06/2024
Juni

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20250627-102851-0
URN urn:nbn:de:0301-20250627-102851-0-5

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

Kunst Art

Matthias Weller
Restitution durch Schiedsgerichtsbarkeit 1054

Hans Michael Heinig
Kein Grundrecht auf Zuwendungen für antisemitische und rassistische Kunstwerke: Eine Erwiderung 1059

Gesundheit & Soziales Health & Social Policy

Josef Franz Lindner
Paradigmenwechsel im Organspenderecht?: Zur erneuten Diskussion um die Widerspruchsregelung 1062

Emma Sammet
Bezahlbare Miete statt Rendite: Die Neue Wohngemeinnützigkeit als kühlender Tropfen auf zu heißem Stein 1065

Nazli Aghazadeh-Wegener, Sophia Stelzhammer
Nothing but your own Constitution?: Social Inequality in Germany through the Lens of International Human Rights 1069

Straf- & Sicherheitsrecht Crime, Security & Law

Michael Kubiciel
Eine Strategie tut not, nicht Schnellschüsse: Zu aktuellen Rufen nach Ausweitungen des Strafrechts zum Schutz von Staat und Verfassung 1073

Jakob Hohnerlein
Verfassungsfeindlicher Klimaaktivismus?: Warum die Verdachtsfalleinstufung der Gruppe „Ende Gelände“ rechtswidrig ist 1076

Florian Slogsnat
No reintegration without representation: Der Wahlrechtsverlust infolge strafrechtlicher Verurteilung 1080

Thüringen-Projekt Thuringia Project

Jonas Frederik Hartung
Einzug ohne Ausgleich: Schwachstellen des Wahlrechts in Brandenburg und Sachsen 1083

Marc Bovermann, Samuel Stowasser
Öffentlich-rechtlicher (G)rundfunk? 1086

Felix Thrun, Simon Müller
Verfassungsfeind in Vorbereitung: Extremistische Betätigung als Ausschlussgrund für den juristischen Vorbereitungsdienst 1089

Internationales, Völker- & Europarecht GloabI, International & European Law

K. Ambos, S. Bock, J. Geneuss, F. Jeßberger, C. Kreß, S. Oeter, A. Paulus, S. Talmon, A. Zimmermann
Without Fear or Favour: For an Effective International Criminal Court 1093

Vanessa von Wulfen, Eva Kocher
Reframing Harassment as Occupational Safety and Health Issue: ILO Violence and Harassment Convention No. 190 Enters into Force in Germany on June 14, 2024 1096

Isabelle Hassfurther
Gelungene Änderungen und verpasste Chancen: Zur Reform des deutschen Völkerstrafrechts 1099

Andreas Gutmann, Jenny García Ruales
Von Flüssen und Dieselabgasen: Rechte der Natur am LG Erfurt 1104

Simon Simanovski
Ein Schritt vorwärts, keiner zurück: Zur Rolle des Lieferkettengesetzes nach Inkrafttreten der Corporate Sustainability Due Diligence Directive 1107

Daniel Thym
Zur Debatte über Abschiebungen nach Afghanistan und Syrien: Einzelfallprüfung statt „Alles oder nichts“ 1110

Verschiedenes Miscellaneous

Joachim Behnke
Die Moral und die Grundmandatsklausel: Zur Diskussion um die Abschaffung der Grundmandatsklausel 1113

Moritz Rhades
Von Waffen wissen müssen: Was das Verwaltungsgericht Berlin zu Waffenexporten nach Israel zu sagen hat – und worüber es schweigt 1116

Michael Plöse, Benjamin Rusteberg
Besetzte Hochschulautonomie: Berliner Verhältnisse am Tag des Grundgesetzes 1119

Nicolas Harding
Das Aus für Influencer in Uniform?: Zum Urteil des VG Berlin gegen „Officer Denny“ 1125

Europa Europe

Digitales Digital

Felix Reda
Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: EU-Verordnungsvorschlag zur grundrechtswidrigen Chatkontrolle vorerst vom Tisch 1128

Tahireh Panahi, Andressa de Bittencourt Siqueira
Soft law, hardcore?: Die rechtliche Durchsetzung von Verhaltenskodizes nach dem Digital Services Act 1130

Tahireh Panahi, Andressa de Bittencourt Siqueira
Soft law, hardcore?: The Legal Enforcement of Codes of Conduct under the Digital Services Act 1134

Europawahlen European Parliamentary Elections

Alexander Thiele
Zur Gestalt Europas: Überlegungen anlässlich der bevorstehenden Europawahl 1138

Jannik Jansen, Thu Nguyen
Between Continuity and a Perforated "Cordon Sanitaire": On the 2024 European Elections 1141

EUGH & EuStA CJEU & EPPO

Sebastian Losch
Im „Westen" viel Neues: EuGH bestätigt Übernahme europäischer Werte als Asylgrund 1145

Audrey M. Plan
Trans Rights and Gender Recognition before the CJEU: Reflections on the AG's Opinion in the Mirin Case (C-4/23) 1148

Stefano Zirulia
Waiting for Kinsa: The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU 1151

Karolina Michková
Two Steps Forward?: The Safe Country of Origin Concept at the CJEU 1155

Gavin Barrett
Rule of Law Chickens Coming Home to Roost: The Ruling in Case C-123/22 European Commission v Hungary 1158

Radosveta Vassileva
The EPPO as a Domesticated Cat: A Perspective from Bulgaria 1161

EGMR ECtHR

Adam Ploszka
Up to Four Times: On the Election of a "Polish National" Judge to the ECtHR 1164

Charlotte Blattner
Warum das KlimaSeniorinnen-Urteil nicht undemokratisch ist: Anmerkungen zu einer Schweizer Debatte 1167

Klima & Umwelt Climate & Environment

Christian Calliess
Ist der Green Deal der EU nach der Wahl des Europaparlaments verzichtbar?: Eine Skizze im Lichte der strukturellen Koppelung von Politik, Wissenschaft und Recht 1173

Daria Shapovalova
Downstream Emissions as Climate Impacts: On the UK Supreme Court's Landmark Finch Decision 1176

Rechtsstaatlichkeit & Wehrhafte Demokratie Rule of Law & Militant Democracy

Virgilio Dastoli, Emilio De Capitani
Why an EU Country under the Surveillance Procedure (Article 7.1 TEU) Should not Chair the Council Presidency 1179

Kaja Kaźmierska
In Favour of the Hungarian Council Presidency 1183

Maciej Kisilowski
Militant Public Administration 1186

Luke Dimitrios Spieker
The Lighthouse of EU Law Shines on the Polish Constitutional Tribunal: Neutralising its Obstruction, Substituting its Function, Supporting the Transition 1189

Frankreich France

Giovanni Capoccia
A High-Stakes Game: Macron, Le Pen, and the Future of France and the EU 1193

Michael Hempelmann
Ist die V. Republik sterblich? 1195

Italien Italy

Corrado Caruso, Pietro Faraguna
Delegitimizing by Procrastinating: Parliamentary Inertia in the Election of Constitutional Judges in Italy 1199

Emanuele Cocchiara
The Proposed Psychological Tests for Judges in Italy: Historical Reasons and Constitutional Profiles 1202

Edoardo D'Alfonso Masarié
A Constitutional Reform in Italy to the Detriment of Systemic Balance 1205

Edoardo D'Alfonso Masarié
Eine Verfassungsreform in Italien zulasten systemischen Gleichgewichts 1208

Schweiz Switzerland

Odile Ammann
Nur vom Volk abhängig?: Warum es in der Schweiz wohl eine Volksinitiative braucht, um den parlamentarischen Lobbyismus zu regulieren 1212

Johann-Jakob Chervet
Protecting the Freedom to Express the „Thought that we Hate": Meinungsfreiheit im Schweizer Markenschutzrecht 1217

Verschiedenes Miscellaneous

Carna Pistan
Legitimizing Heresy through Law: Bleiburg, Ustasha, and Croatia's WWII Narrative 1220

Julia Emtseva
Voting for the Government-in-Exile: A Futile Belarusian Election for the Coordination Council 1223

Luise Quaritsch, Niklas Nigl
Austria's Action for Annulment: The Messy Aftermath of the EU Nature Restoration Law Vote 1226

International International

Afrika Africa

James E. Fowkes
Eine neue Verfassungsordnung in Südafrika: Der African National Congress verliert nach 30 Jahren seine Mehrheit 1229

James E. Fowkes
A New Constitutional Order in South Africa: The African National Congress Loses its Thirty-year Majority 1232

Sarthak Gupta
Growing the Living Tree 1234

Asien Asia

Ahmed Elbasyouny
The Emir Giveth, the Emir Taketh Away: Anticipating Kuwait's Post-Suspension Constitution 1237

Changhao Wei
Toward a More Rigorous Mechanism for Resolving Legislative Conflicts: Unpacking China's Transitional "Mini Law" on the "Recording and Review" Process 1241

Tanmay Durani
Secret Campaigns and Masked Messages: Surrogate Advertising in Indian Politics 1246

USA USA

Vicente Medina
Should a Convicted Felon be the Next President of the US?: American Citizens are in a Bind 1250

Lena Riemer
The Abrogation of Asylum: Biden's New Border Policies Under Scrutiny 1252

Henning Grosse Ruse-Khan
Lessons from New York: Ein Erfahrungsbericht 1255

Verschiedenes Miscellaneous

Abhijeet Shrivastava, Renatus Otto Franz Derler
A Global South Perspective on Loss and Damage Litigation 1258

Beatriz Kira
Deepfakes, the Weaponisation of AI Against Women and Possible Solutions 1261

Matthias Weller

Restitution durch Schiedsgerichtsbarkeit

doi: 10.59704/547f14549a54b06a

Die Restitution nationalsozialistischer Raubkunst beschäftigt uns seit Jahrzehnten. Zwar sind die juristischen Sachfragen, wie könnte es anders sein, vielfach im Lichte verfassungsrechtlicher Maßgaben zu sehen, und sie finden durch das öffentliche Recht insgesamt ihre Rahmung, da bisher die allermeisten Restitutionen aus öffentlicher Hand erfolgen. Gleichzeitig folgt die Thematik in ihrem Kernbereich („Restitution") jedoch weitreichend der Logik eines zivilrechtlichen Konflikts zwischen dem ursprünglichen und dem aktuellen Eigentümer, und so mag es akzeptabel sein, dass sich auf dem Verfassungsblog auch einmal eine Person aus der Privatrechtswissenschaft äußert.

Aus dieser Perspektive liegt es auf der Hand: Entgegen vieler Stimmen aus dem öffentlichen Recht liegen gegenwärtig im Feld der Restitution nationalsozialistischer Raubkunst die größten versöhnungspolitischen Chancen nicht darin, ein „Restitutionsgesetz" anzustreben, sondern vielmehr darin, die bestehenden Möglichkeiten „privatautonomer" Streitbeilegung durch Errichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit auszuschöpfen. Um diese These argumentativ zu unterfüttern, stellt dieser Beitrag die beiden in diesem Feld kürzlich angestoßenen politischen Initiativen zur Diskussion. Den Anfang machte das 20. Kulturpolitischen Spitzengespräch am 13. März 2024, bei dem Bund, Länder und die kommunalen Spitzenverbände beschlossen, die sogenannte „Beratende Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz" durch eine Schiedsgerichtsbarkeit zu ersetzen. Wenige Wochen später, am 17. April 2024, wurde ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien und des Bundesministeriums der Finanzen für ein „Gesetz zur erleichterten Durchsetzung der Rückgabe von NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut" öffentlich gestellt.

Bisherige Rahmung der historischen Verantwortung durch internationales „soft law"

Am 3. Dezember 1998 verständigten sich 42 Staaten auf der Holocaust-Era Assets Conference in Washington auf die sogenannten „Washingtoner Prinzipien" zum Umgang mit nationalsozialistischer Raubkunst. Zu diesem Zeitpunkt waren nach den gängigen Schätzungen ca. 100.000 der unter der NS-Herrschaft in Deutschland und in den „angeschlossenen" bzw. kontrollierten Gebieten entzogenen ca. 600.000 Kunstwerke noch nicht wieder restituiert oder kompensiert. Schließt man sämtliche Kulturgüter, insbesondere Judaica, Bücher und Archivalien ein, entzog das NS-Regime Objekte im Millionenbereich. Für diese Gegenstände sollen nach Art. 8 der Washingtoner Prinzipien, bei denen es sich um formell unverbindliches „soft law" handelt, „gerechte und faire Lösungen" gefunden werden.

Diesem starken Appell zur Aufarbeitung verbliebener vermögensrechtlicher Unrechtsschwerpunkte sind insbesondere fünf Staaten gefolgt: Neben Deutschland sind dies Österreich, die Niederlande, Frankreich sowie das Vereinigte Königreich. Diese Staaten haben gemäß Art. 10 und 11 der Washingtoner Prinzipien eine Kommission zur „Klärung strittiger Eigentumsfragen" eingerichtet. Seither sind viele tausende von Entscheidungen über „gerechte und faire" Lösungen vorgelegt worden, seien es (in aller Regel) unverbindliche Empfehlungen solcher Kommissionen, seien es, wie hierzulande vielfach Praxis, bilateral verhandelte Vereinbarungen zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner, also dem Träger des jeweiligen Museums.

Am 3. Dezember 2023 hatten nun diese Washingtoner Prinzipien ihren 25. Jahrestag. Zu diesem Anlass haben am 5. März 2024 etwas mehr als 20 Staaten in einer weiteren „Washingtoner Erklärung" *Best Practices* vorgelegt. Hierbei handelt es sich um einen Katalog von 15 Appellen dazu, wie die 11 Prinzipien von 1998 zu verstehen und anzuwenden seien. Inhaltlich ist vieles repetitiv, zugleich bleibt manches ebenso abstrakt wie in

den Prinzipien von 1998 und damit zur konkreten Lösung von Fällen nicht immer weiterführend. Erst recht fehlt jegliches vergleichendes Anschauungsmaterial, aus dem üblicherweise eine Entscheidung darüber generiert wird, welche der vorgefundenen Praktiken als „die beste" gelten kann. Zudem bräuchte es für diese Entscheidung einigermaßen konsentierter Maßstäbe. Vorschläge jenseits der bisher vorgefundenen Praxis würden in der üblichen Terminologie der transnationalen Rechtsvereinheitlichung (insbesondere durch nichtbindende Instrumente) eher als „*Model Rules*" bezeichnet werden.

Ungewiss bleibt auch die Legitimationskraft der formulierten Appelle. Schließlich haben nach aktuellem Stand nur 25 Staaten die aktualisierte Erklärung unterzeichnet, also kaum mehr als die Hälfte der ursprünglich teilnehmenden Staaten vor 25 Jahren. Bemerkenswert bleibt, dass die USA wie schon 1998 auch diese Erklärung initiiert, hingegen die Washingtoner Erklärung von 1998 bis heute in Kernbereichen nicht implementiert haben: Eine Kommission gemäß Art. 10 und 11 der Washingtoner Prinzipien 1998 zur „Klärung strittiger Eigentumsfragen" in außergerichtlicher Streitbeilegung besteht dort bis heute nicht.

Die Washingtoner Prinzipien von 1998 bräuchten stattdessen zu ihrer Effektuierung ein genuin rechtsvergleichend-übergreifendes Projekt, in dem ein ausdifferenziertes Regelwerk anhand der bisher erkennbar gewordenen Entscheidungs- und „Kipp-Punkte" zu generieren wäre. Etwas, was für dieses Projekt als Vorarbeit herangezogen werden könnte, nämlich ein rein wissenschaftlich generiertes „Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art" (aus dem Hause des hiesigen Verfassers) wird in Kürze nach fünfjähriger und umfassender vergleichender Sichtung des Fallmaterials aus sechs Jurisdiktionen (Deutschland, Österreich, Niederlande, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Schweiz) auf der Basis von ca. 1.300 ausgewerteten Fällen in einem 1.100 Seiten umfassenden Projekttext – in deutscher und englischer Fassung – vorgelegt. Ohne normative Anleitung zur präzisen Wertung werden auch in Zukunft Entscheidungen auf ebenso offen gehaltener wie oft zitierter „moralisch-ethischer" Grundlage die Praxis bestimmen und kraft Natur der Sache ebenso volatil wie streitanfällig bleiben. Das gesamte Feld bedarf somit der Maßstabspflege.

Kleinmütiger Gesetzesentwurf

Der Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Regierung hatte nun unter dem Stichwort „Erinnerungskultur" Folgendes in Aussicht gestellt (S. 99):

> „Wir werden uns weiterhin der Aufgabe stellen, NS-verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter – entsprechend dem Washingtoner Abkommen – an die Eigentümerinnen und Eigentümer zurückzuführen. Wir verbessern die Restitution von NS-Raubkunst, indem wir einen Auskunftsanspruch normieren, die Verjährung des Herausgabeanspruchs ausschließen, einen zentralen Gerichtsstand anstreben und die ‚Beratende Kommission' stärken".

Die ersten drei dieser vier Punkte adressiert der besagte Referentenentwurf. Schon diese drei sehr „punktuellen" Punkte verweisen auf einen beschränkten Anwendungsbereich dieses Gesetzes, verglichen mit den vielfach vorgetragenen Forderungen nach einem breit angelegten „Restitutionsgesetz" zur Erfassung der Restitution aller betroffenen Kunstwerke und Kulturgüter, seien sie nun in öffentlichem oder privatem Eigentum. Und in der Tat: Der Entwurf sieht hohe Hürden vor, die erfüllt sein müssen, damit sich der Besitzer nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 BGB nicht mehr auf die Einrede der Verjährung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers berufen kann:

Erstens muss der damals vom NS-Regime verfolgte Eigentümer bzw. müssen seine Rechtsnachfolger bis heute Eigentümer des betreffenden Gegenstands sein. Dieses Eigentum wird aber meist „unterwegs" verloren gegangen sein, am wahrscheinlichsten durch Ersitzung gem. § 937 BGB nach zehnjähriger Besitzzeit, sofern der Besitzer nicht bösgläubig war. Die Regelungen zur Ersitzung lässt der Entwurf unberührt, wie die Begründung auf S. 3 sehr deutlich ausführt: „Das Gesetz schafft keinen Anspruch auf Rückübertragung oder Wiedererlangung verlorenen Eigentums. Auch bleibt das Ersitzungsrecht nach § 937 BGB einschließlich der dort geltenden Beweislastregeln unberührt". Schon damit erfasst der Entwurf nur einen winzigen Bruchteil der zu erwartenden Fallkonstellationen.

Zweitens darf der an sich bestehende Anspruch des Eigentümers nicht durch das Rückerstattungsrecht der Nachkriegszeit ausgeschlossen sein. Nach der deutschen Rechtsprechung ist ein allgemein-zivilrechtlicher Her-

ausgabeanspruch nach Ablauf der jeweiligen Anmeldefristen für das Verfahren unter den Rückerstattungsgesetzen jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Diese Fristen sind seit Jahrzehnten abgelaufen. Ausnahme von dieser radikalen tabula rasa-Regel zur „geordneten Entwirrung der durch nationalsozialistische Unrechtsakte geschaffenen Fakten" in der Nachkriegs- bzw. Nachwendezeit (vgl. Begründung S. 2 oben) anerkennt der Bundesgerichtshof nach jüngerer Rechtsprechung nur insoweit, als der damalige Anspruchsteller nicht in der Lage war, seinen Anspruch im Rückerstattungsverfahren anzumelden, etwa wenn der Anspruchsteller noch nicht einmal angeben konnte, wo bzw. bei wem sich der zurück zu erstattende Gegenstand befindet.

Drittens kann sich der aktuelle Besitzer weiterhin auf das Leistungsverweigerungsrecht der Verjährung berufen, wenn er bei Besitzerwerb (vor 30 Jahren und länger) gutgläubig war. Diese Gutgläubigkeit muss der Besitzer nach der im Entwurf vorgeschlagenen Normstruktur darlegen und beweisen. Dies wird nicht einfach sein. Die Schwierigkeiten in der Beweisführung zum wirksamen Eigentumserwerb vor langer Zeit sind aber ja gerade die zentrale Begründung, überhaupt eine Verjährung des Vindikationsanspruchs beizubehalten (vgl. S. 16 Mitte). Hier wir die Rechtsprechung daher nach allgemeinen Grundsätzen im Zivilprozess mit Beweiserleichterungen helfen müssen. Dies wiederum wird die praktische Wirksamkeit des intendierten Gesetzes noch weiter vermindern, zumal die Beweislastverteilung in § 937 Abs. 2 BGB nicht zugunsten des Anspruchstellers umgekehrt werden soll. Damit wird der Anspruchsteller weiterhin die Bösgläubigkeit des Besitzers darzulegen und zu beweisen haben. Spezifisch für NS-Raubkunst soll die Neuregelung auch für bereits verjährte Ansprüche gelten, also (echte) Rückwirkung entfalten (vgl. S. 18). Dies sei durch „zwingende Gründe des gemeinen Wohls" bzw. durch „ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzwürdiges Vertrauen des Einzelnen" in der hier vorliegenden Konstellation gerechtfertigt.

Die Entwurfsbegründung prognostiziert unter diesen sehr hohen Anforderungen ein Fallaufkommen von 50 Klagen auf Herausgabe pro Jahr. Ob es da sinnvoll ist, einen „zentralen Gerichtsstand" am Landgericht Frankfurt (§ 23a ZPO-E) einzurichten und ob es verhältnismäßig ist, einen flankierenden Auskunftsanspruch (§ 48a KGSG-E) gegenüber jedem „Inverkehrbringer" von Kulturgut zu gewähren, wird man hinterfragen können.

Rechtspolitisch noch fragwürdiger erscheint allerdings die Regelung, dass ein Anspruchsteller, der unter diesen Maßgaben einen ehemals entzogenen Gegenstand zurückerhält, eine in der Nachkriegszeit von der Bundesrepublik Deutschland gezahlte Entschädigung für den Verlust dieses Gegenstands zurückzahlen muss (vgl. Art. 7 des Entwurfs zu einem „Gesetz zur Rückzahlung von Rückerstattungsleistungen"). Natürlich entspricht dies einer formalen Logik der Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherungen. In der bisherigen Praxis der Restitution aus öffentlicher Hand scheint diese Maßgabe aber wohl schon länger eher nicht mehr allzu genau beachtet werden – mit guten Gründen. Viele Rückerstattungs- und Entschädigungsverfahren mündeten in summarischen Vergleichen zu einer Vielzahl von Schadensposten, so dass die auf den heute in Rede stehenden Gegenstand bezogenen damaligen Summen kaum identifizierbar sind, im Übrigen in aller Regel sehr gering bleiben dürften. Versöhnungspolitisch ist deswegen von der Rückforderung abzuraten. Alternativ könnte man die eintretende Bereicherung schlicht feststellen und den Restitutionsempfänger dann dazu einladen, ggf. freiwillig auf diesen Umstand einzugehen und eine ungerechtfertigte Bereicherung z.B. durch einen Beitrag zu einem Projekt der Erinnerungsarbeit seiner Wahl abzuführen. Der Entwurf meint es aber ernst: Der Restitutionsempfänger wird einer Mitteilungspflicht unterworfen (§ 2 Abs. 2), das entscheidende Gericht einer Pflicht zur Übermittlung einer Abschrift des Urteils (§ 2 Abs. 3) an das Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen, das dann über die Rückforderung zu bescheiden hat. Hierbei kann dann unter bestimmten Voraussetzungen auch von der Rückforderung abgesehen werden (§ 2 Abs. 1 S. 2). Trotzdem wird sich die Bundesrepublik Deutschland damit gegenüber den betroffenen Opfern und Anspruchstellern kaum Anerkennung erwerben können.

Insgesamt atmet der Entwurf damit einen kleinmütigen, zum Teil auch kleinlichen Geist, der dem Staat, der die historische Verantwortung für das NS-Unrecht primär zu übernehmen hat, nicht gut zu Gesicht steht. Man hat den Eindruck, dass jegliche grundlegende Reform der (Eigentums-) Rechtslage zugunsten der Opfer und ihrer Nachfahren peinlichst vermieden wird, sobald damit eine staatliche Entschädigungspflicht einhergehen könnte. Die heutigen Eigentümer, private Sammler ebenso wie öffentliche Museen, werden damit in den aller-

meisten Fällen in der Diskrepanz zwischen starken moralischen Appellen, medialem Druck einerseits und andererseits geltender Rechtslage weiterhin allein gelassen. Kleine Bereicherungen durch Restitutionen nach über 80 Jahren werden aber mit Nachdruck abgeschöpft. Rechtsverfolgungskosten des Anspruchstellers oder die gegenläufige Bereicherung des Besitzers durch die Nutzung des Gegenstands werden hingegen nicht in diese mit spitzem Bleistift notierte Rechnung eingestellt, jedenfalls nicht auf Ebene des intendierten Gesetzes. Die negative Signalwirkung durch diese Gestaltung bzw. ggf. diese Handhabung des Bereicherungsausgleichs im Zuge der Restitution dürfte auf immaterieller Ebene deutlich mehr kosten, als die Rückforderung materiell einbringt. Andere Länder, etwa das Vereinigte Königreich, zeigen sich in dieser Frage pragmatischer, indem sie kursorisch und auch eher großzügig Bereicherungsposten bemessen und im Zweifel gegeneinander aufheben. Insgesamt bahnt sich hier sicher nicht das große Restitutionsgesetz an, das so häufig gefordert wurde. Wenn der Entwurf tatsächlich (so) Gesetz wird, dürfte dies wohl zudem auf längere Zeit Wege zu einer umfassenden spezialgesetzlichen Regelung der Restitution sperren. Manche Beobachter sehen hierin bereits eine Strategie. Allerdings liegt der grundlegende Fehler schon in der Koalitionsvereinbarung. Der Entwurf setzt diese letztlich nur um.

Versöhnungspolitische Chancen der Schiedsgerichtsbarkeit

Nach dem 20. Kulturpolitischen Spitzengespräch am 13. März 2024 haben Bund, Länder und Kommunen zum vierten Punkt der Koalitionsvereinbarung „Stärkung der Beratenden Kommission“ verlautbart, dass an die Stelle der Beratenden Kommission eine Schiedsgerichtsbarkeit treten solle. Dem liegt folgende Konzeption zugrunde (vgl. die vom Verfasser im Auftrag der BKM durchgeführte Studie):

Bund, Länder und Gemeinden könnten eine gemeinsame Schiedsstelle einrichten zur Administrierung von Schiedsverfahren zwischen dem aktuellen Eigentümer, also regelmäßig dem öffentlich-rechtlich verfassten Träger der Einrichtung, die das betreffende Kulturgut hält, und dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers. Die angedachte Schiedsstelle könnte (wie dies Schiedsstellen in aller Welt für die verschiedensten Streitgegenstände seit langem tun) das Muster für eine geeignete Verfahrensordnung vorhalten. Hierin sollte vor allem auch den speziellen versöhnungspolitischen Bedürfnissen des Verfahrensgegenstands Rechnung getragen werden (umfassend zu den Einzelheiten aaO.). Zusätzlich könnte die Schiedsstelle einen gegenstandsadäquaten Bewertungsrahmen bereitstellen, dies könnten aber auch andere Stellen tun, die Parteien müssten eben nur in ihrer jeweiligen Schiedsvereinbarung sowohl die Verfahrensordnung als auch den Bewertungsrahmen zu anwendbarem Recht erklären. Strukturell ist dies weltweite Praxis in der Schiedsgerichtsbarkeit. Man könnte dann ferner darüber nachdenken, einen – hinreichend breiten – Pool von für den speziellen Gegenstand und auch für das Schiedsverfahren überhaupt qualifizierten Schiedsrichtern einzurichten, aus dem die Parteien ihre parteibenannten Schiedsrichter wählen könnten. Das gesamte Verfahren würde auf gesetzlicher Grundlage ruhen (vgl. nochmals § 173 VwGO i.V.m. §§ 1029 ff. ZPO), die Einhaltung von Verfahrensgarantien sicherstellen, in Gestalt des Schiedsspruchs die Parteien bindende und auch vollstreckbare Ergebnisse erzeugen, die zudem (eingeschränkt auf gravierende Fehler von der Qualität einer ordre public-Verletzung) einer Nachkontrolle durch staatliche Gerichte unterworfen sind. Vor allem Letzteres ist eine zentrale Forderung in der seit langem geführten Debatte um die Reform des Verfahrens vor der Beratenden Kommission. Die Effektivität der gerichtlichen Nachkontrolle hängt dabei ersichtlich auch davon ab, wie präzise der materielle Bewertungsrahmen ausgestaltet ist: Wenn die Parteien nach § 1051 Abs. 3 ZPO das Schiedsgericht dazu ermächtigen, nach „Billigkeit“ zu entscheiden, hat eine inhaltliche Nachkontrolle des Schiedsspruchs durch staatliche Gerichte kaum Ansatzpunkte. Es ist deswegen zu empfehlen, dass die jeweiligen Parteien einen präzisen Bewertungsrahmen in ihre Schiedsvereinbarung einbeziehen, nicht etwa wie bisher „moralisch-ethische“ Maßgaben (so die aktuelle Verfahrensordnung der Beratenden Kommission), die allzu oft zu volatilen bis widersprüchlichen und damit natürlich dann zu wenig akzeptablen Ergebnissen geführt haben.

Eine weitere zentrale Forderung im Reformprozess war die „einseitige Anrufbarkeit“ des Spruchkörpers. Bisher mussten sich die Parteien zunächst auf eine Vereinbarung verständigen, um die Kommission zu aktivieren. Dies wurde zunehmend kritisiert, der Anspruchsteller solle kein „Bittsteller“ sein müssen. Auch diesem Desiderat kann im Rahmen einer Schiedsgerichtsbarkeit Rech-

nung getragen werden, nämlich durch sogenannte „stehende Angebote", wie sie der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zugunsten des ausländischen Investors zugrunde liegen. Im hiesigen Feld müssten dazu die öffentlich-rechtlich verfassten Träger der in Rede stehenden Museen gegenüber der Allgemeinheit („*ad incertas personas*") die Willenserklärung abgeben, mit jedem Anspruchsteller in das vorgesehene Schiedsverfahren zu gehen, und die Träger müssten sich dabei auch auf Dauer binden (deswegen „stehendes Angebot" bzw. „*standing offer*"). Die künftige Schiedsstelle sollte also auch dafür ein Muster bereithalten. Dann könnte jeder Anspruchsteller dieses Angebot durch eigene Willenserklärung annehmen, und die erforderliche Schiedsvereinbarung wäre geschlossen. Damit wäre dann der Weg zu staatlichen Gerichten im Grundsatz ausgeschlossen, einschließlich des Zugangs zu staatlichen Gerichten im Ausland, etwa den USA (selbstverständlich abhängig davon, wie im Ausland die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit im Einzelnen ausgestaltet ist). Nachlaufende Gerichtsverfahren in den USA, nachdem im hiesigen Verfahren entschieden worden ist, wie dies im Welfenschatz-Fall war (damals noch vor der Beratenden Kommission durch unverbindliche Empfehlung), können damit nicht mehr stattfinden.

Die Schiedsgerichtsbarkeit bietet damit viele Vorteile, nicht zuletzt eben den großen Vorteil, dass sie ohne spezialgesetzliche Rechtsgrundlage auskommt. Vielmehr fußt sie auf bereits bestehenden gesetzlichen Grundlagen und einer großen jahrzehntelangen internationalen Praxiserfahrung. Zudem ist die Schiedsgerichtsbarkeit die alternative Streitbeilegungsform *par excellence*, und Art. 11 der Washingtoner Erklärung von 1998 fordert ja gerade Folgendes: „Die Staaten werden dazu aufgerufen, innerstaatliche Verfahren zur Umsetzung dieser Richtlinien zu entwickeln. Dies betrifft insbesondere die Einrichtung *alternativer* Mechanismen zur Klärung strittiger Eigentumsfragen" (kursive Hervorhebung hinzugefügt). Diese „*anti-litigation message*" wiederholt die Washingtoner Erklärung 2024 in Buchstabe I ganz ausdrücklich: „*Use of alternative resolution mechanisms is encouraged to avoid litigation*".

Nach alledem liegen in der Schiedsgerichtsbarkeit gerade durch ihre auf Vereinbarungen ruhende, zugleich gesetzlich getragene Struktur große versöhnungspolitische Chancen. Wie immer hängt alles von der Umsetzung im Detail ab. Hieran wird nach der Mitteilung von Bund, Ländern und Kommunen vom 13. März 2024 nunmehr mit Hochdruck gearbeitet, und es sollen Ergebnisse bis Ende des Jahres vorliegen. Ein ambitioniertes Ziel, das jedoch realistischer wirkt als der Plan, ein neues und umfangreiches Restitutionsgesetz zu schaffen. Und nachdem zu allem Überfluss nun auch die AfD das Thema für sich entdeckt hat (vgl. die Kleine Anfrage dazu hier; die Antwort hier), gilt wohl noch mehr das, was Opferverbände seit Jahrzehnten artikulieren: „*time is of the essence*", nicht zuletzt mit Blick auf sich insgesamt verschiebende Diskurskonstellationen nach dem 7. Oktober 2023.

Hans Michael Heinig

Kein Grundrecht auf Zuwendungen für antisemitische und rassistische Kunstwerke

Eine Erwiderung

doi: 10.59704/099d0f91ab9accbb

Eingangs des Beitrags „Antidiskriminierungsklauseln im Zuwendungs- und Förderungsrecht" wird zu Kritik und Gegenrede eingeladen. Ich kenne die meisten Autorinnen und Autoren gut und schätze sie sehr. Deshalb erlaube ich mir, sie an der Stelle beim Wort zu nehmen und meine Lektüreeindrücke öffentlich zu teilen:

1. Ich lese zentrale Passagen des Textes so, dass hier insinuiert wird, man könne Israel nicht kritisieren, ohne des Antisemitismus bezichtigt zu werden. Der Unterschied zwischen israelbezogenem Antisemitismus und anderen Formen der Israelkritik wird verwischt, ihre Unterscheidbarkeit grundlegend in Frage gestellt. Das halte ich schon im Ansatz für falsch. Das Recht ist in der Lage, als rechtlich relevant markierten Antisemitismus systemautonom zu identifizieren – auch wenn Details und Nuancierungen in den sozialwissenschaftlichen und politischen Definitionsversuchen umstritten sind. Letzteres gilt für sehr viele Rechtsfragen, die nicht schon darum als unentscheidbar gelten. Für die erforderlichen Wertungsleistungen hat das Recht Routinen ausgebildet, die auch im Falle antisemitischer Äußerungen zur Anwendung kommen können. Wenn man juristisch Rassismus definieren und subsumieren kann, kann man das prinzipiell auch im Falle des Antisemitismus.

2. Der Beitrag ebnet die Unterscheidung zwischen Freiheitsausübung und staatlicher Förderung zur Freiheitsausübung vollständig oder doch weitestgehend ein. Die legitimen Schranken der Grundrechtsausübung werden gleichgesetzt mit den Gestaltungsgrenzen des Staates bei der Grundrechtsförderung. Diese rechtliche Ineinssetzung künstlerischer Werk- und Wirkfreiheit mit staatlicher Kunstförderung überzeugt aber nicht: Das Grundgesetz erlaubt, wie das Bundesverfassungsgericht stets betont, auch verfassungsfeindliche Gesinnungen zum Ausdruck zu bringen. Die Grenzen für expressive Freiheiten sind bewusst weit gesetzt: Schrankenziehungen dienen nicht der Pönalisierung von Gesinnungen, sondern sie setzen bei Handlungen an, die Rechte Dritter oder sonstige wesentliche Verfassungsrechtsgüter gefährden. Dies gilt insbesondere für die Kunstfreiheit, einem Grundrecht ohne explizitem Gesetzesvorbehalt. Es erscheint mir unplausibel, diese weite Grenzziehung als verfassungsrechtliche Verpflichtung für die Ausgestaltung staatlicher Förderung schlicht zu spiegeln. Schon die grundrechtlichen Schranken des Art. 5 Abs. 3 GG passen hier gar nicht: Der häufigste Grund für die Versagung einer Kunstförderung dürfte sein, dass die vorhandenen Mittel ausgeschöpft sind. Ressourcenerschöpfung bildet aber keinen mit der Kunstfreiheit gleichrangigen Verfassungsbelang, der den wegen einer Nichtförderung angesonnenen Grundrechtseingriff rechtfertigt. Es gibt schon gute Gründe, warum die gängige Grundrechtsdogmatik kategorial unterscheidet zwischen der grundrechtlichen Abschirmung freier gesellschaftlicher Entfaltung vor staatlicher Interferenz, der staatlichen Förderung grundrechtlich umfasster Aktivitäten zur Verfolgung von Gemeinwohlzwecken sowie staatlicher Repression zwecks Abwehr von Gefahren für grundrechtlich geschützte, im Einzelfall vorrangige Interessen Dritter.

3. Ich möchte zuspitzen: Es zeugt doch von einem sehr speziellen Freiheitsverständnis, wenn jede Hürde auf dem Weg zu einer staatlichen Subventionierung als Grundrechtseingriff verstanden wird, der funktional mit einem Verbot äquivalent sein soll. Grundrechtliche Freiheit tritt in Konsequenz als kollektiviert, reglementiert, zugeteilt, alimentiert, rationiert, also als wohlfahrtsstaatlich mediatisiert in Erscheinung. Zugleich wird der postulierte prima facie Anspruch auf Grundrechtssubventionierung (jede Förderablehnung soll ja einen Freiheitseingriff darstellen) hier eigentümlich entpolitisiert, weil die Frage nach dem (nach vorherrschender Dogmatik fehlenden) parlamentarischen Gesetzesvorbehalt in der

Leistungsverwaltung in dem Beitrag gänzlich ausgespart bleibt. Kultursubventionen werden so im Kern als Grundrechtsvollzug und nicht als Gegenstand politischer Gestaltung präsentiert.

4. Der Text scheint mir an entscheidenden Stellen inkonsistent in der Argumentation zu sein, was möglicherweise auch Produktionsbedingungen eines Autorenkollektivs geschuldet ist. Teils wird betont, der Staat müsse im Gefolge der Grundentscheidung zur Kulturförderung jedes Kunstwerk jenseits von solchen im Stile einer antisemitischen Karikatur aus dem „Stürmer" fördern, teils wird eine Abwägung zwischen dem legitimen Engagement des Staates gegen Antisemitismus und Rassismus einerseits und dem Interesse von Grundrechtsträgern auf Verwirklichung ihrer antisemitischen oder rassistischen Kunst eingefordert – wohl mit einem strukturellen Abwägungsvorrang für die Grundrechtsträger, teils wird dann aber auch betont, dass die Kunstfreiheit gleichsam schon auf Schutzbereichsebene limitiert sei durch Art. 1 GG, also Menschenfeindlichkeit in Kunstform gar nicht grundrechtlich geschützt sei.

5. Eigene Aufmerksamkeit verdient der Umgang mit den Aktionsmustern der Trägergruppen von israelbezogenem Antisemitismus, vor die sich der Text in seiner Grundtendenz schützend stellt. Es gehört zu den Charakteristika der BDS-Bewegung, an deren Unterstützung sich die Frage der Zuwendungsbedingungen staatlicher Kunstförderung vor allem entzündet, dass sie sich eindeutigen Festlegungen zu entziehen versucht und je nach soziokultureller Umwelt zwischen Polen bewegt: Mal wird die Auslöschung Israels gefordert, dann doch nur das Ende der Besatzung der Westbank, mal dem modernen Zionismus jede Daseinsberechtigung abgesprochen, dann doch nur eine Zweistaatenlösung oder die Föderalisierung des bestehenden politischen Gemeinwesens gefordert, mal wird der extremistische Nationalchauvinismus in Teilen der israelischen Regierung kritisiert, dann doch wieder ganz Israel zur „Sperrspitze des rassistischen Kolonialismus" oder gar zum „Wiedergänger des NS-Regimes" erklärt. Diese Strategien des Irisierens und Schillerns fordern das Recht heraus, verlangen adäquate juristische Differenzierungen und Betrachtungen der näheren Umstände. Man kann den Text von Kai Ambos et al. mit der gebotenen hermeneutischen Höflichkeit so verstehen, dass er eine nach Phänomenen differenzierende Betrachtung einfordert. Dazu passt aber nicht die Stoßrichtung, antisemitismusfreie Israelkritik lasse sich nicht hinreichend rechtsförmig von israelbezogenem Antisemitismus unterscheiden. Wohlgemerkt: Es liegt mir fern, den Autorinnen und Autoren zu unterstellen, sie würden sich wie Teile der vom Verfassungsschutz des Bundes jüngst als extremistischen Verdachtsfall markierten BDS-Bewegung bewusst chamäleonartig verhalten und dabei einem israelbezogenen Antisemitismus das Wort reden. Doch in Verbindung mit der Nivellierung von Freiheitseingriff und Grundrechtssubventionierung ist das Ergebnis ihrer Überlegungen eben, dass kein rechter Zugriff auf die Frage zu bekommen ist, wie und wo in unterschiedlichen Konstellationen des Verbots, der Förderung oder der bloßen rechtlichen Nichtmissbilligung juristisch die Grenzen zu ziehen sind zwischen robuster Israelkritik und einer den Achtungsanspruch von Jüdinnen und Juden bedrohenden Menschenfeindlichkeit. In der Konsequenz wird Israelkritik, die sich künstlerisch der Bildsprache des Antisemitismus, im Fundus antisemitischer Stereotypen und Dämonisierungen bedient, juristisch immunisiert und vor einem zumindest förderrechtlich erheblichen Vorwurf des Antisemitismus abgeschirmt.

6. In gegenwärtigen Debatten um Antisemitismus im Lichte des Nahost-Konflikts gibt es gewiss überschießende Momente. Die von Kulturverwaltungen angedachten „Bekenntnisklauseln" sind in der Sache fragwürdig und grundrechtlich angreifbar. Weitere Beispiele, etwa aus dem Versammlungsrecht, ließen sich nennen, wo grundrechtliche Freiheiten unbotmäßig verkürzt wurden und Gerichte korrigierend eingreifen mussten. Punktuell lassen sich politische Reflexe beobachten, mittels der Staatsgewalt zivilreligiöse Bekenntnis- und Gesinnungspflichten zu statuieren statt einen effektiven Rechtsgüterschutz sicherzustellen. Soweit der Text solchen Reflexen entgegentritt, verdient er Zustimmung. Ich sehe an dem Punkt aber auch, anders als durch den Beitrag insinuiert, keine nennenswerte Kontroverse in der Rechtswissenschaft. Auch die Rechtsprechung erweist sich im liberalen Grundrechtsschutz als „stabil". Eine „Palestine exception" (Mohammad Fadel) ist in der gegenwärtigen Gerichtspraxis zum Versammlungsrecht und zum Recht der Meinungsfreiheit nicht erkennbar. Propalästinensischer Protest wird in Deutschland seit dem 7. Oktober 2023 nahezu täglich, in teils einschüchternd-martialischen Inszenierungsformen, praktiziert, wohlbehütet durch Art. 8 und Art. 5 Abs. 1 GG.

7. Grundlegenden Dissens markieren will ich deshalb, soweit der Text in den Modus des verschwörerischen Raunens und der pauschalen Verdächtigung wechselt (als ob wir kurz davor stünden, dass Künstlerinnen und Künstler, die Israel kritisieren, nur deshalb auf einer Negativliste in der Kulturförderung landen). Durchgreifende Zweifel anmelden will ich insbesondere, soweit postuliert wird, eine liberale Demokratie müsse, wenn es den Kulturbetrieb subventioniert, von Verfassungs wegen Zuwendungen für Kunst ausschütten, die verständige Rezipientinnen und Rezipienten aus guten Gründen als antisemitisch oder rassistisch kodiert verstehen. Die freiheitliche Demokratie muss aus verfassungsrechtlicher Sicht im Bereich der Kultur keineswegs pauschal und undifferenziert alles, was nicht verboten ist, durch Zuwendungen fördern. Das scheint mir doch eine der Pointen einer resilienten Demokratie zu sein, die rechtsstaatlich Maß hält – so dass man, das sei nur am Rande notiert, im spezifisch juristischen Diskurs über Zuwendungsbedingungen der Kunstförderung weder die Lernerfahrungen aus der deutschen Tätergeschichte noch die bundesrepublikanische „Staatsräson“ bemühen muss.

Josef Franz Lindner

Paradigmenwechsel im Organspenderecht?

Zur erneuten Diskussion um die Widerspruchsregelung

doi: 10.59704/3a9852d5cd2fb87e

Heute haben Abgeordnete des Deutschen Bundestages einen interfraktionellen Gruppenantrag zur Einführung der Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz vorgestellt. Dem Bundesrat liegt ein Gesetzentwurf mit derselben Zielrichtung vor. Die Realisierung der Widerspruchslösung ist verfassungsrechtlich möglich.

Dramatischer Mangel an Spenderorganen in Deutschland

Die Zahlen sind deprimierend. In Deutschland sterben jeden Tag drei Menschen, weil sie ein medizinisch dringend benötigtes Spenderorgan nicht erhalten. Die Lage ist damit schlechter als vor 25 Jahren. Nach dem Jahresbericht 2023 der Deutschen Stiftung für Organtransplantation (DSO) standen ca. 8.400 auf ein Organ wartenden Patienten lediglich 2.877 transplantierte Spenderorgane gegenüber. Im ersten Quartal des Jahres 2024 ist die Zahl der Organspender erneut um 6% zurückgegangen. Damit steht Deutschland auch im europäischen Vergleich sehr schlecht da. Während etwa in Spanien auf 1 Million Einwohner 47 Organspender kommen, sind es in Deutschland 10,4 (in Frankreich 25,8, in Österreich 24,4).

Die (erweiterte) Widerspruchsregelung, wie sie dem genannten Gesetzentwurf zu Grunde liegt, stellt einen Paradigmenwechsel im Transplantationsmedizinrecht dar: Die postmortale Organentnahme ist nicht erst dann zulässig, wenn die betroffene Person oder ein nächster Angehöriger zugestimmt hat, sondern bereits dann, wenn kein Widerspruch der betroffenen Person vorliegt und auch kein entgegenstehender Wille besteht, über den die Angehörigen zu befragen sind. Die Angehörigen haben dabei kein eigenes Widerspruchsrecht.

Reformen der Jahre 2019 und 2020

Bisherige Reformbemühungen sind wirkungslos geblieben. 2019 wurde ein Gesetz zur „Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende“ erlassen. Die organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen der Organspende sollten verbessert werden. Im Januar 2020 lagen dem Bundestag erneut zwei Gesetzentwürfe vor: Der „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende“sowie der „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchsregelung“. Der erste Entwurf bewegte sich im Rahmen des seit 1996 geltenden Modells der (erweiterten) Zustimmungslösung; danach ist eine postmortale Organentnahme nur zulässig, wenn der Betroffene selbst oder die Angehörigen (unter Beachtung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen) der Organentnahme zugestimmt haben. Der Gesetzentwurf setzte auf bessere Aufklärung (durch Hausärzte und Meldeämter) sowie auf die Einrichtung eines Organspenderregisters. Der zweite Entwurf zielte hingegen auf einen Systemwechsel: Eine Organentnahme sollte bereits dann zulässig sein, wenn der Betroffene nicht widersprochen hat und auch den Angehörigen kein Widerspruch bekannt ist. Bei der Abstimmung am 16.01.2020 erhielt der erste Entwurf eine Mehrheit, die Widerspruchsregelung scheiterte (292 zu 379).

Neuer politischer Anlauf

Da sich die Hoffnungen auf eine Steigerung der Zahl der Organspenden nicht ansatzweise erfüllt haben, hat die Debatte um die Widerspruchsregelung wieder an Fahrt aufgenommen. In einer Entschließung des Bundesrates vom 15.12.2023 (BRat-Drs. 582/23) forderte dieser die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf zur Einführung der Widerspruchsregelung vorzulegen. Dem ist die Bundesregierung bisher nicht nachgekommen. Das Land Nordrhein-Westfalen hat daher die Initiative ergriffen und gemeinsam mit anderen Ländern den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes und Einführung der Widerspruchslösung“ (BRat-Drs. 278/24) in den Bundesrat eingebracht. Dieser hat ihn

am 14.6.2024 behandelt und in den zuständigen Gesundheitsausschuss verwiesen. Unabhängig davon wurde am 24.6.2024 auf einer Pressekonferenz von Abgeordneten des Bundestages (aller Fraktionen mit Ausnahme der AfD) ein Gruppenantrag zur „Einführung einer Widerspruchsregelung im Transplantationsgesetz" vorgestellt.

Verstoß gegen Menschenwürde oder Allgemeines Persönlichkeitsrecht?

Mitunter wird die Widerspruchsregelung in die Nähe eines Verstoßes gegen die Würde des Menschen gerückt (so etwa Augsberg/Dabrock, S. 7 „Organabgabeerwartung mit Widerspruchsvorbehalt"). Solche Kritik überrascht schon deswegen, weil die Widerspruchsregelung in sehr vielen europäischen Ländern seit langem Anwendung findet. Da einige dieser Länder in das „Eurotransplant"-System eingebunden sind, werden in der Praxis Organe aus Ländern mit Widerspruchsregelung auch an Patienten in Deutschland vermittelt. Das bedeutet: Einem Patienten in Deutschland kann über Eurotransplant ein Organ aus dem Ausland vermittelt werden, das nach bisherigem deutschem Recht nicht entnommen werden dürfte. Das ist nur eine der vielen moralischen Fragwürdigkeiten des deutschen Medizin- und Gesundheitsrechts (näher zu solchem „foreign shopping" *Lindner*, Merkur Nr. 852, S. 91).

Das BVerfG hat in einer (Kammer-)Entscheidung vom 18.2.1999 (NJW 1999, S. 3403/Rn. 5) festgestellt, dass es nicht gegen Grundrechte verstoße, dass zur Abwehr einer postmortalen Organentnahme ein Widerspruch erklärt werden müsse (nämlich um eine Zustimmung der Angehörigen auszuschließen). Daher ist es nicht fernliegend anzunehmen, dass das BVerfG auch eine (echte) Widerspruchsregelung akzeptieren würde. Blickt man *sine ira et studio* auf dieses Modell, wird sich eine Verfassungswidrigkeit nicht ernsthaft begründen lassen. Das aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) folgende Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Hinblick auf seine (postmortale) körperliche Integrität bleibt durch das Widerspruchsrecht gewahrt. Gegen seinen Willen wird niemand auf rechtmäßige Weise zum Organspender. Jeder kann sich für oder gegen die Organspende entscheiden. Niemand wird zum Objekt degradiert, instrumentalisiert, verzweckt oder verdinglicht.

Befassungspflicht als Verletzung des Selbstbestimmungsrechts?

Allenfalls könnte man ein selbstbestimmungsrelevantes Problem darin sehen, dass sich der Einzelne überhaupt mit dem Thema Organspende befassen muss. Bereits in einer solchen Befassungs- und Entscheidungsobliegenheit könnte man einen Eingriff in ein aus dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) folgendes Recht auf Nichtbefassung und Nichtentscheidung – im Sinne eines Rechts, vor der Thematik „Organspende" verschont zu bleiben, das Thema verdrängen zu dürfen –, erblicken. Bei Lichte betrachtet ist mit der Widerspruchsregelung eine Befassungspflicht aber gar nicht verbunden. Denn niemand wird verpflichtet, sich mit dem Thema Organspende inhaltlich zu befassen. Jede Person hat die Option, das Thema einfach auszublenden, auf später zu verschieben und schlicht (vorerst oder vorsorglich bis zu einer späteren Befassung mit dem Thema) einen Widerspruch zu hinterlegen.

Bleibt also die „Widerspruch*slast*". Diese kann man als (zumindest faktischen) Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit qualifizieren (Art. 2 Abs. 1 GG). Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs ist angesichts der Gewichtigkeit des zu erreichenden Zwecks (Erfüllung der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit schwerkranker Menschen aus Art. 2 Abs. 2 GG) und der im Vergleich dazu geringfügigen Eingriffstiefe der Widerspruchlast wohl zumutbar.

Verfassungsrechtliche Anforderungen zur Sicherung der Selbstbestimmung

Allerdings sind flankierende selbstbestimmungssichernde Anforderungen notwendig. Aus grundrechtlicher Sicht wesentlich ist zunächst, dass der Widerspruch gegen eine Organspende niedrigschwellig, einfach und in vielfältiger Weise erhoben und jederzeit widerrufen und erneuert werden kann. Das aktuell aufgesetzte, seit März 2024 in Betrieb befindliche Organspenderregister nach § 2a TPG wird den Anforderungen an eine (technisch) niedrigschwellige Widerspruchsmöglichkeit nicht gerecht. Hier bestünde im Falle der Einführung der Widerspruchsregelung erheblicher Nachbesserungsbedarf.

Die Widerspruchsregelung lässt von ihrer grundsätzlichen Konzeption her das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zwar unberührt. Allerdings ist dieses stärker gefährdet als beim gegenwärtigen Modell der erweiterten

Zustimmungslösung. Während der Einzelne bei letzterer nichts zu tun braucht, um nicht Organspender zu werden (nur wenn er eine Zustimmung der Angehörigen sicher ausschließen will, muss er einen Widerspruch erheben), ist bei der Widerspruchsregelung ein aktives Tun erforderlich, wenn der Einzelne eine Organspende ausschließen will. Eine Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts liegt darin, dass der Widerspruch mangels Kenntnis von der neuen Rechtslage nicht oder zu spät erfolgt oder im Falle des Hirntodes des Betroffenen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG, der unverändert bleiben soll) nicht verifiziert oder beachtet wird.

Solche Gefährdungen hat der Gesetzgeber zu kompensieren, wenn er eine verfassungskonforme Gesamtregelung erlassen will. Dazu muss er die gesetzlichen Regelungen so ausgestalten, dass die Menschen von der (neuen) Widerspruchsregelung erfahren, rechtzeitig und einfach Widerspruch erheben können und dass dieser im Ernstfall auch bekannt und beachtet wird. Um letzteres sicher zu stellen, wird man ein funktionsfähiges und technisch nutzerfreundliches Register und eine obligatorische Abfrage benötigen. Zudem dürfte nur eine erweiterte Widerspruchsregelung verhältnismäßig sein, bei der – wenn kein eindeutig verifizierbarer Widerspruch vorliegt – die Angehörigen zu befragen sind, ob ihnen ein Widerspruch bekannt ist. Des Weiteren sollten nicht einwilligungsfähige Personen und Minderjährige von der Widerspruchsregelung ausgenommen werden.

Zeitlich gestrecktes Inkrafttreten

Insbesondere aber gilt es, ein Problem zu lösen, das man als „Überrumpelungseffekt" bezeichnen könnte (dazu bereits *Lindner* hier). Nach dem Inkrafttreten einer Widerspruchsregelung würde jede Person (im Falle ihres Hirntodes) zum Organspender, wenn sie nicht rechtzeitig widerspricht. Selbst dann, wenn sie von der neuen Widerspruchskonzeption gar nichts weiß oder aus faktischen Gründen (etwa mangelnder Einsichtsfähigkeit) nicht zu widersprechen in der Lage ist. Der Gesetzgeber hat daher Vorkehrungen gegen solche Überrumpelungseffekte zu treffen. Hierzu gehören längere Übergangsfristen ebenso wie die Bereitstellung eines niederschwelligen und zuverlässigen Register- oder Dokumentationssystems sowie Aufklärungs- und Informationskampagnen (insbesondere auch über die Sozialen Medien und über die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, der von den Meldeämtern Anschriften zur Verfügung zu stellen sind).

Es sind auch informationshindernde Probleme wie Sprachbarrieren oder Obdachlosigkeit in den Blick zu nehmen (etwa durch die Verwendung mehrsprachiger Aufklärungsmaterialien, den Gebrauch leichter Sprache oder den Einsatz von Streetworkern o.ä.). Zu regeln ist zudem die Frage, ob und mit welchen zeitlichen Vorgaben die Widerspruchsregelung auch für Menschen gilt, die sich erst seit kurzem oder nur vorübergehend in Deutschland aufhalten. Schließlich wird man Vorgaben zur Evaluation nach einem bestimmten Kampagnenzeitraum vorsehen müssen, um den Informationsstand der Bevölkerung zu ermitteln und – je nach Evaluationsergebnis – den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Widerspruchsregelung noch einmal zu überdenken.

Ein letztes rechtliches Desiderat wäre eine Nicht-Diskriminierungsklausel (etwa in Anlehnung an das Gendiagnostikrecht): „Niemand darf wegen eines Widerspruchs gegen eine Organspende benachteiligt werden."

Weitere Reformoptionen

So wichtig die Diskussion um eine verfassungskonform realisierbare Widerspruchsregelung ist, darf sie aber nicht verdecken, dass es noch etliche weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Lage gäbe. Neben Reformen bei der Organlebendspende ist an Organisationsveränderungen nach dem Vorbild Spaniens zu denken: Die spanische Gesundheitspolitik hat mit der Gründung der *Organización Nacional des Trasplantes* das Transplantationswesen (ONT) zentralisiert und verstaatlicht. Die ONT untersteht dem Gesundheitsministerium und ist für die Spendererkennung, Spenderbehandlung, Gesprächsführung mit den Angehörigen sowie die Organisation aller für die Organspende relevanten Abläufe zuständig. Dabei kommen speziell geschulte hauptamtliche Transplantationskoordinatoren zum Einsatz. Dieses Organisationsmodell gilt – zusammen mit der Widerspruchsregelung – als wesentlicher Grund für das hohe Spenderorganaufkommen in Spanien. Es könnte auch ein Vorbild für Deutschland sein.

Emma Sammet

Bezahlbare Miete statt Rendite

Die Neue Wohngemeinnützigkeit als kühlender Tropfen auf zu heißem Stein

doi: 10.59704/361980482b977ebf

Die Bundesregierung hat am vergangenen Mittwoch beschlossen, die im Koalitionsvertrag (S. 88) vereinbarte Wohngemeinnützigkeit wieder einzuführen. Sie greift damit eine langjährige Forderung verschiedener Sozialverbände, Gewerkschaften und aus der Mieterbewegung auf.[1] Konkret soll mit dem Jahressteuergesetz 2024 auch die „Förderung wohngemeinnütziger Zwecke“ in § 52 AO verankert werden, der die gemeinnützigen Zwecke im Sinne des Steuerrechts listet. In der Folge können Wohnungsunternehmen, die bezahlbaren Wohnraum zur Verfügung stellen, von Steuererleichterungen profitieren. Diese Entscheidung fällt in eine Zeit wohnpolitischer Zuspitzung. Erst vergangenes Wochenende demonstrierten in Berlin Tausende unter dem Motto „Die Miete ist zu hoch!” gegen die Wohnungskrise und die Wohnungspolitik der Landes- und Bundesregierung. Kurz zuvor war bekannt geworden, dass rund ein Drittel der Berliner Haushalte durchschnittlich 45% ihres Einkommens für die Bruttokaltmiete bezahlen – deutlich mehr als das, was eigentlich als bezahlbar gilt. Daher steigen auch die Summen für staatliche Mietzuschüsse (Wohngeld und Kosten der Unterkunft), die mittlerweile die Grenze von 20 Milliarden Euro im Jahr überschreiten.

Die derzeitige Situation ist keine unvorhersehbare Entwicklung oder ein Naturgesetz. Stattdessen ist sie Ergebnis politischer Entscheidungen, die zuletzt vor allem von marktorientierten Neubaustrategien geprägt waren. Dies führte dazu, dass die Bundesregierung zwar hohe Neubauziele setzte, private Immobilienunternehmen aber kaum zum Neubau beitrugen und die Mieten weiter stiegen – während gleichzeitig die Fortführung der Mietpreisbremse sowie die Wiederherstellung des kommunalen Vorkaufsrechts im Kabinett festhängen. Daher ist die Einführung der Neuen Wohngemeinnützigkeit ein wichtiges Signal. Der vorherrschenden Logik einer auf den Marktausgleich orientierten Wohnungspolitik, die die Lösung in – meist hochpreisigem – Neubau sieht und soziale Probleme auf nachträgliche staatliche Zuschüsse auslagert, wird hiermit ein alternatives Paradigma gegenübergestellt: Nunmehr soll sich nicht mehr nur die Profitorientierung lohnen, sondern auch die gemeinwohlorientierte Wohnraumbewirtschaftung belohnt werden. Die Bedeutung dessen kann nur mit Blick in die Entwicklung der Wohnungspolitik verstanden werden. Inwiefern mit der Neuen Wohngemeinnützigkeit verbundene Versprechen eingelöst werden können, hängt aber von ihrer Ausgestaltung ab. Dabei besteht die Gefahr, dass die Einführung kaum mehr als ein Signal bewirkt, aber kaum tatsächliche Veränderungen herbeiführt.

Abschaffung der Wohngemeinnützigkeit: Marktorientierung, Privatisierung und Finanzialisierung

Mit der Einführung der Wohngemeinnützigkeit knüpft die Gesetzgebung an ein Instrument mit langer wohnungspolitischer Tradition an (von den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestags hier aufgearbeitet): Schon im 19. Jahrhundert gründeten sich erste gemeinnützige Wohnungsunternehmen, die in den 1920er Jahren massiv gefördert und ab 1930 auf eine einheitliche Rechtsgrundlage gestellt wurden.[2] Ziel war die Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnraum. Hierfür wirkten verschiedene Regelungen zusammen: Statt primär an Gewinnen sollten sich gemeinnützige Wohnungsunternehmen an den allgemeinen Wohnbedürfnissen orientieren und Wohnraum zur gemeinnützigkeitsrechtlichen Kostenmiete zur Verfügung stellen. Um diese Ziele zu erreichen, wurden die Unternehmen von verschiedenen Steuern (Körperschaftssteuer, Vermögenssteuer, Gewerbesteuer und Gesellschaftssteuer), Gebühren und Erlaubnispflichten befreit und erhielten vergünstigte Darlehen. Diese verschiedenen Befreiungen und Begünstigungen sollten wiederum als Investitionsanreiz in den Gemein-

[1] Eine aktuelle Analyse findet sich auch bei Tietzsch, WuM 2023,S. 6.

[2] Ausführlich Jenkis, Die Unternehmen der gemeinnützigen Wohnungswristchaft in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 1982, S. 321.

nützigkeitszweck dienen. Konkret mussten erwirtschaftete Überschüsse in Neubau reinvestiert werden. In der alten Bundesrepublik trugen die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen so relevant zum Wiederaufbau bei.[3]

Mit dem Steuerreformgesetz 1990 wurde die Wohngemeinnützigkeit jedoch abgeschafft und ein großer Teil des gemeinnützigen Bestands von rund 3,4 Mio. Wohnungen in den allgemeinen Wohnungsmarkt überführt. Als Anlass werden häufig Vetternwirtschaft und Missmanagement bei der Neuen Heimat, ein zum Deutschen Gewerkschaftsbund gehörendes gemeinnütziges Bau- und Wohnunternehmen, angegeben. Hinter der Abschaffung der Gemeinnützigkeit – entgegen der Beschlussempfehlung des für die Neue Heimat zuständigen Untersuchungsausschusses, der eine Reform forderte (S. 284) – standen jedoch auch jahrelange Diskussionen und eine schrittweise Durchsetzung marktwirtschaftlicher Ansätze in der Wohnungspolitik. Zum einen wurde gemeinnützig gebundener Wohnraum und Neubau nicht mehr für erforderlich gehalten, stattdessen vertraute die Gesetzgebung darauf, dass über den Wohnungsmarkt für Ausgleich gesorgt würde. Gleichzeitig sollten Steuerzahler*innen entlastet und den Kommunen neue Finanzquellen erschlossen werden. Für die gleichwohl zu erwartenden sozialen Lücken wurde auf das Wohngeld gesetzt. Nach dieser Auffassung war die Gemeinnützigkeit also nicht mehr geeignet und erforderlich, die wohnungspolitischen Zielsetzungen zu erreichen, sondern wurde als nicht mehr gerechtfertigte ungleiche Wettbewerbsbedingung für geförderte und nicht-geförderte Unternehmen begriffen (siehe für das gesetzgeberische Ziel einer gerechteren Besteuerung und der Beseitigung von Wettbewerbsvorteilen im Gesetzentwurf, Steuerreformgesetz 1990, BT-Drs. 11/2157, S. 122).

Über diese vorrangig ökonomische Argumentation reiht sich die Abschaffung der Wohngemeinnützigkeit in die allgemeine Entwicklung der bundesrepublikanischen Wohnungspolitik ein: Spätestens mit dem Abbaugesetz von 1960 wurde der Wohnsektor ausdrücklich an marktwirtschaftlichen Zielen ausgerichtet, dabei die Eigentumsförderung priorisiert und soziale Zielsetzungen maßgeblich über Wohnbeihilfen verfolgt. Da diese Politik angesichts der Unvollkommenheit des Wohnungsmarktes bereits nach kurzer Zeit Defizite zeigte, wurden in den 1970er Jahren der noch heute bekannte Wohnraumkündigungsschutz und das Vergleichsmietensystem eingeführt. Die Wohnungspolitik war jedoch weiterhin grundsätzlich auf marktwirtschaftliche Funktionsbedingungen, insbesondere Investitionsanreize, die sich in hohe bzw. steigende Mieten übersetzen, ausgerichtet. Mit der Abschaffung der Wohngemeinnützigkeit wurde diese Entwicklung weitergetrieben und Pfadabhängigkeiten für die Zukunft festgelegt. Zum einen erzwang dies, nach der Wende auch die ostdeutschen Wohnungsbestände Rentabilitätserwägungen zu unterwerfen. Zum anderen legte das Ende der Gemeinnützigkeit den Grundstein für die späteren Privatisierungen und hierüber die Finanzialisierung, d.h. die finanzwirtschaftliche Verwertung des Wohnungswesens – die Ausgangsbedingung für renditegetriebene Immobilienkonzerne wie Vonovia oder Deutsche Wohnen.

Vorgaben des Grundgesetzes: Sozialbindung und Mietpreisrecht

Die Entwicklung der Wohnungspolitik als Wohnungsmarktpolitik ist keine Vorgabe des Grundgesetzes, sondern eine politische Entscheidung. Insbesondere die bei der Abschaffung der Wohngemeinnützigkeit zumindest mittelbar referenzierte unternehmerische Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, gewendet als allgemeiner Schutz gegen ungleiche Wettbewerbsbedingungen und vor (Steuer-)Vergünstigungen bei der wohnungswirtschaftlichen Konkurrenz – gängig auch Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG – konnte bereits damals und kann auch heute keine Verfassungswidrigkeit begründen. Denn bei der Frage, ob die Gesetzgebung mithilfe von Steuervergünstigungen politische Zwecke fördern darf, steht ihr ein weiter politischer Handlungsspielraum zu.[4] Hinter der grundsätzlichen Entscheidung dafür steht das Subsidiaritätsprinzip, wonach der Staat nicht alle politischen Ziele selbst verwirklichen muss, sondern sich auch der Unterstützung Privater bedienen darf. Dabei bedarf es selbstverständlich einer Begründung für die steuerliche Ungleichbehandlung; diese darf schließlich nicht an sich unzulässig sein oder willkürlich erfolgen. Im Falle der Wohngemeinnützigkeit verfolgt die Gesetzgebung dabei mit der Unterstützung einer gemeinwohlorientierten Ei-

[3] Verdi/IG BAU, Keine Rendite mit der Miete, 2021, https://tinyurl.com/ynz76vxw (abg. 6.6.2024), S. 13-14.

[4] Vgl. Schauhoff/Kirchhain, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 4. Aufl. 2023, Rn. 8; Droege, in: Winheller, Gemeinnützigkeitsrecht, 3. Aufl. 2023, Teil 1 1., Rn. 14 ff.

gentumsnutzung, um bezahlbaren Wohnraum zu schaffen oder zu sichern, eine allgemein anerkannte Zielsetzung.

Die Förderung bezahlbaren Wohnens findet zudem weitere verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte. Zu nennen ist dabei zunächst, dass die eigentumsrechtliche Kehrseite, der mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verbundene Schutz frei vereinbarer Mietpreise in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als besonders flexibel angesehen wird. Stattdessen wird seit einer der ersten großen mietrechtlichen Entscheidungen die hohe Relevanz der Wohnung als „Mittelpunkt der menschlichen Existenz" betont, aus der „besondere verfassungsrechtliche Pflichten" folgten (BVerfGE 18, 121 <131 f.> – Fiskusprivileg [1964]). Das Mietrecht darf daher nicht nur von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG aus gedacht werden, sondern erfordert eine am Sozialstaatsprinzip orientierte Bestimmung von Inhalt und Schranken nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Die Grenze für unverhältnismäßige Eingriffe wird dabei in der Substanzgefährdung verortet, d.h. wenn durch die Mietpreisregelungen dauerhafte Verluste zur befürchten sind (BVerfGE 37, 132 <142> – Vergleichsmiete I [1974]; BVerfGE 71, 230 <250> – Kappungsgrenze [1985]).

Diese „Wirtschaftlichkeit des Hausbesitzes" ist ein wiederkehrender Topos in der Wohnungspolitik, wobei das, was als „wirtschaftlich" verstanden und definiert wird, durchaus politisch diskutiert wird. Seit Jahrzehnten sieht das BVerfG die Wirtschaftlichkeit bei Vermietung zur ortsüblichen Vergleichsmiete als indiziert an (BVerfGE 37, 132 <142> – Vergleichsmiete I [1974]). Daraus folgt jedoch nicht, dass Wirtschaftlichkeit nur bei an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientierter Vermietung sichergestellt werden kann. Stattdessen liegen bereits jetzt die Mieten gemeinwohlorientierter Vermieter*innen deutlich unterhalb der Vergleichsmiete. Und auch umgekehrt trifft die Vergleichsmiete keine eindeutige Aussage darüber, ob bzw. für wen sie wirklich bezahlbar ist. Stattdessen verweist diese Frage auf eine weitere Besonderheit des Wohnens: Beim Wohnungsmarkt handelt es sich um einen höchst unvollkommenen, atypischen Markt, der oft bewiesen hat, dass er nicht die alleinige Lösung der Wohnkrise darstellen kann. Auf dem Wohnungsmarkt wird schließlich nur zahlungskräftige Nachfrage bedient, unterschiedlichste Bevölkerungsgruppen haben daher strukturell das Nachsehen. Deren Versorgung wird bisher vor allem über staatliche Subjektsubventionen sichergestellt, immer weniger auch durch sozialen Wohnungsbau. Angesichts stark steigender Mieten rutschen jedoch immer mehr Haushalte ins Wohngeld ab, das konsequenterweise stark ausgedehnt wurde. Aufgrund dieser Entwicklungen stellt sich mittlerweile die Frage, inwieweit dieses System noch trägt.

Gemeinwohlbindung ernst nehmen

Vor diesem Hintergrund ist die Wohngemeinnützigkeit eine sinnvolle Ergänzung der aktuellen Wohnungspolitik. Die Schaffung und Erhaltung von ausreichend und insbesondere bezahlbarem Wohnraum wird mit politischer Bedeutung aufgeladen und gefördert. Nachdem dies bisher fragmentarisch geschah, wie durch niedrigere Steuermesszahlen bei der Grundsteuer (§ 15 Abs. 4 GrStG n.F.) oder für Genossenschaften, stellt die Wohngemeinnützigkeit nunmehr ein sicheres und breiteres Fundament bereit. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Neue Wohngemeinnützigkeit den an sie gerichteten Erwartungen gerecht werden wird. Entscheidend sind die konkrete Umsetzung und ein genauer Blick auf die einschlägigen steuerrechtlichen Vorschriften. Die nun vorgesehene Nennung von Wohnungsunternehmen in § 52 AO reicht dabei für sich nicht aus, sondern muss durch weitere gesetzliche Regelungen konkretisiert, durch Zuschüsse ergänzt und durch verschiedene Förderstufen weiter ausdifferenziert werden.[5]

Damit die Neue Wohngemeinnützigkeit ihren Ansprüchen gerecht wird, muss die Ausgestaltung insbesondere strenge Maßstäbe an die gemeinnützigkeitsrechtliche Kostenmiete anlegen. Die angebotenen Mieten sollten, wie seitens des BMWSB vorgesehen, die stetig steigende ortsübliche Vergleichsmiete deutlich unterschreiten, um ihrer sozialen Zwecksetzung gerecht zu werden.[6] Mithilfe von Steuererleichterungen finanzierter Wohnraum sollte zudem mit dauerhaften Bindungen versehen werden, um eine nur „soziale Zwischennutzung" wie nach dem System des sozialen Wohnungsbaus zu vermeiden. Hierdurch würden nicht nur bezahlbare Mieten im gemeinnützigen Bestand garantiert. Ein weiterer Vor-

[5] Vgl. beispielhaft das ausführliche Konzept des Deutschen Mieterbunds: Kuhnert, Konzept für eine Neue Wohngemeinnützigkeit, DMB 2022.

[6] Tietzsch, WuM 2023, S. 6 (9 f.).

teil gemeinnütziger Bewirtschaftung wäre, dass die Haushaltsbelastungen durch nachträgliche Mietpreissubventionierung in Form von Wohngeld und Kosten der Unterkunft gemildert werden (auch als Vorteil im Abschlussbericht der Expertenkommission zur Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen ausgewiesen, S. 45).

Gleichwohl bleibt die Neue Wohngemeinnützigkeit auf einen kleinen Alternativsektor auf dem großen Wohnungsmarkt beschränkt. Es wird sich erst zeigen, wie viel Wirkung die Wiedereinführung der Wohngemeinnützigkeit entfaltet. Ministerin Klara Geywitz spricht von bis zu 105.000 Mieter*innen, die davon profitieren könnten. Im Vergleich zu den alten Zeiten, zu denen sich rund 3,4 Mio. Wohnungen (die von mehreren Mieter*innen bewohnt sein konnten) im gemeinnützigen Bestand befanden und angesichts eines Fehlbestands von fast 2 Mio. bezahlbaren Wohnungen (Zahlen von 2018), liest sich das ernüchternd. Hoffnungen auf wirkliche Entlastungen im Haushalt hinsichtlich Wohngeld und Kosten der Unterkunft dürften sich daher nicht erfüllen. Auch preisdämpfende Effekte auf frei finanzierte Mieten, wie sie in früheren Gesetzgebungsdebatten erwartet wurden (bspw. RegE AbbauG, BT-Drs. 3/1234, S. 53) oder für Wien beobachtet werden, sind angesichts dieser Zahlen nicht zu erwarten. Im ungebundenen Wohnungsmarkt dürften die Mietpreise daher weiterhin nur eine Richtung – nach oben – und nur ein Paradigma – Profite für Anleger*innen zu generieren – kennen. Die Anstrengungen um Mieterschutz dürfen daher auch in diesem Sektor nicht liegen bleiben.

Die Einführung der Neuen Wohngemeinnützigkeit bedeutet somit keinen Systemwandel und ihre unmittelbaren Effekte werden gering sein. Sie wird einige Unternehmen mehr dazu anregen und es ihnen ermöglichen, Gemeinwohlzwecke statt Renditeziele zu verwirklichen. Dies ist kaum mehr als ein Tropfen auf dem heißen Stein – ermöglicht aber den Blick in eine bessere Zukunft.

Nazli Aghazadeh-Wegener, Sophia Stelzhammer

Nothing but your own Constitution?

Social Inequality in Germany through the Lens of International Human Rights

doi: 10.59704/80831a8de3be6b98

The recent report on Germany by the Council of Europe Commissioner for Human Rights Dunja Mijatovic following her visit in late 2023 records an alarming situation regarding social inequality in Germany. The report sharply criticizes Germany for its approach to combat social inequality. Similarly harsh in tone reads the statement by the Federal Government on the Commissioner's report, claiming the situation not to be as alarming as presented and the German law to have been misinterpreted. What's it all about?

The Commissioner's country reports are not legally binding instruments. Since the establishment of the office in 1999, the mandate of the Commissioner has been to ensure greater protection of human rights under the European Convention on Human Rights and other international treaties in Council Member States. The Commissioner's competences are more general and more limited than, for example, those of the European Committee of Social Rights watching over the (Revised) European Social Charter (which, e.g., may file collective complaints).

Yet, the Commissioner's country reports are of high political relevance. They publicly and morally address the States for their human rights policy and may provide reason for the Committee of Ministers of the Council of Europe to pursue further measures vis-à-vis the concerned States. However, in the area of social inequality, it is a rather uncommon perspective to think that international law institutions such as the Council of Europe have significant influence on national regulation, whether legally or politically. Social inequality might even be considered an exclusively national issue because European societies are shaped and constituted very differently and States typically surrender even less power to international institutions than regarding civil or political rights of the 'first generation' of human rights. Nevertheless, States, including Germany, have recognized, in principle, that certain social standards must apply across borders. The European Social Charter from 1961 was in this sense a central step towards the recognition of second-generation rights by Council Member States.

What does this mean for Germany in light of the Commissioner's report? Germany has accepted several human rights instruments of the Council of Europe, such as the original and the Revised European Social Charter, and more specifically the European Code of Social Security as well as its Protocol. The report highlights that the German social policy approach to addressing social inequality significantly differs from the human rights perspective of the Commissioner. Human Rights entail obligations for the German welfare state to effectively protect against poverty and guarantee social security standards that arguably go beyond the standards provided by the German Basic Law itself.

In this contribution, we aim to contextualize the Commissioner's report in factual and legal terms. Moreover, by reflecting on the German approach to combating social inequality, we seek to provide an impetus for both a national constitutional law debate and an international and comparative law debate on a human rights-based approach in welfare states. We focus on poverty and social security as part of social rights, thus on dimensions of social inequality that are directly determined by socio-economic resources. Of course, the topic of social inequality and also the Commissioner's report are much broader in scope, particularly focusing on children's rights and the rights of persons with disabilities.

High level of poverty and deficient provision of social benefits

Even though the Commissioner generally recognizes a well-developed welfare system in Germany and the reforms taken with regard to basic social security provision (*Bürgergeld*), she highlights that, according to figures provided by the Federal Statistical Office, in 2022, one-fifth of the population in Germany was at risk of poverty or social exclusion. The report notes that for someone who is dependent on social benefits, the amount of money provided by the State does not suffice for a life abo-

ve the poverty line. The Commissioner criticizes the calculation method as complicated and not actually needs-oriented, i.e. not considering the reality of market conditions. Narratives that, for example, basic social security provision should be significantly below the minimum wage income to ensure that employment remains desirable and beneficiaries have an incentive to become independent from social services are persistent. These negatively impact access and claims to social services. Regarding access to social services, she problematizes that State agencies constantly claim a lack of capacity, which is why civil society entities are in high demand. Overall, the Commissioner is particularly concerned about the social situation in Germany, as she notes a massive contrast between the high number of people living in poverty on the one hand and the country's wealth on the other – especially in comparison to other European countries.

In their statement on the Commissioner's report, the German authorities comment on figures from the Federal Statistical Office by correcting the Commissioner's interpretation. According to them, the extent of poverty is in fact lower (14.8% instead of the claimed 21% in 2022), considering only who is actually at risk of poverty and not of social exclusion. Also, for instance, the increased number of people using food banks supposedly does not necessarily prove that poverty has increased. In general, statistics are presented as saying nothing about individual needs. At the same time, the German authorities maintain the statistically revealed average consumption expenditure of low-income households as a reasonable reference when calculating the minimum social benefits. The latter would certainly be needs-oriented and consider real market conditions, as the estimated rate of need is supplemented, for example, with regard to inflation. In this context, German authorities repeatedly refer to the multitude and the expansion of social benefits provided. An issue where the German authorities agree with the Commissioner is the worrying extent of homelessness.

While there is strong disagreement between the Commissioner and the German authorities on the extent of poverty in Germany in view of statistics and the correct calculation method for social benefits, the large gap between poverty and wealth in Germany is an undeniable fact. A series of different studies conducted by the Federal Government itself, as well as major research institutes, clearly show that there is a strikingly persistent inequality of distribution and poverty in Germany. Classist stigmatisation plays a crucial role for unequal access to social benefits, and people in need not claiming these. The calculation of social benefits is at least not consistently needs-oriented or does not consider the full reality of market conditions, as basic and additional payments are not sufficient, for example, to cover the increased expenses due to inflation.

Social rights dependent on State budgeting Policy

One of the main reasons for the persistent high level of social inequality and also the main reference points for remedy from the Commissioner's and our point of view is the German State's legal approach to social rights. While in their statement on the report the German authorities mostly object to the Commissioner's findings on the state of social rights in Germany, they do not directly comment on the human rights-based approach suggested by the Commissioner.

The Commissioner criticizes that in Germany, social rights are not treated as binding human rights but are granted only under the conditionality of enough available State resources despite a notable social budget. The Commissioner highlights that particularly in the context of social rights, Germany continues to debate the protection of human rights largely on the level of its national constitutional order, which is presumed to ensure the same level as international standards. (Ratified) international law, especially in the area of social rights, is substantially not implemented or taken into consideration because it is either assumed not to be applicable or not to be entailing any standards beyond what is already provided in the national legal order. Germany has even declared reservations on international social standards, such as those enshrined in Art. 30 of the Revised European Social Charter (right to protection against poverty and social exclusion) and Art. 31 (right to housing). The Revised European Social Charter was adopted in 1996, but not ratified by Germany until 2021.

The Commissioner acknowledges that the national constitutional order, in particular the case law of the Federal Constitutional Court, ensures the social right to a minimum subsistence level. However, she complains of non-compliance with that standard when it comes to the access to social benefits that secure a life above the poverty line.

Two specific and related issues appear to be the grounds for the Commissioner's and authorities' dissent

regarding an approach to social inequality. First, there seem to be different understandings of the status of social rights and whether (with this status) they exist in the German legal order. Second, it seems decisive to inquire about the difference and link between the reservation of available resources or proviso of the possible, and the margin of legislative discretion – both concerning welfare states and their required budgeting policy.

The German approach to social inequality and the underlying understanding of social rights result from the fact that the issues of social security and relevant social rights are mainly dealt with under the constitutional principle of the Welfare State (*Sozialstaatsprinzip*, Art. 20.1 Basic Law). Social rights enshrined in international law are hence implemented under a basic principle of State structure which, unlike subjective rights, must be concretized by legislation granting entitlements to social benefits. Historically, specific social rights were not expressed in the constitutional text. Positive legislative duties to realize specific social rights (*Leistungsrechte*) that were originally derived from the Constitution are only recognized on an exceptional basis. Particularly due to the prioritization of different political objectives and the distribution of scarce State budget resources, the German legal discourse persistently refers to the margin of legislative discretion, which is considered wide in scope. Here is where the legislator may and does recourse on the proviso of the possible, which in political debates articulates as: Is there enough money for tax-financed social security? Can we afford the welfare state? The Federal Constitutional Court has drawn the line in its case law where human dignity (Art. 1.1 Basic Law) is affected and thus requires the guarantee of the minimum subsistence level. Hence, specifically in conjunction with human dignity it is only this specific social right that is derived from the constitutional principle of the Welfare State. However, it may and must be substantiated by legislation, for instance, as regards the modalities and actual amount. As to the calculation of the amount the Federal Constitutional Court respects the legislator's budget autonomy, but requires the calculation to be plausible and based on empirical evidence.

The Commissioner's perspective, however, is different: Social rights may not depend on the availability of resources, as resources are made available by State budgeting policy. Social rights are human rights and have to be guaranteed accordingly. It must be mentioned here that the Commissioner's understanding of social rights or at least her wording is progressive even from an international human rights law perspective. For instance, according to the case law of the European Court of Human Rights on social rights, States enjoy a wide policy leeway of implementation (e.g., here on the right to housing). Nonetheless, this does not mean that they are not obliged to comply with international human rights. In this sense, the Commissioner most clearly emphasizes the obligations that international human rights impose on States regarding their budgeting policy.

The question that arises is: Is this standard actually covered by the national constitutional order, in particular, the case law of the Federal Constitutional Court on the general minimum subsistence level to which both the Commissioner in her report as well as the German authorities in their statement refer? What more may an international human rights-based approach to social rights indicate for tackling social inequality in Germany, as opposed to the prevalent national social policy-approach?

A human rights-based approach to the legislator's margin of discretion

It is notable that in its initial ruling on the general minimum subsistence level based on the Welfare State principle in conjunction with human dignity in 2010, the Federal Constitutional Court did not make any reference to international law. Neither did the Court refer to international human rights law with regard to a guaranteed minimum subsistence level in its 2019 ruling concerning sanctions.

A human rights-based approach may narrow down the legislator's margin of discretion in the sense that social rights concerning social security must be among the highest priorities in State budgeting policy and the (re-)distribution of State resources. Resources must be made available to realize social rights, especially by providing social benefits that secure a life above the poverty line and making them accessible. In other words: A human rights-based approach sets a value line to the legislator's recourse on the proviso of possible. This is particularly the case where the guarantee of the minimum subsistence level securing a life above the poverty line is uncertain or jeopardized in the course of political processes.

We invite to debate on such concretization of the legislator's margin of discretion, that is only touched upon

here. It may not only facilitate the legislator to comply with international human rights obligations, but also courts to take under review if the legislator has performed its margin of discretion in compliance with international human rights law. The implementation of international law in the area of social rights would be promoted, and internationally agreed upon social standards would have an actual impact in terms of improving social equality. This is also advisable given that the Federal Constitutional Court has explicitly attributed impact to the European Social Charter within the realm of international law-conform interpretation (e.g., here in 2017).

Apart from these rather structural impulses from the European human rights regime, one remaining option to seek protection from poverty and the guarantee of social rights might be an individual complaint procedure under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which has not been applied ever since its ratification in 2023.

In sum, the Commissioner's report adds to other strong international impulses of recent years to reflect on whether international social standards really imply nothing beyond German constitutional standards.

Michael Kubiciel

Eine Strategie tut not, nicht Schnellschüsse

Zu aktuellen Rufen nach Ausweitungen des Strafrechts zum Schutz von Staat und Verfassung

doi: 10.59704/f33267bb40070349

In einer Zeit, in der wir den 75. Jahrestag der Verkündung des Grundgesetzes und der Geburt der Bundesrepublik feiern, mehren sich Meldungen über innere und äußere Bedrohungen unseres Staates und unserer Verfassung – und wo Gefahr droht, bleibt der Ruf nach dem Strafrecht nicht aus. Unlängst hat der Freistaat Sachsen einen Gesetzentwurf vorgestellt, der die Vorschriften gegen Nötigung von Angehörigen von Verfassungsorganen auf Kommunal- und Europapolitiker erstreckt. Zudem soll eine Art Stalking-Tatbestand geschaffen werden, der Übergriffe in den Bereich der persönlichen Lebensgestaltung von Amts- und MandatsträgerInnen kriminalisiert, wobei dem einzelnen Stalker die Folgen vergleichbarer Handlungen Dritter strafbarkeitsbegründend zugerechnet werden sollen. Fast zeitgleich hat der Freistaat Bayern einen Gesetzentwurf präsentiert, der sich gegen die „Manipulation der öffentlichen Meinung“ und eine daraus resultierende Bedrohung unserer Demokratie durch ein neuartiges Phänomen wendet: die Verbreitung von Deep Fakes.

Die Vorschläge weisen eine Reihe von Merkmalen auf, die für die Kriminalpolitik unserer Tage kennzeichnend sind: Sie reagieren auf einzelne, als bedrohlich erachtete Phänomene mit symbolischen Strafschärfungen (Nötigungsqualifikationen) bzw. kleinräumigen, einzelfallbezogenen Gesetzesänderungen zur Schließung von Gesetzeslücken (Deep-Fakes, Politstalking). Schon der Umstand, dass zwei Landesregierungen voneinander unabhängige Vorschläge erarbeitet haben, deutet darauf hin, dass den Projekten keine Gesamtstrategie auf Grundlage einer umfassenden Gefahrenanalyse zugrunde liegt. Infolgedessen wird nur ein Ausschnitt jener hybriden Gefahren adressiert, die schwer zugänglichen Quellgebieten im Ausland und digitalen Räumen entspringen.

Vom Einzelfallgesetz zur Gesamtstrategie

Eine Betrachtung der heute größtenteils vergessenen Entwicklungslinien des Staatsschutzstrafrechts hält zu einer anderen Strategie an. Die Erfahrung der letzten Jahrzehnte zeigt sehr deutlich, dass der Ansatz, auf einzelne Phänomene mit immer neuen Einzelfalltatbeständen zu reagieren, nicht weiterführt: Solche Tatbestände reflektieren stets nur einzelne, näher bezeichnete, in der Vergangenheit erkannte Angriffsrichtungen, können aber Strategiewechsel der Täter nicht antizipieren. Neue Straftatbestände kommen daher stets zu spät. Diesem Problem lässt sich mit offen gehaltenen, auslegungsfähigen Straftatbeständen nicht abhelfen: Anders als in den Anfängen der Bundesrepublik, in der Innenminister Höcherl noch meinte, im Staatsschutz könne man nicht „den ganzen Tag mit dem Grundgesetzt unter Arm herumlaufen“, sind das Schuldprinzip und der Bestimmtheitsgrundsatz heute scharf gestellt und setzen dieser Strategie enge Grenzen.

Die Anpassung des Staatsschutzstrafrechts an neue Gefahren darf sich daher nicht in der Schaffung weiterer Einzelfallgesetze erschöpfen, sondern verlangt nach einer gründlich vorbereiteten Reform, wie es in früheren Jahrzehnten üblich war. Dabei dürfte sich freilich zeigen, dass das Strafrecht heute keine exklusive, nicht einmal eine vorrangige Rolle beim Schutz des Staates, seiner Institutionen und Repräsentanten spielen kann: Von den vorgeschlagenen Strafrahmenerhöhungen gehen allenfalls symbolische Impulse aus. Deep-Fakes begegnet man am besten mit einer strengeren Regulierung sozialer Netzwerke; die von Bayern vorgeschlagene Anpassung des Netzwerkdurchsetzungsgesetz kann hier nur ein erster Schritt sein. Vor allem aber müssen die oft in das Ausland reichenden Finanzierungswege aufgeklärt und die Finanzströme gekappt werden, wozu das Sanktionsrecht der Europäischen Union stärker genutzt werden sollte.

Materie in steter Bewegung

Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht ist Titel und Gegenstand der Habilitationsschrift des kürzlich verstorbenen Strafrechtslehrers *Friedrich-Christian Schroeder*. Die Arbeit entstand Mitte der 1960er Jahre, erschien aber erst im Jahr 1970. Rund drei Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes und Gründung der Bundesrepublik gab es also nicht nur aktuellen Anlass, der Frage nachzugehen, ob und wie das Strafrecht die Verfassung und ihren Staat schützen kann und soll. Vielmehr war die Materie so stark im Fluss, dass das Buch nach Abschluss des Habilitationsverfahrens der Aktualisierung bedurfte. Tatsächlich befand sich das Staatsschutzstrafrecht in der Frühphase der Bonner Republik in ständiger Bewegung. Bereits das Erste Strafrechtsänderungsgesetz, das der Deutsche Bundestag im Jahr 1951 verabschiedete, war nichts anderes als ein umfassendes Paket zum Schutz der noch jungen, ungefestigten Bundesrepublik in Zeiten des Kalten Krieges. Es enthielt neben Klassikern wie dem Hochverrat auch Tatbestände, die dem Staatsschutzrecht der Weimarer Republik entlehnt waren, sowie hochumstrittene Vorschriften wie den unterbestimmten Verfassungsverrat sowie Strafnormen über die Einfuhr von Schriften oder Tonträgern hochverräterischen oder gegen den Bestand der Bundesrepublik gerichteten Inhalts. Zuchthausstrafe drohte demjenigen, der einen Anschlag auf Leib oder Leben des Bundespräsidenten beging; Gefängnis jenen, die staatliche Symbole missbräuchlich verwendeten. Zu dieser weitausgreifenden Kriminalisierung passte eine bis in die frühen 1960er Jahre verbreitete extensive Rechtsprechung, die das Bestimmtheitsgebot den Notwendigkeiten einer Reaktion auf die „wechselnde Angriffstaktik des Gegners“ unterordnete (BGHSt 15, 167 [172]). Damit geriet das Staatsschutzstrafrecht in den Fokus der Kritiker, die bemängelten, die Reform des Jahres 1951 habe sich als „Schlangenei“ (*Adolf Arndt*) erwiesen, aus dem eine illiberale Rechtspraxis erwachsen sei (dazu *Gosewinkel*, Adolf Arndt, 1991, S. 394 ff.). Selbst der Generalbundesanwalt *Max Güde* kritisierte die Weite und Unbestimmtheit einiger Staatsschutzstraftatbestände. In einer Phase, in der die Bundesrepublik einen festeren Stand erlangt und der Kalte Krieg seinen ärgsten Schrecken verloren hatte, begann die Rechtswissenschaft Bürgerrechte ernstzunehmen und den weit ausgreifenden Schutz von Staat und Verfassung zu hinterfragen.

Grundzüge eines liberalen Staatsschutzstrafrechts

Schroeder musste das Staatsschutzstrafrecht zunächst gegen diejenigen in Schutz nehmen, die dessen „Zugehörigkeit“ zu einem legitimen Strafrecht pauschal in Abrede stellten und die Materie als „politisches Strafrecht“ zur Machtbehauptung abtaten. Diese Vorwürfe, so *Schroeder*, beruhten auf der überholten Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft. Dem hielt *Schroeder* die liberale Ansicht entgegen, dass der Staat das Produkt der Gesellschaft sei und es keine „Priorität des Staates“ gegenüber der Gesellschaft (*Paul Nolte*) gebe. Er nutzte dieses Argument, republikanisch eingekleidet, also zur Verteidigung des als konservativ geltenden Staatsschutzstrafrechts. Dies zu Recht: Denn wenn der Satz *„L'État ce sont nous“* zutrifft, schützt das Staatsschutzstrafrecht letztlich uns, die Bürgerinnen und Bürger. Als zweiter Wesenszug eines liberalen Staatsschutzstrafrechts trat bei *Schroeder* der Schuldgrundsatz hervor. Dieser schließt nicht nur übermäßig lange Strafen als verkappte Sicherungsmaßnahmen gegen Gefährder aus, sondern sperrt sich auch gegen die strafbarkeitsbegründende Zurechnung von Taten, die allein Dritte zu verantworten haben. Und schließlich plädierte *Schroeder* für zielgenaue und dadurch eng gefasste Tatbestände, die näher konkretisiertes Unrecht pönalisieren und nicht diffuse Gefahren adressieren.

Das StGB als Spiegel früherer Bedrohungen von Staat und Verfassung

Diese Maximen sind in den letzten Jahrzehnten regelmäßig auf die Probe gestellt worden. Die Hochphase des Terrorismus der RAF brachte – bis heute umstrittene – Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts hervor. Als Reaktion auf den islamistischen Terrorismus der 2000er Jahre schuf der Gesetzgeber auf Einzeltäter zugeschnittene Tatbestände sowie Vorschriften, die der Unterstützung ausländischer Terrororganisationen entgegentraten. Nicht wenige dieser Tatbestände sind so weit gefasst, dass sie einer einhegenden Auslegung bedürfen, um Unrecht von noch sozialadäquatem Verhalten bzw. strafrechtliches Unrecht von polizeirechtlicher Gefahr abzugrenzen (*Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 227 ff.). Gleichwohl bleiben all diese Tatbestände auf zeitbedingte Phänomene bezogen und spiegeln – wie das Staatsschutzstrafrecht insgesamt – die verschiedenartigen Erschei-

nungsformen früherer Bedrohungen der Bundesrepublik: vom Ost-Agitator, der bei Soldaten der Bundeswehr die „pflichtgemäße Bereitschaft" zum Schutz der Bundesrepublik unterminiert (§ 89 StGB), über die terroristische Vereinigung der 1970er und 1980er Jahre mit ihrem Unterstützerumfeld (§ 129a StGB) bis hin zu den „einsamen Wölfen" der 9/11-Ära, die staatsgefährdende Straftaten vorbereiten, oder Personen, die für ausländische Terrororganisationen Geld sammeln oder ausreisen, um sich dem Islamischen Staat anzuschließen (§§ 89a ff. StGB).

Was ist zu tun?

Geschichte wiederholt sich zwar nicht, gleichwohl kann man aus ihr lernen. So zeigt die Entwicklung des Staatsschutzstrafrechts, dass der Gesetzgeber seit den 1970er Jahren nur noch punktuelle Anpassungen aus aktuellen Anlässen vorgenommen hat, während in den 1960er Jahren stets größere Reformen auf Grundlage umfassender (parlamentarischer) Beratung durchgeführt worden sind. Sollte diese auf Einzelaspekte bezogene Strategie fortgesetzt werden, drohen Bedrohungen aus dem Blick zu geraten, die weniger offensichtlich, aber weitaus gefährlicher sind als die Verbreitung von Deep-Fakes oder das Stalking von Politikern. Lernen lässt sich aus der Geschichte auch, dass Strafrahmenerhöhungen keine (messbare) präventive Wirkung entfalten. Körperverletzungstatbestände um neue Qualifikationsvorschriften zu ergänzen, die Taten gegen Politikerinnen oder Wahlhelfer erfassen, dürfte Tatgeneigte ebenso wenig abschrecken wie die Erstreckung der §§ 105 f. StGB (Nötigung von Verfassungsorganen und ihren Mitgliedern) auf Kommunal- und Europapolitiker: Strafbar sind Nötigung und Körperverletzung nämlich schon jetzt; Qualifizierungen können daher allenfalls zusätzliches Unrecht symbolisch markieren, nicht aber verhindern. Die Geschichte des Staatsschutzstrafrechts lehrt jedoch nicht nur, was *nicht* funktioniert, sondern kann – zumindest in Teilen – auch als Steinbruch für Ideen fungieren, zumal diese Rechtsmaterie keineswegs nur illiberalen Pfaden folgte, wie *Schroeder* gezeigt hat. Einige Vorschriften ließen sich durchaus in eine moderne und rechtsstaatlich angemessene Form überführen, *falls* es dafür einen tatsächlichen Bedarf gibt und sie sich in eine Gesamtstrategie einfügen.

Zu dieser Gesamtstrategie muss aber zwangsläufig mehr gehören als die Fortschreibung des Strafrechts. Eine Regulierung sozialer Netzwerke, die ihren Namen verdient, wurde bereits erwähnt. Ungeachtet dessen muss, wer das materielle Strafrecht verschärft, das Strafverfahren stets mitbedenken und bspw. die Möglichkeiten der Beweissicherung in digitalen Räumen ausweiten (Stichwort: IP-Adressen). Ist dies aus politischen Gründen nicht gewollt oder umsetzbar, können Straftatbestände von vornherein kaum repressive Wirkung entfalten. Auch an das Strafanwendungsrecht und die begrenzten Erfolgsaussichten internationaler Rechtshilfe bei politischen Taten, ist zu denken. Beides kann Strategiewechsel erforderlich machen. Will man etwa ausländischen Mächten ihren staats- und verfassungsgefährdenden Einfluss im Inland nehmen, sollte die Finanzierung ihrer Helfer im Inland unterbunden werden. So gesehen, dient die Schaffung eines Tatbestandes gegen die unzulässige Interessenwahrnehmung (§ 108f StGB) auch dem Schutz vor politischer Einflussnahme aus dem Ausland (sog. strategische Korruption). Weitere, nicht notwendig strafrechtliche Schritte, etwa im Sanktionsrecht der Europäischen Union, sollten dem folgen, *wenn* mit Hilfe von ExpertInnen des Verfassungsschutzes und der Nachrichtendienste Klarheit über die Richtung hergestellt worden ist, die das Staatsschutzrecht nehmen muss, um den Bedrohungen unserer Zeit gerecht zu werden. Anders gewendet: Eine Strategie tut not, nicht Schnellschüsse.

Jakob Hohnerlein

Verfassungsfeindlicher Klimaaktivismus?

Warum die Verdachtsfalleinstufung der Gruppe „Ende Gelände“ rechtswidrig ist

doi: 10.59704/3d5b40150645dfca

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) bearbeitet ausweislich des nun vorgestellten Verfassungsschutzberichts für das Jahr 2023 (S. 165) „Ende Gelände“ als linksextremistischen Verdachtsfall. Die klimaaktivistische Gruppierung wird so öffentlich mit dem Stigma der Verfassungsfeindlichkeit belegt, zukünftig darf sie auch mit nachrichtendienstlichen Mitteln nach § 8 Abs. 2, § 9 BVerfSchG beobachtet werden. Wie schon zuvor die Einstufung einiger Landesämter (vgl. Berlin 2019, S. 162 und Nordrhein-Westfalen 2023, S. 185), stößt nun die Entscheidung des BfV auf heftige Kritik. Zu Recht: Die Einstufung ist juristisch nicht haltbar. Das BfV verwechselt radikale Systemkritik mit Verfassungsfeindlichkeit.

Verfassungsfeindliche Ziele?

Politische Gruppierungen im Verfassungsschutzbericht zu erwähnen, greift in deren Grundrechte ein. Zwar beschränkt der Staat nicht rechtlich ihre Handlungsmöglichkeiten, die Warnung vor den Gruppen wirkt aber gezielt auf den öffentlichen Diskurs ein. Das ist nur auf einer gesetzlichen Grundlage zulässig. § 16 Abs. 2 BVerfSchG ermächtigt das Bundesministerium des Innern zur Publikation von Berichten über die Bestrebungen, die nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG Gegenstand der Beobachtung des BfV sind. Der Verdacht des BfV gegenüber „Ende Gelände“ dürfte sich darauf beziehen, dass es sich um eine gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung (fdGO) gerichtete Bestrebung handelt (die weiteren in § 3 Abs. 1 genannten Beobachtungsgründe kommen offensichtlich nicht in Betracht).

Die Beobachtung fdGO-widriger Bestrebungen durch den Verfassungsschutz entspricht dem Konzept der wehrhaften Demokratie, das im Grundgesetz mit dem Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2), dem Vereinsverbot (Art. 9 Abs. 2) und der Grundrechtsverwirkung (Art. 18) bekannt ist. Der Sinn der Tätigkeit des Verfassungsschutzes ist zumindest auch, die Regierung mit den gesammelten Informationen in den Stand zu versetzen, diese Instrumente zu nutzen. Die entscheidende Frage ist allerdings, wie die fdGO im Einzelnen zu definieren ist. Hier liegt die Gefahr auf der Hand, dass die jeweilige Regierung die wehrhafte Demokratie als Instrument zur Unterdrückung Andersdenkender und damit zur Befestigung ihrer eigenen Macht nutzt. Das BVerfG hat die fdGO in seinen frühen Urteilen in den Parteiverbotsverfahren gegen die SRP und die KPD zunächst im Sinne grundlegender Prinzipien der Ordnung des Grundgesetzes definiert. Diese Prinzipien, zu denen unter anderem demokratische Wahlen einer Volksvertretung und „die im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte“ zählten, wurden später in einer Legaldefinition der fdGO in den Verfassungsschutzgesetzen übernommen, so etwa in § 4 Abs. 2 BVerfSchG. Als Verfestigung eines politischen Mainstreams gegenüber radikalen Alternativen stieß diese Definition allerdings auch auf vehemente Kritik (vgl. etwa hier, S. 65). Gruppen der radikalen Linken, die eine grundlegend andere Wirtschaftsordnung und eine andere Demokratie als die im Grundgesetz verwirklichte repräsentative anstrebten, gerieten zunehmend ins Visier des – von politisch rechtsgerichtetem Personal dominierten – Verfassungsschutzes. Dabei blieb es nicht bei der Beobachtung. Nach dem „Radikalenerlass“ wurde zahlreichen Lehramtsanwärter:innen, die der DKP anhingen, die angestrebte Beamtenlaufbahn verwehrt.

Im NPD-Urteil 2017 hat das BVerfG die Kritik aufgegriffen und die fdGO in überzeugenderer Weise deutlich enger definiert (Rn. 529 ff., vgl. dazu hier). Das Urteil stellt klar, dass es nicht um den Schutz der gegenwärtigen politischen und wirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik geht, sondern darum, die für einen freiheitlichen Verfassungsstaat unabdingbaren Prinzipien zu bewahren: Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Dabei betont der Zweite Senat, dass Demokratie unterschiedlich ausgestaltet sein kann und nicht auf die repräsentative Form festgelegt ist, solange überhaupt ein offener politischer Prozess gewährleistet ist. Auch der Grundrechtskatalog gehört nicht insgesamt zum Schutzgut der fdGO, sondern nur in seinem Menschenwürde-

kern. Nicht umfasst ist namentlich das Privateigentum an den Produktionsmitteln. Bestrebungen, die für eine weitreichende Einschränkung wirtschaftlicher Freiheit eintreten, dürfen daher nicht als fdGO-widrig angesehen werden.

Das BfV begründet die Einstufung von „Ende Gelände" als verfassungsfeindlich nun mit kapitalismus-, staats- und polizeikritischen Positionen, die in zwei 2022 aus der Gruppierung heraus veröffentlichten Schriften deutlich wurden (S. 165 f.). Unabhängig von der Frage, ob diese Positionierungen überhaupt eine hinreichend konkrete politische Version erkennen lassen und ob sie für „Ende Gelände" insgesamt sprechen: Dass die Staats- und Wirtschaftsordnung in ihrer gegenwärtigen Gestalt als ungeeignet angesehen wird, um effektiven Klimaschutz zu verwirklichen, kann nach den Maßstäben des NPD-Urteils nicht für die Verfassungsfeindlichkeit genügen. In einer aktuellen Pressemitteilung, die auf die Einstufung reagiert, gibt „Ende Gelände" an, sich für „Rechte auf ein würdevolles Leben auch in Zukunft" einzusetzen und insbesondere von der Bundesregierung zu fordern, sich an den Klimabeschluss des BVerfG zu halten. Dass „Ende Gelände" eine politische Ordnung anstreben würde, in der Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht mehr gelten sollen, lässt sich nicht ernsthaft behaupten.

Die fdGO darf auch nicht für die Zwecke der Verfassungsschutzbehörden weiter definiert werden als bei Art. 21 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 GG (dazu bereits hier). Den Grundgesetznormen ist die Wertung zu entnehmen, dass die Exekutive in den politischen Prozess nur eingreifen darf, um dessen Grundlagen zu bewahren. Der Unterschied zu den Verbotsinstrumenten besteht darin, dass für die Beobachtung eine geringere Tatsachenbasis genügt – die Informationserhebung durch den Verfassungsschutz schafft gerade die Grundlage für mögliche Parteiverbotsanträge und Vereinsverbote. Auch der „Verfassungsschutz durch Öffentlichkeitsarbeit" darf nicht darauf hinauslaufen, jede radikale Kritik an der bestehenden Ordnung kommunikativ zu bekämpfen. Die Legaldefinitionen der fdGO in den Verfassungsschutzgesetzen des Bundes und der Länder, die noch an die Urteile der 1950er-Jahre angelehnt sind, bedürfen dringend der Anpassung an das NPD-Urteil und sind einstweilen im Lichte des neu konturierten grundgesetzlichen fdGO-Begriffs verfassungskonform einschränkend auszulegen.

Verfassungsfeindliche Aktionsformen?

Vielleicht geht es dem BfV bei „Ende Gelände" aber auch weniger um die politischen Fernziele. Konkrete Aussagen, wie eine alternative Ordnung aussehen sollte, finden sich bei „Ende Gelände" ohnehin nicht. Im Fokus dürften vielmehr die von der Gruppe selbst als „ziviler Ungehorsam" bezeichneten Aktionsformen, Blockaden und Besetzungen fossiler Infrastruktur stehen. Tatsächlich kann es unabhängig von der Verfassungsfeindlichkeit der politischen Fernziele für die Beobachtung einer Gruppe durch den Verfassungsschutz genügen, dass sie auf bestimmte Handlungsformen zurückgreift – nämlich dann, wenn sie auf physische Gewalt setzt: Im NPD-Urteil nannte das BVerfG als einen Aspekt des rechtsstaatlichen Elements der fdGO, dass die Anwendung physischer Gewalt staatlichen Organen vorbehalten ist, die an Recht gebunden sind und der gerichtlichen Kontrolle unterliegen (Rn. 547). Wendet eine Gruppe physische Gewalt an, um politische Ziele durchzusetzen, zeigt sich daran, dass sie das staatliche Gewaltmonopol nicht anerkennt (Rn. 580). Selbst wenn die politischen Ziele nicht als solche fdGO-widrig sind – politisch motivierte Gewaltanwendung ist es in jedem Fall. Das hat auch einen demokratischen Grund: Auch radikale Veränderungen bedürfen wie alle politischen Entscheidungen der Legitimation durch demokratische Verfahren, die durch gleichberechtigte Mitwirkungsmöglichkeiten aller Bürger:innen geprägt sind (vgl. NPD-Urteil, Rn. 544).

Auf den politischen Prozess lässt sich nun allerdings auf sehr unterschiedliche Weise einwirken. Dazu zählt neben Wahlen insbesondere auch die Beteiligung an der öffentlichen Meinungsbildung durch Demonstrationen. In der neueren Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit ist anerkannt, dass jenseits der klassischen Demonstration auf der Straße auch unkonventionelle Protestformen am „Ort des Geschehens", beispielsweise auf Autobahnen und in Wäldern, geschützt sind. Auch dass der fragliche Ort im Privateigentum steht, steht dem Grundrechtsschutz nicht von vornherein entgegen. Erst kürzlich hat das BVerwG klargestellt, dass auch Blockadeaktionen nicht aus dem Schutz des Art. 8 GG herausfallen, solange dabei Meinungen geäußert werden. Eine in Art. 8 Abs. 1 GG explizit benannte Grenze des Grundrechtsschutzes ist erst bei unfriedlichem Handeln erreicht. Dabei wird Unfriedlichkeit nicht schon angenommen, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, son-

dern erst, „wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden“ (BVerfGE 104, 92 [106]). Hier wird also wiederum zwischen kommunikativer Einwirkung auf den politischen Prozess und der Durchsetzung eigener Ziele durch physische Gewalt abgegrenzt. „Ende Gelände“ betont, bei seinen Aktionen ganz im Sinne des gängigen Verständnisses des „zivilen Ungehorsams“ gewaltlos vorzugehen. Die bisherigen Aktionen, im Wesentlichen Besetzungen von Braunkohletagebauen, verliefen ohne physische Gewalt. In der gewaltfreien Ausrichtung unterscheidet sich „Ende Gelände“ gerade von anderen, dezidiert militanten Gruppen des klimaaktivistischen Spektrums. Dass der Verfassungsschutzbericht die „Guerilla Activists Fighting for Anarchy“ (GAFFA) aufführt, die sich zu mehreren Brandanschlägen in Tagebauen bekannt hatten (S. 167), erscheint nachvollziehbar – die Beobachtung von „Ende Gelände“ nicht.

Politisch motivierte Straftaten und die Aufgabe des Verfassungsschutzes

Dass die Aktionen von „Ende Gelände“ unter Verzicht auf physische Gewalt ablaufen, schützt sie allerdings nicht notwendigerweise vor Strafverfolgung. Ein weiterer Aspekt des „zivilen Ungehorsams“ neben der Gewaltlosigkeit ist, dass die Aktivist:innen bewusst zumindest *prima facie* gegen geltendes Recht verstoßen und etwaige Konsequenzen auf sich nehmen. Die Besetzung von Tagebauen kann tatbestandlich Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), die Blockade von Baggern ggf. auch trotz fehlender Substanzschädigung Sachbeschädigung (§ 303 StGB) darstellen. Und die Strafgerichte legen bekanntlich bei der Nötigung (§ 240 StGB) einen entgrenzten Gewaltbegriff zugrunde, der auch ohne eine unmittelbare Einwirkung auf menschliche Körper oder eine Substanzschädigung von Sachen irgendwie geartete physische Wirkungen ausreichen lässt. Der vereinzelt auch in der Rechtsprechung vertretene Ansatz, klimaaktivistische Straftaten mit einem „Klimanotstand“ nach § 34 StGB zu rechtfertigen, hat sich aus Gewaltenteilungserwägungen nicht durchgesetzt – hierauf verweist auch der Verfassungsschutzbericht (S. 163). Demgegenüber kann der Umstand, dass Aktionen unter den Schutz des Art. 8 GG fallen, grundsätzlich zu einer Rechtfertigung führen. Wie jedes staatliche Handeln müssen strafgerichtliche Urteile nach Art. 1 Abs. 3 GG vollumfänglich den Grundrechten entsprechen. Eine Rechtfertigung ist aber nicht stets grundrechtlich geboten. Die Versammlungsfreiheit darf nach Art. 8 Abs. 2 GG auf gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden. Jedenfalls bei längeren Betriebsstörungen, die zu erheblichen Kosten führen, erscheint es auch nicht unverhältnismäßig, von den strafrechtlichen Verboten keine Ausnahme anzuerkennen.

Aber wie auch immer die Strafbarkeit im Einzelnen zu beurteilen sein mag: Selbst wenn sie zumindest für einen Teil der Aktionen im Ergebnis zu bejahen ist, rechtfertigt das für sich genommen nicht die Beobachtung durch den Verfassungsschutz. Verfassungsfeindliche Bestrebungen können bei politisch motivierten Straftaten nicht automatisch angenommen werden, sondern nach dem Gesagten nur, wenn sich darin entweder das Fernziel einer Abschaffung der elementaren Verfassungsgrundsätze der Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit manifestiert (wie es etwa bei Äußerungsdelikten aus dem rechtsextremistischen Spektrum zulasten von Minderheiten der Fall ist), oder wenn physische Gewalt ausgeübt und damit das staatliche Gewaltmonopol missachtet wird. Wenn das BfV demgegenüber ohne diese Eingrenzung sämtliche politisch motivierten Straftaten erfasst (vgl. S. 26 ff. des aktuellen Berichts; dabei liegt immerhin ein besonderer Fokus auf Gewalttaten), ist das nicht mehr von seiner Aufgabe nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG gedeckt. Das heißt nicht, dass der Staat solche Straftaten nicht verhüten dürfte. Deren Prävention ist jedoch Aufgabe der Polizei, die dabei auch nicht der Zuarbeit eines sich als „Frühwarnsystem“ verstehenden Verfassungsschutzes (vgl. S. 19 des Berichts) bedarf. Sie verfügt nach den Landesgesetzen selbst über Befugnisse zur Informationserhebung auf eher vagen Verdachtsgrundlagen (vgl. etwa § 49 Abs. 1 Nr. 2 PolG BW: Datenerhebung über „eine Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat mit erheblicher Bedeutung begehen wird“), wobei eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur zur Verhütung schwerer Straftaten in Betracht kommen. Die Datenerhebung ist dabei ganz auf etwaige operative Gefahrenabwehrmaßnahmen bezogen – die erst erfolgen dürfen, wenn sich die Anhaltspunkte zu einer konkreten Gefahr, also einem kurzfristig mit hinreichender Wahrscheinlichkeit drohenden Schadens-

ereignis verdichtet haben. Wenn sich Verdachtsmomente nicht bestätigen, kommt es zu keinem Grundrechtseingriff jenseits der Datenerhebung. Den rechtsstaatlichen Grundsatz, dass nicht-informationelle, real spürbare Grundrechtseingriffe erst bei konkreten Gefahren erfolgen (vgl. etwa hier, S. 496 ff.), durchbricht die Verdachtsberichtserstattung des Verfassungsschutzes. Das lässt sich mit dem Gedanken der wehrhaften Demokratie rechtfertigen, muss aber eben auch darauf begrenzt bleiben.

Fazit

Die Beobachtung von „Ende Gelände" durch das BfV als „linksextremistischer Verdachtsfall" ist rechtswidrig. Der Schutz der fdGO umfasst lediglich die im NPD-Urteil 2017 hervorgehobenen elementaren Verfassungsgrundsätze der Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, so dass der Wunsch der Gruppierung nach einer fundamental anderen wirtschaftlichen und politischen Ordnung nicht für die Einstufung genügt. Auch die Aktionsformen rechtfertigen die Einstufung nicht, da sie unabhängig von der Frage der Strafbarkeit im Einzelnen jedenfalls gewaltfrei sind. Dass der freiheitlichen Verfassungsordnung tatsächlich von der anderen Seite des politischen Spektrums Gefahr droht, ist mit den Wahlerfolgen einer sich stetig weiter radikalisierenden AfD offensichtlich. Diese Gefahr wird im aktuellen Verfassungsschutzbericht immerhin deutlich benannt (S. 113 ff.). Solange das BfV jedoch auch Teile des demokratischen Spektrums allein wegen der Forderung nach radikalem politischem Wandel und unkonventionellen Aktionsformen als Verfassungsfeinde diffamiert, verliert es die Glaubwürdigkeit, die es im Kampf um die Bewahrung unserer Demokratie bitter nötig hat.

Florian Slogsnat

No reintegration without representation

Der Wahlrechtsverlust infolge strafrechtlicher Verurteilung

doi: 10.59704/5b3736b5b4f51d63

Die Strafverfahren gegen Donald Trump in Manhattan und Björn Höcke in Halle werfen die Frage nach den Auswirkungen strafrechtlicher Verurteilungen für die politische Karriere der Verurteilten auf. Im Ergebnis haben die Gerichte weder Trump noch Höcke ihr aktives oder passives Wahlrecht entzogen – beide können also weiter wählen gehen und gewählt werden. Allerdings sieht das deutsche Recht mit § 45 Strafgesetzbuch (StGB) durchaus Konstellationen vor, in denen eine Verurteilung zum Verlust der Amtsfähigkeit, des passiven oder aktiven Wahlrechts führen kann. Diese Regelung ist aber Ausdruck eines veralteten Strafrechtsverständnisses, das den Verurteilten nach der Erledigung der Strafe nicht resozialisiert, sondern ihn brandmarkt und aus der Gesellschaft verbannt. Außerdem ist die Norm in weiten Teilen verfassungswidrig. Deshalb schlage ich vor, sie zu streichen und *de lege ferenda* eine Maßregel der Besserung und Sicherung nach dem Vorbild des § 70 StGB (Berufsverbot) zu schaffen. Damit würde aus einer kritikwürdigen Ehrenstrafe ein zielgenaues Instrument zum Schutz der demokratischen Institutionen vor Angriffen „von innen".

Nebenfolgen im StGB

Die §§ 45-45b StGB regeln den Verlust der Amtsfähigkeit, Wählbarkeit und des aktiven Stimmrechts infolge einer strafrechtlichen Verurteilung. Ich beschränke mich im Folgenden auf den Entzug des aktiven und passiven Wahlrechts, weil es sich beim Verlust der Amtsfähigkeit der Sache nach um eine beamtenrechtliche Regelung handelt (s. etwa Nelles, JZ 1991, 17 [22]). § 45 StGB unterscheidet zwischen automatischen und fakultativen Nebenfolgen. Bei einer Verurteilung wegen *irgendeines* Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verliert der Verurteilte nach § 45 Abs. 1 StGB für fünf Jahre automatisch die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen. Demgegenüber ermächtigen die Absätze 2 und 5 das Gericht dazu, dem Verurteilten nach seinem Ermessen das aktive oder passive Wahlrecht abzuerkennen, wenn dies das Gesetz besonders vorsieht. Die Nebenfolgen werden mit Rechtskraft des Urteils wirksam, § 45a Abs. 1 StGB. Die Dauer des Verlusts der Rechte wird gemäß § 45a Abs. 2 StGB von dem Tag an gerechnet, an dem die Strafe vollstreckt, verjährt oder erlassen ist.

Mit diesen Regelungen korrespondieren die Vorschriften für die Wahlen zum Europäischen Parlament, Bundestag, den Landtagen und den kommunalen Gremien. Jeweils ist nicht aktiv und passiv wahlberechtigt, wer „infolge Richterspruchs das Wahlrecht nicht besitzt."[1] Auch andere Normen nehmen auf § 45 StGB Bezug. So können Personen, denen das aktive oder passive Wahlrecht entzogen wurde, nach § 10 Abs. 1 S. 4 PartG nicht Mitglied einer Partei sein und nach § 8 Abs. 1 S. 2 BetrVG auch nicht in einen Betriebsrat gewählt werden.

Umstritten ist, wie diese „Nebenfolgen" in das Sanktionensystem des StGB einzuordnen sind (dazu und zum Folgenden *Sobota,* ZIS 2017, 248 ff.). Die Systematik des StGB und die repressive Ausrichtung der „Nebenfolgen" sprechen *de lege lata* gegen eine Einordnung als Maßregeln der Besserung und Sicherung. Maßregeln sind nämlich auf die Zukunft gerichtet und sollen die Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern schützen (Einzelheiten bei *Roxin/Greco,* Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 63 ff.). Wegen des Automatismus der Nebenfolge nach § 45 Abs. 1 StGB fehlt es aber auch an einer eigenständigen richterlichen Strafzumessungsentscheidung nach den Grundsätzen des § 46 StGB, weshalb es sich auch nicht um eine (Neben-)*Strafe* handelt. Stattdessen wird – nach derzeitiger Lage überzeugend, aber auch etwas hilflos – vorgeschlagen, § 45 Abs. 1 StGB als eine Sanktion eigener Art anzusehen. Demgegenüber trifft das Gericht bei der fakultativen Aberkennung des Wahlrechts nach § 45 Abs. 2 und 5 StGB eine eigene Entscheidung und verhängt zu-

[1] Siehe § 6a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 EuWG, §§ 12 Abs. 1 Nr. 3, 15 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BWahlG jeweils in Verbindung mit § 13 BWahlG und exemplarisch für Baden-Württemberg §§ 7 Abs. 2, 9 Abs. 2 LWG, §§ 10 Abs. 4, 23 Abs. 2 Nr. 2, 38 S. 2 LKrO, §§ 14 Abs. 2, 28 Abs. 2 Nr. 1, 46 Abs. 2 GemO.

sätzlich zur Freiheitsstrafe eine weitere Sanktion. Hier handelt es sich nach h. M. um eine echte Nebenstrafe.

Ehrenstrafen und öffentliches Reinlichkeitsinteresse

Vorläufer des § 45 StGB waren bis 1969 die §§ 31 ff. StGB, die schon das Reichsstrafgesetzbuch vorsah und die das Gericht insbesondere ermächtigten, neben einer Zuchthausstrafe „den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte" auszusprechen. Zu diesen Ehrenrechten, die, so die gängige Vorstellung im Kaiserreich, der Staat seinen „Untertanen" verliehen hat und ihnen daher auch wieder entziehen kann, zählten das aktive und passive Wahlrecht (zur Historie *Schwarz,* Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts, 1991, S. 20-39; *Stein,* GA 2004, 22 [29 f.]). Der Täter habe sich durch die Tat selbst entehrt und daher für die Wahrnehmung seiner politischen Rechte disqualifiziert. Diese Ehrenstrafen sollten durch die Große Strafrechtsreform 1969 abgeschafft werden. Eine ersatzlose Streichung der Vorschriften hätte allerdings Folgewirkungen auf andere Rechtsgebiete gehabt, die (ähnlich wie heute das BWahlG, LWG, PartG, BetrVG, die LKrO, GemO usw.) auf den Entzug der Ehrenrechte verwiesen. Diese Folgewirkungen auszugleichen, hätte die Verabschiedung des 1. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) von 1969 insgesamt gefährdet (*Nelles,* JZ 1991, 18 [21]). Deshalb wurden die Normen lediglich neu formuliert und mit einem „neuen" Schutzzweck versehen. Die neu gefassten §§ 31 ff. StGB (seit dem 2. StrRG die §§ 45 ff. StGB) sollen nun der „Reinhaltung staatlicher Institutionen" dienen (Nelles, a.a.O., 22).

Letztlich geht es jedoch um dasselbe. Staatliche Institutionen sollen vor Verurteilten „reingehalten" werden, d. h. ein verurteilter Straftäter ist „unrein" und würde die Institution durch den Makel seiner Verurteilung „verunreinigen" – und dies, wohlgemerkt, *nachdem* er seine Strafe schon verbüßt hat. Das verwirklicht einen „atavistischen Verstoßungsgedanken" (*Jekewitz,* GA 1977, 161 [170]) und damit exakt das, was hinter den alten Ehrenstrafen stand. Man setzt den Status des Verurteilten als Staatsbürger herab; man exkludiert ihn aufgrund einer Tat, für die er bereits bestraft wurde, (als Feind?) aus der demokratischen Gesellschaft; man schließt ihn von der Teilnahme an Wahlen als „Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes" (BVerfGE 151, 1 (19)) aus. Mit dem Strafvollzugsziel *Re*integration hat der Ausschluss aus diesem „Integrationsvorgang" nichts zu tun. All dies ist mit dem Bild, das wir heute von „Straftätern" haben (oder als zivilisierte Gesellschaft haben sollten) nicht vereinbar (*Albrecht*, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2023, § 45 Rn. 1).

Allgemeinheit der Wahl

Vielleicht würde der ein oder andere die eingangs genannten Personen aber auch gerne aus der Gesellschaft exkludieren. Verständlich. Zu meinen „weichen" strafrechtstheoretischen Bedenken kommen aber auch „handfeste" Verstöße gegen das Verfassungsrecht, besonders gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 GG (dazu und zum Folgenden auch *Stein,* GA 2004, 22 [30 f.]). Dieser garantiert das Recht aller Staatsbürger, zu wählen und gewählt zu werden, und verbietet den unberechtigten Ausschluss Einzelner von der Teilnahme an der Wahl (BVerfGE 151, 1 [18 f.]). Es handelt sich um einen speziellen und streng-formalen Gleichbehandlungsgrundsatz. Ungleichbehandlungen bzgl. des Wahlrechts (z. B. anhand des Wahlalters) bedürfen zu ihrer Rechtfertigung zwingender Gründe. Dazu zählen laut BVerfG die Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Volksvertretungen.

Was aber rechtfertigt die Differenzierung des § 45 StGB anhand der strafrechtlichen Verurteilung? Konservative Strömungen im Verfassungsrecht berufen sich auf die „staatsbürgerlichen Mängel" des Verurteilten (*Klein/Schwarz,* in: Dürig/Herzog/Scholz, 103. EL Jan. 2024, Art. 38 Rn. 95 m. w. N.) und ziehen damit genau den Gedanken der Ehrenstrafen heran, vor dem sich die Reform 1969 eigentlich verabschieden wollte. Noch 1973 legitimierte das BVerfG den Wahlrechtsverlust infolge Richterspruchs als „traditionelle Begrenzung der Allgemeinheit der Wahl" (BVerfGE 36, 139 [142]). Im zitierten Beschluss zum Wahlrecht von Personen mit psychischen Beeinträchtigungen aus dem Jahr 2019 liest man allerdings in expliziter Abkehr von der früheren Entscheidung: „Traditionalität ist kein von der Verfassung legitimierter Grund" (BVerfGE 151, 1 [40]). Diesem Umstand tragen diejenigen, die sich weiterhin auf den älteren Beschluss beziehen, keine Rechnung.

Möglicherweise rechtfertigt die Abwehr einer Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Volksvertretung oder das Konzept „wehrhafter Demokratie" die Ungleichbehandlung durch § 45 StGB. Verständlich wäre dies bei § 45 Abs. 2 StGB. Die fakultative Entziehung des passiven Wahl-

rechts hängt davon ab, dass eine andere Strafnorm auf § 45 Abs. 2 StGB verweist. Den entsprechenden Regelungen geht es meist um den Schutz des Rechtsstaats und seiner Institutionen (Aufzählung der Vorschriften z. B. bei *Schneider,* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. 2019, § 45 Rn. 16; zweifelhaft bei § 264 Abs. 7 S. 1 StGB oder § 375 Abs. 1 AO). Weil hier erstens ein Konnex zwischen der „Nebenfolge" und der jeweiligen Straftat besteht und das Gericht zweitens Ermessen hat, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden, ist die auf das passive Wahlrecht bezogene Differenzierung des § 45 Abs. 2 StGB anhand der Verurteilung wegen bestimmter Straftatengerechtfertigt.

Anders ist dies bei § 45 Abs. 1 und 5 StGB. Mir erschließt sich nicht, wieso der Rechtsstaat durch § 45 Abs. 1 StGB vor der Wahl eines *jeden* Kandidaten, der wegen *irgendeines* Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt wurde, geschützt werden müsste. Ebenso wenig leuchtet ein, warum die Ausübung des *aktiven* Wahlrechts eines strafrechtlich Verurteilten eine Gefahr für die staatlichen Institutionen darstellen soll, trifft man hier doch lediglich eine Auswahl aus mehreren selbst wiederum wahlrechtlich geprüften Kandidaten. Wählen ist keine Gefahr für Staat und Demokratie (Nichtwählen schon eher). Der Schutz der staatlichen Institutionen erfolgt außerdem schon durch die primären Strafnormen, die auf § 45 StGB verweisen, und deren Strafandrohung. Der grobschlächtigen Nebenfolge des § 45 StGB bedarf es dazu nicht.

Strafgericht vs. BVerfG

Mit Art. 38 Abs. 1 GG ist also allenfalls § 45 Abs. 2 StGB vereinbar. Auch dann bestehen aber noch kompetenzielle Bedenken. Gemäß Art. 18 GG kann das BVerfG im Verfahren nach §§ 13 Nr. 1, 36 ff. BVerfGG die Verwirkung bestimmter Grundrechte aussprechen. Dies umfasst zwar die Kommunikationsgrundrechte, nicht aber das Wahlrecht. Zwar sieht § 39 Abs. 2 BVerfGG den Wahlrechtsentzug als mögliche Nebenfolge zur Grundrechtsverwirkung vor. Die Norm ist aber denselben Bedenken ausgesetzt wie § 45 StGB (*Schwarz,* a. a. O., S. 91.). Darüber hinaus ist zweifelhaft, wieso die Verwirkung von Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit usw. allein das BVerfG aussprechen darf, das Wahlrecht aber jedes Schöffengericht entziehen kann, obwohl es doch für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung mindestens ebenso „schlechthin konstituierend" ist (BVerfGE 7, 198 [209]).

Gefahrenabwehr statt Strafe

Hauptgebrechen des § 45 StGB sind der Automatismus seines Abs. 1 und der sowohl dort als auch beim Entzug des aktiven Wahlrechts nach Abs. 5 fehlende Zusammenhang zwischen der jeweiligen Straftat und der Verhängung der „Nebenfolge". Die *systematischen* Schwierigkeiten der derzeitigen Regelungen werden ihr also *normativ* zum Verhängnis. Verfassungsrechtlich lässt sich allenfalls § 45 Abs. 2 StGB halten. Auch auf ihm liegt aber der Schatten der exkludierenden Ehrenstrafen. *De lege ferenda* sollte man § 45 StGB deshalb vollständig streichen. Zum Schutz der Funktionsfähigkeit demokratischer Institutionen könnte stattdessen eine neue Maßregel der Besserung und Sicherung geschaffen werden, die nach dem Vorbild des § 70 StGB den Entzug des passiven Wahlrechts erlaubt, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter sein (bereits bestehendes oder künftiges) Mandat missbrauchen wird, um dem Rechtsstaat zu schaden (eine Parallele zu § 70 StGB zieht auch *Kilchling,* in: FS Albrecht, 2. Aufl. 2023, S. 1075 [1082]). Im Wege der Regelbeispielsmethode könnte wie bei § 69 Abs. 2 StGB aus der Verwirklichung derjenigen Straftatbestände, bei denen heute kraft Verweisung auf § 45 Abs. 2 StGB der Wahlrechtsentzug möglich ist, auf die Gefährlichkeit des Täters geschlossen werden. Damit wäre die Hinwendung zu einem rein präventiven Charakter des Wahlrechtsentzugs zum Schutz der Funktionsfähigkeit der demokratischen Institutionen verbunden. Zwar wäre der Wortlaut des § 45 Abs. 2 StGB hinreichend flexibel, um ihn auch *de lege lata* schon als Maßregel auszulegen und ihm damit stillschweigend seinen Charakter als Ehrenstrafe zu nehmen. Systematik (§ 61 StGB) und die Rechtssicherheit sprechen aber für eine Neufassung.

Sichergestellt würde dadurch, dass der Wahlrechtsentzug nicht übermäßig in den demokratischen Prozess eingreift, sondern nur, wenn Rechtsstaat und Demokratie auch wirklich vor dem Täter geschützt werden müssen. Alles weitere – wollen wir, dass „so jemand" in unseren Volksvertretungen sitzt? – sind Fragen, die primär der demokratische Diskurs klären muss. Der Rechtsstaat tut sich keinen Gefallen, wenn er seine Gegner verfassungswidrig behandelt.

Jonas Frederik Hartung

Einzug ohne Ausgleich

Schwachstellen des Wahlrechts in Brandenburg und Sachsen

doi: 10.59704/d32bc9aab277e269



Da das Wahlrecht in Brandenburg und Sachsen den Ausgleich von Überhangmandaten begrenzt, könnten bei den anstehenden Landtagswahlen im September mehr AfD-Abgeordnete in die Landtage einziehen, als der Partei nach dem Verhältnis der abgegebenen Stimmen eigentlich zustünden. Eine Änderung des Wahlrechts ist nach den Wahlen dringend angezeigt. Wählende in Brandenburg sollten über eine strategische Abgabe ihrer Erststimme nachdenken – auch, um ein verfassungswidriges Wahlergebnis zu verhindern.

Autoritär-populistische Sperrminorität nach den Wahlen wegen begrenzter Überhangmandate?

Mit der Wahlrechtsreform auf Bundesebene ist der altbekannte Mechanismus, wonach siegreiche Direktkandidierende in jedem Fall in das Parlament einziehen, weggefallen. In Sachsen und Brandenburg bestimmt aber weiterhin die Zweitstimme als dominierendes Element der Verhältniswahl (weitgehend) die Sitzverhältnisse im Parlament, während die „personalisierende" Erststimme unabhängig von einer Zweitstimmendeckung immer den Einzug in das Parlament sichert. Zugleich bleiben damit sogenannte Überhangmandate erhalten, die immer dann entstehen, wenn eine Partei mehr siegreiche Direktkandidierende ins Parlament entsenden kann, als ihr eigentlich Sitze nach dem Zweitstimmenproporz zustünden.

Sogenannte Ausgleichsmandate sollen diese Überhangmandate kompensieren, indem sie den vom Zweitstimmenergebnis vorgegebenen Proporz wiederherstellen, zugleich aber auch das Parlament vergrößern. Um dem allzu starken und kostenintensiven Anwachsen der Landesparlamente etwas entgegenzusetzen, haben Sachsen und Brandenburg die Zahl der Ausgleichsmandate beschränkt.[1] In Sachsen darf es nicht mehr Ausgleichsmandate als Überhangmandate geben (§ 6 VI 3 Sächsisches Wahlgesetz). Damit stehen für die anderen Parteien nicht genügend Mandate zur Verfügung, um den Überhang auszugleichen – je mehr Überhangmandate anfallen, desto stärker wird das Sitzverhältnis verzerrt. In Brandenburg wiederum ist die Zahl der Abgeordneten insgesamt auf 110 begrenzt (§ 3 VII Brandenburgisches Landeswahlgesetz), was zu dem paradoxen Ergebnis führt, dass die Anzahl der Ausgleichsmandate immer weiter sinkt, je mehr Überhangmandate entstehen.[2] Der Verzerrungseffekt wird hierdurch noch verstärkt.

Auf diesem Wege könnte die AfD bei den anstehenden Landtagswahlen in Sachsen und Brandenburg im schlimmsten Fall sogar über ein Drittel der Sitze erlangen, obwohl ihr nach dem Zweitstimmenproporz eigentlich weniger Sitze zustünden. Sie könnte so eine Sperrminorität erringen, die ihre Möglichkeiten zur parlamentarischen Obstruktion vervielfältigen würde. Verfassungsänderungen, die Besetzung der Verfassungsgerichte oder die Auflösung des Landtages könnte sie dann von ihrer Mitwirkung abhängig oder zur Voraussetzung für Zugeständnisse an anderer Stelle machen.

Unterschiedliche Auswirkungen in Sachsen und Brandenburg

In Sachsen wird die Ausgleichsmandatsbegrenzung aber voraussichtlich kein entscheidender Faktor sein. Hier läge die AfD nach einer Analyse des Instituts wahlkreisprognose.de aus dem März 2024 bei etwa 28 Direktmandaten und damit gleichauf mit der CDU. Bei nach der Zweitstimmenauswertung jeweils 42 Sitzen für CDU und AfD[3] würden voraussichtlich keine Überhang- und somit auch keine Ausgleichsmandate entstehen, die AfD hätte schon unabhängig von der Erststimme die Sperrminorität erreicht. Damit die Mandatsbegrenzung überhaupt zur Anwendung kommen und eine relevante Verzerrung

[1] In Thüringen existiert keine vergleichbare Regelung, könnte aber mit einfacher Mehrheit eingeführt werden.

[2] Meier, in: Kaiser/Michl (Hrsg.), Landeswahlrecht, S. 167 ff. (185).

[3] Vgl. Behl, Sächsisches Wahlgesetz und Landeswahlordnung, § 6 Rn. 3.2; § 6 III SächsWahlG n.F.

bewirken könnte, müsste das tatsächliche Wahlergebnis deutlich abweichen und die AfD einen starken Überhang gegenüber ihren Listenkandidierenden erzielen. Da sich ihr kürzliches Abschneiden bei den Wahlen zum Europäischen Parlament in etwa mit dieser Prognose deckt, ist davon aber nicht auszugehen.

Anders liegen die Dinge in Brandenburg, wo die AfD zwar ebenfalls stärkste Kraft werden könnte, allerdings mit einem höheren Anteil der Direktmandate und zugleich einem schwächeren Zweitstimmenergebnis als in Sachsen. Nach einer vorläufigen Berechnung von Prof. Dr. Robert Vehrkamp im Podcast „Lage der Nation" vom 25. April und 2. Mai 2024 stünden der AfD nach Zweitstimmen aktuell 24 Sitze im Parlament und damit unter einem Drittel der Sitze zu. Sie würde jedoch 37 der 44 Direktmandate und damit 13 Überhangmandate gewinnen. Ungefähr sieben dieser Überhangmandate könnten infolge der gesetzlichen Begrenzung nicht ausgeglichen werden – wodurch die AfD über ein Drittel der Sitze erlangen würde. Eine vergleichbare Verzerrung würde auch dann eintreten, wenn sie im „Windschatten" des starken Ergebnisses bei den Europawahlen noch an Stimmen zulegen würde.

Hier offenbaren sich die Schwächen eines Wahlrechts, das Ausgleichsmandate beschränkt. Denn Direktkandidierende werden per Mehrheitswahl gewählt, sodass im konkreten Wahlkreis ein minimaler Vorsprung bereits ausreicht. Erzielt die Partei dann einen hohen Anteil an Zweitstimmen, so werden die hierdurch errungenen Mandate, soweit nötig, einfach mit den siegreichen Direktkandidierenden besetzt. Wenn sie als stärkste Kraft aber einen relativ niedrigen Anteil der Zweistimmen erringt und viele Überhangmandate anfallen, die nicht vollständig ausgeglichen werden, dann wird der Zweitstimmenproporz im Parlament immer stärker verzerrt.

Nachspiel vor dem brandenburgischen Verfassungsgericht?

Dieser Mechanismus könnte in Brandenburg zu einem verfassungswidrigen Wahlergebnis führen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 25.7.2012 die zulässige Zahl ausgleichsloser Mandate im Bundestag auf die Hälfte der Fraktionsstärke begrenzt. Andernfalls bestehe ein Verstoß gegen die Grundsätze der Erfolgsgleichheit der Wahl, die als elementarer Bestandteil des Demokratieprinzips den gleichen Einfluss aller Stimmen auf das Wahlergebnis verlangt, sowie der Chancengleichheit der Parteien (Rn. 52, 59, 65, 140 der Entsch.). Umgerechnet auf den brandenburgischen Landtag läge, so der „Lage"-Podcast vom 2. Mai, diese Grenze bei zwei bis drei unausgeglichenen Überhangmandaten, würde also deutlich überschritten. Damit könnte es zu einer nachträglichen Korrektur des Wahlergebnisses, im schlimmsten Fall sogar zu Wiederholungs- bzw. Neuwahlen kommen.

Nämlich wäre die aus der Wahl hervorgegangene Mandatsverteilung innerhalb eines Wahlprüfungsverfahrens nach Art. 63 der brandenburgischen Verfassung angreifbar, das sich zunächst vor dem brandenburgischen Landtag, im zweiten Schritt dann vor dem Landesverfassungsgericht abspielen und auf der Verfassungswidrigkeit des zugrundeliegenden Landeswahlrechts (Rn. 10) basieren würde. Auch im Falle der Verfassungswidrigkeit wäre aber zu beachten, dass Wahlergebnisse nach allgemein anerkannter landesverfassungsgerichtlicher (Rn. 20) und bundesverfassungsgerichtlicher (Rn. 103) Judikatur aufgrund ihrer Verankerung im Demokratieprinzip größtmöglichen Bestandsschutz genießen. Die Wahl der Volksvertretung rückwirkend aufzuheben ist nur möglich, wenn ihr Fortbestand schier „unerträglich" und eine Berichtigung der Wahlergebnisse unmöglich erschiene.[4]

Zwar sind, so auch der Sächsische Verfassungsgerichtshof (S. 20), unausgeglichene Überhangmandate nur in eng begrenztem Umfang zulässig. Im Rahmen der Landtagswahlen 2009 hat das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht sogar den Mechanismus zur Begrenzung von Ausgleichsmandaten für unvereinbar mit der Verfassung erklärt und eine zweijährige Frist zur Durchführung von Neuwahlen gesetzt. Hier war bei insgesamt 95 Abgeordneten und drei nicht ausgeglichenen Überhangmandaten eine deutliche Verzerrung des Zweitstimmenproporzes[5] und insoweit eine mit unserem Szenario vergleichbare Situation eingetreten. Allerdings war aufgrund weiterer Regelungen, die so in Brandenburg nicht existieren, eine isolierte Ergebnisberichtigung nicht möglich (Rn. 182 der Entsch.). Und auch, ob die bundesverfassungsgerichtliche Formel der „hal-

[4] Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 103. EL 1/24, Art. 41 Rn. 111.

[5] Morlok, in: JZ 2011, S. 234 ff. (236 ff.).

ben Fraktionsstärke“ im Bundestag auf einen deutlich kleineren Landtag übertragen werden kann, ist fraglich.[6] Wiederholungs- bzw. Neuwahlen anzuordnen wäre also nicht ausgeschlossen; näher läge wohl eine Korrektur der Wahlergebnisse durch das Gericht. Jedenfalls droht aber ein verfassungswidriges Wahlergebnis.

Änderung des Wahlrechts und strategische Stimmabgabe

Wahlrechtsänderungen kurz vor den Wahlen untergraben die Glaubwürdigkeit demokratischer Prozesse (S. 10, 27). Es ist daher gut, dass es vor der parlamentarischen Sommerpause und den Wahlen zu keiner Anpassung unter Berücksichtigung aktueller Umfragen kommt. Kurzfristig ist viel mehr an die brandenburgischen Wahlberechtigten zu appellieren, eine strategische Abgabe ihrer Erststimme zu erwägen, um die Zahl an Direktmandaten für die AfD möglichst zu reduzieren. Eine Orientierung über die prognostizierten Erststimmenergebnisse, die die Parteifarben mit steigendem Vorsprung in zunehmender Intensität darstellt, findet sich hier und hier. Das könnte mögliche juristische Folgen entschärfen. Vor allem aber würde es eine Verzerrung der Sitzverhältnisse zugunsten der AfD abschwächen.

Langfristig ist eine Rechtsänderung aber, vor allem in Brandenburg, dringend angezeigt. Denn der aktuelle Mechanismus veranlasst Wählende dazu, gerade nicht die Direktkandidierenden der präferierten, sondern einer dritten Partei zu wählen, um zu verhindern, dass die Sitzverhältnisse zugunsten der AfD und zuungunsten der eigentlich bevorzugten Partei verzerrt werden. Die bevorzugte Partei wird also in Abhängigkeit vom Wahlergebnis gerade dadurch gestärkt, dass mehr Erststimmen auf eine konkurrierende Partei entfallen. Es ist damit kaum noch erkennbar, wie sich die Stimmabgabe in der Wahlkabine auf den Erfolg der Kandidierenden auswirken wird. Dies wirft Fragen nach der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl (Rn. 85) auf und kann den Wählenden auf Dauer nicht abverlangt werden. Hinzu treten die Probleme hinsichtlich der Gleichheit der Wahl und der Chancengleichheit der Parteien.

Es käme daher in Brandenburg, wie in Thüringen oder Hessen, ein Vollausgleich der Überhangmandate in Betracht. Auch eine grundlegende Reform wie auf Bundesebene wäre denkbar, sodass die Direktkandidierenden der Zweitstimmendeckung unterliegen und somit ausschließlich die Zweitstimme die Sitzverhältnisse bestimmen würde. Alternativ könnte Brandenburg dem Beispiel Sachsens folgen und, anstatt der paradox wirkenden Begrenzung der Gesamtzahl an Abgeordneten, zumindest die Zahl der Ausgleichsmandate selbst deckeln.[7] Doch auch der Sächsische Landtag sollte eine Wahlrechtsänderung erwägen, da hier mit der zunehmenden Pluralisierung der Parteienlandschaft ebenfalls verzerrte Sitzverhältnisse eintreten könnten. Sollte die AfD in Zukunft angesichts der wachsenden Zahl konkurrierender Parteien einen geringeren Anteil der Zweitstimmen und zugleich viele Direktmandate erringen, dann steigt das Risiko unausgeglichener Überhangmandate. Es besteht deshalb in beiden Ländern, vor allem jedoch in Brandenburg, parlamentarischer Handlungsbedarf.

[6] Vgl. Meier, in: Kaiser/Michl (Hrsg.), Landeswahlrecht, S. 167 ff. (185); Kaiser/Michl, in: Kaiser/Michl (Hrsg.), Landeswahlrecht, S. 481 ff. (491).

[7] Vgl. Meier, in: Kaiser/Michl (Hrsg.), Landeswahlrecht, S. 167 ff. (185).

Marc Bovermann, Samuel Stowasser

Öffentlich-rechtlicher (G)rundfunk?

doi: 10.59704/98f2f780540f5e17

Nicht nur in den Kommentarspalten unter Social-Media-Posts von ARD und ZDF werden immer öfter Forderungen nach der Abschaffung des „zwangsfinanzierten" öffentlich-rechtlichen Rundfunks (ÖRR) laut. Ähnliche Forderungen genießen auch im analogen Leben große Beliebtheit, vor allem bei Anhängern der AfD. Die AfD sieht den ÖRR als Instrument für „Indoktrination und Propaganda", das in dieser Form abgeschafft gehört. Entsprechend hat Björn Höcke in einem „Fünf-Punkte-Plan" für Thüringen die Kündigung des Medienstaatsvertrags (MStV) gefordert, was bereits an anderer Stelle behandelt wurde. Angeheizt wird diese Grundsatzkritik am ÖRR durch Bewegungen wie „meinungsvielfalt.jetzt", die kritisieren, dass „Andersdenkende" in der Programmgestaltung der Sender nicht zu Wort kommen – womit sie Öl in das Feuer der „Woke-Gegner" gießen. Angesichts der in Thüringen, Sachsen und Brandenburg anstehenden Landtagswahlen scheint daher die Frage zwingend: Sind die Strukturen des ÖRR gegen Angriffe von Rechtsaußen abgesichert?

Im Ergebnis kann Entwarnung gegeben werden: Der ÖRR ist in Deutschland gut geschützt. Grund dafür ist die Konturierung der Rundfunkfreiheit durch das BVerfG in seinen Rundfunkentscheidungen. Die dort entwickelten Prinzipien schützen den ÖRR vor einer großflächigen Abschaffung. Die Medienfreiheit in der EU hinkt hinter diesen Entwicklungen aber noch hinterher. Nicht nur spielt die Medienfreiheit in Art. 11 der Grundrechte-Charta nach wie vor nur eine untergeordnete Rolle in der Rechtsprechung des EuGH. Auch der neue European Media Freedom Act (EMFA-E) bleibt wohl hinter seinen Möglichkeiten zurück.

Doch zuletzt lauert noch eine andere Gefahr. Die Aufmerksamkeitsökonomie greift um sich und kennt keine Kompromisse. Das wissen auch rechtsextreme Kräfte nur zu gut, wie die Kontroverse um AfD-Spitzenkandidat Maximilian Krah zeigt. Rechtsextremen wird es auf diesen Plattformen einfach gemacht politischen Einfluss auf die deutsche Öffentlichkeit auszuüben. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass es sich für privatwirtschaftlich organisierte Medienunternehmen lohnt, polarisierende – und daher oftmals extreme – Inhalte zu vermarkten. Von dieser Logik muss sich der ÖRR daher abgrenzen. Ansonsten besteht die Gefahr der Einflussnahme durch Private.

Europarechtliche Sicherungsmechanismen

Wie viele andere Rechtsgebiete wird auch das deutsche Medienrecht durch die EU-Gesetzgebung überbaut. Interessiert man sich für den Schutz der Organisationsform des ÖRR, kommt man um einen Blick in das Europarecht nicht herum. Und: Man wird fündig. Am 13.03.2024 hat das EU Parlament den EMFA-E beschlossen. Das Vorhaben ist ein zentraler Teil der EU-Medienpolitik, der seit dem Kommissionsentwurf im Herbst 2022 einige Aufmerksamkeit erfahren hat. Wichtiger Treiber dieser Entwicklung sind nicht zuletzt die Rechtsstaatskrisen in Polen und Ungarn. In beiden Staaten ist mit dem Rechtsruck eine systematische Eingrenzung der Medienfreiheit einhergegangen. Dass Kräfte von Rechtsaußen versuchen den ÖRR zu erodieren, ist freilich kein exklusiv deutsches Phänomen – im Gegenteil: Es ist Teil eines europäischen, wenn nicht globalen Trends. Wie äußert sich der EMFA-E nun zur Institution des ÖRR?

Der EMFA-E definiert den Begriff der „öffentlich-rechtlichen Mediendiensteanbieter" in Art. 2 Nr. 3 EMFA-E als „einen Mediendiensteanbieter, der nach nationalem Recht mit einem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut ist und der für die Erfüllung eines solchen Auftrags nationale öffentliche Mittel erhält". Die konstituierenden Faktoren sind also der öffentlich-rechtliche Auftrag und die öffentlich-rechtliche Finanzierungsmethode. In ErwGr. 27 betont der EMFA-E auch deren Wichtigkeit für die öffentliche Meinungsbildung und die Demokratie, weshalb durch Art. 5 EMFA-E die Funktionsfähigkeit des ÖRR abgesichert wird. Im Mittelpunkt steht dabei, dass die Mitgliedstaaten die Leitungsorgane der öffentlich-rechtlichen Mediendiensteanbieter nur erschwert austauschen können und dass eine angemessene

Finanzierung der Anstalten sichergestellt ist. Eine Norm, die den Bestand des ÖRR sichert, enthält der EMFA aber nicht. Dies mutet bei der ersten Lektüre zwar seltsam an, da die Existenz des ÖRR einfach vorausgesetzt wird. Im Ergebnis überrascht das aber kaum. Letztlich ist die duale Medienordnung in einem Großteil der Mitgliedsstaaten Realität und sind grundlegende Vorgaben für die mitgliedsstaatlichen Medien jedenfalls politisch schwer zur rechtfertigen. EU-rechtlich vorgegeben ist dieses Ergebnis jedoch nicht: Aus Art. 11 GRCh leitet sich lediglich das Pluralismusprinzip als leitendes Prinzip des europäischen Medienrechts ab. Dass der Pluralismus aber durch den ÖRR beziehungsweise eine duale Rundfunkordnung hergestellt werden müsste, folgt daraus nicht. Gleiches gilt auch für Art. 10 EMRK.

Beachtlich ist aber, dass sich der Rat im Jahre 1999 für eine starke Rolle des ÖRR in der europäischen Medienlandschaft ausgesprochen hat. Die Gefährdungslage vor 25 Jahren war aber noch eine vollkommen andere. Die Sorge galt (zurecht) eher der Rolle der öffentlich-rechtlichen Medien im digitalen Zeitalter. Steht der Rat immer noch zu dem, was er damals beschlossen hat, so sollte er sich in Anbetracht der rechtsextremen Gefährdungslage auch jetzt um den ÖRR sorgen.

Verfassungsrechtliche Sicherungsmechanismen

Im dualen Rundfunksystem der Bundesrepublik unterscheidet sich der ÖRR von privaten Rundfunkunternehmen durch seine öffentlich-rechtliche Organisation. Damit ist er weitgehend unabhängig von den Einflüssen des Marktes. Da er nicht von marktwirtschaftlichen Parametern wie einer hohen Einschaltquote oder Werbeeinnahmen abhängig ist, erachtete das BVerfG es als notwendig die Grundversorgung der Bevölkerung rechtlich zu garantieren. Der Grundversorgungsauftrag umfasst die Versorgung der Bevölkerung mit vollumfänglich informierenden Rundfunkprogrammen und die Sicherung der Meinungsvielfalt innerhalb der Programme (BVerfG, Urt. v. 04.11.1986 – 1 BvF 1/84 BVerfG). Auch der private Rundfunk kann dieser Aufgabe nachkommen. Das heißt im Umkehrschluss aber auch, dass die bestehenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in ihrer Organisationsform nicht verfassungsrechtlich garantiert sind – denn wer den Funktionsauftrag erfüllt, ist letztlich irrelevant. Hält das BVerfG zwar die bestehende duale Struktur für besonders geeignet, den Auftrag zu erfüllen, so garantiert es sie dennoch nicht. Stattdessen hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Ordnungsrahmens.

Innerhalb des dualen Rundfunksystems garantiert das BVerfG den ÖRR jedoch durch eine Bestands- und Entwicklungsgarantie. Diese soll die Vielfalt des Programmangebots im ÖRR sowie der gesamten Senderlandschaft gewährleisten (BVerfG, Urt. v. 05.02.1991, 1 BvF 1/85). Die Garantie besteht aber eben nur innerhalb des dualen Rundfunksystems – und das ist gerade nicht unantastbar. Entscheidet sich der Gesetzgeber also dazu, die Grundversorgung auf privatrechtlich organisierte Veranstalter zu übertragen (und könnten diese der Aufgabe auch nachkommen), würde die Bestandsgarantie entfallen.

Durch die Bestandsgarantie trägt innerhalb des dualen Rundfunksystems auch der Staat die Verantwortung dafür, dass der ÖRR sachgemäß funktioniert (Lindschau, Die Notwendigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 234). Die Entwicklungsgarantie ergänzt die Bestandsgarantie und sorgt dafür, dass der ÖRR flexibel bleibt. Er soll sich weiterentwickeln können, um im publizistischen Wettbewerb mit den privaten Sendern auf Augenhöhe bleiben zu können.

Ein weiterer, zentraler Sicherungsmechanismus betrifft die Finanzierung: Der ÖRR wird durch Gebühren bedarfsgerecht unterhalten. Die Rundfunkgebühren sind die vorrangige Finanzierungsquelle des ÖRR, welche um Einnahmen aus Werbung und anderen Quellen ergänzt wird. Um den Rundfunkbetrieb finanziell zu ermöglichen, hat das BVerfG den Gesetzgeber verpflichtet eine bedarfsgerechte Finanzierung zu gewährleisten. Ergänzt wird dies durch die Vorgabe, dass der ÖRR staatsfern agieren muss. Das bedeutet konkret, dass der Staat nicht selbst redaktionell tätig werden darf und auch keine anderen journalistischen Angebote mittelbar oder unmittelbar beeinflussen darf. Dies beugt einer politischen Vereinnahmung vor und schließt einen Staatsfunk aus. So wird auch garantiert, dass antidemokratische (aber auch demokratische) Kräfte den ÖRR nicht für ihre Zwecke missbrauchen können.

Wie wehrhaft ist der ÖRR?

Wie gut ist der deutsche ÖRR also vor den geschilderten Herausforderungen durch Rechtsaußen geschützt? Wir finden, die geschilderten Strukturmerkmale schützen ihn gut vor rechtspopulistischer Einflussnahme im großen Stil.

Zentral ist dabei die mehrheitlich öffentliche Finanzierung des ÖRR durch Gebühren, die ihn vor den Kräften des Marktes und damit privater Einflussnahme schützt. Die AfD fordert indes die Abschaffung der Gebührenfinanzierung. Auch ein Abo-Modell stellt die Partei zur Diskussion. Beide Vorschläge wären fatal: Ein Abo-Modell würde durch die Umverteilung der Kosten auf eine kleinere Gruppe den Abo-Preis zwangsläufig erhöhen und somit zu einem Angebot für Besserverdienende verkommen. Ohne Gebührenfinanzierung wäre der ÖRR nicht mehr unabhängig von politischen oder ökonomischen Einflüssen und damit nicht mehr bedarfsgerecht finanziert. Beide Varianten gewährleisten somit keine unabhängige Berichterstattung, die allen Meinungsspektren Raum bietet und der gesamten Bevölkerung zugänglich ist. Die Verfassung schützt den ÖRR daher: Eine Abschaffung der Gebührenfinanzierung würde dem Prinzip der funktionsgerechten Finanzierung widersprechen; ein Staatsfunk dem Gebot der Staatsferne.

Aus ähnlichen Gründen wäre auch der Betrieb eines AfD-freundlichen Senders durch Staat oder Partei, wie er zuletzt in Magdeburg gefordert wurde, undenkbar. Den Betrieb eines Rundfunkprogramms durch eine politische Partei untersagt § 53 Abs. 3 MStV schon auf einfachrechtlicher Ebene. Auch die gebotenen Staatsferne des Rundfunks widerspricht dem (BVerfG, Urt. v. 12.03.2008 – 2 BvF 4/03). Unauffälliger und wahrscheinlicher scheint höchstens die Gründung eines parteinahen Senders durch Privatpersonen, die den Sender den Parteiinteressen entsprechend beeinflussen könnten. Wie realistisch solche Pläne sind, zeigte zuletzt die Etablierung des rechtsextremen Fernsehsenders „Auf1" in Österreich, der auch die AfD beheimaten wollte. Auch der Reichelt Sender „Nius" ist auf politische Einflussnahme ausgerichtet, wie Berichte über einen dahinterstehenden Investor zeigen. Ergänzend ist an die Pläne der AfD in Thüringen unter Landespartei- und Fraktionschef Björn Höcke zu denken, der „viele überflüssige Programme" abschaffen will, um einen „Grundfunk" zu etablieren. Dieses Framing erweckt den Eindruck, dass der Sender die Bevölkerung weiterhin mit den für die öffentliche Meinungsbildung notwendigen Programmen versorgen würde. Doch eine solche Verschlankung des ÖRR auf ein Zehntel des aktuellen Programmes ist nicht nur mit dem Grundversorgungsauftrag unvereinbar, sondern auch mit dem Prinzip der funktionsgerechten Finanzierung des ÖRR.

Zuletzt spricht noch ein anderes Argument für die besondere Organisationsform des ÖRR. Die zurzeit marktbeherrschenden Regeln der Aufmerksamkeitsökonomie stellen selbst eine Gefahr für den öffentlichen Diskurs dar (bspw. durch gezielte Desinformationen). Aufmerksamkeit ist knapp und das Geschäft mit ihr sehr lukrativ. Besonders in Wahlkampfzeiten ist der Schutz der öffentlich-rechtlichen Mediendiensteanbieter vor einseitiger Programmgestaltung besonders wichtig, um zu gewährleisten, dass die Wahlberechtigten Zugang zu unparteiischen, hochwertigen Informationen haben (vgl. ErwGr. 27 EFMA-E). Denn mit der steigenden Abhängigkeit der Mediendiensteanbieter vom Markt wächst auch die Gefahr, dass Privatpersonen oder politische Strömungen direkt oder indirekt Einfluss ausüben und so die öffentliche Debatte verzerren (man denke nur an die Kontroverse um Maximilian Krah). Im Mittelpunkt der Grundversorgung sollte immer die Gewährleistung des demokratischen Diskurses stehen. Gewinnstreben und Privatinteressen sind hiermit nur bedingt vereinbar.

Ergebnis

Festzuhalten bleibt damit, dass weder der dualen Rundfunkordnung, der Organisationsform des ÖRR oder den einzelnen Rundfunkanstalten eine Existenzgarantie zukommt. Das ist aber auch nicht weiter schlimm. Auf nationaler Ebene hat das BVerfG durch sein Rundfunkrichterrecht Strukturmerkmale und Leitsätze zum Schutz des ÖRR entwickelt. Zwar scheint ein rein marktorientiertes Rundfunksystem grundsätzlich denkbar. Praktisch ist der ÖRR aber weiterhin unverzichtbarer Bestandteil der deutschen Rundfunkordnung. Die duale Rundfunkordnung ist damit insgesamt gut gegen die existenzgefährdende Einflussnahme von Rechtsaußen gesichert.

Gefahren gehen jedoch von der aufmerksamkeitszentrierten Ausrichtung des Medienmarktes aus. Dieser bietet ein Einfallstor für rechtspopulistische Kräfte. Klar ist: Demokratiefeindliche Strömungen gehen subtil vor und versuchen demokratische Institutionen mit demokratischen Mitteln von innen heraus zu zersetzen. Durch die Garantie der öffentlich-rechtlichen Finanzierung trägt der Gesetzgeber bereits dazu bei unseren demokratische Ordnung zu schützen. Diesen Schutz könnte er durch den Schutz der Organisationsform ergänzen und verstärken – so würden private Interessen vollends eliminiert und der öffentliche Diskurs abgesichert.

Felix Thrun, Simon Müller

Verfassungsfeind in Vorbereitung

Extremistische Betätigung als Ausschlussgrund für den juristischen Vorbereitungsdienst

doi: 10.59704/a98134afbab73e77

Nachdem bereits der Fall „Rechtsreferendar III. Weg“ für Diskussionen um Zugangsvoraussetzungen zum juristischen Vorbereitungsdienst gesorgt hat (Jonas Deyda auf diesem Blog hier und hier), tritt mit dem kürzlich ergangenen Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg eine weitere gerichtliche Entscheidung mit eigenen Argumentationsansätzen auf den Plan. Das Gericht hatte sich mit der relevanten Frage zu beschäftigen, ob einem Kandidaten die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst verwehrt werden kann, wenn er die Verfassungsordnung aktiv bekämpft, ohne sich dabei strafbar zu machen. Der Beschluss offenbart erneut die unklare und uneinheitliche Rechtsprechungslinie.

Die Zulassungsvoraussetzungen als Verfassungsschutzinstrumente

Ein Funktionär der extremistischen Partei „Die Heimat“ (ehemals NPD) hatte erfolglos beim Brandenburgischen OLG die Zulassung zum Referendariat beantragt. Seine umfangreichen Betätigungen in der NPD waren bereits für die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsfeindlichkeit der NPD aus den Jahren 2017 und 2024 relevant (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 04.06.2024 – OVG 4 S 14, Rn. 19). Das VG Cottbus hatte im Eilverfahren zunächst entschieden, der nicht vorbestrafte Bewerber müsse zum Vorbereitungsdienst zugelassen werden, da er trotz seiner Aktivitäten in der Partei für den Vorbereitungsdienst nicht persönlich ungeeignet sei. Diese Entscheidung hat das OVG Berlin-Brandenburg nun im Eilrechtsschutz gekippt.

In der Entscheidung des OVG treten die Grundfragen um Bewerbungen von Personen mit extremistischem Hintergrund klar hervor. Ungewiss ist zunächst, ob die beamtenrechtlichen Vorschriften und damit auch die in Art. 33 Abs. 5 GG veranlagte Treuepflicht bei Rechtsreferendar*innen unmittelbare oder entsprechende Anwendung finden. Weiterhin ist umstritten, wie sich die Zulassungsvoraussetzungen nach den Juristenausbildungsgesetzen der Länder zu § 7 BRAO verhalten, der den Zugang zur Anwaltschaft regelt und insofern relativ niedrige Hürden vorsieht. Entscheidend ist schließlich die Frage, welches Maß an Verfassungstreue den Rechtsreferendar*innen abzuverlangen ist. Die divergierenden Vorschriften der Länder zur Juristenausbildung erschweren dabei den Blick auf die übergreifenden, drängenden Fragen. Die Diskussion droht auf einen Streitstand zu treffen, der noch immer von überschießenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den sogenannten Berufsverboten verunsichert ist und noch nicht zu einem ausgewogenen Mittelweg zwischen Staats- und Diskriminierungsschutz zurückgefunden hat.

Die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst obliegt bundesweit den jeweiligen Oberlandesgerichten. Den juristischen Vorbereitungsdienst als reine Berufsausbildung ohne besondere politische Brisanz zu verharmlosen, ginge an der Wirklichkeit vorbei. Dessen besondere Bedeutung liegt in der erstmaligen Vermittlung praktischer Kenntnisse nach einem hauptsächlich theorieorientierten ersten Staatsexamen. Daneben eröffnet die zweite Prüfung Zugang zu machtvollen Positionen im Staatsdienst und führt zu einer staatlich bescheinigten „Expertenstellung“, welche für verfassungsfeindliche Bestrebungen von unschätzbarem Wert sind. Wer eine Demokratie bekämpfen oder einen Rechtsstaat aushöhlen will, kann und wird dazu gerade auch juristische Mittel einsetzen. Nicht umsonst ruft die AfD in Verdrehung von Rudi Dutschkes Maxime zum „Marsch durch die Institutionen“ auf.

Insofern ist eine Nichtzulassung verfassungsfeindlicher Personen auch als Mittel zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung (FDGO) und damit als Gefahrenabwehr zu sehen. Zugleich ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Vorbereitungsdienst als notwendiger Teil der juristischen Berufsausbildung durch Art. 12 GG geschützt. Für die betroffenen Personen hat ein Ausschluss gravierende Folgen, verunmöglicht er doch die Ausübung kernjuristischer Tätigkeiten, für die eine erfolgreiche zweite Prüfung Voraus-

setzung ist. Die Nichteinstellung zum Rechtsreferendariat unterliegt somit erhöhten Rechtfertigungsvoraussetzungen.

Insbesondere die AfD profitiert dabei von der begrifflichen Unsicherheit um die FDGO, welche die damalige „Berufsverbots"-Diskussion um staatliche Abwehrmaßnahmen in der 1970er Jahren begleitet haben und bis heute nicht restlos beseitigt sind. Gerade die sich andeutenden Erfolge bei der Neuauflage des Institutionenmarsches von rechts sollten aber zeigen, dass eine neue, klare Linie hinsichtlich extremistischer Bewerbungen im öffentlichen Dienst notwendig ist. Das Bundesverfassungsgericht hält sich bisher jedoch in diesem Feld zurück, sodass es bei der durchaus zweifelhaften Rechtsprechungslinie aus den 1970er-Jahren bleibt, deren Schwachpunkte populistischen Bewegungen argumentativ in die Hände spielen. Bund und Länder hatten 1972 im Wege des sog. Radikalenerlasses die Ablehnung oder Entfernung von vermeintlich verfassungsfeindlichen Personen vom bzw. aus dem öffentlichen Dienst verfügt. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte im Extremistenbeschluss (BVerfGE 39, 334) insbesondere die Ablehnung von Bewerber*innen, die einer als verfassungsfeindlich eingestuften Partei angehörten. Die Gelegenheit, sich anlässlich des Falles „Rechtsreferendar III. Weg" inhaltlich mit dem Problemfeld auseinanderzusetzen, hat das Bundesverfassungsgericht verstreichen lassen. Auch das OVG hat sich nicht zu einer Vorlage nach Art. 100 GG veranlasst gesehen, hält eine Änderung der durchaus umstrittenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl ausdrücklich für möglich (Rn. 15).

Die Anwendbarkeit beamtenrechtlicher Regelungen auf den juristischen Vorbereitungsdienst

Referendar*innen sind je nach Landesregelungen im Beamtenverhältnis auf Widerruf oder – wie die große Mehrheit – im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis beschäftigt. Wird das Referendariat im Beamtenverhältnis absolviert, so findet jedenfalls die beamtenrechtliche Treuepflicht unmittelbare Anwendung. In einigen Bundesländern gelten – wie auch im aktuellen Fall des OVG Berlin-Brandenburg – die beamtenrechtlichen Vorschriften für Referendar*innen im Ausbildungsverhältnis kraft gesetzlicher Anordnung entsprechend. Hieraus wird teilweise eine entsprechend intensive Geltung der beamtenrechtlichen Treuepflicht für Rechtsreferendar*innen hergeleitet – so offenbar auch vom OVG.

Allerdings ist der Vorbereitungsdienst auch Voraussetzung für eine anwaltliche Tätigkeit, was das Rechtsreferendariat zu einem besonderen Ausbildungsverhältnis macht. Eine entsprechende Geltung der beamtenrechtlichen Treuepflicht wird dieser Besonderheit nicht gerecht und findet auch in der Verfassung keine Stütze. Selbst bei gesetzlicher Anordnung kann die beamtenrechtliche Treuepflicht jedenfalls nicht in der gleichen Intensität zur Anwendung gelangen. Vielmehr ist eine verfassungskonforme Auslegung geboten, welche die besonderen Umstände des staatlichen Ausbildungsmonopols für alle juristischen Berufe und die grundrechtlichen Implikationen berücksichtigt. Der schlichte Verweis auf die entsprechende Anwendbarkeit beamtenrechtlicher Treuepflichten greift daher jedenfalls zu kurz. Dies dürfte auch das OVG letztlich anerkennen, wenn es auf das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte „Leitbild für angehende Juristinnen und Juristen" (Rn. 10 f.) abstellt, das sich aus der Verfassung selbst ergeben soll. Darin zeigt sich, dass tatsächlich dieses Leitbildbild für die Treuepflicht maßgeblich ist und nicht der Verweis auf das Beamtenrecht.

Die Auswirkungen von § 7 BRAO auf die Zulassungsvoraussetzungen

Die landesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen zum Rechtsreferendariat limitieren mittelbar auch den Zugang zur Advokatur. Dies führt zu dem aktuellen Streit, ob und inwieweit die Länder bei der Ausgestaltung des Zugangs zum Rechtsreferendariat an die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) gebunden sind. Die freie Advokatur ist selbst ein lang erkämpftes Rechtsgut von fundamentaler objektiver Bedeutung (BVerfGE 63, 266 [282 f.]) und zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Berufsträger*innen nicht in gleichem Maße wie andere Jurist*innen den staatlichen Institutionen zu Treue verpflichtet sind. Dementsprechend ist die Zulassung zur Anwaltschaft nach § 7 S. 1 Nr. 6 BRAO nach aktueller Gesetzeslage lediglich dann zu versagen, wenn die antragstellende Person die FDGO in strafbarer Weise bekämpft. Vor diesem Hintergrund kommt der VerfGH Sachsen zu dem Ergebnis, die Anforderungen an die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst dürften nicht höher sein als für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Dem hatte sich das VG Cottbus als Vorinstanz des OVG angeschlossen und

explizit auf die fehlenden Vorstrafen des Bewerbers abgestellt. Auch die Justizministerkonferenz scheint der Ansicht des VerfGH Sachsen zuzuneigen, wenn sie nach ihrem Beschluss von Mai 2023 prüfen lassen will, ob eine Änderung von § 7 BRAO die Zulassung von Verfassungsfeinden zum Referendariat verhindern kann.

Dieser Lesart des VerfGH Sachsen, nach welcher die BRAO zum Maßstab für die Ausbildungsgesetze wird, ist das OVG nun entschieden entgegengetreten (Rn. 17). Das Gericht weist zunächst richtigerweise darauf hin, dass nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus den 1970er-Jahren (BVerfGE 46, 43) durchaus erhöhte Zulassungsvoraussetzungen für den juristischen Vorbereitungsdienst möglich sind (Rn. 11 ff.). Ob dies aber bereits aus einer mangelnden Vergleichbarkeit von Anwält*innen und Rechtsreferendar*innen vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG folgt, wie das OVG wohl annimmt, ist fraglich. Richtigerweise sind die Juristenausbildungsgesetze nicht an der BRAO zu messen, sondern an dem Verfassungsgut der freien Advokatur selbst. Entscheidend ist nicht, ob eine JAG-Zugangsvoraussetzung über die BRAO hinausgeht, sondern, ob erstere als Beschränkung für den Anwaltsberuf noch zulässig wäre. Insbesondere § 7 BRAO ist daher nicht als Obergrenze für die Zulassungsvoraussetzungen des Vorbereitungsdienstes anzusehen.

Bedeutung der Rekonzeption der FDGO

Das OVG und auch die anderen mit dem Problem befassten Gerichte haben jedoch einen Umstand kaum berücksichtigt, der eine wichtige Rolle bei der rechtlichen Auseinandersetzung mit Bewerbungen extremistischer Personen spielt. Das Bundesverfassungsgericht hat in der NPD-Verbotsentscheidung von Januar 2017 die FDGO grundlegend neu konzipiert und positiv ausformuliert. Die Grundordnung umfasst seither lediglich noch die absolut elementaren Grundlagen menschenwürdigen und antiautoritären Zusammenlebens und wurde insofern gegenüber dem vorherigen, offeneren Begriffsverständnis erheblich reduziert (dies als „Verschlankung“ bezeichnend beispielsweise Wihl, KJ 56 (2023), S. 305 f.). Die Tragweite dieser Rekonzeption ist bisher nur ansatzweise erkannt worden, obgleich sich die inhaltliche Präzisierung eines Rechtsguts grundsätzlich auf die Auslegung aller Vorschriften auswirken muss, die es schützen sollen. Mit der neuen Konzeption sind zwar alte Unklarheiten überwunden, aber durchaus auch neue Fragen aufgeworfen. So stellt die neue Konzeption mit der Menschenwürde einen politisch höchst aufgeladenen und umstrittenen Begriff in den Mittelpunkt.

Nimmt man die Reduktion der FDGO auf diese Kernelemente ernst, kann dies die Diskussion um extremistische Bewerbungen in mehrfacher Hinsicht voranbringen: Sie lässt sich zum einen dem Vorwurf einer politischen Selektion bei der Zulassung zum Rechtsreferendariat entgegenhalten, denn das Eintreten gegen die FDGO ist nach deutschem Demokratieverständnis gerade keine legitime politische Position, die es vor Diskriminierung zu schützen gilt. Staatskritische, auch radikale Positionen stehen (jedenfalls seit der Rekonzeption) nicht im Widerspruch zur FDGO, sodass sich für zahlreiche Bewerbungen ein Ausschlussgrund relativ klar verneinen lassen wird. Es geht „nur“ noch um die Kernelemente unverhandelbarer Verfassungsprinzipien, die dafür nun umso vehementer verteidigt werden können.

Zum anderen wirkt sich die klarere FDGO-Rechtsprechung auf die Auslegung und Fortbildung von Regelungen aus, die auf diese Grundordnung Bezug nehmen. Denn nach dem neuen Begriffsverständnis macht es bei Lichte besehen keinen relevanten Unterschied mehr, ob die Bekämpfung der FDGO „auf strafbare Weise“ oder auf anderem Wege geschieht. Zu unterscheiden ist allein noch, ob eine Person aus Rechtsgründen aktiv zur Verteidigung der FDGO berufen ist (insbesondere im Beamtenrecht, etwa § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeamtStG, § 66 Abs. 1 BBG) oder ob sie lediglich nicht darauf ausgehen darf, die Grundordnung zu beseitigen. Letzteres dürfte für den juristischen Vorbereitungsdienst gelten und darüber hinaus ein allgemeines verfassungsrechtliches Verbot sein. Das für die Bestimmung der Treuepflicht für Rechtsreferendar*innen maßgebliche „Leitbild eines angehenden Juristen“ wird durch die Rekonzeption der FDGO somit inhaltlich präzisiert. Für die Anwendung der Zulassungsvoraussetzungen durch die Oberlandesgerichte wird deutlicher, wann sich Tätigkeiten gegen die FDGO richten und die Bewerber*innen in der Folge für das Referendariat persönlich ungeeignet sind.

Zulassungsrecht ist auch Gefahrenabwehrrecht

Auch das klarere Bild von der FDGO hilft nicht über ein weiteres, bisher kaum geklärtes Problem hinweg: Welcher Grad an Gewissheit ist zu verlangen, wenn das OLG Bewerber*innen wegen verfassungsfeindlichen Bestrebungen ablehnen will? In diesem Punkt ist dem OVG nicht zu-

zustimmen, das nach verfassungskonformer Auslegung Zweifel an der Verfassungstreue nicht ausreichen lassen will, sondern eine erwiesene „Verfassungsfeindschaft" fordert (Rn. 14). Richtigerweise kann es im Rahmen der Zulassungsentscheidung jedoch lediglich darum gehen, anhand des zurückliegenden Verhaltens der Person ihr zukünftiges Verhalten zu prognostizieren. Der Einstellungsentscheidung liegen insofern gefahrenabwehrrechtliche Maßstäbe zugrunde, sodass letztlich kein Beweis, sondern nur eine tragfähige, grundrechtssensibel durchgeführte Prognose in Bezug auf zukünftiges verfassungsfeindliches Verhalten erforderlich ist. In diesem Punkt unterscheidet sich die Zulassung zum Rechtsreferendariat nicht von der Zulassung zu anderen staatlich reglementierten Berufsfeldern, sowie dem Gefahrenabwehrrecht allgemein, wo Prognoseentscheidungen üblich sind.

Dieser Blickwinkel der Prognose darf allerdings in keinem Fall dazu führen, dass über die herabgestuften Beweisanforderungen versteckte politische Filtermechanismen implementiert werden. Bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung sind daher hohe Anforderungen an die Tatsachen zu stellen, die als Basis der Prognose eine „Verfassungsfeindlichkeit" begründen sollen. Wie bei anderen Gefahrprognosen auch ist die Bedeutung des Schutzgutes entscheidend für die Frage, welcher Grad von Gefährdung zu fordern ist. So mag die Einstellung in den Vorbereitungsdienst und die zweite Prüfung allein noch keine besonders machtvolle Position vermitteln, es wird aber jedenfalls der Zugang zu sensiblen Informationen eröffnet und regelmäßig auch eine außenwirksame Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten ermöglicht.

Der Blick ist außerdem auf Gefahren zu weiten, die abseits einer „Unterwanderung" der Justiz gegeben sind. Wer den Rechtsstaat bekämpfen, Gerichte entmachten oder sogar eigene Herrschaftsstrukturen errichten will, benötigt rechtswissenschaftlichen Sachverstand. Die wirkmächtigsten Angriffe auf die freiheitliche Demokratie dürften weniger mit roher Gewalt als mehr im Wege missbräuchlicher Nutzung gewährter Rechte zu realisieren sein. Diese Rechte zu kennen und insbesondere den Unterschied zwischen (schein)legaler Ausnutzung und offensichtlichem Missbrauch ausmachen zu können, ist eine Fähigkeit, die von der Justiz nicht in falsche Hände gegeben werden darf.

K. Ambos, S. Bock, J. Geneuss, F. Jeßberger, C. Kreß, S. Oeter, A. Paulus, S. Talmon, A. Zimmermann

Without Fear or Favour

For an Effective International Criminal Court

doi: 10.59704/eea458648230c9df

Germany played an essential role during the negotiations that led to the adoption of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) and is widely regarded as one of the most ardent supporters of the Court and the idea of a global system of international criminal justice. Not least for that reason, on 4 December 2000 Germany's Federal Parliament, the *Bundestag*, voted unanimously in favour of Germany's ratification of the Rome Statute. Two years later, the *Bundestag*, again, unanimously, adopted the German Code of Crimes against International Law and the Act on Cooperation with the International Criminal Court. Most recently, in early June 2024, the *Bundestag* adopted amendments to the Code of Crimes against International Law and accompanying legislation (for a first analysis see here and here), which, inter alia, explicitly excludes functional immunity for crimes under international law, in line with the case law of the Federal Court of Justice.

These developments indicate Germany's strong commitment to the effective enforcement of international criminal law based on the fundamental principle of equality before the law. With its ratification of the Rome Statute, Germany is also legally bound under international law to cooperate with the ICC and to execute any arrest warrants issued by the Court, regardless of the identity of the suspect in question.

This firm commitment to the global international justice system also reflects Germany's special historic responsibility as well as the general receptiveness of the German constitution for international law. However, since the Prosecutor of the ICC applied for arrest warrants not only for three Hamas leaders, but also for Israel's Prime Minister Netanyahu and Defence Minister Gallant, Germany's obligation to cooperate with the Court has been called into question in public political debate and, sporadically, in academia. The two main arguments put forward are that the ICC lacks jurisdiction over the Situation of Palestine and that the immunities of the Israeli officials concerned must be respected. None of these arguments reflects the current state of international law.

In 2021, a Pre-Trial Chamber of the ICC found that the Court may exercise its jurisdiction over international crimes committed on the territory of Palestine and by its nationals. This decision was not based on Palestine's (disputed) statehood under general international law, but on the interpretation of the term "State Party" in the Rome Statute and the fact that Palestine had ratified the Statute in 2015. Even if that interpretation was not considered to be convincing – a position taken, for example, by the German Federal Government – it is binding on States Parties to the Statute – including Germany. According to Article 119 of the Rome Statute, it is for the Court to determine its jurisdiction and to decide with binding force on the obligations of the States Parties to cooperate with the ICC which result from such determination. It must be recalled that with the exception of Australia and Canada all States Parties to the Rome Statute, including Germany, have accepted Palestine's accession to the Statute without reservation, knowing full well that only States can accede to the Statute. The State Parties have also supported Palestine's active participation in the work of the Assembly of States Parties – including its election to the Bureau of the Assembly and the payment of membership dues. Thus, there can be no question that Palestine is a State Party within the meaning of the Rome Statute. This suggests that the ICC may exercise its jurisdiction under Article 12 of the Rome Statute over all international crimes committed on the territory of Palestine (West Bank, Gaza and East Jerusalem) or by its nationals.

It must therefore be accepted that the Court has jurisdiction over any crimes committed on the territory of Palestine until the ICC decides otherwise. Against the background of the increasing number of recognitions of the State of Palestine by now more than 140 States, as well as the recent expansion of Palestine's rights in the United Nations and the general finding by the UN General As-

sembly that Palestine meets the requirements for membership in the United Nations, a change in the ICC's jurisprudence on this issue seems unlikely. It is also only on the basis of this interpretation of Article 12 of the Statute – by virtue of the principle of active personality – that the Court has jurisdiction over crimes under international law committed on Israeli territory by Palestinian members of Hamas.

The case against Omar Al-Bashir, who was wanted by the ICC for war crimes, crimes against humanity and genocide, serves as a valuable precedent with regard to the question of whether Prime Minister Netanyahu enjoys immunity. In its unanimous decision of 6 May 2019, the Appeals Chamber of the ICC concluded that Jordan – like Germany a State Party to the Rome Statute – had violated its obligation to cooperate with the Court by failing to arrest the then-serving President of Sudan when he visited Jordan to attend the Arab League summit. In its reasoning, the Appeals Chamber held that personal immunity had never been recognised in international law as a bar to jurisdiction of an international criminal court. Consequently, it was irrelevant whether the accused's State of nationality was bound by the Rome Statute or not. Just like Israel, Sudan was not a State Party to the Rome Statue; moreover, like Israel, the United States and the Russian Federation, it had made its intention clear not to become a party to the Rome Statute, thus legitimately dispensing with the duty of loyalty that arose from the prior signing of the Statute. Having found that there was no personal immunity before international criminal courts, the fact that the Security Council had referred the Sudan situation to the ICC and obliged Sudan to cooperate with the Court, was not decisive for the decision.

The jurisprudence of the ICC is in line with the finding of the International Court of Justice (ICJ) in the Arrest Warrant Case of 2002. The ICJ determined that personal immunity of high-ranking government officials does not constitute an obstacle under international law to criminal prosecution by "certain international criminal courts" and, in particular, by the ICC. Similarly, the International Military Tribunal at Nuremberg had already held in its judgment of 1 October 1946 that he "who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law." The subsequent practice of international criminal tribunals has followed this direction. International criminal courts have repeatedly exercised jurisdiction over current or former heads of States or government, whether it was the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the case of Slobodan Milošević, the Special Tribunal for Sierra Leone in the case of Charles Taylor, the Kosovo Tribunal in the case of Hashim Thaçi or the ICC in the cases against Omar Al-Bashir and, more recently, Vladimir Putin. In light of this development, the non-recognition of personal immunity, which is expressly laid down in Article 27 of the Rome Statute, has now become customary international law. This means that, in the German legal system, the rule that there is no personal immunity before international criminal tribunals prevails over ordinary (federal) law by virtue of Article 25 of the German Constitution. In addition, Section 21 of the German Courts Constitution Act, which is directly applicable in the present context, presents an excellent example of the receptiveness of the German legal order for international law. This provision provides that immunities "shall not stand in the way of execution of a request for transfer of a person in custody and for mutual judicial assistance communicated by an international criminal court established by a legal instrument that is binding on the Federal Republic of Germany." When requested to surrender a person to the ICC, Germany is thus required to attach decisive importance to any determination made by the Court with regard to the question of immunity.

Due to the exclusion of immunity before international criminal courts such as the ICC, a State Party that executes an ICC arrest warrant against a foreign head of State does not act in contravention of its obligations under customary international law immunity rules, because these rules are not applicable to the ICC and, consequently, also do not benefit affected third States (whether they are States Parties to the Rome Statute or not, like Russia and Israel). This was another point expressly recognized by the ICC Appeals Chamber in its Al-Bashir decision in the context of the application of Article 98(1) of the Rome Statute. In the event of an arrest warrant being issued, customary international law would therefore not prevent Germany from surrendering Prime Minister Netanyahu to The Hague in accordance with Section 2(1) of the Act on Cooperation with the International Criminal Court. This is why, in principle, all (public) ICC arrest warrants, including those against nationals of non-States Parties to the Rome Statute, are transmitted to all 124 States Parties ac-

companied by the request to execute them. It is exactly for that reason that President Putin did not attend the BRICS summit in August 2023 in South Africa, which, like Germany, is a party to the Rome Statute – he would have run the risk of being arrested there. In proceedings before the Pretoria High Court to determine the obligation to issue a domestic arrest warrant, the South African Government declared that it had already forwarded the ICC's request for an arrest warrant for Putin to the South African Attorney General for national implementation.

Germany, like any other State Party to the Rome Statute, would thus be obliged under international law, and would be capable under German law, to arrest any person against whom the ICC has issued an arrest warrant, be it President Putin or, in future, perhaps one of the Hamas leaders, Defence Minister Gallant or Prime Minister Netanyahu. The opposing view not only misrepresents the current state of international law, but it also contradicts the Nuremberg legacy, which must be upheld particularly by Germany. Moreover, this view disregards the public statement by the German Federal Minister of Justice that President Putin would be arrested in Germany and surrendered to the ICC. If the same were not to apply in the case of an arrest warrant for an Israeli Prime Minister, Germany would be exposed to the accusation of applying double standards and acting *à la tête du client*, depending on how close its relationship was to the home State of the person wanted.

The article was published originally in German in Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13 June 2024, p. 6

Vanessa von Wulfen, Eva Kocher

Reframing Harassment as Occupational Safety and Health Issue

ILO Violence and Harassment Convention No. 190 Enters into Force in Germany on June 14, 2024

doi: 10.59704/26e891747a028031

In 2019, the International Labor Organization (ILO) adopted the Convention No. 190 on Violence and Harassment at Work (alongside the accompanying Recommendation Nr. 206). The convention has been dubbed a milestone, since it not only contains the first international definition of violence and harassment, but also implements a duty of each member state to address this topic through "an inclusive, integrated and gender-responsive approach". This duty will apply to Germany from the 14th of June, when the convention enters into force. At the event of ratification, the German government expressed its opinion that "in order to meet the requirements of the Convention, no additions to national legislation are necessary." We will demonstrate that this does not hold true.

Regulating harassment, yet again

The need for legal regulation against violence and harassment in the workplace has been most prominently raised to German public consciousness in the 1980s. But, for example, an article from 1896 already highlighted the necessity to protect "women workers against immoral dangers at the workplace". Still, it took nearly a hundred more years for the first law against sexual harassment in the workplace – the *Beschäftigtenschutzgesetz* (BSchG) of 1994 – to be (finally) implemented. While the government praised the BSchG for being the first of its kind, the opposition was already critical of the law's effectiveness. It was – to some – thus not very surprising when a study conducted in 2002 found that the BSchG did not keep its promise on preventing sexualized harassment.

The BSchG focused on the dignity and personality rights of the harassed. This was instrumental in framing sexual harassment as a (misinterpreted) expression of sexuality. Until now, the legal understanding of sexual harassment oscillated between consensual acts on the one hand and egregious, scandalous acts of a single perpetrator deviating from the norm on the other hand. Such an individual framing of sexual harassment conceals the systemic and social dimensions of sexualized harassment.

When Germany implemented EU-Directives against discrimination in 2006, some of the BSchG's main ideas were integrated into the General Equal Treatment Act (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG). The conceptual approach chosen in the AGG most notably kept the reference towards "dignity", but reframed the topic of sexual harassment on a crucial note: The AGG acknowledged the discriminatory dimension of (sexual) harassment. This highlighted that sexualized harassment is not an individual problem, but a societal one. This framing underscored the social causes and contexts and brought the structural dimension to the fore, as a countermovement to the earlier trivialization. It took another 11 years for the Federal German Labor Court to hold that sexual harassment is not an expression of "sexually determined lust", but instead "of hierarchies and the exercise of power". This decision finally acknowledged the new conceptual approach of the AGG.

However, the approach implemented in the AGG also came with some limitations. Mainly, it attends to the individual harassed person's situation *after* a harassment has occurred. It grants the individual multiple rights, most notably the right to complain (Sec. 13 AGG). However, not all workers have the legal consciousness or the financial safety net to come forward with a complaint. When they do, they are oftentimes not believed, a phenomenon aptly coined in the belittling colloquial phrasing of the "he said, she said"-dilemma. Workers are thus not only silencing themselves, but – when speaking up – not being listened to. In 2021, a study showed that only half of the companies have implemented an internal complaint mechanism while every fifth worker experiences psycho-

logical violence and harassment. In total, the second law against sexual harassment in the workplace has been effective in raising problem awareness, but not so much in solving the problem.

Making it preventable

The ILO saw the need for further regulation. The new convention obliges each member state to "respect, promote and realize the right of everyone to a world of work free from violence and harassment" (Art. 4(2)) and to "adopt, in accordance with national law and circumstances and in consultation with representative employers' and workers' organizations, an inclusive, integrated and gender-responsive approach for the prevention and elimination of violence and harassment in the world of work" (Art. 4(2)). To do so, the convention builds on existing framework in equality and non-discrimination law, but adds a labor and employment layer to it. Most specifically, it builds on occupational safety and health (OSH) instruments for effective prevention. This conceptual shift will, if taken seriously, require effective company policies to prevent violence and harassment.

Firstly, the convention brings into focus certain working sectors with the highest risk. It requires identifying the "sectors or occupations and work arrangements in which workers and other persons concerned are more exposed to violence and harassment" and effectively protecting the persons concerned (Art. 8(a-b))). In fact, there are sectors with a particularly high prevalence for violence and harassment. For example, sectors with important customer interaction, namely transportation or commerce, are high at risk. The workers in sectors such as agricultural fieldwork, janitorial work or care work are particularly vulnerable since they find themselves in isolated work environments during late night or early morning hours, and because they are often battling poverty. That is why scholars note that (post-)immigrant workers have to be considered vulnerable workers. By addressing sectoral solutions, the ILO convention puts precarious employment into focus, especially by combining this sectoral focus with vulnerability as addressed in Art. 6.

Secondly, the convention states that violence and harassment shall be taken into account in the management of occupational safety and health (Art. 9(1)(b)). The approach as such should be well known to the European labor lawyer, considering that the OSH Directive (and, in Germany, the OSH Act, *Arbeitsschutzgesetz*, ArbSchG) already considers all kinds of health risks and hazards, including mental hazards (Sec. 5(3) no. 6 ArbSchG mentions this explicitly since 2013). However, there are shortcomings in the implementation thereof. Although employers are already (theoretically) required to actively prevent violence and harassment with OSH tools, these risks oftentimes fall through the cracks. If implemented, however, such an OSH approach could empower workers since they have the right to assist in the prevention of violence and harassment in the world of work. This participatory design would allow for workers to bring in their experiences.

These two requirements of the convention are indicative of a subtle, but decisive shift in the conceptualization of violence and (sexualized) harassment. The channeling of violence and (sexualized) harassment into the specific institutional form of an OSH approach makes it possible to think of the topic as something preventable. Instead of relying on vulnerable workers to proactively make a complaint, this OSH approach makes clear that instead, employers have a proactive duty to prevent violence and harassment in the first place. This reframing brings further OSH actors to the stage, such as safety and medical experts as well as Works Councils and other worker representatives, and lastly, state supervisory authorities.

Getting there

In order for this promising approach to be implemented, the ratification act by the German government could have been more concrete. We politely disagree with the German government's assessment that no further implementation is necessary. Instead, we argue that the ILO Convention requires additional legislative measures. If one were to take the "inclusive, integrated and gender-responsive" approach required by the convention seriously, both the AGG and the ArbSchG would need an adaptation.

First, this concerns definitions. In German law, violence and harassment are addressed in two different acts, the AGG and the ArbSchG, while only the AGG contains a definition. When comparing it to the definition of violence and harassment set forth in Art. 2 of ILO convention No. 190, differences emerge. The convention requires the violent and/or harassing behavior to be unacceptable without the need to prove it was unwanted, and therefore does not assume a subjective element on the part of

the perpetrator. This moves the concept further towards objective criteria, thus lowering the threshold for the claimant worker. The risk-focused approach also includes threats of violent and/or harassing behavior to suffice, allowing workers to come forward before having been subjected to violence or harassment, again lowering the threshold. As for the severity of the behavior, the definition in the convention clearly states that a single occurrence of harassment is enough. Lastly, the harms mentioned in the convention's definition focus on the actual and potential harms suffered by harassed workers, namely physical, psychological, sexual and economic. The definitions proposed in Sec. 3(3), (4) AGG do not align with the standards set forth in this definition.

Secondly, as for ArbSchG, a clarification in relation to violence and harassment would be useful. While it holds true that does the ratification act formally complies with the standards set forth in the Convention, an effective implementation would give a clearer nudge in this direction. An analysis from 2023 showed that in the past OSH has hardly been used as an instrument against violence and harassment at work, although it was well possible. Scholars have repeatedly noted that OSH actors have overlooked or underrated gender issues (see here, here and here), which highlights the need for gender-sensitive approaches. While there are some promising responses from the relevant actors in this field (most notable from the Employer's Liability Insurance Association for Health Service and Welfare Care (*Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege*) for health workers and the German Social Accident Insurance (*Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung*) for emergency personnel, to name a few), the inclusion of most notably gender-based violence and harassment into OSH policies will not occur over night. Since no sector can claim to be free from violence and harassment, it will take many actors to get active. In order for effective prevention to occur through OSH tools, the responsible actors, in particular companies, would have profited from specific indications on how to comply.

While Art. 2 of the complementing recommendation allows the member states to address violence and harassment in the world of work in the following domains of "labour and employment, occupational safety and health, equality and non-discrimination law, and in criminal law, where appropriate", it requires an "inclusive, integrated and gender-responsive approach". The German government did not fulfill the criteria of this approach by merely pointing towards existing legal frameworks. We strongly urge to tackle these issues on a legislative basis. Now would be the ideal moment to do so. Implementing the convention's approach explicitly into German law would shift the focus away from vulnerable individuals towards the duty of the employer to prevent violence and harassment. It would also grant agency to the workers to transform their working conditions. In bringing unsafe working conditions to the fore, the OSH could be deemed the best approach yet, in regulating harassment at work.

Isabelle Hassfurther

Gelungene Änderungen und verpasste Chancen

Zur Reform des deutschen Völkerstrafrechts

doi: 10.59704/416a9620aadee340

Am 6. Juni 2024 hat der Deutsche Bundestag nach einer letzten Aussprache das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts verabschiedet (BTag Drs. 20/9471, 20/10015, 20/10131 Nr. 1.21, in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung, 20/11661). Das Gesetzgebungsverfahren angestoßen hatte am 23. Februar 2023 Justizminister Marco Buschmann mit einem Eckpunktepapier zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts. Erklärte Ziele der Gesetzesänderungen sind „Strafbarkeitslücken zu schließen, Opferrechte zu stärken und die Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Urteile zu verbessern". Die nun erfolgte Völkerstrafrechtsreform setzt breit an. Wichtige Änderungen betreffen sowohl materiell-rechtliche als auch prozessuale Aspekte, reformiert werden Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB), des Strafgesetzbuches (StGB), der Strafprozessordnung (StPO), des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) sowie des Bundeskriminalamtsgesetzes.

Die Reform war lange überfällig. Das Völkerstrafgesetzbuch ist nunmehr seit mehr als 20 Jahren in Kraft und nach Jahren ohne Anwendung hat sich zuletzt eine – auch international bedeutsame – Rechtspraxis entwickelt. Deutsche Gerichte und Strafverfolgungsbehörden haben mit erfolgreichen Verfahren wegen syrischer Staatsfolter und IS-Verbrechen Rechtsgeschichte geschrieben. Zugleich hat die Praxis auch gezeigt: Der bisherige Rechtsrahmen weist Lücken auf. Völkerstrafrechtswissenschaftler*innen und zivilgesellschaftliche Organisationen haben sich vor diesem Hintergrund seit Jahren für eine Überarbeitung eingesetzt.

Die Reform führt im Sinne der erklärten Ziele tatsächlich zur Schließung von Strafbarkeitslücken. Inwiefern Völkerstrafverfahren für die Überlebenden selbst und für die Zivilgesellschaften der Tatortstaaten langfristig zugänglicher werden, liegt nun allerdings im Ermessen der Gerichte und bleibt abzuwarten.

Two steps forward: Strafbarkeitslücken schließen und Breitenwirkung völkerstrafrechtlicher Urteile verbessern

Durch eine Reihe von begrüßenswerten Änderungen der Rechtsgrundlagen für die strafrechtliche Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen werden Strafbarkeitslücken geschlossen. Insbesondere die Ergänzungen und Änderungen der Tatbestände zur Ahndung sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt sind positiv hervorzuheben. Zum einen werden die Vorschriften, die sexualisierte Gewalt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB n.F.) oder als Kriegsverbrechen (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB n.F.) unter Strafe stellen, an die Maßstäbe des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) angepasst. Sexuelle Sklaverei steht nun gesondert unter Strafe und auch das Gefangenhalten eines unter Anwendung von Zwang geschwängerten Menschen ist nicht mehr nur dann strafbar, wenn es in der Absicht geschieht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen, sondern auch dann, wenn es zur Begehung anderer Völkerstraftaten geschieht. Nicht zuletzt das Urteil des IStGH gegen den wegen erzwungener Schwangerschaft verurteilten Rebellenführer Dominic Ongwen, der schwangere Frauen gefangen hielt, um sie zu einem Leben als seine „Ehefrauen" zu zwingen und weiter vergewaltigen, foltern und sexuell versklaven zu können, illustriert, dass ohne diese Tatbestandsalternative Strafbarkeitslücken entstehen (zu weiteren Beispielen ECCHR, S. 19). Indem der selbst im deutschen Strafrecht längst überholte Begriff der „sexuellen Nötigung" durch den „sexuellen Übergriff" ersetzt – und damit auf den entgegenstehenden Willen der Betroffenen anstelle eines Zwangselements abgestellt wird – vollzieht der Gesetzgeber einen wichtigen Schritt hin zu einem modernen, menschenrechtlichen Verständnis des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung (so auch

Leonie Steinl/Tanja Altunjan). So können nun auch Fälle sexualisierter Gewalt erfasst werden, die unter den im Rom-Statut vorgesehenen Auffangtatbestand („jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere", Art. 7 Abs. 1(g), Abs. 2(f), Art. 8(2)(b)(xxii)) fallen. Dies bestätigt auch die Begründung des Rechtsausschusses zur geänderten Gesetzesfassung in begrüßenswerter Klarheit, indem sie auf die 2023 verabschiedete Policy on Gender-Based Crimes des IStGH-Chefanklägers Bezug nimmt und die kontext-sensible und völkerrechtskonforme Auslegung der Vorschrift vorsieht. Demnach können nun beispielsweise auch erzwungene Nacktheit oder das erzwungene Ablegen eines Kopftuches eine Strafbarkeit begründen (Begründung des Rechtsausschusses, S. 15). Ein Meilenstein ist schließlich auch die klarstellende Aufnahme der Verfolgung aus Gründen der sexuellen Orientierung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB n.F.) und die Forderung nach einem intersektionalen Ansatz bei der Auslegung der Vorschrift (Begründung des Rechtsausschusses, S. 15). Es bleibt zu hoffen, dass sich diese Reformen zukünftig auch in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden niederschlagen werden (dazu bezüglich des Verfahrens wegen Genozids zulasten der Jesid*innen vor dem OLG Frankfurt kritisch Alexandra Lily Kather/Alexander Schwarz).

Ebenfalls überfällig waren die Reformen zum Verbrechen des Verschwindenlassens, die – endlich – wenigstens teilweise Deutschlands Verpflichtungen aus dem Internationalen Abkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen umsetzen (siehe die diesbezügliche Rüge des UN Committee on Enforced Disappearances). Hinsichtlich des Verschwindenlassens als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 7(a) VStGB n.F.) erfolgte die Streichung der Voraussetzung einer – häufig höchst riskanten und sinnlosen – Nachfrage der Bezugsperson nach dem Verbleib der Verschwundenen. Diese Reform wurde von der Zivilgesellschaft bereits seit Jahren gefordert. Im vom ECCHR begleiteten Al-Khatib-Verfahren führte das Nachfrageerfordernis etwa dazu, dass eine Verurteilung wegen Verschwindenlassens als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht möglich war, obwohl es sich dabei um ein charakteristisches Verbrechen des syrischen Regimes handelt (ECCHR, Das Al-Khatib-Verfahren in Koblenz, S. 104). Dasselbe gilt für die Ersetzung der Absicht, die Betroffenen „für längere Zeit" dem Schutz des Gesetzes zu entziehen. Hierfür reicht nun die Absicht, dies „nicht nur kurzzeitig" zu tun. Dadurch soll klargestellt werden, dass keine bestimmte Dauer des Verschwindenlassens beabsichtigt werden muss (Begründung des Rechtsausschusses, S. 15). Schließlich wird auch durch die Einführung eines eigenständigen Tatbestands des Verschwindenlassens in § 234b StGB, der das spezifische Unrecht dieses Verbrechens abbildet, der deutsche Rechtsrahmen an internationale Standards angeglichen (dazu auch Kai Ambos). § 7 Abs. 1 Nr. 7(a) VStGB sieht allerdings weiterhin das Erfordernis einer Freiheitsberaubung „in schwerwiegender Weise" vor, was den deutschen Verpflichtungen aus dem Übereinkommen widerspricht (dazu auch Deutsches Institut für Menschenrechte, S. 5). Warum vor dieser Änderung Halt gemacht wurde, ist nicht nachvollziehbar – zumal aus einem abgelehnten Änderungsantrag der CDU/CSU-Fraktion hervorgeht, dass die Streichung Gegenstand der Diskussion gewesen sein dürfte (BT Drs. 20/11668).

Durch eine Anpassung in letzter Minute hat der Gesetzgeber ferner klargestellt, dass Funktionsträger*innen anderer Staaten, egal welchen Ranges, sich vor deutschen Gerichten in Verfahren wegen Völkerstraftaten nicht auf funktionelle Immunität berufen können (§ 20 Abs. 2 GVG n.F.; dazu auf dem Verfassungsblog und in der Sachverständigenanhörung Kai Ambos sowie Claus Kreß). Zwar galt dies bereits nach der bisherigen Rechtslage (vgl. BGH Beschluss v. 21. Februar 2024, Az. AK 4/24, Rn. 53; so beispielsweise auch der Paris Cour d'Appell am 6. Juni 2024). Es oblag aber den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden, diesen völkergewohnheitsrechtlich etablierten Umstand zu begründen. Die Anerkennung durch den Gesetzgeber führt daher zu Rechtsklarheit – und hoffentlich auch dazu, dass die Bundesregierung sich international eindeutiger gegen funktionelle Immunität bei internationalen Verbrechen einsetzen wird als bisher (kritisch zu der deutschen Position bezüglich der ILC Draft Articles on Immunity of State Officials siehe ECCHR, Keine Immunität für Völkerstraftaten und Kai Ambos).

Eine ebenfalls erst zuletzt aufgenommene Änderung betrifft Kriegsverbrechen gegen die Umwelt. Militärische Angriffe, bezüglich derer der Täter sicher erwartet, dass sie weitreichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen werden, die zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil außer Verhältnis stehen , werden nunmehr auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt unter Strafe gestellt (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 VStGB n.F.). Die Ausweitung des Anwendungsbereichs kann aller-

dings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen so hoch, unklar und zudem mit derartigen Beweisschwierigkeiten verbunden sind, dass eine Strafverfolgung nur im Ausnahmefall möglich erscheint (dazu Anne Dienelt). Der Tatbestand beruht dabei auf der im Rom-Statut enthaltenen Regelung (Art. 8(2)(b)(iv)). Die Anregung an die Bundesregierung, mit IStGH-Vertragsstaaten auf eine Änderung dieser Vorschrift hinzuarbeiten (Begründung des Rechtsausschusses, S. 16), ist daher nachdrücklich zu unterstützen, um so auch eine solide Rechtsgrundlage für die Absenkung der Strafbarkeitsvoraussetzungen nach nationalem Recht zu schaffen.

Zwei weitere Änderungen, die gerade in Völkerstrafverfahren von großer Bedeutung sind, betreffen die Dokumentation und die Ermöglichung sprachlicher Teilhabe. Verfahren wegen internationaler Verbrechen, die Grundwerte der internationalen Gemeinschaft verletzen, haben Bedeutung über Deutschland hinaus. Es ist daher zentral, diese festzuhalten und international zugänglich zu machen – gerade auch den Angehörigen der Zivilgesellschaft des Tatortstaates, in dem durch die rechtliche Aufarbeitung politische und gesellschaftliche Transformationsprozesse unterstützt werden können. Vor diesem Hintergrund wird zum einen in § 169 Abs. 2 S. 1 n.F. GVG klargestellt, dass Gerichte Aufnahmen von Verfahren von „herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung" zu historischen und wissenschaftlichen Zwecken zulassen können, ohne dass dabei ein Bezug zu Deutschland bestehen muss. Zum anderen dürfen sich Medienvertreter*innen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, einer Verdolmetschung bedienen und das Gericht kann ihnen eine vorhandene Verdolmetschung zur Verfügung stellen (§ 185 Abs. 4 GVG n.F.). Damit wird der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Al-Khatib-Verfahren zu Staatsfolter in Syrien Rechnung getragen, wonach ein Recht auf gleichberechtigte reelle Teilhabe an den Berichterstattungsmöglichkeiten zu berücksichtigen ist (Beschl. v. 18. August 2020, 1 BvR 1918/20, Rn. 11). Ob von diesen Neuerungen Gebrauch gemacht wird, ist in das Ermessen des Gerichts gestellt, wobei der Gesetzgeber in der Begründung klarstellt, dass dies regelmäßig geschehen soll, sofern keine gewichtigen Gründe entgegenstehen (Begründung des Rechtsausschusses, S. 19, 21). Auch die vom Bundesministerium der Justiz angekündigte Übersetzung von Urteilen in die englische Sprache unterstützt diese Zielsetzung und sollte auf Pressemitteilungen zu anderen prozessualen Entwicklungen von Öffentlichkeitsinteresse erstreckt werden (ECCHR, S. 26).

One step forward, half a step back: Betroffenenrechte stärken?

Einen maßgeblichen Schritt zur Stärkung der Teilhabemöglichkeiten von Überlebenden an Völkerstrafverfahren stellt die Einführung einer Nebenklagebefugnis dar. Nach § 395 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 4a StPO n.F. können sich Personen einem Strafverfahren anschließen, die durch Taten nach §§ 6 bis 8 und 10 bis 12 VStGB verletzt wurden. Hierunter fallen Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und eine Vielzahl an Kriegsverbrechenstatbeständen. Aus der Nebenklagebefugnis ergeben sich auch Ansprüche auf anwaltlichen Beistand (§ 397a StPO) sowie auf psychosoziale Prozessbegleitung (§ 406g Abs. 3 S. 1 StPO). Auch diese Änderung ist seit langem gefordert worden und dringend nötig, um den Überlebenden von Makroverbrechen von besonderer Schwere die Möglichkeit zu geben, zur Aufarbeitung aktiv beizutragen und einer Sekundärviktimisierung entgegenzuwirken. Durch die Einführung der Nebenklagebefugnis können auch bizarre Situationen wie im Verfahren gegen die IS-Rückkehrerin Jennifer W. vor dem OLG München vermieden werden. In diesem Verfahren wurde die Beihilfe zum Völkermord an den Jesid*innen gem. § 154a StPO ausgeschieden, wozu sich die Nebenklägerin trotz der zentralen Bedeutung dieses Anklagepunktes für ihr Genugtuungsinteresse nicht äußern konnte, weil sie in Bezug auf diesen Tatbestand nicht nebenklagebefugt war.

Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber in Bezug auf die Nebenklagebefugnis bei Völkerstrafverfahren allerdings einige Beschränkungen aufgenommen, die weder erforderlich noch rechtspolitisch nachvollziehbar sind. Dies gilt zunächst in Bezug auf den Umstand, dass Betroffenen von Kriegsverbrechen gegen das Eigentum (§ 9 VStGB) der Zugang zur Nebenklage verwehrt bleibt, obwohl dieser Tatbestand etwa in Verfahren gegen IS-Rückkehrer*innen bereits mehrfach angeklagt wurde, also von praktischer Relevanz ist und beispielsweise der Entzug von Wohnhäusern – insbesondere in einem bewaffneten Konflikt – die Existenz gefährden kann. Nicht nachvollziehbar ist des Weiteren, warum die Nebenklagebefugnis in Bezug auf Völkerstraftaten im Vergleich zu anderen Straftaten zusätzlich eingeschränkt worden ist. Zum einen wird die Nebenklagebefugnis davon abhän-

gig gemacht, dass die Betroffenen in bestimmten Rechtsgütern verletzt wurden – ihrem Leben, „ihren Rechten auf körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder auf religiöse, sexuelle oder reproduktive Selbstbestimmung oder als Kind in [ihrem] Recht auf ungestörte körperliche oder seelische Entwicklung". Bei einem Abgleich mit den durch die Völkerstraftatbestände geschützten Rechtsgütern wird klar, dass diese Aufzählung erhebliche Lücken aufweist (im Detail ECCHR, S. 10 ff.). So werden etwa die Rechte auf Freiheit von rassistischer oder geschlechtsbezogener Diskriminierung nicht erfasst, die §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB schützen. Auch wird in Bezug auf Erwachsene nur die körperliche nicht aber die psychische Unversehrtheit aufgezählt, was zum Ausschluss der Nebenklagebefugnis bei psychischer Folter führen kann, sofern keine körperlichen Folgen resultieren (vgl. Begründung des Rechtsausschusses, S. 18, der wohl einen „pathologische[n] Zustand" voraussetzt) – etwa durch die erzwungene Anwesenheit bei der Folter oder Hinrichtung von Familienangehörigen (zu diesem Beispiel für eine Folterhandlung Gerhard Werle/Florian Jeßberger, Rn. 76). Zum anderen wurde in § 395 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 4a StPO der weitere Zusatz aufgenommen, dass „auch hier" ein „unmittelbarer Zusammenhang zwischen der verfahrensgegenständlichen Tat und der Rechtsgutsverletzung" verlangt wird. Insofern ist auf den ersten Blick unklar, wann von einem solchen „unmittelbaren Zusammenhang" auszugehen sein soll, wodurch zusätzliche Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte die Beschränkung als reine Klarstellung begreifen. Diese sollte – wie in der Begründung des Rechtsausschusses vorgesehen (S. 17) – unter Bezugnahme auf die auch für andere nebenklagefähige Delikte geltende Voraussetzung einer unmittelbaren Beeinträchtigung oder Schädigung durch „die Tat" ausgelegt werden (§§ 395 Abs. 1, 373b StPO) – nicht als darüber hinausgehende Hürde.

Hinsichtlich ihrer anwaltlichen Vertretung und Wahrnehmung von Verfahrensrechten als Nebenkläger*innen birgt die Gesetzesreform schließlich die Gefahr, dass sich die Rechtsstellung von Betroffenen von Völkerstraftaten verschlechtert: Nach der neuen Rechtslage können Gerichte Überlebenden von Völkerstraftaten regelmäßig dann eine*n gemeinschaftliche*n Anwält*in bestellen oder beiordnen, wenn den Taten, durch die sie verletzt wurden, der „gleiche Lebenssachverhalt" zugrunde liegt (§ 397b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO n.F.). Zwar wird zugleich gesetzlich klargestellt, dass das Gericht „zusätzlich sachnahe Kriterien im Einzelfall" berücksichtigen kann, wodurch es unterschiedlichen Formen der Betroffenheit von Nebenkläger*innen Rechnung tragen kann. Auch insofern liegt es nun aber bei den Gerichten, ob sie tatsächlich von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und Kriterien wie die Betroffenheit unterschiedlicher Individualrechtsgüter, den Grad der Traumatisierung oder Gender/Geschlecht Überlebender berücksichtigen, um zu bestimmen, ob tatsächlich gleichgelagerte Interessen i.S.d. § 397b Abs. 1 S. 1 StPO vorliegen und die gemeinschaftliche Vertretung sachgerecht erscheint. Andernfalls würden Überlebende von Völkerstraftaten gegenüber Überlebenden in anderen Großverfahren pauschal benachteiligt, in denen nach § 397b StPO a.F. ebenfalls bereits eine Poolung der anwaltlichen Vertretung möglich ist, aber kein Regelbeispiel vorgesehen wird. Aus der gemeinschaftlichen Nebenklagevertretung resultiert auch eine zusätzliche Einschränkung von Verfahrensrechten, die nur durch den bestellten oder beigeordneten Beistand, also im Gegensatz zu anderen Nebenkläger*innen grundsätzlich nicht durch die Überlebenden selbst und auch nicht durch einen Wahlbeistand ausgeübt werden können (§ 397b Abs. 4 StPO n.F.). Zwar kann das Gericht den Nebenkläger*innen in Völkerstrafverfahren gestatten, auch bei gemeinschaftlicher Vertretung selbst den Schlussvortrag zu halten, der häufig ein zentrales Mittel für die Betroffenen darstellt, um die eigene Sichtweise außerhalb der Rolle als Zeug*in äußern zu können. Auch die Gestattung der Schlussvorträge liegt aber im Ermessen des Gerichts. Verfassungsrechtlich erscheint sehr fragwürdig, inwiefern diese Beschränkung bezüglich des Wahlbeistandes mit dem Recht auf eine faires Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs 3 GG vereinbar ist (siehe dazu im Detail ECCHR, S. 19 f.). Zusammenfassend bleibt demnach abzuwarten, wie mit diesen möglichen Einschränkungen umgegangen werden wird. Zur Stärkung der Betroffenenrechte tragen sie aber jedenfalls nicht bei.

Das vergessene Ziel: Selektivität und Doppelstandards entgegenwirken

Ernüchternd ist schließlich, dass die Reform mögliche Einfallstore für eine Politisierung von Einstellungsentscheidungen nicht adressiert hat. So bleibt das Einstellungsermessen des Generalbundesanwalts in Bezug auf

Völkerstraftaten, die im Ausland begangen wurden und bezüglich derer sich „der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist“, nur in absoluten Ausnahmefällen gerichtlich überprüfbar (im Detail ECCHR, S. 16 ff.). Die vom ECCHR vorgeschlagene Begrenzung des Ermessens wenigstens für Fälle, in denen deutsche Staatsangehörige und in Deutschland lebende Personen durch Völkerstraftaten verletzt wurden, wurde nicht berücksichtigt. Auch das externe Weisungsrecht des Bundesministeriums der Justiz gegenüber dem Generalbundesanwalt bleibt bestehen (§ 147 GVG). Der diesbezüglich kürzlich vorgelegte Referentenentwurf sieht zwar vor, dass „justizfremde Erwägungen“ unzulässig sein sollen, erläutert dann aber, dass „übergeordnete politische Überlegungen, deren Berücksichtigung im Einklang mit den Straf- und Verfahrensvorschriften“ ebenso wie „Anweisungen zu streitigen oder ungeklärten Rechtsfragen“ zulässig bleiben sollen. Inwiefern Völkerstrafrecht tatsächlich unterschiedslos und frei von politischen Erwägungen angewendet wird, ist damit weiterhin nicht nachprüfbar. Dieser Umstand gefährdet die Legitimität der deutschen Bemühungen um die Aufrechterhaltung völker(straf)rechtlicher Normen in anderen Bereichen. Hier ist daher nach wie vor Abhilfe nötig.

Fazit

Das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts stellt eine in vielen – insbesondere materiell-rechtlichen – Punkten wichtige und gelungene Reform des Rechtsrahmens für die Ahndung von Völkerstraftaten in Deutschland dar. Insbesondere was die Stärkung der Beteiligung von Überlebenden und die Dokumentation dieser Verfahren von zentraler zeitgeschichtlicher und gesellschaftlicher Bedeutung angeht, liegt der Ball nun aber im Feld der Gerichte. Diesen obliegt es, durch die Anwendung der Ermessenvorschriften in der Praxis den Überlebenden dieser schwersten Straftaten tatsächlich eine Stimme zu verleihen, ihre angemessene anwaltliche Vertretung zu gewährleisten und das Informationsbedürfnis der Zivilgesellschaften der Tatortstaaten zu berücksichtigen.

Darüber hinaus muss es weiterhin ein zentrales Anliegen bleiben, die gleiche Anwendung des Rechts auf alle zu gewährleisten und Doppelstandards entgegenzuwirken. Ansonsten wird auch die Legitimität der Völkerstrafverfahren gefährdet, die deutsche Gerichte in Anwendung des neuen Gesetzes in Zukunft führen werden. Zurzeit werden vor allem Verfahren zu Syrien sowie zu Verbrechen von IS-Rückkehrer*innen geführt und zu Verbrechen, die im Rahmen des Aggressionskrieges gegen die Ukraine begangen werden, ermittelt. Diese Schritte sind begrüßenswert. Mit derselben Aufmerksamkeit sollte auch anderen Konflikten weltweit begegnet werden, die in der Ermittlungspraxis der Bundesanwaltschaft derzeit keine Berücksichtigung finden.

Eine englischsprachige, geringfügig längere Version des Beitrags ist auf Opinio Juris erschienen.

Andreas Gutmann, Jenny García Ruales

Von Flüssen und Dieselabgasen

Rechte der Natur am LG Erfurt

doi: 10.59704/6dd944881e76b817

Rechte der Natur sind eine derzeit viel diskutierte Reaktion auf die multiplen Umweltkrisen. Immer häufiger finden solche Rechte, seien es Rechte von Flüssen, Wäldern oder einzelnen Tieren, Eingang in konkrete Gerichtsverfahren. In den letzten Wochen fanden tausende Kilometer voneinander entfernt zwei derartige mündliche Verhandlungen statt. In Ecuador – dem bislang einzigen Land, das der Natur in seiner Verfassung eigene Rechte zuspricht – reichten Aktivist*innen öffentlichkeitswirksam eine Klage im Namen des unter Verschmutzung leidenden Machángara Fluss in Quito ein. In Deutschland verhandelte das Landgericht Erfurt, ob aus der EU-Grundrechtecharta abzuleitende Rechte der Natur in den Dieselabgasfällen eine Rolle spielen könnten. Zwischen diesen Fällen bestehen trotz ihrer offensichtlichen Unterschiede gewisse Verbindungslinien. Rechte der Natur – so zeigt sich – können zwar in äußerst verschiedenen Konstellationen zum Tragen kommen, sind jedoch stets in internationale Entwicklungen eingebunden.

Der Río Machángara

In Ecuador sprechen die Artikel 10 und 71-74 der Verfassung der Natur oder *Pacha Mama* Rechte zu (ausf. Gutmann). Hieraus folgt, dass unterschiedliche Ökosysteme und ihre Bestandteile Rechte haben und diese gerichtlich einfordern können. Zur Anerkennung der Natur mit Rechten gehört auch die Anerkennung unterschiedlicher Umgangsformen mit der Natur (vgl. dazu García Ruales).

In Ecuador hat sich die Rechtsprechung in den letzten Jahren stark ausdifferenziert und etwa eine Verletzung der Rechte eines Nebelwaldes (dazu hier und hier), zweier Frösche (Langnasenstummelkröte (*Atelopus longirostris*) und Confusing Rocket Frog (*Etopoglossus confusus*) (dazu García Ruales/Gutmann, S. 28 ff.)), der Äffin Estrellita (*Lagothrix lagothricha*) (dazu hier und hier), Flüssen wie Aquepi und Monjas gerügt, während in anderen Fällen Klagen der Natur erfolglos blieben (etwa hier).



(Live-Zeichnung von Cristina Merchán, aka *Miti Miti*, vom Vortrag „Frösche, Affen, Orchideen und Flüsse gewinnen Gerichtsverfahren!“ am 5. Juni 2024 von Jenny García Ruales).

Vor einigen Wochen war der Río Machángara an der Reihe, der – wie auf der Zeichnung zu sehen ist – eine Klage einreichte, über die am 15.6. mündlich verhandelt wurde. Der Machángara war selbst in Form eines Glases mit kontaminiertem Flusswasser anwesend und wurde von einer Komparsin, Umweltschützer*innen, Künstler*innen, sozialen Kollektiven, Anwälten und ehemaligen Verfassungsrichtern (hierzu Gutmann S. 28 f.) wie Ramiro Ávila Santamaría und Agustín Grijalva sowie Mitgliedern des Indigenen *Pueblo* Volkes Kitu Kara, die noch in Quito leben, begleitet. Geklagt wurde im Namen des Río Machángara und seiner Zuflüsse sowie der drei Millionen Einwohner*innen Quitos.

In Quito kennen die Einwohner*innen der letzten Generationen den Machángara nur als kranken, verschmutzten und leblosen Fluss. Zuletzt zeigte dies der Dokumentarfilm *La vida de un río* von Jorge Anhalzer, der die Verbindung und das Leben des Flusses sowie die verschiedenen Formen betonte, die er auf seiner Reise annehmen kann. Den Río Machángara zu schützen bedeutet, das Leben der Flüsse zu schützen, die er speist.

Der Río Machángara möchte also den Schritten der Frösche, der Äffin und der anderen Flüsse folgen und „wieder nach Minze riechen", wie der Anwalt und ehemalige Verfassungsrichter Ramiro Ávila Santamaría im Verfahren den Dichter Jorge Carrera Andrade zitierte.

Ein Novum

Jedenfalls äußerlich weniger spektakulär ging es bei einer mündlichen Verhandlung des LG Erfurt am 6. Juni in einem der unzähligen Diesel-Abgasfälle zu.

Dabei handelte es sich vermutlich um das erste Mal, dass Rechte der Natur Gegenstand einer mündlichen Verhandlung vor einem deutschen Gericht waren. Zwar gab es in der Vergangenheit bereits erfolglose Versuche, Rechte der Natur aus dem bestehenden Recht abzuleiten. Im Jahre 1988 hatte das VG Hamburg einen gegen die Genehmigung von Abfallverklappung auf hoher See gerichteten Antrag der Robben der Nordsee zurückgewiesen (NVwZ 1988, 1058, dazu Schröter/Bosselmann, ZUR 2018, 195). 2021 nahm das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde männlicher Ferkel, die sich gegen ihre betäubungslose Kastration wehrten, nicht zur Entscheidung an (1 BvR 2612/19, dazu Mühre). Weder die Robben noch die Ferkel hatten jedoch ihren *Day in Court* bekommen. Während im Falle der Ferkel mangels einer Begründung über die Motive der Karlsruher Richter*innen nur gemutmaßt werden kann, erfolgte die Abweisung in Hamburg in wenigen apodiktischen Zeilen. Keine inhaltlichen Erkenntnisse über eine mögliche Existenz von Rechten der Natur in der deutschen Rechtsordnung ergeben sich auch aus einer etwas kuriosen (Gegenstand war eine Geldbuße wegen Wildpinkelns in die Ostsee) Entscheidung des AG Lübeck. Dieses hatte in einem *obiter dictum* ausgeführt: „Der Mensch hat unter den Weiten des Himmelszeltes nicht mindere Rechte als das Reh im Wald, der Hase auf dem Feld oder die Robbe im Spülsaum der Ostsee" (Rn. 15). Zur Herleitung dieser Rechte und deren Auswirkung auf den konkreten Fall schweigt das Gericht jedoch.

Rechte der Natur in der Grundrechecharta?

Das LG Erfurt betritt also Neuland. Das Gericht hatte die Frage nach Rechten der Natur bereits in Vorlagebeschlüssen an den EuGH thematisiert und umfassend begründet (hier und hier). Das Gericht ist der Überzeugung, dass sich solche Rechte bereits *de lege lata* aus der EU-Grundrechtecharta herauslesen lassen, selbst wenn das Thema – wie der Richter zu Beginn der Verhandlung einräumte – möglicherweise „esoterisch" klingen möge. Die Grundrechtecharta ist in den unionsrechtlich determinierten Dieselfällen anwendbar. Die von ihr gewährten Grundrechte seien – so das LG Erfurt – „ihrem Wesen nach auf die Natur und einzelne Ökosysteme – ökologische Personen – anwendbar" (Rn. 21). Hierfür spreche neben der Dringlichkeit der ökologischen Krise auch Art. 37 GrCH, der ein hohes Umweltschutzniveau fordert (Rn. 21). Der Begriff der „Person", wie ihn die Charta verwendet, könne auch ökologische Personen umfassen (Rn. 35 ff.). Eine solche Ansicht ist nach dem Wortlaut der Charta gut vertretbar (Fischer-Lescano ZUR 2018 205 (215)). Es handelt sich auch nicht um den ersten Fall, in dem Gerichte Rechte der Natur aus Verfassungsdokumenten herauslesen, welche diese jedenfalls nicht explizit vorsehen. So hatte etwa bereits im Jahr 2016 das kolumbianische Verfassungsgericht aus einer Gesamtschau des ökologischen Charakters der kolumbianischen Verfassung von 1991 eine subjektive Berechtigung für den Atrato Fluss abgeleitet. Vor kurzem begründete ein peruanisches Instanzgericht auf vergleichbare Weise Rechte für den Marañon Fluss (hierzu Lorber). Auf diese und andere Fälle, darunter das bereits erwähnte Los Cedros-Urteil sowie die Diskussionen über Rechte der Natur in der Literatur bezog sich das LG in der mündlichen Verhandlung, wie auch schon in den Vorlagebeschlüssen (ausf. Rn. 43). Besondere Betonung fand, dass mit der spanischen Salzwasserlagune Mar Menor kürzlich auch ein erstes europäisches Ökosystem mit Rechten ausgestattet wurde (hierzu Vicente Giménez/Salazar Ortuño; Soro Mateo/Álvarez; Fuchs; Mühre), das Konzept also in Europa Fuß fasse.

Objektive Wertordnung

Obwohl das LG Erfurt seine Überlegungen in eine globale Entwicklung (Übersicht bei Putzer et al.) einordnet, ist der Fall innerhalb des Trends zu Rechten der Natur außergewöhnlich. In den meisten Fällen werden hier die Rechte von einzelnen Ökosystemen wie Flüssen oder Wäldern, die von Umweltschädigungen betroffen sind, eingeklagt. In den Erfurter Gerichtssaal gelangen die Rechte der Natur demgegenüber durch die Hintertür. Das Gericht ist der Überzeugung, dass solche Rechte in den Diesel-Fällen schutzverstärkend zugunsten der geschädigten Autokäufer*innen wirksam werden können. Schließlich schädigt eine illegale Abschaltsoft-

ware nicht nur die Käuferin, sondern auch die natürliche Umwelt. Deren Interessen sollen nun im Sinne eines *private enforcement* gegen die betreffenden Automobilkonzerne durchgesetzt werden. Rechte der Natur begründen demnach eine „objektive Wertordnung" und strahlen in die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten aus. Solche Auswirkungen von Rechten der Natur auf privatrechtliche Beziehungen wurden – soweit ersichtlich – bislang weder von Gerichten noch von der Wissenschaft vertieft bearbeitet, obwohl etwa in Ecuador sogar eine unmittelbare Drittwirkung von verfassungsrechtlichen Grundrechten besteht, die sich auch auf die Rechte der Natur bezieht. Letztlich ist es aber konsequent, dass Rechte der Natur, insbesondere wenn sie wie im Falle des LG Erfurt durch die Übertragung bereits bestehender menschlicher Grundrechte auf die Natur begründet werden, auch die Dogmatik der menschlichen Grundrechte teilen, mithin auch Teil der grundrechtlichen objektiven Wertordnung werden.

Naturschutz durch Dieselfahrer*innen?

Im jüngst in Erfurt verhandelten Fall führt das *private enforcement* von Rechten der Natur im Rahmen privatrechtlicher Schadensersatzklagen allerdings zu einem zunächst merkwürdig anmutenden Ergebnis, auf das auch die Anwältin der Beklagten hinwies. Beim Streitgegenstand des konkreten Falls handelt es sich um ein hochmotorisiertes Fahrzeug der Oberklasse. Dass nun ausgerechnet die Käufer*innen sprithungriger Dieselfahrzeuge, für die Umweltschutzgesichtspunkte bei der Kaufentscheidung typischerweise eine nachgeordnete Rolle spielen, als Sachwalter*innen der Natur vor Gericht erscheinen, ist jedenfalls nicht frei von jeglicher Ambivalenz. Gleichzeitig folgt die Möglichkeit solcher Konstellationen konsequenterweise aus einer objektiven Funktion von Rechten der Natur. Diese entfaltet ihre Wirkung gerade ungeachtet hehrer Motive der jeweiligen Kläger*innen.

Im konkreten Fall ging es letztlich nur noch um die Höhe des Schadensersatzes. Nach dem Urteil des BGH vom 26.6.2023 steht geschädigten Dieselkäufer*innen, sofern keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB, sondern lediglich eine fahrlässige Schädigung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung vorliegt, im Rahmen des „kleinen Schadensersatzes" ein Anspruch in Höhe von 5 bis 15% des Kaufpreises zu (Rn. 80). Ausdrücklich führt der BGH aus, dass diesem Anspruch auch eine Abschreckungsfunktion zukomme (Rn. 81). Bei der Bemessung des konkreten Schadensersatzes innerhalb des Fensters von 5 bis 15 % habe das Gericht „das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen" (Rn. 84). Dass sich das Gewicht des Rechtsverstoßes erhöht, wenn nicht nur die betreffende Käuferin, sondern auch die Natur in subjektiven Rechten verletzt wurde, scheint naheliegend.

Dass Rechte der Natur nun ausgerechnet in einem Diesel-Fall ihren Weg vor ein deutsches Gericht finden, ist noch aus einem weiteren Grund bemerkenswert. So wird hierzulande fast reflexhaft gegen jede Ausweitung des gerichtlichen Umweltschutzes – und somit auch gegen Rechte der Natur – das Argument einer drohenden Klageflut und daraus folgenden Überlastung der Gerichte ins Feld geführt. In Ecuador ist eine solche durch Rechte der Natur ausgelöste Klageflut bislang nicht zu verzeichnen (kritisch Koehn/Nassl). Demgegenüber haben gerade die deutschen Autohersteller durch ihre missbräuchlichen Praktiken eine Klageflut geradezu biblischen Ausmaßes ausgelöst, die das Gerichtssystem zwar erheblich belastet, jedoch nicht zum Zusammenbruch gebracht hat.

Schluss

Ob der Río Machángara Recht bekommt und wie sich die Rechtsprechung bezüglich der Rechte der Natur in Deutschland entwickelt, bleibt abzuwarten. Vielleicht wurde in einer unscheinbaren Verhandlung in einem Erfurter Dieselfall ein juristischer Samen gesetzt, der irgendwann Früchte tragen wird. Jedenfalls ist zu beobachten, dass die Debatte um Rechte der Natur, die nicht nur in der Wissenschaft (etwa hier oder hier), der Zivilgesellschaft (etwa hier oder hier) sondern auch in der Kunst (etwa hier oder hier) und journalistisch (etwa hier oder hier) intensiv geführt wird, nun auch in einem deutschen Gerichtssaal angekommen ist.

Simon Simanovski

Ein Schritt vorwärts, keiner zurück

Zur Rolle des Lieferkettengesetzes nach Inkrafttreten der Corporate Sustainability Due Diligence Directive

doi: 10.59704/73600b1441ef93e9

Am vergangenen Freitag kündigte Bundeswirtschaftsminister Robert Habeck an, das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) für zwei Jahre „pausieren“ zu wollen. Dieser Wunsch wurde nun von der CDU/CSU-Fraktion des Bundestages aufgegriffen. In einem am 11. Juni 2024 vorgestellten Gesetzentwurf fordert die Unionsfraktion eine Aufhebung des LkSG. Der Entwurf soll im heutigen Bundestagsplenum diskutiert werden. Abgestimmt wird zunächst über einen Geschäftsordnungsantrag, ohne Ausschussüberweisung unmittelbar in die zweite Lesung einzutreten (§ 80 Abs. 2 GO BT).

In Art. 1 des Entwurfs heißt es:

„Das […] Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959) wird aufgehoben“.

Sowohl der Bundeswirtschaftsminister als auch die CDU/CSU-Fraktion beziehen sich bei ihren Vorstößen auf die CSDDD, also die Europäische Lieferkettenrichtlinie, die im Mai verabschiedet wurde und seitens der EU-Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren umzusetzen ist (zu Hintergründen siehe auf diesem Blog hier). Da die CSDDD teils abweichende Regelungen zum deutschen Recht beinhalte, sei es Unternehmen nicht zumutbar, sich hierauf vorzubereiten, während sie zeitgleich den Bestimmungen des LkSG Folge leisten müssten.

An der Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit dem Europarecht bestehen erhebliche Zweifel. Diese Zweifel gründen sich auf den Harmonisierungsvorschriften der CSDDD sowie auf europäischem Primärrecht.

Das LkSG zwischen Mindest- und Vollharmonisierung

Die CSDDD ist eine Richtlinie. Das bedeutet, dass sie innerhalb einer gesetzten Frist von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden muss. Bei dieser Umsetzung stellt sich die Frage, wie mit Bestimmungen des nationalen Rechts, die den selben Sachverhalt regulieren, umzugehen ist. Müssen sie im Zuge der Richtlinienumsetzung aufgehoben werden? Können sie parallel zur Richtlinie bestehen bleiben? Oder besteht gar eine Pflicht, die existierenden Normen eines bestimmten Bereichs beizubehalten? Diese Fragen beantwortet das Harmonisierungsniveau der betreffenden Richtline.

In Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie heißt es:

> *„This Directive shall not constitute grounds for reducing the level of protection of human, employment and social rights, or of protection of the environment or of protection of the climate provided for by the national law of the Member States or by the collective agreements applicable at the time of the adoption of this Directive.“*

Die Richtlinie darf also nicht als Grundlage für eine Absenkung des Schutzniveaus von Menschen-, Arbeiter:innen- oder sozialen Rechten sowie des Umwelt- und Klimaschutzes dienen, das im nationalen Recht der Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Inkrafttretens der CSDDD bestand.

Diese Bestimmung kann auf zwei unterschiedliche Arten ausgelegt werden. Einerseits als materielles Verbot, das Schutzniveau, das vor Inkrafttreten der CSDDD bestand, abzusenken. Anderseits als Klarstellung, dass die CSDDD Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die zum relevanten Zeitpunkt bestehenden Gesetze, die den Zwecken der Richtlinie dienen, aufzuheben oder abzuschwächen.

Eine solche Verpflichtung, vor Inkrafttreten der CSDDD bestehende Gesetze aufzuheben, würde die Richtlinie überhaupt nur im Fall einer sogenannten Vollharmonisierung begründen.

Das Harmonisierungsniveau der CSDDD legt ihr Art. 4 fest. Dieser bestimmt, dass die Regelungen über die Risikoanalyse, die Präventiv- und Beendigungsmaßnahmen vollharmonisierend sind – abweichende Bestimmungen also weder nach unten noch nach oben hin erlassen werden dürfen. Im Übrigen ist es Mitgliedstaaten aber gestattet, strengere sowie spezifischere Regelungen einzuführen – dahingehend ist die Richtlinie mindestharmonisierend.

Im Zusammenhang mit diesen Harmonisierungsvorschriften muss Art. 1 Abs. 2 CSDDD gelesen werden. Dieser schickt den sonstigen Bestimmungen der Richtlinie vorweg, dass die Harmonisierungsvorschriften nicht dazu führen dürfen, dass ein bestehendes Schutzniveau abgesenkt wird. Soweit also Art. 4 Abs. 1eigentlich vorschreiben würde, dass strengere nationale Regeln bezüglich der Risikoanalyse sowie der Präventiv- und Beendigungsmaßnahmen an das Niveau der CSDDD anzupassen sind, nimmt Art. 1 Abs. 2 CSDDD solche Regeln, die schon vor Inkrafttreten der Richtlinie bestanden, von der Vollharmonisierung aus.

Dies spricht für zweitere Lesart der Vorschrift. Art. 1 Abs. 2 CSDDD friert das Schutzniveau nicht ein, sondern ermöglicht es Mitgliedstaaten lediglich, dieses Niveau beizubehalten – so sie denn wollen.

Dagegen lässt sich anführen, dass der Wortlaut der Norm, insbesondere die Formulierung *shall not*, nicht dazu passt, lediglich festzuhalten, dass die Richtlinie keine Verpflichtung zur Vollharmonisierung begründen soll. Vielmehr spricht der Wortlaut dafür, dass das nationale Schutzniveau aufgrund der Richtlinie nicht abgesenkt werden darf. Damit lässt sich festhalten, dass die Rechtmäßigkeit einer Aussetzung des LkSG zumindest unklar wäre.

Zeitlicher Bezugspunkt und tickende Uhr

Dahingehend ist zu berücksichtigen, dass die CSDDD zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrags noch nicht in Kraft getreten ist, und Art. 1 Abs. 2 daher seinen zeitlichen Bezugspunkt noch nicht gefunden hat. Gemäß Art. 38 CSDDD geschieht dies am 20. Tag nach Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt der EU. Diese Veröffentlichung hat bisher nicht stattgefunden. Für die Akteure, die das für sie erreichbare Mindestmaß an Menschenrechtsschutz anstreben, läuft also die Uhr.

Das non-regression Prinzip und Art. 2 EUV

Ein Verbot, das LkSG bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist des Art. 37 CSDDD auszusetzen oder abzuschwächen lässt sich aus der CSDDD herleiten, zwingend ist dieser Schluss aber nicht.

Einem solchen Vorgehen könnte jedoch das vom EuGH in seiner *Republikka*-Entscheidung entwickelte *non-regression principle* (Rückfallverbot) entgegenstehen. Der materielle Gehalt des Rückfallverbots besteht darin, dass es untersagt, nationale Vorschrift dergestalt zu ändern, dass der Schutz der in Art. 2 EUV festgelegten Werte vermindert würde (Rn. 63). Hintergrund dieser dogmatischen Figur ist der Umstand, dass Mitgliedstaaten mit dem Beitritt zur EU die Werte aus Art. 2 EUV als ihre angenommen, und damit gewissermaßen zur Geschäftsgrundlage des Staatenbundes gemacht haben.

In dem Fall, der dem EuGH vorlag, handelte es sich um den Wert der Rechtsstaatlichkeit. Art. 2 EUV nennt jedoch auch die Wahrung der Menschenrechte als fundamentalen Wert, auf dem sich die Union gründet. Insofern könnte sich das Rückfallverbot auch auf solche nationalen Vorschriften erstrecken, die dem Menschenrechtsschutz dienen.

Diese Konstellation berührt einen Punkt, der in der Entscheidung des EuGH nicht abschließend behandelt wurde und für Fragen (etwa hier und hier) in der Rechtswissenschaft gesorgt hat: Welcher zeitliche und gegenständliche Referenzpunkt gilt für das Rückfallverbot? Sind es die Kopenhagener Kriterien, die auch während der gesamten Mitgliedschaftszeit erfüllt sein müssen? Oder setzen die Mitgliedstaaten ihren – über den Kopenhagener Kriterien liegenden – Referenzpunkt durch Verabschiedung entsprechender Gesetze immer wieder selbst? Letzteres würde bedeuten, dass es dort, wo Mitgliedstaaten einen Schritt nach vorne machen, keinen Weg zurück gibt (diesen Fall diskutierend: Leloup, Kochenov und Dimitrovs).

Nur letzterer Fall würde eine Anwendung des Rückfallverbots auf das Aussetzen des LkSG denkbar machen. Es spricht einiges dafür, dem Rückfallverbot diesen dynamischen Verweis zumindest im Bereich wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte (die selbstverständlich vom Menschenrechtsverweis in Art. 2 EUV erfasst sind) zugrunde zu legen. In diesem Bereich herrscht das völkerrechtliche Gebot der *progressive realization*, also der fortschreitenden Verwirklichung von Rechten. Das Gebot der fortschreitenden Verwirklichung erfordert eine aufeinander aufbauende, „progressive“, Vorgehensweise und nicht lediglich die andauernde Einhaltung von Mindeststandards. Das Gebot der fortschreitenden Verwirklichung ist zwar vor allen Dingen im Bereich der Gewährleistungsdimension der Menschenrechte relevant, während mit dem Lieferkettenrecht die Schutzpflichtendimension angesprochen ist. Auch dahingehend dürfte aber ein zunehmendes, statt eines abnehmenden Schutzniveaus für den „vollen“ Genuss aller Menschen-

rechte notwendig sein.

Welchen Referenzpunkt man dem Rückfallverbot zugrunde legen will, sagt auch etwas darüber aus, welche Rolle man der der Europäischen Union im Kontext des Menschenrechtsschutzes zuschreibt. Soll sie einen Gewährleistungsverbund darstellen, der die Einhaltung bestimmter Mindeststandards sicherstellt oder soll sie ein Aufbruchsverbund sein, der mit dem Rückfallgebot im Schlepptau im Sinne einer *upwards spiral* immer weiter Richtung vollständiger Erfüllung der Menschenrechte schreitet?

Auch hiervon wird abhängen, wie die oben aufgeworfene Frage nach dem richtigen Referenzpunkt des Rückfallverbots zu beantworten ist.

Viele Fragen statt Planungssicherheit

Für die Zwecke dieses Beitrags lässt sich festhalten, dass eine Aussetzung bzw. Aufhebung des Lieferkettengesetzes mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden wäre. Zum einen ordnet die CSDDD in Art. 1 Abs. 2 an, dass eine Absenkung des bestehenden Schutzniveaus aufgrund der Richtlinie nicht erfolgen darf. Diese Bestimmung kann auf unterschiedliche Arten gelesen werden. Hier wurde vertreten, dass der Wortlaut für ein materielles Einfrieren des in den Mitgliedstaaten bestehenden Schutzniveaus spricht.

Zum anderen widerspricht eine Aufhebung des LkSG dem vom EuGH entwickelten Rückfallverbot. Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn ein dynamischer Referenzpunkt für das Rückfallverbot gewählt wird – dort, wo EU-Staaten also einen Schritt nach vorne tun, dürfen sie keinen zurück machen.

Die aufgezeigten Unsicherheiten beziehen sich auch auf die Frage, ob die CSDDD in Deutschland 1:1 umgesetzt werden kann, oder nicht der weitergehende persönliche Anwendungsbereich des LkSG beizubehalten ist. Während das LkSG auf Unternehmen ab 1.000 Mitarbeitenden und Sitz in Deutschland unabhängig einer bestimmten Umsatzschwelle Anwendung findet, schränkt die CSDDD diesen Anwendungsbereich dahingehend ein, dass zusätzlich ein jährlicher Umsatz von 450 Mio. Euro überschritten sein muss. Folgte man der hier vertretenen Auffassung, so müsste der weitere Anwendungsbereich des LkSG beibehalten werden.

Ungeachtet des Ergebnisses der heutigen Abstimmung im Bundestag behalten die in diesem Beitrag aufgeworfenen Rechtsfragen also auch über die nächsten zwei Jahre Relevanz.

Daniel Thym

Zur Debatte über Abschiebungen nach Afghanistan und Syrien

Einzelfallprüfung statt „Alles oder nichts“

doi: 10.59704/c25a0fc14935eae8

Bundeskanzler Olaf Scholz hat sich dafür ausgesprochen, Schwerstkriminelle und Gefährder auch nach Afghanistan und Syrien abzuschieben. Die öffentliche Debatte unterstellt dabei bisweilen, dass der Kanzler, die Innenministerin oder das Außenministerium eigenständig darüber entscheiden könnten, ob ein Land als generell sicher oder unsicher gilt. Je nach Ergebnis erhalten dann entweder alle Schutz oder Abschiebungen sind plötzlich möglich. Das stimmt nicht, denn das Asylrecht fragt nach Situation jeder Einzelperson. Statt eines „Alles oder nichts“ gilt also „Es kommt darauf an“. Das klingt unentschieden, ist es jedoch nicht. Man muss sich nur bewusst machen, anhand welcher Leitlinien die Behörden und Gerichte darüber entscheiden, ob Abschiebungen rechtmäßig sind, und welche Rolle die Politik spielt. Dabei sind vier Fragen zu unterscheiden.

Absoluter Schutz vor Verfolgung

Die Politik würde sich die Zähne ausbeißen, wenn sie versuchte, Personen nach Afghanistan oder Syrien abzuschieben, die einen Asyl- oder Flüchtlingsstatus nach dem Grundgesetz oder der Genfer Flüchtlingskonvention besitzen. Diesen Schutzstatus bekommen alle Menschen, die im Herkunftsland aus politischen, religiösen oder sonstigen Gründen verfolgt werden. Das gilt zum Beispiel für Frauen, die von den Taliban drangsaliert werden, Richter, die sich für die Menschenrechte einsetzten, oder klassische Oppositionelle. Bei Verfolgung besteht ein absolutes Abschiebungsverbot selbst dann, wenn jemand schwerste Straftaten begeht.

Bereits vor 27 Jahren wies der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einen Versuch der britischen Regierung zurück, einen vermeintlichen Terroristen nach Indien abzuschieben. Der Schutz vor Folter und erniedrigender und unmenschlicher Behandlung nach Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist „absolut, unabhängig vom Verhalten des Opfers und der Art der vom Kläger angeblich begangenen Straftat“ (hier, Rn. 127). Etwas anderes gilt nur, wenn der Zielstaat belastbare diplomatische Zusicherungen vorlegt, keine Folter oder Todesstrafe anzuwenden. Im Fall der Taliban und des Assad-Regimes scheidet das wohl aus. Das Ergebnis ist scheinbar paradox: Terroristen und schwerste Straftäter können in der Praxis schwieriger abgeschoben werden, weil ihnen häufig Folter oder schlimme Haftbedingungen drohen.

Gewisser Spielraum: Bürgerkrieg, Unsicherheit und Armut

Einen Asyl- bzw. Flüchtlingsstatus bekommen gemäß der aktuellen BAMF-Entscheidungspraxis ungefähr die Hälfte aller Afghanen und ein Zentel aller Syrer. In diesen Fällen wäre eine Abschiebung auch bei schwersten Straftaten rechtswidrig. Alle anderen Asylanträge aus den beiden Ländern wurden gleichwohl nicht abgelehnt. Stattdessen bekommen die meisten Syrer „subsidiären Schutz“, während viele Afghanen von einem „Abschiebungsverbot“ profitieren. Beides darf man nicht mit einer „Duldung“ verwechseln, die erhält, wer die Bundesrepublik verlassen muss. Ein subsidiärer Schutz und Abschiebungsverbote sind erweiterte Schutztitel, die eine reguläre Aufenthaltserlaubnis mit vielen Rechten bedeuten.

Auch ein subsidiärer Schutz sowie Abschiebungsverbote schützen juristisch 100 % vor einer Abschiebung. Dennoch hat die Politik einen gewissen Spielraum. Wenn sich die Situation vor Ort verändert, schlägt dies früher oder später auf die Asylpraxis durch. Das gilt zum Beispiel für Syrien. Ob es uns gefällt oder nicht: Das Assad-Regime kontrolliert weite Teile des Landes – anders als vor acht Jahren, als die „Schlacht um Aleppo“ tobte und der Islamische Staat wütete. Aufgrund der geänderten Verhältnisse schlussfolgert die EU-Asylagentur in ihrem Bericht vom April 2024, dass vor allem im Zentrum von Syrien und an der Mittelmeerküste das Gewalt-

niveau nicht mehr hoch genug ist, dass automatisch alle subsidiären Schutz bekommen sollten. Die deutsche Asylpraxis ignoriert dies bisher.

Bei Afghanistan wurde diese regionale Differenzierung jahrelang praktiziert. Inzwischen bekommen kaum noch Afghanen subsidiären Schutz, denn die Kämpfe endeten mit dem Sieg der Taliban beinahe überall. Dass dennoch so viele Asylanträge erfolgreich sind, liegt daran, dass deutsche Gerichte europäische Urteile großzügig handhaben. Der EGMR hält bis heute daran fest, dass für Abschiebungen in Drittstaaten die „Paposhvili-Formel" gilt, wonach nur schwerstes Leiden eine Abschiebung verbietet. Ein weitergehendes Abschiebungsverbot bei extremer Armut gilt während des Asylverfahrens und nach einer Anerkennung bei Personen, die in andere EU-Staaten überstellt werden, nicht jedoch für Menschen, deren Asylverfahren keinen Schutzgrund feststellte (hier, S. 23-27; und hier, S. 351-353).

Lageberichte aus Deutschland und Europa

Es ist verständlich, dass die Politik den Lageberichten des Auswärtigen Amtes große Bedeutung beimisst. Schließlich handelt es sich um eine offizielle Einschätzung der deutschen Diplomatie. Juristisch sind diese freilich nur begrenzt aussagekräftig. So werden keine Quellen genannt, die Berichte sind relativ kurz und beschreiben die Menschenrechtslage allgemein. Der geleakte Bericht zu Afghanistan von 2023 erwähnt die Wirtschaftslage nur am Anfang und schweigt zur Lebenssituation für verschiedene Personengruppen in den Regionen. Der Bericht taugt damit nicht als Leitlinie zur Antwort auf die Frage, ob Personen, denen keine Verfolgung droht, ein Abschiebungsverbot wegen schwerster Leiden zusteht.

Die EU-Asylagentur ist ausführlicher (hier, S. 16 f., 100 f. mit weiteren Nachweisen). Allerdings konzentriert sich deren Bericht auf den subsidiären Schutz. Das liegt daran, dass Abschiebungsverbote aufgrund der schlechten Wirtschaftslage nur ausnahmsweise vom EU-Recht erfasst sind. Diese richten sich nach der EMRK und, hieran anschließend, deutschem Recht. Ein Urteil des VGH Greifswald von 2023 zeigt, wie gründlich – und differenzierend – diese Prüfung ausfallen kann. Das Fazit lautet: junge afghanische Männer, denen keine Verfolgung droht, sollten nicht gleichsam automatisch ein Abschiebungsverbot wegen Armut erhalten.

Ausführlicher als über die Armut berichtet die EU-Asylagentur über den subsidiären Schutz, etwa in Syrien. Der Bericht leistet, was das BAMF und die Verwaltungsgerichte umtreibt: Wie ist die Sicherheitslage vor Ort und für verschiedene Personengruppen? Es soll auf den Einzelfall ankommen, ob Syrer wegen der grassierenden Unsicherheit auch dann weiterhin subsidiären Schutz bekommen, wenn der Bürgerkrieg in einigen Regionen inzwischen abflaute. Individuelle Merkmale können eine an sich nicht ausreichende Unsicherheitslage zum subsidiären Schutz verdichten.

Straftaten in Deutschland sind nicht maßgeblich

Bundeskanzler Olaf Scholz begründete sein Plädoyer für Abschiebungen von Straftätern nach Afghanistan mit einer Abwägung: „In solchen Fällen wiegt das Sicherheitsinteresse Deutschlands schwerer als das Schutzinteresse des Täters" (hier, S. 22129C). Politisch ist das nachvollziehbar, juristisch aber irrelevant. Bei Personen mit Asyl- oder Flüchtlingsstatus verlangen die Menschenrechte absoluten Schutz selbst für Terroristen. Auch die Voraussetzungen des subsidiären Schutzes und eines Abschiebungsverbots wegen schwerer Leiden richten sich einzig nach der Situation im Herkunftsland, nicht danach, wie sich jemand in der Bundesrepublik verhält.

Das ist kein Freibrief. Artikel 2 der Genfer Flüchtlingskonvention verpflichtet Flüchtlinge, die Gesetze des Aufnahmelandes einzuhalten. Deutschland darf also Schutzberechtigte genauso bestrafen wie Deutsche. Es gibt keine Privilegien. Bei der Abschiebung geht es um die zusätzliche Frage, ob ein Ausländer, der schwere Straftaten beging, zusätzlich das Land verlassen muss. Nur das verbietet das Refoulementverbot.

Nun kennt das Refoulementverbot der Genfer Flüchtlingskonvention eine Ausnahme. Artikel 33 Absatz 2 erlaubt die Abschiebung schwerer Straftäter. Auch § 60 Absatz 8 des Aufenthaltsgesetzes normiert eine Ausnahme. Diese ändert freilich nicht das höhere Schutzniveau innerhalb Europas nach Artikel 3 EMRK. Auf diesen stützte sich der EGMR, als dieser der britischen Regierung im erwähnten Urteil untersagte, einen Terroristen nach Indien abzuschieben. Diese verwirrende Gemengelage führt immer wieder zu Missverständnissen (hier, S. 7-9). In der Praxis kann sie mit anderen Vorschriften bewirken, dass schwere Straftäter ihre Aufenthaltserlaubnis verlieren. Sie haben dann weniger Rechte, zum Beispiel keinen Familiennachzug. Die Abschiebung bleibt dennoch verboten.

Die Politik kann nur den Rahmen gestalten

Es steht der Politik frei, mittels eines Abschiebungsstopps auch dann auf Abschiebungen zu verzichten, wenn die Behörden und Gerichte diese erlauben. Darüber wird die Innenministerkonferenz in Kürze beraten (genauso wie vor dreieinhalb Jahren, als der heutige Sonderbevollmächtigte für Migrationsabkommen von mir ein Gutachten zu dieser Frage erbat). Dies bedeutet im Umkehrschluss freilich nicht, dass Abschiebungen generell erlaubt wären, wenn der Abschiebestopp endet. Wie immer im Rechtsstaat bleiben Verwaltung und Gerichte an Recht und Gesetz gebunden.

Hiernach obliegt es im Kern dem BAMF, darüber zu entscheiden, ob weiterhin alle Syrer und Afghanen gleichsam automatisch Schutz bekommen sollen. Die aktuelle deutsche Debatte bringt ein Thema auf die Tagesordnung, das dort früher oder später ohnehin gelandet wäre. EU-Lageberichte deuten schon länger darauf hin, dass für Syrien und Afghanistan eine Einzelfallprüfung angezeigt ist. Es ist legitim, wenn die Politik darüber eine breite Debatte führt, auch wenn am Ende die Behörden und Gerichte objektiv über jeden Einzelfall entscheiden müssen.

Vor allem für Afghanistan könnte sich die Asylpraxis vergleichsweise schnell ändern. Ein Abschiebungsverbot wegen schwerer Leiden lässt sich juristisch und tatsächlich einfacher hinterfragen. Bisher ist das OVG Greifswald unter den Obergerichten weitgehend allein. Dies könnte sich ändern, falls das BAMF gut vorbereitete Einzelfälle vor den Gerichten proaktiv verteidigte. Dies gilt wohlgemerkt nur für Personen, die nicht verfolgt werden. Am Asyl- und Flüchtlingsstatus änderte sich nichts.

Abschiebungen am Reißbrett: Was passierte konkret?

Wichtiger würde die Rolle der Politik, wenn es darum ginge, eine rechtmäßige Abschiebung praktisch umzusetzen. Spätestens dann würde dem Auswärtigen Amt eine Schlüsselstellung zukommen, weil nur dieses über die notwendigen Kontakte in die Herkunftsregionen verfügt. Indirekt ist das Auswärtige Amt sogar in Afghanistan aktiv. Schließlich verständigte sich die Bundesregierung auf Aufnahmeprogramme für ehemalige Ortskräfte und verfolgte Personen. Diese werden ohne offizielle Kontakte zu den Taliban über private Organisationen und die Nachbarländer abgewickelt.

Dieses Modell kann man nicht direkt auf Abschiebungen übertragen. Das Beispiel zeigt jedoch, dass die Regierung bisweilen innovativ handelt. Private und internationale Akteure könnten auch dann relevant werden, wenn es darum ginge, die Gerichte davon zu überzeugen, dass junge und erwachsene Männer, die nicht verfolgt werden, in Afghanistan keinen Hunger leiden müssten (über 80 % aller Asylantragsteller zwischen 18 und 29 Jahren sind männlich). Denkbar wären auch Zahlungen über Internet-Zahldienste für ein Startkapital während eines Übergangszeitraums.

Juristisch müsste eine Abschiebung nicht über die Zentralregierung stattfinden. Maßgeblich ist die Sicherheitslage in der jeweiligen Zielregion, die vor allem in Syrien andere Machthaber als das Assad-Regime haben kann. Auch könnte sich die Bundesregierung der „Hilfe“ befreundeter Staaten bedienen, zeichnete sodann jedoch für deren Verhalten vollumfänglich verantwortlich. So schieben speziell die Türkei und Pakistan im großen Stil nach Afghanistan ab, ohne dass im Fall der Türkei das Repositorium der EGMR-Rechtsprechung aktuelle Individualbeschwerden aufführte.

All diese Überlegungen zeigen, dass die juristische Fachexpertise in den zuständigen Bundesministerien durchaus Pläne entwickeln könnte, wie Abschiebungen nach Afghanistan und auch Syrien sich rechtfertigen und tatsächlich realisieren ließen. Allein die Liste der rechtlichen Hürden, tatsächlichen Stolpersteine und diplomatischen Gegenargumente bleibt lang. Ähnliche Debatten erlebte die deutsche Migrationspolitik nach der Kölner Silvesternacht von 2015/16, als es massenhaft zu sexuellen Übergriffen gekommen war, sowie bei islamistischen Terroranschlägen der Folgejahre. Passiert ist meistens nichts. Es könnte also gut sein, dass die beinharte Kanzlerforderung nicht zuletzt ein Wahlkampfmanöver war.

Joachim Behnke

Die Moral und die Grundmandatsklausel

Zur Diskussion um die Abschaffung der Grundmandatsklausel

doi: 10.59704/50cd68a8ae767b69

Das neue Wahlgesetz, das im März 2023 beschlossen wurde, hat viel Kritik auf sich gezogen. Insbesondere die dort implementierte Abschaffung der Grundmandatsklausel findet eine erbitterte Gegnerschaft, wenig überraschend, da es dabei um das Überleben der CSU und der Linken gehen könnte. Der Vorsitzende der Linken, Martin Schirdewan, unterstellte der Ampelkoalition, dass sie sich mit der Reform „unliebsamer politischer Konkurrenz auf dem Weg der Wahl entledigen" wolle, der Vorsitzende der CSU Landesgruppe im Bundestag, Alexander Dobrindt, sprach sogar von einer „Wahlrechtsmanipulation". Gregor Gysi bezeichnete das Vorgehen der Ampel schlicht als „unmoralisch".

So fremdartig der Vorwurf der „Unmoral" im Kontext einer verfassungsrechtlichen Debatte erst einmal zu sein scheint, so bringt er den Kern des weitverbreiteten Unbehagens am neuen Gesetz gut auf den Punkt. Denn nicht nur das Gesetz könnte „falsch" sein, sondern einige Akteure könnten auch aus den „falschen" Motiven gehandelt haben. Aber „eine Handlung aus Pflicht hat ihren moralischen Wert nicht in der Absicht, welche dadurch erreicht werden soll, sondern in der Maxime, nach der sie beschlossen wird".[1] Das moralische Unbehagen ist also nur gerechtfertigt, wenn es sich konsistent auf allgemeine Prinzipien zurückführen lässt, welche sich in einem Rawls'schen Überlegungs-Gleichgewicht[2] mit unseren moralischen Intuitionen befinden. Der Kern der Diskussion lässt sich dabei auf zwei Fragestellungen reduzieren. Erstens: Ist die Grundmandatsklausel geboten, d.h. hätte man sie, wenn es sie nicht schon gegeben hätte, erfinden müssen? Zweitens: Angenommen, die Grundmandatsklausel selbst ist nicht geboten, kann dann, wenn sie einmal eingeführt ist, ihre Abschaffung dennoch unzulässig sein?

Ist die Grundmandatsklausel geboten?

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt erst einmal keinen Hinweis darauf, dass die Grundmandatsklausel aus rechtlichen Gründen geboten gewesen wäre, wie sich aus der steten Verwendung der Modalverben „kann" und „darf" in den einschlägigen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts (insbesondere BVerfGE 6, 84; BVerfGE 95,408) ablesen lässt. Mit diesen wird klar signalisiert, dass der Gesetzgeber hier lediglich von seinem Ermessen Gebrauch gemacht hat.

Wäre die Grundmandatsklausel geboten, dann müsste sie in jedem Kontext geboten sein, in dem die formalen Bedingungen für ihre Anwendung erfüllt sind, also der Gewinn von drei Direktmandaten. Wenn wir eine Art von Test konstruieren wollen, ob die Grundmandatsklausel geboten ist, sollten wir daher nicht so sehr nach Szenarien suchen, in denen es uns falsch vorkommt, dass eine Partei nicht repräsentiert wäre, wenn die Grundmandatsklausel nicht gelten würde. Stattdessen sollten wir unsere Aufmerksamkeit auf Szenarien richten, in denen eine Partei aufgrund der Grundmandatsklausel im Verhältnis zu ihren Zweitstimmen vertreten wäre und uns dies aber in keiner Weise als zwingend geboten erscheint.

Das prominenteste Beispiel für ein Szenario, bei dem die Abschaffung der Grundmandatsklausel eine „falsche" Wirkung hervorrufen würde, bezieht sich auf das potenzielle Schicksal der CSU. Die Vorstellung, dass diese als deutlich stärkste Partei in einem sehr großen Bundesland nicht im Bundestag vertreten sein könnte, scheint vielen spontan befremdlich. So hat Friedrich Merz in seiner Stellungnahme anlässlich der mündlichen Verhandlung bemerkt, dass „durch die Abschaffung der Grundmandatsklausel [...] ein großes Problem geschaffen wird, nämlich das große Problem, dass Parteien, die nur in einem Bundesland Wahlkreisbewerber aufstellen, davon abhängig werden, in ganz Deutschland mindestens fünf

[1] Kant, Immanuel (1786/2019): Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Stuttgart: Reclam: S. 23.

[2] Rawls, John (1979): Eine Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt/Main: Suhrkamp: S. 68.

Prozent der Stimmen zu erzielen“. Damit dieses Problem nicht auftaucht, müsste aber gelten, dass eine Partei grundsätzlich im Bundestag vertreten ist, wenn sie die dominante Kraft in ihrem Bundesland ist und dort alle oder fast alle Direktmandate gewinnt. Ein solches Prinzip müsste dann aber auch für eine Regionalpartei z.B. von Mecklenburg-Vorpommern gelten, die dort z.B. mit ca. 30 Prozent der Zweitstimmen, was einem bundesweiten Zweitstimmenanteil von ungefähr 0,6 Prozent entsprechen würde, alle sechs Direktmandate holt. Wer nun der Ansicht ist, dass die beiden Fälle nicht dasselbe seien – und ich vermute, dass die meisten diese Ansicht teilen würden –, macht seine unterschiedliche Bewertung offensichtlich von der Größe der Partei bzw. des betroffenen Bundeslands abhängig. Damit aber kommt es letztlich nur darauf an, *welchen Anteil an der Gesamtbevölkerung bzw. der Gesamtheit aller Wähler die CSU-Wähler* ausmachen. Aber genau dies wird mit der 5%-Hürde abgedeckt.

Die relevante Gerechtigkeitsintuition darf sich auch nicht daran orientieren, dass es uns momentan aufgrund der aktuellen Stärke der CSU irgendwie merkwürdig vorkommt, wenn die CSU nicht mehr im Bundestag vertreten wäre. Denn die Grundmandatsklausel würde der CSU – wegen der Größe Bayerns und der großen regionalen Heterogenität innerhalb Bayerns – selbst dann noch die Teilnahme an der proportionalen Sitzverteilung gewährleisten, wenn die CSU bayernweit z.B. nur noch auf 15-20 Prozent und bundesweit dementsprechend auf 2-3 Prozent der Zweitstimmen käme.

Die Goldene Regel

Wenn die Grundmandatsklausel nicht geboten ist, so dass der Gesetzgeber sie niemals hätte einführen müssen, dann könnte man meinen, es stehe gleichermaßen in seinem Ermessen, sie wieder abzuschaffen. Zumindest in Hinsicht auf die Chancengleichheit scheint dies auch unproblematisch, denn nach dem Gesetz würden Wähler, Bewerber und Parteien dabei in jeder Hinsicht gleich behandelt. Das versicherten auch die Vertreter der Ampelparteien bei der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht. Es handle sich bei dem neuen Wahlgesetz um das „gleichste Wahlrecht aller Zeiten“.

Das Argument der Ampel rekurriert auf die Logik der sogenannten Goldenen Regel getreu dem Motto „Was Du nicht willst, das man Dir tu‘, das füg auch keinem Andern zu“. Die Abschaffung der Grundmandatsklausel wird in diesem Sinn damit gerechtfertigt, dass die Ampelparteien den anderen Parteien ja prinzipiell keine Härte zumuten, die sie nicht auch für sich selbst zu akzeptieren bereit wären. Aber das Prinzip der Goldene Regel kann, worauf schon Kant in der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ hingewiesen hat, „kein allgemeines Gesetz sein, denn es enthält nicht den Grund der … schuldigen Pflichten gegen einander …“[3]. Zwar scheint die Goldene Regel auf den ersten Blick zu verbieten, dass man sich selbst eine „Sonderstellung“ einräumt, die man anderen nicht gewähren will, was wohl hauptsächlich ihren „moralischen“ Charakter begründet.[4] Sie verhindert aber keineswegs, dass sich einige unter ihrem Deckmantel indirekt eine solche Sonderstellung verschaffen, indem sie anderen verbieten, was sie selbst eh nicht zu tun beabsichtigen würden, oder aber anderen ein Recht einräumen, dass diese gar nicht nutzen können, ihnen selbst aber Vorteile gewähren würde. Die Identität der Parteien spielt eine Rolle, soweit sie sie in unterschiedliche Ausgangspositionen versetzt, die sich auch nicht beliebig von Wahl zu Wahl grundlegend ändern können. Das „Opfer“ von SPD, Grünen und FDP, auch für sich selbst die Grundmandatsklausel nicht mehr in Anspruch nehmen zu wollen, ist eben keines, genauso wenig wie dadurch allen Parteien eine „faire“ Gleichbehandlung zugesichert wird. Denn durch die Wahl geeigneter Prädikate lässt sich noch jede substanzielle Ungleichbehandlung als formale Gleichbehandlung darstellen.

Grundmandatsklausel und „gute Gründe“

Auch wenn die Grundmandatsklausel nicht strikt geboten ist, so können für ihre Einführung sehr wohl „gute Gründe“ gesprochen haben. Diese guten Gründe sind der argumentative Hebel, um zu zeigen, warum zwischen Einführung und Abschaffung eine moralische (und womöglich rechtliche) Asymmetrie dahingehend besteht, dass etwas, was nicht hätte eingeführt werden müssen, deshalb nicht genauso gut auch wieder abgeschafft werden kann. Denn je mehr gute Gründe es ursprünglich für die Einführung der Regel gab, desto schwieriger sollte es sein, die Regel wieder abzuschaffen. Für das Funktio-

[3] Kant a.a.O: S. 65

[4] Hoerster, Norbert (2022): Was ist Moral? Stuttgart: Reclam: S. 47f.

nieren einer Gesellschaft ist es wichtig, dem Status Quo eine Art von Vertrauensschutz einzuräumen, um Erwartungssicherheit und somit Stabilität zu ermöglichen. Diese Erwartungssicherheit bezieht sich aber weniger auf das Fortdauern der Regel an sich, sondern auf den Glauben, dass die Gründe, denen sich die Einführung der Regel verdankt, immer noch gelten. Zur Abschaffung einer geltenden Regel reicht es daher nicht aus, zu zeigen, dass die Regel ursprünglich nicht geboten war oder dass es eine andere Regel gegeben hätte, die man auch oder sogar besser hätte rechtfertigen können, sondern es muss substanzielle Gründe geben, die bestehende geltende Regel nun abzuschaffen.

Das einzig logisch konsistente Argument für die Grundmandatsklausel besteht im Sinne der sogenannten Integrationsfunktion darin, dass die betroffene Partei mit dem Gewinn von drei Direktmandaten den Beweis erbringt, dass sie eine spezifische Kombination von Interessen vertritt, die in mindestens drei Wahlkreisen so dominant ist bzw. verdichtet auftritt, dass die Repräsentanten dieser Partei dort *als* Repräsentanten der Partei eine relative Mehrheit gewinnen können. Dies kann als ein „Indiz" für das Vorliegen „besonderer Anliegen", die durch die betreffende Partei aufgegriffen werden, gedeutet werden. Würden die drei Wahlkreisgewinner lediglich aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften gewählt, dann gäbe es keinen Grund, die Repräsentation über die Direktmandate hinaus auf all die Mandate ausstrahlen zu lassen, auf die die Partei im Verhältnis zu ihren Zweitstimmen nun einen Anspruch hat.

Gehen wir also davon aus, dass zur Einführung der Grundmandatsklausel in der jetzigen Form 1956 die Umstände, unter denen drei Direktmandate gewonnen werden konnten, solche waren, dass sie der obigen Bedingung Genüge getan haben und in diesem Sinn „gute Gründe" für die Einführung waren. Dann ist zu konstatieren, dass die Umstände, unter denen im aktuellen Parteiensystem Direktmandate gewonnen werden können, von den früher vorliegenden quantitativ und qualitativ doch sehr verschieden sind.

1957 betrug der durchschnittliche Anteil an Erststimmen eines Wahlkreissiegers 52,5 Prozent. 131 der 247 Wahlkreissieger hatten mehr als 50 Prozent der Erststimmen und 221 von 247 mehr als 40 Prozent. Bei der letzten Bundestagswahl 2021 wurden die 299 Wahlkreismandate durchschnittlich mit einer relativen Mehrheit von 33,4 Prozent der Erststimmen gewonnen, also fast 20 Prozentpunkten weniger als 1957. 82 der 299 Direktmandate wurden 2021 mit weniger als 30 Prozent der Erststimmen gewonnen, 13 sogar mit weniger als 25 Prozent. Die Linke, die 2021 den Einzug nur aufgrund der Grundmandatsklausel geschafft hat, gewann ihre drei Direktmandate nur noch mit durchschnittlich 28 Prozent der Erststimmen, allen voran Gregor Gysi mit für einen Kandidaten der Linken sensationellen 35,4 Prozent. In allen drei Wahlkreisen aber kam es zudem zu Stimmensplitting in enormem Ausmaß, denn in allen drei Wahlkreisen lagen die Zweitstimmenergebnisse der Linken deutlich unter denen der Erststimmenergebnisse ihrer Kandidaten, vor allem aber auch sehr deutlich unter dem Zweitstimmenergebnissen anderer Parteien. In Gysis Wahlkreis Treptow-Köpenick z.B. erhielt die Linke nur 16 Prozent der Zweitstimmen, während die SPD dort 23,2 Prozent der Zweitstimmen holte. Unabhängig davon, ob nun das Stimmensplitting und der große Erststimmenanteil von Gysi koalitionsstrategische Gründe hatten oder tatsächlich der Sympathie für seine Person und seinem hohen Charisma geschuldet waren, man wird daraus so oder so eben gerade kein Indiz dafür herauslesen können, dass die Wähler damit zu verstehen geben wollten, dass sie der Ansicht sind, dass die Partei Die Linke ihre besonderen Anliegen aufgegriffen hätte. Denn dann hätten sie diese ja auch als Partei wählen können.

Fazit

So sehr ein gewisses Maß an stillschweigender oder gar nicht stillschweigender Häme bei der Abschaffung der Grundmandatsklausel bei manchen Akteuren eine Rolle gespielt haben mag, so darf für die moralische Beurteilung nicht das Motiv ausschlaggebend sein, sondern lediglich, ob durch die Reform selbst grundlegende moralische Normen verletzt wurden. Rechtliche und moralische Argumente sprechen dafür, dass die Grundmandatsklausel nicht geboten ist. Deswegen aber ist die Abschaffung noch nicht automatisch unproblematisch. Auch nicht deshalb, weil sie alle Parteien und Wähler formal gleich behandelt. Die Abschaffung kann aber moralisch damit gerechtfertigt werden, dass die Bedingungen, die ursprünglich für die Einführung der Grundmandatsklausel gesprochen haben mögen, so nicht mehr vorhanden sind und – ganz im Gegenteil – aktuelle Anwendungen der Grundmandatsklausel sogar gegen die ursprüngliche Intention des institutionellen Designs wirken.

Moritz Rhades

Von Waffen wissen müssen

Was das Verwaltungsgericht Berlin zu Waffenexporten nach Israel zu sagen hat – und worüber es schweigt

doi: 10.59704/d53f8d536a8e32ca

Das Verwaltungsgericht Berlin (VG Berlin) hat vergangene Woche einen Antrag abgelehnt, mit dem der Stopp von Waffenexporten nach Israel erwirkt werden sollte. Der Antrag war von mehreren Palästinensern gestellt worden, die zurzeit im Gaza-Streifen leben. Die Begründung des Gerichts orientiert sich zumindest augenscheinlich an der parallel gelagerten Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) zum Eilantrag Nicaraguas gegen die Bundesrepublik: In beiden Fällen ist für die Ablehnung vorläufigen Rechtsschutzes ausschlaggebend, dass Deutschland derzeit keine Kriegswaffenexporte nach Israel mehr genehmigt. Der Beschluss des VG Berlin ist in sich zwar schlüssig, verdeutlicht aber einmal mehr die rechtsschutzfeindliche Ausgestaltung der aktuellen Kriegswaffenexportkontrolle.

Bisherige Genehmigungspraxis

Der Antrag war darauf gerichtet, Ausfuhrgenehmigungen nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz (KrWaffKontrG) von bestimmten Kriegswaffengattungen nach Israel zu untersagen. Das KrWaffKontrG führt den Verfassungsauftrag nach Art. 26 Abs. 2 GG aus, wonach Kriegswaffenexporte zwingend der Genehmigung der Bundesregierung bedürfen. Der Antrag bezog sich lediglich auf Kriegswaffen, nicht auf sonstige Rüstungsgüter, die einem separaten Exportkontrollregime unterliegen.

Während die Waffenexporte Deutschlands nach dem Überfall der Hamas am 07. Oktober 2023 kurz sprunghaft anstiegen, gingen die Ausfuhrgenehmigungen seit November 2023 immer weiter zurück. Seit Anfang 2024 hat die Bundesregierung keine weiteren Genehmigungen nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz mehr erteilt. Vor dem IGH legten die Prozessbevollmächtigten Deutschlands zudem dar, dass das Volumen der Kriegswaffenexporte nach Israel im Vergleich zu sonstigen Rüstungsgütern sehr begrenzt war: Nur etwa zwei Prozent der Gesamtexporte betrafen Kriegswaffen (Rn. 18).

Bedeutung für den Rechtsschutz im konkreten Verfahren

Vor diesem Hintergrund hat bereits der IGH festgestellt, dass die „Umstände“ „momentan“ keine vorläufigen Maßnahmen zur Untersagung deutscher Waffenexporte erforderlich machen (Rn. 26). Angemerkt sei hier, dass es im IGH-Verfahren um vorläufige Maßnahmen im Sinne des Art. 41 IGH-Statuts ging, die Rechtsschutz aufgrund einer drohenden, irreparablen Schädigung vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren vermitteln. Das VG Berlin hatte sich zwar in ähnlicher Weise mit dem vorläufigen Rechtsschutz zu beschäftigen; allerdings in der spezifischen Variante des subsidiären „vorbeugenden“ Rechtsschutzes, der dem eigentlichen Prinzip des Zuwartens einer Behördenentscheidung (hier: einer Exportgenehmigung) widerspricht. Ein ausnahmsweise zulässiger Antrag setzt daher ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller voraus. Gemeint ist damit ein gewissenhafter Blick in die Kristallkugel: Die Gefahr, dass eine Rechtsposition irreparabel geschädigt wird, muss sich im bestimmbaren Einzelfall an der qualifizierten Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts messen lassen und setzt ein konkret erwartbares Verwaltungshandeln voraus.

Im vorliegenden Fall blieb der Blick in die Kristallkugel aber diffus, denn aus der aktuellen Genehmigungspraxis, so das Gericht, lässt sich gerade keine verlässliche Prognose über künftige Waffenexporte nach Israel ableiten. Im Gegenteil scheint die deutsche Politik inzwischen differenziertere Töne anzuschlagen und ist bei der Waffenausfuhr dementsprechend restriktiver. Für die Antragsteller im hiesigen Verfahren ist das eigentlich eine gute Nachricht: Ohne dass es einer gerichtlichen Intervention bedarf, wird ihrem Rechtsschutzbedürfnis Rechnung getragen – zumindest mit Blick auf die bisherige Genehmigungspraxis.

Prognostizierte Mustergültigkeit?

Hätte das Gericht das qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis also bereits daran scheitern lassen können, dass zukünftige Genehmigungsentscheidungen der Bundesregierung nicht klar bestimmbar sind, ging es in seiner Begründung noch einen Schritt weiter: Selbst im Falle einer (hypothetischen) konkret bevorstehenden und bestimmbaren Entscheidung über die Lieferung von Waffen bestünden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Entscheidung völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesregierung verletzen würde. Insoweit sind die Ausführungen des VG Berlin nachvollziehbar, denn ein bestimmter Grad an Ungewissheit ist jedem in der Zukunft liegenden Verwaltungshandeln immanent.

Bezüglich der rechtlichen und tatsächlichen Maßstäbe für die Genehmigung über die Ausfuhr von Kriegswaffen hebt das Gericht das sorgfältige Verfahren und den „vielschichtig[en]“ Prüfungsmaßstab bei entsprechenden Entscheidungen hervor und verweist auf eine Stellungnahme der Bundesregierung, wonach die künftige Genehmigungspraxis (weiterhin) unter Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen erfolgen wird. Das Gericht hält es demnach für plausibel, dass bereits das umfangreiche Prüfprogramm, das einer Genehmigung vorausgeht, die Zweifel der Antragsteller gegenüber der ordnungsgemäßen Kriegswaffenexportkontrolle zerstreut.

An dieser Stelle kann man die Kohärenz des Beschlusses in Frage stellen. Dass eine Aussage über das „Ob“ oder „Wie“ künftiger Genehmigungen nicht mit absoluter Gewissheit getätigt werden kann, ist selbstverständlich. Die Ausführungen ließen sich aber auch so verstehen, dass bereits das sorgfältige und vielschichtige Verfahren für sich Garant genug für eine fehlerfreie Entscheidung ist. Legt man diese Lesart zugrunde, ist der Rekurs des VG auf den IGH-Beschluss zwar verständlich, aber irreführend: Der IGH habe „das ‚robuste‘ und mehrstufige Exportkontrollsystem der Bundesregierung hervorgehoben“. Das ist richtig (Rn. 17), allerdings ist in dem IGH-Beschluss keineswegs angelegt, dass bereits die bloße Existenz eines solchen Kontrollsystems eine fehlerfreie Entscheidung nach sich ziehen muss. Der IGH behält es sich gerade vor, bei veränderter Sachlage doch noch einstweilige Maßnahmen gegen Deutschland zu verhängen (Rn. 20; dazu hier). Auch in dem Beschluss des VG Berlin wäre ein entsprechendes Signal wünschenswert gewesen. Indem es die Beteuerungen der Bundesregierung seiner Bewertung des Exportkontrollregimes zugrunde legt, scheint das Gericht damit zwei Maßstäbe zur Anwendung zu bringen: Zum einen, dass für zukünftige Genehmigungen eine Prognose über das „Ob“ überhaupt nicht angestellt werden kann; andererseits, dass eine (hypothetische) Genehmigung aufgrund der ausgeklügelten Exportkontrolle mit hoher Wahrscheinlichkeit fehlerfrei und unter Berücksichtigung der rechtlichen Maßstäbe ergehen wird.

Es ist indes plausibler, dass das VG dem Beschluss mit den detaillierten Ausführungen zu den rechtlichen Maßstäben einen robusteren Unterbau verleihen wollte. Demnach kann eine Prognose insgesamt weder zu anstehenden Genehmigungen noch zum Ausgang einer Entscheidung über hypothetische Genehmigungen gemacht werden. So verstanden ist dem VG recht zu geben – wie die Bundesregierung in Zukunft entscheidet, bleibt zunächst eine Sache der Bundesregierung. Diese Schlussfolgerung ergibt sich indes schon aus dem KrWaffKontrG.

Gerichtliche Kontrolle der Ausfuhrpraxis?

Wichtig ist schließlich aber auch, welche Aussagen das Gericht nicht trifft.

Während die Anträge aufgrund des fehlenden Rechtsschutzes scheiterten, schweigt das Gericht zur Antragsbefugnis der Antragssteller – und das, obwohl es sich schon beinahe überobligatorisch mit dem rechtlichen Rahmen der Ausfuhrgenehmigungen beschäftigt. Im Vorfeld wurde von manchen bezweifelt, dass eine Antragsbefugnis in Ermangelung subjektiver Rechte überhaupt gegeben sei. Der Beschluss hätte hier Klarheit schaffen können, umgeht die Frage aber vollständig. Auch wenn man über das Schweigen des VG nur spekulieren kann, so liegt aber jedenfalls die Annahme nahe, dass sich erhebliche Zweifel des VG über das Fehlen subjektiver Rechte im Beschluss niedergeschlagen hätten.

Auch wenn die Frage subjektiver Rechte offenbleibt, so zeigt der Beschluss aber immerhin einmal mehr, dass Genehmigungsentscheidungen über Kriegswaffen grundsätzlich gerichtlicher Kontrolle unterliegen (so drohte das VG im Mai der Bundesregierung mit einem Hängebeschluss, sollten bis zur jetzt ergangenen Entscheidung über die Eilanträge doch Waffenexporte nach Israel genehmigt werden). Im Gegensatz zu anderen Staaten (z.B. Niederlande) ist eine Verbandsklage im Bereich des Kriegswaffenexportkontrollrechts in Deutschland zwar nicht vorgesehen, so dass die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit aufgrund strenger Anforderungen an das

Vorliegen eines subjektiven Rechts beschränkt ist (s. *Niebank*, GSZ 2019, 145, 148). Das heißt aber nicht, dass sich Genehmigungsentscheidungen über Waffenlieferungen jeglicher gerichtlichen Kontrolle entziehen.

Bedeutung für zukünftige Kriegswaffenexporte

Unter welchen Umständen Anträge auf vorbeugenden Rechtsschutz bei zukünftigen Waffenlieferungen zulässig wären, ist indes auch nach dem Beschluss des VG nicht klar, denn das Gericht hat es dabei belassen, die etablierten Maßstäbe für den vorbeugenden Rechtsschutz nur abstrakt dazustellen. Auch das eigentliche Rechtsschutzproblem besteht in Hinblick auf zukünftige Entscheidungen über Kriegswaffenexporte weiterhin fort: In der Regel haben potentielle Antragsteller keine Kenntnis über sie betreffende Genehmigungen.

Die Bundesregierung gibt über laufende Genehmigungsverfahren, also auch über anstehende Genehmigungen, keine Auskunft. Für Rechtsschutzsuchende kommt damit selbst ein Eilantrag im Rahmen des nachträglichen Rechtsschutzes zu spät (auch ein parlamentarisches Fragerecht haben Antragssteller in aller Regel nicht).

Ob diesem verwaltungsprozessualen Defizit mit dem vom VG Berlin zugrunde gelegten Verständnis vom „qualifizierten Rechtsschutzbedürfnis“ genügt wird, ist zumindest fraglich. Jedenfalls für die Antragsteller im hier besprochenen Verfahren sollte mit Blick auf künftige Waffenexporte abgewogen werden, wie ihr Rechtsschutzbedürfnis im größtmöglichen Umfang Geltung erlangen kann. Vieles spricht dafür, sie im Rahmen der notwendigen Hinzuziehung (§ 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG) als Beteiligte zukünftiger Waffenexportgenehmigungen nach Israel zu qualifizieren. Ob die Verfassungsvorgabe eines effektiven Rechtsschutzes anders verwirklicht werden kann, lässt sich mit guten Gründen bezweifeln. Diese „rechtsschutzfeindliche Situation“, begünstigt durch die intransparente Genehmigungspraxis, führt den generellen Handlungsbedarf insoweit sehr plastisch vor Augen.

Fazit

Die Bundesregierung kann sich einer weitaus genaueren Beobachtung ihrer Genehmigungspraxis gewiss sein. Dies ergibt sich bereits aus dem o.g. IGH-Beschluss: Darin wurde Deutschland an seine Verpflichtungen erinnert, die bei der Genehmigung von Kriegswaffenexporten zu berücksichtigen sind (Rn. 24). Das „robuste“ Exportkontrollsystem ist demnach auch in Zukunft kein Garant für die Einhaltung völkerrechtlicher Maßstäbe, die an Waffenlieferungen zu stellen sind.

Auch wenn das Verfahren der Palästinenser vor dem VG Berlin juristisch nicht von Erfolg gekrönt war, so lässt sich immerhin die geänderte Genehmigungspraxis als Erfolg verbuchen (hier).

Der Bundesregierung wird viel daran gelegen sein, Schlagzeilen zu vermeiden, die einen Zusammenhang zwischen eigenen Waffenexporten und Völkerrechtsverstößen herstellen (s. am Beispiel der USA hier). Solange sie keine Kriegswaffen nach Israel exportiert, kann sie sich also vor gerichtlicher Kontrolle schützen. Sollte sich diese Praxis ändern, ist sie gut beraten, eine sehr gewissenhafte Exportkontrolle durchzuführen, die sowohl die vom VG Berlin als auch die vom IGH dargelegten Maßstäbe unter Einbeziehung äußerer Umstände berücksichtigt. Glaubhafte Berichte, die Kriegsverbrechen und andere schwere Verletzungen des Völkerrechts sowohl durch die Hamas als auch durch Israel feststellen, indizieren weiterhin eine mindestens zurückhaltende Ausfuhrpraxis. Verstärkt wird diese Annahme durch die vor dem Internationalen Strafgerichtshof anhängigen Haftbefehlsanträge gegen Premierminister Netanyahu und Verteidigungsminister Galant, denen der Chefankläger unter anderem Kriegsverbrechen vorwirft. Waffenlieferungen nach Israel würden dem internationalen Ansehen der Bundesrepublik Deutschland momentan in jedem Falle Schaden zufügen.

Michael Plöse, Benjamin Rusteberg

Besetzte Hochschulautonomie

Berliner Verhältnisse am Tag des Grundgesetzes

doi: 10.59704/4deb5faab59ccec2

Am 23. Mai, dem Tag des Grundgesetzes, wurde das am Vortag von Studierenden besetzte Institut für Sozialwissenschaften der Berliner Humboldt-Universität (HU), polizeilich geräumt. Die Präsidentin der HU, die zuvor den Dialog mit den Besetzer:innen gesucht hatte, sprach hinterher davon, dass sie von der Wissenschaftssenatorin und dem Regierenden Bürgermeister angewiesen worden sei, die Besetzung zu beenden. Aus diesem Anlass fragt der folgende Beitrag nach den Voraussetzungen und Grenzen der Aufsicht des Senats gegenüber der Hochschule. Dabei zeigt sich, dass die Hochschulautonomie der Präsidentin einen weiten Ermessensspielraum verschafft, auf derartige Situation zu reagieren, und – auf Grundlage der bislang bekannten Tatsachen – eine Weisung in der vorliegenden Situation rechtswidrig gewesen wäre.

Besetzung, Verhandlung, Räumung

Ausgehend von den USA protestieren mittlerweile weltweit Studierende an ihren Universitäten gegen den Krieg in Gaza. In Berlin hatten Studierende der Freien Universität (FU) Anfang Mai ein Protestcamp auf dem ‚Theaterhof', einem frei zugänglichen Innenhof auf dem Campus, errichtet, das die Hochschulleitung noch am selben Tag durch die Polizei gewaltsam räumen ließ. Dieses Vorgehen der Hochschulleitung wurde u.a. von zahlreichen Lehrenden der Berliner Hochschulen in einem offenen Brief kritisiert. Einige der Unterzeichner:innen sahen sich daraufhin öffentlicher Hetze, insbesondere von Seiten der Bildzeitung und der Bundesministerin für Bildung und Forschung ausgesetzt.

Auch diese Ereignisse mögen die Präsidentin der HU – wie zuvor schon ihre Kollegin an der Technischen Universität – dazu bewogen haben, ein anderes Vorgehen zu wählen als Studierende am Mittwoch, den 22. Mai, die Räume des Instituts für Sozialwissenschaften besetzten: Die Präsidentin setzte explizit auf Dialog und den Versuch, eine Verständigung mit den Besetzer:innen zu erreichen. Sie forderte die Ausarbeitung eines Code-of-Conduct sowie die Sicherung des Universitätseigentums vor (weiterer) Beschädigung bzw. Verunstaltung und verabredete eine hochschulöffentliche „Vollversammlung" zu den Forderungen der Protestierenden, bei der die Perspektiven aller interessierten Universitätsmitglieder zur Geltung kommen sollten. Auch wenn die Haltung der Aktivist:innen hierzu heterogen war, stimmte die Präsidentin einer Duldung der Besetzung bis zum nächsten Tag, 18:00 Uhr, zu. Am Nachmittag des 23. Mai fand tatsächlich eine Diskussion mit den Besetzer:innen in den okkupierten Institutsräumen statt, an der Mitglieder des Präsidiums, Mitarbeitende des Instituts für Sozialwissenschaften und des Akademischen Senats sowie über hundert Studierende teilnahmen. Im Laufe der Gespräche hatte die Präsidentin die Besetzer:innen angewiesen, das Gebäude zu verlassen. Sie hatte außerdem zugesagt, auf eine „Anzeige" wegen Hausfriedensbruch zu verzichten und den Anwesenden angeboten, das Gebäude zusammen mit den Hochschullehrer:innen und dem Präsidium zu verlassen.

Dennoch wurde die Situation in der Folge zunehmend eskaliert: Die „Vollversammlung" hatte planmäßig um 15 Uhr begonnen und war ursprünglich bis 17:00 Uhr angesetzt. Im Anschluss daran waren ein kurzes Plenum der Besetzer:innen und eine weitere Runde mit dem Präsidium vorgesehen, um das weitere Vorgehen abzustimmen. Um 16.20 Uhr schrieb der Regierende Bürgermeister auf X bzw. Twitter, die Humboldt-Universität solle nun konsequent handeln: „Der Lehrbetrieb muss fortgesetzt werden! Unsere Universitäten sind Orte des Wissens und des kritischen Diskurses – und keine rechtsfreien Räume für Antisemiten + Terror-Sympathisanten".

Bereits zwischen 15:30 Uhr und 16:00 Uhr hatten Polizeikräfte damit begonnen, mehrere hundert Personen zu räumen, die sich auf den Straßen vor dem Institut versammelt hatten, um ihre Unterstützung zu bekunden. In Reaktion auf die polizeilichen Maßnahmen vor dem Gebäude wurde die Diskussion im Innern unterbrochen und bemühte sich die Präsidentin um eine Klärung des Sach-

verhalts. Aufgrund dieser Verzögerung sollte die „Vollversammlung“ nunmehr bis 19:00 Uhr verlängert werden. Gegen 17.15 Uhr trat die HU-Präsidentin vor das besetzte Institut und sprach längere Zeit mit anwesenden Polizeikräften, aber auch mit ihren Mitarbeiter:innen und Vertreter:innen der Aktivist:innen. Inzwischen besetzte die Polizei die Eingänge des Instituts und verhinderte, dass Personen das Gebäude betraten oder verließen.

Um 18:30 Uhr betraten mehrere Gruppen der Bereitschaftspolizei das Institutsgebäude und begannen, die Anwesenden im Inneren zu kesseln. Eine Hafermilchtüte flog durch den Raum und hinterließ eine Pfütze auf dem Boden – dieser „Gewaltakt“ wurde später zum Anlass genommen, gegen eine Vielzahl von Personen wegen Landfriedensbruchs zu ermitteln. Obwohl die Präsidentin zunächst in Verhandlungen mit der polizeilichen Einsatzleitung einen undokumentierten Abzug der Teilnehmer:innen vereinbart hatte, unterzog die Polizei alle Anwesenden, von den Studierenden bis zum Vizepräsidenten, einer Identitätsfeststellung und in Teilen auch einer erkennungsdienstlichen Behandlung. Weiteres Insistieren der Präsidentin bei der Einsatzleitung blieb erfolglos.

Es folgte die zwangsweise Räumung des Instituts durch die Polizei. Abgeführt und erkennungsdienstlich behandelt wurde auch ein Rechtsbeistand der Studierenden, der die Verhandlungen mit dem Präsidium begleitet hatte. Einem Videojournalist der Berliner Zeitung wurde mehrfach ins Gesicht geschlagen und er wurde anschließend ohne ärztliche Versorgung mehrere Stunden festgehalten

Gegen 22 Uhr erklärte die Polizei die Räumung für abgeschlossen, das Gebäude wurde einem Sprecher zufolge an den Sicherheitsdienst der Universität übergeben. Dem Vernehmen nach waren einige Dienstkräfte seit 5 Uhr im Einsatz – am Vormittag waren sie noch mit der Absicherung des Staatsakts zum 75. Jubiläum des Grundgesetzes betraut gewesen.

Unklare Entscheidungslage

In der Berichterstattung war die Rede davon, dass vor allem Berlins Regierender Bürgermeister auf die Räumung gedrängt habe. Die Präsidentin der HU wird mit den Worten zitiert: „Es kam dann die Anweisung von ganz oben, die Besetzung zu beenden. Dieser Anweisung habe ich Folge geleistet“. Vertreter:innen der Studierendenschaft berichten uns, dass die Präsidentin nach einem Telefonat mitgeteilt habe, dass sie von der Wissenschaftssenatorin und dem Regierenden Bürgermeister angewiesen worden sei, die Besetzung zu beenden. Als sie vor 18:00 Uhr nochmals den telefonischen Kontakt zur Senatorin gesucht habe, sei diese nicht mehr erreichbar gewesen.

Die Senatorin für Wissenschaft sprach später in einem Pressestatement hingegen von einer konsensualen Entscheidung: „Die Beendigung der Besetzung war gestern auch Thema in einem Gespräch mit dem Regierenden Bürgermeister, der für die Polizei zuständigen Innensenatorin und der Präsidentin der Humboldt Universität. Wir haben uns gemeinsam darauf verständigt, dass die Universitätsleitung die Besetzung beendet und die Demonstranten aufgefordert werden, das besetzte Institut zu verlassen.“

Das Hausrecht der Präsidentin

Angesichts der geschilderten Geschehnisse und der derzeitigen Lage an den Hochschulen drängt sich die Frage auf, ob die Hochschulpräsidentin rechtlich verpflichtet war, sich dem Druck des Senats zu beugen, oder ob die Entscheidung über das weitere Vorgehen doch bei ihr lag. Mit anderen Worten ist zu klären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Senat eine Weisungsbefugnis gegenüber der Hochschulpräsidentin besaß. Nicht geklärt werden kann an dieser Stelle hingegen, ob bzw. mit welchem Inhalt eine solche Weisung tatsächlich erfolgt ist.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst die Frage, wer überhaupt dafür zuständig war, über die Räumung des besetzten Instituts zu entscheiden.

Da das Anliegen der Besetzer:innen in einem Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung lag, ist zunächst an eine versammlungsrechtliche Zuständigkeit zu denken, die gem. § 31 Versammlungsfreiheitsgesetz Berlin (VersFG) bei der Polizei liegt. Denn innerhalb ihres Anwendungsbereichs entfalten die Versammlungsgesetze grundsätzlich eine Sperrwirkung gegenüber Befugnissen, die sich aus anderen Gesetzen ergeben. Allerdings lag die Entscheidung über die Räumung selbst außerhalb des Anwendungsbereichs. Das Versammlungsrecht ermöglicht in entsprechenden Situationen lediglich die Auflösung der Versammlung bzw. den Ausschluss einzelner Störer:innen (§ 22 I VersFG), was zu einer Beendigung der Schutzwirkung des Versammlungsgesetzes führt. Die Auflösung – so es sie denn gegeben hat – war somit zwar notwendig, aber nicht hinreichend für das weitere Vorgehen.

Mit dem Entfallen der Schutzwirkung des Versammlungsgesetzes regelte sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Vorschriften zur Gefahrenabwehr. Eine Kompetenzbegründung über die Zuständigkeit zur Strafverfolgung scheidet hingegen aus, da die Räumung nicht der Strafverfolgung, sondern der Beendigung des durch die Besetzung entstandenen rechtswidrigen Zustands diente.

Die Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr liegt in Berlin gem. § 1 I 1 Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG) grundsätzlich bei den allgemeinen Ordnungsbehörden, dies sind gem. § 2 II ASOG der Senat sowie die Bezirksämter, und bei der Polizei. Dabei wird die Polizei nach § 4 I ASOG jedoch in eigener Zuständigkeit nur tätig, soweit die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint. Soweit § 4 I ASOG eine Ausnahme von der Subsidiarität der polizeilichen Zuständigkeit für den Bereich der Straftatenverhütung vorsieht, betrifft dies allein das Tätigwerden im Vorfeld konkreter Gefahren.[1]

Die Zuständigkeit der Ordnungsbehörden wird vorliegend jedoch durch die speziellere Regelung des § 52 II 2 Berliner Hochschulgesetz (BerlHG) verdrängt. Dieser ordnet an, dass das Hausrecht an den Berliner Hochschulen durch den Präsidenten oder die Präsidentin wahrgenommen wird.[2] Vorliegend oblag es damit also der Präsidentin der HU, die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren zu treffen.

Da die Präsidentin mit der Angelegenheit der Besetzung auch tatsächlich befasst war, schied ein eigenständiges Tätigwerden der Polizei aus. Diese durfte vorliegend nur noch auf Ersuchen der Präsidentin tätig werden, insbesondere im Rahmen der Vollzugshilfe nach § 52 I ASOG.

Hochschulautonomie und Rechtsaufsicht

War die Präsidentin also im Ausgangspunkt zuständig dafür, zu entscheiden, wie mit der Besetzung des Instituts umzugehen war, stellt sich nun die Frage, ob bzw. inwieweit der Senat oder einzelne seiner Mitglieder berechtigt waren, ein anderes Vorgehen durchzusetzen.

Hier ist zunächst der Grundsatz der Hochschulautonomie zu beachten. Anders als in den meisten anderen Bundesländern ist diese in Berlin zwar nicht in der Landesverfassung enthalten. Jedoch räumt § 2 I 2 BerlHG den Hochschulen ausdrücklich „das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen des Gesetzes“ ein.

Diesem Grundsatz entsprechend unterstehen die Hochschulen gem. § 89 II 1 BerlHG einer Fachaufsicht des Senats nur dann, wenn sie Aufgaben wahrnehmen, „die ihnen als staatliche Angelegenheiten übertragen“ sind. Eine solche Übertragung findet insbesondere in § 2 III 1 BerlHG statt, wonach die „Personalverwaltung, die Wirtschaftsverwaltung, die Haushalts- und Finanzverwaltung der Hochschulen, die Erhebung von Gebühren und die Krankenversorgung“ staatliche Angelegenheiten sind. Bei der Ausübung des Hausrechts handelt es sich im Gegenschluss und in der Sache hingegen nicht um eine „staatliche“, sondern um eine eigene Angelegenheit der Hochschule.

Ein Aufsichtsrecht der Senatsverwaltung gegenüber der HU bestand demnach nur als Rechtsaufsicht nach § 89 I BerlHG. Wie ihr Name besagt, ermöglicht die Rechtsaufsicht eine bloße Kontrolle der Rechtmäßigkeit, Eingriffe in das Ermessen des kontrollierten Organs sind hingegen ausgeschlossen.

Für die Durchführung der Rechtsaufsicht verweist § 89 I 2 BerlHG zunächst auf die §§ 10 bis 13 des Allgemeinen Zuständigkeitsgesetzes (AZG), welches dort die Aufsicht des Senats gegenüber den Bezirken regelt. Das AZG sieht hier ein Informationsrecht (§ 10 AZG), ein Aufhebungs- (§ 11 AZG) und ein Anweisungsrecht (§ 12 AZG) sowie ein Recht zur Ersatzbeschlussfassung (§ 13 AZG) vor. § 28 V AZG, auf den ebenfalls verwiesen wird, regelt die Staatsaufsicht gegenüber den landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und sieht die Möglichkeit der Bestellung eine:r Beauftragten vor.

Relevanz kommt vorliegend vor allem § 12 AZG zu, wonach der Senat dem zuständigen Organ aufgeben kann, „innerhalb bestimmter Frist die erforderlichen Beschlüsse zu fassen oder die erforderlichen Anordnungen zu treffen“, wenn es das Organ unterlässt, „Beschlüsse zu fassen oder Anordnungen zu treffen, die zur Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen oder zur Einhaltung von Verwaltungsvorschriften erforderlich sind“.

Da gem. Art. 58 V Verfassung von Berlin (VvB) jedes Mitglied des Senats seinen Geschäftsbereich selbstständig und in eigener Verantwortung leitet, lag die Wei-

[1] Bäcker, in: Lisken/Denninger, 7. Aufl. 2021, Kap. D Rn. 26.

[2] Zum Hausrecht vgl. BeckOK HochschulR Bayern/Jaburek, 26. Ed. 1.8.2022, BayHSchG Art. 21 Rn. 39.

sungsbefugnis bei der Senatorin für Wissenschaft.

Rechtspflicht zur Räumung?

Entsprechend der Funktion als Mittel der Rechtsaufsicht setzt eine Weisung auf der Grundlage des § 12 AZG voraus, dass die Präsidentin es unterließ, Beschlüsse zu fassen oder Anordnungen zu treffen, zu denen sie rechtlich verpflichtet war. Bestand aber nun eine Rechtspflicht seitens der Präsidentin, die Räumung zu veranlassen?

Störung der öffentlichen Sicherheit

Für das Bestehen einer solchen Verpflichtung müsste das entsprechende Vorgehen zunächst einmal überhaupt rechtlich zulässig sein. Dass § 52 II 2 BerlHG der Hochschulpräsidentin das Hausrecht überträgt, reicht hierzu allein noch nicht aus, da die Regelung keine weiteren Angaben zu Inhalt und Durchsetzbarkeit dieses Rechts enthält. Insoweit bietet sich eine entsprechende Anwendung des ASOG an, insbesondere können die Ordnungsbehörden gem. § 29 I 1 ASOG zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen.

Zentrale Voraussetzung wäre also, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorlag. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst bekanntermaßen die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. Dabei sind allerdings auch etwaige Beeinträchtigungen subjektiver Rechte oder der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates primär anhand der positiven Rechtsordnung zu beurteilen.

Eine Störung der „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates“ könnte insoweit vorgelegen haben, als die Besetzung die Hochschule daran hinderte, die ihr zukommenden Aufgaben zu erfüllen.

Gem. § 4 I 1 BerlHG dienen die Hochschulen der Pflege und Entwicklung von Wissenschaft und Kunst durch Forschung, Lehre und Studium und der Vorbereitung auf berufliche Tätigkeiten. Diesem Ziel könnte die Besetzung zuwidergelaufen sein, als sie die Nutzung des Instituts für diese Zwecke verhinderte.

Allerdings ist zu beachten, dass die Berliner Hochschulen nach § 4 I 2 BerlHG auch an der Erhaltung des demokratischen Rechtsstaates mitwirken und zur Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen beitragen sollen. Nach § 4 II 1 BerlHG nehmen die Hochschulen zudem eine besondere Verantwortung für die Entwicklung von Lösungsansätzen für gesellschaftliche Fragestellungen und die Entwicklung der Gesellschaft wahr. Insofern ließe sich das Gebrauchmachen der Studierenden von ihren Grundrechten der Meinungs- und Versammlungsfreiheit, um auf die Beteiligung Deutschlands an einem möglichen Völkermord an den Palästinenser:innen in Gaza aufmerksam zu machen, durchaus als Erfüllung universitärer Aufgaben verstehen.

Eine Störung der öffentlichen Sicherheit lag allerdings insofern vor, als die Besetzer:innen gegen die objektive Rechtsordnung verstießen. Dies betrifft zunächst einmal die Hausordnung der HU: So sieht die Rahmenhausordnung der HU vor, dass Gebäude nur während der Öffnungszeiten zu nutzen sind (§ 4 S. 2), dass bei der Nutzung das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme gilt (§ 5 I 1) und eine Nutzung durch Dritte nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung erlaubt wird (§ 6 I). Gem. § 7 I sind zudem (e) das Besprühen, Bemalen, Beschriften, Verschmutzen, Beschädigen oder Missbrauchen von Flächen, Decken, Wänden und Ausstattungsgegenständen sowie (f) das Übernachten in Räumen ausdrücklich untersagt. Mittelbar dürfte hierin auch ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 44 I Nr. 2 BerlHG zu sehen sein, wonach die Mitglieder der Hochschule sich so zu verhalten haben, dass die Hochschule und ihre Organe ihre Aufgaben erfüllen können und niemand gehindert wird, seine oder ihre Pflichten und Rechte an der Hochschule wahrzunehmen.

Im Raum stehen überdies auch Verstöße gegen Strafnormen durch und während der Besetzung. In Betracht kommt vor allem ein Hausfriedensbruch nach § 123 I StGB. Schwerer Hausfriedensbruch (§ 124 StGB) sowie Landfriedensbruch (§ 125 StGB) setzen hingegen Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen bzw. die Drohung mit bzw. die Absicht zu diesen voraus, wofür es – soweit erkennbar – keine Anhaltspunkte gibt. Insbesondere stellt weder das Werfen einer einzelnen Hafermilchtüte noch „das Beschmieren oder Besprühen einer Wand mit Parolen“ schon eine Gewalttätigkeit gegen eine Sache dar.[3] Letzteres dürfte hingegen den Tatbestand der Sachbeschädigung nach § 303 II StGB erfüllen. Die gemeinschädliche Sachbeschädigung nach § 304 I, II StGB wür-

[3] Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, StGB § 125 Rn. 6.

de hingegen die Änderung des Erscheinungsbilds von Gegenständen voraussetzen, „welche zum öffentlichen [...] Nutzen dienen", worunter nicht schon allgemein Gegenstände zur behördlichen Aufgabenerfüllung fallen.[4]

Im Raum stehen zudem Delikte nach § 86a StGB bzw. § 20 I Nr. 5 VereinsG, durch den Gebrauch der Parole „from the river to the sea" sowie das Zeichen eines roten Dreiecks. Letzteres ist allerdings schon nicht in der gegen die Hamas gerichteten Verbotsverfügung des Bundesministerium des Innern genannt und ist auch keinem der dort genannten Kennzeichen i.S.d. § 86a II 2 StGB, § 9 II 1 VereinsG „zum Verwechseln ähnlich". Einem Einbezug in die Strafbarkeit dürfte deshalb schon der *nulla-poena*-Grundsatz des Art. 103 II GG entgegenstehen. Bzgl. der Parole „from the river to the sea" ist aktuell hochumstritten, wann und unter welchen Voraussetzungen ihr Gebrauch als Kennzeichen der verbotenen Hamas zu bewerten ist, da sie auch ganz unabhängig von dieser konkreten Organisation gebraucht wird und sich schon lange vor deren Gründung im Gebrauch befand. Neben Art. 103 II GG dürfte auch die Meinungsfreiheit einer Kriminalisierung der Parole enge Grenzen setzen, da nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG (Rn. 126) bei mehrdeutigen Äußerungen nicht die zur Verurteilung führende Bedeutung zugrunde gelegt werden darf, ohne vorher die anderen möglichen Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen zu haben.

Ermessensreduktion?

Demnach lagen die Voraussetzungen für den Erlass eines Platzverweises und dessen anschließender Durchsetzung gegenüber den Besetzer:innen zwar grundsätzlich vor. Hieraus folgt aber noch keineswegs, dass die Präsidentin auch rechtlich verpflichtet gewesen wäre, zu diesen Mitteln zu greifen.

Das Gefahrenabwehrrecht ist geprägt durch das sogenannte Opportunitätsprinzip. Danach stehen sowohl das Entschließungsermessen hinsichtlich des „Ob" eines Einschreitens als auch das Auswahlermessen hinsichtlich des „Wie" eines Einschreitens im Ermessen der Behörde. Eine Ermessensreduktion kommt dagegen grundsätzlich erst in Betracht, wenn besonders wichtige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet sind.[5]

Dabei sind vorliegend nur wenige Gründe ersichtlich, die für eine Ermessensreduktion sprechen könnten: Eine nachhaltige Störung des Forschungs- und Lehrbetriebs durch die Besetzung war nicht gegeben: Vorlesungen und Seminare wurden online durchgeführt, Mitarbeiter:innen wechselten ins Homeoffice. Die Verstöße gegen die Hausordnung können eine Pflicht zum Einschreiten von vornherein nicht begründen. Der Hausfriedensbruch wurde durch die Duldung gleichsam legalisiert. Bzgl. der Sachbeschädigung durch das Besprühen der Wände dürfte fraglich sein, inwieweit zum Zeitpunkt der Räumung noch die reelle Gefahr bestand, dass hier weitere Beschädigungen hinzukommen würden; die bereits geschehenen Beschädigungen ließen sich jedenfalls nicht mehr abwehren. Eine pauschale Beurteilung des gegen Israel gerichteten Protests als antisemitisch ist angesichts der verfassungsgerichtlich geforderten Sorgfalt bei der Interpretation von Meinungsäußerungen abzulehnen. Es ist insoweit auch nichts ersichtlich, was dafür sprechen würde, dass die Proteste sich nicht gegen die Kriegsführung des Staates Israel, sondern stattdessen gegen „die Juden" gerichtet hätten, zumal sich auch jüdische Personen unter den Besetzer:innen befanden.

Schließlich ging es vorliegend auch nicht um das „Ob" eines Vorgehens, also das Entschließungsermessen. Denn die Präsidentin war keineswegs untätig geblieben, sondern versuchte den rechtswidrigen Zustand auf eine weniger eingriffsintensive Weise zu beseitigen, nämlich im Dialog mit den Besetzer:innen. Ein solches Vorgehen war weder von vornherein ungeeignet, die Besetzung zu beenden, wie zuvor die Bewältigung einer Protestaktion an der TU Berlin durch die dortige Präsidentin gezeigt hat. Es kann zudem für sich in Anspruch nehmen, mit der Aufgabenbeschreibung der Hochschule nach § 4 I, II BerlHG im Einklang zu stehen und dem Schutz- und Gewährleistungsauftrag des § 3 I VersFG zu entsprechen. Dies gilt umso mehr, als es nach vorangegangen Erfahrungen nicht unwahrscheinlich war, dass die eingesetzten Polizeikräfte bei der Räumung ihrerseits Straftaten zum Nachteil der Besetzer:innen begehen würden.

Im Ergebnis spricht nach den bislang bekannten Tatsachen wenig dafür, dass ein Verzicht auf die Räumung seitens der Präsidentin und eine Fortführung des Dialogs rechtswidrig gewesen sein sollten. Dass der Berliner Senat als aufsichtführende Stelle andere Mittel als vor-

[4] BeckOK StGB/Weidemann, 60. Ed. 1.2.2024, StGB § 304 Rn. 7, 8.

[5] Graulich, in: Lisken/Denninger, 7. Aufl. 2021, Kap. E Rn. 114.

zugswürdig angesehen haben mag, reicht im Rahmen der Rechtsaufsicht gerade nicht für ein Tätigwerden aus.

„Universitätsfreundliches Verhalten“

Selbst wenn man bei anderer Sachlage von einer rechtlichen Verpflichtung der Präsidentin ausgehen würde, die Räumung anzuordnen, würde hieraus noch nicht automatisch die Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Weisung folgen. Im Verhältnis zwischen der Hochschule als Selbstverwaltungskörperschaft und dem aufsichtführenden Senat gilt vielmehr der Grundsatz des „universitätsfreundlichen Verhaltens“.[6] Demnach hat der Senat bei der Ausübung des Aufsichtsrechts den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und darf nicht stärker als unbedingt notwendig in die Hochschulautonomie eingreifen.

Dies gilt dabei nicht nur für die eigentliche Weisung, sondern auch für etwaige vorgelagerte Maßnahmen. So würde sich vorliegend auch die Androhung einer Weisung als rechtswidrig darstellen. Eine solche Androhung kann als mildere Maßnahme zwar ebenfalls auf § 12 AZG gestützt werden und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ggf. sogar geboten sein. Sie ist aber nur dann rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Weisung tatsächlich vorliegen.

Schließlich verstieß auch der Tweet, den der Regierende Bürgermeister absetzte, während die Präsidentin noch mit den Besetzer:innen verhandelte, gegen den Grundsatz des „universitätsfreundlichen Verhaltens“. Als Aufsichtsorgan hat der Senat die Hochschulautonomie zu respektieren. Selbst dann, wenn das Vorgehen der Präsidentin rechtswidrig gewesen wäre, hätte es gegen entsprechende Rücksichtnahmepflichten verstoßen, öffentlichen Druck auf sie auszuüben.

Fazit: Die Verwaltungsorganisation ist kein rechtsfreier Raum

Die Berliner Hochschulen sind kein rechtsfreier Raum, verfügen aber über Autonomie. Als Selbstverwaltungskörperschaften unterliegen sie nur einer begrenzten Aufsicht des Landes. In Angelegenheiten des Hausrechts, das der Präsidentin der Hochschule übertragen ist, beschränkt sich dies auf die bloße Rechtsaufsicht. Die Aufsicht ist hier darauf beschränkt, rechtswidriges Handeln zu korrigieren; darüber hinausgehende Möglichkeiten, eigene Auffassungen durchzusetzen, stehen ihr nicht zu.

Dafür, dass der von der Präsidentin der HU eingeschlagene Weg, auf eine gewaltsame Räumung des Instituts zu verzichten und einen Dialog mit den Besetzer:innen zu führen, rechtswidrig war, liegen keine Anhaltspunkte vor. Zwar hätte die Präsidentin wohl grundsätzlich die Möglichkeit gehabt, das Institut räumen zu lassen. Sie war hierzu aber keineswegs verpflichtet, sondern konnte nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen darüber entscheiden, wie sie auf die Besetzung reagierte. Eine Weisung seitens des Senats wäre, ebenso wie die Androhung einer Weisung, rechtswidrig gewesen. Rechtswidrig war zudem der Versuch des Regierenden Bürgermeisters, mittels sozialer Medien während des laufenden Entscheidungsprozesses Druck auf die Präsidentin aufzubauen.

[6] BeckOK HochschulR NRW/von Coelln, 30. Ed. 1.3.2024, HG § 76 Rn. 22.

Nicolas Harding

Das Aus für Influencer in Uniform?

Zum Urteil des VG Berlin gegen „Officer Denny“

doi: 10.59704/c8b716fa2c675b08

„Officer Denny“ darf keinen privaten TikTok-Account betreiben, mit dem er über seinen Alltag als Polizist in der Bundeshauptstadt informiert. Dies hat das Verwaltungsgericht (VG) Berlin im März bestätigt (Az. 36 K 389/22), nachdem der Dienstherr dem Polizeibeamten untersagt hatte, seinen Account – mit mehr als 150.000 Followern – weiter zu betreiben.

Die nun veröffentlichten Entscheidungsgründe zeigen, dass das Gericht der Argumentation des Dienstherren weitestgehend folgt. Das VG Berlin stuft die Nebentätigkeit zwar zutreffend ein, verpasst aber die Gelegenheit, Meinungsfreiheit und beamtenrechtliche Neutralitätspflicht überzeugend ins Verhältnis zu setzen. Dies soll hier versucht werden.

Das fatale Interview

Im Juni 2021 hatte der Dienstherr gegenüber dem Polizeioberkommissar noch erklärt, dass gegen seine „künstlerische Nebentätigkeit“ keine Bedenken bestünden, da er auch außerhalb des Dienstes der Verschwiegenheitspflicht unterliege und seine Social-Media-Aktivität nur außerhalb der Dienstzeit und dienstlicher Liegenschaften ausüben dürfe. Anlass der Untersagung war dann im Februar 2022 ein Interview des Beamten mit dem über Berlins Grenzen hinaus medial bekannten „Clan-Chef“ Arafat Abou-Chaker, das der Dienstherr als schwerwiegendes Dienstvergehen wertete. In dem live gestreamten Interview tauschte sich „Officer Denny“ mit Arafat Abou-Chaker über den sog. Bushido-Prozess vor dem Berliner Landgericht aus. Dabei habe eine „vertrauliche Atmosphäre“ bestanden, die nicht zuletzt darauf zurückzuführen gewesen sei, dass sich die Beteiligten im Gespräch geduzt haben.

Das Interview wurde medial heftig kritisiert. Nach kürzester Zeit stellten zahlreiche Nutzerkommentare das Vorgehen des Beamten dienstlich wie persönlich scharf in Frage. Sein Dienstherr sah darin einen Verstoß gegen § 5 der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten (NtVO) i.V.m. § 63 Abs. 5 Landesbeamtengesetz Berlin (LBG), § 34 Abs. 1 Satz 1, 3 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) und § 101 LBG und untersagte die Tätigkeit. Nach § 101 LBG sind Polizistinnen und Polizisten dazu verpflichtet, das Ansehen der Polizei zu wahren. Gemäß § 34 BeamtStG muss das Verhalten von Beamtinnen und Beamten innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die ihr Beruf erfordert.

Nach erfolglosem Widerspruchs- und Eilrechtsschutzverfahren musste sich das VG Berlin ausführlich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Nebentätigkeit von „Officer Denny“ diese beamtenrechtlichen Vorgaben verletzte.

Zur Frage der (künstlerischen) Nebentätigkeit

Zuvor hatte das Gericht allerdings zu klären, ob die Social-Media-Aktivität des Beamten überhaupt eine Nebentätigkeit i.S.d. § 60 Abs. 1 LBG darstellt. Dabei differenziert das Gericht zutreffend zwischen (entgeltlichen) Nebentätigkeiten unter Genehmigungsvorbehalt und genehmigungsfreien Nebentätigkeiten, zu denen insbesondere schriftstellerische, wissenschaftliche oder künstlerische Aktivitäten zählen.

Dass der Betrieb eines Accounts in den sozialen Netzwerken überhaupt als rechtlich relevante Nebentätigkeit zu qualifizieren und nicht etwa nur Freizeitbeschäftigung ist, begründet das VG Berlin im Eilverfahren damit, dass der Polizeibeamte mit seinen diversen Tätigkeiten jenseits seiner Intim- oder Privatsphäre eine potentiell unbegrenzte Zahl von Mitmenschen im sozialen Raum erreichen will. Die Reichweite und Wirkung seiner öffentlichkeitswirksamen Tätigkeiten könne mit den allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder mit den besonderen Erfordernissen seines Amts als Polizeioberkommissar in Konflikt geraten. Genau an diese Konfliktlage knüpfen die gesetzlichen Vorgaben zu Nebentätigkeiten an.

Bei der Tätigkeit des Beamten soll es sich nach der Auffassung des Gerichts um eine künstlerische Aktivität

i.S.d. § 63 Abs. 1 Nr. 2 LBG und damit eine genehmigungsfreie Nebentätigkeit gehandelt haben. Sie sei – unabhängig davon, ob der Beamte als „Influencer“ oder „Content Creator“ auftritt – von eigenschöpferischem, humoristischem Agieren geprägt. Außerdem bezieht sich die Kammer darauf, dass der Beamte vom Kreativitäts-Fonds der Plattform TikTok gefördert wurde. Die Privilegierung gegenüber genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten ändere aber nichts daran, dass auch eine künstlerische Tätigkeit gemäß § 63 Abs. 5 LBG untersagt werden könne, soweit der Beamte dabei dienstliche Pflichten verletzt.

Neutralitätsverstoß als Dienstpflichtverletzung

Das VG Berlin stuft das Interview als Verstoß gegen die Dienstvorschriften ein und bestätigt damit die dienstrechtliche Untersagung nach § 63 Abs. 5 LBG. Es widerspräche einer vorschriftsmäßigen Dienstwahrnehmung, außerdienstlich Kontakt zu den Angeklagten eines laufenden Strafverfahrens aufzunehmen und erst recht sich mit Beschuldigten eines laufenden Strafverfahrens über Prozessdetails öffentlich auszutauschen. Das Interview sei darüber hinaus geeignet gewesen, Zweifel zu begründen, ob der Beamte sein Amt pflichtgemäß, unparteiisch, unbefangen und in ungeteilter Loyalität gegenüber dem Allgemeinwohl wahrnimmt. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Beamte im Gespräch betont habe, nicht in seiner Funktion als Polizeioberkommissar tätig zu werden.

Dieses Ergebnis verletze den Beamten nach Auffassung des VG Berlin auch nicht in seiner Meinungsfreiheit. Zunächst verweist das Gericht darauf, dass sich Beamte im Rahmen ihrer Dienstausübung nicht auf den grundrechtlichen Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG berufen können. Selbst wenn man die Äußerungen in den sozialen Netzwerken als privat und damit vom personellen Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst einstufe, ändere dies nichts. Denn für Beamte gelte der Schutz aus Art. 5 Abs. 1 GG nur insoweit, „wie die Meinungsäußerung mit ihren sich aus dem Amt ergebenden Pflichten vereinbar ist“.

Chance verpasst

Grundsätzlich überzeugt die Entscheidung des VG Berlin. Erläuterungsbedürftig sind die grundrechtlichen Ausführungen des Gerichts, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine bloße Randbemerkung bleiben.

Zunächst deutet das Gericht an, dass es „nicht unproblematisch“ sei, ob sich der Beamte in seinen Videos überhaupt auf die Meinungsfreiheit berufen könne, lässt diese Frage aber (leider) dahinstehen. Hier wäre es wünschenswert gewesen, die anerkannten Maßstäbe zur Charakterisierung staatlicher Accounts in den sozialen Netzwerken (vgl. hier) um eine weitere Fallgruppe des „Influencers in Uniform“ zu erweitern. Die überschaubare Rechtsprechung zu diesem wichtigen Thema beschränkt sich bisher auf die (Text-)Beiträge von Regierungsmitgliedern bei X (vormals Twitter) (siehe etwa hier und hier). „Officer Denny“ hätte Anlass geboten, sich damit auseinanderzusetzen, inwiefern sich die bisherigen Abgrenzungskriterien auf bild- und videobasierte Netzwerke übertragen lassen. Hier hätte das VG Berlin ein gänzlich neues Feld erschließen können. Die besseren Erwägungen dürften dafür sprechen, dass das Profil des Beamten privat und damit von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist. Zwischen staatlicher und privater Sphäre wird schwerpunktmäßig anhand formaler Kriterien wie Profil-Impressum und Account-Name abgegrenzt, die mit Blick auf „Officer Denny“ deutlich für eine private Charakterisierung sprechen. Für die allermeisten Polizeibeamtinnen und -beamten mit eigenem Social-Media-Account gilt also Entwarnung: Der dienstliche Beamtenstatus allein macht einen Account noch nicht zum staatlichen Kommunikationskanal.

Daneben ist die Formulierung des Gerichts interessant, wonach der Schutz aus Art. 5 Abs. 1 GG für Beamte nur insoweit gelte, „wie die Meinungsäußerung mit ihren sich aus dem Amt ergebenden Pflichten vereinbar ist“. Der Begriff des „Geltens“ ließe sich so verstehen, dass sich Beamte bei einem Konflikt von Aussageinhalt und Dienstpflicht nicht auf den Schutz(-bereich) der Meinungsfreiheit berufen könnten. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit verengt sich jedoch nicht, nur weil der Grundrechtsträger verbeamtet ist. Auch Beamte können sich auf die Meinungsfreiheit berufen, wenn sie sich – wie hier – nicht in ihrer Funktion als staatlicher Funktionsträger äußern. Bei den hier einschlägigen Beamtengesetzen und den auf dieser Grundlage erlassenen Untersagungen handelt es sich also um Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, die verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind. Die eingreifenden Gesetze müssen „allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG sein und den besonders hohen Rechtfertigungsanforderungen genügen, die bei Eingriffen in die für die freiheitlich-

demokratische Grundordnung schlechthin konstituierende Meinungsfreiheit gelten. Die Untersagung erfüllt diese Anforderungen problemlos: Das Nebentätigkeitsrecht soll dazu dienen, die Achtung und das Vertrauen der Bevölkerung in die Beamten sowie deren Neutralität zu sichern, also Schutzgüter von hohem Verfassungsrang. Das von „Officer Denny" durchgeführte Interview begründet unstreitig Zweifel daran, dass dieser die beamtenrechtlichen Anforderungen wahrt.

Bemerkenswert ist jedoch, dass das VG die womöglich einschlägige Kunstfreiheit des Beamten aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ignoriert, obwohl es seine Tätigkeit wenige Randnummern zuvor als künstlerisch i.S.d. § 63 Abs. 1 Nr. 2 LBG eingestuft hat. Ein grundrechtsdogmatischer Vorteil der Kunst- gegenüber der Meinungsfreiheit liegt darin, dass die Kunstfreiheit nur verfassungsimmanenten Schranken unterliegt. Auch wenn dies am Ergebnis der Entscheidung womöglich nichts geändert hätte: Ein ganzes Grundrecht außer Acht zu lassen ist – um bei den Worten des VG Berlin zu bleiben – „nicht unproblematisch".

Noch ist das Urteil nicht rechtskräftig. Wie die Tätigkeit von Beamten auf TikTok zu charakterisieren und inwieweit sie von der Kunstfreiheit geschützt ist, sind Rechtsfragen, die sich in der Zukunft sicherlich häufiger stellen werden. Das OVG Berlin-Brandenburg sollte die Gelegenheit nutzen, um genau zu prüfen, wie sich die Social-Media-Aktivitäten staatlicher Funktionsträger kommunikationsgrundrechtlich implementieren lassen.

Felix Reda

Aufgeschoben ist nicht aufgehoben

EU-Verordnungsvorschlag zur grundrechtswidrigen Chatkontrolle vorerst vom Tisch

doi: 10.59704/2dcf13385804e2d1

Kaum ein digitalpolitisches EU-Vorhaben ist in der deutschen Fachöffentlichkeit je auf so einhellige Kritik gestoßen wie der Verordnungsentwurf zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern, besser bekannt unter dem Schlagwort Chatkontrolle. Der Plan der EU-Kommission, verdachtsunabhängig jegliche private Kommunikation über Messenger-Dienste zu durchleuchten und dafür sogar die Verschlüsselung durch sogenanntes Client-Side-Scanning zu umgehen, ist mit dem Recht auf Privatsphäre (Art. 7 EU-Grundrechtecharta) und dem Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 EU-Grundrechtecharta) offensichtlich unvereinbar. Das Europaparlament hat sich schon früh auf ein Verhandlungsmandat geeinigt, das der Chatkontrolle eine Absage erteilt. Auch die Bundesregierung lehnt eine Aufweichung der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ab. Der Versuch der belgischen Ratspräsidentschaft, ein Verhandlungsmandat für die Umsetzung der umstrittenen Chatkontrolle-Verordnung zu erzielen, ist letzte Woche unter anderem am Widerstand Deutschlands gescheitert.

Das sind gute Nachrichten für die Grundrechte, doch trotz der Umwälzungen durch die Europawahl ist es noch zu früh für eine Entwarnung. So fällt der Protest gegen die Chatkontrolle in vielen anderen Mitgliedstaaten weitaus leiser aus. Der belgischen Ratspräsidentschaft wäre es beinahe gelungen, eine qualifizierte Mehrheit für ein Verhandlungsmandat zu erringen, das trotz einiger kosmetischer Veränderungen am Client-Side-Scanning festgehalten hätte. Ein offener Brief von europäischen und nationalen Abgeordneten, der den Rat zur Ablehnung der Chatkontrolle aufruft, enthält auffällig viele Unterschriften aus Deutschland.

Alter Wein in neuen Schläuchen

Für den 19. Juni 2024 hatte die belgische Ratspräsidentschaft eine Abstimmung über ihren Vorschlag angesetzt. Vordergründig enthielt dieser eine Zusicherung, Ende-zu-Ende-Verschlüsselung nicht zu unterminieren (Art. 1 Abs. (5)). Vorrang vor dieser Regelung hätte jedoch weiterhin die Verpflichtung von Messenger-Diensten, Technologien zum Client-Side-Scanning, also der Durchleuchtung privater Nachrichten vor deren Versendung zu betreiben (Art. 10a). Gestützt auf eine behördliche Aufdeckungsanordnung sollten Messenger von ihren Nutzer*innen die Zustimmung einholen, deren Nachrichten auf bekannte oder unbekannte Darstellungen sexueller Gewalt gegen Kinder zu durchleuchten. Von Freiwilligkeit kann dabei aber keine Rede sein, denn nach den Plänen der Belgier müssten Messenger die Möglichkeit zum Verschicken von Bildern, Videos und URLs infolge einer Aufdeckungsanordnung schlichtweg abschalten, wenn Nutzer*innen der Überwachung ihrer Nachrichten nicht zustimmten (Art. 10 (5)). Entsprechend vernichtend fiel die Kritik an dem Vorschlag aus der IT-Sicherheitsbranche aus. Die Chefin des Messenger-Dienstes Signal bezeichnete ihn als „alten Wein aus neuen Schläuchen“ und warnte davor, dass Drittstaaten solch mutwillig herbeigeführte Sicherheitslücken ausnutzen könnten.

Nachdem die Bundesregierung kurz vor der entscheidenden Sitzung angekündigt hatte, gegen den belgischen Vorschlag zu stimmen, nahm Belgien die Chatkontrolle kurzfristig von der Tagesordnung des Ausschuss der Ständigen Vertreter. Zwar hatten nicht alle Mitgliedstaaten ihre Position öffentlich gemacht, doch es ist davon auszugehen, dass Belgien keine Aussicht auf eine qualifizierte Mehrheit für das Verhandlungsmandat hatte. Damit hat die amtierende Ratspräsidentschaft ihre Chance vertan, den Weg für Trilogverhandlungen zwischen Parlament, Rat und Kommission zur Chatkontrolle frei zu machen. Für die betroffenen Grundrechte sind das durchaus gute Nachrichten.

Vorstoß vorerst gescheitert

In Brüssel werden derweil die Karten neu gemischt. Zum ersten Juli übernimmt Ungarn die Ratspräsidentschaft von Belgien. In ihrem Präsidentschaftsprogramm verspricht sie zwar, „die Arbeit für eine langfristige gesetz-

geberische Lösung zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern online fortzusetzen“ (S. 22), aber ob ausgerechnet die rechtsradikale Fidesz-Regierung das diplomatische Geschick beweisen wird, die entgegengesetzten Positionen im Rat hinter einem Kompromiss zu vereinen, erscheint fraglich. Bisher spricht das Motto der ungarischen Ratspräsidentschaft „Make Europe Great Again“ und die unverhohlene Kritik an europäischen Rechtsstaatlichkeitsmechanismen in ihrem Präsidentschaftsprogramm eher dafür, dass Ungarn mehr durch Provokation als durch Fleiß bei der Bearbeitung liegengebliebener Gesetzgebungsvorhaben auffallen wird.

Blick in die Zukunft

Auch Kommission und Parlament müssen sich nach der Europawahl neu aufstellen – mit ungewissen Folgen für die Chatkontrolle. Denn anders als in der Bundespolitik gilt in der EU kein Diskontinuitätsprinzip: Unvollendete Gesetzgebungsverfahren werden vom neuen Europaparlament mit dem Rat weiter verhandelt, solange die neue EU-Kommission den Vorschlag nicht zurückzieht – was in der Praxis äußerst selten vorkommt. Die glühendste Verfechterin des Kommissionsvorschlags, die schwedische EU-Innenkommissarin Ylva Johannson, wird zwar aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr mit dem Thema betraut sein, denn Johannsons Sozialdemokraten stellen seit 2022 nicht mehr die schwedische Regierung und haben damit kein Vorschlagsrecht für die neue EU-Kommission. Doch klar ist aufgrund der Erfahrungen im Rat auch, dass eine (wenn auch nicht qualifizierte) Mehrheit der nationalen Regierungen grundsätzlich hinter der Chatkontrolle steht. Spanien und Irland hatten sogar noch weitergehende Maßnahmen gefordert. Wer in Zukunft an der Spitze der EU-Innendirektion DG Home stehen wird, ist noch unklar. Der Wechsel wird aber nicht unbedingt dazu führen, dass die EU-Kommission ihr Vorhaben der Chatkontrolle künftig mit weniger Engagement vorantreibt.

Die grundrechtsfreundliche Verhandlungsposition des Europaparlaments gilt auch nach der Europawahl weiter, bei der die konservativen und rechtsextremen Fraktionen an Gewicht gewonnen haben. Der Berichterstatter für das Vorhaben, Javier Zarzalejos von der EVP-Fraktion, wurde wiedergewählt, doch zahlreiche Mitglieder seines Verhandlungsteams und prominente Kritiker*innen der Chatkontrolle wie Patrick Breyer (Piratenpartei) oder Cornelia Ernst (Die Linke) werden dem neuen Europaparlament nicht mehr angehören. Sollte der Rat seine Differenzen überwinden und in Trilogverhandlungen über die Chatkontrolle einsteigen, ist also offen, wie engagiert sich das neue Parlament für die Vertraulichkeit der Kommunikation und das Recht auf Verschlüsselung einsetzen wird.

Wirksamkeit der Zivilgesellschaft

Die Erfahrungen der letzten Legislatur haben gezeigt, dass engagierte wissenschaftliche Auseinandersetzung und Kritik aus der Zivilgesellschaft durchaus in der Lage sind, geplante Grundrechtseingriffe zumindest vorerst ins Stocken zu bringen. Dass die Bundesregierung an ihrem Nein zur Chatkontrolle festgehalten hat, ist sicherlich auch dieser intensiven öffentlichen Begleitung des Verfahrens zu verdanken. Doch um die Chatkontrolle langfristig abzuwenden, muss die Kritik auch außerhalb des deutschsprachigen Raums lauter werden, um eine europäische Mehrheit gegen die Chatkontrolle zu sichern.

Tahireh Panahi, Andressa de Bittencourt Siqueira

Soft law, hardcore?

Die rechtliche Durchsetzung von Verhaltenskodizes nach dem Digital Services Act

doi: 10.59704/377ad2311e455c09

Soft Law bietet die Möglichkeit der agilen und flexiblen Regulierung, die sich gerade an die dynamische digitale Entwicklung anpassen kann. Allerdings gilt Soft Law durch seine unverbindliche Natur als wenig effektiv. Mit dem Digital Services Act (DSA) beschreitet die EU jedoch einen unkonventionellen Weg, indem sie Hard Law und Soft Law in – zumindest aus dogmatischer Perspektive – eigentümlicher Weise miteinander verbindet. Der DSA ist selbst eine rechtsverbindliche EU-Verordnung, welche jedoch Soft Law Instrumente vorsieht und sogar Vorschriften zu ihrer rechtlichen Durchsetzung enthält. Derlei Regelungstechniken sind im Unionsrecht zwar durchaus bekannt, doch stellen sie zumindest der öffentlichen Wahrnehmung des DSA als „Verfassung des Internets" in Frage. Wie weitreichend kann eine solche Verfassung sein, die wesentliche Fragen an (exekutiv initiiertes, privat gesetztes) Soft Law auslagert?

Ein Beispiel hierfür ist der EU-Verhaltenskodex gegen Desinformation (Desinformationskodex). Auch wenn im DSA der „Freiwilligkeitscharakter" solcher Kodizes proklamiert wird, bestehen für Anbieter sehr großer Online-Plattformen, wie TikTok, X und Instagram, Bindungseffekte. Wir halten dies für problematisch, denn so werden private Unternehmen in kommunikationsgrundrechtlich relevanten Bereichen nicht nur selbst regulatorisch tätig – und gerade nicht reguliert. Es ergeben sich auch wesentliche Fragen für Demokratie und Rechtsstaat, wenn Soft Law „verhärtet".

Soft Law in der EU

Soft Law wird von Hard Law durch seine Unverbindlichkeit und Undurchsetzbarkeit unterschieden (Vgl. *Hartlapp*, 2019, S. 1). Auf EU-Ebene werden unter Soft Law z.B. Empfehlungen und Stellungnahmen von EU-Institutionen, aber auch Verhaltenskodizes, die im Wege der Ko-Regulierung zwischen unionalen und privaten Akteuren erstellt werden, gefasst (*Schwarze*, EuR 2011, 3 (4) mwN).

Tatsächlich setzen EU-Institutionen in verschiedenen Bereichen immer mehr Soft Law ein (*Cappellina* et al, 2022, S. 754). Die Attraktivität von Soft Law besteht für die EU zum einen darin, die Langwierigkeit und hohen Hürden des regulären Gesetzgebungsprozesses auszusparen (*Slominski/Trauner*, S. 4 f.). Zum anderen wird Soft Law gerade angesichts seiner Anpassungsfähigkeit und Flexibilität bei der Gestaltung von Regeln im digitalen Kontext als vielversprechend und sogar erforderlich betrachtet (Vgl. *Hagemann/Skees/Thierer*, 2018, S. 79). Dies entspricht auch der Empfehlung zur „agilen Regulierung" der OECD (Vgl. *Vasel*, NVwZ 2023, 1298 (1301) mwN). Besonders vorteilhaft scheinen in diesem Zusammenhang Ko-Regulierungen zu sein. Hierunter wird verstanden, dass der Gesetzgeber Ziele für einen Rechtsakt vorlegt, die Festlegung und Verwirklichung der Ziele jedoch nichtstaatlichen Parteien. z.B. Wirtschaftsakteuren, überträgt. Durch die Einbeziehung kooperationswilliger privater Akteure ist eine flexible und interessengerechte Gestaltung der Regeln möglich. Dieser Ansatz scheint besonders für die Governance sehr großer Online-Plattformen, wie Instagram, TikTok und X, geeignet zu sein, deren privatrechtliche Community Standards ohnehin eine hohe Normativität aufweisen.

Die „Verhärtung" von Soft Law

Ein zentrales Problem von Soft Law ist jedoch seine Effektivität. Denn grundsätzlich führt Soft Law lediglich zu einer Selbstbindung der sich verpflichtenden Akteure und ist nicht rechtlich durchsetzbar. Jedoch kann Soft Law zumindest indirekte rechtliche Effekte und faktische Folgen nach sich ziehen (*Cappellina* et al, 2022, S. 744). Durch den Einfluss zwingender Rechtsakte ist es bildlich gesprochen sogar möglich, dass Soft Law „verhärtet", also an Verbindlichkeit gewinnt. Zu einer Verhärtung können vor allem in den zwingenden Rechtsakten enthaltene präskriptive Formulierungen, Umsetzungsfristen, Berichterstattungspflichten und „*comply or explain*"-Mechanismen führen (*Andone/Coman-Kund*,

2022, S. 34). Eine derartige Verhärtung von Soft Law kann zwar zur Effektivität dieser Regeln beitragen, ist jedoch rechtlich problematisch. Insbesondere Ko-Regulierungen werfen besondere Fallstricke auf.

Erstens steht die demokratische Legitimität infrage, wenn demokratische Institutionen in Soft Law Akte mit faktischer Bindungswirkung gar nicht oder zu wenig einbezogen werden. Kritisch ist es etwa, wenn die Interessen nichtstaatlicher Akteure in Ko-Regulierungen einfließen und für dritte Akteure verbindlich werden und/oder mittelbare Außenwirkung auf einen großen Kreis Unbeteiligter entfalten.

Zweitens ist es zweifelhaft, wie sichergestellt werden kann, dass die Interessen der Beteiligten gleichberechtigt beachtet werden können (*Hartlapp*, 2019, S. 1, *Keller*, 2008, S. 269). Bei Ko-Regulierungen haben die nichtstaatlichen Akteure zwar die Möglichkeit ihre Interessen einzubringen. Die tatsächlichen Mitwirkungsmöglichkeiten können sich jedoch je nach finanziellen und personellen Ressourcen, dem Zeitpunkt der Beteiligung und anderen Faktoren erheblich unterscheiden.

Zudem besteht ein grundsätzliches Dilemma: wenn ein zwingendes Gesetz statisch auf eine bestehende Ko-Regulierung verweist, haben Parteien, die nachträglich an diesen gebunden werden, schlechtere Mitbestimmungschancen, als solche, die diesen ursprünglich entworfen haben. Erfolgt hingegen ein dynamischer Verweis, kann die demokratische Legitimität der Norm abnehmen, da der Text nachträglich „am Gesetzgeber vorbei" geändert werden kann.

Schließlich kann durch den zwingenden Rechtsakt, der die Einhaltung von Soft Law verbindlich macht, in Grundrechte eingegriffen werden. Zum einen können Grundrechte der verpflichteten Partei verletzt werden. Aus den Grundrechten auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und der Unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GrCh geht hervor, dass die Unterwerfung unter Soft Law grundsätzlich freiwillig sein muss. Unter bestimmten Bedingungen kann sie jedoch zulässig sein. Im Einzelfall müssten insbesondere Mitbestimmungsmöglichkeiten, die Flexibilität des Austritts und *Opt-Out*-Möglichkeiten von einzelnen Verpflichtungen untersucht werden (weitere Anforderungen: *Latzer* et al, 2002, S. 67 ff.). Zum anderen können die Inhalte des Soft Law Akts i.V.m. dem zwingenden Rechtsakt die Grundrechte der Betroffenen beeinträchtigen, aber gegebenenfalls auch Grundrechte Dritte verletzen, wenn der Soft Law Akt mittelbare Außenwirkung entfaltet.

Digital Services Act und seine Verhaltenskodizes

Auch im Bereich der Regulierung von Online-Plattformen setzt die EU schon seit Jahren Soft Law ein und vertieft diese Strategie mit dem kürzlich in Geltung getretenen DSA. Der DSA ist eine EU-Verordnung, die die Vorschriften für Vermittlungsdienste, wie Online-Plattformen, im Binnenmarkt vollständig harmonisiert, um ein sicheres, berechenbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld sicherzustellen, das unter anderem der Verbreitung rechtswidriger Inhalte und Desinformation entgegenwirkt. (Vgl. EG 9 DSA). In dieser zentralen Verordnung zur Plattformregulierung sind verschiedene Ergänzungen durch Soft Law vorgesehen, z.B. Verhaltenskodizes, Leitlinien und Krisenprotokolle.

Gerade weil im DSA Rahmenbedingungen für den grundrechtssensiblen Bereich der Online-Kommunikation geregelt werden, muss die Verhärtung von Soft Law kritisch untersucht werden. Exemplarisch wird im Folgenden der Desinformationskodex näher betrachtet.

EU-Verhaltenskodex gegen Desinformation

Der aktuelle Desinformationskodex wurde am 16. Juni 2022 veröffentlicht und bisher von 44 Parteien unterzeichnet, darunter große Social-Media-Unternehmen wie Meta und TikTok, aber auch Fact-Checking-Organisationen. Da die als reine Selbstregulierung konzipierte Vorgängerversion des Kodex aus dem Jahr 2018 weithin als ineffektiv kritisiert wurde (siehe z.B. *Teeling/Kirk*, 2020), wurde mit dem Desinformationskodex 2022 ein neuer Kurs eingeschlagen. Neben inhaltlichen Änderungen, [1] die im Rahmen dieses Beitrag weitestgehend außen vor bleiben, wurde der Verhaltenskodex von einer Selbstregulierung in eine Ko-Regulierung transformiert (vgl. Präambel des Desinformationskodex, Erwägungsgrund 104 DSA). Der Ko-Regulierungsansatz des Desinformationskodex zeigt sich insbesondere durch das enge Zusammenspiel mit komplementären Vorschriften

[1] Inhaltliche Veränderungen betreffen etwa Verpflichtungen zur Demonetisierung von Desinformation, zum Umgang mit politischer Werbung und Transparenz von KI-generierten Inhalten. Zudem sind finanzielle Verpflichtungen enthalten (Commitments 27.2, 30.2, 31.3 und 38), wie z. B. die Finanzierung eines Faktencheck-Archivs

des DSA. So sind z.B. die Kommission und das Europäische Gremium für digitale Dienste (im Folgenden „Gremium“) damit beauftragt, die Ausarbeitung „freiwillige[r] Verhaltenskodizes“ zu fördern (Art. 45 Abs. 1 S. 1 DSA). Dabei setzen sie sich dafür ein, dass die Ziele klar dargelegt werden und wesentliche Leistungsindikatoren zur Messung der Zielerreichung enthalten sind (Art. 45 Abs. 3 Satz 1). Der DSA identifiziert selbst Bereiche, für die Verhaltenskodizes erforderlich sind, darunter auch „Desinformation“ (Erwägungsgrund 104).

Zur Freiwilligkeit gezwungen?

Grundsätzlich stellt der Desinformationskodex unverbindliches Soft Law dar. Dieses Verständnis spiegelt sich wenigstens stellenweise im Wortlaut des DSA wider: Nach Art. 45 Abs. 1 S. 1 werden Verhaltenskodizes als „freiwillig“ bezeichnet. Zudem wird der „Freiwilligkeitscharakter“ solcher Kodizes und die Wahlfreiheit über eine Beteiligung in Erwägungsgrund 103 S. 4 DSA ausdrücklich betont.

Für sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen (englisch: *very large online platforms / search engines*, sog. VLOPs/VLOSEs i.S.d. Art. 33 DSA) sieht die Welt jedoch anders aus, denn die Freiwilligkeit steht hier in Frage. Es kann zunächst mit einer scheinbar unverfänglichen “Aufforderung” beginnen. Die Kommission kann eine VLOP/VLOSE etwa gem. Art. 45 Abs. 2 S. 1 DSA auffordern, sich an der Ausarbeitung eines Verhaltenskodizes zu beteiligen, wenn erhebliche und weitreichende systemische Risiken im Sinne des Art. 34 Abs. 1 DSA auftreten. Außerdem kann eine VLOP/VLOSE, die bereits zu einem Verhaltenskodex beigetreten ist, im Falle einer systematischen Nichteinhaltung aufgefordert werden, „erforderliche Maßnahmen“ zu ergreifen (Art. 45 Abs. 4 S. 3 DSA). Zwar bleibt der Wortlaut hier vage, es ist jedoch nach dem Sinnzusammenhang davon auszugehen, dass die erforderlichen Maßnahmen sich auf die Einhaltung des Verhaltenskodizes richten (so wohl auch *Peukert*, JZ 2023, 278 (284)).

Obwohl derlei „Aufforderungen“ für sich genommen harmlos erscheinen, ändert sich dieser Eindruck bei Betrachtung der Systematik des DSA. Der Widerspruch zum proklamierten „Freiwilligkeitscharakter“ wird in den Vorschriften zur Risikominderung systemischer Risiken deutlich. Nach Art. 35 Abs. 1 S. 2 lit. h DSA sind VLOPs/VLOSEs dazu verpflichtet Risikominderungsmaßnahmen zu ergreifen, die auch die Beteiligung an Verhaltenskodizes beinhalten können. Aus dem Verordnungswortlaut geht zwar nicht eindeutig hervor, ob den VLOPs/VLOSEs die Wahl über die Risikominderungsmittel überlassen ist oder nicht. Erwägungsgrund 104 S. 6 DSA[2] stellt jedoch klar, dass die Weigerung an einem Verhaltenskodex mitzuwirken ohne “angemessene Erklärung”, bei der Feststellung berücksichtigt werden kann, ob die VLOP gegen die Verpflichtungen des DSA selbst verstoßen hat (*Peukert*, JZ 2023, 278 (285), (*Griffin/Vander Maelen*, 2023, S.6). Ein solcher „*comply and explain*“-Mechanismus ist ein typisches Merkmal der Verhärtung von Soft Law.

Zur Verhärtung tragen auch diverse Aufsichtsvorschriften bei. Allgemein werden die Kommission und das Gremium dazu ermächtigt, die Erreichung der Ziele der Verhaltenskodizes regelmäßig zu überwachen und zu bewerten (Art. 45 Abs. 4 S. 1 DSA). Zudem ist die Einhaltung von Verpflichtungszusagen zu Verhaltenskodizes gem. Art. 37 Abs. 1 lit. b DSA Gegenstand der unabhängigen Prüfung, wobei die Prüfergebnisse der Kommission zu berichten sind (Art. 42 Abs. 4 lit. c und d DSA). Des Weiteren kann eine VLOP/VLOSE im Rahmen der sog. „erweiterten Aufsicht“ nach Art. 75 Abs. 2 S. 3 aufgefordert werden, einen Aktionsplan vorzulegen, wobei die Beteiligung an einem Verhaltenskodex eine von nur wenigen ausdrücklich gesetzlich erwähnten Optionen darstellt. Außerdem berücksichtigt die Kommission Verpflichtungszusagen zur Einhaltung von Verhaltenskodizes bei der Bewertung des Aktionsplans und überwacht die Umsetzung (Art. 75 Abs. 3 S. 2 f. DSA).

Der am meisten zur Verhärtung beitragende Faktor ist jedoch die Möglichkeit Zwangsmittel und Sanktionen anzuordnen. So können etwa im Rahmen eines Nichteinhaltungsbeschlusses nach Art. 73 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 DSA Geldbußen ergehen, wenn die VLOP/VLOSE die „einschlägigen Bestimmungen“ des DSA oder bindende Verpflichtungszusagen nicht einhält. Weiterhin sind nach Art. 76 DSA Zwangsgelder möglich. Im Falle, dass der vorgelegte Aktionsplan nicht ausreicht, kann die Kommission *ultima ratio* sogar ein Verfahren zur Sperrung des Dienstes einzuleiten (Art. 75 Abs. 4, Art. 82 Abs. 1, Art. 51 Abs. 3, EG 145 DSA). So kann eine „Aufforderung“ zur Beteiligung an einem Verhaltenskodex in Verbindung mit

[2] Zwar gehören Erwägungsgründe nicht zum normativen Teil einer Verordnung. Dennoch ist davon auszugehen, dass sich jedenfalls die Aufsichtsbehörden danach richten.

der Androhung von Sanktionen oder Zwangsmaßnahmen indirekt zum Zwang führen, einem Verhaltenskodex beizutreten und einzuhalten. Befürchtet werden muss, dass eine VLOP/VLOSE einem Verhaltenskodex nach einer Aufforderung durch die Kommission scheinbar freiwillig beitritt, dies aber letztlich nur tut, um Sanktionen zu vermeiden, also „zur Freiwilligkeit gezwungen" wird (Im Ergebnis auch: *Peukert*, JZ 2023, 278 (285); *Brorsen/Falk*, MMR 2024, 32 (35)).

Konklusion

Zwar stellt der DSA durch viele wertvolle Vorschriften grundsätzlich einen Meilenstein in der Plattformregulierung der EU dar, der durch den Desinformationskodex zumindest inhaltlich sinnvoll ergänzt wird. Jedoch sind strukturelle Probleme erkennbar.

Die nach dem DSA bestehende Möglichkeit VLOPs/VLOSEs zur Beteiligung an und Einhaltung von Verhaltenskodizes aufzufordern und Sanktionen anzudrohen, kann den Freiwilligkeitscharakter der Verhaltenskodizes untergraben und eine fragwürdige Verhärtung von Soft Law darstellen. Dies ist im Falle des Desinformationskodex insbesondere dann problematisch, wenn Unternehmen, die nicht zu den ursprünglichen Gestaltern des Kodex gehören, durch den DSA veranlasst werden sich am Kodex zu beteiligen. Zu befürchten ist, dass private Unternehmen in die Rolle des Gesetzgebers eintreten und anderen Unternehmen quasi-gesetzliche Pflichten vorgeben, was mit Demokratie und Rechtstaatlichkeit grundsätzlich nicht vereinbar wäre. Erschwerend kommt hinzu, dass gerade VLOPs/VLOSEs, als Anbieter strukturell bedeutsamer Online-Kommunikationsräume, den dortigen Meinungsbildungsprozess erheblich prägen. Da ein freier Meinungsbildungsprozess Grundlage der Demokratie und der Kommunikationsgrundrechte ist, ist die Unterwerfung unter Verpflichtungen, die andere private Akteure mit anderen Geschäftsmodellen gestaltet und beschlossen haben, ungleich kritischer zu betrachten, als Ko-Regulierungen in kommunikationsneutralen Sektoren. Eine wichtige Frage, die beantwortet werden muss, ist, ob gleichberechtigte Mitbestimmungsmöglichkeiten am Desinformationskodex gegeben sind. Grundsätzlich haben zwar alle Unterzeichner im Rahmen einer permanenten Task Force regelmäßig die Möglichkeit, Änderungen des Desinformationskodex zumindest anzuregen (Commitment 37 Desinformationskodex). Da die Regeln zur Arbeitsweise der Task Force erst durch die Task Force selbst festgelegt werden, kann noch nicht abschließend bewertet werden, ob gleichberechtigte Mitwirkungsmöglichkeiten tatsächlich gegeben sind und der der Kodex damit an Legitimität gewinnt.

Ausblick

Die Kommission hat erste Verfahren nach Art. 66 DSA gegen die VLOPs TikTok, Meta und X eröffnet, unter anderem wegen Versäumnissen bei der Desinformationsbekämpfung. Während es sich bei TikTok und Meta um einen Unterzeichner des Desinformationskodex handelt, hat X-Chef Elon Musk im Mai 2023 den Austritt des Dienstes bekannt gegeben. Es ist denkbar, dass X im Rahmen dieser Verfahren zum Wiederbeitritt und TikTok und Meta zur Einhaltung des Desinformationskodex aufgefordert werden. So könnten Präzedenzfälle geschaffen werden, die eine neue Phase der Durchsetzung kommunikationsrelevanter Ko-Regulierungen einläuten.

Tahireh Panahi, Andressa de Bittencourt Siqueira

Soft law, hardcore?

The Legal Enforcement of Codes of Conduct under the Digital Services Act

doi: 10.59704/73aaa5ac9d80b65b

Soft law offers the possibility of agile and flexible regulation that can adapt to dynamic digital developments. However, due to its non-binding nature, soft law is not considered to be very effective. With the Digital Services Act (DSA), however, the EU is taking an – at least from a legal dogmatic perspective – unconventional approach by combining hard and soft law in a unique way. The DSA itself is a legally binding EU regulation, but it provides for soft law instruments and even contains provisions for their legal enforcement. Although such regulatory techniques are well known in EU law, they at least call into question the public perception of the DSA as the 'constitution of the internet'. How far-reaching can such a constitution be that outsources essential issues to (executive-initiated, privately set) soft law?

One example is the EU Code of Practice against Disinformation (Disinformation Code). Although the DSA proclaims the "voluntary nature" of such codes, there are binding effects for providers of very large online platforms such as TikTok, X and Instagram. We consider this to be problematic as it means that private companies are not only taking regulatory action in areas relevant to the fundamental communication rights but are not themselves being regulated. There are also significant questions for democracy and the rule of law as soft law 'hardens'.

Soft Law in the EU

Soft law is distinguished from hard law by its non-binding nature and unenforceability (see *Hartlapp*, 2019, p. 1). At the EU level, soft law includes, for example, recommendations and declarations by EU institutions, but also codes of conduct that are drawn up by means of co-regulation between the EU and private actors.

Indeed, EU institutions are increasingly using soft law in various areas (*Cappellina* et al, 2022, p. 754). Firstly, the attractiveness of soft law for the EU lies in the fact that it avoids the long delays and hurdles of the regular legislative process (*Slominski/Trauner*, 2001, p. 4 ff.). Furthermore, soft law is seen as promising and even necessary in the digital context, particularly in view of its adaptability and flexibility in the design of rules (Vgl. *Hagemann/Skees/Thierer*, 2018, S. 79). This is also in line with the OECD recommendation on "agile regulation". Co-regulation seems to be particularly advantageous in this context, i.e. the legislator sets objectives for a legal act and delegates the definition and implementation of the objectives to non-state parties, e.g. economic actors. This approach seems particularly suitable for the governance of very large online platforms such as Instagram, TikTok and X, whose community standards are already highly normative under private law.

The "hardening" of soft law

However, a key problem with soft law is its effectiveness. In principle, soft law only leads to a self-binding obligation on the part of the committing actors and is not legally enforceable. However, soft law can have at least indirect legal effects and *de facto* consequences (*Cappellina* et al, 2022, p. 744). Through the influence of binding legal acts, it is even possible, in the figurative sense, for soft law to "harden", i.e. to become more binding. In particular, prescriptive formulations, implementation deadlines, reporting obligations and "comply or explain" mechanisms contained in binding legal acts can lead to hardening (*Andone/Coman-Kund*, 2022, p. 34). Although such hardening of soft law can contribute to the effectiveness of these rules, it is legally problematic. Co-regulation in particular poses particular problems.

Firstly, democratic legitimacy is called into question if democratic institutions are not involved at all or not involved enough in soft law acts with a de facto binding effect. It is critical, for example, when the interests of non-state actors are incorporated into co-regulation and become binding for third parties and/or have an indirect external impact on a large circle of uninvolved parties.

Secondly, it is difficult to ensure that the interests of stakeholders can be considered equally (*Hartlapp*, 2019, p. 1; *Keller*, 2008, p. 269). In the case of co-regulation,

non-state actors have the opportunity to contribute to their interests. However, the actual opportunities for participation can vary considerably depending on financial and human resources, the timing of participation, and other factors. There is also a fundamental dilemma: if a binding law makes a static reference to an existing co-regulation, the parties that are subsequently bound by it have fewer opportunities to participate than those who originally drafted it. If, on the other hand, a dynamic reference is made, the democratic legitimacy of the norm may be diminished, since the text may subsequently be amended, "by-passing" the legislator.

Finally, the binding legal act that requires compliance with "soft law" can interfere with fundamental rights. On the one hand, fundamental rights of the obligated party may be violated. It follows from the fundamental right to freedom of occupation under Article 12 of the Basic Law and the freedom to conduct a business under Article 16 of the Basic Law that submission to soft law must in principle be voluntary. However, it may be permissible under certain conditions. In individual cases, co-determination options, flexibility of withdrawal and opt-out options from individual obligations must be examined in particular (further requirements: *Latzer* et al, 2002, p. 67 ff.). On the other hand, the content of the soft law act in conjunction with the mandatory legal act can affect various fundamental rights of the affected parties, but possibly also the fundamental rights of third parties if the soft law act has an indirect external effect.

Digital Services Act and its codes of conduct

The EU has also been using soft law to regulate online platforms for years and is deepening this strategy with the DSA, which recently came into force. The DSA is an EU regulation that fully harmonizes the rules for intermediary services such as online platforms in the internal market in order to ensure a safe, predictable and trustworthy online environment that, among other things, counteracts the dissemination of illegal content and disinformation. (cf. recital 9 DSA). This central framework for platform regulation provides for various soft law elements, such as codes of conduct, guidelines and crisis protocols.

Precisely because the DSA regulates framework conditions for the fundamental rights-sensitive area of online communication, the hardening of soft law must be critically examined. The following section takes a closer look at the Disinformation Code as an example.

EU Code of Practice against Disinformation

The current Disinformation Code was published on 16 June 2022 and has so far been signed by 34 parties, including large social media companies such as Meta and TikTok, as well as fact-checking organizations. As the previous version of the Code from 2018, which was designed as pure self-regulation, was widely criticized as ineffective (see e.g., *Teeling/Kirk*, 2020), a new course was taken in 2022 with the Disinformation Code.

In addition to changes in content,[1] which are largely bracketed out in this blog post, the Code of Conduct has been transformed from a self-regulation into a co-regulation (see preamble lit. h Disinformation Code, recital 104 DSA). The co-regulatory approach of the Disinformation Code is particularly evident in the close interaction with complementary provisions of the DSA.

For example, the Commission and the European Board for Digital Services (hereinafter referred to as "Board") are tasked with promoting the development of "voluntary codes of conduct" (Article 45 para. 1 sentence 1 DSA). In doing so, they are committed to ensuring that the objectives are clearly set out and that key performance indicators are included to measure the achievement of objectives (Article 45 para. 3 sentence 1). The DSA itself identifies areas for which codes of conduct are required, including "disinformation" (recital 104).

Forced to be voluntary?

In principle, the Disinformation Code is non-binding soft law. This understanding is reflected at least in part in the wording of the DSA: According to Article 45 para. 1 sentence 1, codes of conduct are described as "voluntary". In addition, the "voluntary nature" of such codes and the freedom of choice regarding participation are expressly emphasized in recital 103 sentence 4 DSA.

For "very large online platforms" and "very large online search engines", (VLOPs/ VLOSEs, Art. 33 DSA), however, the world looks different, as the voluntary nature of this is in question. It can start with a seemingly innocuous "request". The Commission can request a VLOP to

[1] Changes to the content include commitments on the demonetization of disinformation, the handling of political advertising and the transparency of AI-generated content. Financial commitments are also included (Commitments 27.2, 30.2, 31.3 and 38), such as the financing of a fact check archive.

participate in the development of a code of conduct in accordance with Article 45 para. 2 sentence 1 DSA, for example, if significant and far-reaching systemic risks within the meaning of Art. 34 para. 1 DSA arise. In addition, a VLOP that has already signed up to a code of conduct can be requested to take "necessary measures" in the event of systematic non-compliance (Article 45 para. 4 sentence 3 DSA). Although the wording here remains vague, it can be assumed from the context that the necessary measures are aimed at compliance with the code of conduct.

Although such "requests" appear harmless in themselves, this impression changes when looking at the system of the DSA. The contradiction to the proclaimed "voluntary nature" becomes clear in the provisions on systemic risk mitigation. According to Article 35 para. 1 sentence 2 lit. h DSA, VLOPs are obliged to take risk mitigation measures, which may also include participation in codes of conduct. It is not clear from the wording of the regulation whether or not VLOPs are free to choose the risk mitigation measures. However, recital 104 sentence 6 DSA[2] clarifies that the refusal to participate in a code of conduct without a "reasonable explanation" can be taken into account when determining whether the VLOP has breached the obligations of the DSA itself (*Griffin/Vander Maelen*, p. 6). Such a "comply and explain" mechanism is a typical feature of the hardening of soft law (see above).

Various supervisory provisions also contribute to this hardening. In general, the Commission and the Board are authorized to regularly monitor and assess the achievement of the objectives of the codes of conduct (Article 45 para. 4 sentence 1 DSA). In addition, compliance with commitments to codes of conduct pursuant to Art. 37 para. 1 lit. b DSA is subject to independent review, with the audit results to be reported to the Commission (Art. 42 para. 4 lit. c and d DSA). Furthermore, a VLOP can be requested to submit an action plan as part of the so-called "extended supervision" pursuant to Article 75 para. 2 sentence 3, whereby participation in a code of conduct is one of only a few options explicitly mentioned in law. In addition, the Commission takes commitments to comply with codes of conduct into account when assessing the action plan and monitors its implementation (Article 75 para. 3 sentence 2 f. DSA).

However, the factor that contributes most to hardening is the possibility of coercive measures and sanctions, which can be imposed for systemic violations. For example, fines can be imposed as part of a non-compliance decision under Article 73 para. 1, Art. 74 para. 1 DSA if the VLOP does not comply with the "relevant provisions" of the DSA or binding commitments. Penalties are also possible under Article 76 DSA. In the event that the action plan submitted is not sufficient, the Commission may even, as a last resort, initiate a procedure to block the service (Article 75 (4), Article 82 (1), Article 51 (3), recital 145 DSA). Thus, an "invitation" to participate in a code of conduct in conjunction with the threat of sanctions or coercive measures can indirectly lead to coercion to join and comply with a code of conduct. It must be feared that a VLOP may appear to join a code of conduct voluntarily following a request by the Commission, but ultimately only does so in order to avoid sanctions, i.e. is "forced to do so voluntarily".

Final remarks

It is true that DSA represents a milestone in EU platform regulation due to its many valuable provisions, which are at least meaningfully supplemented by the Disinformation Code. However, structural problems are recognizable. The possibility under the DSA of requiring VLOPs to participate in and comply with codes of conduct and imposing sanctions can undermine the voluntary nature of codes of conduct and represent a questionable hardening of soft law. We must be wary lest private companies take on the role of legislators and impose quasi-legal obligations on other companies, which would be fundamentally incompatible with democracy and the rule of law. To complicate matters further, VLOPs in particular, as providers of structurally significant online communication spaces, have a considerable influence on the opinion-forming process. Since a free opinion-forming process is the basis of democracy and fundamental communication rights, submission to obligations that other private players with other business models have designed and decided upon must be viewed far more critically than co-regulation in communication-neutral sectors.

An important question that needs to be answered is whether there are equal opportunities for co-determination in the Disinformation Code. In principle,

[2] Recitals are not part of the normative part of a regulation. Nevertheless, it can be assumed that the supervisory authorities will be guided by them.

all signatories regularly have the opportunity to at least suggest changes to the Disinformation Code as part of a permanent task force (Commitment 37 Disinformation Code). As the rules governing the working methods of the task force are only defined by the task force itself, it is not yet possible to conclusively assess whether equal opportunities for participation actually exist and whether the Code will thus gain legitimacy.

Outlook

The Commission has opened the first proceedings under Article 66 DSA against the providers of the VLOPs TikTok, Meta and X, i. a. for failing to combat disinformation. While TikTok is a signatory to the Disinformation Code, X CEO Elon Musk announced the withdrawal of the service in May 2023. It is conceivable that X will be asked to rejoin and TikTok forced to comply with the Disinformation Code as part of these proceedings. This could set precedents that herald a new phase in the enforcement of communication-related co-regulation.

Alexander Thiele

Zur Gestalt Europas

Überlegungen anlässlich der bevorstehenden Europawahl

doi: 10.59704/261efa0f68bfbd34

Für viele war es nicht weniger als der endgültige Beleg für die Reformbedürftigkeit der Europäischen Union (EU): Am 14.12.2023 verließ der ungarische Ministerpräsident Viktor Orban (mutmaßlich auf Veranlassung des deutschen Bundeskanzlers) den Beratungsraum des Europäischen Rates, um auf diesem Wege eine einstimmige Entscheidung der verbliebenen 26 Mitgliedstaaten über den Kandidatenstatus der Ukraine zu ermöglichen (siehe hier). Sollte das nun ernsthaft der Weg sein, auf dem man in Brüssel entscheidet? Immerhin, so könnte man es positiv wenden, wurde hier noch eine einstimmige Entscheidung erreicht. Auf anderen Gebieten – gerade im Bereich der Außenpolitik – ist das hingegen immer seltener der Fall. Auch bei der Bekämpfung der Coronapandemie gab die Union kein sonderlich gutes Bild ab, für ihr Vorgehen gegen den russischen Aggressor Putin wurde sie immer wieder kritisiert, unlängst verhedderten sich Ursula von der Leyen und Charles Michel nach den grausamen Gewaltakten des 7. Oktober in wenig nachvollziehbaren Kompetenzkonflikten. Die „immer engere Union" scheint am Scheideweg, nachdem ein Mitgliedstaat den aufkommenden Fliehkräften bereits zum Opfer gefallen ist.

Das Bestehende bewahren

Wenig überraschend häufen sich in den letzten Jahren die Visionen für die Zukunft der EU. Schon im Jahr 2000 präsentierte Joschka Fischer seine Ideen von einer Europäischen Föderation, 2017 plädierte Emmanuel Macron für eine „souveräne Union" und 2022 folgte Olaf Scholz mit einer Rede, die freilich in besonderer Weise unter dem Eindruck der von ihm selbst ausgerufenen Zeitenwende stand. Mit beeindruckenden Beschreibungen wurde und wird dabei selten gegeizt: Europäischer Bundesstaat, Föderation, Republik, Einheit, Souveränität – kaum ein staatstheoretischer Großbegriff, der in dieser Debatte nicht bereits als Leitmotiv fungiert hätte.

Und dennoch scheint die Finalitätsdebatte in eine Sackgasse geraten zu sein. Die letzte Vertragsrevision liegt bald 15 Jahre zurück, ernsthafte politische Initiativen sind nicht erkennbar oder nicht Erfolg versprechend. Die Konferenz zur Zukunft Europas präsentierte Mitte 2022 ihre Ergebnisse, vermutlich dürften aber auch diese alsbald verpuffen. Wir tippeln auf der Stelle, seit dem Vertrag von Lissabon, eigentlich aber schon seit dem Scheitern des Verfassungsvertrages scheint die Debatte festgefahren. Anstatt über die weitere Entwicklung der Integration zu sprechen, scheint es eher darum zu gehen, das Bestehende zu bewahren und zu verhindern, dass es zu signifikanten Integrationsrückständen kommt. Auch die genannten Visionen spielen trotz ihrer prominenten Vertreter praktisch keine Rolle, werden bestenfalls pflichtschuldig zitiert und dann wieder weggelegt. Warum? Meines Erachtens (ausführlich hier) sind dafür zwei Gründe ausschlaggebend.

Entrückte Visionen

Erstens fehlt es den Visionen an einer sie tragenden Leitidee, gewissermaßen einem normativen Maßstab. Sie zeigen zwar Modelle auf, wie die Europäische Union in zehn, zwanzig oder fünfzig Jahren aussehen könnte, es fehlt aber an belastbaren und nachvollziehbaren Gründen, die – von einer Europaeuphorie oder erkennbaren politischen Interessen abgesehen – für die eigene Vision vorgebracht werden könnten. Welches aktuelle Integrationsproblem wird durch sie eigentlich gelöst? Teilweise scheinen die Visionen den aktuellen Integrationsproblemen sogar völlig entrückt. Joschka Fischer etwa betont diese Distanz in seiner Rede ausdrücklich. Anstatt Wege aufzuzeigen, wie das eigene Integrationsziel ausgehend vom Status quo Stück für Stück verwirklicht werden kann, wird eine Debatte über staatstheoretische Großbegriffe geführt, die sich von den vermeintlich banalen Gegenwartsproblemen völlig entkoppelt. Wenn man die EU reformieren will, wird man aber von diesem Status quo ausgehen müssen – die „neue EU" wird nicht vergangenheitslos am Reißbrett erstellt.

Zweitens werden die Visionen zumindest latent von der Idee getragen, mit der Europäischen Union endlich

das Politische überwinden zu können. In der EU soll allein das Recht, aber nicht die Politik regieren. In der Konsequenz wird jedes politische Problem, jeder politische Streit, jedes nicht enden wollende Gipfeltreffen nicht als gewöhnliche, vielleicht sogar wünschenswerte politische Auseinandersetzung interpretiert, sondern mit einer (noch) defizitären Institutionen- und vertraglichen Ordnung verknüpft. Mal sind es die fehlenden Kompetenzen, mal die institutionelle Struktur, mal die verfehlten Abstimmungsmodalitäten und manchmal einfach der Status quo per se, die eine „gute", „schnelle" oder „einfache", jedenfalls pragmatisch-unpolitisch rationale Lösung verhindert haben. Die Integration hat ihren Endpunkt nicht erreicht, da man ansonsten keine politischen Probleme mehr haben dürfte. Dass weder Joschka Fischer noch Emmanuel Macron oder Olaf Scholz größere Mühen darauf verwenden, die Notwendigkeit grundlegender Reformen darzulegen, erweist sich vor diesem Hintergrund damit als ebenso folgerichtig wie aus einer theoretischen Perspektive unbefriedigend: Erwartbare politische Auseinandersetzungen werden einfach in grundlegende institutionell-organisatorische Defizite umgedeutet. Besonders deutlich wird das bei Emmanuel Macron, der die Debatten im Europäischen Rat gar mit einem zu überwindenden Bürgerkrieg vergleicht – ein Bild, das nicht erst seit dem 24.2.2022 verfehlt erscheint: Es sind diese politischen Debatten, die an die Stelle blutiger Kriege zwischen den Mitgliedstaaten der EU getreten sind.

Legitimität als neue Finalität

In der Finalitätsdebatte muss es folglich darum gehen, diese beiden Defizite zu vermeiden und stattdessen einen normativen Maßstab für die weitere Entwicklung der EU zu entwickeln, mit dessen Hilfe konkrete (institutionelle, kompetenz- und verfahrensrechtliche) Integrationsprobleme überwunden und zugleich das notwendig Politische der EU angemessen zur Geltung gebracht werden können.

Für die Aufteilung von Kompetenzen und die Gestaltung von Verfahren gibt es in föderalen Systemen indes keine universellen Vorgaben. Entscheidend ist vielmehr, dass die Herrschaftsgestaltung von der Bevölkerung als legitim angesehen wird. Das Ziel sollte es mithin sein, die gemeinsame Legitimität der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Stück für Stück zu erhöhen. Überraschenderweise steht es um diese Verbundlegitimität schon aktuell gar nicht so schlecht. Die Akzeptanzwerte für die Europäische Union fallen nicht schlechter als für die Mitgliedstaaten aus – teilweise liegen sie sogar darüber. Das heißt nicht, dass nichts zu verbessern wäre, spricht aber jedenfalls gegen das Vorhaben einer völligen (institutionellen) Neugestaltung, das bisweilen auch von einer etwas seltsamen Sehnsucht nach staatstheoretischer Eindeutigkeit getragen wird. Warum sollte die EU unbedingt ein Bundesstaat werden? Welches konkrete Problem wäre dadurch gelöst?

Geht man davon aus, dass die Legitimität einer Herrschaftsordnung davon abhängt, dass sie ausreichend Teilhabe gewährleistet, in angemessener Weise begrenzt und zudem hinreichend leistungsfähig ist, lassen sich aber auch bei der EU punktuelle Defizite ermitteln, die sich beheben lassen. Dazu gehört im Bereich der Teilhabe nicht zuletzt eine inhaltliche Überfrachtung der Verträge, die den politischen Handlungsspielraum zu stark begrenzt. Gerade in ökonomischen Fragen geben die Verträge viel vor, eben weil der Politik möglichst viel aus der Hand genommen werden sollte. Die erstaunliche Dicke der Verträge ist kein Zufall, sondern Ausdruck einer lange vorherrschenden Integrationsphilosophie. Anstatt Politik überwinden zu wollen ginge es also darum, genuin europäische Politik umfassend zu ermöglichen und dadurch nicht zuletzt die Debatten im Europäischen Parlament aufzuwerten, denen auf diesem Wege eine gesteigerte integrative Wirkung zukommen könnte. Natürlich geht das mit dem Risiko vermeintlich „schlechter" Entscheidungen einher. Aber das ist das Wesen der Demokratie, die eben keine „guten", sondern sanktionierbare Entscheidungen garantiert.

Nachdenken sollte man zudem darüber, wie eine genuin europäische Öffentlichkeit gestärkt werden kann. Hier ist in den letzten Jahren bereits viel passiert – in den nationalen Medien spielen europäische Themen eine weit größere Rolle als das noch vor ein oder zwei Jahrzehnten der Fall war. Aber es handelt sich doch in der Regel weiterhin um nationale Diskurse, die mehr oder weniger berührungslos nebeneinander herlaufen, was natürlich auch mit dem Sprachenproblem zusammenhängt. Hier könnte sich mit der aufkommenden KI allerdings eine Chance ergeben, die den Übersetzungsaufwand in den nächsten Jahren signifikant verringern dürfte. Damit eröffnet sich etwa die Möglichkeit eines „europäischen SPIEGEL", der zeitgleich in allen Amtssprachen in allen Mitgliedstaaten erscheint und damit wie die ersten Tageszeitungen eine gefühlte politische Gemeinsamkeit zu

erzeugen vermag.

Mehr EU durch weniger EU?

Reden müssen werden wir auch über die Kompetenzordnung und das ist an sich keine Überraschung: Legitimitätstheoretisch ist es nicht beliebig, wer in einer föderalen Ordnung welche Aufgaben wahrnimmt. Die bisherige Integration lief aber nicht selten nach dem Motto „Hauptsache Europa" ab. Zufällige Mehrheiten für die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union wurden genutzt, ohne dass diesem Schritt ein normatives Leitbild für die Kompetenzverteilung zugrunde gelegen hätte. Es geht bei der Überprüfung der Kompetenzordnung also nicht darum, einer pauschalen Desintegration oder gar der Wiederbelebung des (vermeintlich) souveränen Nationalstaats das Wort zu reden. Das Ziel bleibt vielmehr die Steigerung der Verbundlegitimität von Europäischer Union und Mitgliedstaaten – dass Letztere weiterhin eine besondere Rolle im Integrationsprozess einnehmen werden und auch sollten, dürfte niemand ernsthaft bestreiten wollen. Als problematisch erweist sich insoweit vor allem die Unterstützungskompetenz des Art. 6 AEUV, da sie zu einer wenig glücklichen Vermischung von Verantwortungsebenen führt und damit auch ermöglicht, dass der Europäischen Union von nationalen PolitikerInnen der schwarze Peter für Missstände zugeschoben werden kann. Auf der anderen Seite sollte die Europäische Union dann aber auch mit allen notwendigen Zuständigkeiten ausgestattet werden, damit sie die ihr übertragenen Aufgaben effektiv wahrnehmen kann – halbherzige Zuweisungen können zu erheblichen Einbußen auf der Ebene der Leistungsfähigkeit führen, die die Legitimität unterminiert.

Das führt direkt zum Entscheidungsmodus und der Frage nach der Ausweitung des Mehrheitsprinzips, die bei praktisch allen Reformvorschlägen im Zentrum steht? Auch da wird man allerdings differenzieren müssen. In der Praxis findet das Mehrheitsprinzip in den überwiegenden Fällen ohnehin bereits Anwendung, anderes gilt nur in den hochpolitischen Bereichen. Wenn man es hier gleichwohl einführen will, geht das jedoch nur, wenn alle Mitgliedstaaten tatsächlich auch bereit sind, sich auf diesen Gebieten überstimmen zu lassen. Das aber ist im Bereich der Außenpolitik einschließlich der Sanktionspolitik aktuell sicher nicht der Fall – gerade aus deutscher Sicht. Es erscheint jedenfalls schwer vorstellbar, dass sich Deutschland etwa auf eine bestimmte Politik gegenüber Israel verpflichten lassen würde. Die verfrühte Einführung des Mehrheitsprinzips kann dann sogar zur Störung der Funktionsfähigkeit der Europäischen Union führen, wenn getroffene Entscheidungen von den überstimmten Mitgliedstaaten schlicht ignoriert werden – so wie es zuletzt etwa im Bereich des Asylrechts der Fall war. Dass die EU gleichwohl nicht handlungsunfähig ist, hat übrigens der Vorgang mit Victor Orban gezeigt. Gewiss keine ideale Lösung. Sondern eine politische.

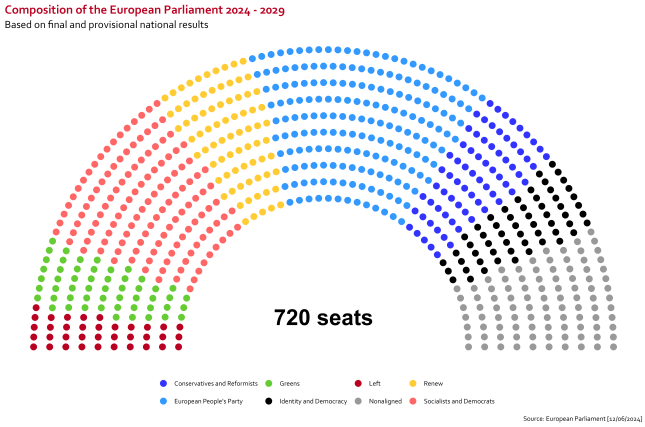
Jannik Jansen, Thu Nguyen

Between Continuity and a Perforated "Cordon Sanitaire"

On the 2024 European Elections

doi: 10.59704/f13a6b4c0747eb1e

Fears of a radical right-wing wave dominated the debates leading up to the European Parliament (EP) elections. As the final votes are tallied across the 27 EU Member States, it has become evident that the predictions of pre-election polls have partially come true: Far-right parties secured about a quarter of the popular vote, translating into gains of almost 50 seats in the newly elected Parliament, mirroring a longer-term trend at the national level. However, while the far-right has gained seats, the pro-European centre is holding firm. The informal grand coalition of European People's Party (EPP), Social Democrats (S&D) and Liberals (Renew) is projected to maintain a majority of about 403 out of 720 seats.



Graph 1: Preliminary results from left to right: The Left 36 seats; S&D 135 seats; Greens/EFA 53 seats; Renew 79 seats; EPP 189 seats; ECR 73 seats; ID 58 seats; NI 97 seats (authors' own graph).

What are the implications? While the current results likely indicate by-and-large continuity in the European Parliament, including an ongoing shift to the right on contested issues such as migration or climate policy, they had heavily disruptive consequences on the national level, which in France has resulted in snap parliamentary elections. This will have pronounced impact on the balance of power in the (European) Council and on the EU as a whole.

Far right: No landslide but consolidation

While the elections have not led to a landslide shift to the right, there is a notable consolidation of far-right parties at the European level. Vote shares for these parties have increased or remained stable across almost all Member States. Consequently, the number of MEPs sitting in the European Conservative and Reformists (ECR) and Identity and Democracy (ID) – the two far-right groups in the EP – is set to increase significantly. Whereas the composition of the political groups remains in flux, as will be discussed below, the ECR is even on track to emerge as the third-largest group in the new Parliament. This means two things.

First, there is pressure on the centre to shift to the right. The EPP, which has already run on more right-leaning narratives and policies during the campaign, performed strongly and was even able to add some seats. While the second-largest group, the S&D, remained relatively stable in size, the Liberals and Greens lost big, with the latter even shrinking from the fourth-largest to the sixth-largest group with 53 seats (from 71 seats). Given this new constellation, it has become virtually impossible for the progressive parties to organise majorities without the EPP, as had happened in some cases in the previous Parliament. This means that the EPP is poised to play an even more central role than it has before. This raises the question of the extent to which the EPP will continue to move closer to the positions of the ECR and engage in issue-specific cooperation, especially with Italian Prime Minister Georgia Meloni's party, in contested policy areas such as migration and climate.

Second, these results will not only influence the dynamics within the EP but also bear pronounced impacts on governing coalitions at the national level, and hence on the balance of power in the (European) Council. Particularly, ECR leader Georgia Meloni received strong political tailwind on both the European and national stages, as

her far-right Brothers of Italy party consolidated its position as the country's dominant political force. Her success stands in stark contrast with the electoral (under-)performance of her counterparts in Germany and France, who saw their political standings significantly weakened. In France, Marine Le Pen's Rassemblement National secured twice as many seats as Macron's Renaissance party, prompting him to call for snap parliamentary elections – a move widely seen as very risky, if not suicidal.

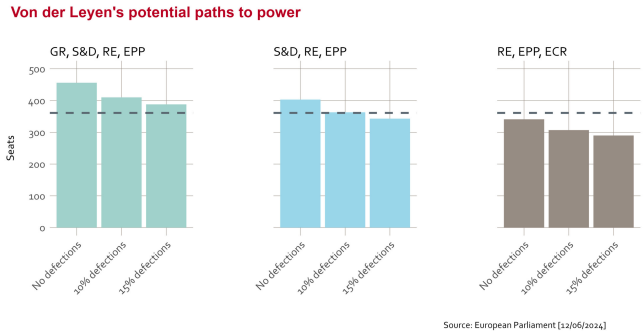
But it is also important to note that this is not the whole story. While the European elections represent a mosaic of 27 national elections, much of the initial attention has centred on the results in Germany and France, where incumbent government parties were trumped by far-right parties that gained a significant number of seats. In a similar vein, the weak performance of the green parties in these two countries disproportionately drove the losses of the EP fraction of EFA/Greens, representing 14 out of the group's lost 19 seats. These results will undoubtedly shape domestic politics and EU policymaking. But it should not be overlooked that there are also other developments across the continent: Green and left-leaning parties performed very well in the three Nordic EU countries, while the vote share of national far-right parties fell short of expectations. Also, Hungarian Prime Minister Viktor Orbán is facing a newly emerged political challenger, leading to his ruling Fidesz party's poorest-ever European election performance, while the parties of the Polish ruling coalition under Prime Minister Donald Tusk achieved a strong result.

Von der Leyen's path to power: The perforated "cordon sanitaire"

The EPP emerged as the clear winner of these elections, which positions EPP lead candidate Ursula von der Leyen as the frontrunner to secure a second term at the head of the European Commission. Yet, despite a seemingly solid majority of EPP, S&D, and Renew in the Parliament, her path to re-election is not without its challenges.

In a first step, she needs to receive approval from a qualified majority of the 27 EU leaders in the European Council – composed currently of 11 leaders hailing from the EPP, five from S&D, four from Renew, two from ECR, one from ID and four independent – at the end of June. While the French side had strategically floated the name of former Italian Prime Minister Mario Draghi as a potential alternative in recent months, Macron's call for snap parliamentary elections makes it unlikely that the French President will seriously attempt to torpedo von der Leyen's bid. Instead, she is well-positioned to receive the endorsement of the EU capitals based on a package deal involving future political priorities as well as the distribution of top jobs and key Commission portfolios among the Member States and political groups.

The second step – securing the majority of 361 votes for the parliamentary confirmation – is anticipated to pose the bigger challenge. The general expectation is that von der Leyen must prepare for defections of 10-15 percent across the three political groups of her centrist camp. As such, the French Republicans member of von der Leyen's own EPP – have already announced that they will not back her bid for Commission Presidency. This may squeeze the existing buffer of around 42 votes, potentially turning reliance on her informal three-way coalition into a high-risk undertaking. This is especially true, as the nomination procedure only allows for one shot; if a candidate fails to gather enough votes, EU leaders need to nominate a new candidate.



Graph 2: Majorities for von der Leyen's confirmation vote in cases of no, 10% or 15% defections across different coalitions (authors' own graph).

In light of this, von der Leyen will likely reach for additional support from other political groups. Essentially, this leaves her with two other paths to power. Either she continues courting parts of Meloni's far-right ECR group, risking alienating her coalition partners, S&D and Renew, which have prominently ruled out any form of cooperation with the far-right in the EP. Or she seeks support from the Greens, whom parts of her own party family consider as the main ideological enemy. In any event, as the confirmation vote is secret, it will not become immediately clear who has voted for her. The confirmation vote also has no bearing on later cooperation by the EPP with other

groups on specific files: Different than in national parliaments, majorities are more fluid in the European Parliament and organized flexibly according to the dossiers at hand.

In the run-up to the elections, von der Leyen fueled speculations about a possible EPP-ECR alliance by not ruling out cooperation with MEPs from Meloni's national party in the new Parliament. Instead, the EPP had famously put forward the criteria of "pro-Europe, pro-Ukraine and pro-rule of law" as cooperation conditions. But the day after the elections, the group's secretary general, Thanasis Bakolas, swiftly dismissed the possibility of a formalized cooperation to secure a confirmation majority. In the same breath, he emphasized that this was not a categorical rejection of working with Meloni's party in the EP, explicitly leaving the door wide open for future ad hoc right-wing alliances on high-stakes policy files. These statements indicate two things. First, the EPP will likely try to avoid being pushed into any narrowly defined coalition agreement to maintain its strong position, enabling it to form flexible majorities based on specific issues. Second, they underline that, while the EPP is somewhat backpaddling on openly promoting cooperation with certain far-right parties, possibly because of the vocal resistance of their centrist coalition partners, the publicly declared "cordon sanitaire" between centre-right and far-right is heavily perforated, not only at the national and regional levels, but also at the European level.

The Greens represent a potential partner within the democratic mainstream for the EPP. As election results were coming in, the hard-hit Greens were quick in voicing their willingness to back a centrist coalition and clinch a second von der Leyen Commission. In return, they demand guarantees that there will be no backpedalling from European Green Deal legislation. While von der Leyen has no intrinsic interest in dismantling the Green Deal, one of her main legacy projects, aligning the partly antagonistic positions of large segments of her EPP and the Greens on core climate files in the areas of agriculture, nature, and transport will be no easy task. Yet, two factors might work favourably towards this path: First, the Greens are not in a strong negotiation position, which will impact how much hardball they can play. Second, von der Leyen will not only need to strike a balance with the Greens on these files but also with the S&D group. This might open room for constructive compromises, as the latter is pushing for Spain's deputy minister Teresa Ribera to follow in the footsteps of former Green Deal architect Frans Timmermans and to take up the job of updating the EU's green policy mix.

Formation of political groups: Negotiating the final picture

Much is – four days after the elections – still in flux. In fact, one of the many peculiarities of the European elections is that it is not only the results of the popular votes that determine the final outcome, but almost as important is the formation process of the political groups afterwards as they can still sway the results in one direction or another. This is crucial not only for the strength of the individual groups but might also affect the EPP's ability to frame the ECR as a "moderate" partner on the right. Justifying an issue-based partnership would become more complicated if, for example, ECR would include Le Pen's Rassemblement National.

While for most MEPs their membership in a political group is clear, there are still about 100 non-aligned MEPs that will look for a possible political home in the coming weeks, along with any potential defectors from existing groups. This includes, on the far-right side, the German AfD (15 seats) after their exclusion from ID shortly before the elections, Hungarian Fidesz (10 seats), which left the EPP in 2021, and Polish Konfederacja (five seats). On the left populist side, it includes Slovakian Smer (five seats), whose S&D membership is suspended, the new German BSW (six seats) and the Italian Five Star Movement (eight seats). Membership in a political group is important for MEPs because it guarantees them political posts and influence in the form of vice-presidents, committee chairs and rapporteurships. Equally, there is an interest on the side of the political groups to recruit as many new members as possible to boost their bargaining powers and secure more funding. This means that, until 4 July, when the final compositions of the groups will have to be declared, there will be ongoing negotiations with unpredictable outcomes.

To illustrate just how fluid and complex the picture is: According to current projections, Renew is ahead of ECR with only six seats. If Czech Andrej Babis' ANO 2011 party (seven seats) leaves Renew and joins ECR as has been floated, the latter would overtake Renew as third-largest group. With the likely addition of Fidesz to their ranks, ECR would increase from currently predicted 73 seats to

90 seats, while Renew would drop to 72. If the AfD rejoins ID ranks – a move rather unlikely to be accepted by Le Pen given the upcoming French national snap elections though – ID would rise from 58 to 73 seats, potentially overtaking Renew in this scenario. If pan-European Volt (five seats) switches to Renew, this would bring up Renew again to 77, to the detriment of the Green/EFA group, where they previously sat.

Speculations on the composition of the groups, and in particular how the far-right parties will organize, abound. The discussions concern not just the question of alignment of the NI to existing groups but also the possible formation of new far-right groups. The requirement for political groups is 23 MEPs from seven Member States. At least theoretically, all far-right parties, currently divided into ID, ECR and NI, could, in this vein, merge into one big "super far-right group", which would make them the second-largest group in Parliament after the EPP. But in practice, this is very unlikely to happen. The individual right-wing national parties are too fragmented and divided on policy to band together, with a lot of animosity between them. They barely even get along on the national level as can be currently witnessed in France, where in-fightings have led to four out of five recently elected members of Reconquête (ECR) thrown out of the party.

Continuity in the Parliament, disruption in the (European) Council - Still-stand in the EU?

Overall, the current results likely indicate by-and-large continuity in the European Parliament, including an ongoing shift to the right on contested issues such as migration or climate policy, which had already been evident in the final rows of the outgoing Parliament. The pro-European centre has held and still has a majority. However, the gains of far-right parties across many Member States consolidate their influence at the EU level and mirror the longer-term rightward trend at the national level. How pronounced this rightward shift will be in terms of policy, will hinge on the EPP. The gains by the far-right will put pressure on them to increasingly open up to the latter's positions. It will be thus all the more important to find constructive compromises within the informal grand coalition and to put together a strong team around the new Commission president, both in terms of Commissioners in the key portfolios and the other top jobs. This is all the more important considering the difficult tasks laying ahead of the EU in the next legislative term, including defense, budget, competitiveness, climate, migration and enlargement.

The much more imminent effects of the election results, however, are felt at the national level, in particular in France and Germany, with detrimental spillover effects in the (European) Council. In Germany, the traffic light coalition has been significantly weakened by the results, while in France, the results of the European elections have triggered snap parliamentary elections. Consequently, neither of the two governments will, with little political backing at home and – in the case of France – a possible parliament in opposition to the President, be in any position in the near future to push for large-scale policy reforms at the EU level. This lack of leadership, combined with an increasing number of member states governed by far-right, Eurosceptic parties – including the Netherlands, Hungary, Slovakia, and potentially Austria in the fall – makes a still-stand in the EU a real risk – only not in the EU institution that was just elected.

This text was published in parallel as a policy brief on the Jaques Delors Centre website.

Sebastian Losch

Im „Westen“ viel Neues

EuGH bestätigt Übernahme europäischer Werte als Asylgrund

doi: 10.59704/995a60f1589b1099

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 11. Juni 2024 (C-646/21) einen geschlechtsspezifischen Asylgrund bestätigt: Frauen, die jahrelang in einem Umfeld der Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern gelebt haben, können unter Umständen einen Anspruch auf Asyl haben, wenn sie diese Lebensweise in ihrem Heimatland aufgeben müssten. Das Urteil stärkt damit nicht nur die Stellung von Frauen in Asylfragen. Es könnte sich auch auf den Schutzstatus von sogenannten „Klimaflüchtlingen“ auswirken.

„Westliche“ Prägung

Im Vorlagefall ging es um zwei irakische Mädchen (2003 und 2005 geboren), die seit 2015 in den Niederlanden leben. Die Asylanträge, die die Eltern für sich selbst und ihre Töchter stellten, wurden im Juli 2018 endgültig abgelehnt. Die Eltern stellten erfolglos einen Folgeantrag und erhoben schließlich Klage.

Drei Jahre später verhandelte das Bezirksgericht Den Haag darüber. Zu dem Zeitpunkt hielten sich die Mädchen bereits seit über 5 Jahren ununterbrochen in den Niederlanden auf – und zwar im Alter von etwa 12-18 bzw. 10-16 Jahren, also während einer besonders prägenden Lebensphase. Sie machten daher insbesondere geltend, dass sie während ihres Aufenthalts die Gewohnheiten, Normen und Werte ihres sozialen Umfelds angenommen hätten und „verwestlicht“ seien; als „verwestlichte“ Mädchen drohe ihnen in ihrem Heimatland Verfolgung. Bei einer Rückkehr in den Irak wären sie nicht in der Lage, sich den dortigen gesellschaftlichen, religiösen und rechtlichen Regeln anzupassen, die Frauen und Mädchen nicht dieselben Rechte wie Männern zugestehen.

Der Begriff der „bestimmten sozialen Gruppe“

Streitentscheidend war Art. 10 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2011/95 ,(„Qualifikationsrichtlinie“).

Diese Richtlinie präzisiert auf europäischer Ebene Kriterien für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 („GFK“). Die GFK und ihr Zusatzprotokoll von 1967 bilden den Kern des internationalen Flüchtlingsrechts. Ihre Flüchtlingsdefinition aus Art. 1 Abschnitt A. Ziff. 2 ist Grundlage sowohl der europäischen Definition als auch etwa der Definition aus § 3 Abs. 1 AsylG.

Flüchtling ist demnach jede Person, die,

> „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will […]“.

Im Fall der irakischen Mädchen kam keiner der spezifischen Verfolgungsgründe in Betracht. Das Gericht in Den Haag legte dem EuGH vor diesem Hintergrund daher insbesondere die Frage vor, ob „westliche Normen, Werte und Verhaltensweisen, die Drittstaatsangehörige durch ihren Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats während eines beträchtlichen Teils ihrer identitätsbildenden Lebensphase übernehmen, wobei sie uneingeschränkt am Gesellschaftsleben teilnehmen,“ eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe begründen können (Rn. 32).

Es gibt keine abgeschlossene Liste jener „bestimmten sozialen Gruppe[n]“. Diese Kategorie ist vielmehr bewusst hinzugefügt worden, um auch gesellschaftlichen oder politischen Entwicklungen Rechnung tragen zu können, die zum Abschluss der GFK noch nicht absehbar waren.

10 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie liefert den Maßstab für die Beantwortung der Vorlagefrage, indem er das Auffangkriterium der sozialen Gruppe wie folgt konkretisiert:

„d) eine Gruppe gilt insbesondere als eine bestimmte soziale Gruppe, wenn

— die Mitglieder dieser Gruppe angeborene Merkmale oder einen gemeinsamen Hintergrund, der nicht verändert werden kann, gemein haben oder Merkmale oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen sind, dass der Betreffende nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten, und

— die Gruppe in dem betreffenden Land eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie von der sie umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird."

Der EuGH bejahte diese Voraussetzungen.

Identifikation mit Gleichberechtigung als identitätsbildendes Merkmal

Eine „Verwestlichung" kann für Frauen ein bedeutendes Merkmal darstellen, durch welches sie eine soziale Gruppe im Sinne dieser Norm bilden. Der Gerichtshof bestätigt damit seine Tendenz, in asylrechtlichen Fragen zunehmend die besondere Situation von Frauen zu berücksichtigen. Bereits zu Beginn des Jahres weitete er die Rechte von weiblichen Geflüchteten aus. In seinem Urteil vom 16. Januar 2024 (C-621/21) erkannte er an, dass die „Tatsache, weiblichen Geschlechts zu sein", ein angeborenes und für die Identität bedeutsames Merkmal darstellt, welches für die Identifizierung einer „bestimmten sozialen Gruppe" ausreichen kann (Rn. 49). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Frauen eines bestimmten Herkunftslandes in jenem Land geschlechtsspezifische Gewalt fürchten müssen.

Doch auch Frauen, die in ihrem Herkunftsland keine solche systematische Verfolgung fürchten müssen, können als Mitglieder einer anderen sozialen Gruppe „Flüchtling" sein, wenn sie ein weiteres Identifizierungsmerkmal im Sinne von § 10 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie aufweisen (Rn. 42).

Dieses Merkmal, so stellen die Luxemburger Richterinnen und Richter nun klar, könne etwa in der Übernahme bestimmter „westlicher" Werte liegen. Als entscheidende Werte und Verhaltensweisen, auf die sich die Klägerinnen berufen, identifiziert der EuGH unter Berücksichtigung der Vorlageentscheidung vor allem die gelebte Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Die Mädchen wuchsen während einer prägenden Lebensphase unter dem Einfluss der in den Niederlanden gelebten Gleichberechtigung auf; sie waren es gewohnt, gemeinsam mit gleichaltrigen Jungen zur Schule zu gehen, Sport zu treiben und ihre Freizeit zu verbringen.

Die Identifizierung mit dem Grundwert der Gleichstellung von Mann und Frau insoweit, als sie mit dem Wunsch verbunden ist, im Alltagsleben gleichberechtigt zu sein, setze voraus, dass die Frau ihre eigenen Lebensentscheidungen frei treffen kann: etwa in Bezug auf Bildungsweg und Berufswahl, Aktivitäten im öffentlichen Raum, die Partnerwahl oder die Möglichkeit, wirtschaftliche Unabhängigkeit zu erlangen. Diese Identifikation könne so prägend und identitätsbildend sein, dass sie als bedeutsames Merkmal oder Glaubensüberzeugung angesehen werden könne (Rn. 44).

Aufgrund dieser Identität könnten die Mädchen in ihrer Heimatgesellschaft als andersartig betrachten werden, was diese Gruppe deutlich abgrenze (Rn. 45).

Bislang wurde ein solches Merkmal hauptsächlich bei religiös oder politisch begründeten Überzeugungen bejaht. Nun erkannte der EuGH erstmals an, dass auch die unter dem Begriff der „Verwestlichung" diskutierte Verinnerlichung bestimmter Werte an sich ausreichend sein kann – ohne dass diese eine religiöse oder politische Grundlage haben muss.

Lifestyle oder Identität?

Die Idee, die Übernahme bestimmter „westlicher" Werte als Verfolgungsgrund zu klassifizieren, ist nicht neu. Einige deutsche Gerichte nahmen in vergleichbaren Fällen bereits die Flüchtlingseigenschaft an. So bestätigt das EuGH-Urteil die Praxis etwa des VG Hamburg, des VG Arnsberg oder des VG Wiesbaden. Diese Entscheidungen ergingen jedoch im Kontext der Herkunftsländer Iran und Afghanistan, Länder, in denen die Rechte von Frauen in den letzten Jahren unter dem zunehmenden Einfluss konservativer islamischer Strömungen immer stärker eingeschränkt wurden. Die Entscheidung des EuGH bestätigt diese Argumentation nun grundsätzlich und unabhängig von bestimmten Herkunftsländern. Da alle Gerichte dieser Auslegungsentscheidung auch außerhalb des Ausgangsverfahren faktisch folgen müssen, erhöht das Urteil den Druck auf die deutschen Behörden, entsprechenden Argumentationen schon im Asylverfahren zu folgen.

Noch größere Auswirkungen wird die Entscheidung in anderen Teilen Europas haben, die das Merkmal der sozialen Gruppe tendenziell restriktiver auslegen. So äußerten neben den Niederlanden auch Tschechien, Griechenland und Ungarn in ihren Stellungnahmen, dass sie das Merkmal der „Verwestlichung" nicht ausreichen ließen (siehe Schlussanträge des Generalanwalts Collins,

Rn. 13). Die Mitgliedstaaten argumentierten, die Klägerinnen hätten sich nicht mit einem gewissen Wert identifiziert, sondern würden lediglich einen bestimmten Lebensstil bevorzugen. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass der Wunsch, nach den hier gegenständlichen Werten zu leben, nicht nur eine bloße Meinung oder Präferenz ist, sondern unter bestimmten Umständen ein unauslöschlicher Teil der Persönlichkeit, ähnlich wie religiöse Überzeugungen oder die sexuelle Orientierung sein kann. Sich in eine patriarchalische Gesellschaftsstruktur wiedereinzugliedern und die Möglichkeit zu verlieren, über wesentliche Aspekte des eigenen Lebens nach freiem Willen entscheiden zu können, ist dann nicht bloß unangenehm, sondern schlichtweg unzumutbar. Dies werden nun auch die Behörden und Gerichte dieser Staaten anerkennen müssen.

Bedeutung europäischer Werte

Das Urteil des EuGH bedeutet einen Meilenstein für die Auslegung der GFK im Lichte europäischer Werte. Es führt die in Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) fixierten Grundsätze konsequent weiter, insbesondere die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Toleranz und Gleichheit. Denn Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist nur dann Ausdruck echter Gleichheit, wenn sie nicht nur für Europäer:innen gelten. Für Frauen, die diese Werte nach längerer Zeit in Europa übernommen und verinnerlicht haben, geht es um die Frage, ob sie dazu gezwungen werden können, wieder auf sie zu verzichten. Es ist nur folgerichtig, die Antwort darauf nicht ausschließlich vom Vorliegen eines (weiteren) Fluchtgrundes abhängig zu machen.

Allerdings sollte dabei auf den bislang üblichen Begriff der „Verwestlichung" verzichtet werden, da er eine problematische Dichotomie zwischen „Westen" als progressiv und „Osten" als rückständig schaffen kann (so auch Generalanwalt Collins hier, Rn. 18). Es ist entscheidend, einen respektvollen Dialog über kulturelle Unterschiede zu fördern, ohne die eigene Kultur als überlegen darzustellen. Dies erfordert Sensibilität und ein tiefes Verständnis für die komplexen historischen und sozialen Hintergründe, die die Werte und Normen verschiedener Gesellschaften prägen. Die Pflicht, diese aufzubringen, ergibt sich ebenfalls aus der konsequenten und authentischen Umsetzung unseres europäischen Wertekanons. So bestimmt Art. 3 Abs. 5 EUV spiegelbildlich zu den in Art. 2 genannten Grundsätzen, dass die Union in ihren Beziehungen zur übrigen Welt einen Beitrag zu Solidarität und gegenseitiger Achtung unter den Völkern leistet.

Potenzial der „sozialen Gruppe"

Auch über den konkreten nun anerkannten Fluchtgrund hinaus lässt sich an dem Urteil eine erfreuliche Entwicklung ablesen. Es trägt dazu bei, den Flüchtlingsbegriff über die Kategorie der „bestimmten sozialen Gruppe" flexibler auszulegen, um aktuelle Herausforderungen berücksichtigen zu können.

Denn Verfolgung ist nicht mehr auf einen politischen oder religiösen Kontext begrenzt. Dies könnte etwa im Kontext der klimawandelbedingten Vertreibung und den damit verbundenen rechtlichen Unsicherheiten relevant werden. Aus den verschiedenen Auswirkungen des Klimawandels könnten sich unzählige verschiedene identitätsbegründende Merkmale ergeben. In Betracht kommt etwa die Gruppe von Landwirten einer bestimmten Region, die unter Ernteausfällen infolge klimawandelbedingter Dürren leiden. Außerdem könnte die Bevölkerung kleiner Inselstaaten, die im Zuge des steigenden Meeresspiegels drohen, im Meer zu versinken, als soziale Gruppe angesehen werden. Auch wenn sich diese Probleme nicht endgültig lösen lassen, indem Aufnahmestaaten die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen, könnte man so zumindest vorübergehend ein Mindestniveau an Menschenrechtsschutz für die Betroffenen gewährleisten.

Um die aktuellen Krisen bewältigen zu können, sind wir nicht nur auf dynamische Rechtsrahmen, sondern auch auf deren angemessene und sinnvolle Anwendung angewiesen. Die Richterinnen und Richter in Luxemburg haben gezeigt, wie es geht.

Audrey M. Plan

Trans Rights and Gender Recognition before the CJEU

Reflections on the AG's Opinion in the Mirin Case (C-4/23)

doi: 10.59704/b5c6c0a269722195

On May 7, 2024, the Advocate General (AG) of the Court of Justice of the European Union (CJEU) issued his Opinion on the *Mirin* case, currently before the Luxembourg Court. This Opinion manages to uphold a delicate balance between the competences of Member States and of the European Union (EU), which has always been a challenge for cases involving the right to Legal Gender Recognition (LGR) for transgender persons. Yet, the solution offered by the AG deviates from the Court's previous case-law on LGR, by making it about free movement rather than protection against discrimination, or fundamental rights. It also places the applicant, and those in a similar position, in an administrative situation that is very complex for them and their national authorities to navigate, thereby defeating the very purpose of LGR – an issue that the AG himself acknowledges. A more satisfactory and ambitious alternative would instead be to continue the expansion of the right to LGR under EU law, by framing it as protected under the EU Charter of Fundamental Rights (CFR).

Why Legal Gender Recognition in EU Law?

The division of competences between the EU and its Member States is a constant debate, within which LGR occupies an interesting place. LGR is the procedure by which an individual can apply to change their gender on legal documents such as civil registries and ID documents in order to have their gender identity accurately reflected. In principle, as a matter of civil status, it falls squarely within State competences, as do rules regarding marriages, parentage, and nationality. However, it is well-established that there are limits even to State-exclusive competences, which must not impede the effective implementation of EU Law.

Civil status, of course, matters for at least one very important part of EU Law: the right to free movement, enshrined in Article 21 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The distinction between EU competence and State competence is therefore not that clear cut in reality, as a State's particular rules regarding names, parentage, or gender in its records and on people's identity and travel documents can easily impact the ability of a person to enjoy free movement in the EU. However, gender, among all traditionally recorded components of civil status, has particularly far-reaching consequences, making the troubled sea of competence attribution even more tricky for the CJEU to navigate. Gender considerations still permeate national institutions and public policies. A change in recorded gender raises the question of a change in surname, especially in States where surnames are gendered by default. Many States also have national identity numbers which reflect whether one is assigned male or female at birth. Social benefits and social rights are sometimes differentiated on the basis of the recorded gender, including pensions, age of retirement or parental leave. And of course, this has obvious implications for States which have no legal framework for same-sex marriage, homoparentality, or as with the *Mirin* case, trans* identities.

The Mirin case: a look at the facts

The *Mirin* case involves a Romanian-born transman, who later on moved to the UK and obtained dual-citizenship, after which he legally changed his gender before British authorities. Around a year after obtaining the relevant British document recording his "acquired gender" (the term favoured by the CJEU), he asked Romanian authorities to align his Romanian documents accordingly. The request was refused. Although the Romanian legal system in principle allows for an LGR procedure, one must previously obtain a judicial decision. However, this procedure has been criticised by the ECtHR in the past due to its imprecision and unpredictability.

The applicant argued that Romania's refusal to directly update his status in light of the LGR obtained in ano-

ther Member State meant the applicant's Romanian travel documents did not reflect his gender identity. The judicial procedure for Romanian LGR ran the very likely risk of having a negative outcome, at which point there would still be a discrepancy between British documents (with a male gender marker) and Romanian documents (with a female gender marker). This, the applicant argued, hindered his effective use of the right to move and reside freely within the territory of the EU, guaranteed under Article 21 TFEU.

The AG's proposal: free movement supporting trans rights?

AG De La Tour placed this case along with other cases on queer identities, name changes and free movement in the EU. His Opinion is built around assessing how much of that case law can be transferred to *Mirin*.

In the arguments *for* such a transfer of case law, De La Tour notes the following: sex (the term used by the AG in this section of the Opinion) is a constituent element of a person's identity, just like their name; an EU citizen should not be deprived of their EU rights based on their civil status; it would be consistent with the ECtHR case-law on gender identity to provide effective access to LGR; some Member States not having such a procedure should not be an obstacle; and specific conditions can be established to avoid fraud or abuse of EU law, in the style of *Centros*.

Against such a parallel with the case law on change of names, the AG notes the specific consequences of a change of *legal gender* specifically: *de facto* recognition of same-sex marriage and same-sex parenthood. From there, he builds on *Coman* and *Pancharevo*, the cases associated with these two issues, respectively. *Coman* revolved around a same-sex marriage between a Romanian national and a US citizen, married in Belgium and seeking recognition of their marriage by Romanian authorities, in order for the US national to have right of residence in Romania under EU law. *Pancharevo* involved a claimant asking that the Spanish birth certificate of her child, born in Spain, should be mirrored in her own state Bulgaria. The child had two same-sex parents registered in the Spanish birth certificate which the Bulgarian authorities did not recognise under the Bulgarian law. The CJEU concluded that Bulgaria was obliged "to issue to that child an identity card or a passport without requiring a birth certificate to be drawn up beforehand by its national authorities". Luxembourg judges had carefully balanced what fell in the State's competence and EU-derived rights by giving Bulgaria a way to save the face: not requiring that Bulgaria issues a birth certificate, but delivering identity documents. As the AG notes in relation to *Mirin* decision, this solution has the advantage of having no effect on the civil registers of Bulgaria.

However, the *Mirin* case is explicitly about changes in the civil registers. Hence, the AG found a different compromise. He decided that Romania must only account for the applicant's change of identity in relation to his free movement across the borders. In all other aspects, including marriage and child-parent relations, the applicant will remain registered as a woman.

Fundamental freedoms as ground for LGR: an unsatisfactory solution

A few elements distinguish *Mirin* from previous LGR cases before the CJEU. Firstly, the case was not presented as simply a *discrimination* case, but one on a breach of EU fundamental rights at large, both Charter-protected rights and TFEU guaranteed fundamental freedoms. The domestic court framed the question in light of European citizenship, right to free movement and residence, dignity, equality before the law and non-discrimination, as well as privacy and family life (Articles 2 and 18 of the TEU; Article 18 TFEU; Articles 1, 7, 20 and 21 of the EU Charter). Secondly, the applicant was not contesting the Romanian judicial LGR procedure itself, but only the lack of automatic recognition of the applicant's status from another Member State.

These two elements create an interesting situation, whereby the case is both broader and narrower than previous situations the CJEU had to rule on. On the one hand, the *Mirin* case does not actually impact domestic LGR procedures. On the other hand, it frames LGR as a question of fundamental freedoms associated with EU citizenship (an area where the CJEU has historically been fairly ambitious) and fundamental rights, on which most of the CJEU's case-law on LGR has been grounded.

The AG decided to base its reasoning on barriers to fundamental freedoms, departing from previous cases such as *Richards* and *KB* where *discrimination* was the key elements to establish a case-law protective of the right to LGR. He acknowledged that "that solution is indeed not

satisfactory having regard to the right to respect for family life and the best interests of the child", especially in the case of a citizen's return to his home State.

This solution places the applicant in situations where they are treated as a man for matters regarding cross-border activities, but as a woman for parentage or marriage in their own state. Consequently, a transman, despite the male gender marker on his birth certificate and ID document in Romania, could not marry a woman in Romania (which does not allow same-sex marriage), or be considered the father of a child there. If someone got married while having a female gender marker, and establishes parentage with children in Romania before moving and obtaining gender recognition elsewhere, then they would simultaneously exist as a man on their Bulgarian birth certificate and identity document, and be categorised as a wife and a mother on other documents. As the AG puts it himself, this solution "does not satisfy the requirement of a life without administrative obstacles in the case of the citizen's return."

On the one hand, this appears to be a necessary compromise given the current division of competences between the Member States and the EU.

On the other hand, this will create issues concerning the right to privacy and family life. The crux of the issue is the following: the solution does not consider that trans rights such as LGR *are* (EU) human rights, but instead that even trans EU citizens should benefit from EU-derived fundamental freedoms. Article 7 CFR on private and family life is considered to be at risk only *inasmuch* as it prevents easy and effective use of Article 21 TFEU. The AG's position would help trans EU citizens (binationals who have obtained gender recognition in one of the State and wish to recognize it in the other) to obtain LGR in other Member States through the automatic recognition of that status.

Encouraging, for sure, but perhaps a missed opportunity.

This is because the said solution does not render a standalone right to LGR based on EU citizenship or the prohibition of discrimination, which the CJEU previously provided as a proto-right to LGR, as the absence of LGR procedures (at least after surgery) had been found to be discriminatory *when EU Law applies*, at least twice before.

The CJEU can still chose a different path. Since the subject matter concerns Article 21 TFEU, the EU law applies. Accordingly, the Court should directly apply the Charter and measure the matter against dignity, equal treatment, non-discrimination, privacy, and family life. This could lay the groundwork for a more ambitious EU-based right to LGR, more in line with the Court's previous impetus on the rights of trans* persons.

Stefano Zirulia

Waiting for Kinsa

The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU

doi: 10.59704/60583942c238aa88

On 18 June 2024 – just two days before the World Refugee Day – the Court of Justice of the European Union will sit as a Grand Chamber in a hearing addressing the compatibility of the so-called Facilitators Package which criminalizes the facilitation of irregular immigration with the EU Charter of Fundamental Rights (CFR). The case, previously entitled *Kinshasa*, has been renamed *Kinsa* (C-460/23).

Following a request for a preliminary ruling submitted by the Tribunal of Bologna (available in Italian; summary in English), the Court is asked to determine whether the Facilitators Package, consisting of Directive 2002/90/EC and the related Framework Decision 2002/946/JHA), as well as the Italian legislation implementing it (Article 12 of the Consolidated Law on Immigration), are compatible with the principle of proportionality set out in Article 52(1) CFR.

It might seem curious that the question is being raised now, more than 20 years after the legislation's adoption. The reason for this timing is twofold. Firstly, the season of "criminalisation of solidarity" began in relatively recent years, through judicial initiatives such as the proceedings against NGOs carrying out *search and rescue* in the Mediterranean Sea and those against volunteers and activists assisting migrants and asylum seekers. This trend of (over)criminalisation is on the rise, making it particularly urgent to intervene in the regulatory bases that make it possible.

Secondly, most of the criticisms aimed at the Facilitators Package over the years (see e.g. Fundamental Rights Agency, 2014; Landry, 2016; Mitsilegas, 2019) have resulted in proposals for reform which have never materialized. Legal scholarship has only recently highlighted the Package's incompatibility with the Charter (see Zirulia, 2020; Zirulia, 2022), and was quoted in the Tribunal's referral order.

The case and the regulatory framework

In August 2019, a woman of Congolese origin (O.B.) was arrested at Bologna airport while attempting to pass border controls by producing false documents for herself and for two minors travelling with her (her daughter and a niece). She was charged with the crime of facilitating irregular entry. Italian law criminalises any act aimed at facilitating the entry of an undocumented foreigner, even if entry does not actually occur. Nor need the act be carried out for profit, in line with the Facilitators Package (see Art. 1 §1 lett. *a)* Directive 2002/90/EC). Those acting for humanitarian purposes can only rely upon a justification if the irregular migrant is already on Italian territory, i.e. in cases of facilitating someone's irregular *residence*, not her/his irregular *entry*. This provision is also in line with the Facilitators Package, which leaves Member States free to decide whether to introduce humanitarian justifications and, if so, how to draft them (Article 1 §2 Directive 2002/90/EC). Therefore, the fact that O.B. and the two minors are asylum seekers did not prevent the arrest and the initiation of criminal proceedings.

The referral to the CJEU

According to the referring judge, the criminalisation of facilitating irregular migration affects the rights to personal liberty, reputation, and property of the accused (Articles 6, 7, 17 CFR): this is true not only when they are sentenced to prison terms or fines, but even when they are reached by arrests (which was the case for O.B.), seizures, and precautionary custody, regardless of whether they are finally acquitted. These same measures, moreover, result in a widespread chilling effect on migrants' assistance and rescue activities, and thereby also affect their rights to life and physical integrity, asylum, family unity and child protection (Art. 2, 3, 18, 7 CFR).

Against this background, the Tribunal argues that the criminalisation of humanitarian activities fails to comply with 52(1) CFR, whereby any limitation imposed to the rights provided by the Charter must comply with the limit of proportionality. For one, the restriction of those rights is *not necessary* for the purpose of protecting borders: this is revealed by the Directive itself, when it gives Member

States the option of exempting humanitarian activities from responsibility, thus recognizing that their incrimination is not necessary for the control of migration flows. Secondly, the restriction of those rights is *disproportionate in the strict sense*, because it is based on the absolute prevalence of border protection, without carrying out a reasonable balancing of the interests at stake.

Understanding the disproportionality of the Facilitators Package

Contrary to what it might seem, the proportionality test does not replace the balancing of interests carried out by the legislature, in the exercise of its legitimate discretion, with that carried out by the judge. Rather, this test allows for the implementation of the principle that "democratic decisions must be justified as reasonable" (Poscher, 2021). On this basis, the judge (in our case, the EUCJ) is legitimized to assess legislator's choices by comparing the curtailment of fundamental rights, on the one hand, and the realization of public interests, on the other.

As for the migrants' right to life, it is common ground that it can never be sacrificed for the sole purpose of protecting borders. The European Court of Human Rights, whose judgments contribute to the formation of the law of the Convention and therefore integrate the fundamental rights recognised by the EU Charter (Art. 52 §3 CFR), has recently recognised the violation of Art. 2 ECHR with respect to the death by drowning of a Syrian migrant rejected by the Hungarian authorities while trying to cross a river at the border between Serbia and Hungary (*Alhowais v. Hungary*, 2023, §§131-145). The Facilitators Package does not strike a reasonable balance between the protection of European borders and the fundamental right to life, insofar as the criminalization of any form of assistance to undocumented foreigners may result in the chilling effect of activities such as rescuing boat migrants or other aliens in danger.

The Facilitators Package is also completely devoid of consideration of the right to family unity and the rights of children (Arts. 7, 24 CFR). This stands in stark contrast to international and European law: both provide that in the management of migratory flows states must take into account the interests of the family and minors (see e.g. Art. 10 §2 and 22 §1 of the Convention on the Rights of the Child, as well as Art. 5 of Directive 2008/115/EC on return procedures).

The same is true with regard to the right to asylum (Art. 18 CFR). With the exception of the generic reference to the Geneva Convention in Art. 6 of Framework Decision 2002/946/JHA, no provision of Directive 2002/90/EC (whether with regards to the notion of facilitating, or the scope of the optional humanitarian clause) assigns legal value to the condition of the asylum seeker. Consequently, Member States are called to introduce rules criminalizing assistance to asylum seekers, even though the exercise of the right to asylum inevitably entails a phase of undocumented mobility (Hathaway, 2008; Costello-Zirulia, 2024). Such rules have a generalized deterrent effect with respect to the provision of such assistance, contrary to what the Court of Justice ruled in *Commission v. Hungary* (C-821/19).

The possibility of a different approach by the EU legislature

The European legislator could have configured the criminalisation obligations differently. Article 6 of the Palermo Protocol on Migrant Smuggling, to which the EU acceded in 2006, renders the purpose of obtaining an economic (or other material) advantage an element of the offence (Bernardini, 2024). This is precisely to avoid the criminalisation of assistance between family members and more generally of humanitarian conduct (see *Travaux Préparatoires*, p. 469). Moreover, the financial gain purpose was both part of the offence of facilitating irregular entry under Article 27 of the Schengen Convention, repealed by the Facilitators Package, and still remains an element of the offence of facilitating irregular *residence* (Art. 1 §1 lett. b) Directive 2002/90/EC)

The European Commission tried to justify the choice to distinguish between the rules on facilitating irregular *entry* and those on facilitating irregular *residence* by emphasizing investigative needs. It suggested that tracing money is difficult whenever the conduct takes place at least in part in third countries, as it happens with irregular *entry*. This is both wrong and misleading: it ignores both that the *purpose* of making profit belongs to the *mens rea*, and can therefore be proven even if the money is not traced, e.g. on the basis of witnesses; and, as the UNODC pointed out, that *the most effective* investigations are precisely the *money-focused* ones, since they make it possible to discover the criminal smuggling networks that move the most significant numbers of migrants. More re-

cently, the Commission recommended not to criminalize at least search and rescue activities. However, this has no substantive effect and indirectly confirmed the existence of a problem of overcriminalization (Marletta, 2020).

Criminalisation of solidarity as a political choice

The truth is that the removal of the profit motive from the notion of facilitating irregular entry, together with the optional nature of the humanitarian justification, reflect *the political choice to protect European borders (also) by criminalizing solidaristic conduct*. This was recognised, implicitly, by the French *Conseil Constitutionnel* when, in its well-known judgment on the *Herrou* case, it stated that the principle of *fraternité* does not require the provision of a humanitarian justification for facilitating irregular *entry*. Unlike facilitating irregular residence and transit, the latter creates a new situation of irregularity, i.e. it undermines national borders.

Not all humanitarian conduct evidently contributes to the protection of fundamental rights recognised by the Charter. But that's precisely why the reference to the Charter is paramount: *referring to the fundamental rights recognized by the Charter serves to identify which humanitarian conduct must be considered by legislators, European and national, when criminalizing the facilitation of irregular entry, so that the scope of criminalisation is not disproportionate to the aim of protecting borders*.

Possible outcomes of the preliminary ruling request

The incompatibility between the Facilitators Package and Article 52(1) of the CFR could result in a declaration of *invalidity* of both the Directive and the Framework Decision of 2002. The Commission has already formulated a proposal for a directive to replace the Facilitators Package, probably as a result of this reference for a preliminary ruling (Mitsilegas, 2024). As such, invalidation would not leave any legislative vacuum, except for the months necessary for the approval of the new directive.

The Court could also choose the path of interpretation in conformity with the Charter of Fundamental Rights. In following the Canadian Supreme Court's reasoning in the *Appulonappa* judgment, the Court could rule that the obligation to criminalize must be interpreted *as not including* those courses of conduct whose criminalisation would be incompatible with the Charter. This would not just include humanitarian conduct "*mandated by law*" (such as search and rescue at sea, as suggested by the Commission in its already mentioned guidelines), but more extensively *any conduct serving the protection of the fundamental rights to life, physical integrity, asylum and family unity*. While less drastic than full invalidation, this option would still go some way in interrupting the increasing criminalisation of people who are completely unrelated to the migrant smuggling network.

Beyond disproportionality

A ruling amending the disproportionality of the Facilitators package would have further advantages. First, excluding humanitarian conduct from the scope of criminalisation would align the offence with the criminological distinction between mere facilitation and proper migrant smuggling, a distinction acknowledged as empirically well-founded by criminologists (Achilli, 2018), and also by the Italian Constitutional Court in its judgment no. 63/2022 (available in English). A clearer delineation of the boundaries of the criminal offence would bring the Facilitators package more in line with the principle of legality under Article 49(1) CFR. The law's accessibility and predictability of the sanction are indeed particularly pressing in relation to a structurally transnational offence, the effects of which always affect, by definition, at least two different jurisdictions.

Limiting the scope of criminalisation would also allow investigative and judicial efforts to be concentrated on the most serious forms of organised crime, targeted by the Commission's renewed Action Plan against migrant smuggling (2021-2025) in light of their structural capacity to affect irregular migration flows. The current criminalisation obligations (and the national criminal laws implementing them) only seemingly guarantee more effective border protection. In reality, they force authorities to deal with occasional conduct of little significance in terms of harm. The CJEU has already had occasion to censure national criminal laws whose excessive severity ended up frustrating the *effet utile* of border protection (see the *El Dridi* and *Achugbabian* judgments, which found the custodial sentence of irregular migrants dysfunctional with the purpose of efficient repatriation). In a not dissimilar way, the Facilitators package seems to fall into a sort of "catch-all" trap, where time and resources, both economic and human, are diverted from the goal of fighting the black market of mobility.

Finally, a ruling invalidating or at least interpreting the Facilitators package in the light of the Charter would represent a benchmark for the EU legislator in drafting the new facilitating directive. Indeed, the Commission's proposal has already attracted scholarship concerns on the basis of its low consideration for human rights (see Alagna-Sanchez, 2024; Mitsilegas, 2024, Costello-Zirulia, 2024; Moreno-Lax, 2024) and the Council of Europe Commissioner of Human Rights explicitly recommended that the new legislation exempt from liability "*not only search and rescue and the provision of aid in relation to people's basic needs, but all activities aimed at the promotion, protection or realisation of the human rights of refugees, asylum seekers and migrants*".

Karolina Michková

Two Steps Forward?

The Safe Country of Origin Concept at the CJEU

doi: 10.59704/0c414300373c8859

On May 25th 2024 the Advocate General Nicholas Emiliou delivered his opinion in the *Case C-406/22 CV v Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky* on several issues regarding the application of the safe country of origin (SCO) concept. The case could have significant impact on SCO policies of several EU Member States and the rights of refugees as it addresses the possibility of designating countries as safe with territorial exceptions as well as a more active approach to judicial review of SCO designations. If adopted by the CJEU, the AG's suggestions could serve to enhance refugee protection, though the adoption of the Pact on Migration and Asylum might possibly counteract this.

The case

CV is a Moldovan national who applied for international protection in Czechia where Moldova, alongside 24 other countries, is deemed a "safe country of origin". As a result, CV had to rebut the presumption of safety and prove that in his specific case Moldova is not safe. He was unsuccessful, and the Ministry of Interior rejected his application as manifestly unfounded. As there is no appeal at the administrative level, CV filed an appeal to the Regional Court in Brno.

At the time, Moldova was designated an SCO with the territorial exception of Transnistria. Shortly after CV filed the appeal, the separatist army of Transnistria began preparations for conflict. Furthermore, Moldova had triggered Art. 15 of the European Convention on Human Rights (Convention) following the start of the Ukraine war.

This led the Regional Court to the referral of three questions to the Court of Justice of the European Union (CJEU):

- Whether a country can still be considered an SCO if it derogates from its commitments under the Convention in times of emergency;
- Whether a country can be designated as an SCO with territorial exceptions;
- Whether a court hearing an appeal to a denied asylum claim must or may consider whether the designation of the country as safe is contrary to EU law, even if the applicant did not raise this.

If the CJEU answers (some of) these questions in the affirmative as the AG opinion suggests it should, several EU Member States might have to significantly update their SCO lists and national courts would have an additional obligation. Both would improve refugee protection.

Invocation of Art. 15 as a trigger for SCO designation review?

Concerning the first question, AG Emiliou stated that the invocation of Art. 15 of the Convention does not equate to a concession that the rights safeguarded by the Convention (those which can be derogated from) will, in fact, be affected. Rather, the determination of that fact will necessarily depend on each individual case, particularly on the actual situation in the SCO. However, the invocation must still be taken into account by the competent authorities for the purpose of deciding whether the SCO designation can be maintained. In the Czech case, if Art. 15 were invoked by an SCO, the Ministry of Interior would have to consider the scope of the measures derogating from the obligations under the Convention as defined in the notice submitted under Art. 15 of the Convention and its implementation in practice. If it found that the scope of the measures significantly worsens the human rights situation in the SCO, it would have to remove this country from the SCO list.

According to Art. 37(2) of the Procedural Directive (2013/32/EU), Member States must regularly review the situation in SCOs. It is left up to the Member States what *regularly* actually means. In Czechia § 86(4) of the Asylum Act requires that the Ministry of Interior reviews the SCO list *at least once a year*. Any SCO designation is based on Annex I of the Procedural Directive which lists criteria that a country has to fulfil in order to be considered safe.

Once it stops fulfilling them, the responsible actor should react as soon as possible and remove it from the SCO list. This is why SCO lists usually take the form of a ministerial decree as it allows states to react quickly and be flexible in SCO designations.

The answer to the first question thus expands on the obligation to regularly review the situation in SCOs and adds a sort of a "warning light" criterion that should trigger the review of an SCO designation.

The (un)availability of territorial exceptions

Concerning the second question, AG Emiliou considered that Annex I of the Procedural Directive provides that in a country considered an SCO there should *generally* and consistently be no persecution. The use of the adverb "generally" indicates that that condition has to be met in the whole country and not only in what is even a major part of it. He also stressed that the Procedural Directive forms part of the Common European Asylum System whose different components flesh out the right to asylum. Those components integrate considerations related to risks to which the applicants for international protection may be exposed and which are typically assessed by reference to situations prevailing in their countries of origin, not by reference to some territorial areas.

Using territorial exceptions addresses the situation of the population living in the affected area (Transnistria). The AG noted, however, that it leads to the SCO concept being applied to a part of the population (living in the rest of Moldova) despite the conclusion that the third country in question cannot be considered safe as a whole. This is problematic because it is difficult to clearly identify where the internal "border" between safe and unsafe parts of the SCO lies/should be drawn. Moreover, due to the precarious situation in a given region, such "borders" may be unstable.

Notably, the Procedural Directive's predecessor allowed Member States to designate a part of a country as safe where the applicable conditions were fulfilled only in relation to that part. It also contained a standstill clause that confirmed the possibility for Member States to retain pre-existing national legislation allowing to designate part of a country as safe, or to designate a country or part of a country as safe for a specified group of persons. By contrast, the current Procedural Directive does not explicitly allow for such exceptions.

The AG noted that the SCO concept triggers an application of significant procedural derogations (shorter time limits, applicant may not have the right to remain in the country pending its appeal, the applicant has to rebut the presumption of safety). As such, it must be narrowly construed and cannot extend beyond the situations for which it has been designed by the EU legislature. That precludes its extension to third countries where compliance with the criteria in Annex I of the Procedural Directive does not exist within their entire territory.

The Potential Impact of the Reasoning

If the CJEU takes up the AG Opinion, it will impact a number of national SCO lists as several Member States use territorial exceptions. However, Art. 61(2) of a new Regulation explicitly allows for SCO designation with exceptions for specific parts of the country's territory or clearly identifiable categories of persons (currently used more than territorial exceptions). The provision will repeal and replace the Procedural Directive (Art. 78 of the Regulation) and is expected be fully implemented by 2026. As such, even if the CJEU confirms the AG Opinion, its effect in practice might be short-lived. As the preclusion of territorial exceptions is grounded in the fact that they are not explicitly allowed by the Procedural Directive, this will not be an issue with the Regulation.

Interestingly, in response to the preliminary reference, the Czech Ministry of Interior amended the Czech SCO list. This had previously included Georgia, with the exception of Abkhazia and South Ossetia, and Moldova, with the exception of Transnistria. The amendment removed the territorial exceptions and designated the whole countries as SCOs. This is problematic since the prior exclusion of parts of these countries implied that they are considered unsafe. The Explanatory Report suggested that the obligation to assess each application for international protection on an individual basis justifies the amendment. If a person from these areas applied for international protection, residence in these areas would have to be taken into account and the application would be examined under the standard international protection procedure. This approach appears to side-step the implicit prohibition of territorial exceptions in the Procedural Directive and does not solve the problem introduced by AG Emiliou regarding the uncertainty of internal borders. At the same time, designating an unsafe country as safe while stating that it will be considered unsafe in individu-

al proceedings contradicts the point of having a formalised SCO list.

Should the courts examine an SCO designation at their own discretion?

As to the third question, CV contested the rejection decision on the merits but did not contest the designation of Moldova as an SCO. The question was whether the referring court could consider this issue nonetheless and on their own accord.

AG Emiliou focused on Art. 46(3) of the Procedural Directive. This requires an effective remedy providing a full and *ex nunc* examination of both facts and points of law. That includes, where applicable, an examination of international protection needs pursuant to Directive 2011/95/EU. The examination must take place at least in appeals procedures before a court or tribunal of first instance. According to AG Emiliou, this provision requires for the national courts considering cases where the SCO concept is engaged, to raise, of their own motion, the incompatibility of the SCO designation with the requirements of the Procedural Directive. That applies in cases where the applicant has not raised it and if the court is unable to reach a conclusion that would be, on the merits, different from the one reached by the international protection authority.

As such, even if the court concludes that the asylum authority was correct in rejecting the applicant's claim, it should still focus on the lawfulness of the SCO designation itself. The Opinion stresses, however, that the obligation of full judicial review of legal points under Article 46(3) of the Procedural Directive does not entail an obligation for the national courts to review those points without any restriction of their material scope. The adjective "full" covers legal points not considered by the asylum authority. If that requirement were combined with the obligation of the courts to review the case on their own motion, it would imply an obligation on the part of national courts to review a possibly indeterminate category of legal issues.

This is a significant shift in refugee protection as SCO designations are sometimes poorly justified and country reports may not always substantiate the fulfilment of the SCO criteria. If the CJEU takes up the conclusions of this Opinion, these issues could be addressed by the national courts. Contrary to the issue of territorial exceptions, the answer to this question will be relevant even after the implementation of the Regulation. Thus, Art. 67(3) of the Regulation also provides for a full and *ex nunc* examination of both facts and points of law, at least before a court or tribunal of first instance. At the same time, much remains left to the willingness of the courts and the level of scrutiny they will adopt to consider SCO designations.

Conclusion

The case C-406/22 covers a number of issues concerning the application of the SCO concept by EU Member States. The AG Opinion provides useful answers that, if taken up by the CJEU, might significantly impact the protection of refugees coming from SCOs. On the other hand, while the new approach to judicial review of SCO designations will be applicable even after the implementation of the Regulation, the topic of territorial exceptions might soon become irrelevant.

Gavin Barrett

Rule of Law Chickens Coming Home to Roost

The Ruling in Case C-123/22 European Commission v Hungary

doi: 10.59704/1d158aab48c749aa

Ongoing assaults by Viktor Orbán's Fidesz administration on the rule of law in Hungary have produced manifold reactions, generally of depressingly limited effectiveness. Last week, on 13 June 2024, in Case C-123/22 European Commission v Hungary, the Court ordered a record lump sum payment of €200,000,000 and a penalty payment of €1,000,000 per day of delay until an earlier 2020 Court ruling is complied with. Hungary thus received a stinging reminder that the Court of Justice is not toothless when it comes to the rule of law.

Art. 258 TFEU Commission prosecutions have been one means of combating rule of law breaches. Yet infringement proceedings have been relatively rare. One hurdle has been finding EU legal norms on which to base such prosecutions.[1] In practice, proceedings have focussed formally on provisions of secondary legislation rather than broader underlying principles or values: e.g., breaches of central bank independence requirements (where Hungary legislated to take control of this national institution), instances of age discrimination (where Hungary lowered the retirement ages for judges); violations of data protection rules (where Hungary abolished the office of parliamentary ombudsman); or violations of various directives (where Hungary defied the EU common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection).[2]

The December 2020 Court of Justice ruling in Case C-808/18 *Commission v Hungary*, involved such a narrow-focus Commission prosecution. Hungary had required, in defiance of Directive 2013/33, that international protection applications be lodged in person with the competent authority in "transit zones" bordering Serbia into which it allowed few persons to enter: by January 2018, only two per day (resulting in eleven-month delays for making applications). Hungary then required nearly all asylum seekers to remain in detention throughout the asylum procedure in facilities in "transit zones" and without safeguards required by Directive 2013/33. In defiance of the Directive, appeals had no suspensory effect, applicants were not allowed to remain in the territory and third-country nationals staying illegally in Hungarian territory were removed to a narrow strip of land without infrastructure on the other side of a border fence without safeguards required by Directive 2008/115, thereby effectively forcing them back into Serbia. Case C-808/18 was deemed sufficiently important to merit a Grand Chamber ruling. The ECJ held Hungary had infringed several provisions of both Directives.[3]

Hungary responded by merely closing the two transit zones (para. 16 et seq). A dissatisfied Commission subsequently launched Art.260 TFEU proceedings seeking a lump sum and penalty payments. Although heard by a five-member Chamber rather than by a Grand Chamber, the resulting Case C-123/22 ruling was arguably more significant than the earlier Art.258 ruling: first, because of the Court's willingness to take Hungary's failure to comply as seriously as this omission merited; secondly, because of the financial scale of the consequences the Court of Justice attached to what it held to be Hungary's failure to comply with its 2020 ruling.

In Case C-123/22 Hungary were held to have failed to ensure effective, easy and rapid access to its interna-

[1] Zoltán Szente, "Challenging the Basic Values-Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them", chapter 26 of András Jakab and Dimitry Kochenov (eds.), The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance. Other hurdles have included political considerations, and Commission's unwillingness to go beyond its neutral Art. 17 TEU role of overseeing the application of EU law under the control of the CJEU.

[2] Since 2015, the Commission has initiated seven infringement procedures against Hungary in the asylum field. Four have been referred to the Court.

[3] Case C-808/18 Commission v. Hungary EU:C:2020:1029. Note summary in para. 59 of Case 123/22.

tional protection procedures (paras. 64-65). It had also wrongfully maintained in force a provision permitting removal of illegally-staying third-country nationals. Hungary's claimed post-2020 policy of not expelling anyone before a decision became final cut little ice: mere administrative practices "which by their nature are alterable at will by the authorities and are not given the appropriate publicity" did not constitute proper fulfilment of EU law obligations (paras. 78-83).

The lump sum and penalty the Court now fixed was based on (a) the seriousness and (b) duration of the infringements and (c) the ability of the State to pay (paras. 101,141). The Court identified no less than twelve reasons why Hungary's misbehaviour was serious. First, the prolonged three-year failure to implement a ruling seriously undermined the principles of legality and *res judicata* (para. 102). Besides, the provisions infringed themselves were important: compliance with of Art. 6 of Directive 2013/32's procedural requirements (secondly) ensured the operation of this entire Directive. Compliance with Art.6 was also (thirdly) required to protect the whole common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection. Fourthly, deliberate Member State evasion of a common policy constituted an unprecedented and exceptionally serious EU law infringement, which (fifthly) represented a significant threat to the unity of EU law and to the Article 4(2) TEU principle of Member State equality (para. 107). Sixthly, systematic avoidance of applications for international protection undermined the international regime for protection of refugees and deprived those seeking international protection of their rights (para. 107). Seventhly, non-compliance with the Directive 2013/32 right to remain violated the principle of effective judicial protection (enshrined in Art. 19 of the Charter) (para. 108-110). Eighthly, Hungary's removal of most third-country nationals violated a vital component of the common immigration policy. It was rendered more serious by its forming part of a general and persistent practice (para. 112). Ninthly, Hungary's conduct undermined the principle of solidarity and the fair sharing of responsibility (para. 115) – the former constituting "one of the fundamental principles of EU law and [...] one of the values common to the Member States on which the European Union is founded, pursuant to Article 2 TEU." Such a failure in the duty of solidarity struck at the very root of the EU legal order (paras. 116-7). Tenthly, the impact of all this on both public and private interests was "extraordinarily serious" (para. 118). Eleventh, an aggravating factor was Hungary's repetition of its unlawful conduct (para. 120). Twelfth and finally, Hungary had subsequently violated the principle of sincere cooperation and undermined respect for Member State equality in seeking to rely on national law in violation of the duty of primacy and failing to put an end to the misconduct established by the ECJ in 2020. Such a violation of the duty of sincere cooperation was deemed an additional aggravating circumstance (paras. 121-124).

Key to the Court's approach therefore was acute awareness of the broader ramifications of Hungary's misbehaviour. Far from being fixated by mere breaches of Directives, the Court understood the scale of Hungary's misconduct: one EU law infringement was seen as containing, matrushka-like, another, more serious one within it: failure to comply with the 2013 Directive blocked the operation of the common policy on international protection, which in turn constituted a significant threat to the unity of EU law and seriously undermined the principle of solidarity.

The consequences were seen in the revolutionary scale of the lump sum and penalty payment imposed. The Court carefully reaffirmed its long-standing position that Article 260 empowered it to impose a penalty payment *and* a lump sum payment cumulatively.[4] It also stressed the extent of its discretion, stressing, for example, that "the Commission's proposals regarding the amount of [the] penalty payment cannot bind the Court and are merely a useful point of reference".[5]

Whether a lump sum would be required would depended on the infringement's characteristics and the Member State conduct.[6] Here, in the light of "in particular the exceptional seriousness of the infringements at issue and Hungary's failure to cooperate in good faith in order to bring them to an end", the Court ordered a record lump sum payment of €200,000,000 (para. 132) – over *191* times what the Commission had sought.[7]

The Court also ordered Hungary to pay a record-

[4] Para. 134, relying on Case C-109/22 Commission v Romania and the case-law cited therein.

[5] Para. 140. For the Commission proposals, see paras. 84-95.

[6] Para. 98, relying on Case C-109/22, Commission v Romania EU:C:2023:991, para. 78 and the case-law cited therein.

[7] The Commission had sought a lump sum payment of €1,044,000 (para. 1).

equalling penalty payment of €1,000,000 per day of delay in complying with the 2020 ruling;[8] over *61* times what the Commission had sought.[9]

The financial impact of Case C-123/22 is enhanced by the fact that the Commission can forcibly recover these amounts by offsetting.[10] It is, however, reduced by the political reality that the prevalence of unanimity voting, particularly in the foreign affairs field, has enabled Hungary to weaponise its veto to its own advantage so as to fend off measures designed to enforce the rule of law. Striking recent evidence of this was the Commission decision to unlock €10 billion in funding to dissuade Hungary from blocking EU policy on Ukraine, a sum that dwarfs the amount at issue in Case C-123/22. *Commission v. Hungary* is nonetheless a significant precedent both in the willingness the Court showed to see repeated breaches of directives as symptomatic of wider violations of more fundamental EU norms, and its willingness to impose genuinely significant penalties in a rule of law case.

[8] €900,000 of this related to Directive 2013/32 on procedures for granting/withdrawing international protection. €100,000 related to Directive 2008/115 on standards and procedures for returning illegally staying third-country nationals.

[9] The Commission had sought a daily penalty payment of €16,393.16. (Para. 1 of the ruling.)

[10] Cases T-200/22 and T-314/22 Republic of Poland v European Commission, Judgment of the General Court, 29 May 2024 EU:T:2024:329; Pekka Pohjankoski, "Safeguarding EU Law's Authority: the General Court Affirms the Commission's Decisions to Recover Penalty Payments from Member States by Offsetting"EU Law Live 11 Jun 2024; "Contesting the Ultimate Leverage to Enforce EU Law", Verfassungsblog, 12 July 2023.

Radosveta Vassileva

The EPPO as a Domesticated Cat

A Perspective from Bulgaria

doi: 10.59704/3e330d45f4524229

The European Public Prosecutor's Office (EPPO) has just celebrated the third anniversary of the start of its operations. "I am sure you will soon see [the EPPO] is anything but a 'toothless tiger' ", said Laura Kövesi in an interview in 2021. Sadly, against the Bulgarian backdrop, the EPPO reminds of a domesticated rather than a fierce wild cat.

As a country frequently shaken by scandals implicating abuses of EU funds and known for rampant corruption, Bulgaria provides ample opportunities for the EPPO to show its teeth. Yet, three years on, the institution has only two successes to boast about. It has achieved a 6-month suspended sentence and a fine for a person who bribed a public official with 2,500 EUR. It has also ensured a court-approved fine of 1,500 EUR for someone who submitted forged documents when applying for EU funding.

In the Bulgarian context of grand corruption, these successes look modest to say the least. Bulgaria consistently receives poor scores by reputable indexes, such as the Corruption Perceptions Index by Transparency International, the Rule of Law Index by the World Justice Project and the WorldWide Governance Indicators. More importantly, corruption is not just a question of perception. The country's pressing rule of law challenges have attracted the attention of non-EU anti-corruption programs. In 2021 and 2023, the US Government sanctioned high-profile public officials for corruption under the Global Magnitsky Act citing "misappropriation of state assets, the expropriation of private assets for personal gain, corruption related to government contracts or the extraction of natural resources, or bribery" among others. In 2023, the UK Government, in its own words, sanctioned "notorious figures" citing "offences including abuse of public institution funds" under the Global Anti-Corruption Sanctions Regulations.

One may easily be left with the impression that the EPPO is giving big fish a free pass while wasting time and resources on petty cases that do not make any difference in Bulgaria.

The EPPO as a victim of Bulgaria's rule of law decay

Regrettably, there is evidence supporting the argument that the EPPO is a victim of Bulgaria's rule of law decay and, by extension, to the fundamental, yet utopian principle of mutual trust. Even worse, the factors hampering the EPPO's work are long-standing challenges before Bulgaria's justice system which were either unresolved or exacerbated by the Cooperation and Verification Mechanism (CVM) under which the EU Commission was supposed to help Bulgaria catch up with other EU members in the area of the rule of law (see, for instance, here, here, and here). The CVM may have been formally terminated in September 2023, but the problems linger on.

The main challenges before EPPO's proper implementation in Bulgaria can be summarized as follows:

The EPPO's challenge 1: questionable selection of European Delegated Prosecutors (EDPs)

Pursuant to Recital 43 and Article 17(1) of the EPPO Regulation, the College of the EPPO appoints EDPs upon the proposal of the European Chief Prosecutor. However, there is a catch – the EDPs must be nominated by the EU member in which they will serve first. In Bulgaria, the competent body for such nominations is the Prosecutorial College of the Supreme Judicial Council (SJC). Following the December 2023 pseudo constitutional reform, which still has not been implemented, the competent body will be the Supreme Prosecutorial Council. The cosmetic reform of 2023, however, will preserve the main flaws of the current Prosecutorial College – namely, its severe politicization which is possible because of the mechanism for appointment of its members. In practice, the politicization of this body translates into the promotion of magistrates faithful to the establishment, who often have questionable credentials and an uncalibrated moral compass. It also facilitates the harassment of inconvenient magistrates.

The EPPO seems to be aware of this issue, but its hands are tied. In 2021, for example, when the Prosecutorial College nominated ten candidates for EDPs, the EPPO demanded more information about seven of them, essentially rejecting them. Milan Jaron from the EPPO was quoted in Bulgarian media: "We do not want to enter into a discussion on how to interpret the regulation [on the EPPO]. The European Prosecutor's letter clearly states that the Bulgarian side must nominate people with relevant experience who meet all the requirements for independence and moral integrity."

While the EPPO tried to show some teeth, eventually it had to make compromises in the belief that Bulgarian magistrates can learn best practice when taken outside of their toxic environment. It is quite revealing, however, that many Bulgarian EDPs resigned from the EPPO to return to work for the Bulgarian Prosecutor's Office where their official salaries are much lower. Hence, there may be doubts as to what the true underlying reasons for their work at the EPPO were.

The EPPO's challenge 2: the toxic culture of the Prosecutor's Office

Assuming that the EPPO has managed to appoint EDPs who indeed fulfill the criteria laid out in Article 17(2) of the EPPO Regulation – "independence beyond doubt" and "necessary qualifications and relevant practical experience of their national legal system" – the EDPs face the challenge of carrying out their work amidst the toxic culture of Bulgaria's Prosecutor's Office.

Much ink has been spilled about the Soviet structure and culture of Bulgaria's Prosecutor's Office, its corruptibility, and the unbound powers of the General Prosecutor whose status the Venice Commission has compared to a monarch who bears neither political nor legal liability for his actions (see, for instance, here and here). In an attempt to deceive the Committee of Ministers of the Council of Europe that it has complied with the pivotal *Kolevi* judgment of 2009, Bulgaria even implemented a pseudo reform in 2023, which preserved the current state of affairs.

In practice, the EDPs work in the same building as the other Bulgarian prosecutors and share the same administration with them. This means they can easily be monitored, influenced and/or intimidated, and information can be leaked. The European Chief Prosecutor Laura Kövesi seems to be aware of this major challenge because she personally demanded a separate building for the EDPs when she visited Bulgaria in 2022. However, while Bulgarian authorities promised to take care of this matter, information on whether the changes have been implemented is scarce and inconclusive.

The EPPO's challenge 3: captured courts

Even if the EDPs manage to resist the pressures by the Prosecutor's Office, they have to face Bulgaria's biased courts – ergo, one may speculate that with the blessing of the establishment, some sacrificial lambs will be sentenced while the holy corrupt cows will be acquitted.

It is important to clarify that the heavily politicized SJC ensures that courts remain captured via two main strategies. The first one is promoting convenient magistrates and harassing inconvenient magistrates via biased procedures. The second one is deliberately avoiding organizing competitions for the appointment of judges in courts of strategic importance for the establishment. In this way, court presidents can second judges of their personal (subjective) liking and circumvent the requirements for credentials and professional experience. A shocking example is provided by the Sofia Court of Appeals, the most important appellate court by virtue of its jurisdiction, where the latest reports show that one-third of the judges have been seconded. The same court is frequently shaken by scandals involving non-random distribution of case files. Yet, the right distribution to the right judge ensures the right result for the establishment.

The gravity of the situation has been summed up by Lozan Panov, President of the Supreme Court of Cassation (2015-2022), who was one of the few magistrates trying to shine a light on the rule of law challenges in Bulgaria, before *Der Spiegel*: "...the most important parts of the Bulgarian judiciary are under political influence and are corruptible. All judicial reforms in recent years were just a simulation of reforms."

The EPPO's challenge 4: legislative sabotage or the art of the pseudo reform

Throughout the years, but especially thanks to the CVM, Bulgaria has developed the remarkable skill of carrying out pseudo reforms and/or dangerous reforms while deceiving international institutions that it is making progress. From early on, the EPPO has been an easy victim of

legislative sabotage and may remain targeted depending on the political context.

For instance, in an attempt to salvage its reputation as the most corrupt EU member, Bulgaria presented the implementation of the EPPO as a "top priority" of its presidency of the Council of the European Union which it held between January 2018-July 2018. Shortly thereafter, in a rush and in an ironic twist, Bulgarian legislators amended legislation to ensure that the Specialized Criminal Court had exclusive jurisdiction to examine cases investigated by the EPPO. This court, which was set up by Boyko Borissov's regime, had many of the features of an extraordinary tribunal and has been referred to as a "kangaroo court". It was closed for good in 2022 upon the proposal by a short-term reformist government on the grounds that it "created risks for the independence of the judiciary and eroded the rule of law" (see Explanatory Memorandum of Proposed Amendments to the Law on the Judiciary of 28 January 2022).

In other words, while the independence of Bulgarian courts is generally compromised, the establishment wanted to make sure that the EPPO had to plead its cases before the most controversial court in the country. While the closure of the kangaroo court was good news for the rule of law, there are no guarantees that other forms of legislative sabotage will not transpire in the future.

Lessons from Bulgaria: Can a domesticated cat become a tiger?

"A tiger doesn't proclaim his tigritude, he pounces", goes a famous quote by Wole Solinka. Yet, it seems that tigritude is conditional on context.

The EPPO can easily be seen as a victim of Bulgaria's rule of law decay as evidenced by the politicized SJC and Prosecutor's Office, the captured courts, and the legislators who wanted to tame it. If one digs deeper, one may see that the EPPO found itself in this uninspiring position for tigritude because of diverse factors, including:

- its utopian design embedded in the EPPO Regulation which overly relies on the good faith of EU member states – an approach consistent with the equally utopian, but convenient principle of mutual trust;
- the failed CVM, which wasted fifteen years not to resolve a single major rule of law challenge in Bulgaria;
- the overall complicity of the EU Commission with Bulgaria's assaults on the rule of law (the Rule of Law reports mechanism has inherited the flaws of the CVM; the Commission has never initiated an infringement procedure against Bulgaria on rule of law grounds).

Without implementing changes ensuring less biased appointment procedures for EDPs and without resolving Bulgaria's rule of law challenges first, the EPPO's legitimacy and work in Bulgaria will always be under question.

Adam Ploszka

Up to Four Times

On the Election of a "Polish National" Judge to the ECtHR

doi: 10.59704/6449de2606e1b62d

The Council of Europe's requirements for transparency in the process of selecting a "national" judge for the European Court of Human Rights (ECtHR) should be strengthened. This is the lesson to be learned from the saga of the selection of candidates for "Polish national judge" post, lasting now for more than three years. Poland, which has been going through a crisis of the rule of law in recent years, and the ongoing process of its restoration (see: here, here, and here) may serve as an important example.

About the three failures

First, it is crucial to outline the context. The term of the previous judge elected in respect of Poland – Judge Krzysztof Wojtyczek – ended in 2021. However, he continues to serve as judge as his successor has not yet been elected. The end date of the term of office was during the rule of the populist Law and Justice party in Poland, which was in power until December 2023. The populists had, therefore, an opportunity to propose a list of candidates aligned with their vision of the ideal ECtHR judge. In principle, such an "ideal candidate", once elected, would prioritise the originalist vision of the founding fathers of the European Convention on Human Rights (ECHR). Rather reluctantly, he/she would refer to the Convention as a living instrument. The latter concept is predominantly used to provide ECHR legal protection to inter alia sexual minorities, those fighting to improve access to abortion, and other sensitive issues opposed by populists. The Law and Justice Party did not, however, manage to use its potential for political influence.

The lists submitted by the populist Polish government were rejected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe three times. The first rejection was due to procedural issues, with the Assembly finding that the national procedure for selecting candidates, which was not accompanied by any public hearing, did not meet the standards set by the Assembly. In subsequent attempts, even though human rights NGOs were allowed to observe interviews with candidates, the lists (first in 2022 and second in early 2023) were again rejected because "not all candidates meet the requirements of Article 21 of the Convention." The populist government did not make a fourth attempt to propose a new list of candidates.

The fourth (the last?) approach

In March 2024, the selection procedure has restarted for the fourth time. This procedure is now conducted under the democratic leadership of the Foreign Affairs Ministry (MoFA), which sees cooperation with the ECtHR as crucial to restoring the rule of law in Poland. This was evidenced by letters sent by MoFA to the President of the ECtHR, Síofra O'Leary, and to the members of the Committee of Ministers of the Council of Europe just after the creation of the new government. In those letters the Polish Government declared the will and determination to implement ECtHR judgments, particularly those regarding the principles of the rule of law and independence of the judiciary. This is also evidenced in Poland's government's continuous dialogue with ECtHR.

The new government's approach in selecting candidates for ECtHR judge differs in many aspects from the previous attempts. This could be seen even before the competition for the post of judge formally began. Before this successive fourth competition was announced, consultations were held with the non-governmental organisations, thanks to which certain adjustments were made to the procedure.

Two of the changes made are worth noting. The first relates to the composition of the selection committee. Representatives of the legal professions, legal scholarship, and the ombudsman's office were introduced to the composition selection committee. The second is the introduction of a public hearing in the Parliament (in the Senat) at the final stage of the process, already after the interviews have taken place but before the Polish Government finally submits the list of candidates to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

What the civil society organisations failed to push through was the disclosure of the identity of the candidates participating in the competition. Ultimately, a solution was adopted: candidates could decide whether to reveal themselves. Recognising the importance and significance of this process, I have decided to publish an appeal to the participating candidates to reveal their identities. I did so because I firmly believe that due to the role and importance that a "national" judge of the European Court of Human Rights has, civil society should be able to know the candidates' identities. At the end of the day, the majority – 16 out of 27 who submitted applications – decided to reveal themselves. In addition, two of them sent their applications to the OKO Press, where I published my appeal.

The interviews with the candidates, which I had the opportunity to observe as a representative of Amnesty International, took place May 27-29. Candidates were asked three substantive questions: the relationship between EU law and the ECHR, positive obligations, and the place of Article 6 ECHR in the Polish legal order. The latter question evidently referred to the problematic judgments of the Polish Constitutional Tribunal declaring the ECHR incompatible with the Polish Constitution. The selection committee concluded its deliberations by submitting the (still non-public) list with names of selected candidates to the Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights. Once it has been reviewed, the list will be made public, and a parliamentary hearing will be held.

More transparency!

Undoubtedly, there are many positive aspects of the ongoing procedure. The most important of these would be the openness to civil society's voice, which was not the case against the background to the earlier efforts to shrink space for civil society. This is also evident in the composition of the selection team, which did not consist (as before) only of government representatives but also included civil society representatives. Moreover, the persons named by the government to the selection committee were not just civil servants but highly respected individuals, including former judges of the highest courts, headed by former CJEU judge Marek Safjan.

The legal entrenchment of this procedure could undoubtedly be improved and strengthened by passing a law regulating the election of a judge in respect of Poland to the ECtHR. The procedure currently underway is based on internal regulations issued by the Minister of Foreign Affairs. This is understandable in this context, as the procedure had to begin quickly after the creation of the new government, as the three earlier attempts had proved unsuccessful. It was, therefore, obvious that there was not enough time for Parliament to pass a law regulating the election of judges early on. However, in this context, it is worth noting that the Parliamentary Assembly requires the procedure to be "stable and established in advance, through codification or in a settled administrative practice". Hence, it would be reasonable to expect the enactment of such a law in the future.

The Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) also requires that "the national selection procedures must be fair and transparent" (para. 7.1). However, PACE does not devote more space to this issue and only points out, by way of example, the violation of the principle of transparency when there was no public call for candidature. At the same time, however, the Steering Committee for Human Rights (CDDH) draws attention (para. 57) to some of the risks associated with excessive transparency in the procedure, such as the possible negative impact on the reputation of potential candidates.

The indicated fear of reputational risk and the CDDH report were the primary reasons for limiting the transparency of Poland's ongoing selection process. Because of this the previous candidates were not compelled to disclose themselves, and the interviews themselves were not broadcasted; only representatives of non-governmental organisations working for human rights could observe them. At the same time, other competitions for important positions held by the current government were conducted with more openness. A particular example of this was the selection of the Chairman of the Office of Personal Data Protection, whose election was preceded by a hearing of the candidates in the Parliament, although this was not required by law.

In my deepest conviction, this should not be the case. Poland's case shows that the selection process' lack of transparency fostered the election of candidates who were ultimately found not to meet the requirements of Article 21 of the Convention. The current increase in transparency is certainly a step in the right direction, but the procedure could and should be more transparent.

Therefore, based on the Polish saga related to the

election of an ECtHR judge, it would be worthwhile to rethink the Council of Europe's procedure for election of a judges to the ECtHR regarding the transparency of the national selection procedure. The ECtHR is rightly seen as a key court setting European human rights standards. Its judges are of great importance to its relevance and especially its effectiveness. If this is the case, then consequently, the national selection procedure, constituting the first and key stage of the process of selecting candidates for the ECtHR, should be more transparent.

This matter should be considered in the future stock-taking attempt that the Assembly is likely to undertake now.

The article expresses my personal views only and cannot be attributed to Amnesty International.

Charlotte Blattner

Warum das KlimaSeniorinnen-Urteil nicht undemokratisch ist

Anmerkungen zu einer Schweizer Debatte

doi: 10.59704/a496df952c500707

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat am 9. April 2024 im Fall *KlimaSeniorinnen et al. v. Switzerland* („KlimaSeniorinnen“) ein bemerkenswertes Urteil zugunsten einer lebenswerten Zukunft für alle gefällt. Bereits heute ist klar: Das Urteil schreibt Rechtsgeschichte. Auf dieses Ergebnis – ein wegweisendes Urteil und wichtiger Etappensieg hin zu mehr Klimaschutz und -gerechtigkeit – hatten viele gehofft. Nicht alle begrüssen jedoch diese Entwicklungen (siehe etwa hier).

Vor allem in der Schweiz stieß das Urteil auf scharfe Kritik. Die Schweizerische Volkspartei (SVP) bezeichnete den Entscheid als „dreiste Einmischung fremder Richter in die Schweizer Politik“ und forderte (einstimmig) den Austritt der Schweiz aus dem Europarat. Auch in den Medien wurden Bedenken geäußert. Das Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) fragte seine Leserschaft: „Finden Sie es gut, wenn sich Gerichte in die Klimapolitik einmischen?“. Der Tages-Anzeiger sprach von einem „gefährlichen Urteil“durch „fremde Richter“(sic), die Aargauer Zeitung von einer „Aushebelung der Demokratie“ und Altbundesrichter Ulrich Meyer gar von einer „Überschreitung des Rubikon“.

Zahlreiche dieser Kritiken wurde innerhalb von Stunden – manche innerhalb von Minuten – nach Verkündung des Urteils veröffentlicht. Es mag dahingestellt sein, ob die Autorinnen und Autoren sich innert dieser Zeit ein genaues Bild davon machen konnten, was die 17 Richterinnen und Richter in ihrem 260-Seiten langen Urteil (und eben nicht 138 Seiten, wie Altbundesrichterin Pfiffner meint) entschieden – und von welchen Dingen sie, unter anderem aus Gründen der richterlichen Zurückhaltung, ausdrücklich Abstand nahmen.

Weniger vorhersehbar und zur Überraschung vieler gipfelte die öffentliche Kritik im Juni 2024 in einem Votum der Bundesversammlung, dem Urteil des EGMR nicht Folge zu leisten. Erst der Ständerat und dann der Nationalrat warfen den Straßburger Richterinnen und Richtern einen „unzulässigen und unangemessenen gerichtlichen Aktivismus“ vor. Sie behaupteten unter anderem, der Gerichtshof habe ein „neues Menschenrecht“ (d.h. ein Recht auf Klimaschutz) geschaffen, das weit vom Text und Geist der Konvention entfernt sei und damit die Grenzen der dynamischen Auslegung überschreite. Sie unterstellten dem EGMR zudem, das Subsidiaritätsprinzip zu missachten, stellten seine Legitimität offen in Frage und „stellten besorgt fest“ (dennoch mit drohendem Unterton), dass dies „zu einer Schwächung des effektiven Schutzes der Menschenrechte in Europa führen könnte“. Schließlich forderten sie den Bundesrat auf, dem Ministerkomitee mitzuteilen, dass die Schweiz „keinen Grund sieht, dem Urteil des Gerichtshofs zu folgen.“ Dies da ihre bisherigen Bemühungen und die in der Zwischenzeit ergangenen Novellierungen zeigen würden, dass die Schweiz ihren nationalen und internationalen Verpflichtungen zur Bewältigung des Klimawandels nachkomme.

Der Entscheid des EGMR – zumindest nach Schweizer Verständnis – wirft also zentrale Fragen der Gewaltenteilung und der Rolle der Justiz bei der Beurteilung von Menschenrechten auf, insbesondere im Kontext des Klimawandels. Vor dem Hintergrund dieser scharfen Töne erscheint es umso wichtiger, berechtigte Kritik am Gerichtshof von opportunistischer Kritik zu unterscheiden, die das Urteil lediglich nutzt, um eine grundsätzliche Ablehnung des EGMR und von Klimaklagen im Allgemeinen auszudrücken oder gar die eigene politische Agenda voranzutreiben. Als Reaktion auf die jüngsten Ereignisse beleuchtet dieser Beitrag das Urteil des EGMR unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung. Dabei zeigt er auf, dass der Entscheid des Gerichtshofs einen integralen Bestandteil der demokratischen Ordnung (insbesondere in der Schweiz) darstellt und gleichzeitig zu besseren Gesetzen und Politiken beiträgt.

Sollte sich der Gerichtshof überhaupt mit Klimaklagen befassen?

Noch bevor der Fall KlimaSeniorinnen und die anderen am 9. April entschiedenen Fälle (*Duarte Agostinho et al. v. Portugal et al.* und *Carême v. Frankreich*) an Bedeutung gewannen, stellten einige in Frage, ob sich der Gerichtshof überhaupt mit Fällen zum Klimawandel befassen sollte.

Grob zwei Einwände wurden gegen eine Überprüfung durch den EGMR angeführt. Erstens argumentierten die Parteien unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip und den Ermessensspielraum der Staaten, dass nationale Behörden „grundsätzlich besser in der Lage sind als ein internationales Gericht, die relevanten Bedürfnisse und Bedingungen zu beurteilen" und dass „in Fragen der allgemeinen Politik, über die die Meinungen innerhalb einer demokratischen Gesellschaft vernünftigerweise weit auseinandergehen können, der Rolle der nationalen politischen Entscheidungsträger besonderes Gewicht beigemessen werden sollte" (*Hatton et al. v. Großbritannien*, Rz. 97). Insbesondere weil die Vertragsparteien des Übereinkommens der Vereinten Nationen über den Klimawandel (UNFCCC) keinen gerichtlichen Überprüfungsmechanismus zur Einhaltung bspw. des Pariser Abkommens eingerichtet haben, würde die Beurteilung von Klimaangelegenheiten durch den EGMR bedeuten, dass dieser unangemessen als „oberstes Gericht für Umwelt- oder Klimastreitigkeiten" fungiere und dies – so das Schweizer Bundesamt für Justiz – „nur zu Spannungen führen kann."

Zweitens wurden Bedenken hinsichtlich der Gewaltenteilung à la *Juliana v. United States* geäussert. Eine „Verrechtlichung" von Klimafragen auf internationaler Ebene, so wiederum die Schweizer Regierung, würde das Risiko bergen, „die demokratische Debatte zu umgehen und die Suche nach politisch akzeptablen Lösungen zu erschweren." Der Straßburger Richter Eicke bringt diesen Punkt in seiner teils übereinstimmenden, teils abweichenden Meinung in *KlimaSeniorinnen* nachdrücklich zum Ausdruck. Eine richterliche Überprüfung würde dazu führen, dass Regierungen „nun in Rechtsstreitigkeiten verwickelt werden" und dies auf Kosten ihrer eigentlichen Aufgaben zum Schutz vor dem Klimawandel, etwa durch Erlass von Vorschriften oder Überprüfung von Maßnahmen (Rz. 69-70; Eicke hat dieses Argument bereits hier vorgebracht).

Die Bewältigung des Klimawandels als vorrangige Aufgabe demokratischer Entscheidungsfindungsprozesse

Das Urteil im *KlimaSeniorinnen*-Fall enthält mehrere Passagen, in denen die übrigen 16 Richterinnen und Richter, darunter auch der Schweizer Richter Zünd, diese Bedenken vorwegnehmen. Der Gerichtshof betont, dass die Hauptverantwortung für die Bewältigung der komplexen wissenschaftlichen, politischen, wirtschaftlichen und sonstigen Fragen, die der Klimawandel aufwirft, bei der nationalen Legislative und Exekutive liegt (Rz. 413). Diese legen in der Regel den übergreifenden politischen Rahmen und spezifische Maßnahmen in sektoralen Bereichen fest (Rz. 411), was eine umfassende Abwägung unterschiedlicher, oft konfligierender Interessen erfordert (Rz. 421). Der Gerichtshof betonte, dass in einer Demokratie, „die in der Präambel der Konvention zusammen mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der geteilten Verantwortung ein grundlegendes Merkmal der europäischen öffentlichen Ordnung darstellt (...), solche Maßnahmen (...) notwendigerweise von einer demokratischen Entscheidungsfindung abhängen" (Rz. 411).

Indem der Gerichtshof die primäre Verantwortung (und damit das Prärogativ) der innerstaatlichen demokratischen Legislative und Exekutive hervorhebt, suggeriert er *a contrario* nicht, dass die Judikative zu irgendeinem Zeitpunkt in Bezug auf Autorität, Kompetenz, Funktion oder Form an deren Stelle tritt. Im Gegenteil, er stellt klar, dass „ein gerichtliches Eingreifen, auch durch dieses Gericht, die Maßnahmen, die von der Legislative und der Exekutive zu ergreifen sind, weder ersetzt noch ersetzen kann" (Rz. 412).

Die ergänzende Rolle der Judikative - nicht außerhalb, sondern als unverzichtbarer Teil der demokratischen Ordnung

Bedeutet dies, dass Klimarecht und -politik keiner richterlichen Überprüfung unterstehen? Keineswegs. Denn wenn man Montesquieu und Madison Glauben schenken darf, sind solche Mittel der Kontrolle und des Ausgleichs staatlicher Gewalt („*checks and balances*") von grundlegender Bedeutung für eine Demokratie (und förderlich für eine bessere Politik und bessere Gesetze, sofern uns das noch ein Anliegen ist). Vielmehr wären die Grundsätze der Gewaltenteilung und -moderation stark kompromittiert – wenn nicht verletzt –, wird der Judikative die Mög-

lichkeit genommen, die Handlungen der Exekutive und Legislative nicht zu überprüfen.

Der Gerichtshof stellte klar, dass „die Demokratie nicht auf den Willen der Mehrheit der Wähler und der gewählten Vertreter unter Missachtung der Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit reduziert werden kann. Der Auftrag der innerstaatlichen Gerichte und des Gerichtshofs ist daher komplementär zu diesen demokratischen Prozessen" (Rz. 412). Aufgabe der Justiz war es schon immer – und bleibt es auch im Zeitalter des Klimawandels –, die notwendige Kontrolle über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu gewährleisten. Diese Aufsicht ist nicht minder, sondern umso wichtiger, wenn wir uns die komplexen Zeithorizonte bei der Bewältigung des Klimawandels vergegenwärtigen. Insbesondere aus einer generationenübergreifenden Perspektive besteht ein „den (…) politischen Entscheidungsprozessen inhärentes Risiko, dass kurzfristige Interessen und Belange gegenüber den dringenden Erfordernissen einer nachhaltigen Politikgestaltung überwiegen", und dies, so der Gerichtshof, „rechtfertigt die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung" (Rz. 420).

Dass Politikerinnen und Politiker, die ihr Handeln vornehmlich dem Takt kurzer Wahlzyklen anpassen, sich entsprechend verhalten, wird nicht weiter verwundern. Allerdings sieht sich auch die Exekutive diesem Risiko ausgesetzt. Vor 15 Jahren, im Jahr 2009, anerkannte der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des CO2-Gesetzes, dass Industrienationen ihre Treibhausgasemissionen bis 2020 (gegenüber 1990) um „mindestens 40 Prozent" reduzieren müssten, um die globale Erderwärmung auf einem sicheren Niveau zu halten. Er verzichtete jedoch ausdrücklich darauf, sich dieser Verpflichtung mit einem (*nota bene*) Mindestbeitrag anzuschließen, da ein solches Vorgehen „das Risiko einer übermässigen Belastung der Schweizer Wirtschaft mit sich bringen würde". Kurzfristige wirtschaftliche Partikularinteressen eines Staates zog der Bundesrat also bewusst der langfristigen Sicherheit aller vor.

Gerade im Kontext des Klimawandels, der irreversible Prozesse und Schäden tendenziell schleichend über lange Zeithorizonte hervorruft, nimmt die Judikative mit ihrer Überprüfung gesetzgeberischen und exekutiven Handelns eine Kernfunktion der demokratischen Ordnung wahr – und agiert als solches eben nicht losgelöst und ausserhalb davon. Mit Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip bekräftigte der Gerichtshof, dass demokratische Entscheidungsprozesse die Ersten sein sollten, die sich mit diesen Konflikten auseinandersetzen, deren Prozesse und Ergebnisse ergänzend durch die gerichtliche Kontrolle auf nationaler Ebene und erst danach durch die Einschaltung des EGMR überprüft werden (Rz. 412, 421).

Zuständigkeit des Gerichtshofs

Mit der Ratifikation der EMRK im Jahr 1974 hat sich die Schweiz freiwillig der Gerichtsbarkeit des EGMR unterworfen und damit dessen grundsätzliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Einhaltung der EMRK-Rechte anerkannt. Damit wird der Gewaltenteilung resp. der „*checks and balances*" eine vertikale Dimension verliehen (stellenweise auch als „vertikale Gewaltenteilung" bezeichnet).

Diese Überprüfung durch den Straßburger Gerichtshof oder – genauer gesagt – die Überprüfung der Einhaltung der EMRK-Rechte ist in der Schweiz umso bedeutender, als diese nur eine eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit kennt: Zum einen entzieht Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung der gerichtlichen Kontrolle. Zum anderen schreibt Art. 190 BV, indem er Bundesgesetze für das Bundesgericht als massgebend erklärt, diesem vor, Bundesgesetze in jedem Fall anzuwenden, auch wenn diese den grundlegenden Werten der Verfassung widersprechen.

Die EMRK-Rechte gebieten, dass deren Verletzung festgestellt und beseitig wird – auch in der Schweiz. Ungeachtet von Art. 190 BV besteht das Gebot gerichtlicher Überprüfung der Konventionsrechte aufgrund des Vorrangs der EMRK vor Bundesrecht und im Einklang mit der langjährigen Praxis des Bundesgerichts. Entsprechend kann, wie die Straßburger Richterinnen und Richter folgerichtig feststellten, „die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten über den Klimawandel nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden" (Rz. 451).

Der Gerichtshof bekräftigt, dass Beschwerden, die sich auf eine staatliche Politik beziehen und dabei die EMRK-Rechte eines Einzelnen oder einer Gruppe von Personen berühren, „nicht mehr nur eine Frage der Politik sind, sondern auch eine Rechtsfrage, die sich auf die Auslegung und Anwendung der Konvention auswirkt" (Rz. 450). Wenn also eine Verletzung von Konventionsrechten in Frage steht, „kann der Gerichtshof (…) seine Rolle als Justizorgan, das mit der Durchsetzung der Menschenrechte beauftragt ist, nicht ignorieren" (Rz. 413).

Die gerichtliche Kontrolle des EGMR ist dabei wesentlich enger als auf nationaler Ebene (Rz. 412). Art. 19 EMRK beschränkt die Zuständigkeit des Gerichtshofs darauf, die Einhaltung der Konvention zu gewährleisten (Rz. 411). Was den Umfang seiner Zuständigkeit betrifft, kann und muss der Gerichtshof also Fälle beurteilen, in denen sich Menschenrechte und Klimaschutzrecht und -politik überschneiden. Im Wissen um seine eingeschränkte Rolle betont der Gerichtshof auch hier, dass er „nicht befugt ist, die Einhaltung anderer internationaler Verträge oder Verpflichtungen als der Konvention sicherzustellen" (Rz. 454). Die Zuständigkeit des Gerichtshofs ist nicht nur im Umfang, sondern auch im Hinblick auf die Überprüfungsdichte begrenzt. Bei der Feststellung der „Verhältnismäßigkeit allgemeiner Maßnahmen des innerstaatlichen Gesetzgebers" (Rz. 412) beachtet der Gerichtshof „in hohem Maße den innerstaatlichen politischen Entscheidungsträger und die Maßnahmen, die sich aus dem betreffenden demokratischen Prozess und/oder der gerichtlichen Kontrolle durch die innerstaatlichen Gerichte ergeben." (Rz. 450).

Ein differenzierter Ermessensspielraum

Diese richterliche Zurückhaltung ist für das Funktionieren (und die Legitimität) des EGMR von zentraler Bedeutung, aber sie geht nicht so weit, dass die Überprüfung der Konformität staatlicher Handlungen mit den Konventionsrechten durch den Gerichtshof zu einer bloßen Formalität oder, zynischer ausgedrückt, zu einer Gummiprüfung wird. Der Ermessensspielraum („*margin of appreciation*") ist eine zentrale Doktrin (zugegebenermaßen eine der Strittigsten) des EGMR, mit der ein sorgfältiges Gleichgewicht zwischen Rechtsschutz und richterlicher Zurückhaltung austariert wird.

Mit Blick auf die Auswirkungen des Klimawandels auf die Konventionsrechte hat der Gerichtshof einen differenzierten Ermessensspielraum entwickelt. Der Ermessensspielraum der Staaten ist eng, was die „staatliche Verpflichtung zur Notwendigkeit der Bekämpfung des Klimawandels und seiner nachteiligen Auswirkungen sowie die Festlegung der erforderlichen Ziele angeht" (Rz. 543). Der Gerichtshof begründet dies mit der Art und der Schwere der klimabedingten Schäden sowie dem allgemeinen Konsens über die damit verbundenen Risiken und Verpflichtungen der Parteien zur Klimaneutralität. Der Ermessensspielraum wird hingegen weit gefasst hinsichtlich der Mittel zur Erreichung dieser Ziele, einschließlich operativer Entscheidungen und politischer Maßnahmen (Rz. 543). Daraus ist zu schliessen, dass die Ambition zur Eindämmung des Klimawandels, d.h. das Schutzniveau betroffener Personen vor den negativen Auswirkungen des Klimawandels, vom Gerichtshof überprüft werden kann, während die Modalitäten dieses Schutzniveaus (d.h. die Wahl der Maßnahmen) weitgehend außerhalb seiner Zuständigkeit liegen.

Vor diesem Hintergrund würde man erwarten, dass der Gerichtshof beispielsweise ein Höchstmaß an globaler Erwärmung bestimmen würde, das mit den Konventionsrechten vereinbar ist, oder dass er Zwischenziele und Jahresetappen für Treibhausgasreduktionen festlegen würde. Kritische Stimmen deuten dies an, wenn sie behaupten, der Gerichtshof habe im Wesentlichen „Klimapolitik gemacht". Was hat der Gerichtshof also tatsächlich getan?

Der Ermessensspielraum im KlimaSeniorinnen-Fall

Der Gerichtshof stellte fest, dass „die primäre Pflicht des Staates darin besteht, Vorschriften und Maßnahmen zu erlassen und in der Praxis wirksam anzuwenden, die geeignet sind, die bestehenden und potenziell unumkehrbaren künftigen Auswirkungen des Klimawandels abzuschwächen" (Rz. 545). Der Gerichtshof erinnerte daran, dass die EMRK „so ausgelegt und angewandt werden muss, dass sie Rechte garantiert, die praktisch und wirksam und nicht theoretisch und illusorisch sind" (Rz. 545), und stellte fest, dass „die Vertragsstaaten die erforderlichen Regelungen und Maßnahmen treffen müssen, um einen Anstieg der Treibhausgaskonzentrationen in der Erdatmosphäre und einen Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur über ein Niveau hinaus zu verhindern, das geeignet ist, schwerwiegende und unumkehrbare nachteilige Auswirkungen auf die Menschenrechte, insbesondere das Recht auf Privat- und Familienleben und Wohnung nach Artikel 8 der Konvention, zu verursachen" (Rz. 546). Was die Auswirkungen des Klimawandels auf die Menschenrechtsgarantien anbelangt, sollten wir also nicht zum „*point of no return*" kommen und ebenso nicht den „*point of last return*" abwarten.

Kein Menschenrecht auf Klimaschutz

Hat der Gerichtshof damit ein „neues Recht auf Klimaschutz" geschaffen, wie einige behaupten? Der Gerichtshof stellte klar, dass dies nicht der Fall ist. Er betonte,

dass „kein Artikel der Konvention speziell darauf abzielt, einen allgemeinen Schutz der Umwelt als solche zu gewährleisten“ (Rz. 445). In seinem Urteil geht es um „das Vorhandensein einer schädlichen Auswirkung auf eine Person und nicht einfach um die allgemeine Verschlechterung der Umwelt“ (Rz. 446). Dies ist eine zentrale Unterscheidung, die in der Literatur umfassend anerkannt ist (und u.a. erklärt, warum die UN-Generalversammlung 2022 in ihrer Resolution A/76/L.75 mit 161 zu 0 Stimmen die Anerkennung eines eigenständiges Rechts auf Umwelt für notwendig erachtete). Also: Recht auf Schutz vor den negativen Auswirkungen des Klimawandels ungleich Recht auf (umfassenderen) Klimaschutz. Und auch dies ist mitunter ein Hinweis darauf, dass *actio popularis*-Beschwerden im System der Konvention nach wie vor nicht geduldet werden.

Materielle und verfahrensrechtliche Sorgfaltspflichten

Der Gerichtshof hat anschließend die Bedeutung des zuvor qualifizierten Standards (Rz. 545-546) mit einem fünfstufigen Test in der viel diskutierten Rz. 555 näher erläutert. Die Staaten sollten einen Zeitplan und Ziele für das Erreichen der Kohlenstoffneutralität (unter Verwendung von Kohlenstoffbudgets) sowie Pfade und Zwischenziele für die Reduzierung ihrer Treibhausgasemissionen festlegen. Diese müssen zeitnah, angemessen und konsequent umgesetzt werden. Regierungen müssen ausserdem nachweisen, ob sie die Ziele eingehalten haben oder nicht, und diese Ziele regelmäßig aktualisieren. Diese Elemente werden anhand einer Gesamtbewertung beurteilt. Ausserdem sind für die schlimmsten Klimafolgen Anpassungsmaßnahmen zu treffen (Rz. 551-552).

Die Kriterien sind in Anbetracht des festgelegten Ermessenspielraums als konservativ zu werten. Der Gerichtshof hielt sich deutlich von der Festlegung langfristiger Ziele, von Zwischenzielen und -pfaden, Zeitplänen und anderen (im Klimarecht und der Klimapolitik sonst üblichen) quantitativen THG-Reduktionen fern. Stattdessen stellte er auf einer übergeordneten Ebene fest, dass die „wirksame Achtung der durch Artikel 8 geschützten Rechte“ eine „wesentliche und schrittweise Verringerung“ der Treibhausgasemissionen erfordert (Rz. 548), dass „sofortige Maßnahmen ergriffen und angemessene Zwischenziele für die Verringerung festgelegt werden müssen“ (Rz. 549) und dass zu diesem Zweck Maßnahmen in einen „verbindlichen Rechtsrahmen auf nationaler Ebene“ aufzunehmen sind (Rz. 549). Damit hat sich der Gerichtshof, wie Reich betonte, um einen vernünftigen Mittelweg bemüht.

An anderer Stelle des Urteils findet sich ein interessanter und weit weniger verhaltener Hinweis zum Umfang der Treibhausgasemissionen. Bei der Beurteilung des Umfangs der Beschwerde erklärte das Gericht „graue Emissionen“ (d.h. Emissionen etwa aus der Einfuhr von Gütern für den Haushaltsverbrauch in die Schweiz) für seine Beurteilung für relevant (Rz. 283, 287), dies allerdings „unbeschadet“ der Prüfung staatlicher Verantwortlichkeit (Rz. 283). Richter Eicke deutet in seiner abweichenden Meinung an, dass die vom Gerichtshof unter Art. 8 EMRK formulierten staatlichen Pflichten im Hinblick auf den Klimaschutz sowohl inländische als auch eingebettete Emissionen umfassen würden (abweichende Meinung von Richter Eicke, Rz. 4). Dieser Punkt bedarf gewiss weiterer wissenschaftlicher Erörterung.

Weniger umstritten und zusätzlich zu den oben genannten fünf Kriterien hat der Gerichtshof als Teil der verfahrensrechtlichen Tragweite von Art. 8 EMRK zwei verfahrensrechtliche Anforderungen aufgestellt: Namentlich soll die Öffentlichkeit, insbesondere die am stärksten betroffenen Menschen, angemessen über Klimaregelungen und -maßnahmen (oder deren Fehlen) informiert werden und Verfahren sind zu garantieren, mittels welchen deren Ansichten über die Regelungen und Maßnahmen im Entscheidungsprozess berücksichtigt werden (Rz. 554).

Dies ist also das Mindestmaß an inhaltlicher und verfahrenstechnischer Sorgfalt, welches Staaten im Zusammenhang mit dem Klimaschutz an den Tag legen müssen, um die Konventionsrechte zu achten.

… angewandt auf die Schweiz

Der Gerichtshof wendete diese Standards sodann auf die Schweiz an. Er stellte fest, dass die Schweiz nicht über einen ausreichenden Rechtsrahmen verfügt, um „einen wirksamen Schutz der ihrer Rechtsprechung unterliegenden Personen vor den nachteiligen Auswirkungen des Klimawandels auf ihr Leben und ihre Gesundheit zu gewährleisten und in der Praxis wirksam anzuwenden“ (Rz. 567). Die Schweiz habe es auch versäumt, ihr Treibhausgasbudget zu quantifizieren und ihre eigenen Ziele in der Vergangenheit einzuhalten, was das Gericht dazu veranlasste, eine Verletzung von Art. 8 EMRK festzustellen. In ihrem Urteil hat die Große Kammer auch die jüngsten Gesetzesänderungen und -vorschläge berücksich-

tigt (ein Punkt, den das Parlament offenbar überlesen hat) und festgestellt, dass „die neuen Rechtsvorschriften nicht ausreichen, um die im bisher geltenden Rechtsrahmen festgestellten Mängel zu beheben“ (Rz. 568). In welchen konkreten Punkten Diskrepanzen zwischen dem Ist- und dem vom EGMR festgelegten Soll-Zustand bestehen, wurde zwischenzeitlich auch von den KlimaSeniorinnen resp. der sie vertretenden Rechtsanwältin Cordelia Bähr umfassend aufgearbeitet.

Hin zu einer menschenrechtskonformen Klimapolitik

Eine genaue Betrachtung des Urteils zeigt, wie die Schweizer Parlamentarierin Li Marti prägnant feststellte: „Demokratie und Menschenrechte sind nicht im Widerspruch zueinander, sondern komplementär. Die Einzigen, die hier Aktivismus betreiben, sind wir [d.h. das Schweizer Parlament], nicht der EGMR.“ Denn anders als die Bundesversammlung mit seinen jüngsten Erklärungen zum Urteil öffentlich kommuniziert, wurde zwischenzeitlich bekannt, dass die Regierung zentrale, vom Volk beschlossene Maßnahmen zum Schutz des Klimas (d.h. die Inkraftsetzung des Klima- und Innovationsgesetzes (KIG) sowie die Revision des CO2-Gesetzes) ungewöhnlich verzögert.

Anstatt das Urteil abzulehnen, könnte sich die Schweiz ein Beispiel an den Niederlanden und Deutschland nehmen und die richterliche Feststellung begrüssen, dass sie zu wenig unternimmt, und zwar nicht (oder nur bedingt) zum Schutz des Klimas, sondern *nota bene* zum Schutz fundamentaler Menschenrechte vor den schädlichsten Auswirkungen der Klimaerwärmung. Es ist zu hoffen, dass die Schweiz davon ablässt, die Legitimität des Gerichts und die wegweisenden inhaltlichen und prozeduralen Standards in Frage zu stellen, um endlich – 32 Jahre nach der Unterzeichnung der UNFCCC – eine qualifizierte, informierte, sachliche und offene Debatte darüber zu führen, wie sie ihre Emissionen entscheidend reduzieren und damit nicht nur schweren Schaden für die KlimaSeniorinnen, sondern zum Wohle aller verhindern kann.

Es liegt nun am Bundesrat, das Urteil sorgfältig zu studieren und die Schritte festzulegen, die auf jeder Regierungsebene – Bund, Kantone und Gemeinden – unternommen werden müssen, um das Klimagesetz und die Klimapolitik mit den Menschenrechten in Einklang zu bringen. Der Bundesrat plant, im August 2024 zu diesem Thema Stellung zu nehmen.

Der Beitrag ist eine Übersetzung und Erweiterung eines auf diesem Blog erschienenen Textes. Übersetzung der Urteilsauszüge auf Deutsch durch die Autorin.

Christian Calliess

Ist der Green Deal der EU nach der Wahl des Europaparlaments verzichtbar?

Eine Skizze im Lichte der strukturellen Koppelung von Politik, Wissenschaft und Recht

doi: 10.59704/0e56b93ef335c9f5

Im Zuge der Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) im Juni 2024 ist der Europäische Green Deal (EGD) in die Defensive geraten. Die Stimmungslage, die noch im Umfeld der Wahlen von 2019 herrschte, hat sich verändert. Damals wurde das Ergebnis der Wahlen als Plädoyer der Unionsbürger für eine ambitioniertere Klima- und Umweltpolitik verstanden und aufgegriffen. Aktuell sind andere berechtigte politische Anliegen wie Migration, Sicherheit und wirtschaftliche Stabilität in den Vordergrund gerückt. Nicht verändert hat sich demgegenüber die Klimalage. Nach wie vor drohen die von der Wissenschaft ermittelten planetaren Belastungsgrenzen überschritten zu werden, die nicht zuletzt durch das im internationalen Übereinkommen von Paris rechtsverbindlich verankerte 1,5 bis 2 Grad-Ziel verstärkt politische Relevanz entfaltet haben. Ihr Überschreiten droht ebenfalls mit Blick auf den Verlust von Biodiversität sowie die Verschmutzung und Zerstörung von Wäldern und Ozeanen. Ziel des Konzepts der planetaren Belastungsgrenzen ist es, das Erreichen von irreversiblen Kipppunkten zu vermeiden und einen „sicheren Handlungsraum" für die Menschheit aufzuzeigen, in dem diese mit hoher Wahrscheinlichkeit stabile Bedingungen des Erdsystems vorfindet. Insoweit geht es um eine Kernaufgabe des Staates, die er in der globalisierten Welt nur noch im Verbund mit der EU erfüllen kann: Die Gewährleistung von Sicherheit, hier ganz konkret der ökologischen Sicherheit. In Konkretisierung der so skizzierten strukturellen Koppelung von Politik, Wissenschaft und Recht kommt dem EGD der EU eine zentrale Bedeutung zu.

Rechtliche Rahmenbedingungen

Der EGD ist zwar ein politisches Gesamtkonzept. Jedoch setzt er internationale Vorgaben um, die dem Pariser Klimaschutzabkommen oder dem Montrealer Rahmenabkommen zum Schutz der Biodiversität mit Blick auf die planetaren Belastungsgrenzen entspringen. Zugleich setzt er in europarechtlicher Hinsicht die Verpflichtung der EU aus Art. 11 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) um, wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen einzubeziehen sind. Durch diese sog. Integrationsklausel ist die EU quasi verfassungsrechtlich verpflichtet, Umweltbelange in alle ihre Politiken zu integrieren und diese umweltverträglich auszugestalten. Dies hat konkret durch ein wirksames, langfristig angelegtes und in sich kohärentes Schutzkonzept in Form eines Leitgesetzes zu geschehen, dessen Umsetzung im Rahmen von Einzelmaßnahmen durch ein Monitoring zu gewährleisten ist.

Aus diesem Rechtsrahmen speist das politische Schutzkonzept des EGD nicht nur seine Impulse, sondern auch seine besondere Innovations- und Wirkkraft. Er stellt eine systematische Überprüfung des gesamten Rechtsbestandes der EU auf seine Übereinstimmung mit den Zielen des Umwelt- und Klimaschutzes dar. Insgesamt wurden im Zuge der einzelgesetzlichen Konkretisierung des EGD mehr als 50 Verordnungen und Richtlinien erlassen. Neben allgemeinen Zielen enthält er Maßnahmen, die vorrangig dem Klimaschutz oder dem Schutz der Biodiversität dienen. Sektoral adressiert der Grüne Deal vor allem die besonders wichtigen Bereiche der Energie, der Industrie, des Verkehrs und der Landwirtschaft.

Klimaschutz durch sektorübergreifendes Leitgesetz

Kern des EGD ist das sog. Europäische Klimagesetz vom Juni 2021, das die Senkung der Netto-Treibhausgasemissionen auf null bis 2050 als Ziel der EU und ihrer Mitgliedstaaten rechtsverbindlich vorschreibt. Dieses erfüllt – insoweit ähnlich dem deutschen Klimaschutzgesetz – die Funktion eines verfassungsrechtlich gebotenen Leitgesetzes, das die europäischen Klimaziele der EU festlegt und deren Einhaltung im Wege eines Monitoringprozesses gewährleistet. Als Zwischenschritt verpflichtet es die EU und ihre Mitgliedsstaaten auf eine Senkung der Netto-Treibhausgasemissionen um 55

Prozent bis 2030.

Um die Rechtsvorschriften der EU an dieses Zwischenziel anzupassen, hat die Kommission das Maßnahmenpaket „Fit für 55“ vorgeschlagen. Neben neuen Maßnahmen im Energie-, Gebäude- und Verkehrssektor enthält das Paket eine Anhebung der bestehenden Emissionssenkungsziele für energieintensive Industrien, die Stromerzeugung und die Luftfahrt im Rahmen des bestehenden EU-Emissionshandelssystems (EU-ETS). In dieses werden nunmehr auch die Emissionen der Schifffahrt einbezogen. Überdies wird ein neues, hiervon getrenntes Emissionshandelssystem für den Bereich Gebäude und Straßenverkehr etabliert. Die Einnahmen aus diesem neu eingeführten Emissionshandel fließen einem Klima-Sozialfonds zu, der die aus dem Emissionshandel folgenden Preissteigerungen für Brenn- und Kraftstoffe für finanziell schwächere Haushalte, Kleinstunternehmen und Verkehrsteilnehmer teilweise kompensieren wird. Mit Blick auf die globale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen ist die Einführung eines CO2-Grenzausgleichsmechanismus (CBAM) hervorzuheben. Mit ihm soll verhindert werden, dass die neuen Klimaschutzmaßnahmen der EU eine Verlagerung von CO2-intensiver Produktion in Staaten außerhalb der EU bewirken.

Konkretisierung durch Instrumentenmix

Das Maßnahmenpaket „Fit für 55“ setzt evidenzbasiert, nach wissenschaftlicher Beratung der Kommission, auf einen Instrumentenmix, der sowohl marktbasierte Maßnahmen als auch hoheitliche Regulierung umfasst. Im Bereich Verkehr und Gebäude setzt die EU einerseits auf das ökonomische Instrument des Emissionshandels. Parallel wurden im Interesse der Planungssicherheit von Industrie und Konsumenten z.B. für den Verkehrssektor neue Flottengrenzwerte beschlossen. Ab 2035 soll eine Emissionsminderung um 100% wirksam werden, was trotz der Technologieoffenheit verkürzt als “Verbrennerverbot” bezeichnet wird. Zugleich legt eine neue Verordnung spezifische nationale Ziele für den Aufbau einer Infrastruktur für alternative Kraftstoffe fest. Durch die Initiativen „REFuelEU Aviation“ und „REFuelEU Maritime“ wird der Anteil nachhaltiger Kraftstoffe am Gesamtkraftstoffverbrauch im Luftverkehr und in der Schifffahrt erhöht.

Im Energiesektor ist im Rahmen des „Fit für 55“- Pakets vor allem eine Überarbeitung der Richtlinie über die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen erfolgt. Auch die Richtlinie zur Energieeffizienz wurde überarbeitet. Gleichwohl bleibt auch im Energiesektor eine Beschleunigung der Emissionssenkungen erforderlich, um die Pariser Klimaziele zu erreichen. Problematisch ist allerdings, dass ein von der Kommission im Rahmen des EGD vorgelegter Vorschlag zur Harmonisierung der Energiebesteuerung in der EU, der die Kohärenz mit der europäischen Umwelt- und Klimapolitik stärken sollte, am anhaltenden Widerstand der Regierungen der Mitgliedsstaaten im Rat gescheitert ist.

Im Industriebereich ist vor allem der 2020 vorgestellte Neue Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft hervorzuheben. Dieser umfasst verschiedene Einzelmaßnahmen, um den Verbrauch von Primärmaterialien zu senken und den Lebenszyklus von Produkten nachhaltiger zu gestalten. In diesem Rahmen wurde nur wenige Tage vor den Wahlen zum Europäischen Parlament 2024 die neue Ökodesign-Verordnung beschlossen, die unter anderem verpflichtende Vorgaben zur Haltbarkeit, Recycelbarkeit, Ressourceneffizienz und Umweltinformation für bestimmte Endprodukte enthält. Eine ähnliche Zielrichtung verfolgen in anderen Bereichen eine neue Verordnung über nachhaltige Verpackungen und über nachhaltige Batterien.

Im Landwirtschaftsbereich wird der EGD vor allem durch die 2020 vorgelegte Strategie „Vom Hof auf den Tisch“ geprägt. Insoweit besteht eine Schnittmenge zur Biodiversitätsstrategie der EU. Diese sieht in Umsetzung des völkerrechtlichen Montrealer Global Diversity Frameworks als zentrale Elemente unter anderem Maßnahmen zum Schutz der Umweltmedien Boden, Wasser und Luft sowie die Wiederherstellung eines guten Zustandes von Meeresökosystemen und Wäldern vor. Ein Schlüsselelement der Biodiversitätsstrategie, das sog. Renaturierungsgesetz wurde im Zuge der Bauernproteste abgeschwächt und wurde nach Zustimmung des EP vom Rat der EU am 17. Juni mit knapper Mehrheit beschlossen.

Die Zukunft des EGD für die Zeit von 2024-2029

Mit dem EGD ist es der Kommission gelungen, im Einklang mit den Vorgaben des Art. 11 AEUV ein Schutzkonzept zur Verbesserung des Klimaschutzes, der Biodiversität und des Umweltschutzes vorzulegen. Zugleich sind die 2019 im Programm angekündigten Einzelmaßnahmen von der Kommission vorgeschlagen und zum großen Teil von EP und Rat beschlossen worden. Nunmehr

kommt es aber entscheidend auf deren Umsetzung und Anwendung an. Das "law in the books" muss zum "law in action" werden. Insoweit sind primär die Mitgliedstaaten zuständig. Der Kommission obliegt zusammen mit dem Gerichtshof der EU als "Hüterin des Rechts" die Kontrolle, wobei sie seit Anfang der 1960er Jahre auf die Mobilisierung der Unionsbürger für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im Verbund mit den nationalen Gerichten zählen kann.

Andererseits verfehlt die EU weiterhin ihre eigenen, verschärften klimapolitischen Ziele. An den heftigen und noch nachwirkenden Auseinandersetzungen um die Verschärfung der Flottengrenzwerte und das sog. „Verbrennerverbot" zeigt sich, wie schwer es politisch sein kann, das rechtlich gebotene, langfristig angelegte Schutzkonzept des EKD im politischen Alltag der Interessenkonflikte umzusetzen. Nicht anders liegt es in den Schlüsselbereichen der Landwirtschaft und des Biodiversitätsschutzes. Vor diesem Hintergrund könnte auf europäischer Ebene die Einführung von Nachhaltigkeitsbeauftragten in den Generaldirektionen der Kommission und die Umformung des beratenden europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses in einen Europäischen Nachhaltigkeitsrat für ein besseres Monitoring des EGD sorgen.

Zugleich könnte es hilfreich sein, wenn die EU ihren Instrumentenmix im Sinne der Vorgaben des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips flexibler gestaltet. Einerseits könnten vermehrt ökonomische Instrumente zum Einsatz kommen, z.B. in Form einer kontinuierlich steigenden europaweit harmonisierten CO2-Steuer. Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist allerdings, dass die Preissignale den Unionsbürgern von der Politik transparent kommuniziert und dann auch durchgehalten werden, schlussendlich also nicht aus Sorge vor "Gelbwesten" zurückgenommen oder – wie im Falle eines allgemeinen Tankrabatts – konterkariert werden. Insoweit geht es um Glaubwürdigkeit und Planungssicherheit.

Diesem Ziel kann auch das Ordnungsrecht dienen. Damit dieses jedoch nicht zum Innovationshindernis wird, muss es um "kluge" Regulierung gehen. Zwischen den Extremen der gegenseitigen Anerkennung auf der Grundlage des Herkunftslandprinzips auf der einen Seite und der strikten Harmonisierung durch die Setzung von Standards auf der anderen Seite können verschiedene Formen der Rechtsetzung genutzt werden. So könnten europäische Rechtsakte entweder der nationalen Ebene eine Berücksichtigung alternativer, weniger belastender Lösungen erlauben oder sich stärker auf Ergebnisse konzentrieren, anstatt detailliert die Maßnahmen vorzugeben. Denkbar ist auch ein sog. Anfechtungsrecht, das es nationalen Behörden ermöglicht, bei der Kommission eine Ausnahme von einer existierenden Regel zu beantragen. In diesem Zusammenhang könnten "Benchmarking" und "Best Practice" zur Anwendung kommen, im Zuge derer eine vergleichende Bewertung und darauf basierend die Identifizierung des besten mitgliedstaatlichen Regulierungsansatzes ermöglicht wird, der dann zum europäischen Maßstab werden kann. Schließlich könnten europäische Rechtsakte, die komplexe und noch ungewisse Sachverhalte betreffen, mit sog. "*Sunset Clauses*" versehen werden, die einen neuen regulatorischen Ansatz ermöglichen, aber zu dessen Überprüfung und Bestätigung nach einem bestimmten Zeitraum verpflichten.

Im Ergebnis sollte der EGD künftig stärker als "*living instrument*" begriffen werden, das in einem lernenden Prozess angepasst und fortentwickelt wird. Zugleich ist der EGD aufgrund seiner strukturellen Koppelung mit den wissenschaftlichen Erkenntnissen zu den planetare Grenzen und den Vorgaben des Rechts, konkret der von EU und Mitgliedstaaten eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie dem Schutzauftrag der Integrationsklausel des Art. 11 AEUV, als politisches Schutzkonzept nicht verzichtbar. Vielmehr muss der eingeschlagene Pfad konsequent weiterverfolgt werden. Insoweit definiert die strukturelle Koppelung von Wissenschaft, Recht und Politik das nicht verhandelbare Ziel, die EU mit ihrem Binnenmarkt zu einer nachhaltigen, mithin wettbewerbsfähigen sozialen und ökologischen Marktwirtschaft umzugestalten, die im Jahr 2050 klimaneutral und ressourceneffizient arbeitet.

Daria Shapovalova

Downstream Emissions as Climate Impacts

On the UK Supreme Court's Landmark Finch Decision

doi: 10.59704/4b7883bc5929bcc9

In a 3-2 majority, the UK Supreme Court delivered a landmark ruling today, significantly impacting the consideration of climate impacts in the oil and gas licensing process. While the Government's approach so far has been to only consider exploration and production emissions, the Court's decision establishes that emissions resulting from burning the produced oil and gas (regardless of where it occurs) have to also be considered.

The ruling is significant as it is the first highest court decision to adopt this interpretation on climate impacts of fossil fuel production. It will no doubt have a knock-on effect on at least three other cases pending before lower courts in the UK, and potentially affect cases both within and outside the European Union. Read together with recent case law in Norway and the United States, this decision underscores the shifting legal landscape towards the convergence of energy and climate law.

Downstream emissions and climate goals

The climate impacts of the fossil fuel industry occur at every stage of development, from exploration and production to the final use of resources. However, the accounting of these emissions in the licensing of oil, gas, and mining development has traditionally been limited.

In the context of fossil fuel production, greenhouse gas emissions can be generally divided into upstream and downstream emissions. Upstream emissions occur during exploration and production. Most of the emissions, however, arise from the combustion of produced fossil fuels, so called "downstream" or "Scope 3" emissions. For instance, in the case of oil, downstream emissions account for 67 to 95% of total emissions, depending on the processes used. Estimating these emissions is possible but can be complicated due to the global nature of the energy market, where resources are often consumed thousands of miles away from their production site.

There is increasing recognition of the need to curtail fossil fuel production to meet the Paris Agreement goals. Integrating the full spectrum of climate impacts, including downstream emissions, into the decision-making process for fossil fuels projects is imperative to comply with climate law obligations.

Environmental Impact Assessment for oil and gas projects

The main environmental regulatory tool in the process of approving oil and gas licenses is the Environmental Impact Assessment (EIA). This procedural requirement mandates energy companies to submit an in-depth report to the regulator, which is then made public and scrutinised before a final decision is made. The procedural nature of EIA means that if a significant risk of harm is found, the legislation does not require the regulator to reject the application. There have been some challenges of EIA on procedural grounds, used as a vehicle to bring the courts' attention to substantive environmental issues, but this has not proven to be a successful litigation strategy.

In the UK, EIA regulations set out detailed process requirements regarding the content of the assessment including climate impacts. However, developers and regulators have interpreted these regulations to consider only upstream emissions, excluding downstream or Scope 3 emissions. The regulations are based on the EU EIA Directive, which defines impacts broadly to include "indirect, secondary, cumulative, transboundary, short-term, medium-term and long-term, permanent and temporary, positive and negative effects of the project".

There have been many attempts to incorporate downstream emissions into the UK regulators' decision-making process. First, to reconcile the objectives of "maximising economic recovery" and pursuing net zero, the Government developed a Climate Compatibility Checkpoint for the new oil and gas licenses, in time for the latest licensing round early last year. While the original conception of the Checkpoint was quite ambitious, the final draft

turned into a watered-down non-statutory version, doing away with several criteria, including the assessment of Scope 3 emissions.

Second, there have been a number of cases brought by environmental NGOs challenging onshore and offshore oil and gas licenses on the grounds that Scope 3 emissions were not taken into account. So far, courts in the UK have sided with the Government in all these cases, including the lower courts' decisions in Finch and *Greenpeace Limited v The Advocate General*.

The main arguments in Finch

The lower courts' reasoning revolved largely around the meaning and scope of the "project" under assessment, with the argument that consumption of any produced product is not included within the scope. The Court of Appeal in *Finch* held that the refinement process is a "separate and substantial" industrial activity carried out by separate companies. The effects of these activities were seen as not only "far removed from the proposed development itself" but also not "causally linked to it".

The dissent of Moylan LJ in the Appeal Court's decision adopted a wider definition of "project" from European Union law, which requires mandatory EIA for oil development "for commercial purposes". He concluded that a "purposive approach to the interpretation of the provisions applicable in this case points strongly towards their application not being so limited".

The Appeal Court, despite ruling in the Government's favour, left the door open regarding downstream emissions. It disagreed with the conclusion that downstream emissions impact is "legally incapable" of being assessed. Rather, the Court concluded, it was for the regulator to decide whether Scope 3 emissions should be considered, granting a wide margin of appreciation to the approving authority in the interpretation of the vague legislation.

A big question was to what extent the Supreme Court would rely on EU law in its interpretation. The Supreme Court did engage extensively with EU legislation, principles, and relevant case law. Concerning the meaning of the project, the Court found the recently decided similar case in the Oslo District Court in Norway to be "persuasive". The inclusion of Scope 3 emissions was examined in both the US and Norwegian courts, with the latter being particularly relevant as both the Norwegian and UK regulations are based on the same EU EIA Directive. As analysed in detail on this blog, the Norwegian case ruled three petroleum production licenses invalid largely due to the lack of consideration of Scope 3 emissions.

The Supreme Court rejected the Appeal Court's view on the regulators' margin of appreciation concerning the causal connection between fossil fuel extraction and final consumption. The Supreme Court's majority agreed that "extracting the oil from the ground guarantees that it will be refined and burnt as fuel". Rejecting the idea of the regulators' evaluative judgment, the Court concludes that this approach risks "unpredictable, inconsistent and arbitrary decision-making".

The argument about the refinement of oil transforming it into a different product was also rejected by the Supreme Court as refinement "does not alter the basic nature and intended use of the commodity". Therefore, having this intermediate process before burning the fuels does not break the causal connection between the extraction of the oil and emissions from its use.

There was further concern from the Appeal Court that ruling in favour of the claimants would result in ramifications for other industries. For instance, the production of steel ultimately used to manufacture lorries would need to account for transportation emissions. The Supreme Court considered these concerns to be "misplaced", arguing that while raw materials can be put to many possible uses, this is not the case for oil.

Impact and significance of the Finch decision

The decision comes at a critical time as the future of the oil and gas industry is on political "trial". With the upcoming general election, the two main political parties are adopting radically different approaches, with the Conservatives advocating for more licensing rounds, and Labour for a presumption against new licensing rounds on climate grounds.

The decision will alter the regulation of the oil and gas industry in the UK as all future oil and gas projects will now need to include Scope 3 emissions in their EIA. The regulator will still have the final decision-making power on approvals and can apply its policies in this regard, likely influenced by the political party in power after the election.

Consequently, this decision does not mean that climate impacts will halt new licenses. Rather, it ensures that the regulator can make informed decisions with a comprehensive understanding of climate impacts. It further will provide for better public awareness of the full impacts

of oil and gas production on climate. The regulator may proactively update its regulations and guidance to reflect this decision.

The pending judicial challenges to approvals for the Jackdaw and Rosebank oil fields in the UK Continental Shelf, which involve the failure to incorporate Scope 3 emissions, will now likely follow the *Finch* decision. The depth of the Court's analysis suggests that this ruling will be influential not only within the UK but also in other jurisdictions.

Virgilio Dastoli, Emilio De Capitani

Why an EU Country under the Surveillance Procedure (Article 7.1 TEU) Should not Chair the Council Presidency

doi: 10.59704/4d7ebd01a97d0fdf

In accordance with the Council Decision on the exercise of the Presidency of the Council of the European Union,[1] from July 1 of this year the office is to be held by Hungary. This occasion will mark the first time that the Presidency will have been held by a Member State that has been subject to the "surveillance" procedure in Article 7(1) of the Treaty on European Union, having been launched by the European Parliament in September 2018.

As the Court of Justice has recognised,[2] by adopting its Resolution, the EP has already triggered the legal consequences foreseen by Protocol 24.

> "[A]s long as the Council or the European Council has not taken a decision in respect of the Member State concerned, a Member State may, by way of derogation from the general rule laid down in that single article, take into consideration or declare admissible to be examined any asylum application lodged by a national of the Member State that is the subject of that procedure."

Simply put, it means that Hungary is no longer to be considered a "safe country", and if it should occur, a Hungarian may request asylum in another EU Country. In other words, the general presumption that fundamental rights and values are respected in that Member State is no longer absolute, and precaution should be taken when fundamental rights of individuals are concerned (as is the case in relation to the European Arrest Warrant). In a more general sense, and in the relations with other Member States or EU Institutions, the principle of mutual trust that is the bedrock of intra-EU cooperation is not "blind trust" and cannot be taken for granted.

Within this perspective, it would be sensible to assume that a Member State that does not enjoy the full confidence of the other Member States should not be responsible for a key coordinating role, as is the case when holding the Council Presidency. As a matter of fact, holding the Council Presidency is anything but a protocolar task. It plans, coordinates and chairs meetings of the Council and most of the Council's preparatory bodies, i.e. working parties and committees. It suggests compromise solutions with a view to reaching an agreement between the Members of the Council ("honest broker"). The Presidency should be, by definition, neutral and impartial. It is the moderator for discussions and cannot, therefore, favour either its own preferences or those of a particular Member State.

But holding the Council Presidency also has an essential interinstitutional dimension, because it is the Presidency that represents the Council in its relations with the European Parliament (EP) and negotiates on behalf of the Council to reach agreements on legislative files by protec-

[1] Council Decision (EU) 2016/1316 of 26 July 2016 amending Decision 2009/908/EU (OJ L 208, 2.8.2016, p. 42) : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016D1316.

[2] See paras. 39 and 40 of Case C-650/18, Ungary v. European Parliament, June 3 2021, EU:C:2021:426: '39 In the present case, it should be noted that the adoption of the contested resolution initiates the procedure laid down in Article 7(1) TEU. Under point (b) of the sole article of Protocol (No 24), once that procedure is initiated and as long as the Council or the European Council has not taken a decision in respect of the Member State concerned, a Member State may, by way of derogation from the general rule laid down in that single article, take into consideration or declare admissible to be examined any asylum application lodged by a national of the Member State that is the subject of that procedure. 40 It follows that the adoption of the contested resolution has the immediate effect of lifting the prohibition, which is in principle imposed on the Member States, on taking into consideration or declaring admissible to be examined an asylum application made by a Hungarian national. That resolution thus changes, in relations between Member States, the position of Hungary in the field of asylum.'

ting and promoting together the EU values that Hungary is openly challenging.

It is not surprising that the European Parliament (which originally triggered the Article 7(1) TEU procedure against Hungary) already one year ago[3] sent a Resolution to the Council and the Commission underlining

> "the important role of the presidency of the Council in driving forward the Council's work on EU legislation, ensuring the continuity of the EU agenda and representing the Council in relations with the other EU institutions" but also questioning "…how Hungary will be able to credibly fulfil this task in 2024, in view of its non-compliance with EU law and the values enshrined in Article 2 TEU, as well as the principle of sincere cooperation".

Surprisingly, neither the Commission nor the Council have to date furnished any response. Perhaps the reason was that these two institutions were expecting a positive development prior to the end of the legislative term, such as apparently occurred with Poland, (the only other European Country subjected to the Article 7(1) TEU procedure). Yet, unfortunately, in the case of Hungary, the situation has in the meantime rather worsened, to the extent that the European Parliament adopted two new Resolutions, the first on January 18 of this year[4] and the second on April 24.[5]

These highly detailed texts summarise and update the already formidable list of all Hungarian infringements of the rule of law and of the Budgetary Conditionality Mechanism. The most recent text declares in even stronger words the same concerns as to the suitability of Hungary as President of the Council and declares the EP "readiness to take measures to defend the credibility of the Union with respect to the values enshrined in Article 2 TEU as regards cooperation with the Council".

It remains to be seen if the two most recent EP texts will once again fall on deaf ears on the Council side. However, from a constitutional point of view, the assessment of the EP appears well founded and should have received much greater attention from the Council, notably because by maintaining the Hungarian Presidency the Council is threatening the smooth functioning of the EU in its essential legislative and budgetary functions as envisaged in the post-Lisbon Treaty framework: these functions now fall within the joint responsibility of the European Parliament and of the Council (Article 14(1) and 16(1) TEU), and this co-responsibility requires a great deal more than loyal cooperation between the two institutions (Article 13 TEU).

It would now be both prudent and sensible for the Council to modify its 2016 Decision, by qualified majority, as already provided for in legal doctrine,[6] by foreseeing explicitly that Council Presidency should not be held by a Country under art. 7 Procedure. As a consequence the Hungarian Presidency will be delayed until the Article 7(1) TEU surveillance procedure will have been successfully concluded. It has to be noted that a postponement should not be considered as a sanction against Hungary, but rather a simple precautionary measure to preserve the smooth functioning of the European Union and to avoid a period of interinstitutional bickering between the EU co-legislators, particularly at such a decisive moment for the EU legislature both from an internal and international point of view. Moreover, it wouldn't be the

[3] European Parliament resolution of 1 June 2023 on the breaches of the Rule of Law and fundamental rights in Hungary and frozen EU funds (2023/2691 RSP) OJ C, C/2023/1223, 21.12.2023, ELI: http://data.europa.eu/eli/C/2023/1223/oj

[4] See point 8 of the Resolution "Situation in Hungary and frozen EU funds" questioning again "..if the Hungarian Government will be able to credibly fulfil this task in 2024, in view of its non-compliance with EU law and the values enshrined in Article 2 TEU, as well as the principle of sincere cooperation;"and "asking the Council to find proper solutions to mitigate these risks as soon as possible", https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0053_EN.html.

[5] See Resolution Ongoing hearings under Article 7(1) TEU regarding Hungary to strengthen Rule of Law and its budgetary implications where it regretted 'that the Council has not yet found a solution to this problem, and that representatives of the Hungarian Government would chair the Council's meetings concerning democracy, the rule of law and fundamental rights, including meetings related to protecting the EU's financial interests and budget; underscores that this challenge comes at the crucial moment of the European elections and the formation of the Commission; deplores the failure to find a solution and reiterates its readiness to take measures to defend the credibility of the Union with respect to the values enshrined in Article 2 TEU as regards cooperation with the Council;' https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0367_EN.html.

[6] See the Mejiers Committee "Comment on the exercise and order of the Presidency of the Council of the EU", published on 19 May 2023, https://www.commissie-meijers.nl/comment/comment-on-the-exercise-and-order-of-the-presidency-of-the-council-of-the-eu/.

first time that the Council Presidency has been postponed, and then for much less serious reasons. As rightly noted by the Meijers Committee,

> "changes in the previously agreed order of Presidencies have not been uncommon. They occurred on six occasions, for different reasons: three times after the accession of new Member States, in 1995, in 2005 and in 2007; in 2002 at the request of Germany because general elections were scheduled during its upcoming Presidency; in 2009 because of the Treaty of Lisbon; and in 2016 after accession of Croatia and the Brexit Referendum with regard to the UK Presidency, which was scheduled to start in 11 months' time, as of July 2017. Therefore, it is established legal and political practice to reconsider the order of the Presidency in case of relevant circumstances, even if relatively close to the date that the rotation is scheduled to start."

It is finally also worth noting that an urgent appeal to postpone the Hungarian Presidency has very recently been submitted to the EU Institutions by the European Movement (IT, ES, FR branches).[7] The European Commission President, Ursula Von Der Leyen, has shared it with the competent Members of the College, notably with Vice-President Maroš Šefčovič, who is responsible for interinstitutional relations. The time period until July 1 is rapidly diminishing, and on June 18 the General Affairs Council will decide on a reasoned proposal from the Commission on closing the Article 7(1) TEU procedure against Poland.[8] Will it also be the occasion to discuss the issue of the incoming Hungarian Presidency? If so the point could also be submitted for final decision at the European Council Meeting on June 27/28 under the chapter on institutional issues (as the general responsibility on the issue of Council Presidencies falls under the COEUR competence – Article 236 TFEU).

We, the undersigned scholars, experts and citizens, support this call for the postponement of the Hungarian Presidency.

Those who wish to support this initiative can send their contact details here.

Prof. Gábor Halmai, European University Institute, Florence

Prof. Sergio Fabbrini, Luiss University, Rome

Prof. Petra Bard, Radboud University

Prof. Ingolf Pernice, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Tomacz Tadeus Koncewicz, University of Gdańsk, Department of European and Comparative Law

Prof. Laurent Pech, University College Dublin

Prof. Paul Craig, University of Oxford

Prof. Kim Lane Scheppele, Princeton University

Prof. Catherine Dupré, University of Exeter Law School

Prof. Maria Bergström, Uppsala University, Faculty of Law

Prof. Marie-Laure Basilien-Gainche University Jean Moulin Lyon 3, Institut Universitaire de France

Prof. Henri de Waele, Radboud University Nijmegen and University of Antwerp

Prof. Elspeth Guild, Queen Mary University of London

Prof. Olivier Costa, CNRS, CEVIPOF, Sciences Po, Paris

Dr. Marta Lasek-Markey, Trinity College Dublin

Prof. Stephen Skinner, University of Exeter

Dr. Christine Bicknell, Human Rights and Democracy Forum, University of Exeter Law School

Dr. Carlotta Garofalo, University of Graz

Ounia N. Doukoure, Paris 1 University, Institut Convergences Migrations ; Lille Catholic University

Prof. Marc Valéri, University of Exeter

Prof. Federico Fabbrini, Dublin City University

Prof. Dominique Custos, Caen Normandie University

Prof. Dino G. Rinoldi, Catholic University of the Sacred Heart of Milan

Prof. Nicoletta Parisi, Catholic University of the Sacred Heart of Milan

Prof. Douwe Korff, University of Oxford

Prof. Susanna Cafaro, University of Salento

Prof. Laurence Burgorgue-Larsen, Paris 1 University

Prof. Fred Constant, University of the Antilles

[7] Available at: https://www.movimentoeuropeo.it/images/documenti/VIKTOR_ORB%C3%81N_MUST_NOT_CHAIR_THE_COUNCIL_OF_THE_EUROPEAN_UNION_MEIT-FR-ES.pdf.

[8] Available at: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10716-2024-INIT/en/pdf.

Prof. Jean-Manuel Larralde, Caen Normandie University

Prof. Maria Castillo, University Caen Normandie University

Prof. Maciej Bernatt, University of Warsaw

Prof. Yves Poullet, University of Namur

Prof. Antonio Da Re, University of Padova

Prof. Luciano Corradini, Roma Tre University

Prof. Massimiliano Guderzo, University of Siena

Prof. Massimo Fragola, Università della Calabria

This is a pre-peer reviewed version of an article submitted for publication in the European Law Journal.

Kaja Kaźmierska

In Favour of the Hungarian Council Presidency

doi: 10.59704/be5dd7e21e369ece

On the 1 July 2024, Hungary will start its second EU Council Presidency. In light of Hungary's continuous breaches of the rule of law, questions have been posed whether the Presidency could be postponed or cancelled (also here). The European Parliament already last year questioned the reasonableness of the Hungarian Presidency at this time. However, given the mere informal powers of the Presidency, I argue that the real damage is rather limited, especially because the Hungarian Presidency takes place just after the European elections. Finally, the Hungarian Presidency may even improve the connection of its citizens with the EU, since the main competence of the Presidency aims to b1ring the EU closer to its citizens and show the best version of itself to the other Member States.

The scope of the Council Presidency

The functions and thereby the importance of the Presidency in the structure of the EU have been constantly increasing since its introduction in 1957 (Article 203 TEC). The "Presidency over time developed from a mere organiser into an important initiator and promoter of political initiatives". In 1979, the "Three wise men report" claimed that "breakdown in the Council performance under bad presidencies has shown that if Presidency does not do its job, there is no longer anyone else who can fill the breach".

Since the Treaty of Lisbon, however, EU Council Presidency is no longer linked to the Presidency of the European Council, which has become the competence of the newly created office of President of the European Council. Likewise, the state which takes over the Council Presidency no longer chairs the Foreign Affairs Council, which is now within the area of responsibility of the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy.

Despite all these changes, the Council Presidency still plays a role in managing and coordinating day-to-day European policy. The Council Presidency chairs the General Affairs Council, which is responsible for ensuring the coherence of the work of all Council formations. In addition, it is responsible for convening, preparing and chairing all meetings (Article 16 VI TEU) except of the Foreign Affairs Council.

However, the upcoming Hungarian Presidency would have less scope for action than a regular Presidency. It takes place less than a month after the European elections. History shows that these are usually the quietest presidencies, as selecting the new Commissioners and shaping the EU institutions takes up all the resources and attention.

Informal powers of the Presidency

The importance of the Presidency in the EU, especially after the Lisbon Treaty, is predominantly linked to its informal powers, to the responsibilities which are rarely mentioned in the Treaties. They include, for example, the ability to educate the population about the EU, to convince sceptical Member States about the idea of the EU, to make the idea of the EU known and to educate administrative officials about the EU. The golden rule of the Presidency is that it must remain neutral and not focus on national interests, but rather on the common good of the EU.

However, every Presidency focuses the EU's attention on the issues that are important to the state holding it – due to geographical location or political past. The Presidency usually aims to promote its own country in the EU. It can be an agenda setter, as long as it does not violate the Presidency's neutrality requirement too drastically. The scope of this function of the Presidency has not changed significantly as a result of the Lisbon Treaty and depends mainly on the ideas and determination of the individual states.

The country holding the Presidency organises events to bring the EU closer. The focus of the debates in the media often shifts from internal aspects to international, European ones (cf. the reports of recent presidencies, e.g.

here, here and here). This helps the society to learn about the EU. For instance, during the first Polish EU Presidency in 2011, around 1000 artistic events were organised, including the Culture Congress in Wroclaw or the exhibition "Journey to the East" in Bialystok. The motto of this part of the Presidency was "Art for Social Change". The various aspects of European integration were emphasized, and the role of the Eastern Partnership was also underlined. The opening ceremony of the Presidency took place in Warsaw. The ceremony had a symbolic dimension, since the main point of the ceremony was the Palace of Culture and Science, which was donated to the Poles by the Russians during the communist era. The Palace was at the center of the EU Opening Ceremony to emphasize the role of history but also to remember how much has changed in Poland in 20 years.

In the case of the Polish Presidency 2011, the politicians' speeches also played an important role. The opening speech by Donald Tusk, the Prime Minister, in the European Parliament was received particularly well. Tusk emphasized the importance of unity in Europe and the strength that the EU has. The speech was a clear sign that during the Presidency Poland will not give in to the increasingly loud voices of Eurosceptics. The speech by the Polish Foreign Minister, Radoslaw Sikorski, in Berlin was also widely and positively commented. He emphasized the role of a stronger Germany for the EU and called for greater integration. This mature and sensible speech has opened the discussion about the future of Europe and ensured Poland's role in this discussion. Since it took place during the Presidency, it was listened to more carefully.

Hence, already during the first Presidencies after the big-bang enlargement, the informal powers of a Presidency were deemed particularly important due to the Euroscepticism significantly increasing. The Presidency can educate the average citizens about the EU and legitimising it in their eyes. The country holding the Presidency is also presented more widely and frequently than usual in the other EU Member States.

The political situation in Hungary can influence how the Presidency's informal powers will be exercised. Yet, the Presidency can offer a platform to different political agents in Hungary. On the one hand, Victor Orban will surely try and use the Presidency as an opportunity to promote his vision of Europe and Hungary's place in it. On the other hand, the Presidency will offer the chance to other actors to be more audible, as there will be more attention on them. For instance, to the pro-European politicians at the municipal level, such is for example the Mayor of Budapest, Mr. Gergely Karácsony, who can carry out the intended idea to connect the Hungarian citizens and the EU (although the support for the EU in Hungary remains rather high).

The Presidency is a great opportunity to make the state, once in every 13-14 years, better known. The Presidency can help to break down stereotypes and show how much the Member States have changed in the last decade, especially in the Eastern and Central Europe.

The first Hungarian Presidency

Hungary held its first Presidency in 2011, as the first of the new Member States after the Treaty of Lisbon. That was already Victor Orban's Presidency, who came into power the year before and already started his controversial reforms. At this point, their full extent was not yet known, though, and nobody was calling for a postponement of this Presidency – it was not clear yet how Orban views the EU – as a foe or a friend.

The assessment of this Presidency was not particularly positive. Although some plans for the Danube region, pushed for by Hungary, were approved, overall, it was considered a "missed chance".

The upcoming Presidency

13 years later, the situation in Hungary has changed considerably. Nobody has any illusions anymore concerning the anti-democratic character of Orban's leadership – with Hungary no longer considered a democracy, e.g. by Freedom House.

Orban's plan for the Presidency may seem ambitious, as it includes the reinforcement of the European defence policy, a consistent and merit-based enlargement policy, and stemming illegal migration. The first Hungarian Presidency had a similarly ambitious outlook, aiming at four main topics: growth and employment to preserve the European social model, stronger Europe, citizen friendly Union, and enlargement and neighbourhood policy (here especially the negotiations with Croatia and opening the Schengen zone to Bulgaria and Romania). However, as discussed above, the Lisbon Treaty has reduced the formal powers of the Presidency. Moreover, the Presidency now works in trio, together with two additional Member States, in this case Spanish and Belgian presidencies. A

trio, or a group of three, is a format in which the presidencies are organised ever since 2007. Such a group, usually including older and newer member states from various geographical parts of Europe needs to prepare a common 18-month Presidency plan, which is then realised by each of the countries during their 6 months long presidencies. It improves the consistency of the subsequent presidencies and makes the policies of the presidencies more moderate.

Finally, the Hungarian Presidency starts just after the European elections, when the Member States are busy selecting the candidates for the various European offices and coming to terms with the European Parliament turning right. Even though the Presidency may try and use its powers to shape the institutions, using any influence it has for instance in the area of scheduling a time-table as the agenda setter, its impact in this field is rather limited. A big part of the process of shaping institutions takes place outside the scope of reach of the Presidency – for instance the commissioners hearings take place in the European Parliament. Equally, the effectiveness of the Presidency in performing such tasks on the European stage as the agenda setting depend on the position of the given member state in the EU, and Hungary is currently viewed rather as a problematic child than a responsible dialogue partner, due to the rule of law issues.

Hungary may be the EU Member State with the strongest threat to the rule of law in today's EU, but it still is a full member of the EU: with its Commissioner in the Commission, judge in the CJEU, MEPs in the Parliament and the voting right in the Council. Stripping Hungary of its Presidency would set a dangerous precedent, introducing a *de facto* new type of sanction. None of the mechanisms introduced to discipline the Member States foresees removing a Member State's Presidency as a punishment, hence it would be an action going beyond the scope of the Treaties. Moreover, doing so would take away the chance to bring the EU closer to Hungary and to familiarise the society with it via various informal events – which is where the Presidency should shine and which is where, in opposition to its official agenda, it could make a real difference.

Maciej Kisilowski

Militant Public Administration

doi: 10.59704/8ba82d40cc0cc83e



An unprecedented scandal surrounding a Polish governmental fund established to aid crime victims highlights the role of civil servants in authoritarian state capture. In the country where judges valiantly espoused the militant-rule-of-law stance towards democratic backsliding of 2015-2023, career public administrators were noticeably more passive in the face of collapsing constitutional order. The revelations surrounding the Justice Fund show broad levels of bureaucratic acquiescence with shocking abuses of power, and only belated effort to document and report these abuses. The Polish case shows it is time to open a discussion about the need for a democratically militant public administration – the new vision of civil service better prepared to fend off authoritarian encroachment from elected politicians.

Militant democracy and its foot soldiers

The renewed interest in the old discussion about militant democracy seems natural and fully warranted given the emerging reality of a long struggle between liberal democracies and authoritarian, populist forces. On this blog, among other places, Andras Sajo has proposed to apply this idea as an interpretive theory he named "militant rule of law". Sajo's writing is animated by a poignant experience of the Hungarian judiciary that has been largely passive in response to Victor Orban's authoritarian revolution. If we compare that experience with what happened in Poland during the rule of the Law and Justice (PiS) party, we can easily see both the promise and the limitations of Sajo's approach. For the fight put up by the Polish judiciary, supported by aggressive jurisprudence of the Luxembourg and Strasbourg courts, will surely go down in history as an impressive organized effort in the militant rule of law spirit.

And yet, as important as this determined effort was, it still did not prevent the most shocking takeover of state institutions. Many of the changes PiS made will now be reversed, partly owing to the heroic stance of conscientious judges. But some elements of the PiS revolution may follow the path of the Ackermanian informal constitutional change and end up permanently consolidated into the country's constitutional structure. For instance, a recent attempt by Adam Bodnar, the liberal Justice Minister, to find a compromise with the country's President, PiS's ally Andrzej Duda, opens the possibility of normalizing the status of more than 2,000 judges nominated by the unconstitutional, PiS-controlled National Council of Judiciary.

The Polish case thereby suggests that, beyond judicial courage, democracies need to look for more arrows in their quivers to defend against persistent authoritarian threats. One strangely overlooked weapon is the ethos of public administration. Even the boldest pro-democracy judges would greatly benefit from the support of the rest of the state apparatus. Quite simply, the militant rule of law must be coupled with the more democratically militant public administration.

A belated whistleblower

In Warsaw, the case in point becomes starkly evident at the time of this writing. Tomasz Mraz, the former director of the Justice Fund – a large governmental program created to assist victims of crimes – decided to talk. For months, the country has been rocked by revelations that the Fund was PiS's favorite device to finance its worst excesses: from purchasing the Israeli's Pegasus software, later used against opposition leaders in the 2019 PiS-won election campaign, to shamelessly supporting pro-regime cronies who, needless to say, did absolutely nothing for crime victims.

Now we know that many details of the Fund operations have come from Mraz, who, at least since 2021, secretly recorded his political masters and, after PiS's defeat last fall, chose to cooperate with the prosecution service recaptured by Mr. Bodnar. Mraz's recordings and detailed descriptions of blatant corruption in awarding grants from the Fund will surely aid the prosecution of key figures of the PiS regime. But it is Mraz's brief ac-

count, mediated by his attorneys, of his own experience of being at the center of the authoritarian revolution that should attract our reflection.

In an emotional moment, Mraz admitted that following outrageous, and surely illegal, orders to sign contracts or wire money to various pro-regime entities "was associated – although it is entirely unimportant from the standpoint of the said irregularities – with enormous stress, under which we operated, unable to get out."

The bureaucratic paradigm

Two aspects of this statement merit attention. First, the assertion that Mraz's personal attitude is irrelevant to the formal assessment of the Fund's irregularities. Second, his intense feeling, repeated twice, of being "unable to get out."

I will not venture here into pop psychology. But both beliefs expressed by Mraz represent a certain bureaucratic paradigm widely accepted in many democracies. Rooted in a noble idea of a non-political civil service, this paradigm acculturates career public servants into conceptualizing their role as purely technical; quite literally, as human tools of elected political leaders. Their actions, or attitudes, are "unimportant" because they have no other choice but to obey the political orders.

The problems with this bureaucratic paradigm have long been discussed within the literature on the New Public Management (NPM). The NPM asserts that the static, formalist reading of the role of a career public official, and – especially – downplaying the agency that such officials possess even after accounting for the net of organizational hierarchies, political mandates, and legal procedures, negatively affect governmental performance and flexibility.

It is high time to add another side to this argument: As democracies face persistent, external and internal, threats of ruthless authoritarians, the bureaucratic fantasy of civil servants with no choice but to serve their political bosses deprives us of a critical line of defense. It is plainly *not* true that Mraz had no choice but to follow the dystopian orders. In his testimony, he recalls how he was "forced" to give high evaluation scores to grant applications by entities preferred by his bosses. Well, he could have simply resisted and submitted an honest evaluation. Or, like Lt Colonel Alexander Vindman, he could have promptly publicized the wrongdoing in the Fund.

Cultural traits

Indeed, if hundreds of Polish judges were able to organize an impressive collective effort to oppose PiS's coup, why couldn't the civil servants? Why didn't we see a general strike of government workers collectively refusing to advance PiS's authoritarian agenda? Less heroically, why didn't more public officials follow Mraz's path of documenting blatant illegalities and reporting them when democratic governance returned? How many used their limited discretion to right the wrong decisions, even at the margins?

The evident difference between judicial and administrative attitudes in authoritarian Poland cannot be explained fully by reference to material incentives. For in fact, in challenging the PiS regime, judges had clearly more to lose than regular administrators. Polish judiciary is, in general, much better compensated than the rest of the state apparatus. Judges also enjoy life tenure and an extremely generous pension – both of which were at risk after PiS's political takeover of the judiciary's disciplinary process. For regular administrators, the governmental job is rarely an economic boon, especially since, throughout PiS's rule, Poland enjoyed a robust economy with very low unemployment. With his experience, Mraz would not have had trouble finding a job in the private sector.

If the Rational Choice incentive story does not seem to work, turning to cultural factors seems natural. I argue that the lack of a more democratically militant bureaucratic ethos is at least partly to blame. But to change it towards greater democratic assertiveness – to make sure that "non-political" is never understood as "agnostic as to democratic values" – is also a pertinent *strategic* imperative of our times.

Democratic strategy

Consider once again Sajo's "militant rule of law". It is clear that, in part, the approach is a response to the actions of the other side, namely to what Kim Scheppele perceptively called "autocratic legalism". Also with the Hungarian case in mind, Scheppele shows the danger of authoritarians using formal legality to cement power. Sajo's attempt to militarize legal positivism for liberal democratic ends can thus be viewed as a smart response to the authoritarian playbook.

From this vantage, it is noteworthy that, in the United States, a sweeping authoritarian takeover of career fede-

ral bureaucracy is among the top priorities of the potential second term of Donald Trump. His determination to stuff the governmental apparatus with diehard loyalists and set aside all legal or customary limitations of the President's executive power is partly the result of Trump's obsession with the alleged liberal bureaucratic "deep state." But, as ever with right-wing narratives, this is a projection; it is the neo-fascist "deep state" we should worry about. In Poland, one of the most shocking reveals of Mraz was that, for months after democrats took over, a mole among the civil servants in Adam Bodnar's Justice Ministry kept top members of the previous regimes regularly informed about ongoing investigations into their crimes.

Democrats must take note and, when it comes to cultural expectations set for our public administrators, up our game too. Practical change must happen before it is too late, i.e. when democratic forces still hold power. Curricula for administrative training as well as professional and ethical codes must be reviewed and updated. The language used by political and civil service leaders must legitimize a more militant approach to public administration. The wise NPM advice to promote the culture of empowerment within administrative institutions, and to be more tolerant of innovative or dissenting ideas, needs to be heeded with renewed urgency, even if other aspects of the neo-liberal NPM reform program have long fallen into disfavor. And finally, in the countries that have already gone through an authoritarian episode, a hard look needs to be taken at the public officials serving the authoritarian state. The goal is not only to look for culprits, but also to uncover untold, and potentially inspirational, stories of quiet resistance that did take place – preferably, unlike in the case of Mr. Mraz – before the authoritarian ship began to sink.

Luke Dimitrios Spieker

The Lighthouse of EU Law Shines on the Polish Constitutional Tribunal

Neutralising its Obstruction, Substituting its Function, Supporting the Transition

doi: 10.59704/dc70a0d68ada4d38

Last week, legal scholars from all over the world met in Freiburg at the ConTrans conference. The ambitious aim of this meeting was to develop a playbook for reinstating the rule of law. Most presentations revolved around the Polish transition process and tried to identify ways for dealing with the likely opposition by the captured Constitutional Tribunal. On the one end of the spectrum, scholars like Wojcech Sadurski advocated for a revolutionary approach, simply dismantling the current Tribunal and re-building it from scratch – even if this leads to a plain disregard of the Polish constitution. On the other end stands Adam Bodnar, who is charged with making the transition happen – a Hercules task that nobody envies him for. Bodnar stressed the importance of legality in the transition process. Disregarding the law would not only set a dangerous precedent for future governments with an illiberal agenda, but also betray the very promise of breaking with the lawlessness under the PiS-led government.

Many applauded him for this commitment. However, the subsequent panels struggled to come up with convincing proposals for how to deal with the Tribunal's opposition within the current legal framework. In my view, EU law shines a possible way ahead. It allows to neutralise and substitute the Constitutional Tribunal by legal means. In a first step, EU law can justify disregarding the Tribunal's decisions. However, the lack of constitutional checks on government in times of deep transformation does not come without risks. In response, I am suggesting that EU law can go further and empower ordinary courts to assume the Tribunal's jurisdiction. Eventually, this would lead to a decentralised constitutional review.

The Constitutional Tribunal's opposition and entrenchment

The Polish Constitutional Tribunal is no court established by law under Article 6 ECHR. That much we know since *Xero Flor*. This deficiency concerns especially those panels that include so-called "double judges", which have been appointed in disregard of the Polish Constitution. But the doubts regarding the Tribunal's independence go far beyond this issue. Institutionally, the process of nominating the body's president Julia Przyłębska took place in violation of the foreseen procedures. Further, PiS managed to fill all positions at the tribunal with their sympathisers. And this is reflected – substantively – in the Tribunal's practice. In this sense, many argue that the Tribunal's decisional practice has become politically tainted.

This might pose a central obstacle to the transition process. Following Bodnar's approach, the new Polish Government wants to achieve a transition in full legality. The adoption of the necessary legislation requires the signature of the Polish president, who already announced to veto important parts of the reform. But even if the Government would manage to overcome these vetoes (say after the next presidential elections), PiS will most likely bring procedures before the Tribunal, which can – and most likely will – declare these reforms unconstitutional.

There are several options how to potentially overcome this opposition (see in detail here). The first, *constitutional option* is to restructure the court by re-building it from scratch. However, the Tribunal's composition and its members' appointment and terms of office are enshrined in the Constitution. Lacking a constitution-amending majority, this option is out of reach. Then, there are *legislative options* that aim at removing the "double judges", annulling their rulings and repeating the respective procedures (see e.g. this draft). Yet again, it is highly unlikely that such a piece of legislation would ever pass the sitting President Andrzej Duda. And then, there is a third option: *waiting it out*. By the end of 2026, one half of the PiS nominated judges will have completed their term of office. Yet, until then the Tribunal could still do much damage. So, are we at a dead end?

A "lighthouse": EU law's role in transition processes

This is where EU law might come in. As Adam Bodnar emphasised, EU law and especially the values enshrined in Article 2 TEU can be understood as a lighthouse guiding the transition process. These values exert a twofold impact. To start with, they *constrain* the transition process. One essential sub-principle of the rule of law is legality, which requires the observance of the national legal framework as an *obligation under Article 2 TEU*. Certainly, neither the Union's law nor its institutions can police the observance of national law to its full extent. Still, it seems plausible that the value of the rule of law in Article 2 TEU requires Member States to abstain from systematically violating their own constitution. This also explains why the Commission took into consideration – when ascertaining rule of law deficiencies in Poland – that the overhaul of the judiciary violated the Polish Constitution. For the new Polish Government this means that the restoration of the democratic rule of law must take place in compliance with national law. This seems to leave the current Government in the grip of PiS. At the same time, EU law can *support* the new Government in re-establishing compliance with the Union's values. As I will now demonstrate, it can help neutralising and eventually substituting the Constitutional Tribunal.

Neutralising the Constitutional Tribunal

EU law might help overcome the Tribunal's opposition in two ways concentrating either – institutionally – on the composition of this body or – substantively – on the content of its decisions. On the one hand, the current Polish Government could rely on the judgments in *RS* and *Euro Box Promotion*. In this case, the Court of Justice had to ascertain whether the provisions of a Member State, pursuant to which decisions of a constitutional court are binding, are compatible with EU law. The Court of Justice replied that neither Article 2 TEU nor Article 19(1)(2) TEU "preclude national rules or a national practice under which the decisions of the constitutional court are binding on the ordinary courts". However, this comes with a crucial caveat. It applies only

> "provided that national law guarantees the independence of that constitutional court … if national law does not guarantee such independence, those provisions of EU law preclude such national rules or such a national practice, since such a constitutional court is not in a position to ensure the effective judicial protection required by the second subparagraph of Article 19(1) TEU" (*RS*, para. 44 and *Euro Box Promotion*, para. 230).

Certainly, this decision is addressed first and foremost to national courts. After all, these decisions were rendered in preliminary rulings. Yet, a long line of jurisprudence establishes that the primacy of EU law requires not only national courts but all Member State authorities to give full effect to EU rules (see e.g. *Garda Síochána*). As such, the Government could simply set aside decisions by the Constitutional Tribunal that stand in the way of the democratic transition, adopt a parliamentary resolution that declares this intention and refuse to publish such judgments in the official journal. Additional legitimacy for this path will come from the infringement procedure currently pending before the Court of Justice.

Still, this approach has its limits: it applies only *as far as* the Constitutional Tribunal does not meet the requirements of judicial independence. Without a doubt, this includes panels featuring "double judges". But what about equally problematic decisions taken by other panels? One could argue that as long as the Tribunal's president is appointed in a deficient manner, the entire institution is tainted due to the broad powers attached to this position. But Przyłębska's term as president will soon end. So, what happens thereafter? Could we really establish that the decisions taken by the Constitutional Tribunal are, due to its politicisation by PiS, not independent? Since *Wilson*, the Court of Justice has consistently held that independence requires impartiality, meaning "objectivity … and the absence of any interest in the outcome of the proceedings" (para. 52). While it does not seem far-fetched that many judges at the tribunal lack such an objectivity, it will be hard to substantiate this in practice.

On the other hand, the Government can – beyond reasons of judicial independence – disregard decisions by the Constitutional Tribunal based on their content, namely if they violate EU law. The primacy of EU law also applies to constitutional provisions of a Member State (see only *Internationale Handelsgesellschaft*). *A fortiori*, this must apply to decisions by a constitutional court which openly disregard EU law. If the Constitutional Tribunal invalidates legislation that intends to re-establish compliance with EU requirements, such as Article 2 and 19(1)(2) TEU,

this could not only violate the respective provisions of EU law but also the principle of sincere cooperation in Article 4(3) TEU. This is the message of the *YP*, in which the Court specifically stated that Article 19(1) TEU and its primacy justify disapplying any contrary national case-law (para. 90). Certainly, disregarding the Tribunal's decisions sits uneasily with the principles of legal certainty, the separation of powers and res judicata, all of which are important components of the rule of law. To increase legitimacy, the Government could take an unprecedented step and invite the Commission to initiate infringement proceedings against the respective decision of the Tribunal. The subsequent decision by the Court of Justice would provide additional support and legitimacy from the European level.

Substituting the Constitutional Tribunal - towards decentralised constitutional review

Neutralising the Constitutional Tribunal deepens a problematic void, which already emerged due to its capture. This void results from the choice for a system of centralised constitutional review. According to Article 188 of the Polish Constitution, constitutional review of statutes falls within the remit of the Constitutional Tribunal. Its decisions are final, of universal application and have an *erga omnes* effect (Article 190). If an ordinary court has doubts regarding the constitutionality of a statute relevant in a procedure before it, it can refer a question to the Tribunal (Article 193). In consequence, decentralised constitutional review by ordinary courts is generally barred.

The emerging lack of any constitutional review seems especially problematic during democratic transitions. In these times, governments perform large-scale overhauls, which might affect the lives of many individuals – suffice to think of the many judges that might be subject to a vetting procedure in the future. This does not mean that such measures are illegitimate. It merely underlines the need for constitutional checks: they guarantee that individual rights will be safeguarded during these processes and provide an additional layer of legitimacy. These risks have already been identified by several Polish courts. A recent study shows that some lower courts already started to assess the constitutionality of statues and thus assumed the role of the Constitutional Tribunal. Such decisions find support in the writings of scholars like Lech Garlicki or Marek Safjan and seem to largely rely on consequential arguments of necessity.

In my view, they also find support in EU law and can thus acquire a much stronger basis. According to a growing line of judgments from Luxembourg, national courts can assume the jurisdiction of another court that does not meet the EU requirements of judicial independence. This development started with *A.K. and Others*, which emerged from a complex procedural context. The overhaul of the Polish judiciary led to a lowering of retirement ages of Supreme Court judges. Jurisdiction to hear appeals against these retirements was transferred from the Supreme Court's labour law chamber to the new disciplinary chamber. Still, several Supreme Court judges challenged their retirement before the labour law chamber. These applicants argued that the disciplinary chamber does not meet the EU standards for judicial independence under Articles 2 and 19(1)(2) TEU. The Court responded that

> "where it appears that a provision of national law reserves jurisdiction to hear cases... to a court which does not meet the requirements of independence or impartiality under EU law, ... another court before which such a case is brought has the obligation ... to disapply that provision of national law, so that that case may be determined by *a court which meets those requirements* and which, were it not for that provision, would have jurisdiction in the relevant field" (para. 166)

This remarkable statement was later confirmed in *A.B. and Others*. Some scholars, such as Mathieu Leloup, have already pointed to the potentially far-reaching effects of this decision. In plain words: an independent court can assume jurisdiction in case the court with jurisdiction over the proceedings lacks the necessary independence. It should be noted that in the aforementioned cases, it was the court that *previously* had jurisdiction over the respective case, which assumed jurisdiction under EU law. However, this approach could be generalised and applied to the present case: were it not for Article 188 of the Polish Constitution, the supremacy of the constitution would command Polish courts to assess the constitutionality of statues. Ordinary Polish courts could thus assume the Constitutional Tribunal's jurisdiction to perform a constitutional review of legislation.

For sure, this leads to many follow-up questions. Could any ordinary court assume this power? Or should this be reserved to apex courts? And does assuming jurisdiction come with all the powers of the respective court, including the annulment of legislation and the *erga omnes* effects of its decisions? These questions need to be answered by scholars with a much better knowledge of the Polish legal system. What this brief exploration sought to show is that EU law can be interpreted in such a way so as to justify the development of a decentralised constitutional review in Polish courts. Ordinary courts can fill the void until a more balanced, independent Constitutional Tribunal emerges, which deserves this name and whose decisions merit observance.

Conclusion

The new Polish Government faces a momentous task. The promise to swiftly restore constitutional democracy by fully remaining within the confines of the Polish legal order will be hard to keep. As such, we should acknowledge that there is no perfect way forward. Still, the conflict around the Polish Constitutional Tribunal is no dead end. EU law can support the new Government in neutralising that body once it starts obstructing the restoration of constitutional democracy. In particular, it can disregard the Tribunal's decisions, especially if taken in a deficient composition. This finds a strong basis in EU law and thus fulfils the promise of legality. Further, EU law can also justify the Tribunal's substitution. To maintain constitutional checks on the new Government during the transition process, it is suggested that ordinary courts should assume – on the basis of EU law – the Tribunal's jurisdiction of constitutional review. This would lead to the development of a dispersed constitutional review until the Constitutional Tribunal is ready to take up its work in manner faithful to its mandate.

Giovanni Capoccia

A High-Stakes Game

Macron, Le Pen, and the Future of France and the EU

doi: 10.59704/96d7fb6700ab2863

So it has happened: Marine Le Pen's Rassemblement National (RN) received more than twice the votes of Macron's Renaissance list in the European elections (31.4% vs. 14.6%). Jordan Bardella, head of the RN list, did not see his poll advantage significantly affected by his blunders in televised debates. Prime Minister Gabriel Attal and Macron intervened to no avail, trying to mitigate the crushing defeat predicted by the polls. Attal debated Bardella in a much-commented televised debate. Macron invited Marine Le Pen herself to a similar debate, but in vain.

Macron warned of the risks following a victory for anti-EU radical right parties in France and across the continent in an official televised interview after the D-Day commemoration. These were risky moves: further legitimizing the RN and its leaders, making the 28-year-old Bardella look like a plausible candidate for Prime Minister; turning the election into a referendum on Macron's shaky popularity since 2022 rather than focusing on the EU; and not compensating for the shortcomings of a competent but uncharismatic *tête de liste* like Valerie Hayer. The protagonists were aware of the risks. These were desperate moves to turn around a difficult situation. They likely made little difference to the final result.

The risk of these campaign moves, however, pales in comparison to Macron's decision to dissolve parliament and call an early election. He announced his intentions the evening of the vote count, when the first projections made clear the extent of his list's defeat, in a short, somber televised speech. He signed the decree for the early dissolution of the National Assembly that evening; elections are scheduled for June 30 and July 7. Judging by the immediate reactions on social media, Macron's announcement shocked several commentators and the public.

Yet, from the perspective of the 2027 presidential elections, the reasoning may not be as reckless as it seems. Macron's calculation is based on the consideration that three more years of the current situation would make a Le Pen presidency highly likely in 2027. She would then dissolve the National Assembly and call new parliamentary elections where the RN would likely get an absolute majority to back the new president, as has happened before in the history of the 5th Republic. By contrast, even the worst outcome from snap elections may make a full RN victory less likely.

The current situation

After the 2022 legislative elections, Macron's two successive Prime Ministers (Elizabeth Borne, and now Gabriel Attal) have been sitting ducks in a National Assembly where they lack a majority, and where large parts of the right and left oppositions take extreme positions. Even the more mainstream opposition parties, such as *Les Républicains* (LR), have repeatedly refused to form a coalition with the centrist parties supporting the President. Borne, and later Attal, had only a narrow path to legislating, often closed off completely by the disruptive initiatives of the *Insoumis* (LFI) and the tactics of the RN and LR. Policy could only be passed through difficult compromises with the right, generating loud accusations of connivance from the left, and vice versa.

The government's resort to constitutional rules devised by the architects of the 5th Republic to break a parliamentary impasse, such as Article 49.3 (known as the "guillotine", which allows the government to pass a law without a vote, leaving the opposition with the sole option of calling a subsequent vote of no confidence), led to loud accusations of acting undemocratically from both the right and the left, as seen during the recent pension reform. Le Pen and her party have adopted an image and language of "respectability," setting them apart from the other main opposition actor (LFI, the largest opposition party on the left), and aiming to present the RN as a serious option for governing the country. This situation resulted in a decrease in Macron's popularity and a steady rise in Marine Le Pen's, now considered a likely winner of the 2027 presidential election in many polls.

The possible outcomes of the snap elections

By calling early elections, Macron is forcing the RN into a real confrontation, in an election where turnout will be higher and the stakes much greater than in the European elections. He will likely frame the campaign as a "call to arms" against the RN, hoping to consolidate the vote of all anti-RN electors. A similar consolidation may also occur on the far right, with the RN likely to attract votes from smaller far-right parties. However, Macron is highly unlikely to win this election.

The two most likely scenarios are an absolute majority for the RN or, more likely, a relative majority for the RN in a hung Parliament. In either case, Macron would appoint Jordan Bardella Prime Minister (Marine Le Pen has repeatedly stated that she will not be Prime Minister and that her candidate is Bardella). An absolute majority of seats for the RN would result in a three-year cohabitation between Macron and Bardella. Macron's calculation is that this will damage the RN's electoral fortunes. The inconsistency of most of the RN's policy proposals and the incompetence of Bardella and his circles have not damaged the party in the European election campaign, but they are more likely to do so if the RN has government responsibilities. Macron will remain President and likely plans to approach cohabitation with a belligerent attitude, reminiscent of the Mitterrand-Chirac cohabitation from 1986-1988.

If the RN instead gains only a relative majority, the parties supporting Macron will likely sabotage Bardella's government at every turn, making it ineffective. Even though it is too early to say what form the French left will take in the new parliament, a minority RN government hobbled by the Macronists is unlikely to find help there.

A high-risk, but probably long-planned move

Thus, a high-risk move by Macron: many things could go wrong, and three years is a long time in politics. Still, this is probably a move dictated by the intention to fight the RN in 2027 under different, more favorable conditions than those in the current parliament. But where is Europe and the EU in all this? These were, after all, European elections. And yet, the EU is central in this story. The process of European integration would not survive a Le Pen presidency. Of course, France would not exit the EU. Brexit prompted a change of tactic for all continental Eurosceptics: rather than trying to break up the EU, they now aim to hollow it out from the inside, turning it into a 27-member intergovernmental institution, easily paralyzed by vetoes. Perhaps the strongest testament to the importance of the EU is that domestic and supranational politics are increasingly intertwined.

Michael Hempelmann

Ist die V. Republik sterblich?

doi: 10.59704/e3ff2c388faa84c9

Bei den Europawahlen am 9. Juni 2024 wurde der rechtsextreme *Rassemblement national* in fast allen französischen Départements stärkste Kraft und erhielt mehr als doppelt so viele Stimmen wie das Lager von Präsident Macron. Noch am Wahlabend löste Macron die Nationalversammlung auf und kündigte den ersten Gang der Neuwahlen für den 30. Juni an. Es führt in die Irre, den deutschen Bundeskanzler mit Verweis auf Frankreich aufzufordern, es Macron „gleichzutun" und die Vertrauensfrage zu stellen. Macrons Entscheidung folgt einer anderen verfassungsrechtlichen Logik. Gewohnt temporeich – vielleicht voreilig – zwingt Macron mit den Neuwahlen Frankreich dazu, seine jahrhundertelange Suche nach der richtigen Regierung(-sform) fortzusetzen. Die Debatte, ob es nach dem zweiten Wahlgang am 7. Juli 2024 das Regierungssystem der V. Republik noch geben wird, wie wir es kennen, ist eröffnet. Zweifel daran sind angebracht.

Berlin ist nicht Paris

Anders als in Frankreich – dazu sogleich – ist nach dem deutschen Grundgesetz (fortan: GG) ein freies Auflösungsrecht nicht vorgesehen. Art. 63 Abs. 4 Satz 3 GG und Art. 68 GG erlauben eine Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten über die Auflösung des Bundestages nur unter engen Voraussetzungen.

Art. 63 Abs. 4 GG betrifft die Situation, dass die Kanzlerwahl scheitert. Eine Bundestagsauflösung ist nur zulässig, wenn die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages dem Wahlvorschlag des Bundespräsidenten nicht gefolgt ist, innerhalb von 14 Tagen kein anderer Bundeskanzler gewählt und in einem daraufhin stattfindenden Wahlgang der Gewählte nicht die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt hat. Anwendungsfälle für diese Konstellation gab es bislang nicht.

Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG setzt für ein Auflösungsrecht zunächst voraus, dass ein im Amt befindlicher Bundeskanzler nicht das Vertrauen der Bundestagsmehrheit besitzt, d. h. die Handlungsfähigkeit der Regierung nicht mehr gesichert ist (BVerfGE 114, 121 (156)). Sodann steht es dem Bundeskanzler frei, ob er die Auflösung vorschlägt. Erst nach dem Vorschlag kann der Bundespräsident den Bundestag innerhalb von 21 Tagen auflösen. Die Ermessensentscheidung des Bundespräsidenten ist (eingeschränkt) gerichtlich überprüfbar (BVerfGE 62, 1; BVerfGE 114, 107; BVerfGE 114, 121). Neuwahlen müssen binnen 60 Tagen ab der Auflösung stattfinden (Art. 39 Abs. 1 Satz 4 GG). Der mehraktige Vorgang zwischen erfolgloser Vertrauensfrage und Neuwahlen dauerte bei Brandt (1972), Kohl (1988) und Schröder (2005) jeweils deutlich länger als zwei Monate.

Hinter diesen voraussetzungsreichen Regelungen steht das Ziel, Weimarer Verhältnisse zu verhindern, wo der Reichspräsident das Parlament nahezu frei auflösen (Art. 25 der Reichsverfassung vom 11. August 1919) und kein einziger Reichstag seine Legislaturperiode regulär beenden konnte.

Die Auflösung der französischen Nationalversammlung als pouvoir propre des Präsidenten

Demgegenüber bestand Frankreichs „negatives Bezugsereignis" (Lepsius) in einer Übermacht der Parlamente. Durch ständige Misstrauensvoten überlebten Regierungen in der III. Republik (1875-1940) durchschnittlich ein Jahr, in der IV. Republik (1946-1958) sieben Monate. Parlamentsauflösungen hingegen waren aus unterschiedlichen Gründen selten.

In der III. Republik war die Auflösung als bonapartistisch verpönt. Am 25. Juni 1877 hatte der royalistische Präsident Mac Mahon erfolglos versucht, die Hoffnung auf eine Restauration durch Auflösung der mehrheitlich republikanischen Abgeordnetenkammer aufrechtzuerhalten (Art. 5 des Verfassungsgesetzes vom 25. Februar 1875). In der IV. Republik überließ die Verfassung vom 27. Oktober 1946 die Auflösungsentscheidung dem Ministerrat und knüpfte sie an weitere Voraussetzungen (Art. 51). Die einzige Auflösungsentscheidung fiel in das Ende dieser Verfassungsperiode.

De Gaulle und Debré als maßgebliche Autoren der Verfassung der V. Republik vom 4. Oktober 1958 (fortan: CF) machten für die dauerhafte Regierungskrisen die Übermacht der politischen Parteien und des Parlaments verantwortlich. Aufgabe des Präsidenten sollte es künftig sein, mithilfe eines eigenen Auflösungsrechts (*pouvoir propre*) die Funktionsfähigkeit der Institutionen zu erhalten. Insofern war Art. 12 CF eine royalistische Wiedergeburt, indem er die Entscheidung in die Hand einer Person – früher des Königs, nunmehr des Präsidenten – legte. Zwar muss der Präsident sich nach Art. 12 Abs. 1 CF mit dem Premierminister, der Präsidentin der Nationalversammlung und dem Präsidenten des Senats zuvor beraten. Es besteht jedoch keine Gegenzeichnungspflicht (*contreseing*). Einzige Einschränkung ist die Frist nach Art. 12 Abs. 4 CF, die eine erneute Auflösung erst nach einem Jahr zulässt.

Gerichtliche Kontrolle der Auflösungsentscheidung?

Die Auflösungsentscheidung selbst ist nicht justiziabel. Der *Conseil constitutionnel* (fortan: CC) kann aber den Wahlprozess kontrollieren (Art. 59 CF). Art. 12 Abs. 2 CF sieht vor, dass die Neuwahlen innerhalb von 20 bis 40 Tagen nach der Auflösung stattfinden müssen. Macrons Wahleinberufungs-Dekret setzt den ersten Wahlgang für den 30. Juni, in einigen Überseegebieten schon für den 29. Juni, an. Letzterer wäre nach wörtlicher Lesart genau der 20. Tag nach der Auflösungsentscheidung vom 9. Juni.

Indes ist es eine offene Auslegungsfrage, wie die Frist zu berechnen ist (fordert die Verfassung z. B. „volle“ Tage?) – zumal das Dekret zwar auf den 9. Juni datiert ist, aber erst am 10. Juni im Amtsblatt veröffentlicht wurde. Des Weiteren mag die kurze verfassungsrechtliche Frist Vorrang vor einfachen Wahlgesetzen haben, die für „normale“ Wahlen längere Fristen vorsehen. Nichtsdestotrotz könnte das Prinzip der Freiheit und Aufrichtigkeit der Wahl verletzt sein (*liberté et sincérité du scrutin*, vgl. CC, 11. Juni 1981, Nr. 81-4 ELEC; 4. Juni 1988, Nr. 88-5 ELEC), weil durch die maximal kurze Frist in diesem Fall nicht nur einzelne, sondern große Teile der gesetzlichen Wahlvorschriften nicht einhaltbar sind.

Der CC wird hierüber bald entscheiden. Er könnte verlangen, den Wahltermin zu verschieben; grundsätzlich verbieten kann er die Neuwahlen nicht.

Eine Entscheidung wie keine Zweite

Von Art. 12 CF haben Präsidenten vor Macron fünfmal Gebrauch gemacht. Zunächst erinnert Macrons Kalkül an de Gaulle. Dieser löste am 9. Oktober 1962 die Nationalversammlung aus „royaler Machtfülle“ (Avril) auf, um die untere Parlamentskammer für ihren Ungehorsam zu bestrafen. Letztere hatte ihrerseits de Gaulles Premierminister Pompidou per Misstrauensvotum (Art. 49 Abs. 2 CF) zum Rücktritt gezwungen, nachdem de Gaulle am Parlament vorbei per (wohl verfassungswidrigem) Referendum die Direktwahl des Präsidenten eingeführt hatte. De Gaulles Lager gewann die anschließenden Wahlen und das Präsidentenamt ging gestärkt aus der Situation hervor.

Ein Wahlsieg gelang den Gaullisten außerdem nach der Auflösung der Nationalversammlung vom 30. Mai 1968. Im Angesicht der Maiunruhen mit mehreren Toten rief der Präsident das Volk dazu auf (*appel au peuple*), seine Regierung bei der Herstellung von Sicherheit und Ordnung zu unterstützen. Das Volk erhörte ihn.

Erringt das Macronlager indes keinen Stimmenzuwachs, steht der Präsident eher wie Chirac dar. Mit seiner Auflösung vom 21. April 1997 wollte er sich bei anschließenden Neuwahlen seine konservative Parlamentsmehrheit bis zum Ende der Präsidentschaft sichern; er verlor sie aber an die Sozialisten. Seitdem blieb Art. 12 CF 27 Jahre unangewendet.

Macrons Auflösung vom 9. Juni 2024 schließt nicht nahtlos an die Ratio bisheriger Auflösungen an. Die Verfassungsreform vom 2. Oktober 2000, welche die Amtszeit des Präsidenten von sieben auf fünf Jahre (*quinquennat*) verkürzte, sorgte für einen Gleichlauf von Parlaments- und Präsidentschaftswahlen. Dadurch waren Auflösungen zur Angleichung von präsidialer und parlamentarischer Mehrheit wie die von Mitterrand (1981 und 1988) nicht mehr nötig. Seit 2002 war es dem Präsidentenlager stets gelungen, eine stabile Mehrheit in der Nationalversammlung zu erreichen – bis zu den Wahlen des Jahres 2022. Danach musste Macrons Bündnis mit einer relativen Mehrheit, besser: Minderheit, regieren.

Die Grenzen der präsidentiellen Autorität

Es mag viele Gründe für Macrons Entscheidung geben. In ihr drückt sich vor allem aus, wie sehr Macron das Präsidentenamt ins Zentrum des Regierungssystems gerückt und damit weiter von der ursprünglich zugedachten Rolle

des Schiedsrichters (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 CF) entfernt hat. Nach Debrés Worten sollte der Präsident allein die Macht besitzen, eine andere Macht einzufordern. Im Macronismus soll der Präsident das Zentrum der politischen Macht bilden.

Macrons Versuch, die präsidentielle Autorität zu nutzen, ist bei den Europawahlen gescheitert. Die französischen Wählerinnen und Wähler mussten die Europawahl etwa deshalb unter nationalen Gesichtspunkten verstehen, weil Macron im Duell gegen RN-Chef und Spitzenkandidat Bardella nicht seine Spitzenkandidatin Hayer antreten ließ sondern Premierminister Attal. In dieser TV-Debatte ging es fast nur um nationale Themen. Daneben hätte Macron sich eine Neuauflage des Präsidentschaftsduells gegen Le Pen gewünscht. Deren Bedingung, Macron müsse im Gegenzug bei einer Wahlniederlage zurücktreten oder die Nationalversammlung auflösen, wollte der Präsident nicht akzeptieren. Und doch zog er am 9. Juni eben diese letztgenannte Konsequenz.

Die präsidiale Aufladung der Europawahlen steht im Kontrast etwa zu Hollande. Dessen linkes Lager erhielt bei den Europawahlen 2014 unter 14 % der Stimmen (*Renaissance* am 9. Juni: 14,6 %) und der *Front national* – als schon damals stärkste – Kraft fast 25 % (RN am 9. Juni: 31,4 %). Neuwahlen folgten daraufhin nicht. Der nun laufende Wahlkampf ist ein neuer – womöglich ein letzter – Versuch Macrons, die angezählte Autorität des Präsidenten zu rehabilitieren (vgl. Macron bei der Pressekonferenz am 12. Juni 2024: „Ich glaube an die Macht unserer Institutionen.“).

Die Grenzen der Rationalisierung des Parlaments

Als Lehre aus den instabilen Regierungen zwischen 1875 und 1958 (s. oben) verliehen de Gaulle und Debré der V. Republik neben der Rolle des Präsidenten einen weiteren Wesenszug: Ein enges Korsett, in das die Verfassung vom 4. Oktober 1958 das Parlament zwängt (sog. *parlementarisme rationalisé*). Gemeint sind Werkzeuge, welche die Verfassung der Regierung an die Hand gibt, um ihr Programm gegen parlamentarische Widerstände durchsetzen zu können. Ein beeindruckendes Beispiel ist der Art. 49 Abs. 3 CF. Er erlaubt es der Exekutive, Parlamentsgesetze ohne Parlamentsbeschluss zu erlassen und so eine Mehrheitsherrschaft (*fait majoritaire*) zu simulieren.

Die Rationalisierung des Parlaments ist keine automatische Folge der präsidialen Logik (Le Divellec). Allerdings bestehen Zusammenhänge. Weil die Regierung im rationalisierten Parlamentarismus selbst umstrittenste Projekte wie die Renten- oder Asylreform ohne absolute Mehrheit durchsetzen kann, klafft eine Legitimitätslücke auf (dazu hier und hier). Ohne den Glauben an die Autorität des Präsidenten als „Grundpfeiler der Institutionen“ (Debré) lässt sich diese Lücke nicht (mehr) schließen.

Eine Bewährungsprobe für die Verfassung der V. Republik: Eine Minderheitsregierung in der cohabitation?

Der Wahlausgang ist offen. Bei Prognosen ist stets zu bedenken, dass das Europäische Parlament in Frankreich nach Verhältniswahlrecht gewählt wird – die Nationalversammlung hingegen nach Mehrheitswahlrecht in zwei Wahlgängen (*scrutin uninominal majoritaire à deux tours*). Die Wahl ist einerseits personenzentrierter; andererseits wird es bei den Stichwahlen am 7. Juli in den allermeisten Départements nur zwei Auswahlmöglichkeiten geben, hinter denen sich verschiedene politische Blöcke vereinen können.

Politisch wäre eine absolute Mehrheit der extremen Rechten zwar ein tiefer Einschnitt. Rechtlich aber hat sich die französische Verfassung bereits als anpassungsfähig erwiesen zu Zeiten, in denen der Präsident und die Mehrheit in der Nationalversammlung unterschiedlichen politischen Lagern angehörten (*cohabitation*: Mitterrand 1986-1988, Mitterrand 1993-1995, Chirac 1997-2002). Die Verfassungsreform von 2000 (s. oben) hatte das „Risiko einer *cohabitation*“ erfolgreich verhindert.

Noch nie hatte die Verfassungsordnung indes die Konstellation einer *cohabitation* ohne absolute Mehrheit zu bewältigen. Dies aber ist nach jetzigem Stand die wahrscheinlichste Variante. In der neuen Nationalversammlung müsste der RN zusammen mit Teilen der (Ex-)Republikaner ohne absolute Mehrheit regieren und stünde den Macronisten und dem Linksbündnis gegenüber.

Eine richtungsweisende Wahl für die Verfassung der V. Republik

Um unter diesen Bedingungen eine stabile Regierung bilden zu können, müsste sich eine „echte Koalition“ zwischen den Lagern bilden. Das aber ist nicht nur mit Blick auf die politischen Gräben zweifelhaft. Überdies fehlt es an einer Kompromisskultur in der V. Republik, wo Entscheidungen wichtiger sind als Verhandlungen (Geynet-

Dussauze). In Deutschland ist man es – zumindest aus der Vergangenheit – gewohnt, „die Regierungskoalition" als vielstimmige Kompromissgemeinschaft wahrzunehmen. „*L'exécutif*" ist nach französischem Verständnis eine politische Einheit.

Das französische Parteiensystem bietet nur schwerlich eine Grundlage für eine parlamentarische Koalition, die Disziplin erzeugen könnte. In der französischen Verfassungskultur überwiegt die Skepsis gegenüber starken politischen Parteien (vgl. de Gaulle warnte vor einem „Regime der Parteien"). Sinnbildlich dafür steht, dass in Frankreich nahezu keine Partei mit dem Namen „*parti*" für sich wirbt. Kommt es zu keiner „echten Koalition", dürfte jede Minderheitsregierung des RN unter dem Damoklesschwert des Misstrauensvotums (Art. 49 Abs. 2 CF) stehen, das – anders als Art. 67 Abs. 1 GG – kein konstruktives ist.

Frankreich liefe so Gefahr, in eine neue Phase anhaltender Regierungsinstabilität zu geraten, von der sich die V. Republik gerade abgrenzen wollte. Die Wahlen am 30. Juni und 7. Juli sind nicht nur eine politische Richtungsentscheidung. Sie werden auch zeigen, ob die Verfassung sich angesichts der politischen Landschaft als beständig erweisen kann. Nicht nur Europa ist sterblich. Auch die V. Republik kann – zumindest so wie wir sie kennen – sterben.

Corrado Caruso, Pietro Faraguna

Delegitimizing by Procrastinating

Parliamentary Inertia in the Election of Constitutional Judges in Italy

doi: 10.59704/b87d90da6b6bcfc2

Constitutional democracy, inherently a delicate fusion of the noun "democracy" and the adjective "constitutional," faces challenges in both jurisdictions with centralized and specialized constitutional courts and those without such established courts. In the former, recent assaults on constitutional democracy have directly targeted these very courts. In countries where populist movements have garnered significant electoral support, their self-proclaimed role as the sole representatives of the true will of a unified people has led them to assert that their democratic legitimacy surpasses the technocratic authority of constitutional courts.

This concerning comparative scenario (see the debate hosted by VB in 2018) should serve as a warning to citizens, scholars and political actors in jurisdictions where constitutional courts have consistently acted as reliable guardians of democratic and constitutional principles in the post-World War II era.

An appropriate design for a Constitutional Court of a polarized polity

Italy, with its Constitutional Court formally established in 1948 and fully operational since 1956, appears to belong to the group of reliable guardians of the Constitution and constitutionalism at large.

The *Corte costituzionale*, perched atop Rome's highest hill and facing the Presidency of the Republic, has steadily gained authority within the legal system. Its ascent has been gradual (Cappelletti, Judicial review in the Contemporary World, Bobbs-Merrill, 1971), characterized by a relational approach (Barsotti, Carrozza, Cartabia, Simoncini).

One of the keys to its success lies in the intricacies of its composition, meticulously designed by the Constituent Assembly. The Italian Constitution mandates that its 15 judges meet rigorous professional standards – either full professors of law, judges in the highest courts, or senior attorneys. The appointment process follows a unique, mixed method:

- Five judges are elected by the highest courts in the country (three by the Court of Cassation, one by the Council of State, and one by the Court of Accounts).
- Another five judges are appointed by the Head of State (who is themselves elected by Parliament).
- The remaining five judges are directly elected by Parliament in a joint session.

Compared to its European and "Western" counterparts, this institutional design is already quite distinctive. Notably, the five judges elected by a directly elected political body must achieve an exceptionally high majority. The Constitution requires a 2/3 majority in the first three ballots and a 3/5 majority from the fourth ballot onward. Interestingly, amending the Italian Constitution is arguably easier than electing a Constitutional Court judge, given that constitutional amendments pass with an absolute majority.

This combination of supermajorities and stringent professional requirements has significantly contributed to the construction of a distinguished profile for constitutional judges in Italy – a country with a long history of strong political polarization, even before it became fashionable.

Political deadlocks and how to face them

In recent times, the political landscape has undergone significant changes, resulting in recurring deadlocks during the parliamentary election of constitutional judges. To address this issue, a strategy has emerged: waiting for multiple judges' terms to expire simultaneously. By doing so, a larger group of constitutional judges becomes available for replacement, facilitating political compromise.

Nine years ago, this approach was crucial when Judge Luigi Mazzella's term ended on June 28, 2014. Despite 31 unsuccessful votes to find his replacement, Parliament struggled to reach a consensus. Eventually, after a second judge (Sergio Mattarella) and a third judge (Pao-

lo Maria Napolitano) completed their terms (in February 2015 and July 2015, respectively), a political agreement was reached in December 2015. Three constitutional judges – Augusto Barbera (current President of the Court), Franco Modugno, and Giulio Prosperetti (current vice-Presidents) – were elected.

Fast forward to today: President Silvana Sciarra's term ended on November 11, 2023. Despite three unsuccessful attempts to elect her replacement over the past six months, the political deadlock persists. It appears that Parliament will now wait until December 2024, when the three judges elected in the 2015 package will also complete their terms.

Playing with matches

Judges whose term has expired do not remain in office until the replacement is elected. The inertia generates, therefore, some minor inconveniences and a very significant risk. Let's explore these issues: when a single judge's term ends before the larger package, the Court operates with reduced ranks. This results in longer decision times due (not a big issue considering today small, almost inexistent, backlog) and to a loss of expertise and sensitivity that a new judge would bring. Moreover, an even-numbered panel (which is suboptimal for majority voting) may be formed during this interim period.

The very significant risk is determined by the fact that, according the constitutional provisions regulating the Court's activity, its functioning is impaired if the number of judges falls below eleven. Constitutional non-compliance, under unfortunate conditions, ends up having a snowball effect, with the formation of ever-larger replacement packages: four judges next December. In nine years, it could be five judges to be replaced if the same dynamics are followed.

The Court will probably find itself with eleven judges in office out of fifteen projected in the coming months. For a few weeks, if all goes well (actually, for a few months, because the current judges do not participate in hearings and chambers where cases are discussed if their decisions wouldn't be signed in time). Or for longer, if something goes wrong.

Such a situation jeopardizes the Court's operability, as it becomes vulnerable to individual absences due to illness or other personal reasons. Worse still, under those undesirable circumstances, each judge holds the power to disrupt the Court's functioning solely through their absence.

If a similar scenario arises in nine years, with a package of five judges to replace, the Court could be incapacitated for several months.

The dangers of a partisan court

The "wait-and-see" tactic employed here has clear political motivations. Rather than actively seeking prompt agreement with the opposition (or a portion of it), the majority supporting Meloni's government prefers to prolong the process. Their goal is probably to appoint a constitutional judge whose cultural background aligns with the political profile of the "Brothers of Italy", Meloni's political party. Furthermore, there is a possibility that by simultaneously electing four constitutional judges in December – as mentioned an unprecedented occurrence in Italian constitutional history –, the parliamentary majority could effectively appoint three judges, leaving only one for the highly fragmented opposition. This process would impact on the Court with a large and sudden change in its composition, possibly jeopardising the continuity of its action and jurisprudence, a previous asset in terms of rule of law.

Italian Prime Minister Meloni justifies this wait-and-see approach by asserting her right to play her cards strategically. She responds to critics, including the former President of the Court and former Prime Minister Giuliano Amato, who have raised concerns about the illiberal implications of this stance. While it is unquestionably within the prerogative of the parliamentary majority to elect judges, two issues remain. First, it is unprecedented for the same majority to elect three out of four constitutional judges simultaneously, potentially resulting in a Court suddenly leaning towards the views of the parliamentary majority in office. Second, even if the majority allows the opposition to elect two judges, doubts persist about the constitutional consistency of the multiparty system applied to appointments. A designation process where each major party appoints his own judge could compromise the Court's impartiality, favouring loyalty to appointing parties over openness to different worldviews. Although Constitutional Courts often decide by majority, aiming for consensus or at least majorities that do not mirror party divisions would be more desirable for effective judicial review in a well-functioning constitutional democracy.

How to fix this?

In an ideal system, this problem would be resolved through a strategic and deliberative approach by political actors. Parties should relinquish the practice of appointing judges based on partisan profiles and instead opt for candidates with impeccable qualifications. The broader legitimacy (in technical, political and cultural terms) of the judge is, the easier it is for them to sever the links with the nominating institution (Gren). This is basically the optimal outcome of a collaborative constitution, where each institutional actor operates within a heterarchical relationship of reciprocity, recognition, and respect (Kavanagh).

However, real-world politics do not operate this way. In the past, when Parliament failed to elect constitutional judges, the President of the Republic (in Italy, largely considered as an impartial guardian of the political process) issued messages urging parliamentary elections for constitutional judges. In some cases, these messages even went so far as to threaten the early dissolution of the chambers (Cossiga, in 1991).

This could be one possible solution, or – to say better – the starting point of a possible solution. Many other structural interventions are in principle conceivable: the above illustrated parliamentary majority could be modified, so to lower or raise the majority needed to elect one single judge. Both options of raising or lowering majorities could have the impact of avoiding the formation of such a large package of judges to be substituted at the same time, either because the simple majority could elect its "own" judge without seeking any agreement with opposition parties, or because the election would need such a large majority to neutralize any connection of the candidates to the party. However, this effect is questionable. Risks and stakes are very high, either of worsening the deadlock or of making a political capture of the Court an easy task. Moreover, the praxis showed that political deadlocks are rarely fixed by political repentance.

Another solution would be a constitutional amendment re-introducing the extension of the term of outgoing judges, as long as their substitutes are effectively elected. Here, again, the solution requires a political forward-looking intervention that seems impracticable. As a last resort option, the Court itself could strike down constitutional provisions excluding such extension through a self-referral of a constitutional issue. In fact, self-referral power allows the Constitutional Court to call itself to review a legislative act, by making an independent constitutional judgment arise from an ongoing one: the Court uses this power quite rarely – approximately 70 times in in almost 70 years – but recently a little more frequently. However, this nuclear option could only be conceivable in case the political deadlock brings the Court to a complete paralysation: risks of squandering a hard-won reputation – which as has happened in other countries (Steinbeis) – are very high.

The mapping of possible solutions leads to the bitter realisation that each of them has drawbacks. It is, in short, a difficult problem to solve. However, in constitutional law there is no Mr. Wolf knocking on the front door with its magic bullet. Once identified, constitutional law issues need be discussed by a composite community studded with citizens, scholars and political actors. This is a small contribution in that direction.

Emanuele Cocchiara

The Proposed Psychological Tests for Judges in Italy

Historical Reasons and Constitutional Profiles

doi: 10.59704/79f7c06c10c4b437

The recent proposal to introduce psycho-academic tests for judges and public prosecutors has sparked debates between state powers and legal practitioners. But what are the reasons behind this proposal and why is it causing such a stir?

On 26 March 2024, the Council of Ministers, headed by Giorgia Meloni at the proposal of the Minister of Justice Carlo Nordio, a former prosecutor approved a decree which is part of the reform of the judiciary (Delegated Act No. 71 of 17 June 2022), which introduces psycho-aptitude tests for the competition for future judges and prosecutors. Starting from 2026, therefore, there will be a psychological test to assess the personality of candidates. The test comprises several questions to be answered with true or false that also aim to asses the emotional stability of candidates.

The results of the psychological tests will be reviewed by university professors in psychological subjects who will be appointed by the self-governing body of the judiciary, the Superior Council of the Magistracy (Consiglio Superiore della Magistratura – CSM). The psychology professors, however, will only be present in a supporting function.

The final draft of the legislative decree is significantly different from the original proposal, which provided for the experts to be appointed by the Minister of Justice and not by the CSM. According to the government, the psycho-aptitude test is necessary to understand the compatibility of candidates' personalities with the important role they are going to play. A similar test is planned for other career paths such as those involving the armed forces and the State Police. However, the recent proposal has triggered much controversy between the government and the National Association of Magistrates, the representative and non-political body that groups Italian magistrates. And this despite the fact that the final text accepted some objections raised by the opposition and the judiciary to avoid excessive control by the Ministry.

The ancient Italian debate on the judiciary

The debate, often even open clash between politics and the judiciary has quite remote roots in Italy. Behind them is the general relationship between politics and the judicial system.

It all began between 1992 and 1994, when the "Tangentopoli" scandal shook national politics. On that occasion, the pool of magistrates known as "Mani Pulite" (Clean Hands) began an investigation into a system of bribery and corruption that affected almost all Italian political forces, putting an end to the so-called "First Republic" and the country's traditional main parties.

This clash has evolved over the years and has conditioned public opinion in the country. There is is a polarization between those who have always defended the work of the judiciary and those who believe that judges often follow political ends (there has been talk of "red togas" or "clockwork justice").

The debate was fueled by frequent political nominations of former magistrates, starting with those from the "Mani Pulite" pool, which prompted opponents of this phenomenon to propose attempts to reform the judicial system.

These have included numerous attempts to achieve a separation of functions, which has been demanded continuously for 30 years. It would prevent judges from being able to change functions and switch from judging to investigating or vice versa during their career. Nevertheless, the proposal to separate careers with two different competitions for judges and prosecutors and two different self-governing bodies also comes up cyclically.

More recently, an attempt was made to reform the judiciary by repealing some provisions through a referendum on 12 June 2022. On that occasion, five different questions were proposed to the voters, including those that would have involved the separation of functions and some changes to the elections of the members of the Con-

siglio Superiore della Magistratura.

While most voters approved the proposal, the majority of voters required for the referendum to be valid was not reached.

The CSM is also at the centre of the political debate after a recent scandal concerning political "currents" within the judiciary and how these affect the appointments of judges, and the relationship between judges, politics and the press. For this reason, it was proposed to change the way the members of the self-governing body are elected, even proposing a draw instead of an election.

Elements of constitutional legitimacy

Beyond the issues of politics and public opinion, there are several aspects of constitutional law to be assessed in the relationship between politics, in particular the executive power, and the judicial power represented by the judiciary, always understood as a set of judges and prosecutors.

Article 101 of the Italian Constitution enshrines the principle of the independence of the judge, who must exercise his function under the sole constraint of the law; this is a cardinal principle of the rule of law, which is followed by the principle of the independence of the judiciary as a whole.

Article 104 of the Constitution states that the judiciary is an autonomous order independent of any other power and that the Superior Council of the Magistracy is chaired by the President of the Republic. In the following articles (105-110) it establishes principles on magistrates, emphasising the self-organisation of power outside the control of the executive power of the government.

For these reasons, any interference by politics in what concerns the *Consiglio superiore della Magistratura*, which the Constitution places as a guarantee of the autonomy of the judiciary, can be interpreted as a violation of these principles and the separation of powers.

The first formulation of the legislative decree, according to which the psychologists on the selection board would be appointed by the government and the Minister of Justice would supervise the examinations, would have raised serious concerns. Such a system would certainly have harmed the autonomy of the judiciary, which was not in a position to be independent even in the selection of future magistrates. In that case, the Constitutional Court, if called upon, would certainly have declared the provisions unconstitutional.

The final text, on the other hand, which leaves the choice of experts to the CSM and all decisions on the selection of new judicial auditors to the competition commission with an overall assessment of all the tests, poses fewer problems from the point of view of legitimacy.

Since this provision is contained in a legislative decree of the government, which must follow the guiding principles and criteria given by the parliament in the legislative delegation, some have raised doubts as to whether the delegation was respected; in fact, a judgement of constitutional legitimacy would not seem to be able to stand on this point, because in this case there isn't an explicit provision of the delegation violated by the government's proposal.

Ultimately, despite the changes, the decree does not cease to create debate and perplexity from the points of view of practical utility and political significance. In the meantime, the Magistrates' Association has postponed a national strike hoping for further changes by the time the test comes into force in 2026.

Testing judges and prosecutors

The introduction of the test is more political than practical in significance. The proponents have justified the test with a view to other professions and other legal systems. The test known by the name "Minnesota" would be one that assesses the personality of individuals but on which even the academic community of psychologists does not seem to be in agreement. In addition, competitions involving a psycho-aptitude test do not concern bodies with autonomy and independence (especially from the government) such as the judiciary. In France, aptitude and personality tests had been introduced in 2009 but were considered unnecessary and abolished in 2017.

One could then argue that, since it is necessary for a magistrate to be psychologically fit to perform his or her duties, it would then make more sense to provide for a periodic evaluation for judges carried out by the CSM itself.

As it emerged from the debate, this seems more like another chapter in the long Italian clash between politics and the judiciary, where one tries to prevail over the other and gain public favour.

This reform is not about the judicial system, which is often too slow and cumbersome. Rather, it is a consequence of the recent scandals about "political" affairs within the judiciary that have undermined the figure of judges in the popular view. One of the solutions that are

being put forward would be to separate the career paths of judges and public prosecutors. However, one would need to deal with the prospect of making prosecutors controllable by the government, through the Minister of Justice, or that a possible self-governing body only for prosecutors would not foster a new caste.

The system of the judiciary could be improved in various ways. Any reform should have at its core the smooth functioning of a state power with the aim of guaranteeing the justice. What we witness now is political battles.

Edoardo D'Alfonso Masarié

A Constitutional Reform in Italy to the Detriment of Systemic Balance

doi: 10.59704/0bf790e8710eb8c5

Italy is currently discussing an important reform of its constitution: the introduction of direct elections for the head of government. This is to take place together with the election of both chambers of parliament. In addition, the composition of the two chambers is to be significantly influenced by a new "majority bonus" to be anchored in the constitution.

The draft bill penned by the current government under Giorgia Meloni has passed a six-month review in the Senate's Constitution Committee with a few amendments and is now up for vote in the plenary of the Italian upper house. Although further modifications here and in the other parliamentary chamber, the *Camera dei deputati*, cannot be ruled out, the aim of the reform is not in doubt: the catchphrase of a "*premierato*", a system of government specifically tailored to the person of the prime minister, is emerges clearly.

Lavoisier's principle of chemistry, according to which the same quantity of matter (or power) exists before and after each operation (*il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération*) also applies to constitutional law. Therefore, the question arises which organs, institutions and structures in the Italian constitutional state should lose power if the head of government is to be given noticeably more power. In other words, the reform obviously and primarily benefits the position of the head of government, so that an answer to the meaningful question "*cui prodest*?" – in whose favour? – is clear. However, the related question "*cui obest?*" remains to be addressed: to whose detriment?

The Head of State as guarantor of systemic balance

With the introduction of the direct election of the prime minister, the reform text ties in a profound weakening of the head of state, the *Presidente della Repubblica*. Above all, he would relinquish his powers on forming governments and dissolving parliaments, which make the Italian head of state a moderator of power transitions and a guarantor of systemic balance. The former President of the Italian Constitutional Court, Giuliano Amato, coined the term "accordion" in the hands of the President. As long as the workings and power relations in the parliamentary system are clear, the influence of the head of state remains small and he is left with a notary type of role. However, if party politics becomes entangled in a crisis, the President's options for resolving the crisis become more relevant. From small to large with different tones, like an accordion. The current head of state, Sergio Mattarella, a former professor of constitutional and parliamentary law and himself a former constitutional judge, has often used for his office the metaphor of a referee, who only intervenes when the game is not going according to the rules. Whether music or sport, these similes clearly explain the role and position of the tenant of the Quirinal Palace, the President of Italy.

Decisive for this role are the conditions to which the powers of the head of state are linked. The Constitution of 1947 does not specify any preconditions to which the exercise of presidential powers is subject in the moments of government formation, government crisis and in the decision to dissolve parliament. However, the written constitutional law is supplemented by unwritten, but nonetheless respected, constitutional practices that define and characterise the president's scope of action more closely. In addition to procedural provisions, such as the hearing of all parliamentary forces (the famous *consultazioni*), unwritten constitutional law obliges the president to pursue the goal of the greatest possible stability and to maintain the elected parliament: if there is a possible majority for a (possibly new) government in the current parliament, the Quirinal will always have to favour this option over early elections. This reduces the scope for tactically one-sidedly scheduled snap elections and political bets with the voters' favour, protects functioning parliaments from the will of individual actors and gives priority to the principle of parliamentary stability. This also explains why, despite the well-known large number and

(especially before 1996) short life of Italian cabinets, early parliamentary elections in Italy remain the exception rather than the rule.

This interplay of written and unwritten constitutional law gives the head of state significant control options in times of political crisis and it obliges him to prioritise parliamentary stability. This, admittedly, represents a considerable restriction on manoeuvres of party-politically motivated actors, above all the prime ministers, who cannot discipline their coalition or majority with the threat of a final whistle, as the referee in the crisis and guard of constitutional practices does not form part of party politics, but is enraptured in the Quirinal Palace.

This role of the president over government crises and new elections in the conception of the 1947 constitution and in the *ratio* of actual constitutional practice fits well with the other constitutional powers of the Quirinal – from the appointment of one third of the members of the Constitutional Court, also free of conditions and advice, to the chairmanship of the highest self-governing body of justices. This does not result in a *monarque républicain*, but rather a *pouvoir neutre* with strong competences, which moderates the most orderly possible interaction of all state powers in their various competences and also guarantees the systemic balance in the constitutional state when necessary.

The desired transformation to a one-(wo)man system

The current constitutional reform is clearly directed against this constitutional construction. It wants to make a prime minister, who will be directly elected, the master (or mistress) over life and death of parliament by transferring the powers of the president on dissolving parliament and forming governments to the head of government, or removing them completely. The president would be deprived of his discretionary powers and guarantor functions. Parliament would be completely dependent on the acting prime minister. Even in the event of the premature death of the head of government, the head of state would be bound by the will of the deceased and could only appoint as his successor a member of parliament from the parliamentary majority of the deceased and who formally swears to continue his (or her) government programme. The planned adoption – in the amended Art. 94 of the Constitution – of an instrument purportedly inspired by the German constructive vote of no confidence also proves – on closer inspection – to be an ill-intentioned parody of Art. 67 of the German Basic Law, as a parliamentary majority would be prevented from electing an alternative head of government except in cases of involuntary termination of the previous prime minister's term of office. Under the system planned by the current constitutional reform, there would be no chance of maintaining elected parliaments in which a (possibly new or newly elected) government majority would still be possible: the legislative and executive branches would be entirely dependent on the will of the directly elected head of government.

The *ratio* of the Meloni's constitutional reform emerges clearly. It pursues a profound transformation of the system that would change the parliamentary system of government, which is based on systemic equilibrium and with the President of the Republic as its guarantor, into one in which a single person would be elected by the people and he or she would freely dispose of two state powers, executive and legislative, for one whole legislative term. According to this conception, the umpire duties of the head of state must be transferred to the most powerful player in the political arena, so that the latter can be entirely governed by him and his (or her) direct relationship with the electorate. Coherent with all of this is an additional innovation envisaged in Art. 89 of the Constitution: according to it all official acts of the President would be, with a few exceptions, in the responsibility of the executive and could only be carried out on its advice. This completes the circle of a far-reaching disempowerment of the *Presidente della Repubblica* and his transformation from guarantor and guard of constitutional procedures to a mere state notary. This would be the final blow to the presidential "accordion".

On continuities in Italy's right-wing constitutional policy

Given the country's constitutional history, it comes as no surprise that such proposals are coming from the political spectrum that currently governs Italy. The 2006 constitutional reform submitted to the electorate by the coalition led by Silvio Berlusconi and ultimately failed, already sought to significantly strengthen the position and powers of the head of government, who should also have been formally renamed "prime minister", at the expense of parliament and the head of state. In addition, the predecessor parties of Meloni's *Fratelli d'Italia* (MSI, AN) had for decades advocated the transformation of the par-

liamentary system into a presidential system of government, with a strong man – or woman – at its centre instead of a balance between state powers and a president as referee to guarantee this. Even in the early years of the Republic, after the adoption of the 1947 Constitution, the then post-fascist MSI party did not agree with the choice in favour of the parliamentary system. However, the rejection of the forces of the Italian right for supreme guarantor functions goes back even further in history: in the 1930s and early 1940s, Benito Mussolini repeatedly expressed his frustration with the role of the Italian royal family, which still existed despite the dictatorship, to representatives of the then German government and complained about its loyalty – to himself, of course. This is evidenced by a series of accounts from those years, which historians have carefully analysed.

Although comparisons between fundamentally different systems and eras do not usually help much, significant lines of continuity can be recognised here. On the one hand, the constitutional practice that shapes the role of the Italian president to this day is in part a further development of unwritten constitutional law from the monarchical period before the fascist takeover. Even then, the role of the head of state in the political system was characterised by an interplay between written and unwritten constitutional law, which – at least for the liberal era up to 1922 – resulted more in a limitation of the power of the executive in favour of the parliaments rather than a supremacy of the king. Probably also for reasons of consensus, the legislation of the fascist dictatorship (1922-1943) only ventured into the role and powers of the king to a limited extent, so that precisely the monarch's powers on government reshuffle could be used in order to legally overthrow Mussolini in 1943. So, if the current role of the Italy's President is a further development of the one that already applied during the kingdom era, the suspicion of Italian right-wing politics against the systemic guarantor functions of the head of state seems to owe its origins to a long-standing frustration with everything in the state that stands in the way of a vertically structured relationship between the political leader and the people. Previous system changes and generational successions seem to have done little to change the hard core of this dispute.

The wrong conclusions from chronic government instability

The fact that Italy's executives suffer from chronic instability is known worldwide and is a constant issue in Italian politics. Appropriate solutions have been discussed for decades. Whether constitutional law is the primary field in which greater government stability can be achieved through reforms is, however, an open question. In any case, it is worth noting that stable governments are certainly possible even under current law – just mention Europe's and republican Italy's founding father Alcide Degasperi, uninterrupted prime minister from 1945 to 1953, and the recently deceased Silvio Berlusconi, in office with undoubted stability from 2001 to 2006 and 2008 to 2011. And the current government under Giorgia Meloni also appears to be stable, thanks to the strength of the political forces which support her.

Despite all possible differences of opinion on the diagnosis and therapy for Italian government instability, the powers of the Italy's President can hardly be considered the cause of the wide variety and the short terms of office of the executives in Rome. The interplay between constitutional text and constitutional practices obliges the head of state to provide more stability, not less. His powers only become relevant when governments are already in crisis and party politics cannot find a solution. Accusing the president of instability is reminiscent of those sports fans who, at the top of their voices, only ever blame the referee for the poor performance of the teams playing. Such a posture cannot lead to a constructive and workable constitutional policy.

In conclusion, this reform project of Meloni's cabinet brings to light an old guiding principle that favours a vertical democracy, a one-(wo)man system, over the parliamentary system. The fact that a head of state with the powers of current constitutional law would stand in the way of such a concentration of power is not only an analytically correct conclusion, but also precisely the reason why the fathers and mothers of the constitution and almost eight decades of republican state policy have shaped the role of the president as it is. By strengthening the power of the prime minister to the detriment of the guarantor functions of the head of state, Italy would gain nothing in terms of democratic stability. Instead, it would lose a great deal in terms of checks and balances in its political system.

Edoardo D'Alfonso Masarié

Eine Verfassungsreform in Italien zulasten systemischen Gleichgewichts

doi: 10.59704/d9c3f8664388cefe

Italien diskutiert gerade eine wichtige Reform seiner Verfassung: die Einführung der Direktwahl des Regierungsoberhaupts. Sie soll zusammen mit der Wahl beiden Parlamentskammern stattfinden. Zusätzlich soll die Zusammensetzung der beiden Kammern mit einem in der Verfassung neu zu verankernden „Mehrheitsbonus" maßgeblich beeinflusst werden.

Der Gesetzesentwurf aus den Federn der amtierenden Regierung unter Giorgia Meloni hat eine sechsmonatige Prüfung im Verfassungsausschuss des Senats mit einigen Änderungen überstanden. Über ihn stimmt nun in diesen Stunden das Plenum des italienischen Oberhauses ab. Obschon weitere Modifizierungen hier sowie in der anderen Parlamentskammer, der *Camera dei deputati*, nicht gänzlich ausgeschlossen sind, steht das Ziel der Reform nicht in Frage: das Schlagwort eines „*Premierato*", also eines eigens auf den Premierminister zugeschnittenen Regierungssystems, trifft in der Sache durchweg zu.

Da aber auch in Verfassungssystemen der Lavoisier'sche Grundsatz der Chemie gilt, wonach vor und nach jeder Operation die gleiche Quantität Materie (beziehungsweise Macht) existiert (*il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération*), stellt sich die Frage, welche Organe, Institute und Zusammenhänge im italienischen Verfassungsstaat an Macht verlieren sollen, will man dem Regierungsoberhaupt spürbar mehr Macht zuweisen. Mit anderen Worten: die Reform nutzt offensichtlich und vorranging der Stellung des Regierungschefs, sodass eine Antwort auf die Sinnfrage „*cui prodest*?" – Zu wessen Gunsten? – schnell geliefert ist. Zu thematisieren bleibt aber die verbundene und spiegelbildliche Sinnfrage „*cui obest?*": zu wessen Lasten?

Das Staatsoberhaupt als Garant des systemischen Gleichgewichts

Mit der Einführung der Direktwahl des Ministerpräsidenten knüpft der Reformtext eine weitreichende Schwächung des Staatsoberhauptes, des *Presidente della Repubblica*, welcher nun deutlich an Befugnissen verlieren soll. Abtreten würde er vor allem seine Kompetenzen bei Regierungsbildung und Parlamentsauflösung, die das italienische Staatsoberhaupt zu einem Moderator der Machtübergänge und einem Garanten des systemischen Gleichgewichts machen. Der einstige Verfassungsgerichtspräsident Giuliano Amato prägte dafür den Begriff eines Akkordeons in den Händen des Staatspräsidenten. Sind die Abläufe und Kräfteverhältnisse im parlamentarischen System klar, bleiben die Befugnisse des Staatschefs klein und ihm verbleibt eine eher notarielle Rolle. Verfährt sich aber die Parteienpolitik in eine Krise, werden seine Möglichkeiten zur Krisenlösung groß. Von klein bis groß mit unterschiedlichen Tonklängen, wie ein Akkordeon eben. Der amtierende Staatschef Sergio Mattarella, seines Zeichens ehemaliger Ordinarius für Staats- und Parlamentsrecht sowie selbst einstiger Verfassungsrichter, hat häufig für sein Amt die Metapher eines Schiedsrichters verwendet, der nur einschreitet, wenn das Spiel nicht regelgemäß läuft. Gleich ob Musik oder Sport, durch diese Gleichnisse werden Rolle und Stellung des Hausherrn auf dem Quirinalpalast, des Staatspräsidenten also, klar.

Entscheidend für diese Rolle sind die Bedingungen, an die die Kompetenzen des Staatsoberhaupts geknüpft sind. Die Verfassung von 1947 nennt keine Vorbedingungen für die Ausübung der präsidentiellen Befugnisse in den Momenten von Regierungsbildung, Regierungskrise und in der Entscheidung über eine Parlamentsauflösung. Ergänzt wird jedoch das geschriebene Verfassungsrecht durch ungeschriebene, aber nichtsdestominder eingehaltene Verfassungspraxen, die die Spielräume des Präsidenten dichter bestimmen und prägen. Neben prozeduralen Bestimmungen, zum Beispiel zur Anhörung aller parlamentarischen Kräfte, die berühmten *consultazioni*, verpflichtet das ungeschriebene Verfassungsrecht den Staatspräsidenten dem Ziel der größtmöglichen Stabilität und der Aufrechterhaltung der gewählten Volksvertretung. Gibt es im gegenwärtigen Parlament eine mögli-

che Mehrheit für eine (gegebenenfalls neue) Regierung, wird der Quirinal immer diese Möglichkeit gegenüber vorgezogenen Neuwahlen bevorzugen müssen. Dies verringert den Raum für taktisch einseitig terminierte Urnengänge und politische Wetten mit der Wählergunst, schützt arbeitsfähige Parlamente vom Willen einzelner Akteure und gibt dem Prinzip der Parlamentsstabilität Vorrang. Auch so erklärt sich, dass trotz der bekannten Vielzahl und (besonders vor 1996) Kurzlebigkeit italienischer Kabinette, vorgezogene Parlamentswahlen in Italien eher die Ausnahme als die Regel bleiben.

Dieses Zusammenspiel aus geschriebenem Verfassungsrecht und ungeschriebenen Verfassungspraxen, das dem Staatsoberhaupt gewichtige Steuerungsmöglichkeiten in der Krise gibt und es gleichzeitig dem Vorrang der Parlamentsstabilität verpflichtet, stellt freilich eine erhebliche Einschränkung der Gestaltungslust parteipolitisch motivierter Akteure, allen voran der Ministerpräsidenten, die ihre Regierungskoalition bzw. -mehrheit nicht mit der Drohung eines Schlusspfiffs disziplinieren können. Bisher sitzt der Schiedsrichter in der Krise und Hüter der Verfassungspraxen nicht in der Parteienpolitik, sondern auf dem hohen Quirinalpalast.

Diese Rolle des Präsidenten über Regierungskrisen und Neuwahlen in der Konzeption der Verfassung von 1947 und in der *ratio* der gelebten Verfassungspraxis reimt sich mit den weiteren verfassungsmäßigen Befugnissen des Quirinals – von der ebenfalls von Bedingungen und Empfehlungen freien Ernennung eines Drittels der Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs bis zum Vorsitz im höchsten Selbstverwaltungsgremium der Richter. Daraus resultiert kein *monarque républicain*, aber wohl ein kompetenzstarker *pouvoir neutre*, der ein möglichst geordnetes Zusammenspiel aller staatlichen Gewalten in ihren unterschiedlichen Kompetenzen moderiert und das systemische Gleichgewicht im Verfassungsstaat bei Not auch garantiert.

Die erstrebte Wandlung hin zu einem one-(wo)man-System

Gegen diese verfassungsstaatliche Konstruktion richtet sich eindeutig die gegenwärtige Verfassungsreform. Sie will ein künftig direkt zu wählender Ministerpräsident zum Herrn (oder Herrin) über Leben und Tod des Parlamentes machen, indem die Befugnisse des Staatspräsidenten über Parlamentsauflösung und Regierungsbildung dem Regierungschef übergingen und ganz verschwänden. Dem Staatspräsidenten wären seine Ermessenspielräume und Garantiefunktionen entzogen, und das Parlament stünde in einem nackten Abhängigkeitsverhältnis zum Ministerpräsidenten. Selbst bei vorzeitigem Tode des Regierungschefs wäre das Staatsoberhaupt an den Willen des Verstorbenen gebunden und dürfte zum dessen Nachfolger ausschließlich ein Parlamentsmitglied ernennen, das aus des Toten Parlamentsmehrheit stammt und sein Regierungsprogramm auch formell fortführt. Auch die Einführung – im novellierten Art. 94 der Verfassung – eines angeblich vom bundesdeutschen konstruktiven Misstrauensvotum inspirierten Instituts beweist sich bei genauerem Hinschauen als eine schlechtgemeinte Parodie des Art. 67 GG, da es einer parlamentarischen Mehrheit verwehrt bliebe, ein alternatives Regierungsoberhaupt zu wählen außer den Fällen unfreiwilliger Beendigung der Amtszeit des bisherigen Ministerpräsidenten. Für den Erhalt gewählter Volksvertretungen, in denen eine (gegebenenfalls neue oder neu geführte) Regierungsmehrheit noch möglich wäre, gäbe es im System der gegenwärtigen Verfassungsreform keine Chance: Vom Willen des direktgewählten Regierungschefs hingen Legislative und Exekutive vollumfänglich ab.

Die *ratio* der Verfassungsreform des Kabinetts Meloni ist also klar. Sie verfolgt eine tiefgehende Systemtransformation, mit der das auf systemisches Gleichgewicht bedachte und mit dem Staatspräsidenten als dessen Garant eingesetztes parlamentarisches Regierungssystem zu einem verwandelt würde, in dem ein einziger Mensch vom Volk gewählt und er (oder sie) eine Legislaturperiode lang über zwei Staatsgewalten, Exekutive und Legislative, frei verfügen würde. Dieser Konzeption nach müssen die schiedsrichterlichen Aufgaben des Staatsoberhaupts dem mächtigsten Spieler im Politikbetrieb übergehen, damit dieser gänzlich nach ihm und seinem direkten Verhältnis zum Wahlvolk gerichtet werden kann. Mit all dem kohärent ist die zusätzliche vorgesehene Neuerung des Art. 89 der Verfassung, wonach außer wenigen Ausnahmen alle Amtshandlungen des Staatspräsidenten in die Verantwortung der Regierung gezogen würden und nur auf deren Vorschlag vorgenommen werden dürften. Dies schließt den Kreis einer weitreichenden Entmachtung des *Presidente della Repubblica* und seiner Wandlung vom Garanten und Hüter der verfassungsstaatlichen Abläufe zu einem bloßen Staatsnotar. Das staats-

oberhäuptliche Akkordeon wäre damit endgültig ausgespielt.

(Ge)wichtige Kontinuitäten in der Rechten Verfassungspolitik

Dass solche Vorschläge aus dem gegenwärtig in Italien regierenden Lager kommen, kann angesichts der verfassungspolitischen Geschichte des Landes nicht überraschen. Schon die 2006 dem Wahlvolk unterbreitete und bei diesem letztendlich gescheiterte Verfassungsreform der von Silvio Berlusconi geführten Koalition verfolgte eine signifikante Stärkung der Stellung und Befugnisse des Ministerpräsidenten, der auch formell in „Premierminister" hätte umbenannt werden sollen, zulasten von Parlament und Staatsoberhaupt. Außerdem befürworteten die Vorgängerparteien von Melonis *Fratelli d'Italia* (MSI, AN) jahrzehntelang die Umkrempelung des parlamentarischen in ein präsidentielles Regierungssystem, mit einem starken Mann – oder einer starken Frau – im Zentrum anstatt eines Gleichgewichts zwischen staatlichen Gewalten und eines Präsidenten als Schiedsrichter, der dieses garantiert. Schon in den frühen Jahren der Republik, nach Verabschiedung der Verfassung von 1947, war die damals unmittelbar postfaschistische Partei MSI mit der Wahl für das parlamentarische System nicht einverstanden. Die Ablehnung der Kräfte der italienischen Rechten für staatsoberhäuptliche Garantiefunktionen geht jedoch geschichtlich noch weiter zurück: Wiederholt äußerte Benito Mussolini in den Dreißiger- und frühen Vierzigerjahren auch gegenüber Vertretern der damaligen deutschen Reichsregierung seine Frustration für die trotz Diktatur noch existierende Rolle des italienischen Königshauses und beklagte sich über dessen Loyalität – zu ihm selbst freilich. Davon zeugen reihenweise die Überlieferungen aus jenen Jahren, die die Geschichtswissenschaft uns sorgfältig erschließt.

Obwohl Vergleiche zwischen fundamental unterschiedlichen Systemen und Epochen in der Regel nicht viel weiter helfen, sind hier signifikante Kontinuitätslinien erkennbar. Einerseits ist die Verfassungspraxis, die die Rolle des italienischen Staatspräsidenten bis heute formt, zum Teil eine Fortentwicklung des ungeschriebenen Verfassungsrechts aus der monarchischen Zeit vor der faschistischen Machtübernahme. Auch damals prägte ein Zusammenspiel zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht die Rolle des Staatsoberhaupts im politischen System, was – zumindest für die liberale Ära bis 1922 – eher eine Begrenzung der Macht der Exekutiven zugunsten der Parlamente zur Folge hatte als eine Übermacht des Königs. Wohl auch aus Konsensgründen wagte sich die Gesetzgebung der faschistischen Diktatur (1922-1943) nur in begrenztem Ausmaß an die Rolle und Befugnisse des Königs, sodass genau auf Kompetenzen des Monarchen bei einer Regierungsumbildung zurückgegriffen werden konnte, um 1943 Mussolini in legaler Weise zu stürzen. Ist also die heutige Rolle des italienischen Staatspräsidenten zum Teil eine Fortentwicklung derer, die schon zur Zeit des Königtums galt, so scheint der Argwohn der italienischen Rechten für staatsoberhäuptliche systemische Garantiefunktionen seinen Ursprung einer weit zurückgehenden Frustration zu verdanken für alles im Staate, was einem vertikal aufgebauten Verhältnis zwischen politischem Chef und Volk entgegensteht. An dem harten Kern dieses Disputs scheinen bisherige Systemwechsel und Generationennachfolgen wenig geändert zu haben.

Die falschen Schlüsse aus der chronischen Regierungsinstabilität

Dass Italiens Exekutiven unter chronischer Instabilität leiden, ist weltweit bekannt und in der italienischen Politik ein dauernd präsentes Thema, wofür seit Jahrzehnten um angemessene Lösungen gerungen wird. Ob das Verfassungsrecht das primäre Feld ist, auf dem durch Reformen eine größere Beständigkeit der Regierungen erreicht werden kann, ist jedoch eine offene Frage. Festgehalten kann jedenfalls daran, dass auch bei geltendem Recht durchaus stabile Regierungen möglich sind – erwähnt hierfür seien nur Europas und des republikanischen Italien Gründungsvater Alcide Degasperi, ununterbrochen Ministerpräsident von 1945 bis 1953, und der kürzlich verstorbene Silvio Berlusconi, im Amt mit unbezweifelter Stabilität 2001 bis 2006 sowie 2008 bis 2011. Und auch derzeit scheinen Legislaturperiode und Regierung unter Giorgia Meloni dank der klaren Kräfteverhältnisse in Zeichen der Beständigkeit zu laufen.

Bei allen möglichen Meinungsverschiedenheiten über Diagnose und Therapie für die italienische Regierungsinstabilität können jedoch die Befugnisse des Staatspräsidenten schwer als ursächlich für Vielzahl und Kurzlebigkeit der römischen Exekutiven gelten. Das Zusammenspiel aus Verfassungstext und Verfassungspraxen ver-

pflichtet das Staatsoberhaupt zu mehr, nicht weniger Stabilität, und außerdem kommen seine Kompetenzen nur dann in Frage, wenn Regierungen bereits in der Krise sind und die Parteienpolitik dafür keine Lösung finden kann. Nun den Staatspräsidenten der des Landes Instabilität zu bezichtigen, erinnert an diejenigen Sportfans, die aus vollem Halse der schlechten Leistung der spielenden Mannschaften immer nur den Schiedsrichter beschuldigen. Konstruktive und tragfähige Verfassungspolitik erwächst daraus nicht.

Vielmehr tritt mit diesem Reformvorhaben des Kabinetts Meloni eine alte Leitvorstellung zutage, die dem parlamentarischen System eine vertikale Demokratie, ein *one-(wo)man*-System präferiert. Dass ein Staatsoberhaupt mit den Kompetenzen des geltenden Verfassungsrechts einer solchen Machtkonstellation und -konzentration im Wege stünde, ist nicht nur ein analytisch richtiger Schluss, sondern auch genau der Grund, weswegen Verfassungsväter, -mütter und fast acht Jahrzehnte republikanische Staatspolitik die Rolle des Präsidenten so geprägt haben, wie sie ist. Mit einer Stärkung der Macht des Ministerpräsidenten zulasten staatsoberhäuptlicher Garantiefunktionen würde Italien also nichts an demokratischer Stabilität gewinnen, dafür aber vieles an Ausgewogenheit und *checks and balances* im politischen System verlieren.

Der Beitrag ist auch auf Englisch erschienen.

Odile Ammann

Nur vom Volk abhängig?

Warum es in der Schweiz wohl eine Volksinitiative braucht, um den parlamentarischen Lobbyismus zu regulieren

doi: 10.59704/df10296d81eb0b98

Das Schweizer Parlament wehrt sich nach wie vor gegen weitergehende Transparenzvorschriften, die seine eigene Tätigkeit betreffen. Dieses Mal geht es um die Nebeneinkünfte der Parlamentsmitglieder: Am 28. Mai 2024 beschloss der Ständerat auf Empfehlung der Mehrheit seiner Staatspolitischen Kommission (SPK-S), eine parlamentarische Initiative zur Angabe von Einkommensspannen abzulehnen.

Aktuell sieht das Parlamentsgesetz lediglich vor, dass die Ratsmitglieder beim Amtsantritt und jeweils auf Jahresbeginn gewisse Interessenbindungen offenlegen müssen (siehe Artikel 11). Diese sind in einem öffentlichen Register einsehbar. Seit Dezember 2019 muss ausserdem angegeben werden, ob ein Mandat entschädigt wird oder nicht. Zurzeit verlangt das Gesetz keine Offenlegung von Einkommensspannen, und schon gar nicht von präzisen Beträgen, was schon mehrmals erfolglos gefordert wurde (siehe etwa hier). Spesenentschädigungen werden gemäss Parlamentsgesetz nicht als Entgelt betrachtet und sind somit nicht offenzulegen.

Vor diesem Hintergrund bezweckte die 2022 von der damaligen Grünen Ständerätin Lisa Mazzone eingereichte parlamentarische Initiative die Einführung zusätzlicher Offenlegungspflichten für die Parlamentsmitglieder. Diese hätten nicht nur bestimmte Interessenbindungen sowie die bezahlte oder ehrenamtliche Natur dieser Mandate offenlegen sollen, sondern auch „das Datum des Beginns der Tätigkeit“ sowie, für entschädigte Mandate, deren jährliche Einkommensspanne.

Wie es die Medienmitteilung zur Ablehnung des Vorstosses durch den Ständerat nüchtern zusammenfasst: „Das Geschäft ist somit vom Tisch.“ Dies, obwohl die SPK-S 2023 – vor den eidgenössischen Parlamentswahlen – einen „Handlungsbedarf“ in dieser Angelegenheit anerkannt hatte. Die Ablehnung des Vorstosses durch ihre Schwesterkommission (SPK-N) im Januar 2024 wurde anschliessend von der SPK-S verwendet, um „ihre“ ursprüngliche Zustimmung zu kippen.

Was nicht als erledigt betrachtet, sondern ausführlicher diskutiert und kritisch hinterfragt werden sollte, sind die Argumente, mit denen der Ständerat am Status Quo festhält). An den rekurrierenden Leitthemen in der Transparenzdebatte hat sich kaum etwas geändert. Wie auch im Zusammenhang mit anderen verwandten Geschäften – man denke etwa an die Transparenzinitiative – beharrt der Ständerat auf den Besonderheiten des Milizparlaments sowie auf dem Schutz der Privatsphäre. Hinzu kommen bei diesem Geschäft auch der angeblich fehlende Kausalzusammenhang zwischen Geld und Abhängigkeit sowie das vermeintlich fehlende Interesse der Wählerschaft an solchen Informationen. All dies sollen stichhaltige Gründe sein, mehr Transparenz in Sachen Nebeneinkünften abzulehnen.

Wie der vorliegende Beitrag zeigt, entfernt sich das Parlament mit dieser Argumentation immer mehr von den Wählerinteressen – und damit von seinem verfassungsrechtlichen Auftrag, wonach es nur vom Volk abhängig sein darf.

Das „Milizparlament“ als nützliche Fiktion

In der Debatte im Ständerat wurde unaufhörlich wiederholt, dass sowohl das Parlament als auch das Volk an das Milizsystem glaubten. Dies wurde auch von der Genfer Nationalrätin Simone de Montmollin betont, die den Beschluss des Ständerates in der Westschweizer Radiosendung „Forum“ zustimmend kommentierte. Auch Ständerat und Vertreter der Kommissionsmehrheit Daniel Jositsch unterstrich dies in der Ratsdebatte: Das Milizsystem bringe es mit sich, dass die Parlamentsmitglieder (auch bezahlte) Nebenbeschäftigungen ausübten. Zudem wurde das Schreckgespenst eines Berufsparlaments heraufbeschworen und auf ausländische Beispiele verwiesen, die belegen sollten, dass das schweizerische Modell diesen anderen Systemen überlegen sei.

Problematisch sind allerdings die impliziten Annahmen, auf denen diese Argumentation fusst. Zunächst ist

die Terminologie, die in dieser Debatte verwendet wird, missverständlich. Zutreffender ist die Sprache, die im Bericht der SPK-S vom 9.4.2024 zum genannten Geschäft verwendet wird: Das Parlament ist kein Miliz-, sondern ein „Halbberufsparlament". Ständerätin Heidi Z'graggen nahm kein Blatt vor den Mund: Das Milizparlament sei eine „Fiktion", bei gewissen Parlamentsmitgliedern müsse sogar von Berufsparlamentariern gesprochen werden. In der Tat belegen politikwissenschaftliche Studien, dass die Ratsmitglieder immer mehr Zeit für ihr politisches Amt aufwenden.

Zweitens vertritt das Parlament das Volk – egal, ob es sich um ein Miliz-, Halbberufs- oder Berufsparlament handelt. Ob die Parlamentsmitglieder persönlich – aus welchen Gründen auch immer – am „Milizsystem" hängen, ist zweitrangig. Der verfassungsrechtliche Auftrag des Parlaments ist klar: Zu dessen wichtigsten Kompetenzen gehört die Gesetzgebung im öffentlichen Interesse, d.h. im Interesse der Wählerinnen und Wähler.

Nun kann man gewiss darüber streiten, was im öffentlichen Interesse ist und was nicht – doch genau das, nämlich die Ermittlung des öffentlichen Interesses, ist die Aufgabe eines demokratisch gewählten Parlaments. Der Gesetzgebungsprozess zielt darauf ab, dass dieses öffentliche Interesse in einem offenen, diskursiven und transparenten Verfahren eruiert werden kann. Mit dem verfassungsmässigen Auftrag des Parlaments unvereinbar ist hingegen ein Prozess, der von Partikularinteressen vereinnahmt wird und sich damit begnügt, diese im Gesetz festzuhalten, ohne sie zuerst gegen andere legitime Interessen abzuwägen. Auch in einem Milizsystem vertreten Parlamentsmitglieder ihre Wählerschaft und nicht etwa andere Mandanten, seien dies Unternehmen, Stiftungen, Gewerkschaften oder Nichtregierungsorganisationen.

Was bedeutet dies für die Nebenbeschäftigungen der Parlamentsmitglieder? Diese sind nach geltendem Recht keineswegs verboten. Die Verfassung sieht allerdings vor, dass Interessenbindungen transparent gemacht werden müssen. Transparenz ist kein Selbstzweck, sondern muss darauf abzielen, für die Wählerschaft wesentliche Informationen offenzulegen. Dazu gehören potenzielle Abhängigkeiten sowie deren Intensität. Diese Informationen sind für die Wählerschaft relevant und ermöglichen deren freie Willensbildung – ein Rechtsgut, das verfassungsrechtlichen Schutz geniesst (siehe Artikel 34 Absatz 2 der Bundesverfassung; zu diesem Aspekt siehe auch hier). Wie es die Radiosendung „Echo der Zeit" treffend zusammenfasste: Bei parlamentarischen Transparenzvorschriften geht es darum, offenzulegen, „welche Interessen einen Entscheid allenfalls beeinflussen" – nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Die Privatsphäre als vermeintliche Schranke der Transparenz

In der politischen Transparenzdebatte ziehen juristische und insbesondere verfassungsrechtliche Aspekte regelmässig den Kürzeren. Eine Ausnahme bildet der Schutz der Privatsphäre, der von den Gegnern der Transparenz immer wieder erwähnt wird.

Dass die Privatsphäre verfassungsrechtlich geschützt ist (Artikel 13), dürfte unumstritten sein. Doch die Verfassung hält auch fest, dass Grundrechte unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden können (Artikel 36). Das Recht auf Privatsphäre ist nicht schrankenlos (wenn man von seinem Kerngehalt absieht, der durch die zur Diskussion stehende Offenlegungspflicht aber offensichtlich nicht verletzt wird). Es muss gewisse Einschränkungen ertragen, sofern diese gesetzlich vorgesehen, einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sind. Die im Parlamentsgesetz verankerten Transparenzvorschriften enthalten zudem einen Vorbehalt zugunsten des Berufsgeheimnisses und tragen somit dem Schutz der Privatsphäre durchaus Rechnung.

Die im Rat gemachte Anspielung, Forderungen nach mehr Transparenz in Sachen Nebeneinkünften seien voyeuristisch, überzeugt nicht. Die Parlamentsmitglieder üben ein öffentliches Amt aus und vertreten das Volk. Ihre Nebeneinkünfte sind nicht reine Privatsache. Nebentätigkeiten sind geeignet, Abhängigkeiten zu begründen (siehe dazu sogleich) und die freie Ermittlung des öffentlichen Interesses zu verhindern. Die Offenlegung von Nebeneinkünften ist somit im öffentlichen Interesse. Umso mehr trifft dies auf Einkommensspannen zu, da lediglich eine Grössenordnung transparent gemacht wird.

Die Transparenzgegner wenden ein, dass schon seit einiger Zeit die Pflicht besteht, anzugeben, ob ein Mandat entschädigt wird oder nicht. Sie warnen vor einer Salamitaktik: Es sei damit zu rechnen, dass als Nächstes die Offenlegung der genauen Beträge gefordert würde – und allenfalls noch weitere Informationen, die die Öffentlichkeit nichts angingen.

Diese Argumentation verkennt, dass Transparenz kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zweck darstellt. Im konkreten Fall besteht dieser Zweck im Schutz der Wahl- und Abstimmungsfreiheit sowie der Integrität des Gesetzgebungsprozesses. Mit anderen Worten hat Transparenz Grenzen – nämlich dann, wenn sie diesen Zweck nicht mehr erfüllt.

Bei der Offenlegung von Einkommensspannen besteht allerdings keine solche Gefahr. Es handelt sich, wie Ständerat und Vertreter der Kommissionsminderheit Mathias Zopfi betont, um eine „liberale Lösung". Auch im Kommissionsbericht betont die Minderheit, der Vorstoss sei „verhältnismässig und ausgewogen".

Im Ständerat wurde teilweise bemängelt, dass bei der Offenlegung von Nebeneinkünften gleichzeitig auch die von Dritten erhaltenen Entschädigungen offengelegt würden, was aus Sicht der Privatsphäre problematisch sei. Auch dieses Argument überzeugt nur bedingt. Erstens erhalten Parlamentsmitglieder nicht zwingend dieselbe Entschädigung wie Dritte. Darüber kann allerdings nur spekuliert werden, da die Höhe dieser Entschädigungen in der Regel unbekannt bleibt. Zweitens haben Parlamentarierinnen und Parlamentarier besondere Pflichten, die eine Offenlegung gebieten. Der Verweis auf Dritte, die keinen solchen Pflichten unterliegen, vermag diese besondere Stellung nicht wegzudiskutieren.

Vermeintlicher fehlender Kausalzusammenhang zwischen Geld und Abhängigkeit

Ein Stichwort, das in der Diskussion immer wieder fiel, ist jenes der Abhängigkeit. Dabei wurde teilweise in Frage gestellt, dass eine Entschädigung Abhängigkeiten zu begründen vermöge. Im Rat wurde geltend gemacht, dass die Offenlegung von Entschädigungsspannen kein geeignetes Mittel sei, um das Bestehen bzw. die Intensität einer potenziellen Abhängigkeit zu ermitteln. Auch im Kommissionsbericht wird festgehalten, dass es sich bei der Höhe der Entschädigung nicht um einen verlässlichen Indikator handle, um „über den Abhängigkeitsgrad in einer Mandatsbeziehung und über deren Intensität" zu urteilen. Ständerat Daniel Fässler gab zudem zu bedenken, dass das Engagement der Ratsmitglieder nicht von potenziellen Entschädigungen abhänge.

Tatsächlich sind Abhängigkeiten nicht zwingend finanzieller Natur. Die Ratsmitglieder sind auf zahlreiche Ressourcen angewiesen, die sich nicht unbedingt in Form von Geld manifestieren. Wie im Kommissionsbericht angemerkt wird, können auch unbezahlte Mandate Abhängigkeiten begründen. Allerdings stellt Geld eine objektiv quantifizierbare Ressource dar, die Auskunft über potenzielle ökonomische Abhängigkeiten geben kann. Wie es die NZZ pointiert ausdrückt: „Wer beisst schon die Hand, die einen mitfüttert?" Ausserdem geht es weniger um tatsächliche Abhängigkeiten als um deren Anschein. In diese Richtung zielte auch das Votum von Ständerätin Z'graggen, wonach die Wahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger ausschlaggebend sei.

Es mag durchaus zutreffen, dass sich Ratsmitglieder ungeachtet einer Entschädigung für bestimmte Themen besonders engagieren. Die relevante Frage ist allerdings, ob eine Entschädigung so hoch ist, dass sie die Handlungsfreiheit des Ratsmitglieds faktisch einschränkt.

Dies bedeutet keineswegs, dass gegen andere (nicht ökonomische) Formen der Abhängigkeit nichts unternommen werden muss. So können Verwandtschafts- oder sonstige persönliche Verhältnisse zu problematischen Interessenskonflikten führen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass Geld ein wichtiger, bezifferbarer Indikator ist, um zu ermitteln, ob ein Parlamentsmitglied tatsächlich frei handelt oder nicht. Dieser könnte problemlos im Register der Interessenbindungen abgebildet werden. Teilweise wurde im Rat argumentiert, ein Mandat bedeute nicht automatisch das Bestehen einer Interessenbindung. Was eine (offenlegungspflichtige) Interessenbindung ist, wird allerdings durch das Parlamentsgesetz definiert. Soll diese Definition in Frage gestellt werden, muss das Parlamentsgesetz geändert werden.

„Abhängigkeiten gibt es ohnehin, kein Parlamentsmitglied kommt interessenfrei hierher", wurde im Ständerat vorgebracht. Dieses Argument verkennt, dass nicht jede „Abhängigkeit" und nicht jedes „Interesse" per se problematisch ist. Massgebend ist, ob das Ratsmitglied hinreichend frei handeln kann, wenn es darum geht, das öffentliche Interesse zu definieren; ob es in der Lage ist, seine Meinung zu ändern und sich durch das bessere Argument überzeugen zu lassen. Das sozioökonomische Milieu, die geographische Herkunft oder sonstige Eigenschaften eines Ratsmitglieds sind durchaus geeignet, dessen Stellungnahmen zu beeinflussen, was allerdings nichts Anrüchiges hat. Wichtig ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass die Zusammensetzung des Parlaments hinreichend divers ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Feststellung von Ständerä-

tin Z'graggen, dass Frauen und jüngere Ratsmitglieder (und nicht nur Angehörige bestimmter Parteien) eine höhere Bereitschaft zeigten, ihre Nebeneinkünfte freiwillig offenzulegen. Zu beachten ist auch, dass das Ideal des Milizsystems diese Diversität nur beschränkt gewährleistet: U.a. aufgrund der niedrigen Entlöhnung der Parlamentsmitglieder haben gewisse Bevölkerungsgruppen kaum Zugang zum parlamentarischen Amt.

Interessanterweise nannte Nationalrätin de Montmollin eine weitere Verfassungsbestimmung, die vermeintlich Abhilfe gegen Abhängigkeiten leisten soll, und zwar das in Artikel 161 Absatz 1 der Bundesverfassung verankerte Instruktionsverbot. In der Tat könnte man denken, dass das an die Parlamentsmitglieder adressierte Gebot, ohne Weisungen zu stimmen, eine wichtige Garantie gegen problematische – etwa ökonomische – Abhängigkeiten darstellt. Doch solche Formen der Abhängigkeit erfasst Artikel 161 Absatz 1 gerade nicht. Vielmehr beschränkt sich die Bestimmung darauf, zu verhindern, dass Parlamentsmitglieder sich vertraglich verpflichten, auf eine bestimmte Art und Weise zu stimmen. Solche Verträge würden rechtlich ohne Wirkung bleiben. Hingegen ist diese Bestimmung – wie sie heute durch die herrschende Meinung ausgelegt wird – zahnlos, wenn es darum geht, den Einfluss von Interessengruppen auf das Parlament einzudämmen.

Es könnte durchaus argumentiert werden, dass das verfassungsrechtliche Instruktionsverbot auf eine extensivere Weise auszulegen ist, die auch faktische Abhängigkeiten umfasst. Eine solche Auslegung wäre aber gewiss weniger liberal als der Vorschlag, eine Pflicht zur Offenlegung von Entschädigungsspannen einzuführen.

Angebliches fehlendes Interesse der Wählerschaft an weitergehender Transparenz

Immer wieder wurde in der Debatte auf die vermeintlichen Erwartungen und Wünsche der Wählerschaft gepocht. So wurde im Rat vorgebracht, die Wählerschaft habe kein Interesse an solchen Informationen, unter anderem, weil kraft Gesetzes bereits offengelegt werden müsse, ob ein Mandat entschädigt werde oder nicht. Dass die bestehenden Offenlegungspflichten ausreichten, hatte auch die SPK-N in ihrer Medienmitteilung vom 12.1.2024 dargelegt, mit der Begründung, es sei „nicht zu erwarten, dass seitens der Bevölkerung ein grosses Interesse an dieser Information besteh[e]". Angaben zu den Einkommensspannen seien „von den Bürgerinnen und Bürgern gar nicht erwünscht". Ähnlich meinte Ständerat Daniel Fässler, dass solche Angaben das Wählerverhalten nicht verändern würden.

Worauf sich solche Behauptungen stützen, bleibt unklar. Im Gegenteil gibt es mehrere Anzeichen dafür, dass sich die Wählerschaft mehr Transparenz wünscht. Dies belegt etwa eine Studie von 2022. Ebenfalls zu erwähnen sind die neueren Entwicklungen auf kantonaler und Bundesebene im Bereich der Politikfinanzierung.

Mangels zuverlässiger Angaben über das, was das Volk will, entsteht die Vermutung, dass der Ständerat seine eigenen (kurzfristigen) Interessen und nicht jene der Wählerinnen und Wähler in den Vordergrund stellt. In diese Richtung geht auch die von einigen Ständeräten geäusserte Befürchtung, die Offenlegung von Einkommensspannen wäre zu bürokratisch und ressourcenintensiv. Wie sich die neuen Offenlegungspflichten umsetzen lassen und welcher Aufwand damit verbunden ist, hat mit den Interessen der Wählerschaft allerdings wenig zu tun. Wenn sich dadurch die Interessen der Wählerinnen und Wähler besser vertreten lassen, dürfte dieser Aufwand das kleinere Übel darstellen. Überhaupt ist unklar, ob dieser Aufwand so gross wäre, wie dies behauptet wird.

Statt der Interessen der Parlamentsmitglieder muss der „Informationsanspruch" des Volkes im Zentrum stehen, wie es die Kommissionsminderheit in ihrer Medienmitteilung betont. Oder wie es Ständerätin Z'graggen festhielt: Relevant sind die Interessen, die Wahrnehmung und das Vertrauen der Wählerschaft – „derjenigen, die wir hier vertreten". Fehlende Transparenz führt dazu, dass über die Interessenbindungen der Ratsmitglieder spekuliert wird, was dem Vertrauen in die Politik abträglich ist, wie Nationalrätin Sophie Michaud Gigon im Westschweizer Radio erklärte. Ständerat Fässler vertrat die Meinung, dass in dieser Angelegenheit „das Interesse von Transparenzorganisationen" dominiere. Indem sie die Transparenz in der Politik erhöhen möchten, schützen diese Organisationen allerdings die Interessen der Wählerschaft, was mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag des Parlaments übereinstimmt. Entsprechend trifft Ständerat Zopfis Argument, Transparenz sei ein „berechtigtes Interesse", zweifelsohne zu, solange die bereits erwähnten Grenzen der Transparenz beachtet werden.

Schliesslich gilt es zu bedenken, dass die Transparenz der Interessenbindungen aktuell nur bedingt gewährleistet ist. Die Angaben, die im Register der Interessenbin-

dungen veröffentlicht werden, sind spärlich und erlauben nur beschränkt Rückschlüsse auf die Interessen, die auf die Gesetzgebung Einfluss nehmen.

Der verfassungsrechtliche Auftrag des Parlaments: „Nur vom Volk abhängig"

Mit seiner Argumentation scheint sich das Parlament von den Interessen seiner Wählerinnen und Wähler abzuwenden – und damit auch von seinem verfassungsrechtlichen Auftrag. Dies ist nicht überraschend, denn die Regulierung der Politik, u.a. der Interessenbindungen der Parlamentsmitglieder, ist ein klassisches Beispiel für Gesetzgebung in eigener Sache (in dieselbe Richtung geht auch der von der NZZ gewählte Ausdruck einer „Transparenz-Debatte in eigener Sache"). Wie im „Echo der Zeit" betont wurde, ist es „nicht das erste Mal, dass sich das Parlament schwer damit tut", sich selbst zu regulieren.

Worin besteht der verfassungsrechtliche Auftrag des Parlaments? In den Vereinigten Staaten wird die gesetzgebende Gewalt definiert als jene, die „nur vom Volk" abhängig sein darf. Dies trifft zweifellos auch auf das Schweizer Parlament zu (dessen institutionelle Ausgestaltung sich im Übrigen stark an jene des US-amerikanischen Kongresses anlehnt). Sowohl der National- als auch der Ständerat vertreten das Volk bzw. die kantonalen Bevölkerungen, und nicht Interessengruppen. Somit hat das Parlament die Pflicht, sich an den Interessen der Wählerschaft – dem öffentlichen Interesse – zu orientieren und sich nicht durch unzulässige, sachfremde Interessen vereinnahmen zu lassen.

Das Parlament ist sich dessen sehr wohl bewusst. So unterstrichen sowohl die Kommissionsminderheit als auch einzelne Ständeräte ausdrücklich, dass das Parlament das Volk vertrete. „Mit diesem Privileg müssen doch auch gewisse Verpflichtungen und Obliegenheiten verbunden sein", beteuerte Ständerat Zopfi. Dazu gehört die Gesetzgebung im öffentlichen Interesse.

Schlussfolgerung: Welche Interessen und Wünsche hat das Volk?

Wie dieser Beitrag gezeigt hat, blendet die aktuelle Diskussion verfassungsrechtliche Aspekte weitgehend aus oder verzerrt diese. Besonders problematisch ist der Umstand, dass die Interessen der Wählerschaft in den Hintergrund gerückt werden und ohne konkrete Belege behauptet wird, dass die Wählerschaft sich nicht mehr Transparenz wünsche. Selbst ein „Kompromiss" bzw. eine „liberale Lösung", wie sie Ständerat Zopfi nannte, vermochte den Ständerat nicht zu überzeugen. Damit bleibt es vorerst beim Status Quo, d.h. bei der Offenlegung von Interessenbindungen ohne Angaben zu deren Intensität.

Allerdings versprach die Kommissionsminderheit, dass die Thematik damit nicht abgeschlossen sei: „[I]mmer wieder wird es weitergehende oder weniger weitgehende Vorschläge geben". Somit ist zu bezweifeln, dass die Transparenzforderungen tatsächlich „vom Tisch" sind. Angesichts des Umstands, dass in der Transparenzdiskussion vermehrt auf den vermeintlichen Volkswillen abgestellt wird, ohne dass dieser empirisch ermitteln worden wäre, stellt sich die Frage, ob es nicht an der Zeit ist, diesen Willen endlich auf zuverlässige Art und Weise zu ermitteln. Denn in dieser Debatte rund um weitergehende Offenlegungspflichten hat sich das Volk noch nicht geäussert.

Wie die Transparenzinitiative gezeigt hat, braucht es oft Druck von ausserhalb des Parlaments, damit dieses akzeptiert, seine eigene Tätigkeit zu regulieren. Da dieses zunehmend auf einen vermeintlichen Volkswillen abstellt, ohne diesen auf verlässliche Weise eruiert zu haben, drängt sich eine Volksinitiative in diesem Bereich umso mehr auf. Parallel dazu sollte über die heutige Bedeutung des Milizgedankens diskutiert werden: Wird dieses Ideal in der Realität gelebt? Welche Interessen werden dadurch befeuert bzw. ausgeklammert? Und sind diese Interessen mit jenen der Wählerinnen und Wähler identisch? Denn letztlich ist dies der entscheidende Punkt: Das Parlament darf und muss nur vom Volk abhängig sein.

Johann-Jakob Chervet

Protecting the Freedom to Express the „Thought that we Hate“

Meinungsfreiheit im Schweizer Markenschutzrecht

doi: 10.59704/12aa9b3d2e412c15

Art. 2 lit. d des Schweizer Markenschutzgesetzes (MschG) schliesst Zeichen vom Markenschutz aus, „die gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstossen.“ Als Verstösse gegen die guten Sitten versteht die Rechtsprechung beispielsweise „Zeichen mit rassistischem, religionsfeindlichem oder das religiöse Empfinden verletzendem oder sexuell anstössigem Inhalt“ (E. 3). Auf dieser Grundlage verneinte das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) in einem Urteil vom 7. Mai 2024 die Schutzgewährung für das Zeichen „Bimbo QSR“ einer mexikanischen Lebensmittelfirma. Das Gericht hielt fest, dass „das mehrdeutige Wort “Bimbo” auch als rassistisches Schimpfwort verstanden“ werde und es damit den absoluten Ausschlussgrund der Sittenwidrigkeit erfülle (E. 6.2.1, 6.2.4, 6.5). Die Lebensmittelfirma drang mit ihrem Argument nicht durch, dass die Verwendung des Wortes in anderen Sprachen (insbesondere „kleines Kind“ auf Italienisch) diese sittenwidrige Bedeutung in der deutschsprachigen Schweiz verdränge (E. 6.2.3).

Das BVGer führte weiter aus, dass die Verweigerung des Markenschutzes keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 8 Abs. 1 Bundesverfassung; BV) oder der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) darstelle (E. 7, 9.). Gänzlich ausser Acht liess das Gericht hingegen die Frage, ob sich aus Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) Implikationen für diese Beurteilung ergeben. Dies erstaunt unter dem Gesichtspunkt, dass die Verweigerung der Schutzgewährung vorliegend vom BVGer explizit mit dem Inhalt der durch den Firmennamen kommunizierten Information begründet wird. Zwar hat sich das Bundesgericht (BGer) in der Vergangenheit auf den Standpunkt gestellt, dass kommerzielle Äusserungen grundsätzlich lediglich von der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und nicht von der Meinungsfreiheit geschützt sei (siehe hier, E. 5.a; was jedoch bereits angesichts des klaren Verfassungstextes unhaltbar ist). Das BVGer prüfte im Urteil zum Zeichen „Bimbo QSR“ jedoch auch keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, weswegen das gänzliche Ignorieren des Meinungsfreiheitsaspektes nicht an dieser Rechtsprechungseigenheit liegen kann.

US Bundesgerichte gehen diese Thematik interessanterweise genau umgekehrt an und setzten die Kompatibilität einer derartigen Schutzverweigerung mit der Meinungsfreiheit ins Zentrum ihrer Analyse.

Matal v. Tam und Iancu v. Brunetti

Die sogenannte Disparagement Clause in 15 U.S. Code § 1052 untersagt die Eintragung eines Trademark „*which may disparage* […] *persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute*“. Mit Bezug auf diese Norm verweigerte das Patent and Trademark Office der asiatisch-amerikanischen Band „*The Slants*“ den Schutz, da es eine „*substantial composite of persons*“ gebe, welche das Zeichen (den Bandnamen) als „*offensive*“ erachten (vgl. *Matal v. Tam*, S. 228). Dabei wurde unteranderem auf die Definition in diversen Wörterbüchern Bezug genommen, nach welchen die Bezeichnung „*slant-eyes*“ ein „*derogatory or offensive term*“ sei (ebd., S. 228 f.). Simon Tam (einer der Gründer der Gruppe) klagte gegen diesen Entscheid zuerst vor dem US Court of Appeals for the Federal Circuit und schliesslich vor dem US Supreme Court. Wie Tam erklärte, wählte die Gruppe den Namen um einen häufig gegen sie verwendeten Begriff zurückzugewinnen: „*We know that irony and wit can neutralize racial slurs, because it shifts the dynamics of power.*“

In *Matal v. Tam* erkannte der Supreme Court in 2017 einstimmig, dass es sich bei der fraglichen Eintragungsverweigerung um eine unzulässige Verletzung der Free Speech Clause des First Amendement handelt (ebd., S. 223). Die Disparagement Clause stelle eine unzulässige Diskriminierung von anstössigen Ansichten dar, sei deutlich zu umfassend formuliert („*far too broad*“) und versto-

sse gegen den fundamentalen Charakter der Free Speech Clause (ebd., S. 243, 246):

> *„Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability, or any other similar ground is hateful; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express "the thought that we hate." United States v. Schwimmer, 279 U. S. 644, 655 (1929) (Holmes, J., dissenting).*" (Ebd., S. 246.)

Zwei Jahre später entschied der Supreme Court, dass die Verweigerung einer Eintragung, weil es sich um eine unmoralische oder skandalöse Materie handle (konkret ein Trademark für die Kleidermarke „FUCT"), ebenfalls eine unzulässige Form von *„viewpoint discrimination*" darstelle (*Iancu v. Brunetti*, S. 1 ff.):

> *„[T]he "immoral or scandalous" bar is substantially overbroad. There are a great many immoral and scandalous ideas in the world (even more than there are swearwords), and the Lanham Act covers them all. It therefore violates the First Amendment.*" (Ebd., S. 11.)

Meinungsfreiheit und Voraussehbarkeit

Der Schutz von skandalösen, unmoralischen und gar anstössigen Ansichten ist derweil keine amerikanische Eigenheit, sondern ist auch in der schweizerischen Doktrin zur Meinungsfreiheit tief verankert. So betont das Bundesgericht etwa in seiner Rechtsprechung zur Anti-Rassismusstrafnorm (Art. 261bis StGB) regelmässig, dass es in einer Demokratie von zentraler Bedeutung sei, „dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen und für viele schockierend wirken" (siehe hier, E. 1 und hier, E. 3.1).

Zwar kann auch die Meinungsfreiheit unter den regulären Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden (öffentliches Interesse, gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit, Kerngehaltsgarantie), wobei vorliegend jedoch bereits das Vorliegen einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage zu verneinen ist: Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfordert eine Grundrechtseinschränkung eine Basis im Gesetz, welche so scharf umrissen ist, dass „die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können" (siehe hier, E. 3.2.1.).

Diese Hürde ist zu Recht hoch angesetzt, denn die Voraussehbarkeit der rechtlichen Reaktion auf das eigene Verhalten ist ein Kernbestand der Rechtsstaatlichkeit: Wie Joseph Raz aufzeigte, muss das Recht fähig sein, das Verhalten seiner Subjekte zu steuern. Das ist wiederum nur möglich, wenn der Einzelne herausfinden kann, was genau das Recht von ihm verlangt (The Authority of Law, S. 210, 213 f.). Genau hier zeigt sich ein fundamentales Problem, wenn auf ein so unbestimmtes Kriterium wie jenes der Sittenwidrigkeit abgestellt wird. Die guten Sitten können als gesellschaftliches Phänomen in Zeiten zunehmender sozialer Fragmentierung häufig nur schwer treffsicher identifiziert werden und sind zu einem signifikanten Grad von subjektiven Wertvorstellungen abhängig, wie schon Justice Harlan erkannte: *„[O]ne man's vulgarity is another's lyric*" (*Cohen v. California*, S. 25, in Bezug auf die Aussage „Fuck the Draft"). Gleichzeitig sind die guten Sitten – wie auch das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Urteil betont – einem stetigen Wandel ausgesetzt (vgl. E. 4.3 und 7.3).

Noch unklarer wird die Rechtslage dadurch, dass eine eigentlich bestehende Sittenwidrigkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch geheilt werden kann, dass sie durch „Gewöhnung allgemein akzeptiert" wurde (siehe hier, E. 4.2). Unter welchen Voraussetzungen eine solche Gewöhnung genau eintritt, bleibt – erwartungsgemäss – vage. Vorauszusehen, welche Zeichen unter diesen Voraussetzungen als sittenwidrig erachtet werden würden, verkommt damit beinahe zu einem Glücksspiel.

Ergebnis: Restriktive Auslegung der Sittenwidrigkeitsklausel

Schweizer Gerichte können Art. 2 lit. d MschG anhand von Art. 190 BV (Massgeblichkeit von Bundesgesetzen im Vergleich zur Verfassung) anders als der US Supreme Court in *Matal v. Tam* und *Iancu v. Brunetti* nicht die Anwendung verweigern. Jedoch sind Normen, welche die Meinungsfreiheit einschränken, im Lichte dieses Grundrechtes und damit restriktiv auszulegen. In der schweizerischen Rechtsprechung zum Markenschutz geschieht interessanterweise genau das Gegenteil: Bezeichnend für die Tendenz zur extensiven und ausufernden Auslegung der offenen, abstrakten Kategorie des Versto-

sses gegen die guten Sitten ist das Urteil des Bundesgerichts in BGE 136 III 474, auf welches sich das Bundesverwaltungsgericht vorliegend auch weitgehend stützt. In BGE 136 III 474 wurde der Markenschutz der Wort-/Bildmarke „Madonna“ anhand von Sittenwidrigkeit verneint, weil diese angesichts ihrer religiösen Konnotation bei einer Kommerzialisierung geeignet sei, „das religiöse Empfinden der betroffenen Religionsangehörigen [italienischsprachige katholische Christen] zu verletzen“ (E. 6.2). Es wird damit im Ergebnis versucht, die bereits unscharfe Kategorie der guten Sitten mit dem noch nebulöseren Begriff des religiösen Empfindens mit Inhalt zu füllen.

Der Schutz der Sittenwidrigkeitsklausel bezieht sich im Übrigen gemäss des „Madonna“ Urteils des Bundesgerichts auf „alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz“ (E. 4.2). Unter diesen Umständen wird es für den Einzelnen mehr und mehr unmöglich, „die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen [zu] können“ (vgl. hier, E. 3.2.1.). Oder kann man von einem Rechtsunterworfenen (der sich Markenschutz erhofft) wirklich erwarten, dass er für jeden potentiellen Firmennamen zuerst in jeder Landessprache überprüft, ob das Zeichen das religiöse Empfinden von potentiell dutzenden Glaubensgemeinschaften tangieren könnte? Eine Privilegierung der zahlenmässig etablierten Religion scheint zwar kaum vertretbar, doch liesse sich diese Problematik deutlich eleganter lösen, wenn auf das aufgeblähte Element der Verletzung des religiösen Empfindens als Unterkategorie der Sittenwidrigkeit einfach verzichtet werden würde.

The band who must not be named

Die Schweizer Verwaltungspraxis und Rechtsprechung muss damit auch beim Markenschutz innerhalb der Schranken der Meinungsfreiheit operieren und damit beginnen, der Sittenwidrigkeitsklausel mit einer restriktiven und genau abgegrenzten Auslegung die notwendige Bestimmtheit zuzuführen.

Die Band „*The Slants*“ wiederum widmeten der Gerichtssaga um ihren Namen eine eigene Kollektion von Stücken – passend tituliert als „*The Band Who Must Not Be Named*“. Simon Tam kommentierte seinen Sieg vor dem US Supreme Court schliesslich mit den folgenden Worten:

> *„It's a win for all marginalized groups. It can't be a win for free speech if some people benefit and others don't. The First Amendment protects speech even that we disagree with. You can't say you want to shut down the conversation for other people, because that doesn't advance progress. No one builds better communities by shutting people out.“*

Carna Pistan

Legitimizing Heresy through Law

Bleiburg, Ustasha, and Croatia's WWII Narrative

doi: 10.59704/2620846c977293b0

In the heart of Europe, a troubling commemoration persists. On May 18, Croatia observed a remembrance day that honors the memory of those killed in Bleiburg in 1945 – a group that included members of the Ustasha movement, a Nazi collaborationist faction during WWII. Established by law, this memorial day controversially depicts Ustasha – responsible for sending tens of thousands of Serbs, Roma, Jews, and antifascist Croats to concentration camps – as fighters for Croatia's freedom and independence. Such a narrative not only distorts historical facts but dishonors the memory of the victims of Ustasha atrocities. Additionally, it affirms values contrary to the country's Constitution and fails to align with international standards on memorialization and the EU politics of memory.

Background

Since the 1990s, Croatia has experienced significant WWII-related revisionism as part of state-promoted policies. This has included attempts to rehabilitate the Independent State of Croatia (NDH) – a Nazi puppet state that existed from 1941 to 1945, covering most of present-day Croatia, all of Bosnia and Herzegovina, part of Serbia, and a small portion of Slovenia. The NDH was governed by the Croatian fascist Ustasha movement, which aimed to create a racially pure state. To this end, racial laws modeled after Nazi legislation and a system of concentration camps were established shortly after its formation in April 1941. The NDH's role in the Holocaust had dramatic consequences, with the United States Holocaust Memorial Museum reporting that 83,837 people were killed at the Croatian concentration and death camp Jasenovac.

Following Germany's capitulation and the end of WWII in Europe in May 1945, a group of Ustasha, Home Guards (regular NDH armed forces), and other Axis-aligned forces from across Yugoslavia, such as Slovene Home Guards, and Serbian Chetniks, fled toward Austria, hoping to surrender to the British military forces. This group also included an unknown number of civilians, mainly families of Ustasha officials, Ustasha sympathizers, and others fearing Partisan reprisals. On May 15, the group reached the town of Bleiburg in the south Austrian state of Carinthia, but the British troops turned them back to the Yugoslav Partisans, who then assumed responsibility for the prisoners. After surrendering to the Partisans, mass executions began either directly at the Loibacher Field near Bleiburg or during the death marches back to Yugoslavia. Those who survived faced summary executions or imprisonment in labor camps until the general amnesty was declared in August 1945. Estimates suggest that the Partisans executed between 70,000 and 80,000 people, including some 50,000 to 55,000 Croats, among them civilians.

Distorting the narrative

In the post-WWII period, the memory of the Bleiburg killings was suppressed, and no one was held accountable. As one of the constituent republics of former Yugoslavia, Croatia adhered to the official WWII narrative that emphasized a heroic and successful struggle for national liberation against fascism, with only a small minority of local pro-Nazi collaborators. However, with the violent dissolution of Yugoslavia, the NDH's legacy began to be reinterpreted and incorporated into the narrative of a centuries-long dream for independence that culminated in the Homeland War, the official name of the armed conflict of the 1990s. In this revised narrative, the NDH is depicted not merely as a quisling creation and a fascist regime but also as an expression of the historical yearnings of the Croat nation for its own independent state.

Crimes committed by the Ustasha have been downplayed or denied, with efforts to minimize the number of people killed at Jasenovac or to rebrand it solely as a labor camp. In contrast, Bleiburg has been portrayed as a focal point of Croatian suffering, becoming an integral part of the national identity narrative, with Croatian victims being compared to Jews in the Holocaust and their march from Austria to Yugoslavia to the Passion of Christ, with

the episode being named the "Way of the Cross."

Legal rehabilitation

The rehabilitation of the NDH occurred through legislative measures as well. The 1993 Law on Amendments to the Law on Pension and Disability Insurance enabled former Ustasha and Home Guards members to receive pensions, costing Croatia 45 million euros annually. The 1996 Law on Holidays, Memorial Days, and Non-Working Days further introduced the "Day of Remembrance for Croatian Victims in the Struggle for Freedom and Independence," to be observed on "the Saturday or Sunday closest to May 15." This date is widely understood to refer to those killed by Partisan forces after surrendering in Bleiburg, recasting WWII collaborators into national liberation fighters. A 2008 amendment to the 1996 law confirmed this by specifying that the remembrance day takes place on the weekend nearest to May 15 to facilitate wider participation in the Bleiburg commemoration. Additionally, the law deliberately failed to distinguish between civilians and Nazi and fascist collaborating forces, portraying members of the Ustasha as innocent victims of Communism. Without significant controversy or debate, the commemoration day has been reaffirmed in the 2019 Law on Holidays, Memorial Days, and Non-Working Days, which replaced the 1996 legislation.

Such legal provisions contradict the preamble to Croatia's 1990 Constitution, which asserts that the foundations of Croatian statehood were laid during WWII by the Antifascist Council of the National Liberation, in opposition to the NDH proclamation in 1941. It means the Constitution does not recognize the NDH as a precursor to present-day Croatia and considers only members of the anti-fascist movement, not the NDH armed forces, legitimate members of the Croatian army. In 2018, the Office of Ombudsman warned that attempts at WWII revisionism and downplaying the Ustasha crimes undermine the fundamental values of the Constitution.

The legal rehabilitation of the Ustasha regime can be partly explained by the portrayal of the 1990s conflict as a continuation of WWII. Historian Dubravka Stojanovic observed significant ideological continuity between WWII-era forces and those leading the 1990s conflict. Croatian paramilitaries fighting for independence in the 1990s even adopted Ustasha symbols and the chant "Ready for the Homeland." This connection also helps explain why Croatia has never adopted legal provisions banning the public display of Ustasha symbols or defining the very nature of the NDH. Although the use of Ustasha insignia is punishable under the 1990 Law on Offences Against Public Order and Peace, the absence of legislation defining the NDH as criminal or fascist has allowed the integration of Ustasha symbols into the emblems of legally recognized associations.

Similarly, the use of the Ustasha chant "Ready for the Homeland" has been tolerated, despite the Constitutional Court condemning it in 2016. The Council for Dealing with the Consequences of Undemocratic Regimes, established by Croatia's government in 2017, also considered the Ustasha chant unconstitutional but established that it can be used in public spaces to pay respect to the paramilitaries of the 1990s who fought for today's Croatia under this slogan. This effectively means that when the Ustasha iconography is used to honor those invoking the Ustasha memory in the 1990s conflict, it is accepted as consistent with the country's Constitution.

Constitutional Court's hypocrisy

In 2020, the Zagreb office of the Jewish World Congress (JWC) requested the constitutional review of the 2019 Law on Holidays, Memorial Days, and Non-Working Days, arguing that designating May 15 as a day of remembrance for Croatian victims in the fight for freedom and independence honors NDH armed forces because it refers to Bleiburg commemoration. In 2023, the Croatian Constitutional Court rejected the case, accepting the government's explanation that the law does not explicitly dedicate the day to Bleiburg or NDH soldiers, but rather to all victims who historically fought for Croatian independence, irrespective of ideology. The Court further cited its previous case law referring to Croatia's anti-fascist tradition.

The JWC also noted that the 2008 amendment to the 1996 Law on Holidays, Memorial Days, and Non-Working Days explicitly mentioned the Bleiburg commemoration. The Court, however, dismissed this as irrelevant to the new law, yet failed to identify any other significant event in Croatian history that would justify making May 15 the memorial day for "Croatian victims in the struggle for freedom and independence."

By rejecting the case, the Court revealed a striking inconsistency as it simultaneously promoted an anti-fascist foundation while implicitly legitimizing the day that honors Ustasha soldiers as freedom fighters. Each year, the weekend closest to May 15 in Croatia is marked by nume-

rous events exclusively commemorating the 1945 events in Bleiburg. Despite the 2019 law's omission of explicit reference to Bleiburg, no ceremonies on that date honor Croatian defenders from the Homeland War or fallen Partisans from WWII. Judge Andrej Abramovic highlighted this in his dissenting opinion, stating that May 15 likely refers to the 1945 events, when NDH forces surrendered in Bleiburg, and noting that these forces were not fighters for freedom and independence. He further cautioned against commemorative days affirming values contradictory to constitutional principles and argued against the practice of relativizing constitutional values through lower-ranking provisions that endorse their opposites.

Austria's intervention

For years, the Bleiburg commemoration was observed not only in Croatia but also at Loibacher Field in Austria, with representatives of Croatia's government attending. The event became increasingly controversial as some participants wore Ustasha uniforms or insignia, leading to its characterization as the largest gathering of neo-Nazis in the EU. The Croatian Parliament sponsored the event until 2012 but ceased support due to concerns that it served to rehabilitate the ideology of the Ustasha regime, only to resume sponsorship in 2016.

Contrary to Croatia, Austria responded to the Bleiburg gathering by amending its Symbols Act in 2019 to explicitly ban the use of Ustasha symbols, including the letter "U" with a grenade and the NDH checkboard coat of arms which differs from today's Croatia coat of arms by starting with a white square. In 2021, Austria went further by banning the Bleiburg gathering, based on recommendations from a group of experts to the Austrian Interior Ministry, viewing the event as violating Austria's obligations under the Austrian State Treaty, which reestablished the country's independence in 1955 and prohibited Nazi and fascist organizations.

Not Croatia's anomaly

The rehabilitation of WWII collaborators is not unique to Croatia but reflects a broader trend across Central and Eastern Europe. In neighboring Serbia, for instance, WWII reinterpretations are aimed to rehabilitate Nazi collaborators, notably the Chetniks, rebranding them as anti-communist resistors. This effort was institutionalized through the 2006 Rehabilitation Law, leading to the 2015 rehabilitation of Chetnik leader Dragoljub Mihailovic. Similarly, Ukraine's 2015 decommunization laws rehabilitated Nazi collaborationist forces like the Ukrainian Insurgent Army and the Organization of Ukrainian Nationalists, now depicted as fighters for independence.

Moving forward

Historian Hrvoje Klasic noted that people executed in Bleiburg without trial by the victors of WWII in a fit of revenge are indeed victims and that their places of suffering should be marked, while the crimes committed against them should be condemned. However, the scale and nature of these crimes should not be used to justify proclaiming the NDH armed forces as "Croatian victims for freedom and independence."

The legal endorsement of a memorial day for Croatian independence fighters legitimizes Ustasha's actions and embeds a revisionist view of history in the national consciousness. This legal recognition implies state approval and complicity, suggesting that the Ustasha's sacrifices were for a noble cause, rather than for a fascist and genocidal regime. By commemorating a faction known for its collaboration with the Nazis and involvement in heinous crimes, Croatia undermines efforts to acknowledge and atone for the crimes committed during WWII, humiliates the memory of the victims, and hinders its progress toward a just and reconciled society.

It is time to critically reassess this memorial day and ensure that national commemorations reflect the values enshrined in the Constitution, while also respecting the right to truth, reparation, and guarantees of non-recurrence, as outlined by international standards on memorialization, especially for post-conflict societies. It is also essential to align memorialization with the European politics of memory, which recounts the story of states emerging from the ashes of WWII by rejecting nationalism and urges member states to recognize their own guilt committed in a violent and non-democratic past.[1]

[1] This publication is part of the project We-R (Illusions of eternity: the Constitution as a lieu de mémoire and the problem of collective remembrance in the Western Balkans) that has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 898966.

Julia Emtseva

Voting for the Government-in-Exile

A Futile Belarusian Election for the Coordination Council

doi: 10.59704/da9fa6d62f1e0c7e

So far, democracy in Belarus has struggled to establish itself within the country. After the protest movement in 2020, sparked by the rigged presidential elections, Sviatlana Tsikhanouskaya, the leader of the Belarusian opposition, went into exile where for the past four years she and her supporters have been trying to penetrate the firm autocratic regime of Alexander Lukashenka. Yet, with not much success. On June 8, the results of the elections for the Coordination Council – an exiled substitute assembly for the in situ Belarusian Parliament were announced. Less than 7,000 people participated in the vote. Despite the considerable efforts to mobilise the voters for the Coordination Council, the exiled opposition has failed to secure any meaningful turnout and thus its much-needed further democratic legitimacy.

The election for the Coordination Council

From May 25 to 27, the Belarusian opposition in exile conducted elections for the Coordination Council. Created in August 2020 to "organize the process of overcoming the political crisis and ensuring social harmony" and "protect the sovereignty and independence of the Republic of Belarus," the Coordination Council was welcomed by the EU states as a temporary political representation of Belarus. In 2022, the council changed its main mission to work on the "program and strategic documents, the organization of discussion of socially significant issues, international cooperation, as well as the preparation and discussion of concepts for the development of Belarus." The de facto Belarusian government labeled the Coordination Council as an extremist organization.

As most of the candidates for the Council do not reside in Belarus, the campaigns for the elections mostly took place abroad: in Warsaw, Poland, and Vilnius. The members of the Coordination Council include Nobel laureate in literature Sviatlana Alexievich who is the only member residing in Belarus, former Minister of Culture Pavel Latushka, Maria Kalesnikava, who was abducted when the mass protests were still ongoing in 2020 in the middle of the day from a street in Minsk, and of course, Sviatlana Tsikhanouskaya.

No poll stations in embassies were open for these elections; instead, the voting took place via a data-encrypting application "Belarus ID", via which anyone with a Belarusian passport could participate (using a VPN when participating from within Belarus) and going through the identification process. The results identified Pavel Latushka as a winner of this election together with the movement "For Freedom", getting around 35% of votes.

The number of votes is, unfortunately, not impressive. The participation of only 6,723 votes (around 3% of the eligible voters that live outside Belarus) was recorded, a surprising figure given that since 2020, a significant exodus has seen no fewer than 350,000 Belarusians compelled to leave the country. Such a low voter turnout even among those who are not directly threatened by repressions for participating in the elections shows that the Coordination Council needs to do more to increase its legitimacy.

Voting for governments-in-exile

The Belarusian Coordination Council election, although with a low turnout, triggered interesting questions about the legitimacy of the elections for a governments in exile. Is it possible? Is it constitutional? Is it in accordance with international law?

Not all governments in exile are alike: some exiled leaders were forced to leave their countries as they were involved in mass atrocities (e.g. Gambia's Yahya Jammeh who went to seek haven in neighboring Senegal), others were pushed from their countries by the oppressive authoritarian regimes (for instance, although not necessarily democratically elected, Juan Guaidó of Venezuela exiling in the US). We are interested in the second scenario as the situation with exiled deposed leaders, often facing prosecutions in their countries for mass human rights violations and corruption charges, would be different.

An example of the latter scenario is, of course, the long-standing Tibetan government-in-exile. Dalai Lama, Tenzin Gyatso, the 14th holy leader of Tibet, was forced to flee his country and for already 65 years he and the exiled members of the government have been trying to sustain the exiled democracy in Dharamsala, India. Although not a classical secular state, the Central Tibetan Administration (CTA) operates on democratic principles, with elected leadership and institutions. Every five years, elections take place, allowing exiled Tibetans aged 18 and above to cast their votes for a 45-member parliament.

The CTA maintains diplomatic missions and offices in various countries and actively participates in international forums. Yet, states neither officially recognize the CTA as the legitimate government of Tibet nor Tibet as a state under Chinese occupation. While making decisions for the leadership of an unrecognized government could still be important for democracy in general, the Tibetan electoral practices do not trigger many legal issues because of their low impact on international relations with the CTA. The situation with Belarus is different.

As mentioned, the EU recognized the Coordination Council as the "interim representation of the people demanding democratic change in Belarus" and stated that it would not recognize Lukashenka as president. This development presents a complex dilemma: if an exiled government is considered legitimate, what is the status of the in situ government? The clarity on this question is important in many respects such as for determining who bears an obligation to protect Belarusian nationals, the entitlement to represent Belarus in judicial proceedings before international courts, and the authority to make decisions concerning Belarus's security and foreign policy.

The criteria for recognizing in situ governments do not precisely apply to governments in exile (for the recognition analysis see here). A crucial aspect for exiled governments is their reflection of "the national will." The notion of the national will, or the representative character, however, holds varied interpretations depending on the context. It is crucial to discern between its role as an initial qualification for government status and as a criterion for its continuity. For instance, while new exiled governments must prove substantial representative character to gain recognition, existing governments forced into exile arguably are freed from this task (read more about this distinction here).

In the context of Belarus, proving the government-in-exile's representative nature without access to the people they claim to represent is, of course, a challenge. Each exile group must independently establish its representative character, often through demonstrable popular support (see e.g. Crawford at 220) either within their home country or among the exile community. Therefore, establishing a credible claim to represent the national will requires continuous and verifiable efforts to engage with and secure the endorsement of the people – something that the Belarusian opposition has been doing with varying success.

The low number of votes for the Coordination Council can barely reflect the popular support of the Belarusians. Althought the barriers to participation in vote should be taken into account, it seems that the threshold cannot be met this time. Given that the Coordination Council was recognized as an interim parliamentary substitute by a handful of states (mostly EU) and as a legitimate government of Belarus only by Lithuania, it also shows that deeming the Belarusian government-in-exile as a legitimate government under international law would be an unlikely and tenuous proposition.

What's next?

Sviatlana Tsikhanouskaya's efforts to keep the Belarusian issue on the radar of European leaders are impressive, although one should notice that the issue receives considerably less attention. In the last four years, since the mass protests, the opposition has achieved little to gain support both at home and abroad. Perhaps, if the elections for the Coordination Council had taken place in February, coinciding with the elections for the current de facto parliament in Belarus, the situation would have been different. By declaring the elections to the Coordination Council as an alternative to Lukashenka's regime's elections and by leveraging the momentum of the politicized society, the opposition could have attracted greater support for the alternative regime.

Most importantly, in order to qualify as a legitimate government also under international law, the Bealrusian opposition has to do more to reach its electorate and political arena at home. It needs to clearly define its plans, advertise itself as a strong and capable alternative to the current repressive regime, and invest in communication with its constituencies. European support could also be crucial in this regard: besides maintaining and escalating

diplomatic pressure on the current regime, it could assist the opposition in disseminating independent information within Belarus, advocate for the Belarusian opposition on international platforms, increase global awareness and support for their cause as well as provide tools and training to protect opposition members from cyber attacks and surveillance to ensure their safety and the security of their communications and activities.

Luise Quaritsch, Niklas Nigl

Austria's Action for Annulment

The Messy Aftermath of the EU Nature Restoration Law Vote

doi: 10.59704/f2290c7c08819084

On 17 June, Austrian Minister for Climate Action and Environment Leonore Gewessler voted in favor of the Nature Restoration Law in the EU Council of Ministers. Although a seemingly unspectacular thing for a minister to do, this set off a political scandal and constitutional dispute in Austria. Its repercussions reverberated at EU level as fears arose that the new law, a key piece of recent EU environmental legislation, could be quashed as a result.

The Nature Restoration Law is intended to restore 20 percent of the EU's land and sea by 2030. It had been adopted by a narrow majority in Parliament in February and had since got stuck in the Council where it failed to gain the necessary qualified majority of votes as several Member States, including Italy, Poland and Sweden, firmly opposed it. That is until Gewessler, a Green, decided to go rogue, or go with her conscience as she argued. Defying a uniform opinion among Austria's provincial governments and against the explicit wishes of her conservative coalition partners, Gewessler cast her vote in favor of the law, enabling it to reach the necessary majority by the slimmest of margins. Immediately after the vote, Minister Gewessler's coalition partner, the Austrian People's Party (ÖVP) announced that – alongside other political and legal steps – they would bring an action for annulment before the Court of Justice of the European Union (CJEU), arguing that Gewessler had no authority to cast a positive vote and indeed was acting illegally.

This blogpost examines whether one of the most ambitious pieces of EU environmental legislation could be struck down by the Austrian federalist system and an angry coalition partner within it. It argues that, given that this is essentially an internal national dispute, an action for annulment before the CJEU does not appear to be the appropriate legal remedy and is unlikely to succeed.

Background: A Minister following her conscience

How did we get here? Like Germany, Austria is a federal state. Legislation is divided between the federal government and the provinces, with nature conservation falling under the authority of the provinces. Accordingly, the provinces have certain rights when an EU legal act interferes with their sphere of influence, and in particular, the possibility to issue a *uniform opinion*. The nine Austrian provinces adopted such a binding uniform opinion on the draft Nature Restoration Law in November 2022 and updated it again in May 2023, following drafting changes. On both occasions, the provinces rejected the draft. Minister Gewessler therefore abstained from voting in the Council, despite being strongly in its favor.

In recent weeks, however, the united front of the Austrian provinces against the Nature Restoration Law began to crack. On 11 June, the Viennese provincial government decided to support the law and submitted a revised draft statement to its fellow provinces. On 16 June, Gewessler announced at a press conference that she would now vote for the bill in the Council. Austrian Chancellor Karl Nehammer sought to head her off by sending a letter to the Belgian Council Presidency, claiming that Gewessler was not authorized to commit Austria in favor. But the letter failed to have the intended effect: the law was approved in the Council on 17 June thanks to the Austrian vote. Subsequently, the chancellery confirmed its intention to bring an action for annulment before the CJEU. Gewessler responded with a letter of her own to the Belgian Council presidency on the day of the vote, insisting that Nehammer's letter misrepresented Austria's legal situation.

Gewessler's vote also has a political background: The legislative period of the Austrian Parliament is almost over. The date for the next election has been set for 29 September, and the Greens are expected to lose around one third of their previous votes. As environmental protection is one of their core policy issues, voters expect them to deliver on this matter – with more than 80 percent of the Austrian electorate supporting the Nature Restoration Law, according to a study. As it is far from certain that Gewessler will be part of Austria's next government, she had little to lose and a lot to gain.

A violation of the Austrian Constitution?

There is a heated debate in Austria as to whether Gewessler was authorized to vote in favor of the law in the Council – or not. One argument asserting the unconstitutionality of Gewessler's actions is the above-mentioned Nehammer letter stating that Gewessler had no such mandate. However, Austria's Federal Chancellor, unlike his German counterpart, has no authority to issue directives to ministers. His letter was thus not binding. According to the Federal Ministries Act, Minister Gewessler is responsible for the environment and hence entitled to vote in the Council.

Beyond Nehammer's letter, Article 23d para. 2 of the Austrian Constitution is at the center of the ongoing debate. This provision allows the Austrian provinces to issue a *uniform opinion* on a subject that falls under their jurisdiction (devolved matter). Such a resolution by the provinces is generally binding on federal ministers, but as mentioned above, Vienna recently changed its mind and decided to support the Nature Restoration Law. Is the uniform opinion still uniform if one or two provinces change their position? Crucially, uniformity within the meaning of Article 23d para. 2 does not mean unanimity. A uniform opinion is reached if at least five of the nine provinces agree and no province objects. Nevertheless, a legal act can only be formally amended in the same way it was created. As there has been no new vote and new uniform opinion, Vienna's U-turn did not alter the opinion's binding nature.

However, Gewessler is relying on a different argument as shown in her statement to the Council: She focused on the provinces' reservations against earlier drafts of the Nature Restoration Law, which were the basis for their negative uniform opinion. She explained why these concerns, particularly regarding the involvement of landowners and farmers as well as food security, had been addressed in the current version. She seems to invoke a constitutional provision that states that a uniform opinion loses its effect if the legislative proposal it is referring to changes. Since the provinces had issued their last uniform opinion against the Nature Restoration Law back in May 2023, the draft legislation had been amended substantially, which the provinces did not formally oppose again. It can thus be argued that the uniform opinion simply does not apply to the draft Gewessler voted for but to an older one or that at least the provinces' reservations had now been addressed. It seems a convincing argument to say that uniform opinions should be interpreted in light of the most recent draft and must therefore be renewed if they are to remain binding.

Thus, it is likely that the uniform opinion was no longer binding and Gewessler has acted within her mandate, without violating the Austrian Constitution. But even if she had, would it matter at a European level?

The Nature Restoration Law at risk? Austria's action for annulment

Under Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Member States can challenge the legality of EU acts before the CJEU. The article provides several grounds for review. These are principles and requirements that must be adhered to in the contents of a piece of legislation and in the legislative process shaping the content of an act, for example, initiating consultation processes or ensuring the proportionality of a measure. In the present case, the argument by the ÖVP on behalf of Austria seems to be that Gewessler's vote constituted an infringement of the Treaties, namely Article 16 para. 2 TEU as indicated in Nehammer's letter. It reads: *"The Council shall consist of a representative of each Member State at ministerial level, who may commit the government of the Member State in question and cast its vote."*

The decisive question then is whether or not Gewessler had the "authority to commit" the Austrian government. Here, a distinction should be drawn between the formal and the substantive level. From a formal point of view, one has to be a representative at the ministerial level who can act in a binding manner for the Member State government. Austria is represented by the competent federal minister pursuant to Article 73 para. 2 of the Austrian Constitution. No further special authorization is required. The competences are regulated by the aforementioned Federal Ministries Act, leaving no doubt that Leonore Gewessler was Austria's competent representative in the field of environmental law.

From a substantive perspective, Council members may be bound by additional national guidelines in fulfilling their role. The ÖVP claims that this was the case here and a specific national guideline was breached. However, a common interpretation is that votes that are passed

[1] See for example Egger in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 16 EUV, Rz 35 (Retrieved 1 July 2023, rdb.at).

in breach of such a substantive requirement of a Member State are nevertheless valid.[1] That is because conditions at national level are not part of the requirements set out under Article 16 para. 2 TEU. A breach can therefore only have consequences under national law. In a case at the European level, such as the action for annulment, the CJEU is limited to interpreting the relevant Treaty provisions, here the formal requirements under Article 16 para. 2 TEU – which Gewessler met. So even if an Austrian court found that she had acted in violation of Austrian constitutional law, this would not affect her "authority to commit" under Article 16 para. 2 TEU. The same reasoning applies to any arguments relating to an alleged lack of competence or infringement of an essential procedural requirement – Gewessler's authority under European law was and is unaffected by Austria's internal dispute.

One other line of reasoning could be pursued in this case: The fact that the letter sent by Nehammer to the Belgian Council presidency was ignored. One could argue that this violated the general principle of sincere cooperation between EU bodies and Member States under Article 4 para. 3 TEU. It reads: *"Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties"*. This is a foundational principle of EU law and has often been invoked by the Court in different contexts. In this case, it might be claimed that holding the vote despite concerns voiced by the Austrian head of government violated this principle. However, this argument is not very convincing. The Council presidency could rely on the fact that Gewessler was the officially registered representative of Austria. The general sincere cooperation principle cannot be interpreted to overrule the clear wording of Article 16 para. 2 TEU. In addition, it is difficult to see how a specific legal obligation for the Belgian presidency to have acted differently in this situation could be derived from such a general principle.

Overall, it is unlikely that the CJEU will want to set a precedent by opening the door to governments challenging votes or seeking to reverse them after unwelcome decisions.

Conclusion

Infighting is not unusual in a coalition government. Taking such disputes to the CJEU, however, is an unusual course of action. Austria's action for annulment against the Nature Restoration Law is unlikely to succeed. Given that the underlying conflict is predominantly national, seeking recourse to the CJEU seems inappropriate. The crux of the challenge hinges on Minister Gewessler's authority under national law. Not only are there good arguments that she acted within her constitutional mandate, but it is also unlikely that a potential breach would influence the CJEU's decision, as its role is to ensure compliance with EU treaties, not national constitutional requirements. In the end, it appears that the Belgian chair presiding over the talks, Brussels environment minister Alain Maron's assessment of the situation was accurate: The vote takes place at the EU table and the rest is an internal controversy in Austria.

This text was published in parallel as a policy brief on the Jaques Delors Centre website.

James E. Fowkes

Eine neue Verfassungsordnung in Südafrika

Der African National Congress verliert nach 30 Jahren seine Mehrheit

doi: 10.59704/9f11bea3d4ab6dc1

Die Ära der absoluten Mehrheiten im demokratischen Südafrika ist vorbei. Nachdem der *African National Congress* (ANC) sechs aufeinanderfolgende Wahlen über einen Zeitraum von 30 Jahren mit absoluter Mehrheit gewonnen hatte, erhielt die Partei am 29. Mai 2024 zum ersten Mal weniger als 50% der Stimmen.

Der ANC bleibt stärkste Partei. Am Abend des 14. Juni wählte die südafrikanische Nationalversammlung den ANC-Parteichef Cyril Ramaphosa in seine zweite Amtszeit als Präsident des Landes.

Doch Politik und Verfassungsstaatlichkeit in Südafrika haben sich fundamental geändert. Die einzige Gewissheit in der südafrikanischen Ordnung nach 1994 war, dass der ANC die absolute Mehrheit gewinnen würde. Diese Zeiten sind vorbei. Die zweite Amtszeit Ramaphosas stützt sich nun auf eine Koalition der politischen Mitte mit der größten Oppositionspartei seit 2003, der Democratic Alliance (mit 21,81% der Stimmen zweitstärkste Kraft), und einigen kleineren Parteien.

Bei diesen Schlagzeilen stellen sich mehrere Fragen. Was verrät das Wahlergebnis der ANC darüber, was die Wählerschaft denkt? Was ist von der neuen Koalition zu halten, die eilig nach – bislang bedeutungslosen – verfassungsrechtlichen Fristen gebildet wurde? Und was heißen die Ereignisse der letzten zwei Wochen für die südafrikanische Verfassungsstaatlichkeit?

Neue Akteure

Auf den ersten Blick lässt sich der Zustimmungsverlust der ANC leicht als lang erwartete Abrechnung lesen. Denn die Partei erhielt nur 40,18% der Stimmen, verglichen mit 57,5% im Jahr 2019. Der ANC ist in Korruption verstrickt. Nach 30 Jahren an der Macht erscheint die Partei zunehmend unfähig, die sozio-ökonomischen Hürden zu überwinden, die die Apartheid in Südafrika hinterlassen hat.

Doch die Wahrheit ist komplexer. Am meisten Stimmen gewann bei den Wahlen 2024 eine neue Partei, „*Umkhonto we Sizwe*“, auch bekannt als „MK“, der frühere Name des militärischen Arms des ANC. Galionsfigur der Partei ist Jacob Zuma, ehemaliger Präsident Südafrikas und des ANC, der sich inzwischen vom ANC losgesagt hat. Während der Präsidentschaft Zumas (2009-2018) war die Korruption im Land auf ihrem krassesten Höhepunkt. Trotzdem konnten MK und damit Zuma 14,58% der Stimmen gewinnen.

Diese 14,58% machen den Großteil der 17,32 Prozentpunkte aus, die der ANC seit 2019 verloren hat. Diese Stimmen fielen an den wohl korruptesten Präsidenten, den Südafrika je hatte.

Damit erweist sich das Wahlergebnis weniger als Abrechnung für Amtsvergehen des ANC – sondern zeigt, was passiert, wenn eine Freiheitsbewegung zerbricht.

Der ANC war schon immer ein politisches Sammelbecken, das von einem gemeinsamen Ziel zusammen- und von strenger Parteidisziplin aufrechterhalten wurde. Beides konnte nicht ewig währen.

Das erklärt, warum die beiden erfolgreichsten neuen politischen Bewegungen der letzten zehn Jahre Abspaltungen des ANC waren – MK heute und davor die *Economic Freedom Fighters* (EFF), eine radikale, populistische Partei links vom ANC. Die EFF wurden von Julius Malema gegründet, dem ursprünglichen Vorsitzenden der ANC-Jugendorganisation (*ANC Youth League*), der 2013 aus dem ANC ausgeschlossen wurde. Malemas EFF wurden mit 9,52% viertstärkste Kraft. Gemeinsam mit MK bilden sie nun die Hauptopposition der neuen Koalition.

Die Zersplitterung endet jedoch nicht mit MK und den EFF. Noch nie traten so viele Parteien bei einer Wahl an wie 2024. Viele blieben erfolglos. Doch die Regierungsbildung wird von nun an davon abhängen, was sich aus dieser zunehmenden Parteienvielfalt zusammenschrauben lässt – und davon, ob diese Konstruktion hält. Weil die

Schwelle für den Einzug ins Parlament niedrig ist, werden verfassungsrechtliche Normen eine Zersplitterung kaum verhindern können.

Koalitionen an sich sind seit 1994 nichts Ungewöhnliches. Nach den ersten Wahlen im April 1994 wurde Südafrika von einer sogenannten „Regierung der nationalen Einheit" (*Government of National Unity*, kurz GNU) regiert, an der die Nationale Partei (die Partei der Apartheid) und die *Inkatha Freedom Party* (IFP) in einer ANC-geführten Regierung beteiligt waren. Nachdem der frühere Staatspräsident und Funktionär des Apartheid-Regimes F. W. De Klerk seine Partei im Mai 1996 aus der Regierung zurückgezogen hatte, blieb die IFP bis 2004 im Kabinett des ANC.

Bei der derzeitigen Koalitionsbildung wurde immer wieder auf diesen Präzedenzfall der GNU verwiesen. Der Unterschied ist allerdings, dass der ANC dieses Mal keine alleinige Mehrheit hat.

Neues Tempo

Dieses Jahr musste es außerdem wesentlich schneller gehen. Die originale GNU war von langer Hand geplant. Die diesjährige Version wurde dagegen mit der heißen Nadel einer – bisher kaum beachteten – verfassungsrechtlichen Vorschrift zusammengestrickt.

Nach Artikel 86 Absatz 1 der südafrikanischen Verfassung von 1996 muss die Nationalversammlung (das südafrikanische Parlament) den Staatspräsidenten, den Sprecher sowie den Vizesprecher des Parlaments bei ihrer ersten Sitzung wählen. Artikel 51 Absatz 1 stellt klar, dass die erste Sitzung innerhalb von 14 Tagen nach der Verkündung des Wahlergebnisses stattfinden muss.

Als der ANC noch absolute Mehrheiten gewann, waren diese zeitlichen Vorgaben bedeutungslos. Jetzt allerdings setzen sie die Koalitionsverhandlungen in Südafrika enorm unter Druck, während sich solche Verhandlungen in anderen Ländern über Monate ziehen können.

Dies führte dazu, dass die Koalitionsgespräche auch nach Beginn der Sitzung der Nationalversammlung am Freitag fortgesetzt wurden. Viele Details (inklusive Kabinettsposten) müssen noch bekanntgegeben werden. Es bleibt abzuwarten, wie die Koalition mit den starken politischen Divergenzen zwischen den Koalitionspartnern umgehen wird, etwa bei den Themen der staatlichen Gesundheitsfürsorge oder dem Programm zur wirtschaftlichen Stärkung der schwarzen Bevölkerung (*Black Economic Empowerment*) – und wie langlebig eine Koalition sein kann, wenn solche Fragen nicht vor Koalitionsbildung gelöst werden können.

Für Ramaphosa könnte dies einen politischen Neuanfang bedeuten. Aber es erfordert auch einen enormen Balanceakt zwischen den DA-Anhängern (darunter konservative weiße Wählerinnen und Wähler) und dem Druck der schwarzen Mehrheit, in einer Gesellschaft mit dem weltweit größten GINI-Koeffizienten (der soziale Ungleichheit misst). Die EFF und MK, die eine eigene Regierungsbeteiligung unter Mitwirkung der DA ablehnten, kritisierten den Koalitionsvertrag als einen Ausverkauf des ANC an das Kapital der weißen Minderheit.

Neue Herausforderungen

Doch was heißt all das für die Verfassungsstaatlichkeit in Südafrika?

Es gibt durchaus Bedrohungen. Am offensichtlichsten ist Zuma. Zuma ist nicht nur auf Kollisionskurs mit dem Gesetz und dem südafrikanischen Verfassungsgericht, sondern bereits mehrfach mit beiden kollidiert.

Im Juni 2021 verurteilte ihn das Verfassungsgericht zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten wegen Missachtung des Gerichts („*contempt of court*"), nachdem er sich weigerte, zur (bisher unerfolgreichen) rechtlichen Aufklärung der tiefgreifenden Korruption während seiner Präsidentschaft beizutragen. Die Entscheidung führte zu Unruhen und Plünderungen. Zuma verbüßte nur einen geringen Teil der Haftstrafe und wurde später begnadigt. Jedoch bedeutet seine ursprüngliche Verurteilung, dass er nicht mehr als Mitglied der Nationalversammlung dienen kann. Ein Urteil des Gerichtshofs kurz vor der Wahl bestätigte dieses rechtliche Ergebnis. Zuma hat das Gericht daraufhin ausdrücklich und wiederholt angegriffen.

Auch die MK-Partei zweifelte die Legitimität der Wahl an und boykottierte die erste Sitzung des Parlaments. Ihre offenkundige Bereitschaft, sämtliche politische Institutionen anzugreifen, erinnert an Trumpismus.

Für das Verfassungsgericht bedeutet das eine große Herausforderung, und es ist nicht die einzige. Politische Experimente werden dazu führen, dass die Verfassungsordnung nach 1994 stärker in Frage gestellt wird. Der Verlust der ANC-Mehrheit heißt, dass weniger strittige Fragen innerhalb des ANC geklärt werden und mehr davon vor Gericht landen. Die politische Zersplitterung vergrößert auch den Spielraum der Justiz. Wir werden sehen, wie das Verfassungsgericht und die Öffentlichkeit darauf reagieren.

Diese Frage richtet sich an die Zukunft und an die neue Verfassungsordnung, die Südafrika jetzt gestalten muss, in welcher Form auch immer. Denn die bisherige Ordnung gibt es nicht mehr.

James E. Fowkes

A New Constitutional Order in South Africa

The African National Congress Loses its Thirty-year Majority

doi: 10.59704/eb40d1d2b0fa9032

The dominant party era in democratic South Africa is over. After winning absolute majorities in six consecutive national elections spanning thirty years, on 29 May 2024 the African National Congress (ANC) fell below 50% of the vote for the first time.

The ANC remains the largest party. On the evening of 14 June, the National Assembly elected ANC leader Cyril Ramaphosa for a second term as the country's president.

But South Africa politics, and its constitutionalism, have changed fundamentally. The one certainty of the post-1994 order was that the ANC would hold an absolute majority. No longer. Ramaphosa's second term rests on a centrist coalition agreement with what since 2003 has been the largest opposition party, the Democratic Alliance (which came second, with 21,81% of the vote), and some smaller parties.

If these are the headlines, several things are worth a closer look. What does the ANC's result tell us about what voters are thinking? What should we make of the new coalition, formed hastily under constitutional deadlines whose significance has been little noted until now? And what do the events of the last two weeks portend for South African constitutionalism?

New players

First, it is tempting to see the ANC's loss of support as a long-awaited reckoning. In the end, the party won just 40,18% of the vote, as compared to 57,5% in 2019. The ANC has been mired in corruption. After thirty years in powers, it has seemed increasingly ill-equipped for the socio-economic mountain that apartheid left it to climb.

The truth is more complicated. The biggest gainer in the 2024 elections is a new party, MK or Umkhonto we Sizwe, which used to be the name of the ANC's armed wing. The party's figurehead is Jacob Zuma, former South African and ANC president, who has broken away from the ANC. It was under Zuma's presidency (2009-2018) that corruption was at its blatant worst. Yet MK, and Zuma, won 14,58% of the vote.

That 14,58% represents most of the ANC's 17,32 percentage point decline from 2019 to 2024. Those votes went to easily the most corrupt ANC president South Africa has had.

The election result, then, is less a rebuke of ANC malfeasance in office, and more about what it looks like when a liberation movement cracks.

The ANC has always been a broad church, originally glued together by a common struggle and maintained by strong party discipline. Neither was going to last forever.

Thus the two most successful new political movements of the last ten years have been breakaways from the ANC – now MK, and before that the Economic Freedom Fighters (EFF), a radical populist party to the ANC's left. The EFF was founded by former ANC Youth League leader Julius Malema, who was expelled from the ANC in 2013. Malema's party came fourth, winning 9,52% of the vote. It and MK now represent the coalition's main opposition.

The fragmentation does not end with MK and the EFF. The 2024 elections saw an unprecedently long list of parties competing. Many of these test balloons did not fly. But forming a government will now be a matter of what can be constructed from this growing set of pieces – and of whether these constructions can be held together. Given the low threshold for entering parliament, constitutional rules will do little to constrain splintering.

Coalitions themselves are hardly unprecedented in post-1994 politics. Following the founding election in April 1994, South Africa was ruled by a Government of National Unity (GNU), with the National Party (the party of apartheid) and the Inkatha Freedom Party (IFP) joining in an ANC-led government. After former apartheid leader F. W. De Klerk withdrew his party from the GNU in May 1996, the IFP remained in the ANC cabinet until 2004.

The current exercise in coalition-building has constantly referred back to this GNU precedent. What is different this time, of course, is that the ANC has no majority of its own.

New pace

It has also had to happen much more quickly. The original GNU was long planned. The 2024 version was hastily cobbled together under a hitherto overlooked constitutional clock.

Under section 86(1) of the 1996 Constitution, the National Assembly must elect the President, the Speaker and the Deputy Speaker "at its first sitting after its election". Elsewhere, section 51(1) provides that this first sitting must occur within fourteen days of the declaration of the election result.

In an era of guaranteed ANC majorities, this posed no difficulties. Now, it places serious pressure on coalition negotiations, which in other countries can drag on for months.

The result was that coalition talks continued even after the National Assembly's sitting had begun on Friday. Many details, including cabinet positions, have yet to be announced. It remains to be seen how the coalition will deal with some very deep policy differences, including on national health insurance and Black Economic Empowerment – and how durable a coalition can be when such issues cannot be resolved before the coalition must be formed.

For Ramaphosa, this represents an opportunity for a political fresh start. But it will require charting a difficult course between DA supporters who include conservative white voters, and the pressures of a Black majority in a society with the world's highest GINI coefficient (a measure of inequality). The EFF and MK, who refused to join a coalition that included the DA, have denounced the agreement as an ANC sell-out to white minority capital.

New challenges

Finally, what does all this mean for South African constitutionalism?

There are certainly threats. Most obvious among them is Zuma. It is not that he is on a collision course with the law and the Constitutional Court in particular, so much as that he has already repeatedly collided with them.

In June 2021, the Court sentenced Zuma to 15 months' imprisonment for contempt of court, as a result of his failure to co-operate with efforts (so far unsuccessful) to hold him legally accountable for pervasive corruption during his presidency. That decision led to widespread unrest and looting. Zuma served little of the sentence, and was later pardoned – but his original conviction means that he is no longer eligible to serve as a member of the National Assembly. A ruling of the Court just before the election confirmed this legal result. Zuma has explicitly and repeatedly attacked the Court in response.

The MK has also challenged the legitimacy of the election, boycotting the first sitting of the legislature. Its apparent willingness to attack all and any institutions recalls Trumpism.

This will represent a significant challenge to the Court, and it is not the only one. Political experimentation will mean more questioning of the post-1994 constitutional order. The loss of the ANC's majority will mean fewer controversial issues being resolved within the ANC, and more of them ending up in court. Political fragmentation also increases the scope for judicial power. We will see how the Court, and the public, responds.

That is a question for the future, and for the new constitutional order, of one kind or another, that South Africans will now need to build. For the old one is over.

Sarthak Gupta

Growing the Living Tree

doi: 10.59704/d5e217539223fa72

On 21 June 2024, the High Court of Namibia in *Friedel Laurentius Dausab vs. The Minister of Justice* unanimously held that laws criminalizing same-sex relationships (so-called sodomy laws) are unconstitutional and invalid. The Court found that "common law offenses of unnatural sexual offenses" and the inclusion of the "crime of sodomy" in three statutory laws (Schedule 1 of CPA, Schedule 1 of Immigration Control Act of 1993, Section 68(4) of the Defence Act of 2002) violate the equality and anti-discrimination principle enshrined in the Constitution of Namibia. The judgment significantly advances anti-discrimination law jurisprudence in Namibia, particularly in relation to the grounds of sexual orientation and the interpretation of constitutional equality provisions.

Expanding anti-discrimination law jurisprudence

The Court's expansive interpretation of the equality clause in Article 10 has far-reaching implications for the protection of human rights in Namibia.

Firstly, the Court recognized sexual orientation as a protected ground although it is not explicitly listed as a specific ground in Article 10(2), rejecting a narrow, literal interpretation. It thus demonstrated a willingness to adapt constitutional interpretation to evolving social norms and human rights standards on sexual orientation. While the judgment doesn't explicitly cite these standards, they likely include international human rights instruments such as the Yogyakarta Principles, United Nations Resolutions on sexual orientation and gender identity, and the growing body of comparative jurisprudence from other jurisdictions that have recognized sexual orientation as a protected ground. This approach aligns with the living tree doctrine of constitutional interpretation which holds that a constitution should be read broadly and progressively to adapt to the changing needs of society. The Court's reasoning in this regard is particularly significant. It held that "the fact that a ground is not listed in Article 10(2) is not a license for the law to discriminate on that ground" (para. 44). The judgment thus advances a more nuanced understanding of gender discrimination by recognizing its intersection with sexual orientation. This expanded view opens the door for the recognition of other non-enumerated grounds of discrimination in future cases, potentially including grounds such as disability, age, or gender identity which are recognized in many modern constitutions like Article 9 of the Constitution of South Africa but not explicitly mentioned in the Namibian Constitution.

Substantive equality over formal equality

The Court's analysis of the rationality and legitimacy of the impugned laws demonstrates a rigorous and principled approach to the equality test under Article 10 of the Namibian Constitution. This approach significantly raises the bar for the state in justifying differential treatment and sets a precedent for future discrimination cases. The Court's scrutiny of the purported justifications for criminalizing same-sex conduct was particularly intense. The judgment squarely addressed the question of what legitimate purpose could be served by such criminalization, asking pointedly: "What threat does a gay man pose to society, and who must be protected against him?" (para. 28). This framing of the issue compelled a critical examination of the underlying rationales for the impugned laws, moving beyond mere acceptance of historical or traditional justifications. The Court's rejection of moral majoritarianism as a legitimate basis for discrimination is a cornerstone of this judgment and marks a significant jurisprudential development. By asserting that "the enforcement of the private moral views of a section of the community (even if they form the majority of that community), which are based to a large extent on nothing more than prejudice, cannot qualify as such a legitimate purpose" (para. 28), the Court established a crucial principle and reinforced a counter-majoritarian understanding of constitutional rights.

Moreover, the Court demonstrates a sophisticated understanding of equality that transcends mere for-

mal equality, aligning with contemporary constitutional theory. By rejecting the Respondents' contention that the impugned laws constitute mere differentiation rather than discrimination (para. 33), the Court implicitly embraced the concept of substantive equality. Instead of analyzing the legal distinctions in a formalistic manner, the Court considered the deleterious and prejudicial effects of the laws on gay (or queer) men, thus engaging with the laws' practical consequences. It thereby relied on the precedent established in *Müller v President of the Republic of Namibia* (1999) which defined discrimination within the Namibian constitutional context as encompassing an element of unjust or unfair treatment (para. 56), reaffirming and extending a substantive approach to equality. This approach is a progressive evolution of Namibian constitutional jurisprudence, resonating with developments in other jurisdictions as well as Namibia's binding commitments under ratified human rights treaties. These include the ICCPR, the CEDAW, and the CERD which increasingly recognize the limitations of formal equality in addressing systemic discrimination and promoting social justice.

Comparative Law as the guiding light

The Namibian High Court in *Dausab* continued the trend of relying on comparative law as a deliberative resource, similar to what was observed in the *Digashu and Seiler-Lilles* case. This approach reflects the growing tendency of Namibian courts to use comparative methods when addressing critical constitutional questions. In *Dausab*, the High Court drew upon jurisprudence from South Africa, Candana, the United Kingdom, and Ireland to form its reasoning on the decriminalization of the sodomy law. The use of comparative law in *Dausab* further exemplifies the "cross-fertilization" or "doctrine-swapping" approach in Namibian constitutional interpretation, where courts import and adapt legal concepts from other jurisdictions to address complex issues in their own context, while still maintaining Namibia's unique constitutional framework, characterized by its post-apartheid origins, hybrid legal system (i.e., Roman-Dutch civil law, English common law, and Customary law), and emphasis on transformative constitutionalism. While drawing insights from other jurisdictions, Namibian courts developed a domestic jurisprudence that addresses the country's specific legal and social challenges. This approach allows Namibia to benefit from global legal developments while maintaining its sovereign ability to interpret and apply constitutional principles in a manner that respects its distinct historical, cultural, and social realities. This "cross-fertilization" approach in Namibian constitutional interpretation could potentially enhance queer rights (and other minority rights) concerning self-perceived gender identity, same-sex marriage, surrogacy rights, or adoption rights.

Queer Rights within the framework of the Namibian Constitution

The High Court arrived at this expansion of queer identities and their rights by squarely placing same-sex relationships within the framework of constitutional rights and philosophies, namely, constitutional morality, the right to autonomy, the right to live a dignified life, and the right to privacy.

The Court's expansion of queer rights through the lens of autonomy is evident in several aspects of its reasoning. The Court critically questions the legitimacy of criminalizing consensual sexual conduct between adults based solely on moral disapproval. By asking "What threat does a gay man pose to society, and who must be protected against him?" (para. 28), the Court implicitly recognizes the principle of personal autonomy in intimate relationships. Furthermore, the Court's rejection of moral majoritarianism as a basis for criminalization (paras. 29-30) strongly affirms individual autonomy.

The Court's emphasis on dignity is particularly evident when it references the Constitution's promise of "recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family" (para. 30). By framing the issue in terms of dignity, the Court elevates the status of queer individuals to that of equal members of society deserving of respect and recognition. Moreover, by rejecting "extreme disgust and abhorrence" (para. 27) as a basis for criminalization, the Court asserts that societal prejudices cannot diminish the dignity of queer persons.

The Court's analysis demonstrates a sophisticated understanding of the relationship between morality and law in a pluralistic society. By questioning whether the criminalization of consensual same-sex conduct can be justified solely on the grounds of "moral disapproval", the Court implicitly recognizes the distinction between private morality (individual morality) and public law (social

vs. constitutional morality). This approach resonates with the harm principle of John Stuart Mill in legal philosophy, which posits that the only legitimate basis for criminalization is the prevention of harm to others, not the enforcement of private moral views. While not as explicitly discussed as the other rights, the right to privacy is implicitly recognized throughout the Court's reasoning. The Court's emphasis on privacy rights in questioning laws that criminalize "consensual anal intercourse between consenting males in private" (para. 28) is a key step in decriminalization. However, this framing should not be construed as limiting LGBTQ+ expression to private spaces only. The judgment's broader focus on equality and dignity implies that LGBTQ+ individuals should have the same rights to public expression of affection as heterosexual couples.

While legal change of course does not change society's minds and hearts overnight, the High Court of Namibia judgment is a milestone with the potential to impact queer lives in Namibia significantly. It not only decriminalizes consensual same-sex relationships but affirms the substantive equality, dignity, and autonomy of queer individuals. By establishing a crucial legal precedent for challenging other discriminatory practices, the judgment waters the living tree of the Constitution and will help it to branch out even further.

Ahmed Elbasyouny

The Emir Giveth, the Emir Taketh Away

Anticipating Kuwait's Post-Suspension Constitution

doi: 10.59704/8c63776b79947d43

Kuwait, a democratic outlier in a hopelessly authoritarian Gulf, is facing a constitutional crisis under its new Emir who is intolerant of his country's never-ending political gridlocks. In February 2024, the Emir dissolved the parliament for "*violating established constitutional principles*". On May 10th, and after a snap election brought back a replica of the dissolved parliament, the Emir took it upon himself to violate the constitution this time, by both suspending parliamentary life altogether and articles of the constitution, claiming that he will not "*allow democracy to be used to destroy the state*".

Over the next four years, expect a constitutional overhaul. Instead of emulating the Kais Saied model, which would scrap the entire democratic experiment, the new constitution should address the key flaws in a six-decade-old political system that has been plagued by persistent stalemates between the government and parliament.

Kuwait's democratic experiment

Kuwait's democracy, unlike its Arab neighbors, predates the Arab Spring. It was shaped by immediate post-independence threats from Iraq in the 1960s and elite bargaining during Sadam's invasion at the 1990 Jeddah Conference. The Emir, as head of state, appoints the prime minister and cabinet without parliamentary approval, and cabinet ministers serve as *ex-officio* members alongside the 50 elected MPs. Kuwait's parliament is a veto player: it doesn't rubber-stamp legislations, it "grills" ministers and topples cabinets, and it discusses sensitive issues like state torture. Elections are free and fair with a high turnout, representing diverse segments of society, including tribes, Ikhwans (outlawed in many states), Salafis (who traditionally boycott politics elsewhere), and Shia components. Over the years, Kuwait's parliamentary politics have led to substantial reforms, including granting political rights to naturalized citizens (1994) and women suffrage (2005) and establishing direct access to the Constitutional Court (2014).

However, the existing design of the relationship between the executive and parliament feeds frequent standoffs, and has invited Emirs to side with their prime ministers while playing their favorite sport: parliamentary dissolutions.

The February 2024 Parliamentary Dissolution

In his December 2023 inaugural speech, Kuwait's new ruler, Emir *Mishal Al-Sabah*, held no punches attacking both the government and the parliament for *"harming the interests of the people and the country"*. He openly expressed discontent with policies of his predecessor, including an amnesty for former MPs convicted of storming the parliament in 2011. This led his Cabinet in January to send back a bill, approved by 48 of the 50 *elected* MPs, aimed at restoring the political rights of these former political prisoners.

In February 2024, the Speaker instructed the deletion of a remark directed against the Emir's speech by one of the MPs from the legislative record. When the Parliament voted to override the Speaker's decision, the Emir ordered the dissolution of the Parliament as it violated his "*inviolable status as the head of the state*".

One jump ahead of the lawman

Article 170 of the Constitution instructs a new election within two months after any dissolution, or the dissolved parliament is reinstated. The time between the February dissolution and the April election was a tumultuous interbellum. The Constitutional Court dismissed a challenge to the election's constitutionality for lack of standing. The Administrative Court sustained a number of decisions by the government to bar certain candidates from running, based on a 1998 Law that prohibits tribal primary elections (an internal filtration practice of tribes). The government revoked the citizenship of 26 members of a particular Kuwaiti tribe, and controversially established a hotline to report dual citizens, citing the need to protect

"identity and national interest" – a divisive topic, perceived as faux concern to discredit tribes.

The new election saw a 62% turnout, with 39 members retaining their seats out of 50. The new parliament hit a rough patch with the Emir who used Article 106 of the Constitution to postpone the inaugural session from April 17th to May 14th. Despite the postponement, on April 21st, the parliament convened a session attended by 40 MPs to "*ward off any constitutional suspicions*". Minutes after it started, the session was adjourned as the government was not present, which is a constitutional requirement (in one reading at least, but a parliamentary tradition of precedential value nonetheless). Another controversy arose regarding the formation of the cabinet where MPs attempted to influence its formation, before MPs were even sworn in. The constitution requires at least one MP to join the Cabinet for the latter to be constitutional. Speculations arose that the PM struggled to secure any MP for his new cabinet which prompted some scholars to explore possible avenues to overcome this constitutional conundrum.

The Emir's suspension of parliamentary life

Because of these incidents, four days before the scheduled session, the Emir ended the saga by suspending parliamentary life in addition to a number of constitutional provisions for four years.

The Emiri decision is blatantly unconstitutional, but not unprecedented. This is the 13th instance of parliamentary dissolution either by a royal decree or a court order, but the third instance of an unconstitutional suspension of parliamentary life since 1976 (restored in 1981) and in 1986 (restored in 1992). In both cases, the government did not honor the two-month window for reelection in Article 170 and suspended several constitutional articles. While the Constitutional Court could never rule on this matter (see 2/1995), it is widely accepted that both instances were unconstitutional. Throughout similar crises, the political class, including MPs (2023), the legal community and civil society (2008-2009), and even the former Emir (2006), consistently and categorically rejected these populist baits against the parliament.

The May 10th Suspension Decision also included unilateral, selective, and unconstitutional suspensions of several constitutional articles, including those mandating a new election within two months and one prohibiting the suspension of any provision of the constitution except when martial law is in force. The Emir now effectively rules by decree, as he has already appointed a cabinet and crown prince without required parliamentary approvals. The next constitutional amendment, if any, will likely also be carried out by the Emir and his entourage alone.

Cherchez la Constitution!

During the four-year suspension, the Emir has promised to review aspects of the democratic experiment. This signals a forthcoming constitutional amendment aimed at reshaping the relationship between the political branches and the Emir. Kuwait could mirror Tunisia's President Kais Said's 2021 self-coup – which, under the pretext of addressing gridlock, has undone democracy in the last bastion of the Arab Spring – by consolidating power in the hands of the head of state. This can take the shape of a closed-door process, with a hand-picked constitution-making body that produces an Emir-friendly constitution with a Gulf-style, toothless consultative council which might prioritize constituent service over government oversight.

Instead, Kuwait should devise a system that alleviates tensions stemming from the current constitutional design without resorting to authoritarianism. Three solutions present themselves to address the constant gridlocks, evidenced by 46 cabinets and 21 elections in just 62 years.

Ministers, off the floor

The Kuwaiti Constitution creates a cabinet with no parliamentary representation (except for one minister, colloquially referred to as *Muhallel* – signifying legalistic legitimation) and a parliament with full cabinet representation. Article 52(2) mandates the appointment of cabinet members from "amongst the members of the National Assembly *and from others*". Although the framer's intent was likely to appoint a cabinet primarily from the parliament, it is in the best interest of the Emir to select ministers from outside the parliament. This is primarily because cabinet ministers serve as *ex-officio* members alongside the 50 elected members of the parliament, hence selecting non-MPs for cabinet positions rewards the Emir with 15 seats inside the parliament. *Ex-officios* have the same voting rights as the elected 50 members (except for no confidence). This makes the cabinet inside the parliament the most uniformed and powerful voting bloc in contrast to the rest of the atomized factions inside

the Parliament, considering the absence of Party Law.

Cabinet members, in their government capacity, have been known to frequently opt out of attending parliamentary sessions, whenever they are in disagreement with MPs. This often presses the Speaker to adjourn sessions. An ambitious amendment would strip cabinet ministers from their green seats in the parliament, which will also help ideological cleavages to organically grow. Additionally, it will enable the establishment of more cabinet roles, as ministers currently juggle multiple portfolios to maintain the one-third ratio relative to parliament, stipulated in the Constitution.

A cabinet by the people

The institutional setup between both branches is destabilizing. The main reason is the absence of a parliamentary role in cabinet selection. This dynamic occasionally prompts MPs to resort to constitutionally suspect moves to pressure the Emiri-appointed Prime Minister on cabinet composition. A significant factor in the April 2024 crisis has been reports of MPs threatening to interpellate the prospective Interior Minister, despite their appointments not yet being effective (an unconstitutional practice, 8/2004). MPs also decline cabinet appointments due to the low-profile of the positions offered and potential harm to reelection campaigns by associating with unpopular decisions. The lack of parliamentary input markedly results in ideological clashes between the pro-finance reform government and the anti-austerity-measures parliament. The selection process and ideological differences lead MPs to use interpellations (a formal question to a minister, possibly leading to their impeachment) to compensate for their lack of influence over agenda-setting, often resulting in cabinet resignations over the "arbitrary use of interpellations". A key solution is to allow the majority party to select the PM with the Emir's consent. The Emir would appoint major cabinet portfolios, while the Prime Minister would handle the remainder. To preserve the integrity of the parliament and accountability of the cabinet, appointments should be made outside parliament and the royal family. This design should prioritize the majority party or coalition, rather than the parliament as a whole, to streamline and stabilize the process.

Stricter criteria for interpellations and dissolutions

Kuwait can fix its disruptive "oversight overreach" while avoiding pitfalls seen in the Egyptian parliament's failure (for technical or political reasons) to table interpellations. A viable Gulf-homegrown proposal suggests implementing a filtration system for interpellations, as seen in Bahrain. This involves forming an ad hoc committee of designated parliamentary leaders to assess the *seriousness* of each interpellation before scheduling it for the general session. The final intervention should aim to restrict the dissolution power. First, dissolutions should only be for *legitimate* reasons. The new qualifier is important since parliaments historically have been dissolved for generic reasons including "regional challenges" in 2013. Article 170 as it stands prohibits only repeated reasons. A better design would focus on frequency e.g. prohibiting the dissolution of parliaments formed through snap elections. Parliamentary dissolutions should also trigger an automatic constitutional court review. Many constitutions, including Portugal's, mandate the consultation of many actors including courts. However, an automatic review is arguably preferable over a consultation requirement, considering both prevalence of dissolutions and the Court's history of siding with the government.

Receptions and prospects

Reactions to the May 2024 crisis have been concerning. Some disingenuous explanations blame the Muslim Brotherhood –despite the group retaining only two seats in the April election. Despite the bad-faith, militant democracy undertone of "protecting the state", the parliament did not exceed its constitutional prerogative. Allegations to the contrary could have been resolved through constitutional means e.g. the Constitutional Court or legal dissolution.

Internally, there have not been massive popular or elite reactions against the Emiri decree. This is unusual compared to similar events in the region as well as Kuwait's own history. The context of this crisis is different however: the Emir's security background, the absence of existential threats that requires democratization and national dialogue, the rise of Kuwait populism, regional democratic regression, and support from official and unofficial Gulf actors, all indicates a move towards resilient backsliding. This comes in addition to cynicism over democracy amongst Kuwaitis, drawing parallels from re-

sponses to the Gaza War in the West and the appeal of the Gulf economic model vis-à-vis Kuwait's democracy.

The silence should not be seen as acquiescence. Kuwaitis should adopt technical solutions to their political crisis during the next amendment process, rather than letting lucrative authoritarianism slip into their constitution. Kuwait's new constitution, as others, will require some militant democracy investment against those who seek to disrupt democracy using legal means. But as this case demonstrates, anti-democrats are not political parties but state authorities that fall outside the triangular branching of government.

Changhao Wei

Toward a More Rigorous Mechanism for Resolving Legislative Conflicts

Unpacking China's Transitional "Mini Law" on the "Recording and Review" Process

doi: 10.59704/0fa1cb52713697ba

In December 2023, China's national legislature, the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC), adopted the *Decision on Improving and Strengthening the System of Recording and Review* (Decision), a major bill aimed at reforming "recording and review" (R&R) – China's system of parallel processes for resolving legislative conflicts. Under R&R, an enacting body – that is, a governmental body authorized to issue documents of a legislative nature – must file its legislation with the designated reviewing body for subsequent review. The reviewing body is either a legislative or an administrative organ, as Chinese courts lack the power to review and invalidate legislation. Among all reviewing bodies, the NPCSC is the most powerful, because its jurisdiction extends to all major sub-statutory norms and it alone holds the power of constitutional review. Below, I will use "R&R" to refer just to the NPCSC's process, as it will be the focus of this post.

Background and overview

Envisioned by China's 1982 Constitution, R&R was first operationalized (on paper) by the *Legislation Law* in 2000. It did not enter public awareness, however, until three legal scholars invoked it by filing a groundbreaking petition for constitutional review amidst the 2003 Sun Zhigang incident to challenge an administrative regulation that created an extrajudicial detention system. And it was only in May 2004 that the NPCSC established a dedicated office under its Legislative Affairs Commission (LAC), a professional support body, for conducting review on its behalf. Yet, for the next decade or so, R&R operated entirely behind closed doors and was widely seen as ineffective. Then things started to change in 2013, when the Communist Party first vowed to "improve" the process. Since then, the NPCSC has implemented a series of reforms aimed at making R&R more powerful, transparent, and accessible to the public.

Those reforms culminated in last December's Decision. It is the first statutory authority on R&R that is comprehensive in scope, albeit not exhaustive in details. For this reason, Chinese commentators have termed it a "mini law" on R&R, though it is nothing short of a milestone in R&R history. It simultaneously concludes one phase of R&R reform while starting a new one. The two verbs in its title reflect this dual role: The Decision "strengthens" R&R by elevating into law core *existing* components of the system. It is a symbol that China has built a relatively mature statutory framework for a unique legislature-centric process for resolving legislative conflicts – one that emphasizes consultation with and self-correction by enacting bodies. At the same time, the Decision "improves" R&R by introducing a raft of *novel* elements to address weaknesses in the system. Some would give more teeth to the rectification process so that enacting bodies do not abuse the latitude they enjoy. How the new measures would work in practice and whether they would achieve the intended goals, however, remain to be seen.

Codifying the prior chapter of R&R reform

On the eve of the Decision's passage, R&R had three main governing authorities. Two were statutes: (1) the *Legislation Law* (as last amended in 2023), which effectuates NPCSC review of "regulations," an eclectic category that includes the State Council's administrative regulations and the legislation of local people's congresses; and (2) the 2006 *Law on Oversight by the Standing Committees of People's Congresses* (*Oversight Law*), which provides for an analogous review process for "judicial interpretations" – legislation-like documents issued by China's top judicial authorities. The third instrument, the 2019 *Working Measures for the Recording and Review of Regulations and Judicial Interpretations* (*Working Measures*), was only an internal NPCSC document that (in theory) lacked exter-

nal force. It did, however, flesh out the two statutes' largely skeleton provisions on R&R and filled in many statutory gaps, so for a while, it functioned as a nearly self-contained governing authority for R&R.

The Decision is, in a nutshell, a partial codification of the *Working Measures*. The following paragraphs offer a more detailed explanation of its relationship to preexisting authorities and double as a sketch of R&R before the Decision's adoption.

I conceptualize R&R as having three main parts, or three R's: recording, review, and rectification.

First, *recording* concerns the breadth of the filing requirement and related procedures. The Decision repeats the long-standing statutory requirement that all regulations and judicial interpretations be filed with the NPCSC within 30 days of promulgation (Arts. 2-3). It also codifies the basic filing process and the NPCSC General Office's authority to accept filings and conduct formal reviews (Art. 3). More detailed procedural and stylistic requirements are laid out in the *Working Measures*.

Second, *review* implicates three main issues: how review may be triggered; how review is conducted; and on what grounds a document may fail review. Like the *Legislation Law*, the Decision provides for four modes of review: (1) proactive review of newly filed legislation; (2) review conducted at the request of a state or private entity; (3) "targeted reviews" that focus on a particular area of existing law; and (4) review conducted after another institution forwards a wrongly addressed petition to the NPCSC (Arts. 6-9). Unlike the *Legislation Law*, which fails to articulate any procedure for review, the Decision has incorporated the requirements of the *Working Measures* that the LAC communicate with the persons requesting review (when applicable) and hear the views of enacting bodies as well as relevant third-party institutions and persons through hearings, discussion sessions, field research, or other means (Art. 15).

As for the substantive criteria for review, the *Legislation Law* and the *Oversight Law* generally provide that a document may be rejected for violating the Constitution or a statute. The *Working Measures* refined those two general grounds by further specifying the circumstances in which a document will be deemed unconstitutional or unlawful. They also added that a document will fail review if it is inconsistent with the Party's major decisions or major national reforms; or if it is "clearly inappropriate," including when "the means prescribed to achieve its legislative purpose clearly does not match the legislative purpose" – a simple means-end test that one official claims "tentatively" incorporated the proportionality principle.[1]

Notably, the Decision has not wholesale codified all the detailed criteria under the *Working Measures*. Rather, it requires only that the LAC "focus on" certain issues that have repeatedly come up in practice,[2] including whether a piece of legislation comports with the Constitution; is consistent with major national policies and reforms; exceeds the enacting body's legislative authority; substantively violates any superior legislation; or violates legislative procedure (Art. 11).

Finally, *rectification* concerns the enforcement of a decision that a document has failed review and the decision's legal effect. Three progressively forcible corrective measures were available before the Decision's adoption. Only the two more coercive but *less* often employed measures were codified in the *Legislation Law* and the *Oversight Law*. The first is the issuance of a written opinion by the LAC to the enacting body, which triggers the latter's obligation to decide whether to follow the opinion and correct the offending legislation on its own. If it complies with the LAC's opinion, the review ends. If not, the NPCSC may then invoke the second option by annulling the legislation outright – a most drastic measure that it has yet to deploy in practice. The third enforcement measure, one that has closed "the vast majority"[3] of cases, was recognized by the *Working Measures* only. And that is the LAC's initial informal attempt (e.g., via a phone call) to persuade the relevant enacting body to remedy an identified problem – which, if fruitful, would obviate the need for a written opinion or the NPCSC's intervention.

---

[1] Chen Qian 陈乾, "备案审查中的比例原则适用问题研究 [Research on the Application of the Principle of Proportionality in R&R]," 备案审查研究 [Journal of Regulations Filing and Review], no. 3 (December 2023): 12.

[2] See Yan Dongfeng 严冬峰, "《备案审查决定》的出台背景和主要内容解读 [The Background of the R&R Decision's Promulgation and an Explanation of Its Main Contents]," 中国法律评论 [China Law Review], no. 1 (February 2024): 206.

[3] Liang Ying 梁鹰, "在全国人大常委会法工委备案审查理论研究与学科建设浙大座谈会闭幕式上的发言 [Speech at the Closing Ceremony of the NPCSC Legislative Affairs Commission's Symposium on Theoretical Research and Curriculum Development on R&R at Zhejiang University]," 立法前沿 [Developments in Legislation], no. 7 (January 2024): 10.

This three-stage corrective process encapsulates China's heavy reliance on consultation and self-correction to resolve identified legislative conflicts. In a political culture that values harmony among state organs, the NPCSC's direct annulment of an enacting body's legislation would not only "damage [the latter's] face and authority" and thus potentially reduce its willingness to support the NPCSC's work, but also "undermine the narrative of unity under Party leadership."[4] In addition, before recent R&R reforms, the NPCSC lacked the political capacity to resolve major political and legal issues often presented by citizen petitions, so had to resort to encouraging consensus-building and self-correction. Today, with the Party's support, the LAC appears more assertive in deciding hard questions and less constrained by the political taboo of publicly rebuking other state organs. But the consultative approach persists, and the Decision further solidifies it by codifying informal communication as the first step of rectification (Art. 13, para. 1). Similar factors underly the approach's continued vitality: The NPCSC still depends on the goodwill and cooperation of other state organs to effectively perform its duties (R&R and otherwise), and an ever-growing emphasis on the Party's leadership requires all state organs to effectively implement its decisions, so open confrontation is counterproductive (not to mention unnecessary in this context). And with the retroactive effect of NPCSC annulment (if any) being unsettled, this measure will most likely serve as a deterrent that is never deployed.

Beginning the next chapter of R&R reform

More importantly for the future of the R&R system, the Decision has also introduced a few novel provisions of an aspirational or experimental nature that likely aim to address shortcomings of the pre-Decision R&R regime. Below, I will highlight four such provisions.

First, the Decision foregrounds constitutional review in R&R. While constitutional review has always been embedded in the process, the Decision affords it particular attention, outlining special requirements for constitutional review in a separate article. It reiterates that the LAC should "focus on" constitutional issues when conducting review and for the first time directs it to "accurately grasp and clarify the relevant provisions and spirits of the Constitution" to respond to societal concerns over constitutional issues (Art. 5). As I have observed, the LAC remains hesitant to make official constitutional determinations by either obscuring the precise legal bases for its decisions or dodging constitutional claims entirely. Such hesitation likely arises from both political and legal considerations. As to the former, a formal finding of unconstitutionality is widely understood by Chinese political actors to entail (perhaps not always fairly) political – i.e., disciplinary – consequences for the responsible officials.[5] Though this outcome is not explicitly spelled out anywhere, the mere possibility of it deters formal constitutional determinations. On the legal front, again, because of the as-yet unresolved retroactivity question, a formal declaration of unconstitutionality could have the effect of upsetting otherwise settled expectations and unleashing chaos in the society – an outcome that a stability-obsessed regime would surely wish to avoid. By authorizing – and urging – the LAC to "clarify" constitutional provisions, the Decision may spur the development of appropriate accountability and retroactivity doctrines and help reverse the trend of avoiding mentions of the Constitution in constitutional review.

Second, the Decision establishes a novel link between R&R and the judicial process. Under Article 6, when a court finds a regulation or judicial interpretation unconstitutional or unlawful, or has doubts about its constitutionality or legality, it may report the issue up the judicial hierarchy to the Supreme People's Court (SPC), which will then decide whether to seek NPCSC review. (The Decision lays down analogous procedures for procuratorates and supervision commissions, which are, respectively, China's prosecutorial and anti-corruption bodies.) Previously, R&R and litigation ran independently from each other such that petitioners who obtained a favorable de-

[4] Keith J. Hand, "Understanding China's System for Addressing Legislative Conflicts: Capacity Challenges and the Search for Legislative Harmony," Columbia Journal of Asian Law 26, no. 1 (January 2013): 215.

[5] Tian Wei 田伟, "规范合宪性审查决定的类型与效力 [Standardizing the Types and Force of Constitutional Review Decisions]," 中国法律评论 [China Law Review], no. 1 (February 2020): 79.

[6] See, e.g., Liang Hongxia 梁洪霞, "备案审查的人权保障功能及其实现路径——潘洪斌案的再思考 [The Function of Recording and Review in Safeguarding Human Rights and the Path to Realizing It: Rethinking the Pan Hongbin Case]", 人权 [Human Rights], no. 2 (March 2020): 65. In the so-called "Pan Hongbin case", Pan's e-bike was seized by Hangzhou's traffic police and then

cision from the LAC still could not then use that decision to seek individualized relief in court, especially if they had already exhausted the judicial process.[6] The new linkage mechanism could alleviate this dilemma, but the Decision leaves many questions unanswered. It fails to specify, for instance, whether litigants have an affirmative right to invoke the new process in court; whether a lower court's decision to refer problematic legislation to the SPC stays the judicial proceedings; and what effect, if any, a ruling by the LAC or NPCSC will have on the pending case. While a few enterprising courts might invoke and experiment with this new mechanism, individual courts cannot be relied on to supply those missing answers. Empirical research shows that Chinese courts have been actively avoiding exercising their power to review non-legislative regulatory documents in administrative litigation.[7] It would be foolish to expect anything different here. Hence further clarification must jointly come from the SPC and other relevant national authorities to unify the rules nationwide and across different branches of government.

Third, the Decision introduces the principle of proportionality into the review process. Article 11 directs the LAC to focus on (among the other issues noted earlier) "whether the measure taken [by a piece of legislation] and its purpose satisfy the principle of proportionality," without spelling out the legal test or the scope of its applicability. Later, writing in the *China Law Review*, Yan Dongfeng, director of the LAC's R&R office, clarifies that proportionality applies to constitutionality, legality, *and* reasonableness review – and that the test has three prongs: suitability, minimal impairment (necessity), and proportionality as such (balancing).[8] Proportionality review will entail not only "abstract balancing of interests and value judgments" but also quantitative analysis, according to Yan, and the principle could therefore render the LAC's review "sounder and more precise" and its conclusions "more persuasive."[9] He also notes the global trend of adopting proportionality as an "important" principle of constitutional review, suggesting that this phenomenon at least partially motivated China's official embrace of proportionality review. Notwithstanding a recent official effort to reinterpret several LAC decisions (none concerning fundamental rights) through the lens of proportionality,[10] the body has yet to offer a complete proportionality analysis – at least publicly. So the applicability and robustness of proportionality review in China remain to be seen.

Finally, the Decision adds new ways to involve the NPCSC itself in rectifying problematic legislation. As noted earlier, the LAC has been able to secure compliance with its decisions through informal communications and written opinions, making it unnecessary for the NPCSC to invoke the "nuclear option" of annulling a document outright. This also means, however, that the NPCSC has so far played no direct role in rectification. To "strengthen the authority of NPCSC oversight and the rigor of the rectification process,"[11] the Decision adds two weapons to the NPCSC's arsenal: (1) declaring a document unconstitutional or unlawful and requiring correction "within a specified period"; and (2) requesting that an enacting body "amend or improve" the relevant document "on its own." According to Director Yan, the former method would be used for "serious constitutional or statutory violations," and the latter for "ordinary" violations (such as those that occur only because of subsequent changes in national law, he suggests).[12] These new measures could, argues one leading Chinese scholar, prompt the NPCSC to sort out the temporal effects of its actions – and of the LAC's decisions as well; the retroactivity of review decisions is perhaps the biggest unsettled issue in R&R reform today. But as Yan acknowledges, how to deploy the new

towed back to its place of registration (a different city) at his own expense, in accordance with a municipal regulation that the LAC later ruled unlawful at Pan's request. Hangzhou's legislature then repealed the provision at issue. But because at that point Pan had already lost his administrative lawsuit against the traffic police and exhausted all appeals, and because the courts refused to reopen the case on the ground that the provision's repeal was not retroactive, he never received the compensation he was due.

[7] He Haibo 何海波, "论法院对规范性文件的附带审查 [On Courts' Collateral Review of Normative Documents]", 中国法学 [China Legal Science], no. 3 (June 2021): 140.

[8] See Yan, "R&R Decision,"206. He did not mention if the LAC would inquire whether the legislation at issue has a legitimate aim, which in other jurisdictions is typically the first step of, or a threshold inquiry for, proportionality review.

[9] Yan, 206.

[10] See Chen, "Research on Proportionality," 16–19.

[11] Yan, "R&R Decision," 207.

[12] Yan, 207.

corrective measures requires further experimentation in practice.[13]

Conclusion

The Decision belongs to a category of legislation that Chinese scholars have dubbed "quasi-legislative decisions" – instruments with the force, though not the form, of statutes. Given China's unwritten rule that statutes should be substantively comprehensive and infrequently amended, quasi-legislative decisions have proven useful in allowing legally complex and politically salient institutions like R&R to develop gradually without formal statutory changes. The Decision serves this purpose by both placing existing elements of the R&R system on a stronger legal footing and adding new building blocks aimed at making the process more efficient and rigorous. To be sure, the Decision has not resolved all the critical questions currently confronting R&R reformers. It has, however, set the stage for further development of the system and goes a long way to laying the groundwork for an eventual statute on R&R.

Thanks to Zhu Jiawei and Jeremy Daum for helpful conversations about earlier drafts of this post.

[13] See Yan, 207.

Tanmay Durani

Secret Campaigns and Masked Messages

Surrogate Advertising in Indian Politics

doi: 10.59704/f5983a67caf16bb8

Every election season in India reignites a familiar concern: the pervasive influence of financial resources on the democratic process. While the Election Commission of India (EC), in conjunction with the judiciary and various state apparatuses, consistently underscores the link between monetary power and electoral outcomes, a significant loophole persists.

This blogpost examines that loophole: the unchecked power of surrogate advertising on social media platforms and uncovers the systemic failures that enable political parties to exploit these gaps, perpetuating financial inequalities in the democratic process. Surrogate advertising refers to a situation where individuals or groups place advertisements on behalf of a political party or candidate without explicitly disclosing their affiliation with that party or candidate. This is mostly intended to promote or support the political party while appearing to be independent or unaffiliated, thereby bypassing rules and regulations that govern political advertising and campaign finance. argue that despite existing laws like Section 171H of the Indian Penal Code, which aim to limit unauthorized political expenditures, these regulations are not effectively applied to social media platforms – undermining the fairness of Elections in India. This blog post highlights the disparity in regulation between traditional and social media advertising, and argues for the necessity of legislative action to mandate transparency through Disclaimers.

Law on political advertisement

Before delving deeper, it is essential to grasp the fundamentals of the campaign financing system in India. Here are two pivotal points to note:

1. Indian law imposes a cap on the maximum expenditure a candidate can incur for their campaign, either directly or through authorized agents.
2. There is no cap on the expenditure political parties can incur for general advertisements that do not directly promote a specific candidate. Both of the points include expenditure on online-advertisements (including social-media ads), which is accounted for within the overall expenditure limits.

Section 171H of the Indian Penal Code expressly prohibits any individual from expending more than 500 rupees on advertisements or publications promoting a candidate without obtaining the candidate's explicit consent. This provision is aimed at restricting third parties from indirectly promoting a political candidate or party through advertisements funded without disclosing their real identities or affiliations.

The legislative intent behind Section 171H was to ensure that political parties are held accountable for all disseminated information and to prevent the utilization of undisclosed financial sources for funding election campaign advertisements. By restricting such expenditures and requiring transparency, the law aims to prevent surrogate advertising practices that contribute to an uneven playing field in elections.

While a logical inference that could follow is that expenditures for online advertisements in support of a political candidate must not exceed the 500 rupee threshold, this is not the case in practice.

In 2019, reports indicated that at least 23 surrogate advertisers had placed 34,884 advertisements for which they paid Facebook more than 58.3 million rupees ($761,246) to promote the BJP or denigrate its opposition, without disclosing their real identities or their affiliation with the party. This pattern repeated itself during the 2024 elections, where in the month of March alone, surrogate ads worth ₹3.7 crore targeted BJP opponents on Facebook. All this money remains unaccounted for, blatantly violating the restrictions imposed by Section 171H and creating an uneven playing field in the Indian political landscape. The pressing question is: why is this happening despite the existing restrictions?

Disparity in regulation: traditional vs. social media advertising

The EC does not extend Section 171 H of the IPC to political advertisements by third parties over social media, as revealed by an RTI filed by The Reporter's Collective. This loophole allows third parties working in tandem with political parties to make significant ad purchases on their platforms, thereby enabling political parties to evade campaign finance restrictions and responsibility for unlawful content.

Despite the clear stipulations of Section 171H IPC, which makes no distinction between advertisements on Social Media and traditional mediums like television, where expenditure limits are indeed imposed. Section 171H stipulates:

> *"Whoever without the general or special authority in writing of a candidate incurs or authorizes expenses on account of the holding of any public meeting, or upon any* ***advertisement, circular or publication****, or in any other way whatsoever for the purpose of promoting or procuring the election of such candidate, shall be punished with fine which may extend to five hundred rupees...."*

Going by the wording of the statute, it does not restrict itself to physical or televised advertisements. The statute includes all advertisements without specifying the medium.

It may be argued that since this is an old provision, drafters of this provision could not have anticipated the advent of social media and the purchase of social media advertisements back then. However, the EC clarified its stance in a 2013 order, stating that social media was considered part of the electronic media and that advertisements on these platforms should be regulated similarly. Nevertheless, the EC acknowledged that it was still deliberating on how to manage content posted on social media by individuals other than the candidates and their parties, particularly in cases where such content could be reasonably connected to the election campaigning of political parties and candidates.

Through this notice, the EC implicitly acknowledged the existence and differential management of two classes of social media advertisers: (1) political party candidates or their authorized agents who spend on ads for themselves, and (2) unauthorized individuals who spend on ads for specific candidates.

If the EC does not apply the same regulations to both groups – with the primary object being the same, that is, intending to regulate social media ads and ensure a level playing field among candidates – it must justify this disparity under Article 14 of the Indian Constitution (*Saurabh Chaudhari (Dr.) v. Union of India*), which guarantees equality. The Commission must demonstrate:

1. Any classification must be found on intelligible differentia (a reasonable and logical basis for classifying individuals into distinct groups)
2. The differentia must have a rational connection to the object sought.

The question of whether the absence of a maximum limit on advertisements by surrogate advertisers on social media satisfies the aforementioned twin test has never been addressed by any court.

Presumably, both criteria can be met since there are practical challenges emerging from the unregulated nature of political advertisements disseminated via social media platforms. Generally, political advertisements require pre-certification from the EC for mediums such as newspapers and televisions. However, social media lacks such oversight.

The absence of a pre-certification mechanism appears prima facie compatible with the decentralized and privately regulated nature of social media platforms. The sheer volume of advertisements on social media, coupled with the simultaneous posting by numerous third parties, renders it logistically unfeasible for the EC to pre-certify each advertisement. Hence, pragmatic and logistical constraints might justify the absence of a cap on surrogate advertisements, potentially meeting the twin criteria delineated.

So, is there nothing that can be done to address this issue?

Disclaimers as informational tools

Disclaimers are a powerful regulatory tool in this regard, which requires the speaker and funder of an advertisement to identify themselves in the advertisement itself. This is common practice in some countries, where political advertisements are accompanied by a disclaimer that

says, "I am [Name] and I stand behind this message" or "This advertisement is sponsored by [Name]".

Disclaimers in political advertisements serve as crucial informational tools for voters, offering transparency about the backers of a campaign message. This transparency empowers voters to assess the ad's content and the candidate it represents. Knowing the source of support can significantly influence a voter's perception of the candidate's stance on various issues. For instance, if a pharmaceutical company were to finance ads supporting a candidate, voters could reasonably deduce the candidate's position on healthcare policies. In fact, France implemented legislation mandating tech companies to disclose the funding sources and amounts for political ads, extending this requirement to all content relevant to public discourse.

Call for legislative action and formalization of principles

As previously noted, while the EC guidelines mandate the disclosure of expenditure on social media advertisements by political parties and candidates, they fall short in adequately addressing ads purchased by third parties – referred to as "supporters" or "well-wishers" of the party who aren't directly linked to either the party or the candidate. The Model Code of Conduct (Laws drafted by the EC) lacks sufficient regulation in this area. Consequently, social media platforms have intervened by implementing their own company policies. These policies require paid ads to include disclaimers, remove ads lacking disclaimers, maintain public archives of such ads, and document the expenditure incurred by the purchaser.

However, the efficacy of this self-regulation as a "soft-law" measure is questionable. Two main issues arise:

Firstly, there is an absence of a statutory definition in Indian Law for "Political Advertisements", which leaves social media companies with a notable degree of latitude in delineating which advertisements fall under this category. This regulatory vacuum affords platforms considerable discretion in crafting their own parameters to ascertain the political nature of an advertisement. Consequently, there is a risk of overlooking advertisements that are inherently political but do not align with the platforms' idiosyncratic definitions.

Secondly, there is a lack of a legally mandated standardized format for disclaimers, which exacerbates the issue. A study by Illuminating highlights instances where the provided disclaimer fails to accurately identify the purchaser of the ad. This deficiency not only hampers transparency efforts but also introduces complexities in discerning the true origin and intent behind political advertisements.

On a brighter side, a recent Supreme Court Judgment lands us at safe spot. In *Association for Democratic Reforms vs. Union of India* (Electoral Bonds Judgment) in March 2024 the Court rendered electoral bonds, a campaign finance mechanism permitting substantial anonymous donations to political entities, null and void. The Court, affirming the populace's entitlement to transparency in political funding, declared that citizens possess the right to ascertain the identities of financial benefactors directly contributing to political parties. This must logically extend to the disclosure of entities indirectly bolstering political parties by procuring advertisements on their behalf.

For instance, consider Facebook's Ad Library. Although the Ad Library presently enforces a specialized authorization procedure for individuals posting political ads through voter ID cards, driving licenses, and passports, it does not disclose beneficiary and payer information in political ads for the general audience. As a result, the concept of identity disclosure remains confined to the initial layer, omitting disclosure to those viewing the ads. Therefore, it is imperative for the legislature to crystallize the principles enunciated in the Electoral Bonds Judgment into legislation. This would oblige social media platforms to mandate advertisers to fully disclose their legal identities in all advertisement campaigns – which would serve as a crucial informational tool for voters.

Conclusion

In conclusion, while mandating disclaimers for online political ads will not comprehensively address issues such as paid influencers or coordinated groups exploiting regulatory loopholes by making small ad purchases, implementing some regulation is preferable to none.

As highlighted, the EC must collaborate with social media platforms and take actions: First, defining uniform standards for political advertising, and second, implementing disclaimers. These measures are essential for ensuring accountability in online political advertising in India.

Closing these loopholes is not merely a legal duty but a moral imperative. It is about reclaiming democracy from the shadows and ensuring every citizen's voice

is heard equally in the halls of power. By taking these steps, we can begin to restore trust and transparency in the electoral process.

Vicente Medina

Should a Convicted Felon be the Next President of the US?

American Citizens are in a Bind

doi: 10.59704/839e1b9d34b58766

On Thursday, May 30th, 2024, former President Trump was convicted in New York City by a jury of seven men and five women of thirty-four criminal charges consisting of falsifying business records with the intend to deceive. Regardless of his tirade against the American legal system, he stands as a convicted felon unless he could prove otherwise on appeal. This is an unprecedented conviction. Mr. Trump is the first American president who has been criminally convicted. Lamentably, the republican establishment continues to stand by the former president and to question the legality of this trial thereby challenging the integrity of the rule of law.

Whether one favors or opposes former President Trump, it is evident that, contrary to what he has argued, this trial demonstrated that no citizen of the US is above the law. According to the former president and his sympathizers, the American legal system is "rigged". They allege that President Biden and the leadership of the democratic party have waged "lawfare", namely weaponizing the law to gain political advantage over the former president in the forthcoming presidential election on November 5th. For reasonable and fair-minded people, however, this trial represents the success of the rule of law in the US. In spite of members of both political parties frequently trying to influence the American legal system to gain political advantage over their opponents, in this case the court and the jury stood their ground. As a result, for citizens who respect the rule of law, it is a date for celebrating the independence of our legal institutions.

Many, including American citizens, and foreigners, are asking whether a convicted felon could be elected and serve as president of the US. The answer to their query is a resounding, yes. In spite of people's bewilderment, there is nothing in the US Constitution to prevent a convicted felon from occupying the Oval Office if fairly elected. Yet the more pressing question is: Should reasonable and fair-minded citizens vote for a convicted felon based solely on their partisan politics disregarding the general welfare? This is not a factual question, but rather a question about good judgement in politics. Good judgment, however, is not only about virtuous or vicious character but also about who can deliver better outcomes for those affected by policies.

It is important to highlight that ours is a constitutional democracy founded on respect for the rule of law and the democratic principle to elect public officials. While the rule of law provides legal guarantees for citizens who are presumed to be innocent until proven guilty beyond reasonable doubt by a jury of their peers, it does not restrict the will of the people to determine who will govern them, including voting for those who might have been sentenced to serve a prison term. Only "We the People" have the right to determine who will govern them.

American citizens will likely face a stark dilemma in the forthcoming presidential election. We are caught between a rock, and a hard place. Either to vote for former President Trump, who is a convicted felon, or to re-elect President Biden, a person whose mental and physical faculties seem to be faltering. Despite all the reassurances by the democratic party establishment, it is evident that his mental and physical abilities are at least questionable. So to allow President Biden to run for office again might be seen as a folly on the part of the democratic party leadership or as an act of hubris or self-delusion by the president and those who stand to benefit from such a presumably unsound decision. They seem to be gambling with our national interest at a time of great international peril because, even if President Biden were to be re-elected, the likelihood of finishing his term in office is improbable. In the event that were to happen, Vice President Kamila Harris will automatically become the acting president. Yet the vice president's political capital and leadership acumen are mostly unknown.

One can underscore that citizens always have the choice to vote for public officials based on character, policies, or both. For example, despite serious character

flaws, the American populace re-elected former President Clinton to the Oval office in1996. Moreover, he was able to be an effective president at home and abroad. This example shows that failure of character need not prevent an elected official from being an effective leader in promoting the general welfare. Hence, those who support and are ready to vote to elect former President Trump to the Oval Office based on his policies can pivot their argument by citing, for example, former President Clinton when the majority of denizens chose to elect him based on his policies disregarding his moral shortcomings.

Still, one might argue that the above analogy is not necessarily compelling. There are degrees of failure of character. Former President Clinton was never a convicted felon. Also, he was never charged with election interference. Moreover, he did not encourage riots in Washington, D.C. to support him against the will of the people. By demanding that Vice President Pence did not certify President Biden's victory, one could argue that former President Trump incited an unsuccessful legal coup but an attempted coup, nonetheless. Even nowadays, many supporters of former President Trump and Mr. Trump himself continues to challenge the results of the past presidential election as having been "rigged" with no evidence to support their bogus claim. Unlike former President Trump, former President Clinton did not challenge the foundation of our constitutional democracy by ignoring the rule of law or the will of the people.

Some Trump's acolytes have sided with the former president by arguing that the New York trial was politically motivated and hence a legal sham. And yet, none of those who have argued so thus far have been able to present a shred of evidence to prove that the judge presiding over the case, the prosecutor team, or the jury were politically motivated rather than motivated by upholding the law. In any case, the former president is ready to appeal his conviction and can exhaust all the legal means at his disposal, including appealing to the Supreme Court of the US (aka, SCOTUS) to try to prove his innocence. No one can prevent any citizen, including a former president, for using his right to try to prove his innocence beyond reasonable doubt in a court of law. That is a vital component of the rule of law, be that in a system of Common Law that prevails in the US, or a system of Civil Law that prevails in Europe.

In the past, former President Trump has flirted with the idea of pardoning himself of any criminal offences that he might have committed while in office but claimed that he had no intention of doing so. But just the fact that he has alluded to such a possibility is worrisome. Since our constitution is silent regarding a self-pardoning power and given the criminal federal charges that the former president is facing, we should be skeptical of his word. Given his bombastic rhetoric and behavior and his disregard for truth, it is reasonable to expect that if President Trump were to be elected, he could choose to pardon himself of all federal criminal charges against him. As a result, he could establish a dangerous precedent whereby the president of the US (aka, POTUS) would be above the law. Such a possible but deplorable outcome would be against the spirit of the Founding Fathers who repudiated royal prerogative in favor of a republican form of government based on respect for both the rule of law and the democratic will of the people.

In the event that former President Trump were elected, he could appeal to SCOTUS to justify a possible self-pardoning decision. Given the present conservative majority of the highest Court, where the former president appointed three of the current nine justices, and the unprecedented nature of his criminal charges, a five to four majority decision in favor of the questionable presidential prerogative of self-pardoning is not only a possible but also a probable outcome.

Of course, "We the People" can choose to vote for a convicted felon for president based on policy, but "We the People" can also demand that it is time for our representatives in Congress to enact a constitutional amendment based on character to prevent any future convicted felon president to pardon himself or herself for federal crimes committed while in office. To allow POTUS and/or SCOTUS the possibility to approve such a perilous presidential prerogative would be to make a travesty of the rule of law thereby threatening the foundation of our constitutional democracy. Despite whom we choose to vote for in the forthcoming presidential election, whether based on character, policy, or both, as vigilant citizens we have a right and, more importantly, a duty to prevent such a threat to the future of our republic.

Lena Riemer

The Abrogation of Asylum

Biden's New Border Policies Under Scrutiny

doi: 10.59704/6e0216e1dcfcf56d

Migration and border control are amongst the most pressing topics throughout the regions in this global super-election year. This has been the case in the EU parliamentary elections in June and in the highly anticipated elections in November in the USA.

How to tackle this issue seems to be the million-dollar question and the urgency of this topic seemingly has pushed President Joe Biden – who previously pledged to reverse restrictive migration policies – to drastic measures. After failed attempts to pass a bipartisan immigration deal earlier this year, Biden is now in a race with Republican candidate Donald Trump to show a "tough stand" on the matter while ignoring core refugee law principles and arguably with little lasting effects on numbers of arrivals at the southern border.

Unpacking Biden's "asylum ban"

On June 4, Biden announced an executive order to bar "migrants who cross [the] Southern border unlawfully from receiving asylum."

In detail, the new rule imposes significant adjustments to the existing legal landscape at the border.

First, the policy sets a numerical limit on asylum seekers at the US-Mexico border between ports of entry and significantly restricts the asylum screening process. If US authorities encounter more than 2,500 people per day who have entered irregularly into the USA over seven days, the order bans anyone without an appointment via the CBP One app from applying for asylum. This ban stays in effect until 14 days after the average drops below 1,500 people per day for seven consecutive days. Since less than half of the last 296 months have had fewer than 1,500 people per day, the new rule likely amounts in effect to an "asylum ban" between ports of entry.

In particular, the rule bars most individuals, even if they meet the refugee definition, from applying for asylum if they try to enter without an official appointment with the CBP One app . Exceptions include unaccompanied children, trafficking victims, and those with acute medical emergencies or imminent threats. The policy aims to ensure that asylum seekers wait "their turn" to apply, promote order and security, and to deport those directly to their country of origin who cross irregularly.

Secondly, the new executive action shifts the burden to asylum seekers to declare fear of persecution. Border agents are no longer required to ask if they fear persecution, placing a burden on asylum seekers who may be unaware of this rule or uncomfortable expressing their fears to armed guards.

These new restrictions are likely to violate domestic law (the National Immigration Justice Center and ACLU have already announced to challenge the order in Court) and are incompatible with core international refugee law standards.

Exceeding the limits of presidential power

First, at the domestic level, it is likely that the executive order overstepped the statutorily defined scope of presidential power. The new policy is based on Section 212(f) of the 1965 Immigration and Nationality Act (INA) which holds that "[W]henever the President finds that the entry of any aliens [...] would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens [...], or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate."

While this provides a broad basis for restrictions, it is not limitless. In the context of the new executive order, it is important to know that INA § 212(f) does not allow the president to interfere with or subvert other parts of the INA or other federal laws (see, e.g., US Supreme Court in *Trump v. Hawaii* (2018). That includes anyone's right to seek asylum who is present in the United States "whether or not [s/he entered] in a designated port of arrival", codified in INA § 208. Former President Trump made use of exactly this power to impose similarly harsh restrictions, which were struck down by domestic courts, stressing that the president overstepped the authority granted

under the provision.

The duty not to penalize irregular entry

From an international refugee law perspective, the restrictions also violate the 1951 Refugee Convention and its Protocol, to which the USA is a party.

First, the numeric limitation of asylum applications together with the duty to wait for months for an appointment to lodge a claim for protection is a violation of Art. 31 (1) Refugee Convention, the duty not to penalize the irregular entry of refugees. In this context, "penalties" are not limited to criminal sanctions and include any "procedural detriment to the person seeking asylum" (UNHCR, p. 7). The provision also requires states to proceed promptly with the determination of refugee status through a fair and efficient asylum procedure and applies to individuals intercepted at the border (*ibid*). A fair asylum procedure requires at least a prompt and individual assessment of each case, a safe environment, access to legal assistance as well as an interpreter alongside a right to effective remedy.

In the context of the new restrictions, denying those who entered between ports of entry the ability to apply for asylum constitutes a penalization in the sense of Art. 31 (1). Furthermore, shifting the burden to express fear to asylum seekers in circumstances of interceptions by armed border guards without informing them of this obligation contradicts the notion of a fair asylum procedure. This is exacerbated by the fact that even before applying for asylum, there is no fair and efficient access to such a procedure. The CBP One app, which provides appointments to present oneself as in need of protection, is often malfunctioning, only available in a few languages, and excludes people who are illiterate or do not possess phones. Having volunteered at the US-Mexico border in December 2023, I have witnessed firsthand how these measures violate this core provision of refugee protection and put vulnerable individuals and families in great danger for months.

The violation of non-refoulement

Second, the restrictions on entry and the deportations without any individual risk assessment violate Art. 33 (1) of the Refugee Convention. This article entails the customary law non-refoulement principle which obliges states not to turn a refugee away if their life or well-being is at risk upon removal.

It is disputed whether the principle applies to individuals waiting at the border for their appointment. Because they are not yet present on the state's territory, this would require the principle to apply extraterritorially, which remains a subject of debate. This includes the question of whether a denial of entry that threatens an individual's well-being is a violation of international law as opposed to an expulsion or deportation from US territory, where the principle undisputedly applies. UNHCR has affirmed the extraterritorial applicability of the non-refoulement principle. Following UNHCR's approach, the denial of entry and the subsequent obligation for individuals and families to wait for 4-7 months in very dangerous and inhumane circumstances to claim asylum is thus a violation of this core principle. Especially those fleeing cartel violence continue to be exposed to great danger, are continuously threatened, extorted, raped and some even killed while waiting for their turn to ask for protection.

However, it is undisputed that deporting those who have entered between ports of entry without any individual risk assessment does violate the *non-refoulement* principle. In many cases, neither Mexico nor their home country is a safe place for them, with any such determination needing to be made individually before every involuntary return.

Defeating the Refugee Convention's object and purpose

Third, denying the possibility to claim protection at the border in a situation of persecution for the vast majority of asylum seekers also violates the object and purpose of the Refugee Convention itself which is to ensure "that refugees can effectively gain access to international protection". To be effective, access ought to be timely and include due process, such that individuals can access protection as they are escaping persecution and not when the CBP One app determines that it is their turn.

What are the alternatives?

It is an important election year in the US and calls for a solution to the "border crisis" are getting louder by the day. The high numbers of arrivals reflect a global trend in a rise of border crossings over the last years, driven by uneven economic recovery from the pandemic, an escalation of conflict and insecurity, and climate change. Hence,

any solution that purely focuses on fortification and deterrence is unlikely to succeed in the long run. Having worked on both sides of the border with asylum seekers, I know that many are so desperate for the protection of their lives and their children's, that neither this rule, nor detention, nor any other restriction will stop them from trying to enter the US again and again.

So maybe it is time to test what advocates for refugees' rights have demanded for years: an orderly, humane, and consistent approach to humanitarian protection and border management, which improves the Border Patrol's capacity for humanitarian processing, establishes legal and safe pathways and increases the number of asylum judges to decrease the massive backlog of cases (the average asylum case in immigration court now approaches 4-6 years from the initiation to the final determination of an asylum hearing). These solutions have to be combined with long-term approaches in foreign policy to combat the uneven effects of climate change displacement, inequality, and violence. None of this is easily achieved, but it may be worth a shot after the approach to continuously restrict refugees' rights has proven to be ineffective for years.

Henning Grosse Ruse-Khan

Lessons from New York

Ein Erfahrungsbericht

doi: 10.59704/5a1cef345f2e9491

Von Januar bis Ende Mai war ich als Gastprofessor an der New York University (NYU). Dort habe ich die Studierendenproteste gegen den Gaza-Krieg hautnah miterlebt. Ich habe dabei gesehen, wie wichtig es ist, dass die unterschiedlichen Lager zu Wort kommen und gehört werden. Beides ist derzeit kaum möglich. Jüdische Studenten haben keine echte Chance, mit nuancierten Positionen wahrgenommen zu werden, die sowohl Teile der Protestcamps als auch die israelische Kriegsführung kritisieren. Umgekehrt werden Teilnehmer:innen der Protestcamps ohne weiteres als antisemitisch und das bloße Tragen einer Kuffiyah als "Israelhass" eingeordnet. Dies ist kein klassischer Blogpost, sondern ein persönlicher und natürlich subjektiver Erfahrungsbericht aus meiner Zeit in New York.

Studentenproteste im Kontext des aktuellen Israel-Gaza-Krieges gab es in New York wie fast überall seit den schrecklichen Ereignissen vom 7. Oktober. Zu einer breiten Studentenbewegung wurden die Proteste allerdings erst nach der Entscheidung von Minouche Shafik, Präsidentin der Columbia University, die New Yorker Polizei (NYPD) am 19 April aufzurufen, ein zwei Tage vorher errichtetes "Gaza Solidarity Encampment" mit Gewalt aufzulösen. Shafik, die sich am ersten Tag des Encampments bei einer Kongressanhörung für Columbias Reaktion auf Antisemitismusvorwürfe verantworten musste, wollte hiermit offensichtlich zeigen, dass sie hart durchgreifen kann. Obwohl Shafik bei ihrer Anhörung geschickter argumentierte als andere Elite-Uni Präsidenten vor ihr, sah sie sich wohl gezwungen, mehr als 100 Columbia-Studenten des friedlichen Protest-Camps – unter Berufung auf eine angebliche Gefahr für das Funktionieren der gesamten Universität – durch die NYPD in Kampfausrüstung verhaften zu lassen. Sollte dieses Vorgehen Studentenproteste und weitere Camps verhindern, so trat das Gegenteil ein. Innerhalb kürzester Zeit entstand ein neues Protest-Camp an der Columbia, gefolgt von Camps an der NYU, der City University of New York (CUNY), The New School, dem Fashion Institute of Technology (FIT) und an insgesamt fast 200 Unis überall auf dem Globus.

Ich selbst habe vor allem die NYU-Proteste miterlebt und will zwei Ereignisse hervorheben. Am 22. April bauten NYU-Studenten auf dem "Gould Plaza" vor der NYU Stern School of Business ein Protest-Camp auf. Zentrale Forderung war ein umfassendes Divestment von Unternehmen, die am Krieg in Gaza beteiligt sind und entsprechende Transparenz seitens der NYU. Auf meinem Weg zur Law School am Vormittag waren die lauten, aber friedlichen Proteste nicht zu übersehen. Abends feierten wir mit jüdischen Freunden den ersten Tag des Passah-Fests. Auf dem Weg nach Hause kamen meine Frau und ich wieder am Gould Plaza vorbei: Mittlerweile hatte die NYPD unter Einsatz von Pfefferspray auf Bitte der NYU Präsidentin Linda Mills eingegriffen, mehr als 100 Studenten und ca. 20 Fakultätsmitglieder verhaftet und den Platz komplett geräumt. Es sei zu antisemitischen Äußerungen gekommen und "outside agitators" hätten das Camp infiltriert (ein oft haltloser Vorwurf, gegen den sich schon Martin Luther King und das Civil Rights Movement wehren mussten). Die jüdischen Studenten unter den Demonstranten hatten kurz zuvor einen Seder des Passah-Fests gefeiert. Muslimische Studenten beteten grade das Maghrib Gebet als die NYPD Gould Plaza stürmte. Die Stimmung blieb noch den ganzen Abend über aufgeheizt und Gould Plaza blieb durch 2m hohe Holzwände abgesperrt.

Die Reaktionen auf die Räumung von Gould Plaza blieb nicht lange aus. Innerhalb weniger Tage hatten NYU-Studenten ein neues Camp aufgebaut, das diesmal gut eine Woche bestand, bevor die NYPD erneut einschritt. Vor allem aber protestierten viele NYU-Kollegen mit offenen Briefen – so auch eine Gruppe jüdischer Professoren, die sich gegen die Instrumentalisierung von Antisemitismus aussprechen:

> "We write this public letter as Jewish faculty at NYU requesting that the university administration discontinue its practice of rely-

> ing on specious charges of antisemitism when adjudicating matters of student conduct and faculty discipline concerning pro-Palestinian speech and protest. (…)
>
> We reject outright the administration's insistence that criticism of Israeli state policy is inherently antisemitic and so constitutes discrimination. There is nothing Jewish about supporting Israel's destruction of Gaza or about the US bombs that have killed more than 10,000 children there, nor is it antisemitic to denounce Israeli state violence or to protest American imperialism."

Das neue NYU-Protest-Camp war nur wenige Blocks von uns entfernt und wir haben es öfters besucht. Die Stimmung war friedlich. Ein von Studenten und Dozenten gestaltetes Programm mit Teach-Ins, Musik und Deeskalations-Trainings setzte zum Ende des Semesters ein. Ein Teach-In zur Rolle von KI Technologie im Gaza-Krieg (siehe auch hier), unter anderem von einem Google-Mitarbeiter, dem Wochen vorher wegen seines Protests gegen Googles "Project Nimbus" gekündigt wurde, zeigte in erschreckender Weise, wie dehumanisierend die neue Welt "effizienter" urbaner Kriegsführung (z.B. mittels Gesichtserkennung, Tracking und automatisierter Ziel-Identifikation) sein kann. Zwar weist die israelische Armeeführung den Einsatz von KI in der beschriebenen Weise vehement zurück, aber der Einsatz manch solcher Technologien wurde von einem IDF-Experten schon 2023 bestätigt.

Ein weiteres Ereignis am Camp ist mir in bleibender Erinnerung geblieben: während es öfters friedliche Gegendemonstrationen gab, trafen wir an einem Nachmittag auf eine Gruppe extrem aggressiv auftretender Unterstützer der israelischen Armee, die vor dem Camp wahllos Leute beschimpften. Im Camp gab es für solche Fälle eine allgemeine "not-engage"-Policy. Aber ich wollte die Chance nutzen, eine andere Perspektive zu verstehen und habe angefangen, mich mit der Gruppe zu unterhalten. Die Diskussion zeigte, dass die meisten vor allem mit ihrer Sichtweise gehört werden und auf Fakten hinweisen wollten, die für sie entscheidend sind. Im Gegenzug entstand eine Bereitschaft, sich auch andere Perspektiven anzuhören. Einen breiten Konsens gab es nicht – aber immerhin Momente des Dialogs. Nur einer aus der Gruppe der IDF-Unterstützer zeigte sich unzufrieden und war wenig am Dialog interessiert: "This is useless. Let's move." Zurück am Camp schlug er dann wahllos auf Demonstranten ein, bevor er von seinen Freunden weggezerrt wurde.

Warum erzähle ich das alles? Gegenseitiges Zuhören und die Chance auf Verständnis bedingt, dass der andere sprechen darf. "The right to speak" ist in den USA natürlich umfassend durch das First Amendment geschützt. Freedom of Speech ist zwar nicht absolut – aber wie ein anerkannter US-Verfassungsrechtler feststellte: "Once the First Amendment shows up, much of the game is over." Allerdings scheint es eine "Palestine exception" von diesem Grundsatz zu geben. Und diese Ausnahme wird an Universitäten nicht nur durch "doxxing" (einer Form öffentlichen Bloßstellens von protestierenden Studenten, z.B. auf Doxxing Trucks) seitens rechter Medien-Kampagnen, sondern auch durch brutale Polizeieinsätze durchgesetzt. Manche sehen dahinter eine Kampagne der amerikanischen Rechten gegen "Wokeness" – und vor allem einen Kulturkampf über Bildungsinhalte an (Elite)Universitäten. Unabhängig von eventuellen Hintergründen wird so einem möglichen Dialog und dem gegenseitigen Zuhören von vornherein die Basis entzogen.

Dies manifestiert sich aber auch dann, wenn jüdische und andere pro-israelische Stimmen mit nuancierten Positionen nicht mehr gehört werden. Kaum Beachtung fand beispielsweise ein offener Brief jüdischer Studenten der Columbia University, in dem es heißt:

> "Our love for Israel does not necessitate blind political conformity. It's quite the opposite. For many of us, it is our deep love for and commitment to Israel that pushes us to object when its government acts in ways we find problematic. Israeli political disagreement is an inherently Zionist activity; look no further than the protests against Netanyahu's judicial reforms – from New York to Tel Aviv – to understand what it means to fight for the Israel we imagine. All it takes are a couple of coffee chats with us to realize that our visions for Israel differ dramatically from one another. Yet we all come from a place of love and an aspiration for a better future for Israelis and Palestinians alike."

Neben den schon erwähnten Diskussionen mit Gegendemonstranten am Camp habe ich auch in anderen Gesprächen mit jüdischen Kollegen und Freunden die

Bandbreite an Sichtweisen und Ansätzen erlebt, die hoffentlich auch eine Grundlage für eine friedlichere Zukunft bieten. Um einen Dialog hin zum Miteinander und Frieden zu ermöglichen, müssen solche Perspektiven Gehör finden. Und das gilt erst recht für diejenigen, die ihre Ohnmacht, Wut und Trauer über das Leid und Sterben in Gaza zum Ausdruck bringen wollen. Sich gegenseitig zuhören heißt zum Beispiel, hinter Slogans wie "From the River to the Sea, Palestine will be free" nicht automatisch Aufrufe zur Vertreibung oder gar Vernichtung zu sehen – sondern auch andere Interpretationen zuzulassen, etwa die Forderung nach Gerechtigkeit und Gleichberechtigung der Palästinenser in Israel, den besetzten Gebieten und in Gaza. Dies wird vor allem auch von Historikern so gesehen: " 'From the river to the sea' is a rejoinder to the fragmentation of Palestinian land and people by Israeli occupation and discrimination" (Yousef Munayyer). Nach Maha Nasser ging es seit den 1960er Jahren vor allem um das Recht auf ein gleichberechtigtes Miteinander von Palästinensern und Juden in einem gemeinsamen Staat. Natürlich kann der Slogan in seiner Ambiguität auch Ausdruck von Antisemitismus sein. Aber dies muss sich dann jeweils aus dem Kontext ergeben oder anderweitig belegbar sein. Mit anderen Worten: Im Zweifel für den Dialog.

Eine auf Verständigung ausgelegte Interpretation wird nicht zuletzt auch von der Jerusalem Declaration on Antisemitism mitgetragen. Diese Erklärung wurde 2020 von Wissenschaftlern im Bereich der Holocaust, Jewish und Middle East Studies aus aller Welt verabschiedet, um klarere Differenzierungen zwischen Antisemitismus und legitimer Meinungsäußerung zu ermöglichen. Sie fungiert explizit als Reaktion auf die Unklarheiten, die sich insoweit aus der 2016 Arbeitsdefinition Antisemitismus der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) ergeben. Kenneth Stern, Leitautor des (inhaltlich wesentlich identischen) IHRA-Vorgängers, zeigte 2019 die Gefahren auf, wenn Kritik an Israel und israelischer Regierungspolitik per se als antisemitisch disqualifiziert wird. Im Guardian schreibt er: "The 'working definition of antisemitism' was never intended to silence speech". Genau dies stellen auch die umfassenden Beispiele zulässiger Israel-Kritik in Teil B und C der Jerusalem Declaration klar.

Hieraus folgt schließlich auch die Gefahr, dass eine unsubstantiierte Verbindung zwischen Antisemitismus und Kritik an der israelischen Kriegsführung, der Diskriminierung des Palästinensischen Volkes (siehe z.B. den umfassenden Bericht von Human Rights Watch hier und von Amnesty International hier) und an dem Verhalten des israelischen Staates gegenüber den Palästinensern (siehe zB die UN Untersuchungen hier, hier und hier) auf Dauer den Vorwurf des Antisemitismus verwässert. Vor allem im Kontext der US-Studentenproteste nimmt kaum noch jemand einen solchen Vorwurf ernst, wenn er sich allein auf Kritik der israelischen Regierung stützt. Aber er wird dann eben auch dort weniger ernst genommen, wo es um Äußerungen und Handlungen geht, die Jüdinnen und Juden tatsächlich gefährden. Wer ein "Nie wieder" ernst nimmt, muss unbedingt ein Interesse daran haben, dass die Warn- und Signalwirkung des Begriffs "Antisemitismus" erhalten bleibt. Das kann aber nur gewährleistet werden, wenn der Begriff nicht weiter entgrenzt wird und nicht auch auf grundrechtlich geschützte Meinungsäußerung und legitime politische Kritik angewendet wird.

Abhijeet Shrivastava, Renatus Otto Franz Derler

A Global South Perspective on Loss and Damage Litigation

doi: 10.59704/9705272d0fbb968a

In June 2024, delegates undertook two-week-long negotiations at the UNFCCC Bonn Climate Change Conference. These meetings concerned the modalities of the newly instituted Loss and Damage (L&D) Fund and the provision of financial assistance to developing countries.

Previously, the operationalization of the L&D Fund, pursuant to Article 8 of the Paris Agreement, was established at UNFCCC COP28. However, this achievement was the culmination of three decades of tense and slow-paced negotiations, featuring continuing deadlocks regarding the responsibility of developed countries to provide L&D funds to the developing world. Meanwhile, finding this diplomacy insufficient, a variety of stakeholders have tried to use litigations to seek fast-paced and binding results.

In this piece, we reflect on the future interactions between the L&D Fund and litigations regarding L&D. We argue that these two phenomena must be seen as having a synergistic relation, effectively benefitting the Global South. Before turning to this argument, we contextualise how a Third World Approaches to International Law (TWAIL) perspective supports the pursuit of L&D litigations in the first place, given their risk of affirming Western hegemony.

Taking stock of L&D developments

L&D refers to harm resulting from climate change that cannot be mitigated or to which affected communities cannot fully adapt. Although the L&D Fund is intended to assist the developing world, which is the most vulnerable to climate change impacts, contributions to the Fund remain entirely voluntary. At the recent Bonn Conference, delegates focused on formulating the "New Collective Quantified Goals" on climate finance, which aim to raise trillions of dollars post-2025. Developing countries seized the opportunity to insist on the L&D Fund being included in this bracket, yet with continuing resistance from developed countries. Perhaps more progress may follow at the forthcoming COP29, but for now, it is clear that these slow negotiations confirm the impetus for alternative avenues to address L&D.

It is in this vein that litigants have tried to seek compensation and other binding remedies for climate change linked harm through foreign courts and international bodies. These cases constitute L&D litigations, defined by Tigre and Wewerinke-Singh as disputes that "challenge the particular emissions contributions of certain stakeholders to adverse climate change impacts, where claimants seek reparations for climate harm". The idea is to pinpoint the liability of individual actors for their emission contributions furthering climate change. Even though climate change is a collectively caused phenomenon, this approach allows claimants to apportion a quantum of damages commensurate with the unique emission outputs of particular actors, such as Carbon Major corporations or States. We now turn to how developing country claimants have thus far pursued L&D litigations.

The current progress of L&D litigations

Transnational litigations in the environmental context are generally on the rise, with claimants from developing countries seizing national courts of developed countries. The specific subtype of climate change L&D litigations, however, remain nascent. There are two ongoing cases of interest in this regard. In *Asmania et al v Holcim*, Indonesian fishermen impacted by sea-level rise approached Swiss courts against a multinational company (MNC), seeking compensation and emission reductions. In *Lliuya v RWE*, a Peruvian farmer similarly seized German courts with respect to glacial flooding threatening their town. The Judges, interestingly, performed an on-site inspection of the affected area in Peru.

In addition to foreign national courts, litigants have also approached international human rights courts and bodies. In *Billy et al v Australia*, the UN Human Rights Committee observed that Australia must provide mitiga-

tion, adaptation, as well as L&D reliefs to Torres Strait communities living on sinking islands. This was not, however, an L&D proceeding strictly speaking as it was not contingent on Australia's own proportional responsibility for climate change. Rather, it focused on its human rights obligations without consideration of its contributions to sea-level rise.

By contrast, the Child Rights Committee in *Sacchi v Argentina* has at least accepted the possibility of deciding on the proportional responsibility of States for climate change harm. This includes the "extraterritorial" application of human rights for harm caused by emissions under the State's "effective control". Presumably, this can enable L&D litigation, empowering litigants from developing countries to use international forums against developing countries as respondents.[In *Agostinho v Portugal and 32 other States*, the European Court of Human Rights (ECtHR) recently declined to follow this broad conception of extraterritorial jurisdiction. However, in its highly anticipated advisory opinion on climate change, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) will likely follow the *Sacchi* model, as the latter was inspired by the IACtHR's previous jurisprudence on transboundary environmental harm.]

The foregoing attempts to use developed country's national courts for L&D, if successful, will have direct and binding enforcement. While the cases before UN treaty bodies are not binding, they still have persuasive force and set common benchmarks. Cases before regional courts like the ECtHR can indeed produce binding outcomes on developed countries, although their compliance is uneven and inconsistent across States parties. Yet despite these positives, are there inadvertent drawbacks in this strong reliance on Western courts, institutions, and actors?

The risk of western hegemony in L&D litigations

There is a trend of national courts of the West becoming the near-exclusive forums for climate change litigations. While the claimants are marginalised communities from developing and least developed countries, the litigations are formulated, strategized, and funded by Western donors and NGOs, including in the L&D context. Given this, there is a risk that Western dominance in well-intentioned L&D litigations could "reinscribe the north's hegemonic position in the international order". The effects of such hegemony would be manifold.

First, Western actors would exercise control over the shaping of the L&D narrative, often creating or reaffirming harmful rigid stereotypes of Global South victims, thus failing to respectfully centre the lived experiences of affected communities. This concern is not new, and has long been problematized in human rights discourse. It is indeed important to scrutinise each litigation on these metrics. But on the balance, just as with human rights generally, foreign stakeholders are better off having the L&D litigation avenue than not, as it offers them remedies and bargaining powers when other means, such as the political process, cannot.

Second, from a statist perspective, TWAIL-inspired observers could take issue with the imposition of Western legal standards in the Global South through L&D cases. Such an objection would emphasise the institutional implications of Western courts and regulators exercising "extraterritorial" jurisdiction over Global South territories. Western policy-makers and judges imposing policy and legal judgments impacting Global Southern locales could be a form of neocolonialism, allegedly denying discretion to local institutions in developing countries. Indeed, the ECtHR has recently warned against imposing ECHR standards on non-State parties, emphasising its consent-based application (para 562). The previously discussed physical on-site visits by German judges in Peru were a particularly controversial example of the potential extraterritorial impact of foreign jurisdiction (although the Peruvian State consented to these inspections). Thus, in sum, L&D litigations might threaten the sovereignty of Global South States.

We, however, want to argue that L&D litigations benefit both Global South States and climate change affected stakeholders thereof. Beginning with the issue of extraterritorial jurisdiction, Chimni provides an insightful historical account of how that concept was used to deny "legal and policy space" to the Global South, such as in the context of Empires imposing their will on colonies, often for capitalist gains. Thus, the potential problems with extraterritoriality are very real. However, Chimni cautions that the concept is not irredeemable. Rather, extraterritorial jurisdiction is helpful insofar as it supports the agency of the subaltern classes of the Global South. We believe that L&D litigations, in particular, do exactly that by providing opportunities for vulnerable developing country claimants to use the institutions of the West against itself for concrete action.

Sornarajah similarly argues that we must distinguish between extraterritorial jurisdiction which is offensive (the West intruding on the Global South) rather than defensive (here, developing country claimants using Western courts to seek L&D). The takeaway is that defensive uses of foreign institutions advance, rather than inhibit, the agency of Global South communities, helping restrain Western emissions. Moreover, L&D litigations may also support the interests of States of the Global South in restraining foreign actors such as MNCs, which are otherwise insulated from their national laws under investment and trade treaties. In this sense, L&D litigations reflect pragmatism, in that foreign courts are the best available tools to restrain powerful developed States and private respondents. Rather than impinging on the sovereignty of developing States, these litigations can become an indirect tool for their agendas.

Thus, L&D litigations hold the promise of benefitting both Global South States and stakeholders. But now that the L&D Fund has emerged, what remains to be gained from L&D litigations?

Synergy between the UNFCCC Fund and L&D litigations

While we have suggested that L&D litigations are a positive phenomenon for the Global South, it is important to acknowledge that piecemeal gains from individual claims cannot substitute the need for a permanent structural fund. Litigations, after all, can at most pronounce on the proportional responsibility of the respondent for the specific climate change harm in dispute, which will result in insignificant quantum of relief. In any case, L&D litigations are only accessible to a few stakeholders who are able to approach foreign courts and international bodies with support from Western donors and NGOs. In sum, making the L&D Fund robust remains a priority.

We believe that the most important contribution of L&D litigations is not practical remedies but principled affirmation. As Shams suggests, the international climate change regime is "polycentric", involving interactions between multiple processes and actors. In the L&D context, developed and developing countries recursively debate whether the new UNFCCC Fund is a "liability" or "aid mechanism". Liability would imply recognition of the developed world's historical responsibility for climate change linked emissions, making the financial transfers mandatory rather than voluntary. Originally, L&D litigations probably arose because of a perceived dissatisfaction with the UNFCCC negotiations. However, the success of these litigations can now offer political pull to delegates from the Global South in insisting upon the responsibility and liability of Western States and actors. Judicial findings from the national courts of developed countries would make it harder for their executive delegates to oppose the former's demand for stronger L&D financing. Therefore, a synergistic approach combining the benefits of the parallel pursuit of L&D negotiations and litigations is the best way forward for the Global South's interests.

Conclusion

As COP29 fast approaches, the future of the L&D Fund will certainly be hotly debated again between developed and developing countries. The appropriate question for us is not whether fast-paced litigation is a useful substitute for these slow-paced UNFCCC negotiations regarding L&D. Rather, Global South delegates must find ways to seize the parallel developments in L&D litigations to the advancing structural reform in climate financing.

Beatriz Kira

Deepfakes, the Weaponisation of AI Against Women and Possible Solutions

doi: 10.59704/9987d92e2c183c7f

In January 2024, social media platforms were flooded with intimate images of pop icon Taylor Swift, quickly reaching millions of users. However, the abusive content was not real; they were deepfakes – synthetic media generated by artificial intelligence (AI) to depict a person's likeness. But the threat goes beyond celebrities. Virtually anyone (with women being disproportionately targeted) can be a victim of non-consensual intimate deepfakes (NCID) – an abusive type of content commonly and mistakenly known as "deepfake porn". The ease of access to AI tools like ClothOff fuels the rise of NCID takes on new and harmful dimensions when content is shared online and "goes viral" and requires specific legal and policy responses from various players involved in the creation and dissemination of deepfakes.

While efforts to combat misinformation deepfakes with proposals of watermarking and labelling synthetic content ongoing, NCID is a specific type of harmful deepfake that presents unique harms and demand altogether different measures by social media platforms and AI companies. Albeit most agree that companies must be held accountable for disseminating potentially extremely harmful content like NCIDs, effective legal responsibility mechanisms remain elusive. This is particularly worrisome as phenomena like NCID highlight a blank spot in much of the debates on content moderation, AI governance and the fight against misinformation: misogyny. Most AI-generated image-based sexual abuse targets women. Unfortunately, most platform regulations, but especially the UK Online Safety Act, offer little remedy for such gender-specific online harms. Therefore, this article proposes concrete changes to content moderation rules and enhanced liability for AI providers that enable such abusive content in the first place.

What are harms of non-consensual intimate deepfakes?

First a few words on non-consensual intimate deepfakes (short: NCIDs). The harms of NCIDs are no different from the well-established harms of non-synthetic image-based sexual abuse, a pervasive issue that existed long before AI. The fact that NCIDs depict synthetic imagery (in contrast to actual photos) is irrelevant. Individuals are still subject to the same or comparable violations of privacy, dignity, sexual expression, and mental and physical well-being – including high levels of stress, anxiety, depression, low self-esteem and insecurity. NCID can also cause the social, collective harms associated with other forms of image-based sexual abuse, including the risks of normalising non-consensual sexual activity and contributing to a culture that accepts rather than reprimands creating and/or distributing private sexual images without consent. When women politicians are targeted, there is the additional harm of incentivising women not to run for public office.

Indeed, like other forms of image-based abuse, NCID disproportionately targets women. An industry report based on the analysis of 14,678 deepfake online videos indicates that 96% of them were non-consensual intimate content and that 100% of examined content on the top five "deepfake pornography websites" were targeting women. This disproportionate targeting raises concerns for other vulnerable groups as well. Evidence shows that online hate and harassment is a particularly pervasive and growing plight for LGBTQ+ people, suggesting they could be especially vulnerable to NCID as well.

While the harms of NCID are not necessarily new, measures developed in response to non-synthetic image-based abuse might not be sufficient to tackle this new phenomenon. Given the wide availability of user-friendly interfaces that make it possible for almost anyone to produce synthetic harmful content and virtually anyone a potential target – with no need for perpetrators to get their hands on any form of real intimate content. This matched with the ease with which such content can be shared and reshared means that more effective prevention and mitigation measures are required from internet

platforms and AI companies.

The dissemination of NCID: platforms' ambiguous content policies and inefficient enforcement mechanisms

While online safety legislation in some jurisdictions – such as in the UK and in the EU– is making progress towards individual accountability, criminal liability alone is insufficient. Platforms need to implement effective measures in response to this. As I have argued, NCID causes the same harms as abusive images created without AI, and the distinction between real and synthetic content becomes irrelevant when considering the harm inflicted. In essence, NCID simply rehashes longstanding content moderation challenges. Yet, surprisingly, an analysis of the content policies of the three major social media platforms reveals that they are inadequate to tackle NCID.

Unlike their clear and comprehensive policies for child sexual abuse material (CSAM), which clearly encompass artificial content, current adult content policies are ambiguous. This ambiguity creates loopholes, which again undermines effectively protecting victim-survivors. For example, TikTok's "Safety and Civility Policy" prohibits language or behaviour that "harasses, humiliates, threatens, or doxxes anyone". This could conceivably encompass the use of NCID for harassment, but the policy does not explicitly mention harassment via intimate content or artificially generated content, leading to ambiguity in its application.

To effectively counter NCID, changes in platforms' policies are required in two fronts. First, they should revise their policies to include an explicit prohibition on all forms of image-based sexual abuse. Specifically, platforms should prohibit the posting of unwanted intimate media depicting the likeness of an individual, whether real or synthetic. Second, all existing platforms' policies should be revised to ensure that they clearly also apply to AI-generated or manipulated content. This is not to say that platforms should have standalone policies solely focused on synthetic content. Rather, platforms need strong, unambiguous substantive policies that apply to content regardless of origin or creation method. This approach eliminates loopholes based on content type and avoids the difficult task of consistently differentiating real from synthetic content.

Meta's recently announced approach offers a promising model. The company has committed to "remove content, regardless of whether it is created by AI or a person" if it violates any of its existing policies, including on bullying and harassment, and on violence and incitement. Additionally, for content that doesn't violate existing policies, Meta plans to label AI-generated video, audio, and images based on either automated detection or user self-disclosure. This is a welcome change, replacing the company's previous standalone policy on "Manipulated Media", which was heavily criticised for being overly narrow.

Alongside policy changes, robust reporting mechanisms and swift platform responses are essential – the bread and butter of effective content moderation. Violative NCID content must be accurately identified and removed, potentially with priority channels for reporting and review offered to victim-survivors. This is especially important as AI tools are making it easier and faster to create NCID, meaning existing systems are likely inadequate to keep up with the increase in the volume of non-consensual intimate content.

Recent examples suggest they have indeed been falling short. Twitter's delayed response to the widely disseminated NCID targeting Taylor Swift highlights these limitations. The cases recently selected by the Oversight Board for review further illustrate the concerns. Both cases involved AI-generated nude images of public figures – one in India and another in the US. Meta's response in the first case, where reported content was automatically closed after 48 hours without review, leaving the content available, exemplifies the limitations of reactive tools in offering victim protection. While the removal of the second case demonstrates a better response, it exposes inconsistencies across cases. The differences in Meta's responses also raise concerns about platforms' resource allocation and enforcement capacity, particularly between Global North and Global South jurisdictions.

The creation of NCID: AI firms and the lack of appropriate safeguards

While improving the ways online platforms prevent the dissemination of NCID is key, countering its distribution suggests the need for a complementary approach: addressing the harm at its source – the content creation stage – by banning the creation of all forms of intimate deepfakes.

Relying solely on voluntary commitments by AI providers to implement this ban would be insufficient. Current

definitions within the online safety legislation such as the UK Online Safety Act and the EU Digital Services Act likely exclude generative AI tools from scope. This creates a gap that legislation can, and should, bridge to effectively address NCID. Crucially, developers of generative AI and those who make these tools available to the public should be legally required to actively reduce the risk of harm by preventing NCID generation by their models from the outset. That is, AI regulations should mandate robust safety measures from developers and distributors of generative AI tools.

These measures should, at the very least, mirror the private content governance systems employed by major social media platforms. This is critical because current usage policies for some major tools are currently significantly less detailed than those of social media platforms. OpenAI, for example, merely asks users to avoid compromising "the privacy of others", engaging in "regulated activity without complying with applicable regulations' " or promoting/engaging in "any illegal activity". In addition, there are no details on how such policies are enforced. Vague policies are unlikely to offer robust protections or effective mechanisms of redress.

In addition, regulation should promote "safety by design", meaning AI tools should be built with mechanisms to prevent content violating their terms of service, which should include the production of intimate deepfakes. While using technology to detect synthetic image abuse could lead to an arms race of technologies, the severity of NCID challenges requires a legal requirement for the industry to prioritise safety alongside innovation.

However, these issues are currently absent from ongoing debates surrounding AI regulation. In the EU, the EU AI Act requires the labelling of deepfakes and introduces minimum standards for foundational models, but omits any content moderation requirements for generative AI tools. Similarly, in the UK, the government's response to the AI white paper currently lacks specific legal safeguards to tackle the creation of NCID. On deepfakes, the report primarily focuses on "AI-related risks to trust in information", proposing a call for evidence on this type of risks. While it acknowledges image-based sexual abuse, it only explains how existing issues are handled under the Online Safety Act, which offers limited protection for victim-survivors. Notably absent from the report is any mention of further measures to be included in future AI regulation or a call for evidence specifically addressing the risks posed by NCID.

A significant challenge lies with open-source products, where the open-source nature allows dissemination, download, and deployment without the model developer's knowledge or approval (for example, on GitHub repositories). This makes it difficult to establish clear lines of responsibility for implementing content moderation systems and requires the governments to build expertise to ensure the safety of these market's models.

Countering NCID

In conclusion, non-consensual intimate deepfakes pose a real and growing threat. NCID as a new form of image-based sexual abuse causes both individual and society-wide harms and as such require effective responses from corporate actors involved in the distribution and creation of this content. While changes in criminal law can make it easier to hold individual perpetrators liable, improvements are necessary across the regulatory landscape to require *corporate actors* – especially platforms and AI firms – to do more.

From the perspective of content dissemination, NCID reignites discussions around the importance of robust systems of content moderation. Platforms should be incentivised to put in place specific policies concerning all forms of image-based sexual abuse (applicable to content that is NCID but also to non-synthetic content). More broadly, all existing platforms' policies (including on bullying and harassment) should unambiguously offer symmetric treatment for real and synthetic or manipulated content across the board – synthetic harmful content should be subject to exactly the same rules that apply to non-synthetic harmful content. In addition, to effectively empower and protect NCID victim-survivors, online safety regulators should champion the development of robust enforcement and redress mechanisms. This could include, for example, the offer of priority channels for content reporting and review.

Moreover, the ease with which NCID can be disseminated suggest the need of a complementary approach: addressing the harm at its source – the content creation stage. Given that AI regulation is a high priority many governments, future legislation should include provisions to require generative AI tools to put in place and enforce safeguards to prevent the creation of synthetic or manipulated intimate content.

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