independent judiciary, the mere digitalization of fast-track decisions cannot undo the deeper problem of court capture.

In the short term, the language of the reports should clearly differentiate between democracies and hybrid regimes. Currently, the language is often too diplomatic, imprecise, and euphemistic. The similar structure, including the bullet pointed recommendations with regard to each Member State, obscures the significant differences between them, inadvertently encouraging whataboutism. It is crucial to use more precise and direct language to accurately reflect the varied conditions and uphold the integrity of the evaluations.

Longitudinal approach

Reports should highlight trends over time, becoming more visible with each edition. By the fifth ARoLR, we can clearly identify resolved issues and those persistently neglected or worsening. Both the European Court of Auditors and the European Parliament insist that the report should highlight positive and negative trends and identify systemic vulnerabilities across the EU. Although the Commission has distinguished between new and ongoing issues, it has yet to present multiannual trends.

In the short term, the Commission should incorporate an Article 7 TEU state of play report on the worst rule of law violators, extending its scope to include compliance with milestones and expectations under various conditionality procedures, as well as adherence to European apex court judgments. While the reports currently mention non-enforcement of European Court of Human Rights judgments, they should also cover CJEU judgments – especially since the Commission has the power and obligation to follow up on Luxembourg decisions and can request penalties for non-compliance.

Fitting the ARoLR into the broader rule of law toolbox

Acknowledging the differences between hybrid regimes and democracies is crucial in the use and consequences of the reports. The ARoLR is effective as a dialogue-based exercise with Member States committed to constitutional democracy. In the past, raising certain questions about legislative drafts in the ARoLR has deterred Member States from introducing laws that would potentially have conflicted with the rule of law. In other countries, the national report has sparked public debate.

Engaging in dialogue with bad faith actors who deliberately undermine Article 2 TEU values is, however, futile. The ARoLR, on its own, cannot halt rule of law backsli-

ding. To be truly effective, it must be integrated into the broader EU rule of law toolbox, including robust enforcement mechanisms such as Article 7 procedures, infringements, and conditionality mechanisms. Relevant pieces of EU law, such as the proposal for a Directive on combating corruption is inspired by the findings of the ARoLR, and the ARoLR already references Article 7 and conditionality procedures. The Commission President promised to include a single market dimension. These are certainly positive developments. But legislative and enforcement procedures should channel the ARoLR in a more structured way.

In relation to this point, it may be worth emphasizing that the EU already possesses enough tools to tackle rule of law backsliding. Hence, the problem is rather the insufficient application of the available mechanisms in a scattered, inconsistent and unprincipled manner, or subjecting them to political bargaining and giving in to blackmailing, as it happened with the unfreezing of funds upon Hungarian pressure in December 2023 (shown by Dora Hegedus), despite not having satisfied the respective milestones (proven by Ágnes Kovács, Erika Farkas and András Kádár on this platform). Accordingly, the Commission should be required to explain why it does not trigger the respective rule of law enforcement mechanisms within a reasonable (preferably pre-specified) time) after a devastating finding occurs.

While addressing the issue of sacrificing rule of law scrutiny for political advantages, one may note in passing that the publication of the 2024 ARoLR, initially scheduled for 3 July 2024, was significantly delayed. This delay was attributed to Ursula von der Leyen's efforts to secure Italian Prime Minister Giorgia Meloni's support for her second term as Commission President, as the ARoLR's devastating findings on the state of Italian media freedom would have jeopardized her mission. (For dubious deals made before her first term, see my VerfBlog post.)

In addition to sanctions, other legal consequences could also be attached to the ARoLR's negative findings. For example, in the mutual trust domain, mutual recognition-based laws could be suspended until the Commission finds in the next cycle that trust has been restored regarding Article 2 TEU values. This would have the advantage of being a regular exercise instead of the current practice of suspending mutual trust-based laws on a case-by-case basis. The EU would not be so dependent on external players, such as the Council of Europe, in determining systemic problems in the mutual trust domain. Finally, the EU should take the lead in rule of law and human rights matters by setting higher standards than the Council of Europe.

In the short term, the country-specific recommendations introduced in 2022 should be regularly followed up by an external entity to ensure impartiality. The Commission contends in the 2023 report that almost 65% of the country-specific recommendations of 2022 have been followed up, which Laurent Pech, Anna Wójcik, and Patryk Wachowiec warn us, "must be taken with a large pinch of salt as it is not backed up by any evidence, nor is it accompanied by any methodological explanations", nor do we know what "some progress" means. A neutral expert panel would be better suited to assess the impact of the Commission's exercise than the Commission itself.

Introducing an EU chapter

To enhance the ARoLR, I recommend that the EU itself should be monitored as to its commitment to the rule of law. Accordingly, the ARoLR should have an additional chapter dedicated to the practices of the EU's institutions itself. The introduction of this new EU chapter could be drafted by the EU Fundamental Rights Agency or a network of academic experts. The EU faces challenges such as corruption scandals within its institutions, inconsistent interpretations of judicial independence, mass and severe human rights abuses, including deaths at external borders, and the failure to accede to the European Convention on Human Rights. Given the Hungarian Presidency's track record, it may be counterproductive that they have taken up this proposal we have long been advocating in the Presidency Program. However one may view Hungary holding the Council Presidency, following this recommendation and addressing EU-level deficiencies head-on will bolster the ARoLR's legitimacy and effectiveness. Scholars at the CEU Democracy Institute in Budapest are already putting together an alternative report on the EU's commitment to its own rights and principles. The Commission should only follow their lead.[1]

[1] This blog post is based on a talk delivered at an Interparliamentary Committee Meeting in the European Parliament on the situation of the Rule of Law in the EU on the 4 December 2023 in Brussels, and a presentation at the ICON·S 2024 annual conference on the 10 July 2024 in Madrid. The author is thankful for all the feedback.

Radosveta Vassileva

Bulgaria's Constitutional Drama and the EU Commission's Rose-Colored Glasses

doi: 10.59704/f8ab8d794882e79f

On 26 July 2024, Bulgaria's Constitutional Court declared a significant part of constitutional amendments enacted in December 2023 unconstitutional. These amendments were part of a rushed constitutional reform which was supposed to address persistent rule of law challenges in the country, such as the excessive powers of the Prosecutor's Office and the politicization of the Supreme Judicial Council. The judgment was handed down only two days after the EU Commission commended Bulgaria for this reform in the country's annual Rule of Law report. Some politicians behind the reform quickly launched a campaign against the majority which delivered the judgment, leveraging the Rule of Law report. Hristo Ivanov, former leader of the "Yes, Bulgaria" party, accused the court of protecting the "prosecutorial republic". Atanas Slavov, minister of justice (2023-2024), claims that the court has engaged in "constitutional esotericism". Kiril Petkov, former prime minister and co-leader of the "We'll Continue the Change" party, declared on social media that "the captured state wants the lack of justice to continue" and named and shamed the nine judges who voted in favor of this decision, implying that they were servants of the establishment.

Despite the political uproar, a close reading of the actual text of the legal reasoning in Decision 13 of 26 July 2024 on constitutional case 1/2024 shows that the majority had serious concerns about pathways for political meddling in the justice system introduced by the reform, the removal of checks and balances ensuring the protection of human rights, and the poor quality of drafting, which could lead to legal uncertainty. Moreover, in passing, the majority has subtly indicated what could be changed in legislation to achieve the desired results without long-term constitutional damage. Overall, the drama in Bulgaria, including its timing, raises concerns about why the EU Commission recognizes half-baked, ill-written constitutional reforms as progress without analysis of their substantive merit in context.

Bulgaria's prosecutorial republic and the good intentions behind the reform

For those following Bulgaria's rule of law crisis and the case law of the European Court of Human Rights on Bulgaria, there is hardly any doubt that the key threat to the rule of law is the particular status of the Prosecutor's Office, which lacks proper checks and balances and has a vertical structure where all decisions depend on the General Prosecutor whose influence extends to the judiciary. This state of affairs stems from the communist era when the court acted as a mere rubber stamp for the prosecution. Moreover, the Prosecutor's Office is technically a political puppet due to the behind-the-scenes dependencies at the Supreme Judicial Council (SJC), which is responsible for the appointment and promotion of all magistrates (judges, prosecutors, and investigators). (See here, here and here).

There is also little doubt that the main intention behind the December 2023 constitutional reform was to decentralize the Prosecutor's Office through reforms of the institution itself and the SJC. However, in the fall of 2023, the drafters ignored critics pinpointing key flaws of the reform and failed to consult jurists with in-depth expertise in criminal law. To this end, the outcome in Decision 13 is unsurprising: it may even have prevented further galvanization and politicization of the "prosecutorial republic".

Key flaws of the reform identified by the Constitutional Court

While the Constitution is the supreme law of Bulgaria (Article 5(1) of the Constitution) and the Constitutional Court does not need to resort to international law and persuasive reports to substantiate its arguments, it is certainly notable that some of the key flaws identified by the court have already been flagged by the Venice Commission:

The reform formalized the political meddling in the Prosecutor's Office

One major change introduced by the December 2023 amendments was dividing the SJC into two separate, independent bodies – the Supreme Judicial Council and the Supreme Prosecutorial Council. Prior to the amendments, the SJC had two colleges – a Prosecutorial College and a Judicial College. The Prosecutorial College was composed of eleven members: the General Prosecutor (*ex officio*), four prosecutors and one investigator elected by their respective general assemblies, and five members elected by parliament. In this setup, the General Prosecutor technically controls the majority in the college and the so-called prosecutorial quota usually votes *en bloc*. However, the sad reality is that political influence behind-the-scenes was channeled through both quotas.

Following the December 2023 amendments, the Supreme Prosecutorial Council has ten members: the General Prosecutor (*ex officio*), two prosecutors and one investigator elected by their respective general assemblies, and six members elected by parliament (see Article 130 and subsequent of the amended Constitution). In this setup, the so-called political quota holds the majority. These seemingly cosmetic changes exacerbate a long-standing threat to the rule of law by formalizing political meddling in the council's work, giving precedence to the quota elected by the current political majority.

Bulgaria's Constitutional Court held that the 2023 amendment placed "the administration of the 'prosecution system' under the direct control of a situational political majority that formed the council", which violated the separation of powers (p. 71 of the judgment).

It is important to note that in its October 2023 Opinion on the Draft Amendments to the Constitution, the Venice Commission recommended regarding the Supreme Prosecutorial Council "…reconsidering the composition of the Prosecutorial Council, so as to ensure the accountability and the effectiveness of the prosecution service while at the same time excluding the control of this institution by the political majority of the day" (CDL-AD(2023)039, paras 71, 125 and 126). Moreover, in view of the requirement for election of the political quota in both the Supreme Judicial Council and the Supreme Prosecutorial Council with a 2/3 majority in parliament, the Venice Commission called for the establishment of an anti-deadlock mechanism for both elections (CDL-AD(2023)039, paras 50, 123 and 130).

This serious criticism was ignored by the drafters of the amendments. Even more disappointing is the fact that the EU Commission, in its 2024 Rule of Law Report on Bulgaria, asserted right after commenting on the composition of the Supreme Prosecutorial Council: "Before adopting the reform, the authorities consulted the Venice Commission, which confirmed that this composition of the SJC is in line with previous Venice Commission recommendations and with the established standard" (Rule of Law Report, p. 8). A reader who has not read the Venice Commission's opinion may be misled to believe that Bulgaria has followed all its recommendations, while this is clearly not the case. Moreover, in a small footnote, the EU Commission expresses satisfaction that an anti-deadlock mechanism will allegedly be introduced in legislation in the future (footnote 55, page 8), disregarding the possibility that it could easily be struck down as anti-constitutional if it is not in the text of the Constitution itself or that it may not be enacted at all.

Promoting Prosecutorial Arbitrariness

A second major change introduced by the 2023 constitutional reform is an attempt to decentralize the Prosecutor's Office. Before the reform, Article 126(2) stated: "The General Prosecutor exercises supervision over the control of legality and methodological guidance over the activity of all prosecutors". Following the amendments, Article 126(2) stipulated: "The General Prosecutor represents the prosecution and administers the Supreme Prosecutio". Article 126(3) stated: "Upon the proposal of the Supreme Prosecution, the General Prosecutor approves general methodological guidance for pre-trial investigations by prosecutors, investigators and other investigative bodies which can be appealed before the Supreme Administrative Court according to a procedure established by law".

The majority at the Constitutional Court struck out both provisions on the grounds that the country's general assembly (parliament) had exceeded its competence, citing its own case law discussing the difference between a simple national assembly and a grand national assembly (on the difference, see here; see pages 51-54 of judgment). However, in passing, they made important findings highlighting the poor quality of drafting and some practical implications of the amendments.

First, the majority concurred: "Without the oversight of legality exercised by the General Prosecutor, many of

the prosecutorial acts would remain without any control, considering that the majority of them are not subject to judicial review" (p. 52 of judgment). In a diplomatic way, the judges remind politicians where the main rule of law challenge lies. Removing the General Prosecutor's control of legality would further reduce checks and balances in an already deficient system. This makes one wonder why no other form of review was introduced by the drafters. Needless to say, the main pieces of legislation strengthening the already palpable prosecutorial arbitrariness are the Code of Criminal Procedure and the Law on the Judiciary.

Second, regarding the methodological guidance, the majority stresses that since the General Prosecutor has been designated as the administrator of only the Supreme Prosecution, his guidance can only be binding on them. Hence, "[t]he lack of general commitment of all prosecutors to fulfill the methodological instructions of the General Prosecutor is a prerequisite for contradictory prosecutorial practice…" (p. 53 of judgment). Considering that all of this would be happening in the absence of judicial review, this promotes prosecutorial arbitrariness.

In this light, in its Opinion on the Draft Amendments to the Constitution of October 2023, the Venice Commission similarly highlighted the potential consequences of insufficient guidance: "The absence of methodological guidance would create a situation where prosecutors behave inconsistently with one another and where different prosecutors argue for opposing interpretations of the law…" (CDL-AD(2023)039, para 82).

From this perspective, it is surprising why the EU Commission did not see how these amendments are, in fact, a ticking bomb, given the context and its extensive experience of monitoring Bulgaria, including under the Cooperation and Verification Mechanism (see page 4-5 of Bulgaria's 2024 Rule of Law Report).

The future of Bulgaria's rule of law and the EU Commission's rose-colored glasses

The outcome in Decision 13 of 26 July 2024 may seem disappointing to those hoping to address the fifteen-year-long rule of law crisis in Bulgaria. However, it is important to remember that a poorly conceived reform can be as detrimental as no reform at all. Numerous comments made by the majority in passing suggest that some long-standing issues could be resolved through changes in legislation rather than constitutional amendments. A good start may be a reform of the Code of Criminal Procedure, which is the true yet ignored source and anchor of all excessive powers of the Prosecutor's Office and which fails to respect the principle of equality of arms in criminal proceedings. Moreover, some comments may be used to strengthen future proposals for constitutional reform.

Finally, according to Dictionary.com, "rose-colored glasses" refers to "a cheerful or optimistic view of things, usually without valid basis". With regard to Bulgaria, the EU Commission has a long history of seeing progress when the rule of law was under assault or when efforts were made irrespective of the substantive quality of reform via the Cooperation and Verification Mechanism (see here and here). Sadly, in the Rule of Law reports, the EU Commission continues to make seemingly politically motivated decisions and to display dual standards, thus fueling rather than curtailing the rule of law crisis in Bulgaria.

Benedetta Lobina

Breaking Bad all'Italiana

The EU Commission's Assessment of Italy in the 2024 Annual Rule of Law Report

doi: 10.59704/08c08882523202b8

The EU Commission's Annual Rule of Law Report for the year 2024 was officially published on 24 July 2024, after a controversial postponement from the previously scheduled date of 3 July. The delay was speculated to have been motivated by the need to avoid rifts with national governments ahead of the Commission president's election. In particular, it was widely reported that the main culprit was the Report's supposedly damning assessment of Italy's media landscape, at a time in which its Prime Minister Giorgia Meloni was being courted by Ursula von der Leyen to secure her not-so-certain re-election bid, elevating her to Europe's (apparent) "kingmaker".

Only a few weeks later, after momentous events including the birth of a new far-right EP group that surpassed the numbers of Meloni's European Conservatives and Reformist group and von der Leyen's confirmation without her support, the Annual Rule of Law Report (ARoLR) is finally out. So, how critical has the Commission really dared being, especially in the face of extensive and contentious reforms, *vis-à-vis* one of its oldest and largest member states? Or did it ultimately go easy on Meloni for political reasons (like it has in previous years when dealing with backsliders like Hungary and Poland)?

Should we even care about the ARoLR anymore?

A lot can and indeed has been said about the design flaws of the ARoLR and the Commission's use of euphemistic language to appease national governments that clearly fall short of their democracy and rule of law commitments under EU law. The case of Italy, however, is different compared to the likes of Hungary and Poland, which had started their autocratic turn before the ARoLR was inaugurated in 2020. In the first place, while backsliding is no longer a remote possibility in Italy unless a major trend reversal occurs, it has not fully come to pass yet, mostly thanks to the existence of more resilient checks and balances. Secondly, the EU's rule of law toolbox has been strengthened (albeit underutilised) over the years, providing mechanisms such as budget conditionality related to judicial independence and anti-corruption efforts, as well as the new Media Freedom Act and the Anti-SLAPP Directive aimed at protecting national civic spaces from attacks from their own governments. In this sense, as a periodic assessment and monitoring exercise, the ARoLR has the potential to provide an authoritative basis for prompt and comprehensive intervention on the part of the Commission – that is to say, if it is not hijacked for political purposes (which has apparently happened once again this year, as strongly denounced by the Romanian Judges' Forum Association). Considering that the 2024 ARoLR was reportedly initially "buried" for "slamming Italy", it is valuable to break down what exactly it said (and did not say) about the declining state of the rule of law in the country, and whether it can in any way contribute to its improvement.

Quo vadis, Italia?

As I documented here, the first full year and a half of the Meloni government (effectively the same timeframe evaluated by the 2024 ARoLR) saw a vast number of reforms in key areas related to the rule of law, several of which also fall under the Report's four pillars: the justice system, the anti-corruption framework, media freedom, and other checks and balances. However, most of them failed to show satisfactory progress in line with the recommendations issued by the Commission last year, including no improvements in lobbying regulation, transparency in the system of political donations, defamation law, protection of journalists, and efforts to establish a National Human Rights Institution. The only positive notes were some further progress in the digitalisation of the criminal court system and in the adoption of conflict of interests rules.

Moreover, the Commission highlighted a series of worrying new developments across all areas covered by the report. Despite the seemingly high level of support that Giorgia Meloni enjoys, public perception over judicial independence and corruption is negative and conti-

nues to decline, in part due to the legislative amendments put forward in the past year. A draft constitutional reform to separate the careers of judges and prosecutors, which raises concerns over potential politicization of the latter, and another seeking to establish a High Disciplinary Court, reminiscent of the Polish and Romanian disciplinary regimes for judges already at the centre of CJEU and ECtHR jurisprudence, are two of the most prominent red flags with regard to the justice system, although they will have to go through a long legislative process in order to come into fruition. Moreover, the ARoLR rightfully highlighted the growing trend of public statements critical of the judiciary made by politicians, including government officials.

The anti-corruption framework, on the other hand, has already been weakened by a recently passed law to remove the offence of abuse of public office and to limit the scope of the offence of trading in influence, in a departure from international norms. This is made even worse by proposed amendments to the statute of limitations, including on corruption cases, and by the absence of comprehensive lobbying regulations. While the latter is far from a new development, the lack of progress, together with simultaneous lowering of standards in complementary areas, is highly problematic when it comes to checks and balances, especially in a country with a long history of political corruption and organised crime.

As reported at the eve of the publication, the ARoLR was especially critical of the deteriorating state of media pluralism and media freedom in Italy. The first issue highlighted here was the government's attempts at capturing the public broadcaster, RAI, by reorganising top management positions, reducing its financial autonomy through budget cuts, and changing the rules on equal airtime to effectively grant the government a larger platform in times of elections, like the recent EP and local elections. Although this is already a pretty negative assessment, it is but the tip of the iceberg: censorship of political speech (like the last minute cancellation of a monologue criticising Meloni's party for not repudiating its "post-Fascist past" on the occasion of Italy's liberation day on 25 April), the RAI journalists' union strike in response to proposals to remove fact-checking of government representatives and to air political rallies without journalistic mediation, and attempts by a member of the ruling coalition to acquire the second biggest news agency in the country (AGI), are some of the other notable problems that have dropped Italy five points in the 2024 World Press Freedom Index by Reporters Without Borders (itself relegated to a footnote on the ARoLR, p. 23), which the Commission failed to acknowledge. Moreover, although the Report flags a general lack of improvements in the defamation regime and the prevalence of SLAPPs (Strategic Lawsuits Against Public Participation), it falls short of providing helpful context to correctly represent just how much of a chilling effect these issues have on freedom of expression. Indeed, a 2023 EP study on SLAPPs shows that Italy has the highest number of cases recorded in the EU (25.5% of the total cases), and members of the government, including Prime Minister Meloni herself, regularly use defamation lawsuits – which do not abide by European standards –as an intimidation tool against the press.

In the final pillar of the ARoLR, "other institutional issues related to checks and balances", concerns were raised over attacks to the civic space and violence against demonstrators, the excessive use of governmental decrees that erode the power balance between the executive and legislative branch, and the draft constitutional reform of the government, which would allow for a direct election of the Prime Minister and a shift away from a parliamentary system. Although the Commission pointed out that "stakeholders expressed concerns at the proposed changes to the current system of institutional checks-and-balances, as well as doubts that as to whether it would bring more stability", the analysis could have expanded further on critical issues such as discussion of a new electoral law and the amendments to the election process and role of the President of the Republic (for further discussion on this reform, see previous contributions to this blog here, here, here). Moreover, it fails to make it unequivocally understood that any departure from the rule of law and democracy achieved through this constitutional amendment would constitute a breach of EU law, as per the CJEU's judgment in *Repubblika*.

The paper tiger strikes again

While the 2024 ARoLR may seem surprisingly critical of Italy, that is mostly due to the extremely low expectations associated with this instrument by now. The fact that the Commission did not show deference to one of the founding member states (in contrast to excessive optimism *vis-à-vis* France, for example), does not mean that the ARoLR did not suffer from the pitfalls that have characterised it so far.

The analysis provided by the Report has several blind spots. Ongoing procrastination in the election of Constitutional Court judges, which may lead to court packing (see Caruso and Faraguna), and the rise of neo-fascist movements putting the Italian Constitution's militant democracy clauses to the test, were entirely swept under the rug. Moreover, the exclusion of any mention of respect for human rights with the exception of short paragraphs on the need for a National Human Rights Institution and pending implementation of judgments of the European Court of Human Rights, effectively shielded the Italian government from any scrutiny of its problematic initiatives related to migration and threats to LGBTQI+ rights.

One may argue that the ARoLR is not the time and place to address these issues, but that is only another indictment of its dubious purpose and rigour. And while other monitoring mechanisms are now attached to enforcement mechanisms (like the European Semester being used to freeze funds under the Recovery and Resilience Facility), the ARoLR continues to occupy an awkward position within the EU's growing toolbox. One could only hope that the Commission would use its own findings to seek enforcement through (systemic) infringement proceedings, and arguably, the work done on Italy this year provides a good basis to build a case, before the autocratic consolidation phase kicks in (although Commissioner Jourová's statement that the EU is powerless against abuses to media freedom until the Media Freedom Act comes into force next year suggests that procrastination is going to be the chosen *modus operandi* yet again).

On the other hand, it is hard to imagine Giorgia Meloni will be persuaded to change her ways by the ARoLR's at times critical, at times more conciliatory assessment, which mostly avoided directly pointing the finger at the ruling coalition's responsibility in worsening the state of the rule of law. On the bright side, checks and balances are still strong in Italy – for instance, the proposal to enshrine an extremely questionable "majority prize" into the constitutional reform of the government system was scrapped following parliamentary debate, and the ruling coalition does not hold a large enough majority to amend the Constitution on its own. But if one was to abide by Italian wisdom, whereby *"prevenire è meglio che curare"* ("preventing is better than curing"), the Commission should take this overall sobering evaluation as a wakeup call to consider serious intervention against Italy as soon as possible, at least with regards to media freedom as the most troublesome pillar so far, while standing ready for action should other problematic (read: autocratic) reforms materialise in the near future. And while the ARoLR is unlikely to beat toothlessness allegations anytime soon, the much talked about Italy chapter might at the very least raise awareness of the fact that all is not so well in Rome.

Gloria González Fuster

Proximity, Amicable Settlements, and how the EU Guts GDPR Enforcement

doi: 10.59704/1e4b4138cb310453

The European Union (EU) legislator is working on a new Regulation to modify the General Data Protection Regulation (GDPR). The reform's main aim is to strengthen the GDPR's enforcement by further harmonising the procedures related to "cross-border" personal data processing. One crucial element here is that this harmonisation will affect the handling in Ireland of massive amounts of complaints submitted against "big tech" from individuals all over Europe. The European Commission published a legislative proposal in July 2023, the European Parliament adopted its position after the first reading in April 2024, and the Council agreed on its general approach on 13 June 2024.

Unfortunately, the reform features deeply troubling elements. It seeks to mainstream a controversial Irish approach to dealing with data protection complaints, namely "amicable settlements" that the Irish Data Protection Authority (DPA) can in some cases decide that have been struck between individuals and digital corporations. Those "settlements" are not always to the benefit of data subjects. Further, and rather problematically, the reform foreshadows the end of the principle of proximity, which was a key part of the GDPR's enforcement design. Gutting – or at least eroding – the proximity principle should ring alarm bells for anyone concerned with effective judicial remedies in the EU.

In this blog post I explain why eroding the principle of proximity and further advancing questionable "amicable settlements" by the Irish DPA would be a catastrophe for European data protection law. In short, the legislator should stop both projects – gutting proximity and mainstreaming "amicable settlements" – in the final trilogues.

The principle of proximity allows individuals faced with a GDPR infringement to lodge a complaint with a data protection authority (DPA) of their choice: the authority of the place of the alleged infringement, of their place of work, or of their habitual residence. If the DPA with which they lodged the appeal happens not to be the one competent to take a decision on the case because of the processing's "cross-border" nature, the local authority will forward the complaint, triggering what is known as the "one-stop-shop" procedure. In these situations, it is the DPA of the Member State of the main establishment of the entity that takes the lead in deciding the case. A data subject living in Brussels who has a problem with Instagram, for instance, can lodge a complaint with the Belgian DPA without having to worry about whether Instagram is based in Belgium or not. The Belgian DPA shall know that Meta has its main establishment in Ireland and invite the Irish DPA to lead the path towards a decision on the case.

That is, actually, only one aspect of the principle of proximity. There is a second important element, connected to the broader picture of effective judicial remedies in the GDPR. If a complainant wishes to contest the final DPA decision, they can always take the authority to court in the authority's respective Member State. To prevent a situation whereby a data subject living in Brussels who lodged a complaint with the Belgian DPA would be forced to fly to Dublin to contest a DPA decision that would not satisfy them, the GDPR establishes that if the final decision is to dismiss or reject a complaint, it shall be the local DPA that, formally, adopts it. Then it is possible for the individual to follow up the case locally, in Brussels, because even if the procedure reached Ireland at some point, technically the contested decision will have been taken by the Belgian DPA. Long story short, the principle of proximity seeks to localise proceedings as much as possible.

Localising proceedings was one of the GDPR's main achievements. Years ago, Austrian activist Max Schrems famously had to crowd-fund his journey to Ireland to litigate his data rights. That was generally acknowledged as a significant problem in terms of access to remedies. Not everyone has the time, resources, and skills necessary to defend their data protection rights in an unknown country, and nobody should be forced to do so precisely to fight, as a lone individual on unfamiliar territory, against

some of the largest, most powerful, and data-hungry platforms operating in Europe.

False friends

The special GDPR arrangement allowing data subjects to confidently lodge complaints with the DPA of their choice is now under threat. This is happening in the context of the mainstreaming into EU data protection law of "amicable settlements". This special Irish procedure works as follows: when the Irish DPA is confronted with a complaint, it can take the initiative to contact the entity that allegedly infringed the GDPR to look for a solution, and, in case of positive reaction, eventually informs the complainant of the fact that a solution has been found and that they should thus accept an "amicable resolution". Unless the complainant reacts within a predetermined given time, they are regarded as fully satisfied, and the complaint is then considered formally "withdrawn". The Irish DPA – that is, the Data Protection Commission, DPC – has closed hundreds and hundreds of one-stop-shop cases in this manner since the GPDR became applicable. In 2023, it submitted 229 notifications of "amicable resolutions achieved in cross-border complaints". In contrast, during the same year, in the context of the one-stop-shop it only issued 18 draft decisions and adopted even less final decisions (12 in total).

The DPC has in the past discreetly managed to convince the members of the European Data Protection Board (EDPB) that all this is compatible with the GDPR, by accepting, as a small concession to their peculiar practices, to mark the withdrawal of the complaint by adopting a formal notification. The persistent problem is, however, that – coming back to the example above – this decision to regard the complaint as withdrawn is taken in Ireland, by the Irish DPA, and can only be contested in front of Irish courts.

Thus, if the Irish DPA would, for instance, decide that a complaint I lodged with the Belgian DPA is closed (perhaps because I did not react on time, maybe because I did not understand their language, possibly because I never knew my GDPR rights depended on me opening unsolicited communications from distant authorities), and I would wish to contest the validity of their decision, I would have to travel to Ireland and figure out how to launch proceedings there. Just like in 1998. Just like before the GDPR and the EU Charter of Fundamental Rights.

This creates a situation in which access to data protection remedies depends on the establishment of the data controller or processor. This goes to the disadvantage of every EU-based Meta user who does not live in Ireland, impacting millions of EU residents. We may end up in a situation which basically caters to large digital companies, rather than individuals. If it goes ahead, the reform threatens the credibility and effectiveness of data protection complaints against large social networks. This goes very much against the idea of the digital single market, and further erodes trust in the free flow of personal data. And, de facto, it grants a joker to all US-based companies that have their main establishment in Ireland.

Irish coffee a-go-go

The currently discussed legislative proposal on enforcement by further harmonising the procedures related to "cross-border" personal data processing should put an end to existing ambiguities and problematic developments in DPA practices, and make sure that the GDPR is fully respected. The European Commission fast-tracked its text and published it without even carrying out an impact assessment, arguing that no assessment was necessary because the initiative would not affect the rights of data subjects as set out by the GDPR.

The Council's general approach explicitly endorses the Irish exemption, based on the idea that procedures for "amicable settlements" may just vary depending on national law, which is the ultimate irony for an instrument that is supposed to "further harmonise" the procedures of a Regulation, the GDPR, the objective of which was, and is, full harmonisation of EU data protection law. The European Parliament seems to be completely lost on the whole subject, taking the alternative view that "amicable settlements" would be something that individuals and data controllers negotiate between them. The European Data Protection Supervisor (EDPS) and the EDPB published in September 2023 an Opinion where some concerns did transpire, followed by relatively shy calls for clarifications.

In the GDPR's legislative process it took some time for the legislator to balance the perils of the "one-stop-shop" procedure, finding the best way to protect the interests of data subjects while not over-burdening data controllers and processors. Hopefully also this time, at some point, someone will realise the importance of getting this right.

Jasper van den Boom, Sarah Hinck

ByteDance v. Commission

The EU General Court Has Set First Bars for Gatekeeper Designation Decisions Under the Digital Markets Act

doi: 10.59704/3b28fdb15a47f3dd

The Digital Markets Act (DMA) is a revolutionary tool to regulate EU digital markets, it complements competition law by imposing *ex ante* obligations on the largest digital undertakings. The General Court judgement in the *ByteDance* case was the first test of the limits of this expediated enforcement and resulted in a remarkable win for the Commission. The Court dismissed ByteDance's appeal against the European Commission's decision to designate ByteDance with its social network TikTok as gatekeeper under the DMA. Whether or not a digital platform is considered a gatekeeper is the decisive switch in the DMA framework. Gatekeepers are subject to much stricter scrutiny. The reasoning of the Court shows that the burden of proof is reversed: once the Commission proves that the presumptions the DMA establishes for gatekeeper designations apply, the gatekeeper must submit sufficient evidence to "manifestly call into question" these presumptions. This limitation to the rights of defence in the form of reversed burden of proof and high evidentiary standards is justified as it applies to only a select group consisting of the largest and most powerful undertakings: gatekeepers.

DMA Background

Until the arrival of the DMA, competition in digital markets was largely regulated through competition law. Competition law requires the Commission to engage in complex analyses to define markets, establish anti-competitive effects, and to engage with efficiency justifications raised by the investigated firm. The *ex ante* obligations in the DMA help to expediate enforcement, as these obligations apply towards any designated gatekeeper, allowing the Commission to bypass the lengthy and resource intensive evidentiary burdens associated with competition law by relying on presumptions.

In competition law, at least in antitrust, the starting point for an investigation is a possible infringement of the cartel prohibition or the prohibition of abusing one's dominance. The Commission must then prove that the infringement has taken place in a punitive procedure of quasi-criminal nature. In this procedure, defendants are granted a high level of protection of their rights to a fair trial.

The DMA works differently, as it relies on a system of formalized "designations". Undertakings that provide or operate certain core platform services (as defined in Art. 2(2) DMA) and which have reached a certain size (as defined in Art. 3 DMA) are designated as gatekeepers. To do so, the Commission relies on presumptive, quantitative thresholds set out in Art. 3(2) DMA based on user numbers, turnover and market capitalization Firms that are designated as gatekeepers under the DMA must adhere to all the substantive obligations laid down in Art. 5, 6, 7, 13, 14 and 15 DMA. The Commission does not need to prove that the firm has behaved anti-competitively, nor is designation as gatekeeper punitive in nature. An investigation into a possible infringement of the law only starts when the firm is considered non-compliant with the DMA obligations, which may result in fines or periodic penalty payments.

The judgement in bird's eye view

In the case we discuss here, ByteDance challenged the Commission's assessment that ByteDance can be considered a "gatekeeper" under the DMA for its sizeable TikTok platform. Being designated as gatekeeper triggers the application of a number of obligations in the DMA, which aim to create contestable and fair markets in the digital sector. However, ByteDance's pleas related to their gatekeeper status were dismissed by the General Court. The Court ruled that ByteDance failed to meet the standards of proof required to "manifestly call into question" the presumptions of the quantitative thresholds. We discuss how the Court came to their ruling, and what it means to manifestly call into question, hereunder.

ByteDance's appeal related to its gatekeeper designation under Art. 3 DMA. The Commission found that ByteDance's TikTok platform met the quantitative thresholds under Art. 3(2) DMA. According to the Commission, TikTok has more than 45 million end-users and more than 10.000 business users, a market capitalization of over €75 billion and an annual turnover in the EEA of over €7.5 billion and has met these conditions for three years. Once these quantitative thresholds are met, there is a presumption that the gatekeeper meets the three conditions required for designation laid down in Art. 3(1) DMA: it has a significant impact on the internal market, operates an important gateway for business users to reach end users, and is entrenched (i.e. has been in this position for a significant amount of time). The Commission found the fact that TikTok had achieved these numbers is sufficient to designate TikTok with gatekeeper status.

ByteDance disagreed and tried to raise a number of qualitative arguments to rebut the presumptions. First, ByteDance tried to put forward that it did not meet the quantitative thresholds as TikTok had less than 10.000 business users and generated less than €7.5 billion in the EEA. Instead, most of its users and generated revenue came from China. Here, ByteDance (almost) had a small victory. The Court ruled that while the location of the users does not matter, it does matter where revenue is generated. Thus, the Commission had erred in law, but that this was ultimately inconsequential as the alternative threshold for market capitalization was met. The Court's interpretation of the thresholds as alternatives, rather than having to prove them cumulatively, minimizes burdens on the Commission. And – more interestingly – the Court showed that it will not overturn the Commission's decision on the basis of technical or procedural errors that do not affect the outcome of the decision.

Moving on, even if the quantitative thresholds were considered met, ByteDance tried to rebut the presumptions created by the quantitative thresholds through qualitative arguments as permitted under Art. 3(5) DMA. In essence, ByteDance presented four arguments.

First, ByteDance claimed that it did not have a *significant impact on the internal market*. Byte Dance argued that the TikTok platform did not meet the quantitative thresholds and the relative scale of its activities in the EU is small.

Second, ByteDance considers TikTok not to be an *important gateway*. ByteDance claimed that it does not operate a so-called platform ecosystem and is trying to compete with much larger and more established incumbents such as Meta and Alphabet. Consequently, it should be considered a challenger and not a gatekeeper.

Third, according to ByteDance, TikTok is not *entrenched*. Rather TikTok is, according to its parent company, subject to significant competitive challenges by the much larger incumbents from one side and ambitious market entrants from the other. ByteDance argued its lack of entrenchment would be proven by its user engagement: Users are not locked-in on TikTok and multi-home on different social networks (i.e. use different social networks in parallel), and business users are not reliant on TikTok for advertising strategies.

Fourth, ByteDance also tried to argue that its rights to defence and equal treatment were infringed, as it felt that the Commission had applied a different reasoning for other gatekeepers and had not given ByteDance the chance to bring forward some of its pleas during the gatekeeper designation process.

The Court dismissed all of these pleas – mostly on the basis that ByteDance did not sufficiently prove that these arguments could *manifestly call into question* the presumptions of the quantitative thresholds. This would however be the applicable threshold for the Court to overturn the Commission's designation decisions. ByteDance did not prove the absence of a platform ecosystem, and even if it did, it did not prove that there were disadvantages to not having an ecosystem. The Court noted TikTok's meteoric rise to explain that ByteDance seemingly did not need an ecosystem to be designated as gatekeeper. The Court dismissed ByteDance's arguments on multi-homing as they had not provided proof on the intensity of multi-homing, but only on the numbers of parallel use of social networks. It dismissed ByteDance's pleas on its relative scale to the total market and its competitors as it did not submit evidence related to these statements during the Commission proceeding. Furthermore, the Court followed the Commission's reasoning to find that nothing precluded ByteDance from being both a gatekeeper and a challenger.

Key takeaways from the judgement

In essence, the judgement shows the Court's willingness to confirm the formalized route to gatekeeper designations taken under the DMA, heavily relying on quantitative

thresholds, to achieve swift enforcement and market results on digital platform markets.

As long as the quantitative thresholds are met, this is largely sufficient for the Commission to designate gatekeepers. It does not have to provide elaborate statements or make complex analysis to support their findings or to counter qualitative arguments brought forward by the gatekeeper. For the gatekeeper on the other hand, the bar to challenge the findings of the Commission or rebut the relevance of the quantitative presumptions is set incredibly high. They must manifestly call into question the findings of the Commission by providing sufficient evidence not only to raise doubts but also to create a counterfactual. Moreover, it is insufficient to prove that the Commission has erred in law or made technical errors with respect to some parts of the judgement – unless there are indications that the error in law would or could have led to a different outcome.

The high evidentiary burdens and limitations to the gatekeeper's rights of defence are justifiable for a number of reasons: First, designation decisions are not punitive, but rather administrative. As such, there is more leeway in the scope of protection of the defendants' rights than there is in quasi-criminal proceedings. Second, effective enforcement of EU law vis-à-vis large digital platforms demands a pragmatic approach to evidentiary burdens – the DMA was created to overcome the shortcomings of competition law in this regard. Third, the scope of the DMA is limited to the most powerful undertakings, namely digital gatekeepers. These firms have the resources and expertise necessary to collect counter-evidence and to challenge Commission decisions in great detail. As such, setting a higher bar for these undertakings is justified as they have access to equal or greater resources than the Commission in litigating decisions under the DMA. Irrespective of which implicit justification has led to the decision of the Court, the *ByteDance*-judgement has made it clear that gatekeepers that want to challenge the DMA presumptions will have to back up their claims. The General Court has sent a signal to gatekeepers: if you want to bring a case, prove it, or lose it.

Andrew Duff

Putting the Record Straight About the Spitzenkandidaten

doi: 10.59704/9f2928f79726cb1f

In the last few weeks, a great deal of nonsense has been said about the concept of the *Spitzenkandidat*. Some accuse the European Parliament of a power grab, subrogating the lawful role of the European Council in choosing the new Commission President. Others trivialise the role of the Parliament and doubt the democratic credentials of the process. Many believe that the candidate must always be drawn from the largest party come what may. All these assertions are wrong. As someone who worked on these questions in the drafting of the Lisbon Treaty and the author of two seminal reports of the European Parliament, I am moved to comment.

In the elections of 2009, with the Treaty of Lisbon in sight, the Young European Federalists (JEF) launched a campaign teasing the political parties over "Who's Your Candidate?". The entry into force of the new Treaty on European Union then changed the constitutive process for the better. Article 17(7) TEU, now famously, laid down:

> "Taking into account the elections to the European Parliament and after having held the appropriate consultations, the European Council, acting by a qualified majority, shall propose to the European Parliament a candidate for President of the Commission."

Declaration 11 of the Treaty of Lisbon was added to emphasise that the Parliament and European Council are "jointly responsible for the smooth running of the process" of electing the Commission President. It foresees "necessary consultations" between the two institutions that "will focus on the backgrounds of the candidates ... taking account of the elections".[1]

The first official outing of the *Spitzenkandidaten* was in 2012 when Parliament's Constitutional Affairs Committee (AFCO) decided to react to the defeat of my earlier proposal to install a pan-European constituency for which a certain portion of MEPs would be elected from transnational party lists (headed by top candidates). By way of a fall back from that more advanced – and still unfulfilled – ambition, Parliament resolved as follows:

> "Urges the European political parties to nominate candidates for the Presidency of the Commission and expects those candidates to play a leading role in the parliamentary electoral campaign, in particular by personally presenting their programme in all Member States of the Union; stresses the importance of reinforcing the political legitimacy of both Parliament and the Commission by connecting their respective elections more directly to the choice of the voters."

The following July, Parliament voted through another Duff report on improving the practical arrangements for the holding of the 2014 elections. Recommendations were made on gender balance, the use of the emblems of the EU level political parties, publicity campaigns, and rules to encourage EU citizens resident in Member States other than their own to vote and stand as candidates (consistent with Article 22(2) TFEU).[3] Quite properly, AFCO sought to reflect the letter and the spirit of the Treaty of Lisbon, whose first electoral trial this was to be. Paragraph 15 of Parliament's 2013 resolution said:

> "Expects that, in this process, the candidate for Commission President put forward by the European political party that wins the most seats in the Parliament will be the first to be considered, with a view to ascertaining his or her ability to secure the support of the necessary absolute majority in Parliament."

[1] The Declaration adds: "The arrangements for such consultations may be determined, in due course, by common accord". Which they have never been. The Framework Agreement between the Commission and Parliament is silent on the post-elections process; OJ L 45, 17-02-18.

Note that we expected the political parties to choose champions for their electoral campaigns who would be eligible for nomination as Commission President. Nowhere was any reference made to an automatic right of the largest party to assume the election of its *Spitzenkandidat*. There has never been a formal or informal agreement to that effect: indeed, the smaller political groups would be mad to have done so. The agreed proposal was that the champion of the largest party, who may or may not have been a candidate themselves to become an MEP, should merely be "*the first to be considered*" by the European Council. This indeed was the case in 2019, when the heads of government first considered, then dismissed Manfred Weber, the top candidate of the European People's Party (EPP).

We also know that the authors of the Treaty of Lisbon foresaw the possibility that the European Council's candidate might not be elected by the Parliament, where an absolute and not a simple majority is required. This time, therefore, Ursula von der Leyen needs 361 positive votes: abstentions are unhelpful to her. Should she fail to meet the threshold in the plenary vote on 18 July, the European Council will have one month to come up with an alternative nomination – who may or may not be from the EPP. In such circumstances there will be a political crisis, indeed, but not a constitutional one.

Despite complaints from Council quarters that Parliament is seeking to subvert the Treaty of Lisbon by arrogating to itself the right to nominate the Commission President, this is not the case. The Brussels-based media have swallowed a less than full and ultimately misleading version of the *Spitzenkandidat* process. The fact is that the election of the Commission President is a joint endeavour between Parliament and the Council, democratically legitimate, and fully in conformity with EU law.

Justine Batura

A Union of Equality?

Recommendations for the Newly Elected President of the EU Commission

doi: 10.59704/fc66eaaff4ad9103

Last Thursday, Ursula von der Leyen, the new – and former – President of the EU Commission was elected by the European Parliament. In a speech in Strasbourg before the vote, von der Leyen presented the "Political Guidelines for the next European Commission 2024-2029", her ideas and priorities for the coming mandate. While her agenda for the outgoing 2019-2024 mandate had a far more enthusiastic title, "A Union that strives for more", von der Leyen has now decided to appeal for the coming mandate to all democrats under the title "Europe's choice". She points out how essential it is that the "democratic centre in Europe holds". In order to achieve this goal, the democratic centre must, in her opinion, "live up to the scale of the concerns and the challenges that people face in their lives" (EU Commission, p. 3). With the increasing support for parties that seek to restrict women's and minorities' rights, and the growing influence of anti-feminist movements in Europe, the promotion of gender equality is a pressing concern and challenge.

This blogpost will examine whether the Political Guidelines 2024-2029 are living up to the scale of these gender-related concerns and challenges, as Ursula von der Leyen promises. It identifies a shift in tone in the Commission's pledges to promoting gender equality and outlines some proposals that the German Women Lawyers Association (djb) has advanced in order to help tackle these challenges.

What progress has been made towards the aspired "Union of Equality"?

In terms of her gender-related plans, Ursula von der Leyen's Political Guidelines for her first mandate from 2019-2024 were very ambitious, firm in tone ("I will accept nothing less") and prominent in their word count. Indeed, Ursula von der Leyen has been rather successful at advancing gender policies and the progress has been praised by feminist civil society, especially for the Commission's *Gender Equality Strategy 2020-2025*. For example, the EU has achieved milestones such as the Violence against Women Directive or the EU's accession to the Istanbul Convention. With the aim of empowering women in the labour market, the EU has adopted the Pay Transparency Directive and the Women on Boards Directive.

Despite these undoubtable and necessary achievements, there is still a long way to go to achieve the aspired "Union of Equality." As the djb has constantly pointed out, national and European laws and policies are still perpetuating and reinforcing existing inequalities. Not all the objectives of the expiring *Gender Equality Strategy 2020-2025* have been achieved, which adds to the gaps the strategy already had from the outset. As a matter of fact, gender-based violence is still very much a brutal reality, in real life and in the digital sphere. The list of "gender gap terms" – such as Gender Pay Gap, Gender Care Gap, Gender Pension Gap – continues to grow due to the rise in these gender-specific inequalities. In addition, anti-feminist movements are exerting a significant influence on European lawmakers and jurisprudence.

Are the Political Guidelines 2024-2029 up to the challenge?

Now, the crucial question is whether the Commission is sufficiently prepared with its new Political Guidelines to meet the challenges ahead. The political scene in 2024 is completely different from that at the beginning of Ursula von der Leyen's mandate. In the European Parliament, parties have gained support that challenge the rule of law and democracy and seek to systematically restrict the rights of women and other marginalised groups. And the wars in Ukraine and Gaza are very much on people's minds. It is fitting that Ursula von der Leyen introduces her Political Guidelines 2024-2029 by referring to the "era of anxiety and uncertainty" in which we are currently living (EU Commission, p. 3).

In the context of her pledges for a "Union of Equality" (EU Commission, p. 20), she mentions the most pressing gender-related challenges in the guidelines and her speech, namely the strengthening of women's rights, the

fight against gender-based violence and the empowerment of women in politics and on the labour market. This shows that gender equality remains high on von der Leyen's list of priority.

However, there is an unmistakeable change in tone. Not only has this section been halved in terms of word count since 2019, but the demands have also become more general and less ambitious. The announcement of re-appointing a Gender Equality Commissioner and updating the strategies on LGBTIQ equality, gender equality and anti-racism that expire in 2025 are very important, but also unsurprising and hardly innovative steps. The only new idea in the forthcoming agenda on gender equality is the Commission's support for the idea of a vague 'Roadmap for Women's Ursula von der Leyen's continued, but rather general commitment to promoting gender equality, it is crucial that her pledges are underpinned by an ambitious and concrete programme for the next mandate.

Recommendations for effectively tackling the challenges on gender equality

The progress made during the last mandate must be consolidated and additional reforms are urgently needed. With the aim of supporting the incoming Commission, the djb has published a catalogue of demands that brings together recommendations for reforms in different areas of law, such as commercial law, criminal law, social security law, public law and digital policy. Among other things, it proposes the adoption of new directives and concrete amendments (for a summary, see the Press Release). It also proposes reforms on horizontal issues affecting all areas of law ("Cross-cutting issues", p. 2 *et seq.*), three of which will be briefly presented by way of example.

First, the incoming EU Commission should prioritise its monitoring efforts on the implementation and enforcement of the so-called "Gender Equality Acquis", the European secondary legislation in the area of gender equality (djb, p. 2). According to its own strategy for an effective enforcement of EU law, the Commission exercises its role as "guardian of the Treaties" by prioritizing and acting firmly on infringements that "obstruct the implementation of important EU policy objectives" (EU Commission, p. 14). Given the strong normative anchoring of gender equality in the Treaties, prioritizing the enforcement of the Gender Equality Acquis is thus an inherent task of the Commission. In exercising this role, the Commission should make full use of its legal instruments and not to shy away from infringement proceedings. In fact, several directives on gender equality have not yet been transposed into national law and many are at risk of being delayed by some Member States (djb, p. 6). These include, in particular, the Violence against Women Directive, the Pay Transparency Directive, the Women on Boards Directive and the Work-Life Balance Directive.

A second recommendation pertains to the Commission's impact assessments when preparing policies and programs. Before proposing new legislation, the Commission analyses the likely economic, social or environmental impact and publishes the assessment. So far, gender aspects have played a rather marginal role in this assessment. Thus, several feminist organisations – as well as the EU's European Institute for Gender Equality (EIGE) – have called on the Commission to carry out a Gender Impact Assessment across the board, in which all proposals are systematically screened for gender needs and impacts (djb, p. 4), ensuring that gender aspects are an integral part of the existing social impact assessments.

A third important cross-cutting issue put forward by civil society concerns the distribution of budgetary resources: the incoming Commission should strive for a comprehensive "Gender Budgeting" (djb, p. 5). This method aims to sensitise all stakeholders to gender equality issues and ensure that the gender perspective is taken into account in budgetary decisions. It involves carrying out a gender assessment of budgets, incorporating a gender perspective at all levels of the budget process and reorganising spending to promote gender equality. For example, a gender-responsive budget recognises elements such as unpaid care work and reprioritises spending to promote equality.

The need for a convincing democratic vision of society

The results of the 2024 European Parliament elections are deeply concerning and highlight the major challenges that the EU and its Member States will face in the coming years. Gender equality is deeply rooted in the EU's fundamental principles and impacts the lives of all EU citizens. The EU institutions, in particular the incoming EU Commission, must counter the anti-democratic and anti-feminist tendencies with a convincing democratic vision of society based on European values and principles.

***

Disclosure: The author is a member of the Expert Group on European and International Law of the German Women Lawyers Association (Deutscher Juristinnenbund, djb), which led the drafting of the catalogue of demands to the incoming EU Commission. The views expressed are solely those of the author and do not necessarily reflect the position of the djb. The author would like to thank Margarete Hofmann, Valentina Chiofalo and Ebru Tuncel for their helpful comments on an earlier draft of this text.

Peter van Elsuwege

How Viktor Orbán Challenges the EU's Common Foreign and Security Policy

doi: 10.59704/da56a3449b491903

Since the start of the Hungarian Presidency of the Council of the European Union (EU), the Hungarian Prime Minister Viktor Orbán pursued an active foreign policy. He went to Kyiv for a meeting with Ukrainian President Volodymyr Zelenskyy, made a surprise visit to Russian President Vladimir Putin in Moscow, attended an informal summit of the Organisation of Turkic States hosted by Ilham Aliyev, President of Azerbaijan, and then flew to Beijing for a meeting with Chinese President Xi Jinping.

Orbán's self-declared "peace diplomacy" illustrates – once more – the challenges surrounding the EU's external representation. He cannot and does not speak on behalf of the EU even though the use of the Hungarian Council Presidency logo may suggest otherwise. His visits are nothing else than an expression of Hungarian national foreign policy. Also in that capacity, however, his actions are problematic in view of Hungary's obligations under the EU's Common Foreign and Security Policy (CFSP).

No role for the Council Presidency

In a reaction to Orbán's visits, both European Council President Charles Michel and High Representative Josep Borrell stressed that the rotating Council Presidency does not represent the European Union. They are right. Article 15, para. 6 TEU explicitly provides that the external representation of the CFSP is the responsibility of the President of the European Council at the Head of State or Government level and of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy at Ministerial level. Article 17, para. 1 TEU further clarifies that the European Commission represents the Union for all non-CFSP competences. The rotating Council Presidency only has an internal representative function, in the sense that it represents the Council in its relations with the other EU institutions, but it plays no formal role at the international stage.

This is an important change introduced with the Treaty of Lisbon. In pre-Lisbon times, the task of representing the Union in CFSP matters was explicitly granted to the Presidency. This was introduced in Article J. 5 of the Maastricht Treaty and later incorporated in ex Article 18 TEU. Accordingly, the EU representation at the highest political level was left to the Head or State of Government of the country holding the rotating presidency. This sometimes led to diplomatic controversies. The most notable example was the behaviour of Italian President Silvio Berlusconi after the November 2003 EU-Russia Summit held in Rome under the at that time Italian Presidency. At the post-summit press conference, Berlusconi defended Russia's attacks on Chechnya and the imprisonment of Mikhail Khodorkovsky, obviously against the official position of the European Union. The institutional revisions introduced with the Treaty of Lisbon aimed to avoid such situations. In order to reinforce the coherence of the EU's external action, the rotating Council Presidency no longer plays a formal role in the external representation of the Union. Hence, it is crystal clear that Viktor Orbán cannot legally represent the EU on the international stage. His visits to Ukraine, Russia, Azerbaijan and China must, therefore, be seen as expressions of Hungarian rather than EU foreign policy.

Foreign policy and the duty of loyalty

Member States are competent to pursue their own foreign policy. Declarations No. 13 and 14 to the Treaty on European Union explicitly provide that the CFSP provisions cannot affect the Member States' powers in foreign affairs. However, this does not imply that the Member States have unlimited freedom to do whatever they want. It is standard case law of the Court of Justice that also in the exercise of their national competences, Member States are required to comply with their obligations deriving from EU law (see e.g. Case C-619/18, para. 52). This principle also applies with respect to the CFSP, which is an integral part of the EU legal order. Despite the special rules and procedures applicable in this field, several EU

Treaty provisions restrain the Member States' actions at the international level. Article 28 (2) TEU specifies that CFSP decisions "*commit the Member States in the positions they adopt and in the conduct of their activity*". Article 29 TEU further provides that "*Member States shall ensure that their national policies conform to the Union positions*." Article 24 (3) TEU further provides that the Member States are under an obligation to "*support the Union's external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity and shall comply with the Union's action in this area. The Member States shall work together to enhance and develop their mutual political solidarity. They shall refrain from any action which is contrary to the interests of the Union or likely to impair its effectiveness as a cohesive force in international relations*." A concrete expression of the loyalty obligation can be found in Article 32 TEU, which *inter alia* provides that "*[b]efore undertaking any action on the international scene or entering into any commitment which could affect the Union's interests, each Member State shall consult the others within the European Council or the Council*".

The CFSP-specific loyalty provisions, which reflect the general duty of sincere cooperation included in Article 4 (3) TEU, reveal the problematic nature of Viktor Orbán's initiatives. With his visit to Moscow, Orbán opposed the EU's position on Russia's war of aggression against Ukraine. This includes the suspension of the remaining political, cultural and scientific cooperation with the Russian authorities. Moreover, Russian President Putin, Foreign Minister Sergei Lavrov and many other Russian government officials are put on the EU's sanctions list. Orbán's participation at the informal meeting of the Organisation of Turkic States was equally problematic. This meeting was also attended by the President of the self-declared "Turkish Republic of Northern Cyprus" (TRNC), Ersin Tatar. The EU only recognises the Republic of Cyprus as a subject of international law and repeatedly expressed its concern about the decision of the Organisation of Turkic States to grant an observer status to the TRNC. According to the minutes of the informal meeting attended by Orbán, the Hungarian Prime Minister did not make any reservations regarding the participation of the TRNC. Finally, it appears that Hungary's unilateral initiatives had not been announced or discussed within the European Council or the Council. Hence, it is obvious that the surprise visits of the Hungarian Prime Minister – which clearly affect the Union's interests and common positions – violate both the wording and spirit of the EU's Common Foreign and Security obligations.

Common Foreign and Security Policy as "lex imperfecta"

It is well established that Member States are bound to respect their EU law duty of sincere cooperation when acting on the international stage. A failure to respect this obligation may lead to infringement actions before the Court of Justice, with the cases of *Commission vs. Greece* and *Commission vs. Sweden* as textbook examples. The question, of course, is to what extent such actions can also be brought in relation to Member States' violations of the EU's Common Foreign and Security Policy. As provided under Article 24 (1) TEU, this policy is subject to "specific rules and procedures" implying – amongst others – a limited jurisdiction for the Court of Justice of the EU. Despite the binding nature of the CFSP provisions, ensuring compliance with those rules is not a straightforward exercise. This is why Advocate General Wahl defined the CFSP as *lex imperfecta*, i.e. *"a law that imposes a duty or prohibits a behaviour but does not provide for any penalty for its infringement"*. For instance, infringement proceedings under Articles 258 to 260 TFEU seem to be excluded for simple breaches of CFSP rules. However, as argued by Christophe Hillion, a Member States' systemic failure to comply with its CFSP obligations may well be regarded as a violation of the general principle of sincere cooperation, enshrined in Article 4 (3) TEU, in the sense that it undermines the attainment of the EU's external action objectives as defined in Article 21 TEU.

Finally, under Article 24 (3) TEU, the Council and the High Representative are given the responsibility to ensure compliance with the principles of mutual political solidarity and loyalty in the EU's external and security policy. Article 26 (2) TEU further defines that they *"shall ensure the unity, consistency and effectiveness of action by the Union"*. Apart from public statements that Viktor Orbán has no mandate to speak on behalf of the EU, a more proactive approach could have been envisaged. One of the key lessons of this episode is that trusting the Council Presidency to an EU country which is subject to the surveillance procedure of Article 7 (1) TEU was not a good idea.

Alberto Alemanno

Why and How the Hungarian Presidency Must Be Stopped

doi: 10.59704/c9c61077912addcd

It took less than a week for Viktor Orbán to make the worst predictions about the Hungarian Presidency of the Council become true. Yet with a twist.

If many had warned about the danger that such a Presidency would have paralysed the internal operation of the EU, nobody expected this could also cause confusion and damage to the Union's foreign policy. Ultimately, this is an area in which the holder of the rotating Presidency of the Council has no authority whatsoever, as recently explained here. This is the first time that the Hungarian government challenges not only the EU institutions but the Member States, by claiming to represent them on the international stage.

The self-proclaimed "peace mission", which has brought the Hungarian Prime Minister to visit Kyiv (Ukraine), Moscow (Russia), Shusha (Azerbaijan), Beijing (China), and Washington, DC (USA), has therefore revamped a public debate over the fitness of the Hungarian government to hold the Presidency, and how to stop it.

If some options had been clearly envisaged at the time, including the possibility of having the Hungarian Presidency suspended, postponed or at least constrained – as called for by the previous European Parliament–, the question has now arisen about whether it would still be possible to do so having the Presidency already kicked in.

As it will be argued, this is not only legally possible but also politically required for the EU to renew its underlying commitment to the rule of law and, thus, eventually preserve itself.

Orbán's foreign trips in breach of EU law

Following PM Orbán's peripatetic "peace mission", several EU leaders – including the outgoing President of the EU Council and the High Representative – quickly blasted these visits for lacking authorisation and stressed that Orbán was not acting on behalf of the EU but solely in his capacity as prime minister.

The question was then raised and fiercely debated within the Council (COREPER II) on July 10, 2024. Poland, supported by 16 Member States, asked the Hungarian government to explain its conduct before all EU ambassadors. The Hungarian Minister for European Affairs, János Bóka, gave his assurance that the actions of his country's Prime Minister, Viktor Orbán, did not contravene any EU rules or principles.

The Hungarian representative argued that the visits were of a bilateral nature, an argument which did not convince the vast majority of Member States (all but Slovakia). By then, it had become public knowledge that the Hungarian government had not only organised these visits in secret – as publicly acknowledged by Viktor Orbán in an interview with *Die Weltwoche* –, but also presented them as part of its Presidency, as epitomised by the systematic use of the Hungarian Presidency's logo. No surprise that during their press conference in Moscow, Vladimir Putin said that he believed Orbán was there representing the EU presidency, a claim the Hungarian prime minister did not refute on the spot. The Chinese media also bought into and followed this script.

In these circumstances, upon the express request of Poland, the Council's legal service – generally quite protective of Member States' sovereignty – concluded that Orbán's actions have been violating the Treaties, as reported by the Financial Times.

While this legal opinion was not publicized, one may easily secondguess the breaches the Presidency could have found. Those were also indicated in a complaint I have contributed to lodge on the eve of the Coreper II meeting alleging the following violations.

First, the Hungarian Presidency may have acted *beyond the competences* conferred to it, as those do not entail any external representation of the Union, which is the responsibility of the President of the European Council (at the head of state or government level Union (Art. 15(6) TEU); and of the EU Commission, notably, the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security

Policy (at Ministerial level) under (Art. 27(2) TEU). Second, the Hungarian Presidency may have also departed from the *principle of mutual political solidarity* among Member States and the *spirit of loyalty*, as required by Art 24(3) TEU ("The Member States shall support the Union's external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity and shall comply with the Union's action in this area…, work together to enhance and develop their mutual political solidarity…refrain from any action which is contrary to the interests of the Union or likely to impair its effectiveness as a cohesive force in international relations"), and more broadly, *the principle of sincere cooperation*, as enshrined in Article 4(3) TEU ("the Union and the Member States shall, in full respect, assist each other in carrying out tasks that flow from the Treaties" and "The Member States shall…refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objective").

Can an ongoing Presidency of the Council be stopped?

Now that a formal breach has been found by the Council (Legal Service) – and while waiting for a formal response to the complaint – the question remains whether and how the Hungarian Presidency may or should be sanctioned for past breaches and, more critically, legally stopped or at least curtailed.

Under Art. 24(3) TEU, it belongs to the Council and the High Representative to ensure compliance with the principle of mutual political solidarity and the spirit of loyalty in the EU's external and security policy. Yet, under Article 24 (1) TEU, this policy is subject to "specific rules and procedures", which entail inter alia a limited jurisdiction for the Court of Justice of the EU. This bars the Commission from bringing an infringement procedure against Hungary, an option whose dissuasive effects would presumably be modest during a six-month Presidency set to unfold from now until December 31.

This leaves the Council, that is the EU 26, and the High Representative with the sole responsibility to act – as required by Article 26(3) TEU – in order to contain the most immediate negative consequences stemming from the ongoing Hungarian Presidency on the Union.

While the Council can't bring Hungary before the Court of Justice for an alleged violation of the spirit of loyalty and mutual solidarity, it could do so – as should the Commission – in relation to the broader principle of sincere cooperation foreseen in Article 4(3) TEU. Should these institutions fail to do so, they may risk being found by the very same Court of Justice in breach of their respective obligations. An action for failure to act could be brought against them by *inter alia* any Member State, the European Parliament, and any other institutions of the Union.

This suggests that both the Council and the Commission could and should do more than simply expressing a warning, as they did at the Coreper II level, or boycotting some of the Presidency's meetings, as currently being reported, to avoid further breaches of EU law by the ongoing Presidency of the Council.

Several options can be contemplated.

First, the Council could conclude the first stage of the Article 7 procedure – following Parliament's activation of the mechanism in 2018 – against Hungary (none of the twelve Presidencies of the Council that followed put the vote on the agenda). The Council would need to act by a majority of four-fifths of its members, after obtaining the consent of the European Parliament. This would determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2 TEU. As such, this conclusion would enable the Council to depart from the treaty-based principle of "equal rotation" of the Presidency, under which Article 16(9) TEU gives each member state a right to preside over the Council for a period of 6-month, thus enabling the Council to constrain the exercise and duration of the Hungarian Presidency. Having said that, if an ex ante suspension of the Presidency might constitute a per se violation of the principle of equal rotation by depriving Hungary from such an entitlement, its early termination would merely compress it, and do so based on a set of clearly defined justifications.

Second, as originally highlighted by the Meijers Committee and requested by the European Movement, a suspension of the Presidency may also be envisaged. The best placed to take action against the Hungarian Presidency would be the Spanish and Belgian governments, as they share – together with Hungary – the responsibility and organisation of the Presidency Trio, as foreseen by the Council Decision on the exercise of the Presidency of the Council (2009/881/EU). Under its Article 1, "the Presidency of the Council…shall be held by pre-established groups of three Member States for a period of 18 months" with "Each member of the group…in turn chair for a six-month period all configurations of the Council….." and "Members of the team *may decide alternative arrange-*

ments among themselves". This would save the possibility for Spain and Belgium to step in, and alter the internal organisation of the Presidency. In support of this change, they could also argue that Hungary departed from "the 18-month programme of the Council", previously prepared by the Presidency Trio and the High Representative, as required by Article 1(2) of the Council Decision 2009/881 and Article 2(6) of the Council Rules of Procedure.

Third, and alternatively, the European Council could, under Article 263(2), amend its decision "on the Presidency of Council configurations, other than that of of Foreign Affairs, in accordance with Article 16(9) of the Treaty on European Union". As proposed here, they could re-write the roadmap of the rotating presidencies. This would allow them to re-adjust the starting date of the Polish presidency to September (or August) 1, with a simple qualified majority voting (QMV). This would amount to depriving the Hungarian government from being able to continue its Council presidency beyond that date.

Fourth and last, the Council may pursue Article 7 TEU to determine whether Hungary has committed a "serious and persistent breach…of EU values" under the more direct procedure of Article 7(2) TEU. To reach such a result, however, under this procedure would require the consent of the European Parliament, a hearing of the Hungarian government, a unanimous decision of the European Council (but Hungary), and a decision of the Council itself. The latter would also need to take account of the consequences of the suspension on the rights of individuals and businesses.

While measuring the legal feasibility of the above-mentioned options is imperative and a praiseworthy endeavour, an equally important yet neglected one entails unleashing our imagination to identify additional courses of action capable of upholding EU law in the near term.

Conclusions

The ongoing Hungarian Presidency is set to bolster a long overdue political and legal debate over whether, and for how long, the EU can tolerate governments that incessantly challenge the bloc's authority while continuing to benefit from its status and funding.

Regardless of whether the self-described "peace mission" can be seen as just the latest attempt by Orbán to antagonise the EU, or as a premeditated effort at doing to the EU what he successfully did to Hungary when dismantling basic rules of law of principles, it marks yet another red line being crossed.

How the EU Member States will react to it may define the overall credibility of the Union on the international stage, particularly at a time when it increasingly faces significant challenges both from within and the outside. Failing to do so will not only discredit the Union, both internally and externally, but also further damage the Union's legal architecture and its underlying commitment to the rule of law.

Veronica Botticelli, Isabella Risini

Ukraine, the Netherlands and 26 Third States Without Russia Before the ECtHR

doi: 10.59704/cf2786e440d0c0fa

On 12 June 2024, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights held a hearing on the merits in the inter-State case of *Ukraine and the Netherlands v. Russia*.

The webcast of the hearing lasts four hours and twenty-five minutes, more than double than an "ordinary" Grand Chamber hearing. These four hours and twenty-five minutes are an important milestone in what is undoubtedly one of the most important set of cases in the history of European Convention on Human Rights. They cover more than ten years of Russian activities in Eastern Ukraine, including the open war of aggression since February 2022. The factual dimension of the proceedings alone is a daunting task for the Court.

Overall, the complexities of the procedural and substantive questions can only be hinted at here. Our account can only be anecdotal. We think the hearing is worth reporting on as it is certainly no usual business in Strasbourg. The proceedings raise the crucial question of what the Court and the Convention are meant to uphold. The aspects under consideration are, *inter alia*, the question of jurisdiction under Article 1 ECHR and the Convention's interaction with international humanitarian law during what has become a bitter normality: armed conflicts in Europe. Parallel individual applications to the inter-State proceedings add complexity. The long duration of the hearing, which spanned a whole day, is also remarkable given that the Russian Federation did not participate in the proceedings. Following its exclusion from the Council of Europe (CoE), and its departure from the ECHR, Russia does not actively participate in the proceedings. The Court remains, however, competent to adjudicate over events up until 16 September 2022.

Ukraine's age-old quests for Russia's accountability and the MH17 tragedy in Strasbourg

The proceedings bring together a total of four inter-State applications. Two Ukrainian applications, brought respectively in 2014 (43800/14) and 2016 (8019/16), as well as one application by the Netherlands from 2020 (28525/20). The fourth set concerns the time Russian invasion since February 2022 (10055/22). The complaints concern serious and systematic ECHR violations allegedly committed by Russia in the context of events occurring in Eastern Ukraine since 2014, particularly in Donetsk (DPR) and Luhansk (LPR), including the abduction and forcible transfer of children and the downing of Malaysia Airlines Flight MH17. In November 2022, the Court's Grand Chamber declared three of the applications admissible in a more than 200 page decision with a voluminous annex, which was delivered in January 2023. The ECtHR found that the alleged administrative practices occurring in Eastern Ukraine from 11 May 2014 onwards, as well as the downing of flight MH17, fell within Russia's jurisdiction under Article 1 ECHR, on account of its military, economic, logistical, and political support to the separatists controlling DPR and LPR oblasts.

Apart from this set of proceedings, there are three other inter-State complaints between Russia and Ukraine pending in Strasbourg, as well as some 8,500 individual cases, involving widespread human rights violations in Crimea and Eastern Ukraine, political assassinations in Russia and other States, and the Kerch Strait incident. The judgment on the merits in *Ukraine v Russia* re Crimea which was rendered on 25 June is not at the center of this blog.

The role of individuals in inter-State proceedings

The individual applicants who brought their claims under Article 34 ECHR against Russia are not formally parties to the inter-State proceedings. The relationship of inter-State and individual applications is not explicitly regulated in the Convention. The evolution of the ECHR system, which Isabella Risini and Tim Eicke recently sketched out, explains this gap. The Court is now tasked to navigate this blind spot of the Convention.

The MH17 Air Disaster Foundation, together with the individual applicants in the *Ayley* and *Angline*, *Bakker*, and *Warta* cases, have been invited by the Court to provide one set of joint written submissions as third parties. Mr Piet Ploeg, as representative of the individual victims and their next of kin, was allowed about ten minutes within the allotted speaking time of the Netherlands (starting around 1:43). He drew the Court's attention to the suffering and mental anguish of the victims' relatives because of the loss of their loved ones, their grief being further aggravated by Russia's lack of cooperation in the investigations. His mostly unanswered questions resonate loudly with the silence of Russia. It is worthwhile to remember that it is the individual, not the States, who are directly or indirectly harmed and injured by a violation of one or more Convention rights. Quite rightly, the ECtHR showed a remarkable openness to consider individuals' observations in the context of an inter-State case. While we applaud the role given to individuals in inter-State cases, Article 33 ECHR cannot act as a "comprehensive umbrella" capable of absorbing all quests for individual justice. At the same time, individual justice is hart to achieve in the context of the scale of human rights violations here proceedings are about. As emphasized by Tigroudja, the ECtHR must strive to preserve one of its greatest procedural cornerstones, i.e. Article 34, placing the individual at the heart of the ECHR's framework. At the same time, it must give meaning to the notion of collective enforcement of human rights.

Arguments of the applicants

Ukraine argued, *inter alia*, that in order to prevent any legal "vacuum" in the Convention's *espace juridique*, the Court should establish Article 1 ECHR jurisdiction whenever a Contracting State launches a war of aggression against the territory of another member State. The Dutch Government, speaking as applicant in the MH 17 part of the proceedings, addressed the question under the lens of Article 2 ECHR (right to life) procedural obligations as regards the downing of MH17. According to the Netherlands, by supplying the Buk-TELAR to the separatists, and by failing to adopt investigative measures, Russia violated its obligations under Article 2 ECHR as well as the principle of distinction under IHL, both of which go "in tandem" without contradicting themselves.

Ukraine v. Russia (X) and 26 More

The case of *Ukraine v. Russia* (X), originally numbered 11055/22, is the case that deals with Russia's invasion of Ukraine since February 2022. That case was joined with the older Ukraine and the *Netherlands v. Russia* proceedings (nos. 43800/14, 8019/16 and 28525/20), parts of which have been pending since 2014. This joinder can be seen as a visible effort to provide speed where justice can be expected only very slowly, if at all. In the tenth set of proceedings lodged by Ukraine, twenty-six member States of the ECHR as well as Canada were granted leave to submit observations as third parties. The briefs are available in a comprehensive analysis by Marko Milanović. From our perspective, the participation of third States, which is unprecedented in scale, should be rendered accessible through the Court's website, for the sake of transparency.

All eyes on the relationship between ECHR and International Humanitarian Law

The intervention by the 26 third States via the representative of Norway, Henriette Busch, concern only the proceedings of *Ukraine v. Russia (X)*. The oral arguments presented by the States addressed State (extra)territorial jurisdiction pursuant to Article 1 ECHR and, most prominently, the application of the Convention in armed conflicts. The complexity of the arguments also emerges from the way these arguments blend into each other. Further, there is no "one-size fits all"- formula that would channel the interaction of the two bodies of law. The interventions of third States serve as a much-needed participation in a dialogue, as answer to the Court's 2021 finding in *Georgia v. Russia (II)* that, because of the "context of chaos" during the active phase of armed conflict, it (§ 142) "lacks the legal basis to assessing acts of war and active hostilities in the context of an international armed conflict outside the territory of a respondent State" (§ 142).

As explicitly clarified by the Court's Practice Directions on the modalities of interventions, third parties are not entitled to express support directly for one or the other party. Justine Batura looked into this procedural update in more detail. The support of Ukraine technically would entail the support of the idea that the Convention applies in armed conflict. States usually intervene in self-interest in the case's outcome (Dzehtsiarou 2023).

What would Winston Churchill do?

As to the relationship between the ECHR and the *jus in bello*, third States stressed the need to consider IHL in the interpretation and application of the Convention, relying of the *lex specialis* principle for the purpose of resolving normative conflicts. The "great absent" from third States' oral arguments seemed to be the derogation clause pursuant to Article 15 ECHR, and its reference to deaths resulting from lawful acts of war. Prodded on the point by Judge Tim Eicke's questions (at about 3:06), third States preferred to defer an answer to a later date. The representatives of Poland and the United Kingdom, on the other hand, replied with a "mixed bag" of arguments. Drawing from both the ECHR's *travaux préparatoires* and State practice, they suggested that the Convention was never intended to regulate "lawful acts of war" as referred to in Article 15 ECHR. The point made is not entirely convincing. In an attempt to correct the shot, Sir James Eadie, acting representative of the British Government, observed (starting from 4:09) that the intention of the drafters was never to lead to a complete exclusion of possible exceptions to Article 1 ECHR in cases of armed hostilities. Winston Churchill would – perhaps – interpret the UK's intervention as a noteworthy interaction with both the Court and the Convention in times when Brexit from the ECHR is discussed more or less openly.

Poland argued also from the perspective of immediate neighbor of Ukraine. Poland's representative, Eliza Suchożebrska, reminded the audience and the Court of the history of the Council of Europe and the reasons of why the Convention was created from the ashes of World War II. Against this background, a detachment of the ECHR and armed conflict was deemed to be counterintuitive.

The 26 third States emphasized that jurisdiction has to be fact-based, having regard to various factors of effective control such as a State's military presence on a given territory or because of a military occupation. Overall, as Batura and Risini observed elsewhere, third parties might help alleviate Russia's non-participation.

The Normalization of Adjudicating War in Europe

In the 1950 Convention's original architecture, inter-State applications were envisaged as the default mechanism to oversee the application of the substantive provisions enshrined therein. More than seventy years later, inter-State proceedings remain the core business of the Court. The ECtHR recently published its judgment on the merits in *Georgia v. Russia (IV)*. The spotlight was, however, on *Klimaseniorinnen, Duarte*, and *Carême,* published on the same day. Accordingly, the inter-State judgment has gone rather unnoticed in the *espace academic* (except for Veronica Botticelli's forthcoming piece in the EHRLR). This is not to say that climate change is not an *extremely* important issue. However, it is high time that we all must ask ourselves where, when and what should be the objects and the subjects of deliberation and adjudication in Strasbourg, and what is meant to be upheld by these exercises.

Daniel Rietiker

Hate Speech on and off the Field

EURO 2024: Assessment of the UEFA Sanctions against Players and Fans in the Light of the ECHR

doi: 10.59704/72d506bfce37b573

During the EURO 2024 in Germany (14 June to 14 July), the UEFA has taken a series of sanctions against national football federations for inadequate statements of their fans and two players, based on the principle of neutrality of the sports movement. The principle prohibits any kind of political, religious or racial demonstration or propaganda in any sport site, venue or other area (Rule 50 of the Charter of the International Olympic Committee).

In the present contribution, the author argues that these sanctions can be considered justified in the light of the standards prescribed by the European Convention on Human Rights ("ECHR"). However, in order to have an effective preventive effect, they should be paralleled by criminal investigations under domestic law. Two different scenarios can be distinguished: racist and nationalist statements made by players and those made by fans. The latter raises two different issues, namely the duty to refrain from endorsing such speech (1.) as well as the positive obligation to protect players against such speech (2.).

Statements made by players

In a decision following the game between Croatia and Albania at the EURO 2024, the Albanian player Mirlind Daku has been suspended by UEFA's Control, Ethics and Disciplinary Body (CEDB) for two UEFA representative team competition matches. Daku took a megaphone after Albania's 2:2 draw with Croatia on 19th June 2024 in Hamburg and joined in chanting nationalist slogans against Serbia and North Macedonia. Similarly, the Turkish player Merih Demiral was suspended for two matches for having celebrated his second goal against Austria with a "Wolf Salute", a gesture commonly associated with the far-right political movement "Grey Wolves". Contrary to Daku, who spontaneously apologized for his acts, Demiral said he had planned the gesture, which is banned among others in France and Austria, and posted a photo of the celebration on his X account.

In particular Daku's behaviour has obvious parallels with the case of a former Croatian international football player, Josip Šimunić, who was sanctioned for using an official greeting of the Ustash movement, the totalitarian fascist regime of the Independent State of Croatia. The event at issue took place after the official end of the match against the national team of Iceland in November 2013, when the accused took the microphone, walked out onto the middle of the field and engaged with the fans.

In a first set of proceedings, Šimunić brought his disciplinary sanctions pronounced by FIFA (suspension for ten international games, a stadium ban for those games and a fine) in vain before the Court of Arbitration for Sport (CAS) and the Swiss Federal Tribunal, which declared his appeal inadmissible in February 2015.

In a second set of proceedings, he was convicted by the Croatian authorities of a minor criminal offence for addressing messages to spectators at a football match, the content of which expressed or incited hatred on the basis of race, nationality, and faith. After having exhausted local remedies, he brought his criminal convictions before the European Court of Human Rights (the "Court") (*Šimunić v Croatia*), claiming that his right to freedom of expression (Article 10 ECHR) had been violated. The Court declared the applicant's complaint inadmissible, finding that the Croatian authorities had struck a fair balance between his right to free speech, on the one hand, and society's interest in promoting tolerance and mutual respect at sports events as well as combating discrimination in sport on the other hand. The Court noted in particular that the applicant, as a famous footballer and a role-model for fans and players, should have been aware of the possible negative impact of provocative chanting on spectators' behavior.

The sanctions pronounced by the UEFA against Daku and Demiral (suspension of 2 matches) seem justified but are rather mild compared with the suspension of 10 matches given by FIFA to Šimunić. As was the case for Ši-

munić, whose suspension affected his participation in the 2014 FIFA World Cup in Brazil, Demiral's suspension had serious consequences for him and his team insofar as he missed the quarter final of the EURO against the Netherlands.

Statements made by fans

1. Duty to refrain from endorsing racist and nationalist speech under Articles 10 and 11 ECHR

During the EURO 2024, UEFA imposed a series of disciplinary sanctions for provocative speech of fans too. One of the fines (10 000 EUR) was imposed after fans displayed an Albanian map with its borders extending into neighboring countries' territories. Likewise, Serbia was charged for displaying a nationalist banner during its game against England on 16 June 2024, featuring the territory of Kosovo above a slogan that said: "No Surrender", which UEFA has described as "a provocative message not fit for a sports event."

Two cases decided by Court can be mentioned here that indicate that such sanctions are likely to be compatible with the ECHR. First, the case of *Smajić v. Bosnia and Herzegovina* concerns the conviction of the applicant, a Bosnian citizen, for following a number of online posts describing military actions which could be undertaken against Serb villages in the Brčko district in the event of another war. The Court declared the applicant's complaint under Article 10 ECHR inadmissible as being manifestly ill-founded. It found that the domestic courts had given sufficient justification for his conviction, namely that he had used highly insulting expressions towards Serbs, thus touching upon the very sensitive matter of ethnic relations in post-conflict Bosnian society.

The case of *Association Nouvelle Des Boulogne Boys v. France*, which was declared inadmissible by the Court on 7th March 2011, concerned the dissolution of a Paris Saint Germain (PSG) fan club after several violent clashes between members of the association and the police or rival teams' supporters. In addition, in March 2008, at the French League Cup final against Lens, members of the applicant association unfurled a banner labelling their northern rivals "unemployed inbred paedophiles". The incident became famous in France under the heading of "banner of shame"(*banderole de la honte*). The Court held that the dissolution had constituted an interference with the applicant's right to freedom of association (Article 11 ECHR). It also observed that the offences of which the applicant association was accused were particularly serious and prejudicial to public order. Lastly, the Court could not ignore the fact that the wording on the banner unfurled at the *Stade de France* stadium had been particularly insulting towards a certain section of the population. The complaint was accordingly rejected as being manifestly ill-founded.

Considering the findings of the Court in those two cases, the sanctions imposed by the UEFA against national federations during the EURO 2024 seem justified, aiming to fight against inappropriate statements mady by fans. It is, however, doubtful whether moderate financial sanctions against the federations alone have a deterrent effect on the future behaviour of their fans. The federations should reinforce their commitment to fair and peaceful football by imposing stadium bans and, where appropriate, criminal sanctions.

2. Positive obligation to protect individual players against racist and discriminatory speech (Articles 8 and 14 ECHR)

The final game of the 2021 EURO held at the Wembley Stadium (London) confirmed a very disturbing phenomenon: once Marcus Rashford, Jadon Sancho and Bukayo Saka had missed their penalties against Italy, they became victims of massive racist comments. Allegations of such attacks against individual players have, to our knowledge, not been made so far during the ongoing EURO. Nevertheless, these events prompt the necessity for a discourse on the extent to which the States are fulfilling their obligation to safeguard players from racially motivated verbal assaults.

The Court has stated that the right to respect for private life (Article 8 ECHR) and the right not to be discriminated against (Article 14 ECHR) may be at stake when the social identity of certain groups of people is under attack. Its jurisprudence indicates an evolving duty stemming from these provisions to ban certain forms of speech attacking minorities. One of the leading judgments in this field is *Aksu v. Turkey*, in which two publications, a book and a dictionary including tendentious statements and pejorative expressions, were considered by the Court. In this case, the Grand Chamber of the Court held that discrimination on account of a person's ethnic origin is a

form of racial discrimination. Consequently, as a "particularly invidious kind of discrimination" it requires special attention and a vigorous reaction from the authorities. Very importantly, the private nature of the publications did not prevent the Court from examining the allegations of human rights violations.

These findings are of course extremely relevant for the present discussion, where verbal attacks and insults are made by fans, private persons, against other private persons, namely the targeted football players. A very positive application of these principles can be seen in a recent development in Spain. Real Madrid player Vinicius Junior was the victim of racist chants, inter alia, during a game in Valencia on 21 May 2023. Three individuals were found guilty by sentence of a trial court of a "crime against moral integrity" with "aggravating circumstance of discrimination based on racist motives" and were imprisoned for eight months and banned from attending football matches for two years. These are the first criminal convictions for racially abusing a football player in Spain and, more generally, a ground-breaking development against racial discrimination in sport.

A positive chilling effect

Overall, it can be concluded that the sanctions pronounced by UEFA due to players' statements during the EURO 2024, not only have a legal basis in the principle of neutrality of the sport movement but are also in accordance with the relevant specific UEFA regulations. Considered in the light of the Šimunić case and the huge immediate impact that their behaviour had, in particular on millions of young spectators who admire famous football players and see them as their role models, the sanctions do not appear disproportionate.

Regarding nationalist and racist speech of fans, the relevant case law of the Court indicates that the protection granted under Articles 10 and 11 ECHR is very limited and that States should refrain from endorsing such speech. Moreover, States are under a positive obligation, deriving from Articles 8 and 14 ECHR, to protect players against racist and discriminatory speech. The recent example of Vinicius Junior can be considered a very positive development in the right direction. The present author hopes that these criminal convictions have a positive chilling-effect and will help to fight racism and discrimination in sports.

The views expressed in this post are those of the author and do not engage the Court.

Giovanni Capoccia

France's Legislative Elections and the Uncertain Path to 2027

doi: 10.59704/804555292d653f6b

As most expected, Marine Le Pen's *Rassemblement National* (RN) was the clear winner of the first round of the snap legislative elections in France, unexpectedly called by President Macron three weeks ago. Le Pen's party, allied with a rump *Les Républicains*, led by Eric Ciotti, obtained 33.1% of the votes. A coalition including moderate and radical left parties, the *Nouveau Front Populaire* (NFP), came second with 28.1%, while the centrist parties supporting Gabriel Attal's government received 21.3%. The mainstream right *Républicains* who refused to ally with the RN stopped at 6.6%.

The RN confirmed its strong showing at last month's European elections and more than doubled its votes in comparison to the last legislative elections of April 2022. Yet, an RN-led government is not a foregone conclusion.

A three-way competition

Despite the RN's strong result, the outcome of these elections is going to be decisively influenced by the combined effect of three factors: the significant increase in turnout, which went from 47.5% in the 2022 legislative elections to 66.7%; the tripolar structure (left-center-right) of the French party system, which replaced the traditional left vs. right competition of the French 5th Republic when Macron rose to power in 2017 on a centrist platform; and the workings of the electoral system.

The French electoral system divides the country into 577 single-member districts. In each, parties can get to the second and decisive round of competition only if they receive a share of votes at least equal to 12.5% of the electors registered in the district. The real threshold, therefore, depends on turnout. In 2022, with a 47.5% turnout, parties had to clear a threshold that was *de facto* higher than 25%. The much higher turnout in these elections lowered the real threshold to around 18% in most districts (the exact level depends on the participation in each district), thus making it possible for centrist candidates supporting Macron to reach the second round in many districts. In 306 electoral districts, instead of the usual two-way competition, three candidates, in most cases representing the three main coalitions, qualified to run in the second round. For comparison, in 2022, there were only eight such "triangulaires".

The importance of between-round agreements

The outcome of these elections will therefore depend heavily on the agreements for mutual withdrawal that parties will make before the second round, scheduled for July 7. Immediately after the results were announced, all parties of the left and center coalitions publicly announced that they would form such agreements with the explicit goal of preventing the RN from attaining an absolute majority of seats, by concentrating votes on the candidates best placed to beat it in each district. Centrist leaders such as PM Gabriel Attal and ex-PM Édouard Philippe declared that they would not support some of the radical left LFI (*La France Insoumise*) candidates, but otherwise, all leaders of the center and left parties, as well as President Macron himself, committed to mutual support in a common anti-RN "republican front". At the time of writing, less than 24 hours after the announcement of the first-round results, they had reached such agreements in 173 districts. This number is likely to increase further in the hours left before the official deadline (July 2) to field second-round candidacies.

By contrast, the RN has no prospect of similar between-round agreements. The party formed an electoral coalition before the first round with Ciotti's faction of *Les Républicains*. The RN did not field candidates in 60 districts, where it instructed its voters to support Ciotti's candidates. This is a numerically important coalition as it is symbolically significant. The abandonment of Jacques Chirac's "cordon sanitaire" vis-à-vis the extreme right marked a historic change in the strategy of the post-Gaullist right, enhanced the "normalization" of the RN, and provoked an implosion of the *Républicains*, leading

to Ciotti's expulsion from the party.

The RN's chances in the second round may still be improved by voters' decisions, however. Some centrist voters may abstain if a leftist candidate is chosen to oppose the RN in their district, and vice versa—thus weakening the new-born "republican front". Furthermore, despite denouncing Ciotti's alliance with the RN, the other *Républicains* leaders did not participate in the anti-RN agreements and left their voters free to choose in the second round, which is likely to bring votes to the RN in some districts.

Preparing for 2027: Three Scenarios

Essentially, three scenarios can emerge from these elections. In all of them, the main political actors, while obviously attentive to the short term, will also be driven by the objective to position themselves in the best possible way to win the 2027 Presidential elections. This was likely the overarching logic of Macron's decision to call snap elections too.

A first scenario is one in which the *RN secures an absolute majority*. This may happen on July 7 or, if the party falls just short of 289 seats, in the ensuing weeks if the party attracts the support of a few extra MPs in the National Assembly. In this case, a government led by RN chairman Jordan Bardella will govern in "cohabitation" with President Macron. This outcome is unlikely to bring stability. As the electoral campaign has already shown, an RN government will backtrack on many of its promises and implement quite divisive policies. To avoid that the resulting unpopularity seriously erodes her chances to win the Presidency in 2027, Marine Le Pen (who will be the real decision-maker behind a Bardella government) will likely try to shorten the cohabitation period by pushing the RN to adopt a more polarizing stance, and generating a political or even a constitutional crisis that would induce Macron to resign before the end of his term. Some circles in the radical left, eager to take the fight against an RN government to the streets, may well make Le Pen's task easier.

As Bardella clarified during the campaign, if the RN only obtains a relative majority of seats, it will not form a government. With the RN at only a plurality of seats, centrist, moderate right, and left will try to form a *"republican front" government*, probably (if numerically possible) excluding LFI from the majority supporting it. This government, likely unstable and with a limited agenda, would realistically leave space for the RN to again position itself as the "true opposition", thus consolidating Le Pen's position as the frontrunner for 2027. At the same time, however, it would give the center and the left time to reorganize and support a small "republican" candidate to oppose Le Pen. Presidential elections could also be called earlier by a carefully timed resignation by Macron at the best possible time to defeat Le Pen.

Finally, if neither an RN nor a "republican front" government is possible, a *technocratic caretaker government* may be installed for a year, which is the minimum period before a new dissolution is possible. All parties will have that time to realign and form new coalitions to confront the RN more effectively in 2025 when new elections would most likely be called.

As anticipated when Macron called early elections three weeks ago, none of these scenarios promise short-term political stability. What's clear is that they disrupt the post-2022 status quo, where Marine Le Pen was on track for an absolute majority and poised as the 2027 favorite, buoyed by a centrist minority government systematically hobbled in parliament and by a disruptive radical left. French politics now faces a crucial period of realignment and change to safeguard both liberal democracy and EU integration. The utmost urgency of this task will be starkly highlighted in any of the above scenarios.

Cyprien Fluzin

The Limits of Contemporary French Constitutionalism

On France's Upcoming Institutional Instability and Possible Scenarios After the Snap Elections

doi: 10.59704/08d9ecb7d74f14a9

French President Emmanuel Macron's dissolution of France's National Assembly (its lower house of parliament) on June 9th took many by surprise. The results of the snap election's first round suggest that Macron's risky gamble – an attempt at turning the tide after his party suffered a major blow in the European Parliament elections – backfired majestically: the far-right's "National Rally" (NR) won 33% of the votes, followed by an alliance of left-wing parties, the "New Popular Front," with 28%. Macron's alliance, "Ensemble," came in third with 21%, shattering all hopes of a majority in parliament.

However, more than a political setback for Macron, and outside of the many (highly warranted) concerns as to what harmful policies a new far-right-dominated parliament could pass, the move also raises many interesting constitutional law questions. Whatever the outcome of the second round on Sunday, July 7, France will face unprecedented circumstances that are likely to put the country's 1958 constitution to the test. Current poll projections suggest that two main scenarios could materialize, raising distinct concerns: 1) one where the National Rally wins an absolute majority and can form a cabinet, which would, counter-intuitively, prove perhaps less unpredictable, though it would pave the way for a possibly major institutional showdown, and 2) a more likely one, where the election leads to a hung parliament, which would bring about the most uncertainty and could add a major institutional crisis to the political one.

The cohabitation scenario

For an opposition party to win a majority in the National Assembly and form a cabinet opposed to the President is not unheard of in France, it even has a name: "cohabitation". It occurred on three occasions: from 1986 to 1988 and 1993 to 1995, under left-wing President François Mitterrand, and 1997 to 2002 under right-wing President Jacques Chirac. Not anticipated by the drafters of the 1958 constitution, these situations created many tensions, so much so that a constitutional referendum in 2000 aimed, in large part, at preventing it in the future by aligning the Presidential and parliament terms and election calendars – a major step in the "Presidentialization" of the regime, a controversial evolution which has diminished the role of the Prime Minister and downgraded parliament as a mere executor of the President's will.

As such, from a constitutional viewpoint, and ignoring the risks posed by the National Rally's populist agenda, a return of the forgotten "cohabitation" could have the virtue of bringing out the parliamentary roots of the 5th Republic, but with uncertain consequences.

Forming a far-right cabinet

If the National Rally earns an absolute majority on July 7th, it would be entitled to demand that Emmanuel Macron appoint one of its members as Prime Minister – most likely the party's president Jordan Bardella – although the constitution does not oblige the President to comply (see Article 8, but more on this later). This would instantly reverse the balance of power in favor of the Prime Minister and parliament, dramatically curtailing Emmanuel Macron's role.

This results from the 5th Republic's unusual dual-executive structure and the fact that while it provides the President with critical missions, it does so in vague terms that make their interpretation largely contingent on political circumstances. For instance, Article 5, the key provision in this respect, tasks the President with ensuring "respect for the Constitution" and ensuring, "by his arbitration," the "proper functioning of the public authorities and the continuity of the State." The President must also be the "guarantor of national independence, territorial integrity and due respect for Treaties."

In reality, only a handful of provisions grant the president straightforward and "autonomous" prerogatives: Article 12 for the right to dissolve the National Assembly, Article 17 for the right to grant pardons, Article 56 for the right to appoint members of the Constitutional Council, and a few others.

By comparison, the Prime Minister and the cabinet are vested with more straightforward yet wide-ranging prerogatives: most notably, Article 20 gives the cabinet the responsibility to "determine and conduct the policy of the Nation", and, importantly, authority over the civil service and the armed forces.

While mostly irrelevant when the President and the Prime Minister belong to the same political family, as it has been the case since 2002, these subtilities become front and center of a power struggle between both heads of the executive in situations of cohabitation.

All in all, a cohabitation scenario leaves the President with two main categories of powers: an overall "special responsibility" over foreign affairs and defense matters, and an ability to interfere with the actions of the cabinet and parliament. Either way, the constitution provides no option to resolve potential clashes.

The President's special prerogatives in foreign affairs and defense matters

The area of foreign affairs and defense is sometimes (wrongly) referred to as the "reserved domain" of the President, based on the fact that the President assumes the role of "Commander-in-Chief" of the armed forces and chairs its defense-related bodies on the one hand (Art. 15), and is responsible for appointing ambassadors and accrediting foreign diplomats (Art. 14), negotiating, signing, and ratifying treaties (Art. 52), and ensuring their enforcement (Art. 5) on the other. However, on all these matters, the President can hardly act by himself, let alone against the will of the Prime Minister and parliament.

On defense, for instance, Article 20 states that it is the government that is in charge of the "armed forces", while Article 21 specifies that the Prime Minister is responsible for "national defense." On this matter, the National Rally has already announced that it would refuse to recognize any exclusive prerogative to President Macron. The question is anything but theoretical given the major disagreements between the National Rally and President Macron on the military support to Ukraine, for instance.

As to foreign affairs, while the President decides ambassadors' appointments and negotiates treaties, in practice it is the government that leads the foreign office administration and organizes the implementation of international law at the domestic level. In past instances of cohabitation, this resulted in France being represented in international fora by both the President and the Prime Minister. At the EU level, things would get even more complex since most of the decision-making takes place at a cabinet level, even though the President would still sit on meetings of the European Council. Given Emmanuel Macron and the National Rally's widely different views, and growing polarization, this could easily lead to public clashes and cacophony.

Macron's ability to stand in the way of a far-right cabinet

Even in purely domestic affairs, where the cabinet would generally have the undisputed upper hand, Emmanuel Macron would maintain, in many areas, the power to hinder, or at least stall, some of its decisions.

First, since it is formally the President who appoints the cabinet, he could object to the figures proposed by the Prime Minister. While it was accepted in past cohabitation that the President could have a say in the areas of defense and foreign affairs for the reasons mentioned above, the current context would make things much more complicated if Emmanuel Macron attempted to maintain or expand this practice.

Second, and perhaps even more significant, the President could delay the promulgation of acts of parliament, impose a new round of parliamentary debates (Art. 10), or systematically refer them to the Constitutional Council (Art. 61), possibly delaying their entry into force by several months. Similarly, because some regulatory acts decided by the cabinet require the President's signature, as per Article 13, Emmanuel Macron could – as François Mitterrand did in 1986 – refuse to sign them altogether. Same for appointments of civil servants, military officers, and some heads of state-owned companies.

While such steps could, in the case of particularly controversial bills, regulatory proposals, and appointments constitute a welcome check on a far-right cabinet – and even a possibly necessary safety net – if they became systematic they could encourage the National Rally to look for ways around, including by bending the constitution. Generally, the competition within the executive branch could turn into a full-blown institutional standoff.

Still, from a constitutional perspective – again leaving aside political considerations of the National Rally's platform – the cohabitation option has the merit of being *somewhat* less unpredictable than the increasingly likely scenario of a hung parliament.

The hung parliament scenario

In case the second round of the election does not bring any party close enough to an absolute majority, France would enter truly uncharted territory, making pretty much anything possible, for better or for worse.

A cohabitation with only a relative majority would prove challenging for the National Rally: it could struggle to implement its agenda and lose the support of its electorate. While it could attempt to force some bills through parliament by resorting to the infamous mechanism of Article 49.3 – as Macron's government has repeatedly since 2022 – this would pose, every time, the risk of seeing the government fall in a vote of no confidence. This is why NR leaders have already announced they would decline to form a government without an absolute majority. What would happen then? Hypothetically, there are a few options, though all of them remain untested.

Recent polls suggest that no political group other than the far right would come close to achieving a relative majority comparable to that of NR. This means that any attempt at forming a non-NR government would either rely on a minority or a coalition, with all the uncertainty either option entails.

Given its poor performance, President Macron's party stands no realistic chance of leading any effort at forming a government. While the left-wing alliance of the "New Popular Front" could attempt to form a government, it would be in an extremely precarious position: unable to deliver on most of its campaign promises – therefore annihilating any hope to perform well in the 2027 presidential election – it could easily fall in case of a vote of no-confidence. The only option would be for the left-wing block to form a political alliance with Macron's MPs and right-wing moderates, a highly unlikely prospect given the animosity between both sides.

In such an impasse, and because the President would be barred from calling new elections for at least a year, the only avenue left would be that of forming some kind of caretaker cabinet or a "national unity government".

The option of a political or technical "caretaker cabinet"

A strictly caretaker cabinet would be more "technical" and could be made out of apolitical technocratic figures – similar to the Monti government in Italy that served from November 2011 to April 2013. While perhaps the least controversial option in the short-run – and possibly critical to helping France navigate the upcoming Paris Olympics – it is hard to imagine how such a government could subsist for three years until the end of Macron's term. As a result, such a caretaker cabinet would most likely only be a temporary option but with no clear end in sight: probably until new elections can be called again, possibly as soon as next year.

A similar but more political option would be that of a "national unity government," another form of caretaker cabinet but less technocratic – this time more similar to the Draghi cabinet, again in Italy, in office from February 2021 to October 2022. Some political figures have recently hinted at such an option, with the idea of gathering "Republican forces" across the political spectrum but excluding the National Rally. However, the current political environment, the level of acrimony between political forces, the aggressive tone of the campaign, and the right's likely hostility towards the idea of partnering with the far-left "France Unbound" makes it hard to imagine.

In any event, either option would be unprecedented in the 5th Republic, and it is unclear how long sufficient consensus could be maintained within an extremely fragmented National Assembly. With all eyes on the 2027 presidential election, many parties may also be tempted to opt out of such initiatives that could be seen as decreasing their chances then.

Furthermore, in either scenario, the cabinet's weak political standing and precarious backing in the National Assembly would probably profit Emmanuel Macron who could invoke his constitutional prerogatives and his role as protector of the continuity and functioning of the State (Art. 5) to continue to run the country as he has so far, an attitude which would likely further antagonize parliament.

Overall, neither option sounds particularly promising, to say the least, and it seems only a matter of time before new elections need to be called in, with a high risk of yielding similar results.

The hardball scenario

One last possible scenario, but one that would only further the current crisis, would be for President Macron to maintain his current cabinet by taking advantage of the vague nature of the relevant constitutional provisions. Article 8 indeed only stipulates that the President appoints the Prime Minister but makes no indication as to the timeline nor how the President must make his choice. In practice, Emmanuel Macron could therefore either decline the government's resignation, or accept its resignation but delay the appointment of a new Prime Minister, de facto maintaining the outgoing cabinet in place for as long as he wishes. The president could justify it by blaming parliament for failing to agree on a sustainable alternative. While it could be tolerated temporarily, possibly until the end of the summer, any attempt at maintaining the status quo longer than this would trigger a whole new crisis.

Previous practice and case-law suggest that such a cabinet would be limited to performing its day-to-day business ("affaires courantes"), though it would still be able to rule by executive orders ("décrets") and internal ministerial "circulars." Because the exact scope of day-to-day business has never been defined, Macron's cabinet could also adopt a broad interpretation that could only be restricted in case of litigation before administrative courts. In any event, such a hardball approach would ultimately hit a wall when comes the time for parliament to vote on the budget, which would bring about yet another standoff and institutional crisis.

France's uncertain institutional future, a cautionary tale

Whatever the outcome of the second round of the French snap election, the country seems to be entering uncharted territory that will most likely deliver a significant level of unpredictability and instability – reminiscent of the troubled end of the 3rd Republic, or of the 4th Republic, which, in just 12 years, saw 16 successive prime ministers, with cabinets lasting on average just over 6 months.

Though such a crisis would have been hard to predict just a few years ago, it is not completely surprising either given the past decades of practice that have betrayed the spirit of the 5th Republic, as well as Emmanuel Macron's aggressive use of executive prerogatives since 2022 to circumvent a hostile parliament, which has further pushed France's institutions to a breaking point.

Overall, the situation in France is also a cautionary tale about how quickly constitutional systems can show their limits and how scenarios that once seemed unthinkable can materialize suddenly and unexpectedly.

Giovanni Capoccia

The French Fifth Republic Enters Uncharted Waters

doi: 10.59704/a06c574b0aafbc83

In calling a snap election on the evening of June 9, French President Emmanuel Macron aimed to achieve "clarity" on the will of French voters after his presidential list (14%) had been defeated in the European elections by Marine Le Pen's far-right *Rassemblement National* (RN), which scored an unprecedented 33%. Yesterday's elections did achieve clarity, but only in the narrow sense that it is now clear the French electorate is fragmented into four blocs –the left-wing New Popular Front, the centrist Ensemble, the moderate right party *Les Républicains*, and the RN— and, excluding non-aligned MPs, at least ten parties, depending on how they are counted. It is also evident that a large part of the French electorate is not ready to accept the rise to power of Marine Le Pen through her rather vacuous but telegenic dauphin Jordan Bardella, the 28-year-old politician she anointed as President of the RN. Finally, it is clear that the parties must deal with this new reality of French politics. *How* they will do so, however, is less clear.

A week ago, after the first round of elections, the RN and its allies from Eric Ciotti's faction of *Les Républicains* (LR) were widely expected to form the government. Yet, the electoral barrage against them, informally called the "republican front", worked against expectations. The RN ultimately came in third place with 143 MPs, behind the New Popular Front (NFP, 182 MPs) and Ensemble (168 MPs). After the first round, the leftist and centrist blocs strategically withdrew their weakest-placed candidates in more than 200 districts and instructed their voters to support the best-placed candidates to beat the RN in the second round. Their strategy bore fruit: voters turned out to vote (participation was up about 20 points from the previous legislative elections of April 2022) and mostly followed their parties' instructions. Also, the LR faction that refused an alliance with the RN did much better than Ciotti's rump party, thus burying any project of an organic alliance between the moderate and radical right for the foreseeable future.

Uncharted waters

The center-left "republican front," however, remains a negative alliance and is unlikely to turn into a government formula. Various parliamentary coalitions spanning from LR to the more moderate parties in the NFP may command enough seats to just clear the bar of the absolute majority of 289 MPs, but such numerical alliances are unlikely to be politically viable. On the one hand, LR, after reasserting themselves as the "real republican right" (outside the "republican front," in which they did not participate) against the tendencies in their midst to ally with RN, are unlikely to join a coalition including parts of NFP. On the other hand, it will be difficult for the parties in NFP to formally break with the radical La France Insoumise (LFI), the largest party in the coalition, to join an alliance with the centrists. To be sure, the declarations of LFI leader Jean-Luc Mélenchon that NFP should govern alone and apply its program by decree, if necessary, may drive a wedge between LFI and the other NFP members. His words, however, are likely just an opening gambit in what promises to be a very complex coalition negotiation that will realistically take the whole summer while France hosts the Olympic Games.

Although caution is very much in order in making predictions at this stage, the most likely outcome is probably a minority government with a restricted mandate to pass the budget this fall, "tolerated" in Parliament by some parties that are not explicitly part of the coalition supporting it. In other words, the "implicit confidence" system of the French Constitution, by which a government can be installed unless it is voted out by a majority in the National Assembly (as opposed to needing an explicit vote of confidence), is likely to make a difference like in 2022. This will, of course, only be a short-term solution until the current alliances have been redefined in view of the 2027 presidential elections, which remain both the big prize and the big unknown of this phase of French politics.

Did Macron win his wager?

Many commentators, including myself, argued that Macron's decision to call snap elections a month ago represented a high but calculated risk. Did Macron win his bet? He certainly shook up a *status quo ante* in which Marine Le Pen was cruising toward a victory in 2027. Thanks to the lack of a parliamentary majority for Macron's governments after April 2022 and to LFI's disruptive opposition, favoring street protests, extreme discourse, and unruly parliamentary behavior, Le Pen's RN had managed to adopt the image of an institutional, moderate, "popular" opposition party that only the self-interested obstinacy of out-of-touch and privileged elites insisted on decrying as unfit for government.

To be sure, the RN remains a formidable force and has significantly increased the number of its MPs, but adopting this rhetoric will not be as easy as before. These elections indisputably showed that very large sectors of the French electorate refuse to consider the RN an acceptable party and are ready to vote strategically to prevent its rise to power. Moreover, about one-third of RN candidates were exposed as extremists or unpresentable during the campaign. This was not due, as Bardella repeatedly maintained on TV, to the "hurry" with which the party had to select candidates due to Macron's "irresponsible" decision to allow too little time for the electoral campaign. In fact, rather than being the outcome of occasional "casting errors," those candidacies had been selected in March 2023 and offer a genuine image of the RN's underbelly.

At the same time, however, Macron's decision may have sped up the end of his own political project. These elections have certainly revitalized the political center, which obtained a far higher number of MPs than any polls had predicted. However, important centrist figures such as current Prime Minister Gabriel Attal and ex-Prime Minister Edouard Philippe have publicly said that a new political alliance is necessary that goes beyond the boundaries of the "Macronist" coalition in power since 2017. The French President is rather unpopular at the moment, and centrist leaders are eager to distance themselves from him. However, it might be difficult to sideline Macron completely. For him, at stake is not his re-election—he cannot run again in 2027—but his legacy and potentially his future roles (including at the European level) given his young age. It will take time for the centrist parties to build a new political project and a new political alignment that includes parts of the moderate left and right. And most importantly, agreeing on a candidate who can represent this variegated coalition with good chances to beat Le Pen in 2027 will not be easy. Until then, Macron is likely to remain an important player.

After these elections, the French Fifth Republic steps into uncharted waters. In the short term, France's role at the heart of EU integration and as a key supporter of Ukraine remains steadfast. This stability is impressive, given most predictions. However, this new phase of French politics will be fragmented and fluid, demanding a recalibration to find a stable equilibrium while countering the far right. French moderate parties face a tough road ahead. Their success or failure will not only shape France's future but also reverberate beyond its borders.

Esra Demir-Gürsel

A Legal Trap for Freedom of Expression

doi: 10.59704/416fd0981ee294e2

More than seven years ago, 406 academics and researchers have been permanently dismissed from their positions at Turkish universities for signing a peace petition condemning the military operations by Turkish security forces in areas heavily populated by the Kurdish minority. Today, threats to academic freedoms and freedom of political expression have only intensified and expanded across Europe and beyond. Those expressing solidarity with Palestinians or criticizing police violence on university campuses face threats of suspension, termination, investigation, or funding cuts. Such interferences with free speech and academic freedoms are poised to test the agility and principles not only of domestic legal institutions but also international human rights organizations.

The case of 406 academics and researchers from Turkey raises critical questions about the limitations of international human rights bodies in safeguarding freedom of expression and how their pragmatic considerations might entrench autocratic legal methods of states. In this blog, I demonstrate how the Council of Europe (CoE) contributed to the creation of a judicial trap disguised as a legal remedy. This so-called remedy not only consumed years of the signatory academics' lives but also distracted from the very crimes and human rights violations their petition sought to address.

What happened?

The Academics for Peace petition, titled "We will not be a party to this crime", was published on 11 January 2016. It criticized human rights violations committed during the anti-terror operations and associated round-the-clock curfews in the Kurdish regions of the country in 2015 and early 2016. These operations, resulting in gross human rights violations, were carried out shortly after the collapse of a peace process between the Turkish Government and the Kurdistan Workers' Party (PKK), which had aimed at ending the decades-long conflict between the state and the armed group. The petition called on the authorities to end the "massacres", "exiles", "curfews", and "human rights violations" and to resume the peace negotiations.

The state-controlled media and numerous top government officials, most notably Turkey's president, were quick to accuse the 2,212 signatories of the petition of supporting terrorism and to call them "traitors". A range of interventions followed, including disciplinary investigations, criminal prosecutions, arrests, detentions, cancellations of funding, suspensions, and terminations of contracts.

Six months later, in the fallout of the violent military coup attempt of 15 July 2016, the Government's imposition of a state of emergency became also a pretext to punish signatories of the Academics for Peace petition with permanent dismissal from their posts, despite the fact that the petition itself had absolutely no connection with the military coup attempt.

The Turkish Government adopted thirty-seven state of emergency decree laws throughout the two-year-long state of emergency. Starting from the first decree law published on 1 September 2016, 406 signatory academics, along with around other 130,000 civil servants, found their names listed in the appendices of the decree laws. Those included in the appendices were removed from public office for alleged affiliation with "terrorism" without being informed of the grounds for their dismissal or given an opportunity to respond to the accusations. Moreover, they were unable to appeal their dismissals due to the lack of legal remedies for measures enacted directly by emergency decree laws under Turkish law.

Several additional *de jure* and *de facto* sanctions were attached to the removals from public office by emergency decree laws. These included, for instance, a lifelong ban on public employment, encompassing positions at even private universities, cancellation of passports (including those of spouses), the marking of social security records with a stigmatizing code indicating dismissal by emergency decree laws, exclusion from research funding opportunities, and academic publications. Over the years, the material, social, and psychological effects of

these sanctions have resulted in various damages that are now irreparable, and in some cases, have cost the health and even lives of some of the signatories and other dismissed civil servants.

The Council of Europe's contribution

The impossibility to challenge dismissals by emergency decrees was a matter of immediate concern to the CoE, as it led to a massive surge in applications to the European Court of Human Rights (ECtHR). This surge followed what had been a successful reduction of applications from Turkey through the establishment of an individual application procedure to the Turkish Constitutional Court (TCC) in 2012 with support from the CoE.

Confronted with an unprecedented influx, the CoE proposed that Turkey establish a legal remedy allowing Turkish courts to review appeals from those affected by state of emergency measures. The then Secretary General of the CoE suggested to Turkish authorities the creation of an ad hoc commission to review state of emergency measures. The decisions of this commission would then be challenged before the Turkish domestic courts. The Venice Commission also supported this proposal *in an* opinion, even though it deemed *ex post* judicial review of dismissals, conducted without individual reasoning, to be "virtually impossible." The Turkish Government responded to the idea favourably by establishing the State of Emergency Inquiry Commission ("the Commission") in January 2017. This Commission began to operate in May 2017 and to receive applications in July 2017 (on the Commission, see here, here, and here).

Subsequently, in June 2017, the ECtHR found an application concerning the dismissal of a teacher by emergency decree law inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies, citing the establishment of the proposed ad hoc commission. This remedy, however, was not available at the time the applicant had applied to the ECtHR. Nor was it yet operational when the ECtHR made its decision. Although evident that no domestic remedy existed for the applicant to exhaust before seeking recourse to the ECtHR, the ECtHR made an exception to its general principle that the requirement for the exhaustion of domestic remedies should be assessed at the time of application. Following this decision, thousands of other applications related to state of emergency dismissals were struck out by the ECtHR.

The CoE organs have thus framed the problem confronting those dismissed by emergency decree laws as one of an "access to courts." This framing poses two significant issues. First, by portraying the issue as one that courts could address on an individual basis, the CoE overlooked the broader issues inherent in dismissals by decree laws, legitimizing the use of executive decrees to dismiss civil servants. Second, it assumed the existence of a legal infrastructure capable of swiftly addressing and redressing the injustices experienced by those affected. This assumption ignored the climate of fear among the judiciary, created by the dismissal and arrest of judges and prosecutors in the same period. During the state of emergency, a total of 4,240 judges and prosecutors were dismissed without investigation or right to defence, regardless of any concrete ties to the coup attempt, and 2,200 judges and prosecutors were arrested.

A legal trap

It took more than four years, until the Commission summarily dismissed all applications from signatory academics. It did so in a span of about two months towards the end of 2021, issuing decisions with standardized wording.

The Commission deemed that signing the Academics for Peace petition constituted alignment with the goals and long-term strategies of the PKK and an attempt to sway national and international public opinion in favour of the PKK. Having breached the civil servants' duty of loyalty to the state, the Commission considered that the signatories had a "connection" to a terrorist organization.

The Commission's "copy-paste" rejection decisions came two years after a judgment by the TCC, which had debunked all terrorism-related accusations against the signatory academics. While the TCC had found that their criminal prosecution and imprisonment amounted to a violation of freedom of expression, the Commission flagrantly ignored this judgment and asserted that a "connection with terrorist organizations" could be established under administrative law even if not proven under criminal law. Thus, an act recognized by the country's highest court as an exercise of freedom of expression could still be sanctioned for alleged "terrorist" links.

Five years after their dismissals, these decisions by the Commission finally allowed the signatory academics to access administrative courts, as envisioned by the CoE. Their cases were assigned to nine different administrati-

ve courts designated to review the Commission's decisions. According to the data collected by a voluntary group formed by the signatory academics, from November 2022 to the present, these courts have dismissed the cases of 170 signatories while annulling the Commission's negative decisions in 168 cases. 49 signatory academics are yet to receive a decision from the administrative courts.

Some designated administrative courts accepted all cases filed by the signatory academics, relying on the aforementioned TCC judgment. Others rejected all cases filed by signatory academics, adopting a similar line of reasoning to that of the Commission. A third group of administrative courts opted to differentiate between signatories by expanding their investigation into the alleged affiliation with terrorist organizations, requesting information from various state institutions on matters ranging from other criminal investigations to social media posts, donations, and memberships in civil society organizations.

Further complicating this legal chaos, administrative appeal court chambers have overturned first instance court decisions to annul the negative decisions of the Commission in 47 cases so far. These reversals meant that some signatories reinstated to their university posts following administrative court decisions have found themselves dismissed a second time and compelled once again to leave their students and teaching programmes.

It is impossible to cover the full extent of the legal chaos surrounding the signatory academics' cases here. What I want to highlight is that almost eight years after the signatories' dismissal, the legal remedy established on the recommendation of the CoE has not yielded any final decisions in the domestic sphere. The chaos created by first and second instance administrative courts remains unresolved by the Council of State. Instead, to this day, the signatory academics remain trapped in an unreasonably prolonged judicial process full of uncertainties.

Seven years before the ECtHR

A number of signatory academics had also brought their cases to the ECtHR immediately after their dismissals. Interestingly, the ECtHR has not rejected the applications of 79 of them. These applications, pending before the ECtHR for around seven years, have later formed the basis of *Akın v Turkey and 42 others*.

The ECtHR communicated this case to the Turkish Government after receiving a new submission from the applicants in December 2020 indicating that the Commission had still not reviewed their applications. The Turkish Government and the applicants submitted their written observations to the ECtHR in January and May 2022, respectively. Since then, despite regular updates provided by the academics' legal representatives demonstrating the costs and futility of waiting for the domestic legal system to address the issue, the ECtHR has remained silent.

According to the ECtHR's established case law, "an effective remedy must operate without excessive delay". Moreover, cases concerning one's means of subsistence require a particularly "expeditious decision". However, for the signatories' case, these principles have had no impact thus far.

The fact that it took five years for the signatory academics only to gain access to the administrative courts underscores the severe burden placed upon them by the duty to exhaust local remedies. In their submissions to the ECtHR, the legal representatives of the signatories reported that it would take at least ten years to reach the TCC, emphasizing the severe damage this delay causes to the private and professional lives of the signatories, as well as its wider chilling effects.

More importantly, their bad faith targeting by state of emergency measures, despite the evident irrelevance of their actions to the coup attempt, should have been sufficient to exempt them from the duty to exhaust the legal remedy established on the CoE's recommendation in the first place.

As such, the case of the signatories, pending before the ECtHR for around seven years, leaves us with serious questions about the significance and urgency the ECtHR attributes to the protection of freedom of expression and academic freedoms against authoritarian encroachments.

Concluding remarks

"Now the debate revolves around my right to express what I wish to say, rather than discussing the content of my actual words", says Palestinian scholar Rabea Eghbariah, whose article "Toward Nakba as a Legal Concept" was censored twice by major law journals. One of the saddest outcomes of the targeting of the signatory academics from Turkey, too, has been the overshadowing of the gross human rights violations they sought to highlight with their petition "We will not be a party to this crime".

In the past eight years, signatory academics have instead found themselves overwhelmingly preoccupied with their own persecution.

Moreover, their case, and more broadly the state of emergency dismissals, have been pivotal in entrenching an unprecedented climate of fear within Turkey's universities, leading to severe self-censorship on politically sensitive topics, most notably on governmental policies concerning the Kurdish issue (see here, here, and here). One of the most striking indicators of this has been the documented silence of Turkish scholars regarding Turkey's 2019 military intervention in Syria.

By targeting academics, states not only punish them for deviating from their official discourses but also divert attention from their own crimes and human rights violations, or their complicity therein. Having assisted Turkey in creating a legal remedy that continues to ensnare academics in their own predicaments, the CoE has not only left academics' freedom of expression unprotected but has also contributed to overshadowing the very crimes and human rights violations their petition sought to address.

Tolga Şirin

Freedom to Discuss Religion Between Facts and Opinions

The Role of the ECtHR Case Law in a Current Prosecution Case in Turkey

doi: 10.59704/41a8840dd28d2565

In a recent televised discussion in Turkey, two Youtube-influencers have discussed Sharia law and Muhammad's marriage with Aisha. Referring to the incompatibility of the said marriage due to the age of Aisha with the human rights and democratic values, this has caused strong reactions on social media. Moreover, after a public statement of the Justice Minister, a criminal investigation has been initiated. I argue that such statements should enjoy the full protection of freedom of expression. However, I criticise the distinction between "statements of fact and value judgements" in cases where religious feelings are upset, as the ECtHR did in case *E.S. v Austria*.

The debate on Muhammad's marriage on public television

There has been an interesting debate going on in Turkey since last month. One YouTuber (Asrın Tok), who claimed to be a libertarian in the past but has been a supporter of Sharia in recent years, and another YouTuber (Diamond Tema), who claims to be an agnostic and who has had many followers for some time with his critical videos on religion, discussed Sharia law. The programme, which lasted about two hours, *inter alia*, focused on the Islamic Prophet Muhammad's marriage to Aisha.

Diamond Tema said: "In a sharia state, if I want to marry a six-year-old girl, I can do it. In a human rights system, you cannot have a six-year-old girl in marriage. It is a Sahih hadith of Bukhari that the Prophet married a girl who was six years old. In a system where this is accepted, can you talk about human rights?" In response to the argument that Muhammad did not have sexual intercourse with Aisha immediately after marrying her, Tema said: "At the age of nine, a person has not reached puberty. Even if she is considered to have reached puberty, it does not seem to me that it is moral to have sexual intercourse with her as soon as she has reached puberty and to say, 'OK, I can do it now'. With a person as old as your granddaughter..."

Following the broadcast of the programme, there were strong reactions on social media. In response, Justice Minister Yılmaz Tunç issued a statement on X (Twitter). Referring to the provisions of the Turkish Penal Code, the minister wrote: "The criticism of those who are disturbed by the judicial investigations that have been opened due to the use of defamatory and ugly expressions that go beyond the limits of freedom of expression against the Prophet is unjustified criticism. Whether expressions of thought are crimes or not will be judged by our impartial and independent courts". Similarly, the Digital Media Coordinator of the Presidency of the Council of Communications issued the following statement on X (Twitter): "An investigation has been initiated against the person named Diamond Tema, who insulted the Prophet, on charges of insulting a section of the public and insulting religious values as regulated in the Article 216 / Paragraphs 2 and 3 of the Turkish Criminal Code." Moreover, he stated that a ban on access to the programme had been requested.

As a result, Diamond Tema was placed under investigation for insulting religious values and defamation. The case is still pending. An arrest warrant was issued for him. However, he could not be arrested because he had travelled abroad.

Furthermore, the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS) also issued a death threat message against Tema. The message was accompanied by a fictitious photo of Tema being shot in the head with a gun.

The case of E.S. v Austria

This case reminded me of *E.S. v Austria* delivered by the European Court of Human Rights (the ECtHR) in 2019. In that judgment, the subject matter of the discussion was quite similar. The applicant was a speaker at the "Basic Information on Islam" seminar organized by the

right-wing Freedom Party's Education Institute. Around 30 people from the Institute have attended the seminar, which was advertised on the Institute's website and in the leaflets aimed at young voters. The applicant was later fined 480 EUR for making the following statements at the seminar, which were deemed to be "disparaging religious doctrines" by the Austrian authorities.

Among other things, the applicant criticized Muhammad's status as the "ideal man" in Islam, citing his actions as a warlord and his relationships with women and children, which the applicant claimed conflict with modern democratic values. Additionally, the applicant referenced the Hadith collection Sahih Al-Bukhari, mentioning the account of Aisha's age, and recounted a conversation with his sister about the appropriateness of Muhammad's marriage to Aisha, labelling it as paedophilia and criticizing the justification that "those were different times".

In this judgment, the ECtHR applied its highly controversial case law in *Otto-Preminger-Institut v Austria* (which it later followed in *Wingrove v United Kingdom*; *İ.A. v Turkey*). It reaffirmed the right not to offend religious feelings under freedom of religion and concluded that it justifies a proportionate interference with freedom of expression based on the criteria of "gratuitously offensive" and "justified indignation". However, there was an interesting new twist in *E.S.*. In addition to the "gratuitously offensive" and "justified indignation" tests in the *Otto-Preminger-Institut*, the Court also applied the distinction between statements of fact and value judgements used in its traditional defamation jurisprudence and concluded that it "agrees with the national courts that the contested statements can be classified as value judgements without a sufficient factual basis" and that the burden of proof was on the applicant. However, the Court did not explain how it concluded that the statements made by the applicant lacked a sufficient factual basis. The Court merely referred to the judgment of the Austrian courts in this regard. In the judgment, we see that the basis for the Austrian courts' conclusion was that "there were no reliable sources for that allegation, as no documentary evidence existed to suggest that his other wives or concubines had been similarly young" and that Muhammad's "first wife had been fifteen years older than him, as could be seen from the documents submitted by the applicant herself".

It is unclear from which theological sources the Austrian courts drew this conclusion. Even if we were provided with a list of theological sources, the problem would still exist, because the following question is legitimate: Is it the task of secular courts to research theological sources? In my opinion, no. However, the new approach of the ECtHR, which applies the distinction between value judgements and statements of fact even in cases of alleged attacks on religious feelings, forces us to conduct such research.

Meaning of the E.S. case for Turkey

Diamond Tema did not explicitly refer to Mohammed as a paedophile, as in the case of *E.S.* Instead, he assumed that Mohammed had married a six-year-old and had sexual intercourse with her at the age of nine, which was immoral. In other words, it can be said that he used a more neutral language. In addition, the two cases were of course not identical because of the different contexts in which they occurred. However, cases do not have to be identical in order for European human rights law to have an impact on domestic law. For States Parties, the judgments of the ECtHR have an objective and guiding effect. Indeed, this is the interpretation given by the Turkish Constitutional Court. Therefore, prosecutors in Turkey must take into account the ECtHR judgment and act in accordance with the reasoning of the judgment. Accordingly, a prosecutor should examine whether there is a factual basis for the allegation that Muhammad "married a six-year-old and had sexual intercourse with her at the age of nine". Since a prosecutor cannot go back 1400 years for evidence, he must resort to theological sources. Since (s)he, as a jurist, cannot understand these sources well himself, (s)he has to seek the opinion of the official institution on the matter. The organisation in question, which has come to the fore in various ECtHR judgements (*Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v Turkey* or *İzzettin Doğan and others v Turkey*), is the Religious Affairs Department (the "RAD").

What is interesting in this regard is that Diamond Tema's assertion is also mentioned in the books published by the RAD. For example, according to the Encyclopaedia of Islam prepared with the support of the RAD:

> "[Aisha] was born in Mecca in 614, the fourth year [of the Prophethood of Muhammad]. The narrations of some contemporary scholars

> (see Suleiman Nedwī, V, 12-25; Akkād, pp. 39, 59-60), who claim that she was born earlier and therefore was between fourteen and eighteen years old when she married the Prophet, are unsound. (...) She married the Prophet in the 2nd year of the Hijrah (April 624, between the two feasts) (Zehebī, II, 141-142). There are also those who accept the date of the wedding as the 1st year of the Hijrah (April 623). Hazrat Abu Bakr asked the Prophet why he had delayed the wedding, and when he learnt that he had postponed it because he could not obtain the money for the mehir, he lent him the 500 dirhams he needed."

In many works published by the RAD, Bukhari (who gave the information that the Prophet married a child) is recognised as a reliable source and many interpretations are based on Bukhari's hadiths.

On the basis of these data, a prosecutor may well feel that the allegation in question has a factual basis. What is interesting and odd here is the following: If the prosecutor decides not to prosecute, and if a person whose religious feelings are offended by Tema's allegation files an individual application on the grounds that the prosecutor did not provide him with adequate protection, what will the ECtHR do? In the *E.S.*, the ECtHR was of the opinion that there was no factual basis for such a claim. However, the sources provided by the Turkish State show that there is a factual basis for the statements mentioned.

Hasn't the Court reached a dead end in this theological discussion? In my opinion, yes, but the problem lies in the fact that the ECtHR has taken on the role of a theologian in the case of *E.S.*

To sum up, the already controversial jurisprudence based on the *Otto-Preminger-Institute* has become much more complicated with the *E.S.* judgement.

Impact of the E.S. judgement on Turkey's special context

Finally, it should be noted that the *E.S.* case has a different connotation in Turkey than in other Council of Europe member states. Turkey is a country threatened by Sharia. As it is known, according to the ECtHR, Sharia is incompatible with the Convention system for the following reasons:

> "72. Like the Constitutional Court, the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. ... In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention."

These findings were made in the case of *Refah Partisi (the Welfare Party) v Turkey*. Turkey is currently governed by an Islamist political party which claims to be the successor to the dissolved Welfare Party. Moreover, some of the Sharia organisations (e.g. *Zehra Foundation and others v Turkey*) whose dissolution was justified by the ECHR have been re-established and have a wide range of options for Sharia propaganda.

As is well known, the ECtHR has a tendency to consider statements in favour of the beating of women or LGBTI+ people, the subordination of women and jihad against non-Muslims etc. as hate speech. However, individual Sharia propaganda (see *Gündüz v Turkey*) has not been recognised as hate speech by the same ECtHR.

In my opinion, if a phenomenon is considered hate speech when it is demanded individually, advocating the systematisation of this phenomenon (its transformation into a state order) should *a fortiori* be considered hate speech because in *toto et pars continetur*.

The fact that Sharia propaganda enjoys broad freedom of expression protection while historical criticism of Sha-

ria and its practices does not is another manifestation of this contradiction. This inequality may be less significant in some European countries where Muslims are discriminated against. But in a Muslim-majority country like Turkey, where the principle of laicism is under great threat, it has devastating consequences.

Moritz Weiss, Benjamin Daßler

Soccer Meets Geopolitics

What EU Leaders Should Learn From the Euro 2024

doi: 10.59704/04e8165f5ca78e65

Two competitions are currently predominating Europe's agenda – the UEFA Euro 2024 in Germany and the brute reality of geopolitics with tensions rising due to China's economic and military ascent, Russia's aggressive maneuvers, and Trump looming in the background. While the former will decide over Europe's next soccer champion, outcomes of the latter will arguably shape whether Europe will champion the new geopolitics of the 21st century. To win this competition, we argue that the European Union (EU) does not need a unified military force, but rather a new defense commissioner who would act as a *dual security manager*, bringing together the EU's global entanglements with its economic clout to enhance the military power of its Member States. Just as the world-class striker Mbappé needs a skilled midfield to create scoring opportunities, military strength is geopolitically most effective when backed by economic and diplomatic power. Hence, rather than replacing, the EU should complement the NATO's capabilities with its regulatory capacities.

The best manager coordinates and synergizes the individual qualities of the players

The traditional measure of power – military strength – seems more pertinent than ever. But is either "dying" or "strengthening European sovereignty" really at stake? Does today's EU, *without* a unified military force at its own disposal, have to surrender to the brute reality of geopolitics? We argue "no, not at all". Instead, a smart geopolitical approach by the EU would combine a rigorous focus on creating global complementarities with like-minded international organizations (IOs) with regulatory policies and budgetary instruments that strengthen the military power of EU Member States.

While military strength remains a crucial element of global power, the EU's true comparative advantage on the new geopolitical playing field lies elsewhere, namely in its ability to weaponize the combined economic and military power of its Member States. This strategy goes beyond simply encouraging increased defense spending; it requires a coordinated effort to use the EU's economic clout and regulatory power to enhance the military capabilities of its Members in ways that complement, rather than duplicate, NATO's role. Achieving this ambitious goal will require abandoning the illusion of an independent EU military force capable of unilaterally coercing adversaries. The vision of a European army distracts and thus weakens the EU's efforts. Instead, the new Commission must adopt a genuinely geopolitical approach, focusing on synergy with NATO.

A key figure in this effort should be a newly appointed defense commissioner. Creating such a dedicated position is not simply a matter of replicating a traditional defense minister, but rather creating a *dual security manager*. What do we mean by that? The ideal candidate will have a feasible and practical strategy, capable of orchestrating the complex interplay between the EU's economic and regulatory instruments, its existing partnerships with organizations such as NATO, and the specific military capabilities of individual Member States. Just as each manager of the national teams currently competing in the European soccer championship must coordinate and synergize the individual qualities of his players, a new defense commissioner should act as a dual security manager, bringing together the EU's global entanglements with its economic clout to enhance the military power of its Member States.

Far from being a setback for the pan-European project, abandoning the idea of a supranational army is a wise decision in favor of the EU's true strengths. Just as the twenty-three Euro teams that play without Kylian Mbappé had the chance to win the soccer competition, the EU has the chance to prevail in the geopolitical competition without the creation of a supranational military force. In fact, the opposite is true. Given the peculiar nature of the new geopolitics, the EU can field a formidable team on the global political pitch – one that is particularly well equipped with an underestimated arsenal: Economic clout and regulatory prowess combined with strate-

gic coordination with NATO. These internal and external assets, if used smartly, can make the EU perform like a formidable geopolitical actor: first, by weaponizing vulnerabilities of adversaries; and, second, by weaponizing the military strength of EU Member States.

Complementarities, not duplication, make a great team

To avoid falling behind in the coming geopolitical contests with Russia and China, the EU must not only extend but also improve its well-established cooperation with NATO. While some perceive this partnership as unbalanced, focusing solely on NATO's military strength, it is essential to recognize the complementary capabilities both organizations bring to the table. Much like the players in the most successful soccer teams of this year's Euros, NATO and the EU complement each other perfectly. While NATO focuses on military readiness and defense, the EU skillfully wields its economic instruments and diplomatic channels to tackle current security challenges. This ability to compensate for military shortcomings through strategic partnerships is akin to a team that combines a powerful striker (NATO's military muscle) with a creative playmaker (the EU's economic and diplomatic tools). Together, they form a formidable squad capable of effectively addressing traditional and non-traditional security risks like hybrid threats including disinformation campaigns or sabotage, or cyber-attacks.

Consider the current scenario in Ukraine where the declared objective of both, EU and NATO is to increase the cost of Russia's ongoing military actions. Just as winning a soccer match in the Euros requires both a skilled passer and a reliable striker, the EU's economic influence and NATO's military prowess are equally vital in coercing Russia. Since the beginning of Russia's invasion of Ukraine, NATO-EU cooperation has intensified, evident in regular high-level consultations and joint "progress reports" outlining concrete deliverables. This collaborative approach underscores the EU's capacity to offset its military limitations through strategic partnership. Weaponizing Russia's vulnerabilities requires both economic and military power; rather than a duplication of both. There is no need for two or more Kylian Mbappés, but instead for players who complement his undisputed strengths.

Improving team performance by strengthening individual players

Beyond complementarities with like-minded IOs, internal security management focuses on making individual players, i.e. Member States, better in order to improve the overall team performance, i.e. the EU's aggregate military power in relation to adversaries such as China or Russia. Most significantly, the EU's existing power lies in its ability to use regulatory and budgetary tools to enhance the military capabilities of Member States. For meanwhile fifteen years, the EU has employed significant regulatory power over the European defense industry to improve its competitiveness. By setting standards for the procurement and transfer of military equipment, the EU indirectly influences the military capabilities of its Member States. More and even smarter initiatives are under way. "The European Defence Industry Reinforcement through common Procurement Act" exemplifies this strategy, pre-defining specific military capabilities to better arm Europe's armed forces.

Internally, the EU's main strength lies in its role as both team manager and team sponsor for the security of its Member States. The EU not only sets many of the rules that guide Member States' "security training," it also "seed funds" some of their equipment. Through budgetary innovations such as the European Defense Fund (EDF), the EU provides money to encourage Member States to acquire specific weapon systems and develop capabilities in line with its security objectives for the Union as a whole. This is not just about cash; it is about designing the team's tactics: The EU uses its sponsoring to shape and integrate its Member States' military structures and helps to "Europeanize" defense spending. Here, too, smarter initiatives are underway. In March 2024, the EU agreed on a "European Defense Industrial Strategy" (EDIS) which leverages parts of the EU's budget to incentivize members "to make steady progress towards procuring at least 50% of their defense investments within the EU by 2030 and 60% by 2035."

Weaponizing Member States requires regulatory expertise combined with the use of budgetary instruments in a way that exploits the security-economy nexus of the new geopolitics. Just as Didier Deschamps trains individual players to provide Kylian Mbappé with scoring opportunities, the European Commission is cleverly helping EU Member States to improve their individual military

strength.

The way forward: unleashing the EU's potential as a geopolitical team manager

Relying on economic and regulatory power rather than direct military intervention is not without its challenges. Balancing economic interests with security concerns requires careful calibration. To realize its full potential, coordination among Member States and existing regulatory frameworks need to be improved. The EU can become a "geopolitical champion" by increasing its investment in the economic and technological strength of Member States, rather than duplicating existing military structures. This "smart investment" in critical sectors such as advanced manufacturing and renewable energy empowers states and strengthens the EU's collective influence, enhancing its team performance in the geopolitical contests ahead. A dedicated defense commissioner should play a crucial role in this process. This position will not resemble a traditional defense minister, but rather a dual security manager who will orchestrate the EU's indirect means of geopolitical influence. The vision would be to enhance Europe's security without an army. The fact that this does not sound familiar is a great opportunity rather than a constraint.

Think of the old soccer saying that will certainly be proven after the Euro 2024's finals: Strikers like Kylian Mbappé may win matches, but only with a formidable defense you will prevail in long tournaments like the Euro 2024.

Giulia Raimondo

Beyond Protection

Gender Equality in K, L (C 646/21)

doi: 10.59704/cca998a1db04aff9

Whether and how gender-related violence can constitute a ground to claim and receive asylum has long been a subject of debate in refugee law. While feminist legal scholars have long sought to alleviate the gender-blindness of the original text of the Refugee Convention, the Court of Justice of the European Union (CJEU) only started taking some steps in this direction earlier this year. In *WS*, the Court recognised that women may be regarded as belonging to "a particular social group" (PSG) in a country as a whole, leading to the recognition of their refugee status (for further analysis, see here and here). Its recent decision in *K,L* raised a different question. While WS asked whether women could seek protection in the EU based on their well-founded fear of being persecuted by reason of gender-based violence, *K,L* concerned two young women who, during their stay in the EU, had embraced European fundamental rights standards and values and for that reason faced the risk of persecution upon return.

The CJEU determined that women or specific groups of women who share a belief in an additional common characteristic – such as a belief in gender equality – may be regarded as members of a "particular social group" (PSG), making them eligible for refugee status. This is a commendable development, not least because it reinforces the importance of a gender-sensitive interpretation of the Common European Asylum System (CEAS) by finetuning the articulation of women's protection needs. However, the Court's reasoning still leaves critical gaps in addressing the full spectrum of gender-related persecution. In what follows, I shall offer a more nuanced analysis of the means to achieve a gender-sensitive interpretation of EU asylum law.

The case and its legal background

K, L involved two minor sisters who fled from Iraq with their parents in 2015. After both their initial asylum applications in the Netherlands and subsequent claims were rejected, they appealed this decision to the referring court in The Hague. They argued that during their prolonged stay in the Netherlands, they had adopted "Western" norms, values, and behaviours and feared persecution if they were returned to Iraq due to these fundamental changes in their identities. The Hague court referred the following question to the CJEU:

Can "westernised women" who embrace gender equality and women's rights be recognised as members of a PSG within the meaning of Article 10(1)(d) of the Qualification Directive?

This provision stipulates two cumulative conditions for an individual to belong to a PSG: (1) an internal criterion, which requires that individuals share "an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it"; and

(2) an external criterion, requiring that the "group has a distinct identity in the relevant country because it is perceived as being different by the surrounding society".

Diverging views of EU Asylum Law

Several Member States and the European Commission submitted observations, underlining not only the consequence of this case but also their diverging interpretations of EU asylum law in light of gender equality. Concerning the internal qualifier, the Czech, Greek, Hungarian, and Netherlands governments shared the view that the sisters' arguments were "based on a preference for a certain [Western] lifestyle." This, they argued, "is not a belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it" and, as such, cannot lead to the grant of international protection (Opinion of AG Collins, point 13). In their view, the concept of "Westernised" women and girls is too broad, heterogeneous, and abstract to delineate the existence of a social group in the sisters' case.

Conversely, the Spanish and French governments and the European Commission considered the sisters part of a PSG based on gender and age, which, in their view, con-

stitute "innate characteristics". They also noted that their belief in gender equality developed in the Netherlands could be seen as a shared and fundamental belief in the sense of Article 10(1)(d) of the Qualification Directive.

In his Opinion, Advocate General Collins was reluctant to engage with notions such as "Westernised" women and girls and "Western" lifestyle, which he considered dangerously vague (and, I should add, orientalistic; point 18). Instead, he recalibrated the debate on gender equality as a fundamental EU value and as a principle of Union law that became so central to the sisters' identity so as to qualify them under the internal criterion of the PSG definition. With regard to the external criterion, he also found that "girls and women who believe in gender equality may be perceived as transgressing social mores in Iraq due to manifestations of that belief" (point 48). Interestingly, however, this was not considered to amount to a specific political belief of the sisters, which is also a ground for persecution under both the Refugee Convention and the Qualification Directive.

The judgement

Building on the AG Opinion and its previous decision on women's refugee status, the Court affirmed that the sisters could also be recognised as a "particular social group". Their deeply ingrained belief in gender equality met both the internal and external criteria of Article 10(1)(d) of Directive 2011/95. Living in a Member State during their formative years cemented their belief in equality, making it an indelible part of their identity (points 44-45). They also fulfilled the external criterion since it is plausible that the surrounding society would perceive them as having a distinct identity. In this respect, echoing its reasoning in *WS* (point 54), the CJEU emphasised that it is up to competent national authorities to determine which surrounding society (not necessarily the whole country) is relevant when assessing the external element of the "PSG" (point 50).

In essence, the two sisters can be qualified de facto as "refugees *sur place*", because of their actions outside their country of origin and how that country's authorities perceive them. Drawing on its previous case law, the Court also emphasised that developing a belief in gender equality while abroad cannot be seen as an attempt to abuse the asylum procedure (point 62). This approach is included in Article 10(3) of the 2024 Qualification Regulation. Despite the complex language, this provision forbids national authorities from requiring applicants to adapt or change their behaviour, convictions or identity to avoid the risk of persecution in their country of origin – precisely what some intervening Member States were demanding of the two sisters (Opinion of AG Collins, point 13).

In addition, their belief in gender equality did not need a religious or political connotation, though it could have (point 52). This finding aligns with the UNHCR Guidelines on International Protection No. 2, according to which the Refugee Convention grounds (reflected in the Qualification Directive) are not mutually exclusive (para 4).

Finally, the Court also articulated the requirement to consider the "best interests of the child" when assessing asylum applications, including subsequent ones, in light of Article 24(2) of the Charter and Article 3(1) of the International Convention on the Rights of the Child, and the General Comment No 14 of the UN Committee on the Rights of the Child (point 73).

How to further advance gender equality?

The ruling in *K, L* (C-646/21) marks a milestone in grappling with gender-related persecution within EU asylum law. By recognising the sisters' commitment to gender equality as integral to their identity, the Court acknowledged the profound impact of such values and principles. In so doing, the Court gave gender equality an "axiological dimension", characterising the whole judgment as an endorsement of gender mainstreaming. However, three further steps should be considered to truly align the law with this promise.

Bridging Gaps Post-Istanbul Convention Accession

First, the limitation of gender consideration to membership to a PSG under EU law, without broader alignment with the Istanbul Convention, points to an enduring gap that the Union must address to genuinely embrace a gender-sensitive asylum system. Article 60(2) of the Istanbul Convention – to which the EU recently acceded – mandates a gender – sensitive interpretation of *each* of the Refugee Convention grounds enumerated in Article 1(A)(2), not just with respect to membership to a PSG. By contrast, Article 10 of the Qualification Directive restricts gender considerations solely to PSG membership. This issue remains unresolved in the 2024 Qualification Regulation introduced with the EU Pact on Migration and Asylum.

The (De-)Politicisation of Gender Equality

Second, and related, by relying on this (deficient) legal framework, guided by the referring court and the sisters' asylum claim being exclusively based on their belonging to a PSG (point 24), the CJEU (inadvertently) depoliticised the sisters' belief in gender equality. This belief might have been grasped straightforwardly as an (additional) ground for persecution based on their political opinions. In this respect, UNHCR has long acknowledged that the focus on PSG has led to other applicable grounds like religion or political opinion being overlooked (UNHCR, 2002, para. 28). Scholars have also highlighted that the PSG ground in the Refugee Convention has been overused and narrowly interpreted, often at the expense of the political opinion ground.

Women who obtain refugee status under the PSG ground are often seen as passive and apolitical victims in need of protection rather than as active rights-holders resisting violence and discrimination. Refugee protection thus becomes a mechanism for "saving brown women from brown men" in "backward" and "primitive" societies. Insisting on and broadening the scope of the PSG ground may have the unintended consequence of reproducing those disempowering effects. In this respect, in *WS* the CJEU seemed to import women's transgression of social norms (and political opinions) into the discussion of PSG (point 58). However, in *K,L,* it adopted a more nuanced approach. While focusing only on the PSG, the Court recognised that, depending on the circumstances, the identification with the values of gender equality could also be regarded as a reason for persecution based on religion or political opinion (point 52). Nonetheless, the harm suffered by the two sisters in this case was characterised as "cultural", rather than political, exacerbating the "exclusionary inclusion" of the refugee definition.

Intersectionality and Legal Mobilisation

Third, under the Qualification Directive (Article 4(c)), gender and age are important elements in the assessment of asylum applications. The Court has also emphasised their relevance when national authorities examine a "subsequent application", as in the case at hand. The Court connected the sisters' age to the formation of the sisters' beliefs in EU values during a period when, as children, they formed their identities and their belonging to the PSG discussed above (point 83). The ruling, while progressive, did not fully explore the intersection of gender, age, and the various forms of oppression overlapping in the lives of migrant women and girls, including the sisters in *K,L*.

In particular, the equation of "westernisation" with the fundamental value of equality between women and men betrays a Eurocentric stance that risks ignoring "the complex intersections of race and gender shaping both women's experiences and the racialised politics of protection". The Court did not address this issue, nor the political sisters' political opinions because it was not asked to do so, and the applicants specifically relied on their "westernisation" to build their claim. EU legal mobilisation can be crucial in blurring the boundaries of EU (asylum) law. Yet, the impact of this strategy is contingent on lawyers, advocates, and other collective actors working hard, often in challenging conditions, and with little access (or time to devote) to interdisciplinary expertise to respond to refugee women's protection needs.

Concluding remarks

Rather than triggering a feminist revolution, the Court's replies to references in cases involving refugee women align (to the extent possible) the CEAS with existing international standards, following the thread started with *WS*. An intersectional feminist perspective reveals a more fundamental problem with the CEAS and the Court's pertinent case law. For as long as the EU does not allow international protection requests at embassies or the possibility to reach its borders and lodge their requests safely, women will continue to face unsurmountable barriers to be able to seek any protection in the first place.

Ultimately, while commendable, *K, L* underscores the ongoing struggle to realise gender equality within EU asylum law, raising vital questions about who benefits from gender mainstreaming, including through the development of case law, and who may still be marginalised. The emancipatory potential of gender equality in the CEAS can only be fully realised by moving beyond the notion of "refugee women" as a homogenous category and the "racialised politics of protection" undergirding it.

Natalie Alkiviadou

Prison for Fake News

A Proposal to Criminalize Fake News in Cyprus

doi: 10.59704/77977eadcc5ea19f

In Cyprus, a new legislative proposal introduces a prison sentence of up to one year and/or a fine of up to EUR 3,000.[1] I argue that criminally punishing fake news is absolutely horrifying for free speech, for media pluralism, and for democracy. Criminalizing fake news is, to say the least, highly problematic for a number of reasons. It has a "chilling effect" and it causes a self-censorship by media and civil society organizations, activists and average citizens. Moreover, the concept of fake news is highly ambiguous and contested which reduces the certainty and clarity of its regulation. Furthermore, criminalizing fake speech is, in fact, counterproductive as it is not reducing the content but "often draws more attention to it." While criminalizing fake news is normatively wrong, it is especially problematic in countries like Cyprus, which are already marred by a tainted media landscape. The country landed at place 65 out of 180 in the 2024 World Press Freedom Index of Reporters without Borders (RSF) – just after Sierra Leone and before Argentina, labelling the current state of the art as "problematic".

Current proposal

On 3 July 2024, the Legal Committee of the Cyprus Parliament discussed a proposed amendment on the dissemination of fake news, threats, insults and obscene images online. The amendment will be presented to the Cyprus Parliament in September 2024. In this post, I only focus on the aspect of fake news. The new proposal specifically uses the terminology of fake news instead of more commonly used disinformation. However, in this post the terms *disinformation* and *fake/false news* are used interchangeably, both of them entailing the element of intent, contrary to the concept of *misinformation*.

Despite the fact that European and international institutions condemn the criminalization of fake news, Cyprus is not the only State of the European Union to take this route. Malta criminalizes fake news with a prison sentence from one to three months, or between three and six months if the offence results in disturbance. Hungary also punishes fake news with a prison sentence, a country which has been systematically experiencing a deterioration of the rule of law.[2] Hungary is ranked 72 out of 180 and it has received a score of 67 out of 180 in the RSF Index. In all said countries, the situation of the freedom of press is ranked as "problematic". In 2021, Greece amended its Criminal Code to prohibit fake news. Human Rights Watch urged the Greek Government to immediately revoke these provisions noting that this law could be used to "punish media professionals, civil society, and anybody who criticizes or takes issue with government policies, creating a chilling effect on free speech and media freedom." This law was finally scrapped.

The perspectives of the EU, the Council of Europe and the UN

By no means do I mean to downplay the effects of disinformation which is undoubtedly a "systemic challenge for democracies". While disinformation is not a new phenomenon, technological advances allowing for cheap disruption in the post-truth era of the global online ecosystem of information pose challenges to societies at large. But alas! This does not mean we should be criminalising it. In fact, all major organizations that Cyprus belongs to warns us against this. Let us start with the European Union which, in recent times, has been quite restrictive with freedom of expression in relation to other forms of contested speech such as hate speech. Even so, a 2018 High Le-

[1] Editorial remark: The initial version of this post included the following sentence: "In Cyprus, a new legislative proposal introduces a prison sentence of up to five years for those spreading fake news."This post was amended on 3 September 2024.

[2] Editorial remark: The initial version of this post included the following sentence: "In the European Union, the only country with a fake news prison sentence equivalent to the Cypriot proposal is Orban's Hungary which has been systematically experiencing a deterioration of the rule of law."This post was amended on 3 September 2024.

vel Expert Group on Fake News and Online Disinformation established by the European Commission warned that "any form of censorship either public or private should clearly be avoided". Rather, the experts put forth ideas such as increased transparency of online news (particularly funding sources), media literacy, research, creating tools to empowers users and journalists to address disinformation and protecting the diversity and sustainability of the European news media ecosystem. Even during the Covid-19 pandemic, the European Commission had warned that penal laws passed during that time for purposes of tackling disinformation could lead to "self-censorship and raise particular concerns as regards freedom of expression".

Under the EU's Digital Services Act (DSA) which came into force in 2024, very large online platforms have a duty to mitigate risks such as disinformation, assume responsibility for the actions they take and systemic risks they pose (including on disinformation). Moreover, the DSA adopts a co-regulatory framework together with the 2022 Code of Practice on Disinformation. The Code includes aspects such as financial incentives, user empowerment, fact checking and research support. In short, the EU has in place a mechanism to deal with online disinformation, with the online sphere being the central framework through which fake/false news/disinformation are disseminated through.

Further, the European Media Freedom Act, which also entered into force this year, with its rules becoming fully applicable in 2025, aims at facilitating the operation of public and private media across borders *without undue pressure* and taking into account the digital transformation of the media space. This is a "notable step forward in introducing the language of media freedom and protection of journalists within the corpus of EU law." The EMFA notes that "quality media services are also an antidote against disinformation" and that silencing journalists as a result of, amongst other things, censorship and cancelling of dissenting opinions should be avoided. While the EMFA does not provide for directly applicable rights, the Cypriot parliament is urged to consider the fact that a piece of (criminal) legislation could cause journalists to self-censor themselves.

Moreover, Cypriot authorities should urgently look at the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) which has underlined that laws prohibiting false information violate freedom of expression. In *Salov v. Ukraine* (2005), the ECtHR held that a prosecution for "dissemination of false information" under Ukraine's election legislation violated the right to freedom of expression under Article 10 ECHR. Importantly, the Court held that Article 10 of the European Convention on Human Rights (right to freedom of expression) "does not prohibit discussion or dissemination of information received even if it is strongly suspected that this information might not be truthful." This approach was followed also in cases against Poland involving the prohibition of false news/untrue data and information. The said case-law reflects that the prohibition of false news or disinformation is incompatible with the freedom of expression.

The United Nations also adopts this stance. Prohibiting (let alone criminally punishing) false news or disinformation is incompatible with international human rights law. In a Joint Declaration of Special Rapporteurs on Freedom of Expression of the United Nations, the Organization for Security and Cooperation Europe and the Organization of American States underlined that "there should be no general or ambiguous laws on disinformation, such as prohibitions spreading falsehoods or non-objective information." The UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression noted that disinformation is an "extraordinarily elusive concept to define in law" and susceptible to providing executive authorities with "excessive discretion to determine what is disinformation, what is a mistake, what is truth". As such, the penalisation of disinformation is "disproportionate" under international human rights law.

Conclusion

As underlined by the European High-Level Group on Fake News and Online Disinformation mentioned above, censorship must be avoided. Scholars such as Barata and Calvet-Bademunt have argued that disinformation must be tackled by "non-repressive mechanisms such as media ethics, communication policies, reinforcement of public service media, or promoting media pluralism." Adopting legal provisions to prohibit disinformation/fake news and to criminalize it with the penalty, therefore, has no place in a liberal democracy. Also, the European Court of Human Rights has noted the incompatibility of such laws with freedom of expression and the European Convention on Human Rights. Moreover, there is evidence that laws such as the one proposed in Cyprus can have chilling ef-

fects on freedom of expression and media freedom. Silencing speakers can set the scene for conspiracists to turn into martyrs, while not actually making "false ideas" disappear. The Cypriot authorities must also bear in mind that the sheer propensity of the central forum through which the majority of speech is disseminated (the online world) is large and hard to regulate. In brief, sending someone to jail for fake news could open a can of worms.

Ann-Katrin Adriaans

Restitution for Pushback Victims

An Attempt to Turn Back Time

doi: 10.59704/1958674dec171dfb

Despite the trauma caused by the brutality of pushbacks, victims often attempt to return to the expelling state's territory, driven by desperation and the search for a better life. In doing so, they risk repeated violations of their rights. This vicious circle has to be broken. As reparation for the violation of their rights, restitution allowing for their return to the territory of the state responsible for the violation should be granted. This victim-centered approach allows their primary goal of re-entry into the state territory to be achieved through legal means.

Pushbacks - a longstanding albeit unlawful practice

European states pride themselves on the principles of human rights and the rule of law but turn a blind eye to the violations of these principles occurring in the attempt to prevent migrants from crossing their borders. A small NGO, Aegean Boat Report, monitors the situation of people on the move in the Aegean Sea: On Sunday 14 July 2024, 109 people, including 21 children, were found floating in seven life boats. Many had been kidnapped by masked men on Greek islands, robbed, beaten, and left helplessly drifting in the middle of the sea. The NGO publishes reports like this every few days. In June alone, 37 illegal pushback cases by the Greek Coast Guard were documented, affecting 957 people.

Pushbacks, a practice where migrants are apprehended during or shortly after crossing the border and expelled from the state's territory without individual case assessment, blatantly violate human rights and migration laws. Yet, they have persisted as systematic border policy since 2016.

Restitution as a primary form of reparation: legal perspectives and migrant interests

Rule of law demands access to justice through legal remedies in the event of unlawful conduct. The outcome of remedial proceedings in the form of concrete measures to redress the harm is referred to as reparations. In state responsibility law, the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) define different forms of reparation, emphasizing restitution – the reestablishment of the situation that existed before the unlawful act – as primary reparation form, when materially possible and proportionate (Art. 35 ARSIWA). Compensation is only considered in so far as such damage cannot be adequately made good by restitution (Art. 36 I ARSIWA).

I argue that restitution should be the primary form of reparation offered in pushback scenarios involving returning the pushback victims to the expelling state's territory. This may require physical transfer and judicial actions to annul the expulsion. Such actions can be conceived as reparations for violations related to expulsions, particularly the prohibition of refoulement (Arts. 2 and 3 ECHR) and the prohibition of collective expulsions of aliens (Art. 4 of Protocol No. 4 ECHR). However, restitution is materially impossible for other violations typical of pushbacks, like violations of the right to life (Art. 2 ECHR), the prohibition of torture (Art. 3 ECHR), and the provision on the protection of property (Art. 1 of Protocol No. 1 ECHR).

There are several compelling reasons to establish restitution as primary redress method in pushback scenarios. First, human rights reflect the core of human dignity, consequently their violation often has severe consequences. The most fervent wish of victims of human rights violations is to turn back time, and the law should at least be used to get as close as possible to the victim's desire. Second, unlawful expulsions cause non-pecuniary losses, so financial compensation alone cannot fully restore the victims' pre-injury state. Restitution is more appropriate since the victims did not suffer financial loss. Moreover, there is the possibility that compensation money would be used to cross the border irregularly again, for example by paying smugglers, thereby incentivizing a circle of irregular border crossings and pushbacks.

In Germany, a special state liability claim directed at mere restitution, called "Folgenbeseitigungsanspruch", was used in cases from 2019 and 2021 to obtain rulings

requiring the State to enable the return of the claimants expelled under the "Seehofer-Deal". This agreement between Germany and Greece permitted the deportation of migrants, previously registered in Greece and apprehended immediately after crossing the border, back to Greece within 48 hours without any legal protection or procedure. The judgments demonstrated a successful application of restitution for intra-European pushbacks. However, since a claim for restitution is not provided for in other domestic legal systems, such as in Greece where illegal pushbacks regularly occur, obtaining similar decisions in these legal systems is difficult.

Reparations and the role of the ECtHR

The ECtHR plays a crucial role in determining how human rights violations are remedied, both within domestic legal systems and in its own proceedings. However, the ECtHR has yet to firmly establish restitution as a primary form of reparation, particularly in the context of pushbacks.

At the primary level of human rights protection – the domestic legal systems – restitution could be guaranteed through the right to an effective remedy under Art. 13 ECHR. This can be approached from two perspectives: the state's obligation to provide appropriate redress and the criteria for the effectiveness of a remedy. Regarding the first, the court could establish restitution as starting point for determining appropriate redress. Concerning the second, the effectiveness of a remedy could be measured by its ability to achieve its primary objective – undoing the injustice, ideally by restoring the situation prior to the violation.

However, the ECtHR has, so far, not provided clear guidance on the nature of the redress required under Art. 13 ECHR. Instead, it emphasized the state's discretion in the matter. It held that the protection offered by Art. 13 ECHR is not specific enough to mandate a particular form of remedy, allowing domestic authorities to choose compensation over restitution without justification or assessment of proportionality. Furthermore, according to its jurisprudence, the criteria of effectiveness as well as the overall scope and extent of the obligations under Art. 13 ECHR vary depending on the nature of the violated right. Specifically, when the prohibitions of refoulement (Arts. 2 and 3 ECHR) and collective expulsions of aliens (Art. 4 of Protocol No. 4 ECHR) are violated, the Court has focused on whether domestic remedies effectively protect applicants from unlawful expulsions, considering preventive measures but not restorative ones.

At the secondary level of protection, the ECtHR intervenes after all domestic remedies have been exhausted. This provides for an additional platform to promote restitution.

Art. 41 ECHR's wording limits the Court's own power to award redress, as it may only grant just satisfaction to injured parties (traditionally through financial compensation), if domestic law provides only a partial reparation. However, the Court began to utilize the gateway of Art. 46 (1) ECHR to emphasize non-monetary reparations. This Article mandates that states must abide by the Court's final judgments. According to the court's interpretation, this may include the obligation to remedy a confirmed violation of the Convention through reparational measures that go beyond mere financial compensation. While the states enjoy some discretion on how to comply with judgments, the execution process is supervised by the Council of Europe's Committee of Ministers (Committee of Ministers). According to its rules of procedures, the Committee of Ministers examines whether individual measures have been taken to ensure that the applicant is put, as far as possible, in the same situation as before the violation, thereby emphasizing restitution. If a state fails to implement a judgment adequately, the Committee can initiate infringement proceedings under Art. 46 (4) ECHR.

So far, infringement proceedings have occurred twice, both involving cases of unlawful, prolonged detention. In these instances, the Court stressed that the states must bear in mind the priority of restitution when exercising their choice of individual measures to execute judgements, explicitly referring to Art. 35 ARSIWA. It emphasized that an exemption to the rule of restitution is only conceivable if the state can demonstrate that providing restitution is either impossible or requires a disproportionate burden.

Additionally, the ECtHR is increasingly willing to anticipate the supervision mechanism and to request remedial measures already in its judgments. This happens when the ECtHR deems it necessary to assist the state in remedying systematic violations or when it sees only one way to fully implement the judgment. While it is welcome that the court is increasingly taking a position on necessary remedial measures, this development is still pending with regards to restitution in pushback scenarios. An examination of case law reveals that the Court

has called for restitution under Art. 46 (1) ECHR primarily in property disputes or cases of unlawful detention, but never in cases of unlawful expulsion involving violations of the prohibition of refoulement (Arts. 2 and 3 ECHR) or the prohibition of collective expulsions (Art. 4 of Protocol No. 4 ECHR). The Court has requested specific remedial measures under Art. 46 ECHR in only two expulsion-related cases. In *M.S.S. v Belgium* the Court takes position on the prevention of any further unlawful expulsions from Greece to the applicant's home country but fails to address the already executed expulsion from Belgium to Greece concerning individual remedial measures. In *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, which involved pushbacks at sea, the court specified remedial measures for those expelled in violation of the non-refoulement principle and mentioned diplomatic assurances to prevent ill-treatment.

Since the Court has confirmed the priority of restitution within the framework of the ECHR and has referred to the ARSIWA articles in its jurisprudence, the court should apply this approach stringently in cases of unlawful expulsion and take a position on it under Art. 46 ECHR. There is room for the Court to incentivize restitution under Art. 46 ECHR, considering pushbacks constitute systematic human rights violations that lead to recurring cases before the Court.

Advocacy for a progressive stance on restitution

Overall, it appears that the ECtHR views expulsions as actions resulting in unchangeable circumstances, not allowing for restitution. The Court stated that the effects of a violation of Art. 13 ECHR through expulsions are potentially irreversible and has expressed doubts on how domestic authorities could offer suitable redress without a suspensive effect of remedies in refoulement cases. Consequently, it focuses on preventive remedial measures. Moreover, the Court limits its comments on restitution to infringements of certain legal positions – the freedom of movement in detention cases and ownership in property cases – which appear to be more profound or of longer duration than the individual's presence in a state's territory prior to a pushback.

However, there is no formal legal basis to justify this approach, that limits restitution solely to specific legal positions or to require an extended duration of holding a legal position for restitution to be applicable. Particularly when the non-refoulement principle is violated through pushback practices, there exists an inherent risk to the life or well-being of the victim in the receiving country that can manifest at any time. This justifies the presumption of an ongoing violation and the need for restitution to protect the victims from the realization of these risks.

Hence, the ECtHR is urged to take a resolute stance on restitution in the context of pushback scenarios. This would address the states' perception of immunity regarding pushback actions and would signal states that expulsion from their territory is ultimately futile because victims have an enforceable right to re-entry. This change could undermine the purpose of pushbacks and contribute to ending violence and systematic human rights violations at EU borders. Lastly, human rights lawyers should pursue restitution in legal proceedings, pushing for a modification of the Court's current reparation doctrine toward the restitution principle.

However, such a victim-centered approach is regrettably unlikely to gain traction given the states' recent efforts to keep irregular migrants out at any cost. Examples include the CEAS reform's border procedure and Finland's legalization of pushbacks at the Russian border in violation of international obligations. This prevailing sentiment among European states will also affect the ECtHR's stance.

Marta Cartabia

A Network in Defense of the Rule of European Constitutional Law

doi: 10.59704/83674db2eba3254e

In the face of the insidious erosion of the role of the judiciary, which is undermining the powers and the independence of many courts worldwide, European national courts stand in a stronger position than elsewhere. They benefit from the support of a robust network of actors, all committed to the defense of the same European values.

Initially, the crisis of the rule of law in Poland and Hungary caught the EU off guard. Europe was unprepared to face an unprecedented attack on the independence of the courts in some of its member states. At the time, Courts were at the apex of their success, as they have been the cornerstones of the new constitutionalism, born from the ashes of totalitarianism, that has dominated the scene for over 50 years. No one anticipated such a sudden turn of events.

The rule of law crisis marked a watershed in the development of constitutional democracies, in Europe as elsewhere. Today, we are living in a new different phase of constitutionalism. The role of courts, the protection of fundamental rights, and the rule of law are a matter of concern. Both in public discourse and in scholarship, they are often described as useless, burdensome and aristocratic limits to the will of the people. We see numerous concrete historical examples of attacks against the judiciary which raise alarms. Even in countries with a strong tradition of judicial independence like the UK, the atmosphere has changed and not for the better, and maybe judicial institutions as such are not openly attacked, but their decisions are disregarded. A striking example is the saga on Rwanda: With a decision issued on 15 November 2023, the Supreme Court found that sending asylum seekers to Rwanda was unlawful because the country is not safe and therefore asylum-seekers would be at risk of refoulement. In response, the Government planned a new treaty with Rwanda and in parallel introduced an emergency legislation designing Rwanda a safe country and thus overcame the prohibition decided by the Supreme Court, for more see Alice Donald on this blog.

A reason for optimism, or at least of a realistic hope

Yet, I see a huge difference between the position of the judiciary in European countries and in other parts of the world. Outside Europe, Courts are in the uncomfortable position of being the target *and* the remedy to the attacks to the rule of law. In Europe, the crisis has triggered the development of a number of countermeasures of political, financial, dialogical-persuasive and judicial nature. As a result, national Courts are not left alone. They can count on a network of institutions that mutually reinforce one another and are all committed to the same purpose: the defense of the rule of (European constitutional) law.

The example of the Israeli Supreme Court

Consider the announced (and partly implemented) judicial reform in Israel, a case in point. In response to a reform aimed at significantly curbing its powers, the Supreme Court issued a milestone decision on January 1st 2024. The Court first affirmed its power to review basic laws, endorsing the doctrine of unconstitutional constitutional amendments. Second, it struck down the basic law through which the Knesset sought to limit the Supreme Court's powers to review government acts on the ground of reasonableness.

The Israeli Supreme Court found itself in the uncomfortable position of being both the target and the defender of constitutional values, and namely of a robust independent judiciary. In this specific case, the Court proved strong enough to successfully resist the attack. However, while the first part of the decision received endorsement by a large majority, the second part, focusing on the reasonableness control, garnered support by a narrower 8-7 majority. The overall impact of this decision on the Court's power remains unclear. It is difficult to predict whether the Supreme Court has been reinforced or weakened by this necessary and courageous decision.

For a European rule of constitutional law

Consider now a hypothetical, unlikely, imaginary situation with similar events taking place in a European country (the tone is ironic, indeed, considering that court curbing is a trendy exercise worldwide, through various methods). Indeed, in front of an attack to the national judiciary, domestic remedies need to be activated in the first instance. National judicial review must take the initial step in addressing these unfortunate situations. National judges and constitutional courts serve as irreplaceable frontline safeguards. Even from a European perspective, they are expected to have the first say in line with the principle of subsidiarity which is a core tenet of the European system.

And yet, after more than a decade of "trials and errors", in Europe judges know – and, most importantly, European citizens know – that they can count on other additional supports and backups.

On the European stage, by now we can identify at least four categories of actions that can be taken with the aim of countering threats to the rule of law in general and to the integrity of the judiciary more specifically: *political* (Art. 7 TEU), *financial* (the conditionality regulation 2020/2092), *dialogical-persuasive* (the Commission rule of law reports and the opinions of the Venice Commission) and *judicial* indeed: the decisions of the two European Courts in defense of the rule of law are countless. All these different types of actions reinforce each other. In particular the role of supranational courts is more effective thanks to the actions taken by other European institutions.

In Europe, the rule of law has been reinforced by a *constitutional* and a *European* dimension. The national judiciaries are not left alone. Rather, they are supported by Constitutional courts in the domestic arena and by European actors in the supranational context. The old continent is ruled by a multiple sphere of constraints, which are political, financial, legal, constitutional and European.

The current challenging situation makes even clearer the added value of belonging to a broader family that is united by bonds of common values, supported by a network of committed political and judicial actors, and yet pluralistic in nature.

Looking Retrospectively

If we look back at our history, the relations between national and supranational courts in Europe have not always been a honeymoon.

First, the development of common constitutional principles in Europe, particularly in the field of fundamental rights, along with the case law developed by the two European Courts challenged or, to put it better, were perceived as challenging the monopoly that national constitutional courts had as the guardians of rights. The core business of national constitutional courts, namely the protection of fundamental rights, has incrementally become a shared mission: on the one hand, with both the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union and, on the other hand, with the national judges who are indirectly empowered by the principles governing the European Convention and, even more so, by European Union law.

Second, as the European Courts gained greater importance, national constitutional courts have lost their position of final authority and this was a major change. In most countries, the decisions issued by a constitutional court are final within the domestic system and no appeals are allowed.

And yet, within the European context, the same decisions are not at all final. The same case can be brought before one of the two European Courts, especially the European Court of Human Rights, even after a national constitutional court has given its ruling. This is not a remote possibility. In fact, there have been many cases decided in Strasbourg where an individual complaint has challenged a previous decision by a national constitutional court. For instance, the *Hannover case,* a landmark German case on the right to privacy, and the *Lopez Ostra case*, a Spanish case on the right to environment, are famous examples where the ECtHR reversed the decisions taken by the respective national constitutional court. In other cases, the Strasbourg Court confirmed the decisions of national constitutional courts. For instance, in the case relating to the strike of the *Beamte* in Germany, *Humpert v. Germany*, if one reads the German decision, it seems clear that the Karlsruhe's reasoning was (also) addressing the Court of Strasbourg, as if bearing in mind the likely possibility that an unsatisfied German citizen could bring an individual complaint to the Court. As it turned out, sometime later the prediction came true.

All in all, the possibility of further review by supranational courts on the same case ultimately enhances the quality of domestic decisions. Conflict and disagreement between national and supranational courts arise, just like in any group of friends and family. Occasionally, they may hold divergent views on the same cases, follow different interpretations of the same rights, or provide different balances between competing principles.

And yet, the supranational context brought to light that national constitutional courts, while final in their domestic systems, are not infallible (paraphrasing Justice Robert Jackson). Today, national constitutional courts in Europe are neither infallible nor final.

Not only have European Courts eroded the monopolistic position of the national constitutional courts, but they can also contradict them and challenge their final position in the system. It is no surprise and no scandal, therefore, that national constitutional courts initially perceived the European Courts as competitors in the same marketplace and that some of them have occasionally taken a defensive stance.

Over time however, national courts, including constitutional courts, have come to realize that their role and power are not diminished by the presence of other human rights adjudicators, especially at the supranational level. On the contrary, they mutually support and strengthen each other.

In fact, on the hand, national constitutional courts implement ECHR and EU Law, contributing to the dissemination of the European law and case law within the member states (in a way they act as European courts at the local level). On the other hand, the European law on fundamental rights provides national constitutional courts with additional instruments, tools and arguments for reviewing national legislation.

National constitutional courts are empowered – rather than undermined – by the very presence of other counterparts in Europe rowing in the same direction. The same is true and can be repeated the other way around, that strong domestic courts are essential for the proper functioning of the European system.

It is a win-win situation. Indeed, even in this collaborative environment, specific cases may still lead to disagreements and conflicts. Yet, in the long term and in a broad perspective, all judicial actors are partners in the same game rather than rivals.

Creating virtuous synergies

Over the past decade or so, the different judicial (along with non-judicial) institutions across Europe have shown an extraordinary ability to "close ranks" and work together for the common goal of protecting the *rule of* European constitutional *law*, made up of common constitutional principles and traditions, whereby any power is free to interpret their national identity but at the same time is bound to abide by a higher law.

The erosion of the rule of law in some countries has triggered a stricter legal cooperation in Europe among courts, along with other political and non-political supranational institutions. As the (then) President of the European Court of Human Rights O'Leary recently emphasized – especially during the solemn hearing of the Opening of the Judicial Year 2024:

> "…[w] here the common values underpinning the Convention are openly challenged, common values which derive from Europe's common constitutional heritage, both European courts assist directly and indirectly in their defence, in defence of the other European system and in defence of independent and impartial national constitutional and supreme courts."

In these turbulent times, Europe has demonstrated its ability to create virtuous synergies for a common purpose, with the judiciaries actively engaging in this collaborative effort. They reference each other's work and row in the same direction, thereby enhancing the effectiveness of actions taken by any other institutions. They can do better, if only they decide to overcome their reluctance to a more formal cooperation, by means of instruments that are on the table, but are still to be (fully) implemented: like Protocol 16 to the ECHR and the Accession of the EU to the ECHR, for example.

Over the past years, experience teaches that courts' cooperation brings benefits to all actors involved. All in all, if we broaden our perspective and look at other countries, we can humbly say that, in this turbulent era, any citizen should feel safer and more secure within our European complex, multilayered, and sometimes bizarre and convoluted legal system than in single, isolated countries.

Mischa Gureghian Hall

Giving Covenants Swords

The UN Security Council's Competence to Enforce Provisional Measures of the ICJ

doi: 10.59704/c2c8b7ae9c5d5fe5

The classical Hobbesian critique of international law famously asserts that "covenants, without the sword, are but words." Accordingly, given Israel's persistent non-compliance with the ICJ's provisional measures in *South Africa v. Israel*, on 29 May 2024, South Africa implored the UN Security Council to act as such a sword. It requested "the Security Council to give effect to the Court's judgments" (p. 23) under Article 41 of the ICJ Statute, submitting a 120-page dossier detailing Israel's non-compliance with the Court's provisional measures. This post shows why the discussions on whether the Council lacks the statutory authority to supervise and enforce the Court's provisional measures under the ICJ Statute overlook the broader point. Namely, the Order on provisional measures is the perfect legal evidence for the Council to trigger its powers under Chapter VII and thus end the humanitarian calamity in Gaza.

The settled question: binding nature of provisional measures

While the matter of *how* provisional measures indicated under Article 41 of the ICJ Statute may be enforced is certainly far from a definitive conclusion, whether such provisional measures impose binding obligations on States has long since been settled. The Court seminally affirmed in *LaGrand* that "orders on provisional measures under Article 41 have binding effect" (para. 109). The statutory basis for the Court's conclusion lies in Article 94(1) of the UN Charter, which provides that "[e]ach Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party." The ICJ found the term "decision" under this paragraph to encompass provisional measures.

The Court has since recalled the binding nature of provisional measures in every order on provisional measures it has issued since *LaGrand*, including in all three orders in *South Africa v. Israel* thus far. The existence of binding obligations under provisional measures for parties to a contentious dispute – as a normative matter – is thus beyond reproach. The question, in turn, becomes: if the Court's provisional measures are legally binding on paper, how can States' compliance with them be enforced?

The unsettled question: "decision" vs. "judgment"

While South Africa's dossier implies that the Security Council's competence to enforce compliance with the ICJ's provisional measures is uncontroversial (para. 36), it remains a matter of significant doctrinal disagreement whether the Council's enforcement authority is confined to final "judgments" of the Court or if it also extends to orders on provisional measures. Pursuant to Article 94(2), the UN Charter envisions the Council as the primary enforcer of the ICJ's judicial pronouncements:

> *If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.*

This provision must be distinguished from the preceding paragraph of the same Article for its use of the word "judgment," the official term for the Court's pronouncements on preliminary objections and the merits of a given case, as opposed to "decision" as used in paragraph 1, which the ICJ found refers "not merely to the Court's judgments but to any decision rendered by it" (*LaGrand*, para. 108). It is from this differing terminology, whereby "decisions" are considering binding while "judgments" are enforceable by the Security Council, that the interpretational debate regarding the Council's competence to enforce provisional measures originates from. Regrettably, neither the ICJ nor the Security Council have opined on the matter. In the *Lockerbie* cases, the Council declined to act under Article 94(2) in connection with judgments of the ICJ on preliminary objections in light of

their purely procedural and jurisdictional character. This precedent cannot, however, be applied to orders on provisional measures, which are not procedural orders but rather create substantive obligations that "bind the parties independently of the factual or legal situation which the provisional measure in question aims to preserve" (*Ukraine v. Russia*, para. 391).

The relevant entries in the leading commentaries on the UN Charter (mn. 20) and the ICJ Statute (mn. 52), both authored by Karin Oellers-Frahm, interpret the term "judgment" in Article 94(2) as applying only to formal final judgments, not orders on provisional measures. Other scholars such as Robert Kolb, on the other hand, have argued that the provision must be interpreted in light of the progressive jurisprudence of the Court, with "judgments" encompassing all decisions of the Court of a binding character, including provisional measures (p. 656). In a different vein, Judge Philip Jessup argued from the bench that "[t]here is no clear distinction between 'decision' and 'judgment' – the terms can be used interchangeably" (p. 332). Alternately, Shabtai Rosenne has contended that the term "decision", as opposed to "judgment", "refers to the operative provision of the judgment," distinguishing the terms of the *dispositif* of a mandatory pronouncement of the Court from its reasoning in a given document (p. 1571). But whatever the case, it does not appear that the Council would need to assume any position on this debate to take action to enforce the ICJ's provisional measures in *South Africa v. Israel*.

Asking the wrong question: Article 94 and Chapter VII

It is implicit in the recent resolutions of the Security Council that the situation in Gaza constitutes a threat to international peace and security within the meaning of Article 39 of the UN Charter. This empowers the Council to act under Chapter VII of the Charter to "decide what measures shall be taken … to maintain or restore international peace and security." While decisions undertaken by the Council under Chapter VI *may* have binding effect, those taken under Chapter VII are automatically binding on all States by virtue of Article 48 of the Charter. The Council's authority under Chapter VII is necessarily broad and can be exercised appropriately to enforce provisional measures indicated by the ICJ regardless of whether the term "judgments" under Article 94(2) of the Charter encompasses orders on provisional measures.

While this latter question is important insofar as its answer would contribute to a clearer understanding of the Charter's provisions, it is by no means dispositive of the Security Council's authority to take binding action to enforce the already binding orders of the ICJ. A case in point comes in the Council action with respect to the ICJ's 8 April 1993 Order on provisional measures in the *Bosnia v. Serbia* case under the Genocide Convention. Faced with continued hostilities, eight days following the Court's Order, Bosnia, invoking Article 94(2), requested the Security Council "take immediate measures under Chapter VII of the Charter to stop the assault and enforce the Order of the International Court of Justice". The Council did act, but not explicitly under Article 94(2). In response to Bosnia's request, the Council enacted Resolution 819 (1993), in which it took note of the ICJ's provisional measures Order (preambular para. 2) but did not explicitly invoke Article 94(2) or the terms of the Court's Order. Instead, it reaffirmed Resolution 713 (1991), where it previously determined the situation constituted a threat to international peace and security, and issued a set of binding demands directed to Bosnian Serb forces and other parties to the conflict – including a ceasefire – specifically invoking Chapter VII as the basis for its decisions.

Availing itself of its Chapter VII authority in the face of Serbia's non-compliance with the ICJ's order, but without acting specifically under Article 94(2), the Security Council was able not only to take enforcement action, but also take measures outside the strict purview of the Court's provisional measures to prevent the same humanitarian calamity the Court sought to fight off but was powerless to in certain respects. For instance, the Court could not issue an order binding Bosnian Serb paramilitaries – non-State armed groups – instead directing an order to Serbia to exercise its influence over such groups to prevent genocide. The Council, however, acting under its broad Chapter VII authority, was able to make decisions binding on such groups through Resolution 819 (1993), which ultimately sought to contribute to preventing the same brand of irreparable harm or prejudice the Court sought to but could not do due to the strictly inter-State nature of its contentious jurisdiction. The Council notably could not have taken such measures if it confined itself simply to "give effect" to the provisional measures of the ICJ.

While the clarification of the scope of Article 94(2) – either by the ICJ or the Security Council – would be

long overdue, with the severity of the humanitarian crisis facing the people of Gaza, the interests of expediency and urgency overshadow those of statutory clarity and resolving interpretive ambiguity. Security Council action under Chapter VII thus represents the most promising form of *de facto* enforcement of the ICJ's *South Africa v. Israel* provisional measures without unnecessarily demanding the resolution of debates on the scope of Article 94(2) that could hamper swift and decisive action. This alternate form of Security Council oversight of provisional measures is even noted by scholars who deny that Article 94(2) directly empowers the Council to give effect to provisional measures (e.g., Lando, p. 31).

It should be noted that this interchangeability is not the case in every contentious ICJ proceeding. Take, for example, the *Anglo-Iranian Oil* case, where in 1951, the Security Council shelved discussion of the UK's request for the enforcement of provisional measures pending the decision of the Court on preliminary objections (in which the Court later dismissed the case for lack of jurisdiction). That case did not concern a threat to international peace and security, potentially explaining why the Council did not take independent Chapter VII action as it did in *Bosnia v. Serbia*, where the Court had also not yet opined on preliminary objections.

But this does not render the Court's provisional measures irrelevant to Chapter VII action by the Council. It is necessary to view the ICJ's exercise of its authority to indicate provisional measures (particularly during armed conflict), as Judge Charlesworth recently argued, "as a means to contribute to the purpose of maintaining international peace and security, which is entrusted to the United Nations and to the Court as its principal judicial organ" (para. 36; see also references cited therein). The Court's assessments of the situation in Gaza throughout its Orders must be seen in this light. In its first Order, the Court noted that Israel's offensive had already resulted in "a large number of deaths and injuries, as well as the massive destruction of homes, the forcible displacement of the vast majority of the population, and extensive damage to civilian infrastructure" (para. 46). In its third Order, the Court observed "that the catastrophic humanitarian situation in the Gaza Strip which, as stated in its [first Order], was at serious risk of deteriorating, has deteriorated, and has done so even further since the Court adopted its [second Order]" (para. 28).

While the ICJ cannot be expected to explicitly spell out that the conditions for Chapter VII action by the Security Council have been fulfilled given its narrow subject matter jurisdiction, the content of its provisional measures in *South Africa v. Israel*, alongside the necessity for the indication of fresh (and progressively more forceful) measures on three occasions, clearly evidences the existence of a threat to international peace and security within the meaning of Article 39 of the Charter. The Court's measures thus certainly – even if indirectly – establish the conditions for Chapter VII action by the Security Council.

Conclusion: unsheathing the Security Council's sword

As the above has demonstrated, the covenants in question are very much equipped with swords – they merely remain sheathed as of the present, due primarily to the United States-imposed paralysis of the Security Council in all issues relating to Israel. But this is not to say that the U.S. position is entirely insurmountable as, for example, the Russian veto on issues relating to Ukraine is. For instance, the U.S. abstained from voting on Resolutions 2712 (2023), 2720 (2023), and 2728 (2024) on Gaza, essentially allowing their passage, and in fact, introduced the draft text that was adopted as Resolution 2735 (2024). While American diplomacy in the Security Council has been in markedly bad faith, it nevertheless is not impervious to the growing chorus of international outcry over the humanitarian calamity befalling Gaza.

As Judge Tladi highlighted in the context of the ICJ's most recent provisional measures Order in *South Africa v. Israel*, despite the Court's multiple binding decisions across three sperate Orders, "the Court is only a court!" (para. 19). To fulfill its place within the UN system, the Security Council must act unambiguously under Chapter VII to give the Court's measures the teeth they desperately need. As South Africa lobbies the Council for such action, it remains to be seen if Hans Kelsen's famous assertion that "the idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any ideology of power" will continue to ring true as Israel inches closer and closer to true international pariah.

Matthias Goldmann

Die Zeitenwende beginnt im Nahen Osten

Konsequenzen des IGH-Gutachtens zur Illegalität der israelischen Besatzung

doi: 10.59704/23c89e2eabd1d8ad

Nach den vielbeachteten Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs (IGH) über einstweilige Anordnungen im Gaza-Konflikt erweckte das Gutachten vom 19. Juli 2024 zur Illegalität der israelischen Besatzung ein verhältnismäßig geringes Medienecho. Dies steht im eklatanten Gegensatz zu seinem Inhalt. Der internationale Gerichtshof bewertete nämlich kurzerhand die gesamte israelische Besatzung des palästinensischen Gebiets, einschließlich Gaza, für rechtswidrig. Dies dürfte erhebliche völkerrechtliche, völkerrechtspolitische, geopolitische und erinnerungspolitische Konsequenzen nach sich ziehen.

Völkerrecht for the many, not for the few

Das Gutachten war von der Generalversammlung der UN im Dezember 2022 in Auftrag gegeben worden. Zwar haben die im Gutachten getroffenen Anordnungen keine rechtsverbindliche Wirkung; dies ändert jedoch nichts am symbolischen Wert und Präzedenzcharakter einer solchen Entscheidung. Das gilt umso mehr, wenn sie wie im vorliegenden Fall mit überwältigender Mehrheit der Richter:innen ergeht, einschließlich der Stimmen der amerikanischen Richterin Cleveland und des deutschen Richters Nolte.

Die Generalversammlung der UN hatte dem Gerichtshof zwei Fragen vorgelegt. Zum einen erbat sie seine Einschätzung, ob einzelne israelische Praktiken wie z.B. der Siedlungsbau im Westjordanland gegen das Völkerrecht verstoßen. Dieser Frage haftete eine geringe Brisanz an, ist es doch aufgrund der recht eindeutigen Regelungen des humanitären Völkerrechts weitgehend konsentiert, dass die Besiedlung von besetzten Gebieten verboten ist. Nachdem der IGH bereits 2004 die Rechtswidrigkeit des Befestigungswalls auf palästinensischem Gebiet festgestellt hatte, konnte man nun zur Siedlungspolitik „more of the same“ erwarten. Dazu kommt, dass selbst der Sicherheitsrat schon 2016 die Rechtswidrigkeit der Siedlungspolitik in einer Resolution bekräftigt hatte; verabschiedet unter Enthaltung der USA während der letzten Tage der Amtszeit von Präsident Obama. Allenfalls die Frage, ob die israelische Besatzung einen Fall der Apartheit nach Art. 3 der Rassendiskriminierungskonvention darstellte, sorgte für Spannung.

Der Gerichtshof hat diesen Erwartungen entsprochen und viele Aspekte der israelischen Besatzungspolitik für rechtswidrig erklärt, u.a. die Wegnahme von Land und seine Besiedlung. Auch die Einrichtung von „wilden“ Siedlungen in sogenannten Outposts habe Israel entgegen dem Völkerrecht geduldet bzw. durch Bereitstellung von Infrastruktur sogar befördert. Die Diskriminierung der Bevölkerung einschließlich willkürlicher, teils lang anhaltender Inhaftierung wertete der IGH als Verstoß gegen das Besatzungsrecht sowie gegen Art. 3 der Rassendiskriminierungskonvention, ließ allerdings offen, ob er sich hierbei auf das Verbot der Rassentrennung oder auf Apartheid bezog. Die Sondervoten lassen erkennen, dass diese Einordnung umstritten blieb.

Rechtswidrigkeit der gesamten Besatzung

Brisanter als die erste Frage nach der Rechtmäßigkeit spezifischer Politiken und Handlungen war die zweite Frage, ob die israelische Besatzungspolitik die Besatzung nicht insgesamt rechtswidrig mache. Bisher war weder autoritativ geklärt, ob auf dem gesamten palästinensischen Territorium einschließlich Gaza eine Besatzung vorliegt, noch, ob diese rechtmäßig ist.

Das Besatzungsrecht, das in seinem Kern aus der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg stammt, stellt nur Verhaltensanforderungen an die Besatzungsmacht auf. Es geht von einem klassischen Krieg zwischen zwei Staaten aus, in dem die Frage, ob eine Besatzung vorliegt, keine besondere Herausforderung darstellt. Noch regelt das Besatzungsrecht, wann die Besatzung enden muss. In der damaligen Praxis wurden Kriege meist rasch durch Friedensverträge beendet. Diese regelten auch territoriale Fragen. Erst mit der Entstehung des völkerrechtlichen Gewaltverbots im Briand-Kellogg-Pakt von 1928 bzw. der UN-Charta von 1945 und mit seiner Erhebung zum „zwin-

genden Völkerrecht“ in den 1960er Jahren entstand hier eine neue Situation. Parallel dazu hatte sich ein gewohnheitsrechtliches Selbstbestimmungsrecht der Völker entwickelt, das der IGH 2019 in einem Gutachten zu den von Großbritannien besetzten Chagos-Inseln eindrücklich bekräftigte. Dieser neue Rechtszustand – nachzulesen bereits in der Friendly Relations Declaration von 1970 – macht es notwendig, dem Besatzungsrecht Grenzen zu ziehen.

Entgegen dem Anraten der USA, sich aus aktuellen Konflikten herauszuhalten, stellt der IGH in seinem neuerlichen Gutachten zunächst fest, dass Israel das gesamte palästinensische Territorium besetzt hält. Hier folgt das Gericht der sog. funktionalen Theorie. Danach erfordert eine Besatzung im Rechtssinn keine physische Präsenz, sondern lediglich ein hohes Maß an Kontrolle über ein fremdes Gebiet. Danach gelte auch Gaza vor dem 7. Oktober 2023 als besetzt. Den oft gehörten Einwand, Palästina sei keine völkerrechtliche Entität und könne daher nicht besetzt werden, weist der Gerichtshof scharf zurück. Er bekräftigt das vielfach, einschließlich von der UN-Generalversammlung anerkannte Recht des palästinensischen Volkes auf Selbstbestimmung in seinem gesamten Gebiet, das eine unteilbare Einheit bilde.

Sodann zieht der IGH der Rechtmäßigkeit einer Besatzung gewisse Grenzen, geht hierbei jedoch sehr vorsichtig zu Werk. Die Dauer der Besatzung an sich spiele keine Rolle. Maßgeblich sei das allgemeine Völkerrecht, zu dem das völkerrechtliche Gewaltverbot gehöre. Eine ursprünglich rechtmäßige Besatzung werde jedenfalls dann rechtswidrig, wenn sie in eine im Widerspruch zum Gewaltverbot stehende Annexion mutiere. Israel habe es nach seiner Siedlungspolitik und den weiteren, unter der ersten Frage untersuchten Handlungen darauf angelegt, das Westjordanland zu annektieren. Mithin sei die Besatzung rechtswidrig; Israel müsse so bald wie möglich abziehen. Wegen der Kontiguität des palästinensischen Territoriums betreffe dies alle Teilgebiete, einschließlich Gaza. Für rechtswidrige Akte müsse Israel Reparationen leisten.

Die Illegalität der Besatzung entbinde Israel schließlich nicht von der Pflicht, die Schutzvorschriften des humanitären Völkerrechts einzuhalten. Man möchte hinzufügen, dass dasselbe auch für die Hamas gilt, hinsichtlich deren Angriff vom 7. Oktober 2023 der IGH klare Worte der Verurteilung findet.

Völkerrecht als universelle Friedensordnung

Der IGH geht in diesem Gutachten vom Völkerrecht als einer kohärenten Friedensordnung aus. Völkerrecht ist danach kein Sammelsurium einzelner Regeln, die sich mächtige Staaten „à la carte“ zu eigen machen oder aber von sich weisen können – wie es die amerikanische Rede vom „rules-based international order“ suggeriert. Das Völkerrecht des IGH besteht aus einem engen Geflecht von miteinander in Beziehung stehenden Normen, die für alle Staaten gleichermaßen gelten. Diese Normen bedingen und begrenzen sich gegenseitig. Das Besatzungsrecht kann, wenngleich historisch älter, nicht ohne das Gewaltverbot gedacht werden.

Diese im Ansatz geradezu konstitutionalistische Haltung wurde eigentlich lange auch von der Bundesrepublik vertreten; nicht umsonst gilt die Rede von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts als gleichsam deutsche Erfindung, um nicht zu sagen Marotte. Darin kommt die Überzeugung zum Ausdruck, dass Politik nie rechtsbefreit existieren kann, sondern immer schon an rechtliche Grenzen gebunden ist.

Der konstitutionelle Ansatz steht in engem Zusammenhang mit dem Multilateralismus in den internationalen Beziehungen. Auch ihn bemüht der IGH in der Entscheidung, indem er Generalversammlung und Sicherheitsrat die Planung und Umsetzung des israelischen Abzugs aufträgt und insoweit vermeidet, sich als Konfliktmanager zu betätigen.

Geopolitik in der Zeitenwende

Das Gutachten sollte in Deutschland Anlass zu Überlegungen geben, wie sich Geopolitik in der gegenwärtigen Zeitenwende gestalten lässt. Die Zeitenwende wurde initial als Abkehr von der Gemütlichkeit der Nachwendezeit ausgerufen. Die Amerikaner liefern Sicherheit, die Russen Energie, Europa und vor allem Deutschland erkauft sich die Vorteile durch Loyalität und allerlei Aufräumarbeiten – das geht nicht mehr, seitdem die Konflikte zwischen Russland und der Nato-Welt unüberbrückbar und die Rückendeckung durch Amerika unsicher geworden sind.

Doch was tritt an die Stelle dieser Konstellation? Allenthalben werden Parallelen zum Kalten Krieg gezogen. Der Westen igle sich ein gegen den systemischen Konkurrenten China, den Unwägbarkeiten der Situation in den USA zum Trotz. Die europäische Handelspolitik et-

wa folgt ziemlich genau diesem Schema und knüpft dementsprechend Loyalitäten bzw. erlässt Sanktionen. Jenseits des Ukraine-Konflikts fällt es schwer, Kongruenz zwischen dieser Politik und europäischen Werten herzustellen. Vermutlich ist dies einer der Gründe, warum die nordatlantischen Ukraine-Sanktionen weltweit nur begrenzte Gefolgschaft erhalten haben.

Olaf Scholz rief jedoch die Zeitenwende aus, um eine Neuauflage des Kalten Kriegs zu vermeiden. Nicht das Völkerrecht „à la carte", sondern die universellen Normen der Völkerrechtsordnung sollten Deutschlands Außenpolitik leiten. Eine feministische Außenpolitik stößt in dasselbe Horn, indem sie die Menschenrechte in das Zentrum rückt – einschließlich der Rechte marginalisierter Gruppen. Kaum etwas anderes scheint der ambivalenten Lage des rohstoffarmen, alternden, von allerlei Begehrlichkeiten bedrängten Europas angemessen. Insofern wären gute Beziehungen zu den „blockfreien" Staaten des globalen Südens von großer Bedeutung. Auch sie wollen sich nicht vereinnahmen lassen, sondern nach beiden Seiten hin abstützen. Eine Nord-Süd-Allianz der Universalisten und Multilateralisten könnte hieran anknüpfen. Versuche dazu gibt es nicht wenige; die Europäische Union betont seit Jahrzehnten die Bedeutung der Beziehungen zu den Ländern des afrikanischen Kontinents.

Ideal und Realität klaffen jedoch denkbar weit auseinander. Nicht nur ist die europäische Afrikapolitik einstweilen in Niger und Mali krachend gescheitert. Spätestens das Gutachten des IGH verdeutlicht, dass man insbesondere in Deutschland noch weit davon entfernt ist, die universellen Werte des Völkerrechts auch dann hochzuhalten, wenn es schmerzt. Das tritt nun an einigen Stellen deutlich zu Tage. Den Vorwurf der Apartheid an die Adresse Israels zu richten stufte der Antisemitismusbeauftragte der Bundesregierung, Felix Klein, vor Kurzem noch als antisemitisch ein. Wenngleich das IGH-Gutachten diesen Punkt offenlässt, erlaubt es jedoch eine Lesart, nach der Apartheid vorliegt. Die unterschiedlichen Positionen der Richter Tladi und Nolte zu diesem Punkt definieren hier den Rahmen des Vertretbaren. Ein anderes Beispiel ist der Verweis auf demokratische, rechtsstaatliche Institutionen in Israel. Er dient großen Teilen des bundesdeutschen Diskurses zur Beschwichtigung bei Völkerrechtsverstößen in- und außerhalb des Gaza-Kriegs. Dass der IGH nun die gesamte israelische Besatzungspolitik als völkerrechtswidrig einstuft, dies keineswegs auf die Taten der Netanjahu-Regierung begrenzt und damit der israelischen Justiz – die nur marginalen Widerstand geleistet und viele kritische Fragen jahrelang ausgeklammert hat – und Politik – die gerade die Zweistaatenlösung abgelehnt hat – kein gutes Zeugnis ausstellt, macht den Widerspruch zwischen der deutschen Israel-Politik und dem in der Zeitenwende beschworenen universellen Völkerrecht offensichtlich.

Um der Ankündigung der Zeitenwende Taten folgen zu lassen, ist hier ein Umdenken notwendig. Damit Deutschland nicht am Ende von drei Blöcken umgeben ist: neben den USA und China/Russland auch noch vom globalen Süden – womöglich gar im Verein mit einigen europäischen Staaten wie Irland, deren spezifische Geschichte sie anders auf den Nahen Osten blicken lässt. Neben dem Verlust an Soft Power wäre eine solche Konstellation nicht zuletzt für europäische Rohstoffdeals oder Migrationsfragen keine guten Nachrichten.

Dies bedeutet, dass Deutschland an der Umsetzung der IGH-Entscheidung eine konstruktive Rolle spielen sollte. Das betrifft nicht nur die bereits jetzt beträchtliche finanzielle Unterstützung für die palästinensische Autonomieregierung. Deutschland sollte multilateralen Lösungen hier den Vorrang einräumen und sie schützen – notfalls und in letzter Instanz auch mit Sanktionen, wie bei anderen gravierenden Völkerrechtsverstößen auch.

Ein weiterer, symbolisch wichtiger Schritt wäre die Anerkennung von Palästina als Staat. Wenngleich man an der Effektivität der palästinensischen Staatsgewalt zweifeln kann, nicht zuletzt wegen der Terrorherrschaft der Hamas, hat Deutschland in der Vergangenheit nicht immer der Effektivität den höchsten Rang eingeräumt; man denke etwa an Slowenien und Kroatien. Die Anerkennung Palästinas würde für die nun unausweichlichen Verhandlungen über das Ende der Besatzung die Augenhöhe der beiden zentralen Verhandlungspartner herstellen. Zudem wäre sie ein wichtiges Zeichen im Hinblick auf die Zeitenwende – dessen Kurswert jedoch mit jedem Tag des Zuwartens sinken dürfte.

Erinnerungspolitik

Um die Zeitenwende in der deutschen Politik und Gestaltung fest zu verankern, ist letztlich auch ein Umdenken in der Erinnerungspolitik erforderlich. Die zentrale Stellung des Holocausts wird nicht bedroht, sondern gefestigt, indem der Holocaust stellvertretend für die Abgründe der Menschlichkeit steht, die jederzeit und jeden Orts aufbrechen können. Ein solches Gedenken ist inklusiv

und verbindend. Es stützt sich nicht auf eine abstrakte, national gedachte und administrativ durchgeboxte Staatsräson, sondern auf jene konkrete, universale Utopie der Menschenrechte, um die es bei der Zeitenwende eigentlich geht.

Dieser Text ist als Crosspost leicht gekürzt auch im ipg-journal erschienen.

Sarah Katharina Stein

Ein König zum Unabhängigkeitstag

doi: 10.59704/6116c7e3f1bcaed9

Der U.S.-amerikanische Supreme Court hat entschieden, dass offizielle Amtshandlungen von Präsidenten Immunität genießen. Anlass war das Verfahren gegen Donald Trump, der sich wegen seiner Beteiligung am versuchten Aufstand vom 6. Januar 2021 vor einem Gericht verantworten muss. Die Entscheidung ist ein voller Erfolg für Trump und wird nicht nur weitere Strafverfahren beeinflussen, sondern auch über den aktuellen Fall hinaus weitreichende Konsequenzen zeitigen. Der Supreme Court hat den USA in der Woche des 248. Unabhängigkeitstages einen neuen König geschenkt.

Carte blanche für den Präsidenten?

6-3 entschieden die Richter:innen des Supreme Courts, dass Präsidenten bei der Ausübung von *official acts*, also Amtsgeschäften, Immunität genießen. Die sechs rechtskonservativen Richter:innen, drei davon durch Trump ernannt, folgten damit der Argumentation von Trumps Anwälten, die im Strafverfahren wegen seiner Beteiligung am Aufstand vom 6. Januar 2021 die Anklage verworfen sehen wollten, da der Präsident für seine Handlungen Immunität genieße. Mit dieser historischen Entscheidung gewinnt Trump rechtlich und auch politisch auf ganzer Linie und muss keine Konsequenzen für sein bisheriges – und ggf. zukünftiges – Verhalten fürchten.

Das Urteil trennt zwischen immunitätsauslösendem Amtshandeln und sog. *non-official acts*, die weiterhin voller Strafbarkeit unterliegen. In der Kategorie des Amtshandelns wird weiter ausdifferenziert: Exekutive Kernkompetenzen, die abschließend und ausschließend (*conclusive and preclusive*) in der Verfassung dem Präsidenten überantwortet werden, erfreuen sich absoluter Immunität. Handlungen, die in die Peripherie dieser Kompetenzen fallen, genießen eine Immunitätsvermutung (*presumptive immunity*). Hier darf ein Strafverfahren nur stattfinden, wenn dadurch keine Gefahr besteht, dass die Funktion und Autorität der Exekutivgewalt beeinträchtigt wird.

Absolute Immunität

Die absolute Immunität geht weit darüber hinaus, wie sie gegenüber anderen Staatsbediensteten (zum Beispiel Polizist:innen) wirkt. Diese genießen sog. *qualified immunity* für zivilrechtliche Strafen, die aber durch Beweise angegriffen und sodann aufgehoben werden kann, wenn das Verhalten schwerwiegend oder verwerflich war oder wenn die Legislative das entscheidet. Beides ist im Falle des Präsidenten nicht möglich.

Die präsidiale Immunität garantiert nun nicht nur Abwehr von zivilrechtlicher (so schon *Nixon v. Fitzgerald*), sondern auch strafrechtlicher Verfolgung und kann nicht durchbrochen werden. Der Supreme Court gibt klar vor, dass die Immunität absolut wirkt und keine umgekehrte de-minimis-Regel greift. Egal, wie substantiell die Verletzung ist, der Präsident bleibt immun. Egal, was der Kongress für Gesetze erlässt, der Präsident bleibt immun. Justice Sotomayor drückt es in ihrem *Dissent* so aus: „The President of the United States is the most powerful person in the country, and possibly the world. When he uses his official powers in any way, under the majority's reasoning, he now will be insulated from criminal prosecution. Orders the Navy's Seal Team 6 to assassinate a political rival? Immune. Organizes a military coup to hold onto power? Immune. Takes a bribe in exchange for a pardon? Immune. Immune, immune, immune."

Dieser Persilschein hat nicht nur erhebliche politische Auswirkungen, sondern verstößt auch gegen Art. IV der Genozid-Konvention, die eine Strafverfolgung unabhängig des Amtes fordert und die die USA gezeichnet haben. Es bleibt allein das Amtsenthebungsverfahren (*Impeachment*), das aber von vielen politischen Faktoren abhängig ist und Präsidenten, die ihr Amt verlassen haben, nichts mehr anhaben kann.

Aber auch in den Peripheriebereichen der Immunitätsvermutung herrscht absolute Immunität, wenn ein Strafverfahren die Funktion und Autorität der Exekutive beeinträchtigt. Und wer entscheidet darüber, ob eine solche Beeinträchtigung vorliegt? Genau: derselbe Su-

preme Court, der Präsidenten – und mit Blick auf genau einen Präsidenten – gerade den Freifahrtschein beschert hat. Das Gericht lässt bewusst Lücken offen, die nur von ihm selbst zu einem späteren Zeitpunkt (und unter einem anderen Präsidenten?) geschlossen werden können. Die Vermutung liegt nahe, dass der hochpolitisierte und parteipolitisch geprägte Supreme Court weiter auf der Linie entscheiden wird, die dem von der Richter:innen-Mehrheit unterstützten Präsidenten nützt.

Weitere Unklarheiten und ihr politischer Spielraum

Unbestritten und Tradition in fast allen Rechtsordnungen ist, dass staatliche Funktionäre eine gewisse Immunität (und Indemnität) genießen müssen, da sie ihre Amtsgeschäfte durch zu viel Vorsicht vor späteren Regressprozessen sonst nicht effektiv führen könnten. Man denke an die Forderungen der AfD, Merkel und ihr Kabinett wegen der Eurokrise vor Gericht zu stellen. Hier liegt auf der Hand, dass das haltlos ist. Immunitäten von Staatsoberhäuptern betreffen aber im nationalen Recht (schwieriger im Völkerrecht) zumeist nicht das Strafrecht und sind durch die Legislative aufhebbar. So ist es aber nun in den USA nicht. Das Urteil des Supreme Courts hat deutlich gemacht, dass offizielles Amtshandeln absolute, unaufhebbare Immunität genießt.

Vollkommen unklar ist dabei die Abgrenzung zwischen offiziellem und nicht offiziellem Amtshandeln. Positiv entschieden hat der Supreme Court, dass die Gespräche zwischen Trump und seinem *Attorney General* Barr Amtshandlungen darstellten, die absolute Immunität genießen. Kriterien für nicht offizielles Handeln werden aber nicht dargelegt. Allein, dass die Motivation des Präsidenten nicht mit in die Entscheidung einbezogen werden darf, hat der Supreme Court klar gemacht. Damit entfällt eine ganz entscheidende Bewertungsgrundlage für präsidiale Handlungen. Motivation ist als innere Tatseite zwar teils schwerer nachweisbar, kann aber ggf. durch Zeug:innenaussagen und Dokumente belegt werden. Ob eine Amtshandlung vorliegt, kann sich daher sehr gut anhand der Motivation abgrenzen lassen: Wenn beispielsweise ein Konkurrent inhaftiert wird, wäre es sehr ausschlaggebend, ob damit ein korrupter Politiker an einer Kandidatur gehindert werden oder der Liebhaber der Schwiegertochter von der Bildfläche verschwinden soll. Das ist nun aber nicht möglich. Und wenn schon der versuchte Umsturz einer gewählten Regierung offizielles Handeln darstellt, was dann nicht?

Diese Unklarheit ist, entgegen der Meinung mancher Kommentator:innen, auch kein Anlass zur Freude. Zwar stimmt es, dass das Tatgericht, der District Court in Washington, D.C., nun eine intensive Beweisaufnahme starten kann, um herauszufinden, ob es sich bei den Handlungen von Trump um Amtshandlungen gehandelt hat. Das bietet die Möglichkeit, die dreckige Wäsche des 6. Januar 2021 in der (Gerichts-)Öffentlichkeit zu waschen, indem durch Zeug:innenvernehmungen und andere Beweismittel das ganze Ausmaß der Beteiligung Trumps und anderer Mandatsträger:innen deutlich wird. Ob dadurch aber ein Umdenken bei einem Großteil der republikanischen Wähler eintritt, ist mehr als ungewiss. Denn die Unterstützer:innen Trumps bleiben von solchen Fakten schlicht unbeeindruckt. Trump hat die vormals gültigen Bewertungskategorien schon lange gesprengt, sodass für ihn ein ganz anderer Maßstab gilt. Vor allem aber, und das ist am Ende wohl der entscheidende Faktor, ist das Urteil in Bezug auf die Abgrenzung zwischen offiziellem und nicht-offiziellem Handeln bewusst vage. Das eröffnet dem Supreme Court den Spielraum, bei jeder in Frage stehenden Handlung selbst über die Kategorisierung und damit den Schutz durch Immunität zu entscheiden. Diese Entscheidung dürfte bei der Mehrheit der Richter:innen vor allem daran hängen, wer der in Frage stehende Präsident ist. Egal wie das Tatgericht daher entscheidet, politisch wird die öffentliche Arena nur die beeindrucken können, die eh schon kritisch zu einer Kandidatur Trumps stehen – rechtlich wird ihr Urteil eh wieder vor dem Supreme Court landen.

"When the President does it, it means it is not illegal"

Nixons berühmtes Zitat aus dem Jahr 1974, welches im Rahmen der Untersuchung der Watergate-Affäre entstand (die nun übrigens nicht mehr strafrechtlich verfolgbar wäre) wurde nun, 50 Jahre später, Wirklichkeit. Es kann sogar erweitert werden: Da der Präsident durch die Verfassung das uneingeschränkte Recht zur Begnadigung hat, kann er Handlungen anordnen, für die er nicht belangt werden kann und für die er die Ausführenden begnadigt. Damit entsteht eine Hierarchie, die den Präsidenten über das Recht stellt. Genau danach wurden viele der Richter:innen übrigens in ihren *confirmation hearings* gefragt. Justices Kavanaugh, Alito und Roberts beantworteten die Frage unmissverständlich: Der Präsident agiere nicht in einem rechtsfreien Raum, sondern müsse sich an rechtsstaatliche Grundsätze und das Gesetz halten. Das

von ihnen getragene Urteil steht damit im diametralen Widerspruch und lässt die amerikanische Revolution von 1765-1783 zur Unabhängigkeit von der britischen Krone, dem Inbegriff von *above the law*, wie einen Treppenwitz erscheinen.

Direkte Auswirkungen

Weiter beeinflusst das Urteil laufende Verfahren gegen Trump. Denn es wurde nicht nur das von ihm vorgebrachte Immunitätsargument übernommen, en passant legt der Supreme Court auch fest, dass amtliches Verhalten nicht als Beweis in einem Prozess um nicht-amtliches Verhalten dienen kann. Gespräche zwischen dem Präsidenten und seinen Berater:innen gelten nun z.B. als Amtshandlungen. Daher können diese nicht als Beweise in Verfahren um nicht-amtliche Handlungen herangezogen werden. Das hat sogar die konservative Justice Amy Coney Barrett als zu weitgehend empfunden und widerspricht hier der Mehrheit. Das Problem verstärkt sich, da in den USA der Grundsatz der *fruit of the poisonous tree* gilt und ein ungültig erlangtes Beweismittel zur Unzulässigkeit aller daraus hervorgehenden Beweismittel führt.

Trump hat noch am gleichen Tag seine Verurteilung im *hush-money*-Prozess in New York angegriffen, für die am 11. Juli das Strafmaß bestimmt werden soll, und den Antrag gestellt, das Verfahren einzustellen. Seine Anwälte argumentieren, dass es zwar um strafbares Verhalten als Präsidentschaftskandidat ging (also um nicht-amtliches Handeln), die Staatsanwaltschaft aber ihre Beweise zum Teil auf Amtshandlungen, u.a. Tweets während der Präsidentschaft, stützte. Nach dem Supreme Court Urteil sei das nicht möglich. Ob der Fall nun ganz zu den Akten gelangt oder mit anderen Beweisen neu aufgerollt werden muss, bleibt abzuwarten.

Unklar ist auch noch die Reaktion des jetzigen Präsidenten, der ja nun auf die gleichen Immunitäten zurückgreifen könnte. Biden hat das sog. *Court Packing* (die Vergrößerung des Supreme Courts und die damit einhergehende Veränderung der Mehrheitsverhältnisse durch das Hinzufügen weiterer Richter:innen) bisher immer abgelehnt, da es das Gericht zu sehr politisieren würde. Wenn der Term 2023/2024 eines gezeigt hat, dann, dass der Supreme Court bereits ein nach Parteilinien organisiertes, hochpolitisches Gericht ist. Biden trat noch Montagabend vor die Presse, kritisierte das Urteil stark und gab an, sich weiter an Rechtsstaatlichkeit und *checks and balances* halten zu wollen und von der neuen, auch ihm gewährten Immunität keinen Gebrauch zu machen – getreu dem Motto „if they go low, we go high“. Ob diese für uns selbstverständliche, aber eben gerade nicht wechselseitig gewährte Haltung angesichts der massiven Angriffe auf das politische und juristische System, auf behördliche Aufsicht und Kontrolle und demokratische Grundsätze noch eine wehrhafte Strategie sein kann, eine Demokratie zu verteidigen, ist fraglich. Auch wenn somit die Versuchung auf demokratischer Seite, demokratische Spielregeln aufzuweichen, größer werden könnte, sind derartige Gedankenspiele auch nach dem jüngsten Urteil des Supreme Courts zurückzuweisen. Oder, um es mit dem *Dissent* von Justice Sotomayor auszudrücken: With fear for our democracy, I dissent.

Pruthvirajsinh Zala

Rethinking the History & Tradition Approach



Gun Rights and the US Constitution

doi: 10.59704/ae6a85476fad682c

In a landmark 8-1 decision, the United States Supreme Court ruled in *United States* v. *Rahimi* that the federal government has the authority to disarm individuals deemed by courts to be credible threats to their partners or children, consistent with the Second Amendment. This ruling marks a significant shift from the Court's previous stance in *New York State Rifle & Pistol Association* v. *Bruen* (2022), which had established a stringent history and tradition test for evaluating gun regulations that undermined key tenets of the rule of law – clarity, consistency, and predictability. The *Rahimi* decision reveals a more nuanced approach to applying historical precedent in constitutional interpretation, by tacitly acknowledging that while history informs constitutional inquiry, too rigid adherence thereto can stymie construction. Nonetheless, it continues to raise critical questions about the efficacy and appropriateness of relying solely on historical analogues in modern jurisprudence. In particular, the history and tradition approach, while presenting an appearance of objectivity, fails to provide a reliable framework for addressing contemporary legal challenges and opens avenues for democratic backsliding by perpetuating inequalities.

The Bruen decision and its aftermath

In 2022, the Court in *Bruen* held that any law restricting firearms must demonstrably align with America's long-standing historical tradition of firearm regulation. It required the government to conclusively prove that its regulation was *rooted* in historical tradition, which, according to the *Bruen* court, is the *sole* interpretive guide to delineate the boundaries within which the "right to keep and bear arms" operates. *Bruen* explicitly rejected a means-end balancing approach (strict or intermediate scrutiny tests), which is regularly employed to test the legality of the burden imposed on a right. (p.10-14, Thomas J.; p. 21-25, Breyer J. dissenting)

The *Bruen* test propounded (as restated by Thomas J., the author of the majority judgment in *Bruen*, in his *Rahimi* dissent) that legislation which addresses a long-standing societal issue dating back to the 18th century would be invalidated if it lacks a closely analogous historical regulation. Similarly, if historical regulations from the past dealt with such issues using significantly different methods than those under challenge today, it would be considered evidence of inconsistency (p.17-18, Thomas J. in *Bruen*). A judicial interpretation solely based on history was found to be a more legitimate, neutral and administrable test rather than the value-laden and empirical balancing approach (p.16, Thomas J. in *Bruen*).

This stringent requirement for exacting historical consistency is incongruous as it struggles to bridge the gap between textual interpretation and its practical discoverability. The contested historical questions that the *Bruen* test expects the courts to answer created wholesale disruption in the lower courts, forcing judges to assume the role of historians without adequate resources or expertise. This has led to considerable challenges, as judges struggle to apply historical analogues to modern gun regulations. The result has been a landscape of potential inconsistency and absurdity, where the same law might be deemed constitutional or unconstitutional by different courts based solely on their interpretation of historical evidence.

Rahimi's recalibration of absolutistic historicism

The *Rahimi* Court, speaking through Chief Justice Roberts, clarified that its earlier decision did not intend to suggest a "law trapped in amber" (p.7 Roberts CJ.) It finds that the Second Amendment allows more than just regulations identical to those in 1791; instead, the consistency of the regulation with the historical tradition must meet a "relevantly similar" threshold by balancing foundational principles with modern-era circumstances

(p.7-8, Roberts CJ). The Court now holds that the impugned regulation need not mirror a historical precursor. Rather, an analogous and principled consistency with the fundamentals of the Second Amendment suffices. (*Id.*) Justice Sotomayor, in her concurring opinion, notes that the recalibrated inquiry aims to establish a framework that is both "useful and transferable to the present day", avoiding excessive rigidity that could render the inquiry "useless". (p.1, Sotomayor J.) While asserting that the means-end approach is the correct analysis for the Second Amendment, Justice Sotomayor clarifies that the Court was not reconsidering the *Bruen* decision itself (p.6, Sotomayor J).

In applying the nuanced version of the history and tradition test, Chief Justice Roberts upheld the federal law prohibiting gun possession by individuals subject to domestic violence restraining orders. His analysis centred on early English and American firearm regulations, revealing a consistent historical principle of disarming those who pose threats to others. Chief Justice Roberts identified two key historical precedents: laws empowering courts to require bonds from potentially dangerous individuals, and statutes penalising those who threatened others with firearms.

Drawing on these examples, the majority concluded that the historical record, supported by "common sense", justifies disarming individuals who present clear threats of violence. (p.13-14, Roberts CJ.) While acknowledging that the modern law is not a replica of these historical measures, the Court found it sufficiently analogous in both purpose and application. (*Id.*) This interpretation demonstrates how the Court is attempting to bridge historical practices with contemporary needs.

Backtracking without fixing the fundamentals?

The shift from *Bruen* to *Rahimi* reflects a recalibration of the Supreme Court's historical analysis of Second Amendment cases, moving from a *determinative* to a *relevant* standard. While the Court frames this change as clarifying misunderstandings of its recent methodology (p.7, Roberts CJ.), the adjustment implicitly acknowledges *Bruen's* flaws. *Rahimi* takes a welcome first step in addressing the limitations of a purely historical approach, which had bound the government to both the actions and omissions of the past. It seeks to balance historical precedent and the flexibility needed to address current societal needs through legislation. While *Rahimi* thus introduces some play in the joints, it fails to address the more fundamental issues that inhere in this interpretive method.

Proponents of the history and tradition approach argue that it provides an objective, apolitical method for constitutional interpretation, particularly for pre-existing rights like the Second Amendment. By making historical analogues the primary determinant of constitutional scope, they claim this approach constrains judicial discretion, thereby closing avenues of judicial policy-making. In fact, the reverse is true.

The level of generality problem

A central concern with this method is the lack of specific criteria governing the application of the history and tradition test. Questions persist about determining appropriate historical timeframes, establishing sufficiency thresholds, and defining reliability standards. As Mark Tushnet points out, deriving guiding principles from historical materials without relying on policy preferences is inherently challenging.

The level of generality – the degree of specificity with which historical practices are interpreted – highlights this problem, as it has varied across different cases in its stringency and often appears to be outcome-driven. In *Dobbs* v. *Jackson Women's Health Organization*, for example, the Court employed a low level of generality, narrowly examining whether states banned abortion in 1868. This approach led to the conclusion that there is no constitutional right to abortion. Conversely, in Second Amendment cases like *Bruen*, the Court applies a dual approach. It describes the weapons covered by the right to self-defence at a high level of generality, thereby including modern firearms like AR-15s within Second Amendment protections, despite their non-existence at the time of the founding. However, when considering laws regulating guns, the Court reverts to a low level of generality, requiring modern regulations to resemble historical practices closely. By contrasting *Dobbs* and *Bruen*, Siegel argues that these shifts in the level of generality conceal, rather than constrain, judicial discretion and value-based reasoning.

In *Rahimi*, rather than addressing this "level of generality" problem directly, Justice Kavanaugh acknowledges in a footnote that there is no universal answer to such methodological questions and that scholarly debate on this matter is ongoing. (n. 4, p.11-12)

The illusion of objectivity

At its core, this approach allows judges to selectively choose historical evidence that supports their predetermined conclusions – essentially "pick[ing] their friends out of history's crowd". (p.31, Breyer J. in *Bruen*) This cherry-picking of historical facts exposes the illusion of objectivity that the approach purports to offer. Professor Murray astutely characterises this selective historical recounting as a "jurisprudence of masculinity", highlighting how it often reinforces traditional power structures and prejudices.

Far from being apolitical, the test allows for the expression of political values under the guise of tradition. Its open-ended nature introduces indeterminacy into legal reasoning, compromising the integrity of judicial decision-making and raising profound questions about its ability to fairly and consistently interpret constitutional rights in a diverse, evolving society. The malleability inherent in the use of historical analysis contradicts central principles of the rule of law, such as predictability, clarity and consistency in the application of the law.

Moreover, as Professor Eric Segall aptly points out, if the historical approach were truly value-neutral, how can we explain the Court's use of this method to reach such politically charged decisions? The Court has employed this approach to strike down affirmative action, invalidate New York's gun law dating back to 1911 (in *Bruen*), and overrule *Roe* v. *Wade* and *Planned Parenthood* v. *Casey* (in *Dobbs*). Furthermore, the Court applied historical analysis to religious freedom, ruling that dismissing a football coach for public prayer violated the First Amendment. *Rahimi* does not tackle the broader question of objectivity, as neither party asked the Court to reevaluate *Bruen*. (p.6, Sotomayor J., *Rahimi*)

Fossilising constitutional interpretation

Finally, the history and tradition approach risks fossilising constitutional interpretation, tethering rights and regulations to outdated societal contexts. By making a backward-looking perspective determinative for constitutional questions raised within today's context, it reinforces past biases and prejudices, undermining the progress made through precedents and legislation that have tried to attenuate historical injustices. It both ignores contemporary societal values and hinders the progressive realisation of rights, rendering the judge's role effectively jurispathic. In particular, the prioritisation of historical analogues legitimises the striking down of laws that expand rights beyond what was historically recognised, even if these laws reflect modern democratic will and evolving concepts of justice.

For example, if we strictly applied the legal standards of 1868 (when the Fourteenth Amendment was ratified), neither same-sex nor interracial marriages would be constitutionally protected today. At the time of the Fourteenth Amendment's proposal, 26 states operated racially segregated educational systems, and the very Congress that proposed the amendment maintained segregated schools in the District of Columbia. Applying the historical approach to this context would lead to the troubling conclusion that racial segregation was deeply rooted in the nation's history and tradition, potentially justifying its continuation.

Reliance on historical analogues would align the law governing our societies today with the perspectives and decisions of lawmakers from an era when women and people of colour were disenfranchised. It would thus perpetuate historical inequalities and effectively tie constitutional destiny to an arbitrarily chosen historical path, "impoverish[ing] constitutional interpretation and hamstring[ing] our democracy". (p.4, Sotomayor J., *Rahimi*)

Conclusion & way forward

A robust legal standard requires analytical rigour and a principled basis to produce outcomes firmly grounded in jurisprudence. The *Bruen* approach radically transforms constitutional interpretation by elevating historical data points from mere contextual evidence to binding doctrinal authority. As exemplified by the question posed by the *Rahimi* case, if applied strictly, this approach can lead to problematic outcomes, by striking down even sensible laws, such as those disarming individuals under domestic violence restraining orders with a history of gun violence.

The historical data point approach inherently devalues the purpose of new regulations, regardless of their reasonableness or common-sense merit, simply because they lack direct historical parallels. This methodology implicitly assumes that founding-era legislatures exhaustively exercised their regulatory powers. As Justice Barrett observes in her concurring opinion, this perspective effectively imposes a "use it or lose it" constraint on legislative authority (p.4, Barett J., *Rahimi*) in that effec-

tively dictates that any regulatory power not exercised by early legislatures is permanently forfeited, severely restricting the scope of permissible present-day legislation.

While this post does not argue that means-end balancing is the most ideal approach to constitutional interpretation, it does demonstrate that the history and tradition test, as currently formulated, is deeply flawed. As society evolves, so must our approach to constitutional interpretation, balancing respect for historical foundations with the flexibility to address contemporary needs and values.

Mark Buse

The Supreme Court v. the Administrative State II



Chevron Is No More

doi: 10.59704/52ea086a1df05fb0

The outlook is not rosy for Democrats, neither politically nor in court. Democrats' hopes that President Biden – who, according to some polls, is trailing Trump in all seven swing states[1] – could turn the odds in his favor in an early debate have been dashed by his disastrous performance.[2] To add insult to injury, in three 6-to-3[3] rulings along ideological lines, the Supreme Court further reigned in on administrative agencies, putting Biden's regulatory agenda at risk. The most far-reaching of these decisions is, undoubtedly, *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*.[4] This case marked a milestone[5] for the conservative legal movement's fight against the administrative state, i.e., the administrative agencies' regulatory power – the six conservative justices overruled *Chevron*, a decades-old precedent requiring federal judges to defer to agencies in cases where the law is ambiguous or Congress fails to clarify its intentions. The practical relevance of the decision in *Loper* cannot be overestimated. *Chevron* was so important to the functioning of the modern U.S. administrative state that Speaker Mike Johnson, who had joined Senator Ted Cruz and 34 other Republican members of Congress in an amicus curiae brief arguing in favor of overruling *Chevron*,[6] even praised *Loper* as the long-awaited "beginning of the end of the administrative state".[7] Mike Johnson's comment is perhaps a little too apocalyptic. But the overruling of *Chevron* is going – as Justice Kagan wrote in her dissent – "cause a massive shock to the legal system, 'cast[ing] doubt on many settled constructions' of statutes"[8] with potentially devastating consequences for the well-functioning of the U.S. administrative state as we know it today.

The Chevron doctrine

The *Chevron* doctrine dates back to 1984. That year, in *Chevron v. Natural Resources Defense Council* – which, as Chief Justice Roberts doesn't forget to emphasize, was de-

[1] https://shorturl.at/D84d1 [03.07.2024]

[2] See, e.g., the NYT's Editorial Board asking for Biden to step aside, The Editorial Board, To Serve His Country, President Biden Should Leave the Race, New York Times, June 28, 2024, https://www.nytimes.com/2024/06/28/opinion/biden-election-debate-trump.html [03.07.2024]. See also, Edward-Isaac Dovere, Jamie Gangel & Jeff Zeleny, As Biden digs in, some top Democrats want him out of the race this week, CNN, July 3, 2024, https://edition.cnn.com/2024/07/02/politics/biden-debate-performance-democrats/index.html [03.07.2024]. Panic is said to be rife among Democrats, see, e.g., Tyler Pager & Ashley Parker, In private, Democrats panic. For the Biden campaign, everything is fine, Washington Post, July 2, 2024, https://www.washingtonpost.com/politics/2024/07/02/biden-debate-happy-talk/ [03.07.2024]. See also, Tyler Pager & Michael Scherer, Obama shares concerns after shaky debate, offers Biden his advice, Washington Post, July 2, 2024, https://www.washingtonpost.com/politics/2024/07/02/biden-obama-debate/ [03.07.2024].

[3] For the polarization within the Court, see, e.g., Adam Liptak & Alicia Parlapiano, In a Volatile Term, a Fractured Supreme Court Remade America, New York Times, July 2, 2024, https://www.nytimes.com/2024/07/02/us/politics/supreme-court-term-decisions.html [03.07.2024].

[4] 603 U. S. ___ (2024)

[5] See Ruth Marcus, Opinion – The justices toss yet another precedent, delighting conservatives, Washington Post, June 28, 2024 ("holy grail of the conservative legal movement"), https://www.washingtonpost.com/opinions/2024/06/28/justices-chevron-deference-kagan/ [03.07.2024].

[6] https://tinyurl.com/jjsymbaf [03.07.2024].

[7] https://x.com/SpeakerJohnson/status/1806724236616065364 [03.07.2024].

[8] Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 24 (2024) (Kagan J dissenting).

[9] See, Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 18 (2024). Justices Thurgood Marshall, William H. Rehnquist, and Sandra Day O'Connor recused themselves and did not participate in the case.

cided by a quorum of only six Justices[9] – the Court had to determine the scope of the Environmental Protection Agency's (EPA) regulatory authority under the Clean Air Act (CAA).[10] The question was one of statutory interpretation: whether the provisions of the CAA encompassed the regulatory authority claimed by the EPA. To answer that question, however, the Supreme Court did not employ the classic tools of statutory interpretation. Instead, it employed a two-step approach that has gone down in history as the so-called *Chevron* doctrine. As a first step, courts had to determine whether Congress had "directly spoken to the precise question at issue" using the traditional tools of statutory interpretation.[11] If such clear congressional intent could be ascertained, the statute was unambiguous, and no room for an administrative construction remained. If such intent could not be ascertained, courts were required to move to step two: it was up to the agency – not the courts – to construct the meaning of the ambiguous statutory provision, and as long as the construction was permissible, courts had "to defer to the agency's construction".[12] Applying this new test, the Court reached the conclusion that a clear congressional intent could not be ascertained with the necessary "level of specificity" in the CAA and that the EPA's interpretation was permissible and, thus, "entitled to deference".[13]

Doctrinally, the *Chevron* doctrine has been framed as a presumption: If Congress didn't specify a statutory term, it was assumed as a "default rule" that it intended to defer to agencies – not the courts – to fill the gap because, in the relevant area of law, agency administrators had more (technical) expertise than federal judges.[14] In essence, *Chevron* gave agencies the prerogative to construct the very statutory delegations that empower them and, thus, to some extent, let the fox guard the henhouse. For that reason, it has been widely perceived as a pro-government and (depending on the government) pro-regulation tool. The *Chevron* doctrine had, therefore, been a thorn in the conservatives' side for quite some time. Since conservatives now enjoy a whopping 6-to-3 majority on the Supreme Court, they had been waiting for the right moment to overrule *Chevron* and limit the federal government's regulatory power. With *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, that moment finally came.

The case: Loper Bright Enterprises v. Raimondo

In *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, the question at issue was whether the National Marine Fisheries Service (NMFS), which administers the Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act (MSA) under a delegation from the Secretary of Commerce, had the authority to mandate that Atlantic herring fishermen pay for observers required by a fishery management plan enacted by regional fishery management councils. Loper Bright Enterprises and the other petitioners, all businesses operating in the Atlantic herring fishery, challenged that rule, arguing that the MSA did not authorize NMFS to mandate the payment for required observers. The essence of the petitioners' argument was that the express statutory authorization of three industry funding programs not concerning the Atlantic herring fishery demonstrated – *e contrario* – that NMFS lacked the broad implied authority it claimed to have to impose such a program on herring fishermen. The lower courts, relying on *Chevron*, essentially deferred to NMFS's contrary interpretation and, thus, rejecting the petitioners' argument, granted summary judgment to the Government. The Supreme Court granted certiorari limited to the question of whether *Chevron* should be overruled or clarified.

The Court's decision

The Supreme Court did, in fact, overrule *Chevron* in a 6-to-3 decision along partisan lines. In overruling *Chevron*, Chief Justice Roberts, delivering the opinion for the Court, relied primarily on the Administrative Procedure Act (APA), especially on its Section 706, arguing that the deference that *Chevron* required of courts reviewing agency action cannot be squared with the APA. According to Chief Justice Roberts, Section 706 of the APA "codifies for agency cases the unremarkable, yet elemental propo-

[10] Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 840 (1984).

[11] Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

[12] Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

[13] Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 843 (1984).

[14] Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 865 (1984).

[15] See, e.g., Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 8 (2024) (Kagan J. dissenting). See also Smiley v. Citibank (South Dakota), N. A., 517 U.S. 735, 741 (1996).

sition reflected by judicial practice dating back to *Marbury*: that courts decide legal questions by applying their own judgment".[15] Roberts further specifies that it is up to the courts, not agencies, to decide "all relevant questions of law"[16] arising on review of agency action, even those involving ambiguous laws. In her dissenting opinion, Justice Kagan, joined by Justice Jackson and Justice Sotomayor, rejects this notion and argues that the APA's text is inconclusive since it "does not specify any standard of review for construing statutes".[17] Hence, "when a court uses a deferential standard – here, by deciding whether an agency reading is reasonable – it just as much 'decide[s]' a 'relevant question[] of law' as when it uses a *de novo* standard".[18] In response to this, Chief Justice Roberts points out that while Section 706(2)(A) and (2)(E) do mandate that judicial review of agency policymaking and factfinding be deferential, these provisions do not prescribe any such deferential standard for courts to employ in answering legal questions.[19] Justice Kagan goes on to argue that agencies have more expertise in these areas of law and are, therefore, better suited to construct the statutory provisions at issue.[20] Chief Justice Roberts, however, notes that interpretive issues "may fall more naturally into a judge's bailiwick than an agency's".[21] In other words, if it comes to the law, lawyers are best trained to construe it – even in highly technical areas. Hence, it's (again) up to the courts to interpret vague statutory provisions. Since the courts in the cases at issue here relied on *Chevron* in their judgments, the Supreme Court reversed the decisions and remanded the cases for further proceedings.

Where do we go from here?

What consequences will the decision in *Loper* have for the agencies' work, in particular, and the government's agenda, more generally? From a German perspective, the uproar in the U.S. may initially come a bit as a surprise; after all, it is common practice in Germany for questions of law to be resolved by courts. It is the courts' foremost duty to interpret and apply the law – even in technical areas like environmental or competition law. Of course, German law, too, knows limits to judicial review in certain areas of law, for example, when an independent expert body has to assess whether a statutory requirement has been met.[22] Similarly, judicial review is limited when no legislation specifies "how to address a legal matter that is based on non-legal ecological criteria and if experts and scientists have not formed a generally recognized opinion regarding the specialist issues and the surveying methods to be used in the individual case".[23] These cases, however, are rare exceptions and concern determinations of *fact*, not of law. It is still up to the courts to define how the law shall be understood, i.e., what the statutory requirements are; only the question of whether these criteria are *factually* met is left to the agency.

Why, then, did the end of *Chevron* cause such an outcry in the U.S.? The reason lies in the political environment in which this legal principle operated: The U.S. is a deeply polarized country. In Congress, it has become almost impossible to reach compromises. Even in good times, the U.S. legislative framework is not "legislation-friendly". The filibuster in the Senate (which is not based on any constitutional[24] provision), for example, requires 60 votes to end a debate and bring a bill to a vote. Given today's political polarization[25] and narrow majorities, passing legislation is hardly achievable, if not outright impossible. As a result, meaningful legislation in areas such as climate, finance, health care, labor, consumer protection, and technology has been rare. To fill the resulting regulatory gap, agencies often must step in

16 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 14 (2024).

17 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 16 (2024) (Kagan J dissenting).

18 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 16 (2024) (Kagan J. dissenting).

19 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 14 (2024).

20 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 2, 9 (2024) (Kagan J. dissenting).

21 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 24 (2024).

22 See, e.g., BVerwGE 129, 27 (33).

23 BVerfG, Order of the First Senate of 23 October 2018 – 1 BvR 2523/13 -, para. 17 (Rotmilan).

24 Some even argue that the Senate filibuster is outright unconstitutional, see Emmet J. Bondurant, The Senate Filibuster: The Politics of Obstruction, 48 Harv. J. on Legis. 467, 479-500 (2011).

25 See, for a comprehensive account, Michael J. Klarman, Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court, 134 Harv. L. Rev. 4, 106-77 (2020).

and enact regulations to address the salient issues. To do this, agencies rely on (sometimes quite old) statutory delegations of regulatory power employing broad language. *Chevron* enabled agencies to construct those delegations in ways supporting wide-ranging regulations.[26] Due to *Loper*, this is now over. The decision in *Loper* will have a twofold impact on government regulation: First, the number of challenges against agency regulations by conservative interest groups and lobby organizations will likely increase now that the agencies' statutory construction is no longer authoritative, putting many other regulations in jeopardy.[27] Secondly, the decision might have a chilling effect on agencies, which now may refrain from enacting wide-ranging regulations altogether out of fear that their regulation might be successfully challenged in court.

The decision in *Loper* fits seamlessly into a series of cases in recent years in which the Supreme Court had increasingly reigned in on administrative agencies' regulatory power. With the major questions doctrine, a tool of statutory interpretation[28] essentially stating that it cannot be assumed that Congress intends to delegate "major policy decisions" onto administrative agencies,[29] the Supreme Court had already limited the scope of *Chevron*[30] by exempting decisions of vast economic and political significance from its presumption. Now, the Court has overruled *Chevron* altogether. The scope of the major questions doctrine, however, goes beyond *Chevron*. The major questions doctrine is, therefore, likely here to stay: Courts will employ this doctrine to narrow the scope of agencies' regulatory power by excluding decisions that (they deem to) have far-reaching political and economic consequences. It remains to be seen whether the Court, in its "crusade" against the administrative state, will also give new meaning to the so-called non-delegation doctrine – as some of the Justices hinted at in *Gundy v. United States*.[31] In Justice Gorsuch's understanding of the non-delegation doctrine, a legal concept rooted in Article I, Section 1, of the U.S. Constitution limiting Congress' power to delegate regulatory power to agencies,[32] Congress could only authorize agencies "to fill in [...] details, to find facts that trigger the generally applicable rule of conduct specified in a statute".[33] This would have devastating consequences for the proper functioning – some even argue for the very existence[34] – of the administrative state. We are not there yet. But by overruling *Chevron*, the conservative Justices on the Supreme Court, once more, have shown that they are determined to curb the administrative state's regulatory power and will not be deterred even by decades-old precedents and the principle of *stare decisis*. That does not bode well for the administrative state's future.

Many thanks to Eric Belgorodski and Philip Schreurs for their help drafting this post.

[26] According to the NYT, there have been 70 Supreme Court decisions and more than 17,000 lower court decisions relying on Chevron, see Adam Liptak, Justices Limit Power of Federal Agencies, Imperiling an Array of Regulations, New York Times, June 28, 2024, https://www.nytimes.com/2024/06/28/us/supreme-court-chevron-ruling.html [03.07.2024].

[27] See Tonny Romm, Corporate lobbyists eye new lawsuits after Supreme Court limits federal power, Washington Post, June 30 2024, https://www.washingtonpost.com/business/2024/06/30/chevron-supreme-court-corporate-lobbying/ [03.07.2024]; Ann E. Marimow & Justin Jouvenal, Supreme Court curbs federal agency power, overturning Chevron precedent, Washington Post, June 28, 2024, https://www.washingtonpost.com/politics/2024/06/28/supreme-court-chevron-federal-agency-authority/ [03.07.2024].

[28] See Biden v. Nebraska, 600 U. S. 1, 8-15 (2023) (Barrett J. concurring). For an understanding as a substantive canon ("clear statement rule"), instead, see Cass R. Sunstein, There Are Two "Major Questions"Doctrines, 73 Admin. L. Rev. 475, 483-84 (2021).

[29] West Virginia v. Environmental Protection Agency, 142 S. Ct. 2587, 2609 (2022).

[30] See Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 1, 27-8 (2024).

[31] Gundy v. United States, 588 U.S. __ (2019).

[32] So far, the non-delegation doctrine has been quite toothless: to date, the Supreme Court has only twice struck down a law for violating the non-delegation doctrine, and both decisions date back to 1935 (A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 [1935] and Panama Ref. Co. v. Ryan, 293 U.S. 388, 432 [1935]). That's because the Court, since then, has let it suffice for the purposes of the non-delegation doctrine that Congress prescribes in the delegation an intelligible principle – however vague – that can guide agencies in exercising their regulatory discretion (see, e.g., National Broadcasting Co., Inc. v. United States, 319 U.S. 190 [1943]).

[33] Gundy v. United States, 588 U.S. 1, 26 (2019) (Gorsuch J. dissenting).

[34] See Gundy v. United States, 588 U.S. 1, 17 (2019). See also, Jonas Plebuch/Simon Pielhoff, Verwaltungsstaat als Demokratieideal – Administrative State als Demokratiegefahr, Der Staat 61 (2022), 167 (191) ("···stellt die nondelegation doctrine die Legitimations- und damit die Existenzfrage").

Elettra Bietti

Online Speech at the US Supreme Court in Moody v. Netchoice

doi: 10.59704/213f32b71f7b38fe

Introduction

The First Amendment of the US Constitution raises some of the most difficult legal hurdles for regulating the global digital public sphere today. In *Moody v. Netchoice*, 603 U. S. ___ (2024), the US Supreme Court heard appeals from two judgments, an appeal from a decision of the Fifth Circuit declaring that Texas' social media law H.B. 20 did not violate the First Amendment, and an appeal from a decision of the Eleventh Circuit finding Florida's social media law S.B. 7072, instead, unconstitutional. These laws are similar in that they both attempt to impose must-carry and non-discrimination obligations on social media platforms, which in practice amounts to requiring them not to discriminate against conservative users' posts. They both also require platforms to provide some transparency to users whose content is removed or altered. The compatibility of these two laws with the First Amendment cuts across a plethora of crucial issues on the future of social media regulation which the court could, but didn't fully, address. These include the possible constraints that could be imposed on content and community guidelines, the regulation of recommendation and other AI systems implicated in social media business models, as well as the lawfulness of transparency obligations and safeguards akin to those provided under the Digital Services Act in Europe.

This much-awaited decision is far less enlightening than many expected, but it provides some hints regarding the future of online speech regulation. In many ways it reinforces the First Amendment's libertarian underpinnings, finding that imposing must-carry obligations on social media applications likely violates the First Amendment, and tentatively confirming the Eleventh Circuit's analysis that the Florida law is unconstitutional. The Justices also noted, however, that non-discrimination and must-carry obligations could possibly be lawfully imposed either on less expressive functionalities (e.g. messaging apps) or to advance non-expressive goals such as competition, antimonopoly regulation, and possibly the regulation of foreign ownership. In short, libertarian speech standards continue to govern cyberspace, but not all pro-regulatory hope is lost.

Much ado about nothing?

The court's core and unanimous ruling was the need to remand the case to the lower courts and to direct the plaintiff (the trade association Netchoice, representing Big Tech platforms) to plead First Amendment violations by reference to more specific companies, applications and types of content moderation which the two laws in fact interfere with. Across the board, liberal and conservative Justices were reluctant to express definite views on online speech and avoided ruling on the merits; strongly emphasizing instead the procedural limitations of facial challenges. The majority judgment, delivered by Justice Kagan and joined by 5 other justices in full or in part, warned for example that the Supreme Court are "a court of review, not of first view" and as such could not engage in factual inquiry without proper briefing. Justices Barrett, Jackson and Alito each noted a comparable reticence. Justice Jackson for instance explained that the court "should strive to avoid deciding more than is necessary" and Justice Alito added that "[p]remature resolution of such questions creates the risk of decisions that will quickly turn into embarrassments." The Supreme Court's recent record indicates that this decision is a rare instance of restraint on their part.

The Court's tentative First Amendment guidance

Despite the Justices' reticence to articulate concrete guidance, some tentative First Amendment principles emerge from the judgment. It sheds some light on the (il)legality of must-carry provisions in the social media context, and on a few other ancillary points.

The majority opinion, including three liberal and three conservative judges, broadly adopted a libertari-

an approach, which paradoxically was meant to combat the two laws' differently libertarian aspirations of non-discrimination against conservative voices. The majority celebrated the First Amendment's emphasis on the "marketplace of ideas" and held that the provisions forcing platforms to "de-bias" or "re-balance" the public sphere to include more conservative voices would most likely violate the First Amendment. In so doing, it emphasized three ideas: (a) the First Amendment protects acts of compiling and curating others' speech, such as online content moderation, against must-carry provisions; (b) must-carry provisions are proscribed by the Constitution even if the platform in question hosts most items and excludes just a few; and (c) the government's interest in improving, or better balancing, the marketplace of ideas can't overcome these First Amendment constraints on must-carry provisions. In other words, as Kagan put it, "it is no job for government to decide what counts as the right balance of private expression – to "un-bias" what it thinks biased, rather than to leave such judgments to speakers and their audiences. That principle works for social-media platforms as it does for others." The majority also indicated that while regulating social media applications such as the Facebook timeline or the YouTube feed would quite clearly violate the First Amendment, regulating other applications that are less "expressive" in their functions, such as messaging apps, might be lawful.

In an interesting footnote 10, the majority cited to *Turner Broadcasting v. FCC*, where the court found it lawful under the First Amendment to impose must-carry obligations on cable operators obliging them to give some of their channel space to local broadcast stations. This precedent could be distinguished in *Netchoice*, the Supreme Court said, because in *Turner* the government did not intend to balance expressive content. Its intent was rather to save local broadcast providers and fight "monopolistic" cable operators. In other words, it seems that competition could be a legitimate – though very narrow – reason for imposing must-carry and non-discrimination obligations on tech platforms.

Justice Barrett's concurrence added some details, specifying first that she thought human-led curation would benefit from First Amendment protection where purely machine or AI-based curation might not. Her distinction could lead down a rabbit hole of confusions on the way machine learning operates in social media settings. In a hint to the *TikTok* law, Justice Barrett also underscored, *obiter*, that regulating or banning foreign ownership could fall outside the scope of speech protection and thus be allowed.

Justice Thomas, who only concurred in the majority judgment to remand the case, not the First Amendment analysis, expressed, *obiter*, his skepticism for the *Zauderer* case and for its test for examining the validity of disclosure requirements, the second part of these laws,under the First Amendment. Partly contradicting his deregulatory view on disclosure requirements, Thomas also expressed once again his enthusiasm for treating platforms as common carriers.

Justice Alito, who also concurred in the judgment but not the First Amendment analysis, was joined by Justices Thomas and Gorsuch. Despite more reticence toward settling any of the issues in the case, he described the laws in minute detail and formulated some of the clearest First Amendment guidance, obiter. He first reminded his audience that the First Amendment has historically protected speech against government attempts "to forbid, restrict, or compel a party's own oral or written expression", yet that some acts of compilation can be non-expressive and thus unprotected, such as where the head of a neighborhood group prepares a directory consisting of contact information submitted by all the residents who want to be listed. To show that a must-carry provision violates the First Amendment, a company like Meta must, in Justice Alito's view, show three things. First, it must show that it exercises "editorial discretion in the selection and presentation" of the content it hosts. In other words, it must show that it is no mere conduit or passive receptacle of information. The second point, which is both interesting and cryptic, is that Meta must show that its platform is used to express " 'some sort of collective point' – even if only at a fairly abstract level." To withstand government pressures to include certain speech, there must be a parade theme or a general ethos of the platform. This is something monopolistic social media companies like Meta have long struggled to come up with. Third, Meta must show that such collective ethos or personal viewpoint on the platform is affected by the speech it is being forced to host. After showing these three aspects, a platform must also show that the challenged regulation of its curation practices violates the applicable level of First Amendment scrutiny, strict or intermediate.

These principles are far more detailed than those of the majority opinion. They reveal a possible vision for the

future of social media regulation whereby a social media platform is either expressly political, for instance, aimed at specific segments of the population, or, if it is a general platform functionality that welcomes all messages and views, it becomes subject to various forms of common carriage restrictions. The minority also further emphasized the importance of examining whether social media platforms could be regulated as common carriers. If they were found to be common carriers, much of the First Amendment discussion in the majority opinion may cease to apply. Like Justice Barrett, Justice Alito also emphasized the relevance of algorithmic recommendation systems and the possible changes those might entail for First Amendment analysis.

Takeaways

Justices Alito, Thomas and Gorsuch expressed First Amendment principles and addressed core issues in platform governance much more incisively and confidently than the mixed majority. Their emphasis on treating platforms as common carriers to the extent their business model is marketed as neutral and open to all seems both important and possibly correct, at least for some applications. Still, one might wonder where common carrier status might lead in practice. The emphasis on common carriage is in contradiction with the majority opinion, which instead views any attempt at regulating the speech of monopolistic and broadly neutral speech platforms such as Meta as deeply problematic and unconstitutional. If it weren't for footnote 10, the majority judgment would read as a bland celebration of the internet as a utopian marketplace, with little evidence to back any of these celebratory claims up, unfortunately.

To conclude, we can take three points away from the decision. First, must-carry provisions imposed against social media platforms to try to "unbias" the digital public sphere and level the political playing field will, in all likelihood, fail to pass First Amendment muster. However, the legality of such provisions may depend on the specific platform and functionality being regulated, meaning that the same obligations might be unconstitutional for a social media platform, but might be lawful where imposed on other kinds of applications. Second, the court was reluctant to put forward much guidance on the legality of the laws' disclosure and explanation requirements under the Constitution. In spite of Justice Thomas' critical *dicta*, the *Zauderer* case stands. Still, Justice Thomas and Justice Alito's analyses suggest that any DSA-like obligations would face uphill battles in the US. Third and finally, in addition to the minority's emphasis on common carriage obligations, all Justices left open the possibility of governing the digital public sphere and digital platforms for competition and antimonopoly reasons. In other words, imposing non-discrimination and must-carry obligations on digital platforms might withstand First Amendment scrutiny if it is motivated by competition or other ownership regulatory goals not related to platforms' expressive and political functions. This, at least, is good news.

Adam Ploszka

Poverty as a Crime

City of Grants Pass v. Johnson and Dian v. Denmark

doi: 10.59704/92348319fb26186c

In June 2024, the U.S. Supreme Court in the Opinion *City of Grants Pass v. Johnson* held that the Constitution does not guarantee individual protection against the criminalisation of homelessness. Similarly, in May 2024, the European Court of Human Rights found the case concerning the criminalisation of begging, *Dian v. Denmark*, inadmissible. Both of these judicial decisions are disputed since the criminalisation of poverty cannot solve the problem of homelessness or begging. Rather, it violates the fundamental dignity of the individual, as the ECtHR noted in an earlier judgment in the *Lacatus* case. Yet, the ECtHR has departed from the said case law without a convincing reasoning.

U.S. Supreme Court: criminalisation as the measure to combat homelessness

The Opinion, delivered on June 28, 2024, concerned regulations issued by the municipality Grants Pass in Oregon, which criminalise camping on public property or overnight parking in the city's parks. According to the said law, incidental violations of these regulations are punishable by a fine. Further violations can lead to a 30-day jail term and a severe fine.

In the pivotal case of *Martin v. Boise*, the Ninth Circuit Court issued the Opinion that the Eighth Amendment's Cruel and Unusual Punishments Clause bars cities from enforcing public camping ordinances against homeless individuals whenever the number of homeless individuals in a jurisdiction exceeds the number of "practically available" shelter beds.

After this reasoning has been challenged, the Supreme Court held that the Eighth Amendment can only apply when criminalisation occurs because of a particular status – referring to an earlier Supreme Court Opinion *Robinson v. California*. Accordingly, the Supreme Court concluded that it cannot deprive local authorities of the right to criminalise as one of the measures to combat homelessness.

Like the entire series of recent Supreme Court rulings, the Opinion was handed down by a 6:3 vote. Justice Sotomayor authored the dissenting opinion, joined by Justice Kagan and Jackson. She challenged a key element of the majority's reasoning, stating that criminalisation occurs precisely because of a homeless person's status. As she correctly points out, this criminalisation punished the people with no access to shelter, hence, being homeless. The dissenting opinion further refers to the ineffectiveness of criminalisation to reduce homelessness. Finally, Justice Sotomayor notes that the actual purpose of introducing these laws was not to prevent homelessness but to get rid of the homeless people from the city. She concludes her dissenting opinion by saying:

> "*Homelessness in America is a complex and heartbreaking crisis. People experiencing homelessness face immense challenges, as do local and state governments. Especially in the face of these challenges, this Court has an obligation to apply the Constitution faithfully and evenhandedly. The Eighth Amendment prohibits punishing homelessness by criminalizing sleeping outside when an individual has nowhere else to go.*"

ECtHR: from "the right to beg" to the inadmissibility of the case

The ECtHR's Decision of 13 June 2024, delivered in the case of *Dian v. Denmark*, application no. 44002/22, concerns another aspect of the broad issue of the criminalisation of poverty. The case concerned an applicant convicted for begging in a pedestrian street in Copenhagen and sentenced to twenty days of imprisonment. The applicant challenged this conviction at the ECtHR, claiming violations of Articles 8 and 10 of the ECHR. The ECtHR found the application incompatible *ratione materiae* with the Convention.

Crucial to the ECtHR's Decision (but also for domestic courts that adjudicated in this case) was the earlier ECtHR's landmark judgment in the case of *Lacatus v. Switzerland*. In this case, the ECtHR held that:

> "*a person's dignity is severely compromised if he or she does not have sufficient means of subsistence (...). By the act of begging, the person concerned is adopting a particular way of life with the aim of rising above an inhumane and precarious situation.*" (para. 56).

In that case, the ECtHR concluded that the applicant, being in a clearly vulnerable situation, had the right, inherent in human dignity, to be able to convey her plight and attempt to meet her basic needs through begging.

In *Dian*'s case, however, the Court declared the application inadmissible for two reasons that distinguish this case from *Lacatus*'s case. First, because the applicant had other income sources than begging, namely, he was selling the newspaper and collecting the bottles (see paras. 53 and 54). Secondly, due to the fact that Denmark, against which the case was lodged, does not impose a blanket ban on begging (para. 55). The Court found that Denmark, despite the wording of the Penal Code, which *de iure* provides a blanket ban on begging, in practice permits begging to a certain extent. A person could be convicted of begging only if it took place in a personal manner, causing a nuisance to the public, and the person had been warned beforehand. Henceforth, the Court stated that the ECHR does not provide the right to beg under Article 8. (para. 44).

A few critical remarks

Although these judicial decisions differ in many procedural and substantive aspects, they are also somewhat similar. They are similar in that the US Supreme Court and the ECtHR have accepted (the Supreme Court directly and the ECtHR indirectly) that criminal law may be a tool that can be used by a state to counter certain life-sustaining poverty-related activities undertaken by individuals.

Moreover, both judicial decisions assume the sole responsibility of people begging or camping on the streets without considering the broader issues that have brought them in this situation. Both courts seem to sidestep the cost-living crisis that has been going on for several years and forget how complicated the reasons for pushing people to live on the streets can be. While the majority in the US Supreme Court's Opinion indeed pointed out the various reasons that may lead to homelessness, such as the economic situation, natural disasters, escape from domestic violence or other forms of exploitation, the Court nevertheless did not connect these reasons with the responsibility of the State.

Moreover, the ECtHR even stated the following:

> "*The onus must therefore be on the applicant to substantiate his assertion that he was in a precarious and vulnerable situation, including that he lacked sufficient funds for his own subsistence.*" (para. 49).

I argue that one cannot seriously expect this from a person living on the street. At the same time, the ECtHR allowed considerable discretion to the Danish authorities in determining whether begging constitutes an offence. This type of discretion in the case of people in a particularly vulnerable situation, such as poverty or homelessness, does not give sufficient protection against the abuse.

Between the release of the Opinion by the US Supreme Court and the ECtHR's Decision, the long-awaited Report of the UN Special Rapporteurs – on extreme poverty and human rights and on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context was published. The Report, based on information from nearly 130 entities of various types worldwide, concerns the criminalisation of homelessness and poverty. The Report points to a number of negative consequences of the criminalisation of poverty and homelessness on the ability of individuals to exercise their human rights. As a commentary on the court decisions indicated above, it is worth recalling the Report's main conclusion:

> "*Relying on the criminal justice system to address the consequences of poverty and homelessness serves only to penalize individuals for structural inequality, social exclusion and their fundamental denial of rights. Criminalization further entrenches inequality, reinforces social stigma, and undermines the dignity of persons experiencing homelessness or poverty. A punitive or carceral approach that penalizes persons in precarity for begging, sleeping, or working in public spaces also poses a significant economic cost to the State that should be*

> *redirected to measures that are effective in preventing and ending homelessness and reducing poverty."*

The ECtHR briefly referred to the UN approach to poverty criminalisation without seriously engaging with it. The Court particularly cited the Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights (see more here) and the 2019 Report by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights that called on Denmark to "repeal the legal provisions criminalising conducts associated with situations of poverty and of deprivation of the right to adequate housing, such as begging and rough sleeping." (para. 31) However, these considerations did not change the ECtHR's final Decision.

For many European countries, the ECtHR's *Lacatus* case was a reason to start a discussion to abolish criminalisation of poverty and homelessness. A good example of this was the action of the Polish Ombudsman, who thereafter appealed to the Polish Minister of Justice to decriminalise begging. Undoubtedly, this recent judicial decision will not support this trajectory.

On the contrary, the respective judicial decisions empower the voices advocating for the need to criminalise homelessness and poverty. Yet, it is worth mentioning that these voices are not uniform. In Europe, more and more cities are adopting the Homeless Bill of Rights, promoted by the European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA). This Bill of Rights, inspired by similar documents adopted in the U.S. (see here), which are surprisingly not mentioned in the Supreme Court's Opinion, is the best response to the criminalisation of homelessness and poverty. Article XI of the Bill declares the right to carry out practices necessary to survival within the law. Moreover, it states:

> "*Homeless people should have the right to carry out practices necessary to survival within the law. Survival practices such as begging, or foraging for discarded food should not be criminalized, banned, or arbitrarily confined to specific areas."*

The city Copenhagen, where the applicant concerned was punished for begging, also endorsed such a bill in 2023. The adoption of the Bill should result in the start of a process leading to the decriminalization of begging in Copenhagen. I hope that the latest ECtHR's Decision *Dian v. Denmark* will not stall this process.

The article expresses my personal views only and cannot be attributed to Amnesty International.

Nelson Camilo Sánchez León

A Historic Verdict Against Chiquita Brands

doi: 10.59704/8ce226a69ccaccc7

A jury in a small town in Florida has set a milestone in the fight for international justice with a historic decision for the victims of paramilitarism in Colombia. After more than 25 years and 17 years of litigation, survivors of violence in Colombia's banana-growing regions have secured a victory in their pursuit of financial compensation. The verdict determined that Chiquita Brands International, a multinational banana company, illegally financed the United Self-Defense Forces of Colombia (AUC), a designated terrorist paramilitary organization, with contributions of at least $1.7 million between 1997 and 2004. This financing, done deliberately and for profit, contributed to countless human rights violations, including the murder of hundreds of civilians. Given that numerous journalistic and legal reports have extensively covered the facts and the legal proceedings, this post focuses on the significance of the ruling for corporate accountability and the challenges ahead.

Implications for Colombia

This decision transcends the individual case and marks a turning point in Colombian history. Its importance lies in holding accountable a multinational implicated in cycles of violence for almost a century. From the banana massacre to the financing of the AUC, the United Fruit Company and its successors have left a trail of long-unpunished suffering. This ruling begins to settle that historical debt of justice. The case also advances an area where ordinary and transitional justice have failed: corporate responsibility in the Colombian armed conflict. Although ex-combatants have pointed to hundreds of companies and businessmen as co-responsible, Colombian justice has done little about it. In the United States, where several of these companies are headquartered, the situation is similar. The Chiquita case is the first to hold a U.S. company accountable for financing human rights violations in Colombia. As brilliantly detailed by Tatiana Devia and Daniel Marín, the verdict was based on a rigorous evidentiary process. The jury evaluated extensive testimonies and expert reports, rejecting Chiquita's defense that the payments were coerced or insignificant. This precedent establishes crucial standards on corporate conduct in conflict zones, highlighting the need to differentiate between coercion and collaboration, as previously discussed with colleagues. Additionally, this precedent could push forward ongoing cases in Colombia. Despite evidence, including the company's acknowledgment of wrongdoing before U.S. authorities, trials in Colombia remain unresolved and at risk of limitation. It is urgent that Colombian authorities access the evidentiary material from the Florida case – if they have not already done so – and decisively advance their investigations.

A precedent for corporate justice

As affirmed by expert commentators, this ruling renews hope that U.S. courts can promote corporate accountability in conflict zones. It is the first verdict finding a corporation liable for human rights violations in conflict areas, and one of the few that has gone to trial (indeed, less than 1% of these litigations reach this stage). The litigants overcame significant obstacles in an increasingly adverse legal context. During the long course of litigation, they encountered legal challenges, such as the applicability of the Alien Tort Statute (ATS) and the Torture Victim Protection Act (TVPA). The situation was further complicated by Supreme Court decisions that limited the scope of these laws. In *Mohamed v. Palestinian Authority*, the Court established that the TVPA only applies to individuals, not corporations. Subsequently, in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, the Court limited the extraterritorial application of the ATS, requiring that grievances "touch and concern" the United States. More recently, *Nestlé USA, Inc. v. Doe* reinforced these restrictions on using the ATS in cases of corporate conduct abroad. In light of these challenges, the victims' lawyers had to adapt their strategy, concentrating on claims against individuals for TVPA violations and leveraging Colombian law to hold the company accountable. This innovative ap-

proach shows that litigation for corporate liability in human rights remains viable despite restrictive precedents. Furthermore, the Chiquita case sets a precedent for navigating the complexity of litigating under foreign laws in U.S. courts, offering a guide for future cases involving global corporate accountability. The verdict takes on additional significance as U.S. justice acts against a company involved in various episodes of conflict and democratic breakdown, not only in Colombia but also in other countries such as Guatemala, where it has been linked to the promotion of coups. This exemplary ruling is a necessary step to end a culture of undemocratic practices that have long enjoyed impunity. Additionally, the case has revived the debate on the ineffectiveness of voluntary corporate social responsibility initiatives and the need for robust and binding mechanisms to correct corporate abuses in conflict zones. Although Chiquita attempted to use its adherence to voluntary guidelines as part of its defense in the Florida court, the verdict demonstrates the insufficiency of these guidelines, especially regarding the reparation of damages caused.

The road ahead

The $38.3 million verdict against Chiquita marks only the beginning of a lengthy legal process. Although this landmark trial involved nine families, more than 7,500 people who lost loved ones during the AUC campaign have filed similar lawsuits. Judge Kenneth A. Marra has indefinitely postponed the second trial, giving Chiquita time to appeal the decision. The appeal could last up to two years, during which the company will seek to overturn the verdict or reduce damages. The appeal arguments will likely focus on combining multiple cases in a single trial and applying Colombian versus U.S. laws. Meanwhile, the victims' lawyers are preparing to defend this verdict and possibly push for a global resolution covering all plaintiffs (a negotiated settlement). The outcome of this appeal will be crucial in determining the course of the remaining thousands of cases and could have significant implications for future human rights litigation against multinational corporations. While the processes continue in Florida, Colombian authorities must respond to the needs of the victims. The judicial system must accelerate cases under investigation for decades, producing concrete results. In parallel, the executive has the inescapable responsibility of guaranteeing the safety of victims and witnesses who have already faced threats in the past. It is crucial to avoid the dissemination of decontextualized information about "millionaire victims" in vulnerable areas of rural Colombia, as this only increases security risks. The real challenge is making sure justice and protection reach the victims without causing new risks. Only then can we speak of a genuine victory in the fight for human rights and corporate accountability.

This article first appeared in Latin American Spanish on Agenda Estado de Derecho. The article is part of a collaboration between AED and Verfassungsblog.

Mariana Velasco Rivera

A Democratic Mandate to Overhaul Mexico's Judiciary?

doi: 10.59704/881d1459cf195258

In past posts on this blog, I pointed out how the Mexican Supreme Court was about to face an existential threat. I predicted what was inevitable: things would only get worse for that institution as it continued to do its work (e.g., reviewing the constitutionality of legislation) in an increasingly politically hostile environment. The President and his party, MORENA, time and again made clear their lack of commitment to basic values and principles of constitutional democracy, such as a limited exercise of public power, public accountability, the rule of law, and a system of checks and balances. In such a context, the Supreme Court had very little room for maneuvering to avoid the escalation of attacks against the judiciary: inasmuch courts kept handing down decisions against the government's agenda, the attacks and contempt would keep growing. Unfortunately, I was right. It's happening. Mexico's federal *and* local judiciary as we know it will most likely disappear as MORENA prepares an overhaul not seen in a century.

As the reader may remember, the idea of overhauling the judiciary became an electoral promise in May 2023, right after the Supreme Court struck down one of two parts of what came to be known as "Plan B" (i.e., the modification and adoption of a total of six pieces of legislation through which the government, among other things, sought to undermine the electoral watchdog) in a 9-2 decision on the grounds of violations of procedural rules of the legislative process. Picking up on that idea, right before the start of the presidential campaign in February this year, President López Obrador presented a set of constitutional amendment proposals to, among other things, overhaul the judiciary, eliminate proportional representation in the electoral system, and dissolve independent agencies. This is, of course, a story that has become too familiar where political leaders, aided by their parties, seek to do away with constitutional constraints on the exercise of public power.

In particular, the constitutional amendment proposal to reform the judiciary undoes the judicial reform of 1994 that sought to consolidate the Supreme Court as a constitutional tribunal and created the Judicial Council, the body in charge of overseeing federal judges to guarantee judicial independence. President López Obrador's proposal would introduce the popular election of all sitting judges across the Federal Judiciary, including Supreme Court justices, every 9 and 12 years respectively. As a result, the constitutional amendment would remove about 1600 sitting judges. The amendment would also reduce the Supreme Court membership from 11 to 9 Justices, abolish the Judicial Council and replace it with a judicial administration body and a *Tribunal de Disciplina Judicial* (Judicial Discipline Tribunal). That body would be in charge of overseeing and sanctioning judges, including removing them from office for "going against the public interest" and filing of criminal proceedings against those suspect of "being complicit or of covering up criminals". The decisions of said tribunal would be final and not subject to appeal. The same model is proposed to be replicated at the local level.

As concerning as the proposals were, at the time the hope was that MORENA would not win the necessary seats in Congress in the June election to have the required qualified majorities to amend the constitution on their own. But they did.

A democratic mandate to overhaul the judiciary?

After a landslide victory last June, MORENA and its allies will have the required majorities in Congress and State Legislatures this coming September to amend the Constitution. For this reason, individuals across the political spectrum have claimed that, for better or worse, MORENA has a democratic mandate to proceed and put the federal judiciary on its head. But is that so?

President López Obrador and his party have shown no respect for the rule of law, the system of checks and balances, or a meaningful commitment to the limited exercise of power and public accountability. The judiciary was one of the few institutions that time and again halted

the government's constitutionally questionable policy-making decisions. A prime example is the government's attempt to give full control of the *Guardia Nacional* (the institution in charge of public safety at the federal level) to the military, which the Supreme Court struck down for going against the constitutional mandate that establishes that public safety institutions should be civil in nature. This is precisely why the President and his party have long been (so far unsuccessfully) trying to delegitimize and capture one of the few institutions able to hold them accountable. President López Obrador and his party spent the last six years deploying a vicious campaign aiming at delegitimizing the judiciary, spreading lies and disinformation about the court system, individual judges, and court decisions to sow a generalized feeling of contempt and distrust of the judiciary. Said campaign often included accusing judges, without evidence, of being complicit with criminal interests for court decisions he disagreed with. With June's landslide victory in their pocket, they now say they're bound to their electoral promises—which respond to the "social discontent" towards the judiciary. Mexico's judiciary is far from perfect, but the reasons for the electoral victory are certainly not univocal. Conflating their electoral victory with a confirmation of a public demand for the overhaul of the judiciary, when the government and its pundits were the only actors peddling the idea that the judiciary is broken and untrustworthy for an entire presidential term, seems far-fetched.

To be sure, I am not saying that the popular election of judges is bad in and of itself. However, there are at least two things that, against the backdrop of the Mexican context, make the policy choice questionable. First, the ulterior motivations to change the method to select judges: that is, undermining one of the institutions in charge of checking and ensuring that public power is not exercised arbitrarily for having been an obstacle in the advancement of the government's agenda. Second, thrusting the selection of federal judges into Mexico's electoral democracy processes is, at least, a risky move in that it will likely immerse the selection of judges into already dysfunctional electoral and partisan dynamics such as those associated with candidate selection, drug cartels' influence in politics, and political corruption. For instance, according to the amendment proposal, two-thirds of the candidates for the Supreme Court will be selected by the President, and the two Chambers of Congress.

The path forward

Some commentators and observers hope for Claudia Sheinbaum, the President-elect, to distance herself from her predecessor, honor her scientific background and, therefore, govern as a technocrat. In particular, members of the judiciary, led by Chief Justice Norma Piña, have reportedly tried to open a dialogue with her and the party to modify the most concerning aspects of the judicial reform. Those efforts have so far materialized in public forums where the sitting Justices of the Supreme Court were given the opportunity to speak to legislators to voice their concerns about the amendment proposal. For the observer, however, the event gave the impression of having been set up to publicly humiliate the Justices. At the end of the Justices' interventions, the person who gave the closing speech was Arturo Zaldívar, the former Chief Justice who resigned from office to join Claudia Sheinbaum's presidential campaign. In his private citizen capacity, Zaldívar took his speech as an opportunity to publicly disparage them and the judiciary.

If anything, so far, it has been clear that Sheinbaum will participate in the efforts to overhaul the judiciary. A clear example of this is that at the start of her presidential campaign, she required all MORENA congressional candidates of her electoral coalition (i.e., MORENA, PVEM, and PT) to sign a letter vowing to pass, without reservations, the amendment proposals President López Obrador presented in February.

Those hoping for the goodwill of Sheinbaum or MORENA have not been paying attention. Sheinbaum has shown no signs of being willing to engage in a genuine constructive dialogue with the judiciary. Quite the opposite. It is time to take the present threat as what it is: the most serious threat to Mexico's constitutional democracy at least since the slow start of the democratic transition in the late 1970's. The constitutional amendment to the judiciary will translate into an incommensurable retrocession in terms of professionalization and judicial independence building. The day after the amendment is passed, Mexico will officially be less democratic and more authoritarian in that the scrutiny of the exercise of public power would have been put at great risk. The professionalized bureaucratic apparatus that has been slowly built across the span of three decades will have its days counted. Dark times are coming for the judiciary and constitutional democracy in Mexico.

Natalia Ángel-Cabo, Agenda Estado de Derecho

"Displacement Due to Environmental Factors Is One of the Great Tragedies of Our Time"



An Interview with Natalia Ángel-Cabo, Justice of the Constitutional Court of Colombia

doi: 10.59704/cd711bd3132b3efb

In a recent judgment, the Colombian Constitutional Court has ruled that displacement due to environmental factors can be legally considered as forced displacement triggering specific obligations of the State. The judgment (T-123 of 2024) highlights the deficit of constitutional protection for victims of environmental displacement, urging the state to develop specific strategies to address this issue. It mandates immediate relief for petitioners affected by the Bojabá River flooding and calls for comprehensive public policies to mitigate the impact of environmental displacement.

In this interview, Natalia Ángel-Cabo, a Judge at the Colombian Constitutional Court, explains the implications of the ruling and the concept of displacement due to environmental factors. Natalia Ángel-Cabo holds a law degree from the University of Los Andes and a Master of Laws (LL.M.) from Harvard University. Previously, she was a full-time professor at the Faculty of Law of the University of Los Andes, director of the Constitutional Public Law Area, and editor of the Latin American Law Journal. The interview was originally published in Latin American Spanish in Agenda Estado de Derecho.

AED: What are the implications of recognizing climate displacement as a legal phenomenon protected by the Constitution of Colombia?

NA: The recognition of displacement due to environmental factors in the Colombian legal system primarily signifies progress in protecting this phenomenon's victims' rights. The judgment emphasized that, until now, victims of forced displacement due to environmental factors in Colombia have faced a deficit of constitutional protection. While the country has acknowledged and responded comprehensively to displacement caused by violence and armed conflict, the same cannot be said for displacement caused by environmental factors such as disasters, environmental degradation, or events associated with climate change. The Colombian state also has prevention and assistance obligations towards populations displaced by environmental factors derived from the Constitution and its international commitments.

AED: How can these obligations be fulfilled by the State?

NA: One of the central purposes of Judgment T-123 of 2024 is to urge authorities to develop specific strategies to address the phenomenon, not only understanding its dimensions, characteristics, and the specific needs of the affected population but also implementing comprehensive actions to address it. For example, the judgment urges the Colombian Congress to promptly enact a comprehensive public policy to respond to the phenomenon.

AED: How severe is the problem?

NA: Very severe. From a more symbolic perspective, this recognition contributes to raising awareness about the environmental crisis and our contribution to it. The judgment demonstrates how displacement due to environmental factors, including events associated with climate change, is one of the great tragedies of our time and, unfortunately, one that severely affects vulnerable populations. In fact, international estimates show that displacement due to disasters, environmental degradation, and climate change-related events will surpass the number of people displaced by violence and armed conflict. Recognizing these realities is a first step for us, as a society, to begin to understand the impact of human decisions regarding climate change and gradual ecosystem degradation, and to act more decisively.

AED: What is the concept of "displacement due to environmental factors" embraced in this judgment, and what criteria were used for its recognition?

NA: The concept utilized in the judgment stems from the definition of internal forced displacement as outlined

in the Deng Principles of the United Nations Economic and Social Council. These principles define internally displaced persons (IDPs) as "persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights *or natural or human-made disasters*, and who have not crossed an internationally recognized state border" (emphasis added).

As evident, these principles acknowledge that displacement occurs due to causes such as armed conflict or violence and other events like natural disasters. In the judgment, we start with that definition but characterize the phenomenon as displacement due to environmental factors to encompass other occurrences beyond natural disasters.

AED: What causes of displacement due to environmental factors are encompassed in the judgment?

NA: The concept of displacement due to environmental factors, as advanced in the judgment, includes causes such as disasters, environmental degradation, and other events associated with climate change. Nevertheless, the characterization of the phenomenon stems from the definition of the Deng Principles. That is, understanding that displacement due to environmental factors implies that:

- An individual or group of individuals flee or escape from their home or habitual place of residence.
- The displacement is involuntary, not voluntary.
- Those who are displaced do not cross the state border of their country but move within it.
- It is a phenomenon that can stem from various environmental causes.

AED: What are the main characteristics of this type of displacement?

NA: The judgment highlights relevant aspects that characterize displacement due to environmental factors, particularly its multi-causal and complex nature. For instance, an important point in the judgment is to demonstrate that displacement due to environmental factors doesn't always occur due to sudden or immediate events but also due to gradual occurrences over time, such as environmental degradation.

Thus, the judgment draws attention to the fact that, unlike some displacements where the cause can be precisely determined, in those caused by environmental factors, it's not always easy to determine why a person leaves their home and life project. Similarly, it's not always easy to identify the forced nature of these displacements. While the forced aspect implies a lack of voluntariness in the move, this characteristic is usually associated with the need to leave the place of residence in the face of an imminent event. However, in the case of displacement due to environmental factors, the forced nature may not be associated with a single event and may not be easily perceptible. For example, people may need to migrate because the environmental conditions in their environment do not guarantee livelihoods. As the judgment states, this decision may seem voluntary, but essentially, it is forced because the person's livelihood is at stake.

Thus, any public policy addressing the issue must consider the complex and multidimensional nature of the phenomenon, as well as understand its greater impact on the most vulnerable populations. For example, in the Colombian context, this implies the need to adopt a specific response to the phenomenon rather than simply replicating the way forced displacement due to armed conflict has been addressed.

AED: What international or comparative precedents were considered to make this decision, and how does Colombia align with these global trends?

NA: To establish the elements comprising the concept of displacement due to environmental reasons, the judgment reviewed some international instruments related to the issue. Initially, reference was made to the Deng Principles and the Pinheiro Principles. It was noted that these instruments, for over 20 years, recognized that internal displacement could occur due to factors associated with changes in the environment.

The judgment also mentioned other international instruments from various legal domains applicable to addressing internal displacement due to environmental factors. Thus, some instruments of international human rights law were referenced, and several instruments of international environmental law were analyzed, among which the United Nations Framework Convention on Climate Change of 1992, the Kyoto Protocol, and the Paris Agreement were highlighted. Some instruments related to Disaster Risk Management were also considered. Within this group, reference was made, for example, to the Hyogo Framework for Action, the Sendai Framework, and the Nansen Initiative.

Overall, I believe this decision allows the country to

integrate into its legal framework many of the international standards applicable to the protection of human rights and environmental protection. In this regard, Colombia progresses in recognizing environmental realities that enable it to align with other countries to make decisive decisions regarding the future challenges posed by changes in nature.

AED: What specific measures did the Constitutional Court order to address the displacement of the petitioners?

NA: Regarding the petitioners and other individuals affected by flooding from the rising waters of the Bojabá River, the judgment mandates local authorities to urgently ensure access to food, clean water, shelter, basic housing, appropriate clothing, and medical and sanitation services for the petitioners. Additionally, it orders the same authorities to conduct a detailed study of the level of risk and vulnerability of the property where the petitioners resided to determine if they can return and under what conditions. If the municipality determines the risk on the property is mitigable, it must guarantee a voluntary and safe return. Also, in this scenario, it's ordered to ensure conditions for the petitioners to have a sustainable livelihood in the future, such as assisting in recovering their crops. If a safe return is not possible, the Court ordered the municipality to ensure the relocation of the petitioners, considering their specific situation. In all cases, the Court ordered the actors to be involved in the process.

Furthermore, considering that the triggering event of the displacement could have affected other individuals, the Court ordered that the mentioned measures be extended to all victims of displacement due to the flooding of the Bojabá River through inter communis effects. Indeed, the Court found that several people living in communities near the river were in an equally pressing situation as the petitioners, as they had also requested authorities of the Office of the Mayor of Saravena and the Office of the Governor of Arauca to take protective and assistance measures due to the river overflow.

AED: Were orders adopted to address the issue more structurally?

NA: As a general and structural measure, the Court urged the National Congress to regulate through legislation a comprehensive response to the phenomenon of internal forced displacement due to environmental factors. The Court pointed out that such regulation should consider the multidimensional impact generated by forced displacement due to these causes.

AED: What are the challenges for Colombia and Latin America to effectively implement this judgment and its translation into public policies?

NA: The challenge for the Colombian State now is to understand the provisions of the judgment comprehensively. Authorities might limit themselves to fulfilling the initial orders and simply restoring the rights of the petitioners in the short term. However, for the decision to be effectively implemented, it must go beyond that and make a structural modification of the institutions that enables a new perspective on changes in nature and the effects derived from them.

Therefore, for the judgment to effectively translate into public policy, it is crucial for the Colombian State to recognize the need for a preventive approach that enables the coordination of various sectors to address this new challenge. The main challenge for institutions lies in halting the old perspective that considered environmental changes as "emergencies" and establishing a framework that recognizes that while these changes will determine the future, we can still implement public policies to mitigate their adverse effects.

AED: Environmental degradation seems to be an issue that demands joint action among different States. What does the judgment say about this?

NA: As explained in the judgment, environmental phenomena may be associated with only a portion of the territory, and it is difficult to identify when and where a changing factor originated that altered the functioning of an ecosystem. Therefore, to address the problems derived from changes in nature, it is crucial for there to be coordination among countries that allows for the identification of elements that can exacerbate these natural changes. If there is consensus among countries about the policies to be implemented to reduce the adverse effects that come with the environmental crisis, governments may be able to reduce, to some extent, the rights violations resulting from changes in ecosystems.

Chile Eboe-Osuji

Why the International Criminal Court's Jurisdiction Doctrinally Attaches to Israeli and Russian Nationals

doi: 10.59704/17a9e57ca39eea36

As the storm of ICC Chief Prosecutor Karim Khan's request for arrest warrants loomed and landed on Israeli Prime Minister Netanyahu and his Defence Minister Yoav Gallant, ardent supporters of Israel within the U.S. and U.K. governments and beyond appear to have seized upon a jurisdictional objection. U.S. Secretary of State Antony Blinken is reported as saying that the "ICC has no jurisdiction over this matter". The U.K. Foreign Secretary David Cameron is reported to have said the same thing.

The same objection was made by the Russian government against the warrants that the ICC issued for the arrest of President Putin and his commissioner for children's rights, Maria Alekseyevna Lvova-Belova, for war crimes in Ukraine – notwithstanding that Russia, like Israel, is not a party to the Rome Statute. Even Brazil – whose President has railed relentlessly against Israel for committing what Brazil's President sees as genocide in Gaza – is now reported as contending that Russian leaders should enjoy immunity at the ICC because Russia is not a party to the Rome Statute.

We shall call this the "treaty-based objection" to the ICC's jurisdiction. It goes like this: international tribunals are established by agreements or treaties; it is a basic rule of international law that treaties create rights and obligations for no other states than the parties to it; therefore, a treaty that establishes an international tribunal cannot affect a state that is not a party to it.

As many may know, the basis of the ICC's jurisdiction over nationals of Israel (in relation to the Gaza war) and those of Russia (in relation to the war in Ukraine) are provisions of the Rome Statute that grant the court jurisdiction over international crimes committed on the territory of a member State (Article 12(2)) or of a non-member State that has declared its recognition of the court's jurisdiction (Article 12(3)) – notwithstanding that the alleged culprit is the national of a state not party to the Rome Statute. Although Israel and Russia are not parties to the Rome Statute, Palestine is a party to the Rome Statute, and Ukraine has declared its recognition of the jurisdiction of the court over Ukraine since 2014.

The present piece will concentrate on that normative question only: can the ICC exercise jurisdiction over the nationals of a non-member state? It will not engage – beyond noting it now – the political gymnastics that satisfied the U.S. government and the U.K. government to applaud the ICC arrest warrants against Mr. Putin and Ms Lvova-Belova, only to turn around and base themselves on claims of ICC's lack of jurisdiction to denounce Mr. Khan's application for arrest warrants against Mr. Netanyahu and Mr. Gallant.

A flawed objection

There is a basic flaw, though, in the treaty-based objection to the ICC jurisdiction as has been made. It ignores the nature of the mandate of international criminal tribunals as mechanisms for the effective preservation of the basic fabric of the international order – including self-preservation of the subscribing states – through the sanctions of international criminal law. From that perspective, the jurisdictional objection fails to appreciate the essential distinction between, say, an agreement on tariffs and trade and a treaty whose primary purpose is to repress and punish wars of aggression, genocide, crimes against humanity and war crimes, although there are secondary aspects of the Rome Statute that still give value to the traditional understandings of treaty law beyond the statute's primary purpose. That primary purpose deals with peace and security of the community of nations – such as devastating world wars and smaller skirmishes that might unleash them. That consideration is an essential matter of the international public order. The right of preservation – of the international order and of the states that subscribe to the treaty of an international court – is a primordial element of general international law. It

transcends the constraints of treaty law as such. General international law is, it must be stressed, the substratum on which treaty law stands. In other words, it is general international law that fostered and nurtured treaty law.

As the very first order of business in his legal classic, *The Law of Treaties*, Lord McNair accepted that a treaty denotes "a written agreement by which two or more States or international organizations create or intend to create a relation between themselves *operating within the sphere of international law*." [Emphasis added.] He explained that "[i]mportance attaches to the words 'operating within the sphere of international law,' that is, operating within the system, and against the background, of international law."

So, treaty law does not overtake general law. It stays within it. It is thus obvious, in other words, that the constraints of treaty law do not operate to destroy general international law in its substance and essence, by allowing states to plead principles of treaty law in order to enable them to engage with impunity in conduct that could undermine the international order and destroy the very idea of *international law* "within" which treaty law "operates." Principles of treaty law will have nothing to stand on if there is no general international law to give them scope. Treaty law is not meant to be a poison pill for the international law that gives it scope. That doctrine is adequately reflected in Article 2(6) of the UN Charter, which says, "The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles [i.e. the principles laid down in Article 2 of the Charter] so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security." The doctrine is also sufficiently discernible in provisions of the Covenant of the League of Nations, notably in Articles 10, 11 and 17. The same principle is seen at work in Article 29(2) of the Universal Declaration of Human Rights, which, after recognizing human rights as fundamental values, still provides: "*In the exercise of his rights and freedoms*, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of *securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others* and of *meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare* in a democratic society." (Emphasis added.)

The rule of clean hands

There are additional considerations that nullify the treaty-based objection to the ICC jurisdiction. For one thing, a treaty that seeks to repress and punish violations of international criminal law engages the *jus cogens* dimensions that international criminal law characteristically entails. Those are peremptory norms of international law that override any other norm that collides with them – including any norm of treaty law (see Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). The overarching consequences of *jus cogens* norms include the absence of a claim by the culprit. One way to appreciate this is to consider the full implications of the principle of good faith often expressed in the rule of clean hands. *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facit*: meaning, no one may improve his conditions by his own fault. Culprits are not entitled to reap the benefits of their own violation of *jus cogens* norms by retaining what was acquired in the violation – say, new territory acquired through an aggressive war or an alteration of demographics resulting from maleficent displacement or acts of genocide committed against an opposing population that the culprits have an interest in depleting – as they escape accountability for the violations. The force of *jus cogens* surely nullifies any positive results that the culprits gained from the violation, but also arguably stands to nullify any complaint they may have against the imperatives of accountability that they provoked by engaging in the violation to begin with. It is the rule of clean hands. One cannot violate *jus cogens* norms and be heard to complain when accountability comes calling from quarters (s)he did not approve.

The right of States to "exact punishment" for the welfare of the community

What is more, the treaty-based objection ultimately rests on claims of sovereignty. I shall return to the subject of sovereignty later in the essay. For now, we may consider the syllogistic movement of the argument. It is an exercise of sovereignty, the argument goes, for a state to decide to subscribe to a treaty. It is therefore a violation of the sovereignty of that state if parties to a treaty purport to perturb the non-party based on that treaty.

Regrettably, the argument of sovereignty is quite incomplete in its appreciation of the fuller acreage of international law in related ways. The objection does not account at all for certain instructive views of Hugo Groti-

us and Emer Vattel, the two most eminent authorities in classical international law.

Grotius laid down a necessary limitation of sovereignty through the right of kings or of those in the position of kings to "exact punishment" – especially through "just wars" – upon other sovereigns who not only violate the rights of the avenging sovereigns or their subjects but also for "brutal violation of the law of nature or law of nations" at large. As he put it:

> "*We should understand also that kings and those who possess authority equal to theirs have a right to exact punishment not only for wrongs committed against themselves or their subjects, but for those that do not immediately touch them but are brutal violations of the law of nature or of nations, committed against anyone.*"

Grotius considered that this right derives from the original idea of "the liberty to preserve by punishment the welfare of human society" but which converts into a prerogative of sovereigns in the context of international relations.

Vattel criticized Grotius for rendering the right too expansively: in a way that conceivably "opens the door to all the passions of zealots and fanatics, and gives to ambitious men pretexts without number". But Vattel's criticism was only as regards Grotius's extension "to every sovereign, a certain right to punish crimes in grievous violation of the laws of nature, *even when those crimes do not affect his rights or safety*." (Emphasis added.) To be sure, Vattel was not against the basic idea of *lex talionis* – the right of sovereigns to exact punishment against other sovereigns for an initial offence. His only objection was to Grotius's extended version of the right. Notably, for his part, Vattel posited in the main that "the right to punish belongs to men solely because of the right to provide for their safety; hence it only exists as against those who have injured them." Indeed, according to Vattel, "since the State is a moral person against whom wrongs may be committed, it has the right to see to its own security by punishing those who attack it, that is to say, the State has the right to punish public crimes. From this source comes the right of the sword which belongs to a Nation or to its ruler. In using this right against another Nation it wages war; in using it against an individual it administers *punitive justice*."

The right of States to "exact punishment" on a collective basis

The limited range of Vattel's reproach of Grotius's extended conception of the right to exact punishment soon becomes evident – in Vattel's own recognition of the duties of mutual assistance and mutual self-preservation among nations. "Since Nations are bound by the Law of Nature mutually to promote the society of the human race," he wrote, "they owe one another all the duties which the *safety and welfare of that society* require." (Emphasis added.) In his view, "The fact that man, by the very nature of his being, can not be sufficient unto himself, nor continue and develop his existence, nor live happily without the assistance of his fellow-men, makes it clear that it is man's destiny to live in a society where the members give one another mutual aid, and therefore that all men are bound by the very nature of their being to work together for the mutual improvement of their condition in life." The resulting corollary, according to Vattel, is that "one Nation owes, in its way, to another Nation the duties that one man owes to another …". Consequently, "when the occasion arises, every Nation should give its aid to further the advancement of other Nations and save them from disaster and ruin, so far as it can do so without running too great a risk." And one practical manifestation of this duty of mutual assistance, as Vattel laid it down in terms clearly relatable to our own times, is this: "when a neighboring State is attacked unjustly by a powerful enemy which threatens to crush it, if you can defend it without exposing yourself to great danger there is no question but that you should do so."

Writing in 1921, Ellery Stowell similarly observed that the punitive exactions could also be carried out on a collective basis by an alliance formed for purposes of the collective duty or right of self-preservation of its members. We see this in our own era in the phenomenon of modern-day alliances, such as the North Atlantic Treaty Organisation.

The classical rules of international relations never really stood against the right of states to exact those countermeasures by way of summary execution or summary banishment of heads of state who fought and lost battles, especially those accused of gross privations in the course of war. "As for those monsters," proclaimed Vattel in his day, "who, under the name of sovereigns, act as a scourge and plague of the human race, they are nothing mo-

re than wild beasts, of whom every man of courage may justly purge the earth. Hercules was universally, praised by the ancients for freeing the world of such monsters as Antæus, Busiris, and Diomedes." Vattel might have been a little extreme in making the point in terms that some might find provocative, but his drift is well understood. It is that classical international law did not prohibit harsh punishment without a judicial process as the fate of national leaders who plagued humankind in the name of their own national sovereignty. Vattel was saying, in effect, that international law does not recognise inviolability for kings who wreak havoc on their neighbours or upon the international order. It permits other sovereigns to summarily execute such a sovereign. To the same essential effect, Cornelius Bynkershoek wrote as follows: "But certain precautions are essential to the proper handling of affairs of this kind. For what if after the manner of a robber [a foreign sovereign] should make an attack on the life, the property, or the chastity of someone, just as an enemy might run amuck in a captured city? He can certainly be arrested and perhaps put to death, although I should prefer that it be done by a mob rather than through duly constituted process of law. Even in an unlimited monarchy, under similar circumstances, the subjects of the prince have been accorded the right of rising against him, if he lays aside the character of prince and becomes a tyrant; and this right has been conceded by those who are not in general hostile to the cause of princes."

A question of international responsibility

In the final analysis, "Statecraft," wrote Vattel, "thus goes hand in hand with obligation and duty, for princes have an interest in checking the advance of an ambitious ruler who seeks to increase his power by subduing his neighbors."

George Clemenceau (in 1919) and Robert H. Jackson (in 1945) expressed the same idea as *the principle of responsibility*, requiring accountability before an international tribunal whether or not the defendants belong to states that are parties to the constitutive treaty of the tribunal. For Clemenceau, "one law dominates all others: that of responsibility. Civilisation is the organisation of human responsibilities." The calamitous World War I presented for Clemenceau a perfect opportunity to give effect to that law on the international stage. "Today," he said, "we have a perfect opportunity to carry into international law the principle of responsibility which is at the basis of national law." In the light of the war, he was no longer content with "the principle of responsibility" that "only meant responsibility in newspaper articles and books, which the great criminals of the world could afford to laugh at." The principle needed to be given actionable value through an international criminal justice system that held those accused "great criminals" accountable for their conduct. Clemenceau's legal experts, Dean Ferdinand Larnaude and Professor Albert Lapradelle had advised that "[*l*]*e droit moderne ne connaît plus d'autorités irresponsables, même au sommet des hierarchies*": meaning, modern law no longer recognises irresponsible authorities, even at the apex of political power.

For his part, Jackson did "not accept the paradox that legal responsibility should be the least where power is the greatest." He insisted on bringing to bear in the processes of international law "the principle of responsible government" which held that kings are still "under … the law."

It is thus wholly inadequate for the leadership of a particular state to embark upon flagrant violations of international law, in the manner of wars of aggression, genocide, crimes against humanity and war crimes, directly trampling upon the rights of other states, human dignity and the welfare of the international community, and then seek to escape accountability by claiming non-membership to an international agreement or treaty that requires accountability for such violations.

Classical limitations of sovereignty of states

Returning briefly to the subject of sovereignty, it bears stressing that classical writers – including Robert Phillimore, Theodore Woolsey, T.J. Lawrence, William Edward Hall, Henry Wheaton, and Stowell – were generally united in the view that international law never recognized absolute sovereignty in any state to brutalize the world unrestrained, as a menace to the international order or to humanity. This limitation is generally expressed in the language of exceptions to the principle of non-intervention against the sovereignty of other nations. Perhaps, Hall put it best in the following words:

> "[T]he existence of a right to oppose acts contrary to law, and to use force for the purpose when infractions are sufficiently serious, is a necessary condition of the existence of an efficient international law. It is incontestable

> that a grave infraction is committed when the independence of a state is improperly interfered with; and it is consequently evident that another state is at liberty to intervene in order to undo the effects of illegal intervention, and to restore the state subjected to it to freedom of action."

The updated dispensation of our own era, when states are required to settle international disputes only by peaceful means – including adjudication such as at the ICC and the International Court of Justice – and not the use of force, should derive serviceable lessons from Hall's observations of the range of possibilities in international law even in the earlier era of a greater freedom to use force. "And if the intervening state may make war," he wrote, "*à fortiori*, it may gain the same result in a milder way." This directly translates into an arrangement in which the Rome Statute stands to pursue through the "milder way" the same objective that NATO's Atlantic Charter seeks to achieve through the use of defensive military force – i.e. the maintenance of international peace and security through the preservation of the member states' right of self-preservation, even when the state at the receiving end of such joint action is not a party to the treaty contemplating the action.

It is thus a major improvement in civilized conduct – introduced in 1919 as an actionable idea (in the unrealized effort to prosecute the German kaiser) and actualized in 1945 (in the consummated processes of the Nuremberg trials) – for states to establish an international tribunal upon which they confer jurisdiction to conduct impartial and independent penal inquiry, rather than summarily "exact the punishment" which international law did not (at least) forbid the aggrieved states from exacting on their own – if they could – even without such an inquiry. Such more enlightened principle is evident in the views of Grotius and Vattel reviewed above, which are implicated in the principle of international responsibility that Clemenceau and Jackson relied upon for the prosecution of even heads of state before international tribunals – whether or not the defendant's state of nationality is a party to the treaty. It was that doctrinal rationale that gave validity to the Nuremberg and the Tokyo tribunals, as we see in the entirely correct observations of Justice Jackson, in the very opening paragraph of his opening statement at the Nuremberg trial: "That four great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason."

The foregoing review should demonstrate the limitations of the claim that it is against international law for an international criminal tribunal to exercise criminal jurisdiction over the leadership of a state whose conduct amounts to an acute disturbance of international peace or security, merely on the claim that the tribunal in question was established by a group of states pursuant to a treaty to which the impugned state is not a party.

Conclusion

The normative reality of the current world order entails a central need to preserve that order as an arrangement that must guarantee to the extent possible the protection or preservation of all nations and the humanity and the civilisation they harbour. There is no higher object for international law, let alone one that serves only the selfish interests of particular states at the expense of the international community.

It is against that normative reality that the treaty-based objection to the ICC's jurisdiction must be assessed for validity. And that validity depends on whether the objection is ultimately a canker argument – that is to say, a necrotic thesis which, like cancer, occasions the eventual destruction of the very normative body that houses and nourishes it. The analysis conducted in this essay – resting on the writings of classical jurists, notably Grotius, Vattel, Bynkershoek and others – denies validity to the treaty-based objection to the ICC's jurisdiction.

Perhaps the point might be alternatively put in the following terms. A treaty is, after all, an *agreement*. Hence, to ground an untouchability objection on a treaty, in order to enjoy impunity for conduct that seeks to destroy international peace and security is to insist that no one may be punished for transgressions against the community unless they *agree* to be punished. Most assuredly, Grotius, Vattel and others didn't conceive of international law in that way. Their theory of self-preservation, which stresses the right of states (acting alone or in concert) to exact punishment against a state that wreaks violent havoc on its neighbour or on the international community negates the treaty-based objection to the ICC jurisdiction.

But, just to be clear, the negation of the treaty-based objection as thus explained doesn't render the Rome Statute pointless as a treaty in other meaningful respects. Indeed, the Rome Statute still has great scope as a traditional treaty in aspects such as follows: the obligation to finance the Court through an assessed compulsory contribution based on a formula that takes into account the matrix of population and GDP; the obligation to lend assistance to the Court as it requests; the right of member states to nominate and vote for candidates into high offices at the Court, etc. These obligations and rights remain of the essence as a matter of treaty law. They do not affect states that are not party to the Rome Statute. But that doesn't mean that states not party to the Rome Statute can escape the imperatives of accountability for their destructive behaviour that each member state of the Rome Statute is entitled in international law to punish alone or in concert with other states who are parties to the Rome Statute. On that analysis, the ICC is – as were the Nuremberg and Tokyo tribunals – the mechanism for the concerted right of self-preservation that classical writers articulated as a basic norm of international law.

International law is not a one-way street for those who only take. According to the teachings of eminent classical writers, international law allows no one to take all that they can from the international order and then turn around and destroy that very order, so that they can keep taking. Mechanisms like the ICC, the Nuremberg and Tokyo tribunals, are efforts intended to try and protect the world from the destructive behaviour of people who only seek their own selfish ends.

Pui-yin Lo

The "Hong Kong 47" Verdict

An Explainer

doi: 10.59704/54d1134132ec6410

Recently, the first court verdicts in the trial surrounding the "Hong Kong 47" were handed down. The trial is one of several political trials that are underway in Hong Kong (HK), a Special Administrative Region (SAR) of the People's Republic of China (PRC). These trials are political partly because the accused are political figures involved in the 2019 civil unrest, partly because the accused are being tried under the National Security Law (NSL) introduced into HK by the PRC Central Authorities, and partly because they have been didactic spectacles revealing the actions and consequences sought by the accused. This blog post explains the background of the "Hong Kong 47" case and shows why it raises questions that are of interest outside of Hong Kong as well.

A Verdict on 30 May 2024

The verdict of the Court of First Instance in the trial, delivered on 30 May 2024, led to expressions from Australia, Canada, the EU, the UK, the US and the UN of "serious" concern over the prosecution being "politically motivated" against "peaceful political [activities and exercise by the accused of their right to freedom of speech, of assembly and of political participation] that should be legitimate in any political system that respect basic democratic principles". Shortly after the verdict, two non-permanent judges of the HK Court of Final Appeal from the UK tendered their resignations.

Despite the hullabaloo surrounding the trial, the focus should be on the defendants, the charge and the verdict in *HKSAR v Ng Gordon Ching Hang & Ors* [2024] HKCFI 1468.

The defendants

The "Hong Kong 47" refers to all defendants prosecuted on a charge of conspiracy to commit subversion. However, only 16 of the 47 went through the full trial; the other 31 pleaded guilty and will be sentenced later in the summer of 2024. During the 118-day trial, four of those who pleaded guilty testified for the prosecution. Ultimately, the court convicted 14 and acquitted two.

The scheme of "subversion" by "unlawful means"

The allegations were complex. They claimed that the defendants conspired together and with others, with a view to subverting State power, to organize, plan, commit or participate in, by unlawful means, a scheme first to obtain a controlling majority in the Legislative Council (LegCo). This LegCo majority would then indiscriminately refuse to pass any budgets or public expenditures introduced by the HKSAR Government, regardless of their contents or merits. The object of these actions was to compel the Chief Executive of the HKSAR (CE) to dissolve LegCo under Article 50 of the Hong Kong Basic Law (HKBL) and ultimately causing the CE to resign under Article 52 of the HKBL when the freshly elected LegCo continued to veto any Government budget or public expenditure ("the Scheme"). The prosecution argued that the Scheme would paralyze the operations of the Government and that participants in the Scheme should be punished on the basis that they were "seriously interfering in, disrupting or undermining the performance of duties and functions in accordance with law by the body of power of the HKSAR".

Some media reports suggested that the defendants were prosecuted for holding "primary elections" of pro-democracy candidates. These reports were misleading, as they incorrectly interpreted one step in the process (the "primary elections" held to improve the chances of getting candidates elected) as the object of the criminal agreement or conspiracy. Instead, the prosecution case against the 16 was that they and others agreed to pursue a convoluted course of conduct, which aimed to secure and use a controlling majority in LegCo to compel the CE to respond to their common political agenda (also known as the Five Demands). They intended to achieve this through the scheme described above, ultimately forcing the CE to choose between concession and resignation. The acquit-

tals of the two defendants by the Court were due to insufficient evidence on the knowledge and commitment of each of them to the Scheme.

A point of importance came from the Verdict's holding that the NSL was not intended to be retrospective and did not have retrospective effect (Verdict, Annex D, paras. 23, 24). This confirms the view that had the defendants ceased implementing their programme after the NSL came into operation on 30 June 2020, such as by heeding warnings from the Central Authorities about their activities potentially involving "subversion", there would not have been a prosecution based on this charge.

The real issues, therefore, are what constitutes "subversion" under the NSL and whether the sequence of acts allegedly agreed to be performed satisfied the elements of "subversion". The NSL's crime of subversion under its Article 22 prohibits four categories of acts. The category relevant to the present prosecution was "seriously interfering in, disrupting, or undermining the performance of duties and functions in accordance with the law by the body of power of the HKSAR" ("the Article 22(3) prohibition"). The crime also requires establishing a specified "means" of committing the prohibited act, with the prosecution alleging commission by "other unlawful means". The crime further requires proof of commission "with a view to subvert the State power", a specific mental element (Verdict, paras. 9-10).

Seriously interfering in, etc the performance of the HKSAR's body of power

The prosecution alleged that the Scheme, if carried out, would have seriously interfered in, disrupted or undermined the performance of duties and functions in accordance with the law by the body of power of the HKSAR. The Court, consisting of a panel of three judges, agreed. The judges reasoned that the "indiscriminate" approach towards the HKSAR Government's budgets and expenditure proposals underlined in the Scheme would prevent the Government from obtaining provisional appropriation of public funds from LegCo. Consequently, the Government could only self-authorize short-term appropriations according to past spending (thus thwarting all new policies and increases in expenditure). This situation was deemed to fall within "seriously interfering in, disrupting or undermining" the performance of the HKSAR's governmental authorities (Verdict paras. 97-100). Commentators such as Albert Chen and Zhu Guobin have noted that the Article 22(3) prohibition was introduced in the NSL to deter acts such as the invasion and damage of facilities of the LegCo Complex during the 2019 civil unrest. However, Chen questioned whether this prohibition could be applied to the "Hong Kong 47". Although Chen did not further elaborate on this point, one likely consideration could be that upon election to form a simple majority in LegCo, the defendants would have become actors capable of applying the HKBL's provisions for LegCo to check the CE (ie Articles 50 to 52). Observers of American politics are familiar with occasional shutdowns of the US federal government offices following the failure of Congress to approve appropriations before a statutory deadline due to entrenched and unresolved partisan political differences and priorities. Hence, it might seem fundamentally baffling to Westerners familiar with partisan parliamentary politics that prosecution could be sustained against aspiring "qualified constitutional actors" within the HKBL's design.

The counter-intuitive argument justifying the prosecutor's case would have to rely on the PRC Central Authorities' position, maintained since 2007 and elaborated ever since, that the HKSAR's government is "executive-led", with the CE being both the leader of the HKSAR accountable to the PRC Central Authorities and the leader of the HKSAR Government. While the CE is the "HKSAR's body of power", the CE is a non-partisan officeholder who does not command a majority in LegCo and is vulnerable to being checked and potentially overthrown by a determined opposition holding a majority.

Applying the Article 22(3) prohibition to qualify what LegCo members may unite to do thus appears conducive to the PRC Central Authorities' "constant policy" to "continue to support [the CE] and the HKSAR Government in exercising law-based governance". Some commentators familiar with the formulation of the HKBL and its subsequent implementation might characterize this approach as divergent from the PRC's original conception of "One Country, Two Systems". This principle was designed to transition Hong Kong's territory, economy, and way of life to Chinese sovereignty. On the other side, the PRC Central Authorities have insisted on "One Country, Two Systems" as a theory that evolves with the times and provides support for new ways of governance through what the PRC Central authorities refer to as "innovation".

Other unlawful means

Article 22 of the NSL refers to the means of commission as "use of force or threat of force or other unlawful means". The prosecution here alleged that the defendant's "other unlawful means" were breaches of the duty of a LegCo member under Articles 73 and 104 of the HKBL. The Court rejected the defendants' attempts to narrow the interpretation of "other unlawful means" to acts connoting force or criminal offences. The Court instead accepted the prosecution's submission that LegCo members "collectively had a constitutional duty to examine and approve budgets when the occasion arose based on their merit" and "a deliberate refusal by the majority of LegCo members to examine the budgets regardless of their contents and merits would be a clear violation of [Article 73]" and of the requirement to "uphold the Basic Law" in the LegCo Oath, thereby constituting the requisite "unlawful means' (Verdict, paras. 35, 37-42, 74. 77, 81, 88). Whilst this conclusion may have surprised the defendants, it applies to holders of public offices in the HKSAR who are required by law to take an oath of constitutional fidelity and allegiance and does not necessarily pose a concern to HKSAR residents generally.

Concluding remarks

The "Hong Kong 47" case involves a substantial portion of opposition politicians who were active back in 2019 and 2020. Detention pending trial or sentence and bail conditions have meant that they have ceased their political activities, and their movements are restricted. Several others were arrested in the same case in 2021 but not charged; they continue to be subjects of investigation. This case has revamped the Hong Kong political landscape. Further, the case is also of interest to (comparative) constitutional law scholars outside of Hong Kong because the topic of criminalizing abusive or unfaithful constitutional action is at its centre.

Kalika Mehta, Atel Ongee Paito

All Eyes on Sudan (too)

Responding to the Recent Crimes in Sudan

doi: 10.59704/f3809e8143b321db

In a world increasingly guided by the logic of the attention economy, the sufferings of different peoples are frequently pitted against each other in direct competition. Whataboutery takes centre stage and attempts at simplification run the risk of erasing the complexity of the underlying causes that lead to such violence in the first place, and its consequences. This article is an attempt to add layers to the discussions of ongoing mass atrocities committed in several parts of the world by discussing an under-reported situation of large scale violence unfolding in Sudan since April 2023, in the hope that the "international community" can address multiple catastrophic situations with similar urgency, mobilise for justice for all peoples, end the culture of impunity, and eventually shift the discourse towards the structural causes of such large-scale violence in different parts of the world.

The context

Sudan is experiencing its latest escalation of violence and humanitarian catastrophe since April 2023, against the backdrop of a conflict driven by disputes over power sharing, and land related issues, exacerbated by political and ethnic tensions. On the one side are the Rapid Support Forces (RSF) and allied militias (mainly from Darfuri Arab groups) led by General Mohamed Hamdan Dagalo also known as Hemedti. On the other is the Sudanese Armed Forces (SAF), which has recently been joined by factions that initially positioned themselves as neutral, including the Sudanese Liberation Movement (SLM-MM) and Jibril Ibrahim, aligned to General Abdel Fattah al-Burhan, the country's de facto ruler.

Without a formal head of state, Sudan's federal government is led by a "Sovereignty Council" mainly consisting of military officers and some former rebel leaders who signed the Juba Peace Agreement with the government in 2020 along with other sympathisers of Al Burhan.

Hemedti's paramilitary group was created by the former head of state, Omar al-Bashir in the early 2000's to help crush the rebellion in the country's western Darfur region, then colloquially referred to as the "Janjaweed". The ongoing hostilities can be traced back to the conflict of the early 2000s – an outcome of tensions over resources between non-Arab farming communities—including the Massalit, Fur and Zaghawa, who claimed a historical right to the land in El Geneina—and Arab pastoralist communities.

The conflict had a devastating impact on the civilian population of Darfur in 2000s. It is estimated that around 300,000 people lost their lives, and millions were displaced, including 400,000 refugees who were forced to flee to camps in neighbouring Chad. In response to these atrocities, the International Criminal Court (ICC) issued arrest warrants against several Sudanese senior officials, including Omar al-Bashir, on charges of genocide, crimes against humanity and war crimes in Darfur. While Al-Bashir and four others are yet to be arrested, Ali Kushyab is being prosecuted at the ICC.

International crimes in question

RSF has reportedly been waging a systematic campaign against the ethnic Massalit community, which predominantly inhabits El Geneina, the largest town in the Darfur region, since April 2023. Their actions have included killings, deliberate looting, burning of neighbourhoods, targeted attacks on sites where Massalit IDPs have been living since the 2000s, torture, rape and other forms of sexual violence. Between 10,000 and 15,000 people are reported to have been killed since the violence began last year.

In June 2023, the governor of West Darfur Khamis Abbakar, who was also considered the de facto leader of the Massalit communities, was allegedly killed by the RSF which further intensifying the tensions and triggering a mass exodus to neighbouring countries, including Chad, Egypt and South Sudan. According to the Sudan Mobility Update, the number of protracted and new IDPs has risen to nearly 10 million people, while the number of refugee outflows has reached approximately 2.1 million by

the end of May 2024.

There are reasonable grounds to believe that serious violations of international humanitarian law have been committed over the past 14 months, including the killing of civilians by indiscriminate shelling and aerial bombing in highlight populated areas and attacks on crucial civilian infrastructure (from both parties), arbitrary arrests, detentions and torture, conflict-related sexual and gender-based violence (particularly Massalit women have been systematically targeted because of their ethnicity) in the IDP camps, mass displacement, and the recruitment of child soldiers.

Some of these violations, particularly sexual and gender-based violence by RSF, may also constitute crimes against humanity under the Rome Statute. Non-governmental organizations such as Human Rights Watch, based on extensive research and interviews with victims and witnesses in Sudan, have alleged RSF's targeting of Massalit people and other non-Arab communities, such as the Zaghawa and Fur, with the apparent aim of at least having them permanently leave the region constitutes ethnic cleansing.

While the term "ethnic cleansing" is frequently used to emphasise the severity and the systematic nature of the targeting of a particular community, it is not recognised as a crime under international law as such. However, there have been attempts to define it as "a purposeful policy designed by one ethnic or religious group to remove by violent and terror-inspiring means the civilian population of another ethnic or religious group from certain geographic areas". The lack of an agreed definition of the crime however does not imply a lack of criminality. Such criminal conduct could either qualify as a crime against humanity of deportation or forcible transfer of population, or if it meets the relatively high threshold of "specific intent to destroy the group in whole or in part" it could also potentially constitute the crime of genocide.

Another element of criminality that does not receive sufficient attention is the starvation of civilians as a weapon of war. Fourteen areas, including Greater Darfur and Khartoum regions, in the country are at risk of famine. The use of tactics that completely isolate households from access to food assistance, community support, and remittances expose people to worsening levels of starvation, acute malnutrition, and hunger-related mortality, around 755,000 people already face "catastrophe" (famine conditions). It must be noted that children, pregnant women, and new mothers are particularly vulnerable in such situations. While Sudan has a history of food shortages and famines, it is clear that the imminent famine is directly linked to the ongoing conflict and the decisions made by two warring factions.

Starvation of civilians as a weapon of war has never been prosecuted by an international court before (the Office of the Prosecutor at the ICC has applied for arrest warrants on the basis of, inter alia, starvation crimes in the Gaza situation for the first time in May 2024). Despite the frequent use of starvation as a method of warfare, this lack of accountability can be attributed to reasons such as procedural and evidentiary hurdles, and multiplicity of factors that lead to a famine. However, the collective and particularly slow nature of this conduct requires urgent attention – both in terms of aid and accountability.

The International Criminal Court and Sudan

Since July 2023, the ICC has initiated investigations into the recent crimes in Darfur deriving mandate from United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1593 (2005). Sudan is not a state party to the ICC but the UNSC has referred the situations in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the ICC. Not just the fact that the ICC jurisdiction came from a UNSC referral but also the arrest warrants against a sitting head of the state, Al-Bashir, made Sudan a critical point in the relationship of African states with the ICC, and the political baggage of this referral is expected to loom large in the new situation as well.

A major stumbling block here will be whether the ICC has continued jurisdiction over crimes taking place now, given that the UNSC resolution stems from the earlier conflict under the leadership of Omar al-Bashir, and that conflict formally ended with the signing of the Juba Peace Agreement in 2020. It can be argued that the Resolution does not set a clear temporal limit, only a geographic one, i.e. crimes committed in the Darfur region. However, in order to prosecute recent crimes, the Prosecutor will have to prove that the current situation is sufficiently linked to the situation of crisis at the time of the referral.

On a more practical level, an even greater obstacle in the ICC's pursuit of accountability for recent crimes in Sudan appears to be the lack of access to documentation and evidence of crimes, given the Prosecutor's recent open appeal for assistance in gathering war crimes in Sudan.

Conclusion

The ICC is just one tool among many needed to address the ongoing crisis. Political responses in the form of the Jeddah talks, the EU conference in April this year, and the UN Fact Finding Mission remain woefully ineffective and inadequate given the extreme violence unfolding in Sudan. Immediate concerted action from multiple actors is essential to prevent further escalation of hostilities, deliver humanitarian aid to millions on the brink of starvation, and document ongoing violations for future accountability at both international and domestic levels.

Christian Tietje

Elektroautos, „Strafzölle“ und Klimaschutz

doi: 10.59704/013c7530c7dc3a7b

Internationale Wirtschaftsbeziehungen stehen selten im Zentrum öffentlicher Berichterstattung. Zwei Entscheidungen in den USA und der EU innerhalb von wenigen Wochen haben indes weitreichende Aufmerksamkeit gefunden. Es geht um die Erhebung von Zusatzzöllen auf Elektroautos aus China. Am 22. Mai 2024 wurden durch den United State Trade Representative (USTR) die Einzelheiten zur Erhöhung bereits vorhandener Zusatzzölle auf zahlreiche Produkte aus China bekannt gegeben. Nahezu zeitgleich hierzu hat die Europäische Kommission (KOM) am 12. Juni 2024 als Vorabinformation in einem laufenden Antisubventionsverfahren gegenüber chinesischen Exporten von Elektroautos eine Liste veröffentlicht, die im Einzelnen Angaben zu den geplanten vorläufigen Antisubvention- (Ausgleichs)zöllen enthält. Die Maßnahmen der USA verstoßen gegen das Recht der Welthandelsorganisation (WTO) und sind völkerrechtswidrig; bei den Maßnahmen der EU ist fraglich, ob Klimaschutz durch Verfügbarkeit günstiger Elektroautos hinreichend berücksichtigt wird.

Elektroautos aus China und Mobilitätswende

Antidumping- und Antisubventionsverfahren gehören gewissermaßen zum „Tagesgeschäft“ des internationalen Wirtschaftsrechts. Dass sie größeres Medieninteresse wecken, ist eher selten. Die jüngsten Schlagzeilen und damit verbundenen, weitreichenden gesellschaftlichen Diskussionen zu Zöllen auf Importe von Elektroautos aus China lassen sich indes vor dem Hintergrund einer zunehmenden Industriepolitik, der es um den Schutz heimischer Märkte geht, dem insgesamt spannungsgeladenen Verhältnis zu China sowie insbesondere der Mobilitätswende im Interesse des globalen Klimaschutzes erklären. Maßgeblich ist hier das Ziel, ab 2035 in der EU nur noch Neuwagen ohne oder zumindest mit CO2-freiem Verbrennungsmotor zuzulassen. Elektroautos spielen diesbezüglich eine zentrale Rolle. Insofern ist auf den ersten Blick schwer verständlich, warum handelspolitische Maßnahmen ergriffen werden sollen, die die Einfuhr von Elektroautos erschweren, indem deren Preise erhöht und damit ihre Attraktivität für Verbraucher gesenkt würden. Über Gesichtspunkte des Klimaschutzes hinaus geht es aber auch um das geostrategische Verhältnis zu China und damit insgesamt Gesichtspunkte der „offenen strategischen Autonomie“, die die Handelspolitik der EU seit einiger Zeit prägt. Hinzu kommt der laufende Präsidentschaftswahlkampf in den USA, der eine eigene Dynamik in die Entwicklungen bringt. Schon all dies deutet darauf hin, dass eine ausgesprochen komplexe Gemengelage unterschiedlicher politischer Motive und anwendbarer Rechtsinstrumente vorliegt. Um die aktuellen Entwicklungen fundiert einordnen und bewerten zu können, ist es daher notwendig, rechtliche Klarheit in die Diskussion zu bringen. Zugleich bieten die gegenwärtigen Entwicklungen Anlass kritisch zu fragen, ob Nachhaltigkeitsgesichtspunkte in der europäischen Handelspolitik bzw. dem maßgeblichen Rechtsinstrumentarium überhaupt Berücksichtigung finden.

Ausgleichszölle, nicht Strafzölle, in der EU

Auch wenn es in den USA und der EU jeweils auch um Elektroautos aus China geht, bestehen fundamentale Unterschiede zwischen den Maßnahmen, die diesseits und jenseits des Atlantiks ergriffen wurden.

In der EU wurde Anfang Oktober 2023 ein Antisubventionsverfahren betreffend die Einfuhr batteriebetriebener Elektrofahrzeuge aus der Volksrepublik China eingeleitet. Rechtsgrundlage hierfür ist die Antisubventions-Grundverordnung 2016/1037 vom 8. Juni 2016. Diese Verordnung setzt im Wesentlichen das Übereinkommen der Welthandelsorganisation (WTO) zu Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (Subsidies and Countervailing Measures – SCM) um. Das SCM-Übereinkommen der WTO eröffnet die Möglichkeit sogenannte Ausgleichsmaßnahmen gegenüber der Einfuhr subventionierter Produkte zu ergreifen. Voraussetzung ist, dass nachge-

wiesen werden kann, dass eingeführte Produkte subventioniert wurden und dies kausal zu einem Schaden der heimischen Industrie führt. Ausgleichsmaßnahmen sind typischerweise Zölle, die über den normalen Zollsatz, der WTO-rechtlich verpflichtend vereinbart wurde, hinausgehen. Durch diese Zusatzbelastung bei der Wareneinfuhr soll der Wettbewerbsvorteil, den das fragliche Produkt aufgrund der Subventionierung hat, ausgeglichen werden. Antisubventionszölle – Ausgleichszölle – sind also nie „Strafzölle", wie es oftmals in den Medien zu lesen ist, sondern dienen ausschließlich dazu, eine bestehende Wettbewerbsverzerrung aufgrund staatlicher Subventionen zu beseitigen. Das gilt ebenso für Antidumpingzölle. Auch hier geht es nur darum, eine unfaire Wettbewerbssituation aufgrund der privatautonomen Entscheidung eines Unternehmens, Waren zu einem Preis im Export zu verkaufen, der unterhalb des Normalwertes dieser Waren liegt, auszugleichen. Im Übrigen sieht das Subventionsrecht der WTO bzw. der EU vor, dass anstatt von Ausgleichszahlen auch andere Maßnahmen ergriffen werden können, um die Wettbewerbsgerechtigkeit sicherzustellen. Dazu gehören insbesondere Verpflichtungen der Regierung des Ausfuhrlandes, die Subvention zu beseitigen oder zu begrenzen oder andere Maßnahmen zu treffen, die ihre Auswirkungen eindämmen. Ebenso sind Preisverpflichtungen der ausführenden Unternehmen der betreffenden Produkte möglich. Insbesondere auf diese Maßnahmen bezogen sieht das Antisubventionsrecht vor, dass ab Einleitung einer Antisubventionsuntersuchung durchgehend Gelegenheit zu Konsultationen mit dem entsprechenden Drittstaat gegeben sein muss. Im Falle von Elektroautos wurde dementsprechend auch seit Oktober des letzten Jahres versucht, mit der chinesischen Regierung eine einvernehmliche Lösung der Problematik herbeizuführen. Das ist bislang nicht gelungen. Die politischen Bemühungen von Bundesminister Habeck vor wenigen Wochen in China waren insofern nur Teil eines ohnehin laufenden Konsultationsprozesses.

Ein Verfahren von Amts wegen

Unabhängig von der wirtschaftspolitischen Bewertung der Sinnhaftigkeit der Antisubventionsuntersuchung gegenüber der Einfuhr chinesischer Elektroautos stellt das Verfahren also zunächst weltwirtschaftsrechtliche Normalität dar. Eine Besonderheit im Bereich der Verfahrenseinleitung besteht aber doch: Antidumping- und Antisubventionsuntersuchungen dürfen grundsätzlich nur eingeleitet werden, wenn eine entsprechende Beschwerde der sogenannten Unionshersteller vorliegt. Dabei setzt das einschlägige EU-Antisubventionsrecht voraus, dass ein „Wirtschaftszweig der Union" den Antrag auf Verfahrenseinleitung gestellt hat bzw. dieser in seinem Namen gestellt wurde. Als „Wirtschaftszweig der Union" gilt, wenn mindestens 25 % der Gesamtproduktion der Waren, um die es in dem Verfahren geht, von den antragstellenden Unternehmen repräsentiert werden; zugleich dürfen nicht mehr als 50 % der Unternehmen des entsprechenden Wirtschaftszweiges der Union gegen den Antrag sein. Mit diesem Antragserfordernis soll sichergestellt werden, dass nicht protektionistische Partikularinteressen einzelner Unternehmen die Einleitung einer Untersuchung bestimmen. Die Erreichung eines entsprechenden Quorums bzw. allgemeiner gesprochen die Unterstützung der europäischen Automobilindustrie im Hinblick auf Antisubventionsverfahren gegenüber Importen chinesischer Elektroautos bereitete scheinbar Probleme, namentlich mit Blick auf den Widerspruch der großen deutschen Automobilproduzenten. Die Europäische Kommission hat daher auf eine Sonderregelung im Antisubventionsrecht zurückgegriffen, wonach „unter besonderen Umständen" die Kommission eine Untersuchung auch *ex officio* einleiten kann. Zu einer solchen Verfahrenseinleitung von Amts wegen gibt es kaum aussagefähige Praxis. Insofern ist auch nicht klar, was „unter besonderen Umständen" als Tatbestandsvoraussetzung für ein ex officio Verfahren anzusehen ist. Man wird indes der Kommission an dieser Stelle einen weiten und kaum gerichtlich nachprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen müssen. All das ändert freilich nichts daran, dass eine Verfahrenseinleitung von Amts wegen die ohnehin in einem Antisubventionsverfahren bestehende politische Sensibilität noch mehr als in anderen Verfahren strapaziert. Die intensive wirtschaftspolitische Debatte in China einerseits, wie auch in Deutschland und insgesamt in der EU andererseits zu der Antisubventionsuntersuchung gegenüber Einfuhren chinesischer Elektroautos zeigt dies überdeutlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer ex officio Verfahrenseinleitung im Antisubventionsrecht in erster Linie geschaffen wurde, um die heimische Industrie in Ausnahmefällen vor wirtschaftspolitischen Repressalien des betroffenen Drittstaates, dem Subventionen vorgeworfen werden, zu schützen. Insofern ist die Idee der Verfahrenseinleitung von Amts wegen, dass sich

die EU sozusagen schützend vor die heimische Industrie stellt, sodass diese nicht gezwungen ist, öffentlichkeitswirksam selbst einen Antrag auf Verfahrenseinleitung zu stellen. Im Hinblick auf die Subventionsmaßnahmen gegenüber Importen chinesischer Elektroautos geht es aber gar nicht darum. Jedenfalls die deutsche Automobilindustrie lehnt das entsprechende Verfahren aus rein ökonomischen Gründen ab. Insbesondere werden negative Auswirkungen auf die Einfuhr von Autos, die deutsche Hersteller selbst in China produzieren, befürchtet. Auch allgemeine ordnungspolitische Überlegungen der deutschen Automobilindustrie zur Bedeutung von internationalem Wettbewerb als Innovationsmotor spielen eine Rolle. Ob in einer solchen Situation die Ratio der Möglichkeit der Einleitung eines Antisubventionsverfahren ex officio greift, ist zumindest fraglich.

Strafzölle, nicht Ausgleichszölle in den USA

Die Situation in den USA stellt sich nicht nur politisch, sondern insbesondere rechtlich völlig anders dar:

Die Mitte Mai vom USTR angekündigten Erhöhungen von Zöllen auf chinesische Einfuhren, unter anderem von Elektroautos, von gegenwärtig 25 % auf 100 % ab diesem Jahr haben rechtlich betrachtet nichts mit dem soeben beschriebenen WTO-Antisubventionsrecht zu tun. Rechtsgrundlage ist stattdessen Section 301 des US Trade Act of 1974. Hiernach müssen entsprechende Maßnahmen durch die US-Regierung u.a. ergriffen werden, wenn eine Handelspraktik eines Drittstaates als „unjustifiable" und handelsbeschränkend erachtet wird; sie können ergriffen werden, wenn „an act, policy, or practice of a foreign country" – also die Handelspraktik eines Drittstaates – „is unreasonable or discriminatory and burdens or restricts United States commerce". Die gegenwärtig geplanten Zollerhöhungen haben ihre Grundlage in im Jahr 2018 ergriffenen Maßnahmen nach Section 301 auf entsprechende Produkte. Bereits damals wurde eine Untersuchung zu vermeintlich unverhältnismäßigen Handelspraktiken Chinas, inbesondere eingeleitet, die zu entsprechenden Zollerhöhungen führte. Es wurden auf über 1000 spezifische Produkte bzw. Produktkategorien Zusatzzölle in Höhe von 25 % erhoben. Gemäß der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben war diese Zusatzzollerhebung ab Mai 2022 zu überprüfen. Dementsprechend wurde ein Untersuchungsverfahren eingeleitet, das jetzt zum Abschluss kommt. Nach dem vorliegenden Untersuchungsbericht haben sich die bisherigen Zusatzzölle als nicht hinreichend effektiv erwiesen und sind insofern nach Ansicht des USTR zu erhöhen.

Section 301 Marktuntersuchungen und Maßnahmen bewegen sich außerhalb des WTO-Rechts, da sie mit Antidumping- oder Antisubventionsmaßnahmen nicht zu tun haben; sie sind völkerrechtswidrig. Es gibt im WTO-Recht keine rechtliche Anknüpfung für unilaterale Maßnahmen, wie sie Section 301 der USA vorsieht. Vielmehr stellt Art. 23 des Dispute Settlement Understanding (DSU) der WTO ausdrücklich klar, dass Streitigkeiten zu Handelspraktiken einzelner Staaten, die vom WTO-Recht sachlich erfasst werden, ausschließlich innerhalb des multilateralen WTO-Streitbeilegungssystem zu behandeln sind. Abgesehen von allgemeinen Schutzmaßnahmen – um die es vorliegend nicht geht –, sowie Antidumpingzöllen und Antisubventionsmaßnahmen, sofern diese auf der Grundlage der entsprechenden WTO-Übereinkommen ergriffen wurden, folgt aus dem WTO-Recht ein weitreichendes Verbot unilateraler Maßnahmen. Genau dafür steht aber Section 301. Die Vorschrift war lange Zeit Sinnbild für einen sogenannten „aggressiven Unilateralismus" der USA. Im Jahre 1999 stellte ein WTO-Panel dann auch klar, dass Section 301 als solche mit dem WTO-Recht unvereinbar ist. Die USA haben damals eine völkerrechtlich verbindliche einseitige Erklärung abgegeben, nach der es nicht zur Anwendung von Section 301 im Widerspruch zum WTO-Recht kommen werde. Daran gehalten haben sie sich jedoch nicht. Das erwähnte Ausgangsverfahren zu Zöllen auf chinesischen Einfuhren, das zur jetzt angekündigten nochmaligen Zollerhöhung führte, war bereits Gegenstand eines WTO-Streitbeilegungsverfahren, das unmittelbar nach Erlass der US-amerikanischen Maßnahmen im Jahre 2018 von China eingeleitet wurde. Das WTO-Panel, welches mit der Angelegenheit betraut war, stellte dementsprechend auch eine Verletzung von WTO-Recht durch die Zollerhebung fest. Konkret ging es um eine Verletzung der völkerrechtlich verbindlichen Zollfestlegung nach WTO-Recht (Art. II:1 GATT) sowie, da die Maßnahmen nur selektiv gegenüber China ergriffen wurden, eine Verletzung der Meistbegünstigungsverpflichtung (Art. I:1 GATT). Die USA haben im damaligen Panelverfahren versucht, dies unter Verweis auf Gesichtspunkte der öffentlichen Sittlichkeit (public morals) zu rechtfertigen (Art. XX lit. a) GATT). Dem konnte das Panel aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten bzw. ökonomischen Gründen allerdings nicht folgen. Der Panel-

bericht zu den Section 301-Maßnahmen, die Ausgangspunkt auch für die jetzt angekündigten weiteren Zollerhebung waren, liegt zwar mit überzeugender Begründung vor. Allerdings konnte er keine Rechtsverbindlichkeit erlangen, da die USA Revision zum Appellate Body eingelegt haben und dieser bereits seit Dezember 2019 nicht mehr entscheidungsfähig war bzw. seit Ende November 2020 *de facto* nicht mehr existiert, da es seither keine gewählten Mitglieder des Appellate Body mehr gibt. Die Revision der USA damals ging insofern „ins Leere" (into the void). An der materiellrechtlichen Rechtswidrigkeit schon damals und ebenso mit Blick auf die jetzt angekündigten nochmaligen Erhöhungen von Zöllen ändert dies aber nichts.

Insgesamt zeigt sich damit eine im Verhältnis zur EU-Rechtslage völlig andere Situation im Hinblick auf die angekündigten Zollerhebung in den USA. Das zugrunde liegende Section 301-Verfahren, das sich außerhalb der WTO-Rechtsordnung bewegt, weil es gerade kein Antidumping- oder Antisubventionsverfahren ist, sondern sich allgemein gegen zahlreiche Aspekte der chinesischen Handelspolitik richtet, sowie die Rechtswidrigkeit der selektiven Zollerhöhungen gegenüber China rechtfertigen es, hier tatsächlich von Strafzöllen zu sprechen.

Wo bleibt die Nachhaltigkeit, wo bleibt der Klimaschutz?

Auch wenn die Antisubventionsuntersuchung der EU gegenüber Einfuhren chinesischer Elektroautos jedenfalls *prima facie* im Einklang mit dem WTO-Recht ist, bleiben substantielle EU-rechtliche Probleme bestehen. Konkret geht es darum, dass seit dem Vertrag von Lissabon (2009) die unionsrechtliche Pflicht besteht, die Gemeinsame Handelspolitik „im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handels der Union" zu gestalten (Art. 207 Abs. 1 S. 2 AEUV). Hierdurch wird, wie sich unmittelbar aus Art. 205 AEUV ergibt, umfassend auf die Ziele und Grundsätze des Handelns der Union auf internationaler Ebene nach Art. 21 EUV Bezug genommen. Dazu gehören zentral auch Nachhaltigkeitsziele, insbesondere mit Blick auf den globalen Umweltschutz und die nachhaltige Ressourcenbewirtschaftung (Art. 21 Abs. 2 lit. f) EUV). Aus dieser Normenkette ergibt sich im Ergebnis, dass Maßnahmen der Gemeinsamen Handelspolitik der EU, wie Antidumping- und Antisubventionsmaßnahmen, immer auch im Einklang mit globalen Nachhaltigkeitszielen wie insbesondere dem globalen Klimaschutz stehen müssen. Welche weitreichenden hoheitlichen Verpflichtungen hiermit im Einzelnen verbunden sind, haben zahlreiche nationale und internationale Gerichte in jüngerer Zeit im Rahmen der sogenannten climate change litigation sehr deutlich gemacht. In den Antidumping- und Antisubventionsverfahren der EU findet dies bislang keinen bzw. nur sehr geringen Widerhall. Bei der maßgeblichen Preiskalkulation kann und wird zwar auf gegebenenfalls bestehende Umweltkosten eingegangen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung der Nachhaltigkeitsaspekte der Gemeinsamen Handelspolitik wäre allerdings das sogenannte Unionsinteresse im Bereich handelspolitischer Schutzinstrumente. Konkret geht es darum, dass nach der Antidumping-Grundverordnung (Art. 21) und der Antisubventions-Grundverordnung (Art. 31) neben den Tatbestandsmerkmalen Dumping bzw. Subvention, Schaden und Kausalität auch jeweils zu prüfen ist, ob dem Ergreifen einer entsprechenden Maßnahme ein überwiegendes Unioninteresse entgegensteht. Über viele Jahre hinweg wurde von der Kommission vertreten, dass bei der Berücksichtigung des Unionsinteresses allgemeinpolitische Erwägungen, zu denen auch Umweltschutzaspekte gehören, keine Beachtung finden können. Vielmehr solle es sich hier nur um gegebenenfalls widerstreitende ökonomische Interessen im engeren Sinne handeln, die berücksichtigt werden können. Diese strikte Perspektive wird heute so nicht mehr vertreten. Die Kommission geht auf Fragen von Nachhaltigkeit, Umweltschutz und Klimaschutz bei der Erörterung des Unionsinteresses durchaus ein. Allerdings werden in allen bekannten Untersuchungen aus dem Antidumping- und Antisubventionsbereich von der Kommission durchgehend die ökonomischen Interessen im Hinblick auf den Schutz der heimischen Industrie als überwiegend angesehen. Hinter diesen Interessen treten in den vorliegenden Fällen der Abwägung der Kommission Umweltschutzgesichtspunkte durchgehend zurück (siehe z.B. Grafitelektrodensysteme 2021, Rn. 290 f.; Solarglas 2020, Rn. 242 ff.; Windkrafttürme 2021, Rn. 451 ff.; Fotovoltaikmodule 2017, Rn. 314 ff.; Glasfaserprodukte 2020, Rn. 1096 f.). Ob diese Praxis mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts zur Achtung von Nachhaltigkeit und Umweltschutz vereinbar ist, lässt sich deutlich bezweifeln. Eine tatsächliche Durchdringung des Rechts der handelspolitische Schutzinstrumente im Sinne von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten lässt sich bislang nicht feststellen. Die

Antidumping- und Antisubventionsverfahren unter anderem gegen Einfuhren von Solarmodulen, Elektrofahrrädern und Elektroautos aus China bieten einen guten Anlass, dazu jetzt eine intensivere Diskussion zu führen.

Rechtmäßigkeit und Nachhaltigkeit

Trotz aller rechtlichen Strukturierung und Detailtiefe des Rechts der handelspolitischen Schutzinstrumente, namentlich des Antidumping- und des Antisubventionsrecht, bleiben Untersuchungsverfahren und gegebenenfalls die Ergreifung von entsprechenden Maßnahmen politisch sensibel und damit auch in einem gewissen Umfang politisiert. Es zeichnet die Handelspolitik der EU aus, dass dabei versucht wird, sich im Rahmen der völkerrechtlichen Vorgaben des WTO-Rechts zu bewegen. In den USA ist dies jedenfalls im Rahmen der Praxis nach Section 301 US Trade Act of 1974 leider zwischenzeitlich nicht mehr der Fall. Die dargestellten Entwicklungen – insbesondere auch mit Blick auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Recht handelspolitische Schutzinstrumente – sollten deutlich machen, dass an einer strikten Rechtsgebundenheit in diesem wirtschaftspolitisch sensiblen Bereich kein Weg vorbei geht.

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